

Àmbit material i límits de l'exercici del dret de retenció en la codificació civil de Catalunya

Referència a la incidència dels aspectes processals.

Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-
Magariños

Secretari Judicial del Jutjat Central núm. 6, Audiència Nacional. Doctor
en Dret

Abstract

El dret de retenció s'ha mostrat fins ara com una garantia purament comminatòria dirigida a remoure la voluntat d'incomplir del deutor, però, sense que aquesta força intimidatòria estigui orientada a la satisfacció d'un concret interès. Contràriament, el dret de retenció en l'ordenament civil de Catalunya, seguint les directrius del modern dret de garanties, ha pretès constrènyer aquests aspectes purament comminatoris i ha donat pas a la constitució d'una garantia legal preconstituïda què, com tot dret de configuració legal, exigeix la seva adequació a les circumstàncies del cas en concret. Passats els entusiastes temps del primer moviment codificador català, en què els èxits assolits en la matèria van donar lloc a estendre l'àmbit d'aplicació d'aquest institut, la jurisprudència i la pràctica forense han assentat un cos de doctrina, tendent a fixar correctament els límits del dret de retenció.

The right of retention, or possessory lien, has been shown until now, as a purely coercive guarantee, whose purpose is to remove the lack of willingness of the debtor to comply with, but without aiming at satisfying about any specific interest of the creditor. However, the right of retention in Catalonia – following the criteria of the current law of guarantees – has tried to restrict these aspects and has given rise to constitution of a legally planned warrant, which requires adapting to the circumstances. After the first enthusiastic reactions to the implementation of the civil Law of Catalonia, whose achievements gave rise to an extension of the scope of the aforementioned issue, the case law as well as the forensic praxis have set out a body of doctrine to fix the bounds of this right.

Title: Material scope and limits of the withholding guarantee in the Civil Law of Catalonia

Paraules clau: Garanties possessòries, dret de retenció, procés cautelar

Palabras clave: Palabras claves: garantías posesorias, derecho de retención, proceso cautelar

Keywords: withholding, right of retention, possessory lien, injunction

Sumari

1. El dret de retenció i la realització del propi dret
2. Tractament del dret de retenció en el modern dret d'obligacions
3. Límits d'ordre públic del dret de retenció en el modern dret civil
4. El dret de retenció en l'ordenament civil català: de la garantia merament comminativa a la facilitació del dret del creditor
5. Àmbit material del dret de retenció en la codificació civil de Catalunya
6. Límits a l'exercici del dret de retenció en el dret civil català
 - 6.1. Límits derivats de la finalitat de l'acció exercitada: la bona fe i la proporcionalitat en relació al dany causat
 - 6.2. Límits derivats de les exigències generals del tràfic jurídic dels béns retinguts
 - 6.3. Límits derivats de la dinàmica contractual
 - 6.4. Límits derivats de la condició possessòria que s'ostenta
7. Substituïbilitat de la mesura
8. L'incident d'oposició a la constitució del dret de retenció
9. Conclusions
10. Taula de jurisprudència citada
11. Bibliografia citada

1. El dret de retenció i la realització del propi dret

És d'essència al concepte de Dret, la reserva de la tutela dels drets als tribunals de Justícia, repudiant qualsevol forma d'auto-tutela privada. Encara més, amb caràcter previ a la intervenció dels tribunals, en la mesura que el procés no pot prejudicar les situacions jurídiques que ha de resoldre, el Dret ha de reconèixer l'existència d'un *statu quo* preexistent, del qual ha de presumir la seva licitud i respecte del qual qualsevol intromissió, estigui o no justificada, determina la resposta penal. Tal respecte, en aquests estadis previs no té vinculació amb la construcció jurídica de la norma, i només per aproximació pot treure el cap, mitjançant la valoració de l'aparença de bon dret en el marc del procés cautelar. La presumpció que aquesta situació fàctica preexistent s'ajusta a dret, l'anomenada possessió de bona fe, és un pressupòsit necessari de l'ordre social. Així ho entén PUIG BRUTAU, per a qui el fonament de la protecció possessòria està en el mateix fonament de l'ordre jurídic. Assenyala aquest autor, que en el terreny del dret civil existeix l'interès social que els estats de fet no puguin ser destruïdes per un acte d'autoritat i que ningú tingui necessitat, ni possibilitat de fer justícia pel seu compte, sinó que per a això hagi de recórrer als remeis que ofereix la Llei, (PUIG BRUTAU, 1989, p. 43).¹

No obstant això, l'ordenament jurídic preveu també en determinats supòsits la possibilitat que les persones que se senten perjudicades per un fet injust puguin procedir a violentar la voluntat aliena mitjançant la realització unilateral del propi dret, supòsits excepcionals, del qual és exemple paradigmàtic la legítima defensa. Com a prototip d'aquest tipus d'actuació ens trobem en el Codi Civil de Catalunya (en endavant CCCat), l'article 546-12 que estableix l'obligació dels propietaris "de tolerar la interferència d'altres persones si és necessària per a evitar un perill present, imminent i greu i si el dany que racionalment es pot produir és desproporcionadament elevat amb relació al perjudici que la interferència pot causar als propietaris". Altres exemples, d'aquest tipus d'actuació, són els previstos en l'art. 546-6 del CCCat o en els arts. 156, 581 pf. 3 °, 592 i 612 del Cc. En tots aquests casos el reconeixement que el dret ofereix és molt limitat i les conseqüències no sempre les més adequades en venir tenyides d'un halo d'arbitrarietat que es deriva de la posició de força. Aquestes excepcions es justifiquen per raons d'urgència o immediatesa en situacions en què no és possible recórrer a les vies ordinàries.

Entre aquests supòsits d'excepció abordem a continuació, el cas del dret de retenció, prerrogativa concedida al creditor que l'habilita per mantenir la situació possessòria que té sobre les coses en raó a la vinculació que aquestes puguin tenir amb el seu dret i mentre aquest no es vegi satisfet. La raó de ser d'aquest dret és la mateixa que la *exceptio non inadimpleti contractus*, la qual es fonamenta en l'oposició a realitzar el que se'ns deu en tant que la contrària no procedeixi de la mateixa manera.² No obstant això, el dret de retenció atén no només a una relació de reciprocitat

¹ En aquest sentit també es pronuncia el preàmbul del llibre V del Codi Civil de Catalunya que qualifica la possessió "com un mecanisme primari de publicitat de drets que aquest codi protegeix per preservar la pau civil partint de la base que la possessió ha de tenir com efecte principal el dret a continuar posseint "

² Així, per ZWISTER el dret de retenció sembla tenir arrels en la naturalesa del contracte *do ut des*. Vegeu (ZWISTER, 2009, p.94).

preconstituïda com és pròpia de les obligacions sinal·lagmàtiques, sinó al principi d'enriquiment injust que pot provocar el negoci abstracte de trasllat possessori. D'aquesta manera, podem distingir dues manifestacions del dret de retenció segons el tipus de relacions jurídiques a què respon:

- El dret de retenció que opera com a conseqüència de la ruptura del sinal·lagma funcional de les obligacions recíproques. El supòsit paradigmàtic és l'article 1612 del Codi Civil Francès, (*Le vendeur n'est pas tenu de délivrer la chose, si l'acheteur n'en paye pas le prix, et que le vendeur ne lui ait pas accordé un délai pour le paiement*), precepte que com és conegut va passar a l'article 1466 del Codi Civil estatal.

- "El dret de retenció en altres casos està associat a l'existència de crèdits amb vocació *propter rem*, que com a conseqüència del trasllat possessori, poden provocar l'enriquiment injust del nou posseïdor en detriment de qui anteriorment estigués posseïnt la cosa, en no traslladar al primer les càrregues inherents a la millora o conservació del bé". El dret de retenció presenta, en aquests supòsits, un caràcter més agressiu, en la mesura que implica una conducta no merament passiva de no fer, sinó activa, en alterar la condició possessòria que es té sobre els béns. En aquest sentit i com a manifestació que és de l'auto-tutela privada, els diferents ordenaments jurídics restringeixen molt l'exercici d'aquest dret, sotmetent per regla general a un numerus clausus i proscriuint l'extensió analògica a supòsits diferents.³

En els ordenaments jurídics que expliquen la transmissió dels drets reals mitjançant la teoria del títol i la tradició, no se sol incloure el primer dels supòsits dins l'estudi del dret de retenció, en tant que no havent-se verificat el trasllat del domini de la cosa sinó fins que es produeix la tradició, no hi ha retenció de la possessió sinó una simple *condicio* o excepció al compliment contractual. La veritat és que el normal des d'un punt de vista de política jurídica, és el tractament conjunt d'aquesta qüestió per atendre la mateixa problemàtica de fons, raó per la qual, a més d'atendre el concepte tradicional del dret de retenció, farem també remissions al dret de retenció en un sentit ampli.⁴

³ En contra l'article 3.939 del Codi Civil argentí. Aquesta és també la tendència en la jurisprudència francesa, la qual, malgrat no existir una norma general en previsió al dret de retenció ha generalitzat les seves previsions a l'empara de la regulació de les despeses útils i necessàries. Vegeu sobre aquesta evolució (CATALA-FRANJOU, 1967, p. 9 y ss). A França, tot i que inicialment, el droit de rétention no s'admetia més que en els casos previstos per la Llei, contenint una regulació fragmentària d'aquest dret (C.civ. Art 1612 i 2280; C. com. Art L 145 - 29, etc.), posteriorment la reforma de l'any 2006, creant un llibre IV des Sûretes, ha habilitat una sèrie de supòsits genèrics en l'article 2286, que, no obstant això, atenen més al marc de la exceptio inadimpleti contractus que pròpiament al dret de retenció. La jurisprudència a Espanya, com veurem, ha posat límit a aquesta tendència expansiva del dret de retenció, mitjançant la figura del servidor de la possessió que ha permès eludir l'aplicació de les normes sobre despeses útils i necessàries dels articles 453 i ss. al cas dels crèdits refaccionaris.

⁴ Aquest és el cas del dret francès que en l'article 2286 regula conjuntament uns i altres supòsits.

2. Tractament del dret de retenció en el modern dret d'obligacions

És coneguda l'opinió contrària al dret de retenció de la doctrina més tradicional, així, BELTRÁN DE HEREDIA (1955, p. 11) defineix el dret de retenció com “una situación jurídica de técnica primitiva y carácter casi excepcional”. Per la seva banda, el professor ALBALADEJO GARCÍA es mostra contrari a l'aplicació analògica a supòsits diferents dels previstos legalment, estimant no obstant això, que si és possible fa extensió de la seva normativa en aquells casos en el què el dret de retenció no sorgeix de l'analogia o d'un principi general, sinó què és una extensió necessària d'un dret de retenció preexistent, respecte el qual, si bé no hi ha una remissió expressa, s'ha d'estimar que es troba aquell en l'esperit de la Llei. Seria el cas del gestor de negocis aliens o el marmessor en relació amb el mandatari, el creditor anticrètic en relació amb el pignoratiu, el que ha de tornar una cosa que rebí en virtut de pagament indegut en relació al posseïdor de bona fe, (ALBALADEJO, 1992, p. 246). Més modernament altres autors han posat de manifest les seves prevencions davant d'aquest tipus de mesures, així PIZARRO WILSON (2009, p. 341), que considera el dret de retenció, una veritable anomalia en el sistema de garanties, el qual s'acomoda malament amb altres de naturalesa tradicional, com la penyora o la hipoteca.

S'ha dit també, que el dret de retenció, com a prerrogativa del creditor que posseeix un bé que ha de restituir al seu deutor, “està en la naturalesa de les coses” (SIMLER, 2006, 728 i ss), i per descomptat, sembla clar el seu entroncament amb el principi de la bona fe, així ho han sostingut autors com VIÑAS MEY (1922, p. 207) i DíEZ PICAZO (1995, p. 476), per als quals, el dret de retenció es fonamenta en l'equitat com a criteri de moderació de les conseqüències *stricti iuris* de l'exercici dels drets.

La pràctica forense, per contra, s'ha mostrat especialment reticent a aquestes mesures que restringeixen la lliure circulació dels béns, i que en la majoria dels casos no tenen un interès econòmic pròpiament dit, presentant únicament comuna mesura de força per doblegar la voluntat del deutor. Les principals dificultats que presenta el dret de retenció són les següents:

- *No té valor econòmic intrínsec*, fonamentant la seva existència en el seu caràcter merament comminatiu. Certament, la tendència en els processos codificadors moderns és la de fer extensives les facultats del creditor, no només a la retenció possessòria, sinó també a la realització de valor, però això, no resol tots els problemes.
- *No resulta eficient*. Determinen la paralització de l'activitat econòmica que hauria de permetre a qui va constituir la garantia obtenir els guanys necessàries per satisfer el deute assegurat.
- *No resulta viable*, en implicar despeses de conservació i manteniment que fan que el retenidor tendeixi a deslligar-se de la cosa amb la conseqüent pèrdua de valor. Tradicionalment el dret de retenció només donava lloc a una facultat de retenir la cosa *ad infinitum*, que, no obstant això, era suficient quan el valor de la cosa retinguda era alt i els costos de retenció baixos. Avui dia, sovint els costos de retenció són relativament alts. Es pot pensar en tots els productes que necessiten ser congelats o guardats a baixa temperatura i amb certa humitat. Moltes vegades el valor de les coses guardades no és tan alt, raó per la qual, el dipositari estarà segur que el propietari pagarà voluntàriament, però, en d'altres, si no pot

procedir a la realització immediata del seu valor, la garantia és il·lusòria (ZWITSER, 2004, p. 92).

- *No té proporcionalitat.* Queden a la discreció del creditor, per la qual cosa, l'interès que es pretén protegir no té relació amb el perjudici causat com a conseqüència de la privació d'un dret.

- *No té una previsió amb vista a la repercussió de les despeses* que pot causar el mateix exercici del dret de retenció, de manera que a més de la conseqüent manca de concreció de les despeses, aquesta mesura es mostra procliu a la prolongació de les facultats de retenció possessòries, en atenció a la concatenació de despeses, (vegeu en el cas català la problemàtica amb relació a l'extensió del dret de retenció a les despeses que es causin mentre s'exercita aquest dret pel creditor).

Malgrat els intents moderns de rehabilitar aquesta institució, en l'estat actual de la nostra ciència jurídica, el dret de retenció al costat de les ordres de precinte o el comís de vehicles, segueix formant part d'aquest món subliminal del dret, en què el Dret dilueix el seu caràcter racional, per exterioritzar exclusivament els perfils comminatius de la posició de força. Així, davant les prevencions que el nostre ordenament processal té establertes per procedir a l'embargament i dipòsit dels béns mobles, la impossibilitat d'embargament de béns de primera necessitat (art. 606.1 LEC), afectes a una activitat professional (606.2 LEC) o integrants d'una unitat productiva (592.3 LEC) i el caràcter restrictiu dels supòsits de remoció (626. 2 i 4 LEC), –particularment, en el cas que aquells es destinin a una activitat productiva o siguin de difícil transport o emmagatzematge (626.3 LEC)—, el dret de retenció mostra els aspectes més arcaics del dret, perquè no es justifica en la necessitat racional del mitjà utilitzat o en l'aparença de bon dret, sinó en la pura arbitrarietat del creditor, qui no es dirigeix a la satisfacció del seu dret sinó a soscar la resistència a complir la seva obligació per la contrària.

D'altra banda, l'efectivitat del dret de retenció com a garantia resulta molt feble quan només autoritza el seu titular a retenir el bé aliè i això no és suficient per vèncer les reticències de l'obligat al pagament. En aquests casos, la retenció del bé pot esdevenir una font de problemes i de despeses per al creditor, obligat a conservar degudament, mentre el tingui en el seu poder, i no facultat, per regla general, a servir-se'n de cap manera.

Malgrat aquestes dificultats per ZWITSER (2004, p. 93), l'ampliació de l'àmbit d'aplicació d'aquest dret, es mostra com un mal menor, conseqüència de l'ampliació de l'escala dels negocis i l'anonimat de la contractació en massa que exigeix necessàriament més garanties per poder desenvolupar-se en el tràfic jurídic. Assenyala aquest autor que “en altres temps gran part dels negocis es van establir a petita escala entre gents que es coneixien. Havien llaços entre la gent, i per això confiança. La necessitat de seguretat dels béns era poca, de manera que el dret de penyora en la majoria dels casos era més que suficient per assegurar el compliment del deute. En aquestes circumstàncies tot just pot funcionar el dret de retenció. La contractació impersonal en massa va determinar, que les empreses exigissin garanties prèvies a fi d'assegurar la previsió de negoci pròpia del tràfic jurídic en massa. Davant d'aquestes exigències, el dret reacciona davant la possible arbitrarietat d'aquelles, mitjançant l'exigència de majors cauteles i rigor formal”. Però, si en l'àmbit dels entorns jurídics més hostils, en els quals, la inseguretat jurídica imposa adoptar cauteles a la contractació pot tenir conseqüències positives, no és, ni ha de ser el cas d'aquells

marcs normatius, que com el mercat europeu, aspiren a la integració econòmica i jurídica, esdevenint una rèmora per a la integració dels mercats, per raó de la restricció que suposen per a la lliure circulació dels béns

Resulta curiós, que davant l'escàs desenvolupament d'aquest institut en l'àmbit del dret europeu, el dret de retenció presenta un notable desenvolupament, en aquells entorns jurídics menys integrats com és el cas del dret africà i del dret rus, en què la seguretat del tràfic jurídic és del màxim interès. El dret de retenció presenta així, un extraordinari desenvolupament en el dret senegalès en què el dret de retenció ha desplaçat pura i simplement amb caràcter general, als tradicionals drets de penyora i hipoteca. En la legislació senegalesa, el legislador "ha volgut equiparar amb caràcter general el dret de retenció en interès de la seguretat jurídica, desplaçant en gran manera a la penyora i la hipoteca, el que contrasta amb el debat sense fi sobre la seva situació jurídica en altres ordenaments jurídics" (ISSA-SAYEGH, 1992, p. 262). D'altra banda l'article 39, paràgraf 1 de la Llei Uniforme OHADA, en l'organització per a la unificació del dret africà, dedica un apartat a les "sûretés", distingint les següents garanties mobiliàries: el dret de retenció, la penyora, gravàmens sense desplaçament possessori i altres privilegis. En concret regulant en els articles 41-43 de la mateixa llei, tot el relatiu al dret de retenció, preceptes que repeteixen gairebé literalment l'art. 920 del Codi senegalès d'Obligacions Civils i Comercials (COCC, 76-60 Llei de 1976.12.06, DO n° 4511 de 1976.08.16, p. 1237, vegeu també, JAMES, 2002, p. 3-33).

És igualment d'interès, la regulació que contenen els articles 359 i 360 del Codi Civil Rus de 1994 en relació a la regulació del dret de retenció. El dret de retenció és tractat com una forma de garantia de les obligacions al costat de la clàusula penal (*Neustoika*), la consolidació, la penyora o la hipoteca (*Zalog*), l'aval bancari i les arres o dipòsit pecuniari. La regulació del dret de retenció conté una referència oberta a totes les despeses ocasionades com a conseqüència de les despeses realitzades o pels danys produïts fins que l'obligació sigui satisfeta. S'estableix la seva oposabilitat *erga omnes*, així com la possibilitat de realització de valor remetent sobre aquest particular a les regles de la hipoteca. En particular, es preveu que puguin ser usats per assegurar el pagament d'obligacions que només remotament tenen relació amb la cosa, si les parts són empresaris. Tampoc hi ha limitació respecte de les coses que puguin ser retingudes permetent la seva extensió a sumes de diners i a coses incorporals. Doncs bé, la regulació d'aquest institut, ha estat objecte de severes crítiques, titllant aquesta normativa com una forma legalitzada de privació de la propietat, així AA RUBANOV, (vegeu, OSAKWE, 2008, p. 122).

Dins del marc d'aquests altres entorns jurídics més integrats, certament les exigències del trànsit en massa poden suposar la debilitació de l'element consensual, i la propensió a la proliferació del dret de retenció pot ser del major interès per a algunes empreses. No obstant això, la conseqüència necessària, com succeeix en aquests casos –vegeu contractes d'adhesió–, ha de ser precisament la necessitat d'augmentar les exigències d'ordre públic, no la d'excloure la utilització d'aquest instrument. Particularment, es fa necessari entroncar aquest dret en el si del procés i subjectar el mateix a uns límits, per tal de racionalitzar la seva ocupació. Vegeu el cas, de la Llei 28/1998, de 13 de juliol, de Vendes a Terminis de Béns Mobles, per al cas de la retenció de quantitats en el contracte de venda a terminis, la qual presenta també una reacció davant d'aquesta tendència a la realització del propi dret, en establir limitacions a les quantitats a retenir (art. 10 LVPM), la realització de la reserva de domini, mitjançant un procediment subjecte a control judicial (art. 16 LVPM i arts. 250.10 i 11 LEC), la facultat moderadora dels tribunals (art. 11 LVPM), la vinculació de l'oferta publicitària (art. 13 LVPM i art. 61 TRLGCU), els requisits formals del contracte (art. 6 i 7 LVPM) o les limitacions a la facultat de desistiment (art. 9 LVPM).

L'altra via per la qual s'ha desenvolupat la moderna regulació del dret de retenció és la dirigida a evitar el caràcter merament obstructiu amb que fins llavors ha estat entès aquest dret. Aquests inconvenients s'eviten, en part, mitjançant el reconeixement al retenidor de facultats de realització de valor, tal com admeten amb caràcter general els Codis civils suís (art. 898); portuguès (art. 758 en relació amb l'art. 675) i català (arts. 569-2.1.by 569-7), com així també el DCFR (art. IX-I: 102). També ho admeten en algunes hipòtesis concretes l'ordenament alemany (§ § 1000 i 2022 en relació amb el § 1003 BGB i § 371 HGB) i l'italià (arts. 2756 i 2761 CC). Per contra, el retenidor no té aquesta facultat en la Compilació navarresa, en el dret holandès, en el francès i a l'espanyol.

Així, expressament, ho reconeix el Fur Nou de Navarra, en la Llei 473.I in fine, per a la retenció convencional, previsió que, no obstant això, no és possible fer-la extensiva als diferents supòsits de dret legal de retenció, (OZCÁRIZ MARCO, 2002, p. 1593). En l'ordenament jurídic espanyol s'admet generalitzadament que el dret de retenció no permet realitzar el valor del bé retingut; per descomptat, el CC no esmenta aquesta facultat. Qüestió diferent és que alguns preceptes, que permeten a certs creditors retenir un bé aliè, donen peu per interpretar que, a més, aquests estan legitimats per realitzar el seu valor (vegeu art. 1600, 1730 i 1780 CC o arts. 276 i 704 CCo), en aquests casos, els que segueixen aquesta interpretació solen posar de relleu que no es tracta d'un dret de retenció en sentit estricte (precisament, perquè en el nostre dret, aquest només facultat per conservar la possessió) sinó d'una garantia real d'origen legal (en essència, una penyora). Fora del dret de retenció, *strictu sensu*, el cas més semblant a aquestes facultats de realització de valor -i en el qual, al nostre parer, troba una llunyana reminiscència la regulació catalana- és el de la regulació dels crèdits refaccionaris en l'art. 48.3 de la Llei Hipotecària, si bé s'ha de precisar que l'abast d'aquesta prerrogativa es troba bastant limitada en limitar el període de carència per l'exercici d'aquest dret i per l'exigència de la concessió d'un crèdit a l'amo de l'obra per part del contractista.

Aquestes facultats, òbviament suposen una reducció dels costos i hi ha poderoses raons d'economia processal que indueixen a generalitzar aquesta facultat. No obstant això, aquesta agressivitat de la mesura multiplica els riscos implícits al dret de retenció, el que determina un major rigor si cap en les exigències d'ordre públic, exigències absolutament necessàries per què aquesta mesura s'ajusti als seus estrictes límits i pugui desenvolupar-se correctament en el tràfic jurídic.

3. Límits d'ordre públic del dret de retenció en el modern dret civil

Davant d'aquesta tendència expansiva del dret de retenció com a conseqüència de la manca de seguretat jurídica produïda per la contracció dels mercats, la reacció dels sistemes legislatius més desenvolupats ha estat, no suprimir aquest dret, sinó subjectar-lo a rigorosos dictats d'ordre públic. Aquest és el cas del dret holandès i del dret català que és objecte d'estudi.

El dret holandès és el que en major mesura s'ha preocupat de limitar l'exercici d'aquest dret. El codi civil holandès de 1992, tot i que amplia els supòsits d'aplicació, reforça la seva oposabilitat davant els tercers i el dota de preferència de cobrament, estableix també en canvi importants cauteles davant dels abusos. En aquest sentit el dret holandès ens mostra un ampli ventall de

cauteles que han de prevaldre i ser tingudes en compte pel jutge a l'hora de valorar la continuïtat de la mesura:

- L'exclusió d'aquest dret en els *supòsits de força major*, en què l'obligació de la part s'ha fet impossible, (art. 6.54.b).
- L'exclusió del dret de retenció quan la impossibilitat de dur a terme la prestació sigui deguda a *l'exclusiva culpa de la part contrària* (art. 6.54.a)
- L'exclusió del dret de retenció quan la impossibilitat de dur a l'exclusió del dret de retenció en els *casos en què la llei prohibeix l'embargament* (art. 6.54.c).
- La *substitució del dret de retenció per una altra garantia igualment satisfactòria*, i sempre que aquesta garantia no impliqui un retard injustificat per a la part contrària, (art. 6.55). A Catalunya, el CCCat permet imposar al creditor la substitució del dret de retenció per una altra garantia real o pel finançament solidari d'una entitat de crèdit que siguin suficients (art. 569-11 CCC);⁵ en aquesta dada s'ha vist un argument per sostenir, que si el crèdit es troba suficientment cobert per una garantia així des del principi, no podria constituir un dret de retenció per assegurar-ho (BARRADA ORELLANA, 2008, pp. 1787 y ss).
- *L'excepció de bona fe*. Si bé no existeix en la regulació del dret de retenció una expressa previsió sobre això, per ZWISTER en el dret holandès cal deduir les conseqüències de les normes generals davant l'abús de dret contingudes en les seccions 2 i 3 de l'article 13 del Codi Civil de 1992, en què s'observa que la desproporcionalitat pot constituir abús de facultat, idea que es presenta com a nova respecte de la regulació precedent en la qual, només la voluntat de danyar i l'ús del dret contrari a la finalitat de la norma podien constituir abús, (ZWISTER, 2002, pp. 96 y 97).

L'extensió d'aquestes cauteles al dret català sembla que tampoc ha de presentar especials dificultats, en la mesura, en que no són sinó una conseqüència lògica dels principis que inspiren la regulació de la remoció de dipositari a la LEC, per una banda, quan en les regles generals de la bona fe i l'abús de dret. El gran avantatge de l'ordenament jurídic català sobre el comú és la possibilitat de ventilar aquestes qüestions a través d'un incident especialment apropiat per això. No obstant, i malgrat l'enorme avanç d'aquesta regulació, el problema que es presenta és que, si bé s'ha arbitrat un tràmit per oposar-se al dret de retenció, es troba a faltar una via processal específica de caràcter sumari per oposar-se, la qual cosa, sumada a les dificultats per suspendre cautelarment l'acció de retenció, restringeix notablement les possibilitats d'oposició.

Sorpren l'absoluta limitació dels supòsits en què seria possible la suspensió de l'execució, limitació que es dedueix de l'expressió "*Només impedeix ...*". Potser hauria estat convenient un marge judicial per decidir la suspensió, introduint, per exemple, el criteri de proporcionalitat, absent sorprenentment en tota la Llei (RIPLEY, 2004, p. 6). Com després s'argumentarà la Llei 11/1991 de garanties possessòries,

⁵ En aquest sentit, a Alemanya doctrina i jurisprudència admeten amb caràcter general que del principi general de la bona fe (§ 242 BGB) es deriven certs límits per al dret de retenció, i, particularment, que aquest queda exclòs quan sigui desproporcionat en consideració a l'entitat del crèdit a garantir, o quan el creditor té prou assegurat el seu crèdit (HEINRICHS, 2008, pp. 333 y 334; el § 273.3).

era una llei que va restringir notabilíssimament l'exercici d'aquest dret, raó per la qual resultava lògic un règim molt excepcional en previsió a la suspensió de la mesura. L'extensió d'aquest règim a supòsits diferents, fa necessari replantejar el règim de substituïbilitat originàriament establert.

4. El dret de retenció en l'ordenament civil català: de la garantia merament comminativa a la facilitació del dret del creditor

L'ordenament jurídic civil català es troba en aquesta línia legislativa tendent a racionalitzar l'ús del dret de retenció, pretenent superar els aspectes merament comminatius amb què, fins avui, s'adornaven els perfils de l'exercici d'aquest dret. Com s'indica en el preàmbul de la nova Llei, “es tracta de considerar el dret de retenció sobre immobles com un dret real i donar-li els mateixos efectes actualment establerts per al dret de retenció sobre béns mobles”, que afegeix “això comporta, d'acord amb la legislació hipotecària, la constància registral d'aquest dret”.

La reforma del dret civil català en aquesta matèria s'inicia per la Llei 22/1991, de 29 de novembre, de garanties possessòries sobre cosa moble, a la qual segueix la Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia, norma que després passa a ser incorporada sistemàticament a l'ordenament civil català en el Llibre Cinquè del Codi civil de Catalunya, relatiu als drets reals, aprovat per la Llei 5/2006, de 10 de maig, del Codi civil de Catalunya. La regulació en tots els casos s'inspira en la idea d'evitar els aspectes purament comminatoris d'aquest institut, per això, s'habilita la possibilitat de procedir a la realització de valor, es defineixen estrictament els supòsits aplicables i es permet, amb gran generositat, la facultat de substitució de la mesura. S'aprecia també en els últims temps, una prudent tendència a ampliar el seu àmbit d'aplicació. Així, si bé la Llei 22/1991 de garanties possessòries, només es tractarà de l'aplicació d'aquest dret respecte béns mobles i va excloure expressament l'extensió a les despeses útils-, constrenyent per tant l'àmbit d'aplicació que anteriorment el CC tenia previst. La Llei 19/2002 de drets reals de garantia, que es reproduïx actualment en el Llibre V del CCCat, va fer possible la seva extensió als primers, permetent també la seva aplicació, no només a les despeses necessàries, sinó també a les útils. La nova ordenació del dret de retenció procura també remarcar el caràcter de dret real del dret de retenció, fent extensiva la seva regulació a qualsevol tipus de millora i suprimint l'exigència continguda en la precedent regulació, que qui transmetés els béns fos posseïdor legítim dels mateixos, previsió que, no obstant això, ha donat lloc a un autèntic trencaclosques per a la doctrina i jurisprudència.

El dret de retenció es configura, així, en el dret català, com un dret real de garantia (art. 569-1 CCC), oposable *erga omnes* (arts. 569-2.1.ay 569-6 CCC), que faculta el seu titular per realitzar el valor del bé (art. 569-7 i següents. CCC), aplicant el preu obtingut en la realització del bé “a les regles generals sobre prelación de crèdits”, que no són altres que les dels arts. 1921 i ss CC i els arts. 89 i ss de la Llei Concursal. D'altra banda, si bé s'ha estès el seu exercici als béns immobles, s'han limitat en gran mesura els supòsits d'aplicació. Com assenyala PUIG I FERRIOL (2007, p. 756): “El dret de retenció sols pot garantir aquelles obligacions que tenen el seu origen en unes relacions jurídiques que segons criteri del legislador mereixen una protecció especial; ja que podrien provocar un empobriment possible del retenidor, que no es creu justificable en base a la

relació estreta que existeix entre el bé objecte del dret de retenció i l'obligació que ha incomplet el deutor. El dret de retenció sols es pot constituir per a garantir un crèdit existent i exigible pel qual el legislador ha previst aquesta modalitat dels drets reals de garantia. De forma prudent s'esmenta la inoportunitat de constituir el dret de retenció quan el dret de crèdit s'ha garantit de forma escaient mitjançant un altre dret real de garantia o una fiança solidària d'una entitat de crèdit; i en particular s'assenyala la impossibilitat de constituir el dret de retenció sobre un bé determinant quan el compliment de l'obligació ja s'ha garantit de forma suficient amb una penyora amb desplaçament de la possessió o en el supòsit que contempla l'article 569-10".

Revesteix especial importància la substituïbilitat de la mesura a la qual després ens referirem i de la qual se n'ocupa extensament el CCCat. Es confereix, tant al deutor com al propietari la facultat d'imposar al retenidor la substitució de la cosa retinguda per una altra garantia real o pel finançament solidari d'una entitat de crèdit que arribi a cobrir l'import del deute que va generar la retenció més un 25%. Aquest és un aspecte molt important com veurem, en preveure, en principi, com el principal instrument per compensar l'arbitrarietat en l'exercici del dret de retenció.

Un altre aspecte de gran interès és la regulació de les facultats de realització del valor dels béns retinguts en els arts. 569-7 i següents. Es possibilita en aquests preceptes que l'execució es pugui dur a terme per alienació directa o per subhasta pública notarial, així, sempre que en els dos mesos següents a la notificació notarial de la decisió de retenir no hi hagi hagut oposició judicial, el retenidor pot instar l'execució extrajudicial.

DEL POZO CARRASCOSA posa de relleu la coincidència existent entre l'alienació directa del CCCat i la possibilitat de "*realització privada*" que contempla la LEC (DEL POZO CARRASCOSA, 2008, p. 436). S'ha de precisar, però, que les previsions contingudes en el CCCat troben, una semblança major amb la realització per tercer de l'art. 642 que amb la realització privada de l'art. 641 de la LEC, tot i que, a diferència de la legislació catalana, en la regulació de la LEC, promoguda la realització per tercer, per l'executant o pel deutor amb la conformitat d'aquell, sempre que el preu fixat sigui superior al 70 % del valor de taxació, aquesta es durà a terme malgrat la falta de conformitat de les parts en les condicions en què hagi de tenir lloc. Contràriament, els articles 569-7 i 569-8 del CCCat aboquen necessàriament a la subhasta pública per al cas de manca d'acord dels interessats.

La regulació de la subhasta tant de béns mobles com immobles, presenta nombrosos problemes, sent el major d'ells el de la fixació del tipus. Així, respecte **dels** béns mobles, el procediment és semblant al que preveu l'article 1872 del CC, que acull el sistema de doble subhasta, i en el qual, el creditor, com a conseqüència de la prohibició del pacte de "*lex commissària*", només podrà adjudicar el bé donant carta de pagament per la totalitat del crèdit. No obstant això, a diferència de la legislació estatal en què la subhasta se celebra "*a la llana*", en el sistema del CCCat es disposa que el tipus hagi de ser, si més no, igual a l'import de les obligacions que han originat la retenció, més les despeses previstes per a la alienació i el lliurament del bé. Per excepció, es pot establir, com a tipus, l'import que resulti d'un peritatge tècnic aportat pels retenidors si és més alt que l'anterior, però, això només és possible quan s'insti pel creditor. Aquestes previsions no s'acomoden a la naturalesa dels béns mobles que solen ser objecte de retenció, generalment béns d'equip que tendeixen ràpidament a l'obsolescència i en el qual, la majoria dels casos, el crèdit

resulta molt superior al preu final que es pugui obtenir per aquests.

En canvi, si es tracta de béns immobles, el normal resultarà que el valor del bé retingut sigui superior al crèdit donant lloc a la desproporció de la mesura. Aquesta circumstància té també altres implicacions a les quals ens referirem a continuació, sent un dels límits que s'ha de tenir en compte per a la constitució d'aquest dret. Cal anticipar ara, que potser hauria estat més correcte, una previsió semblant a la que conté l'article 93 de la Llei Hipotecària, que preveu la conversió de l'anotació preventiva del crèdit refaccionari en hipoteca legal. Sigui com sigui, es troba a faltar una adequació de les seves previsions als canvis legislatius portats a terme en els últims temps, com a conseqüència de la crisi econòmica, per a la subhasta de l'habitatge habitual, de manera similar al dut a terme pel Decret-Llei 6/2012, de 9 de març, de Mesures Urgents de Protecció de Deutors Hipotecaris sense Recursos.

La normativa catalana preveu, a més, un règim especial per a la retenció de béns mobles de poc valor. En aquest cas el retenidor pot realitzar el valor del bé "disposant lliurement" d'aquest (art. 569-10.3 CCCat), expressió que es considera comprensiva, tant d'una disposició material (desfer-se materialment d'ella), com d'una disposició en sentit jurídic (alienació gratuïta o onerosa).⁶

Dins l'Estat Espanyol, el dret de retenció mobiliària apareix regulat tant en l'ordenament estatal com en alguns autonòmics (concretament, en la Compilació de Dret Civil Foral de Navarra i en el CCC). La regulació estatal és de caràcter casuístic i fragmentari, i es troba repartida entre el CC (art. 453, 464.II i III, 502 i 522, 1747, 1866.II i, per a alguns, també els arts. 1600, 1730 i 1780; a més cal tenir en compte la remissió que fan a aquests preceptes altres, com els arts. 1783, 1892 o 1898 CC), el CCo (arts. 276, 704, 842 i 868, respecte de diversos, dels quals es discuteix la veritable naturalesa del dret de retenció que consagren) i alguna llei especial (art. 5.3 Llei 40/2002, de 14 de novembre, reguladora del contracte d'aparcament de vehicles [BOE núm. 274, de 15.11.2002]); excepte per l'última incorporació d'un dret de retenció en la LCAV, es tracta d'una normativa que no ha experimentat cap canvi. Com després s'exposarà, malgrat el caràcter fragmentari d'aquesta regulació, la seva incardinació dins el marc de la doctrina general de la possessió ha determinat, sobretot tractant-se de despeses, una tendència irrefrenable a estendre-la a d'altres supòsits, de manera que el *numerus clausus* és més aparent que real. Com després es veurà, aquesta situació del dret estatal és el punt de partida de la regulació catalana per la Llei 11/1992, de 29 de novembre, que va pretendre constrènyer, dins dels seus estrictes límits, l'exercici d'aquest dret i facilitar la substitució de la mesura.

5. Àmbit material del dret de retenció en la codificació civil de Catalunya

El CCCat preveu tres supòsits generals de caràcter general als quals és aplicable el dret de retenció, per a la restitució de les despeses de conservació, el rescabament pels danys causats en el lliurament de la cosa i els crèdits refaccionaris, al costat d'un d'accessori, els interessos d'aquells altres, i un altre de residual: qualsevol altre establert a la llei. Feta excussió d'aquests dos últims, centrarem l'objecte del nostre estudi en els tres primers, abordant a continuació l'àmbit de l'exercici d'aquest dret en relació a cadascun d'aquests supòsits:

⁶ En aquest sentit POZO CARRASCOSA, VÁQUER ALOY i BOSCH CAPDEVILA, 2008, p. 443).

a) *Reemborsament de les despeses útils i necessàries*. Aquesta possibilitat és semblant a la reconeguda en la legislació civil estatal en l'article 453 del Cc. Inicialment, la Llei 22/1991, a diferència de la legislació estatal, preveia que l'exercici del dret de retenció únicament s'estengués a les despeses estrictament necessàries per a la conservació del bé, i no és, sinó posteriorment, quan la Llei 19/2002, de 5 de juliol, de drets reals de garantia va procedir a modificar l'article 4.1 de la Llei 22/1991, en el sentit, de fer extensiu el dret de retenció per al "*rescabament de les despeses útils*", però, sempre que en tots els casos, tant millores útils com necessàries, hi hagi un dret a reclamar el reemborsament de les despeses. L'actual redacció del CCCat també ha modificat en part l'article 569-4 a), en el sentit, que només es permet constituir el dret de retenció per aquestes despeses si hi ha dret a reclamar el reemborsament. BARRADA ORELLANA (2003, p. 185) explica tal precisió com una exigència afegida amb vista a excloure aquelles despeses, què, tot i tenir el caràcter de despeses de conservació o gestió o resultant despeses útils, hagi de suportar el propietari. Així seria el cas de l'usufructuari, qui no podrà constituir el dret de retenció per les despeses de reparació ordinària de les coses donades en usdefruit. Entenc, però, que no és aquesta, la interpretació correcta de la norma, i això, tant si atenem a un criteri sistemàtic com als antecedents d'aquesta. L'art. 4.1 a) de la Llei 22/1991, de 29 de novembre, incloïa en l'article 4 com a supòsit: "*el rescabament de les despeses necessàries per a la conservació i gestió de la cosa*", sense fer referència al fet que hi hagi dret o no a reclamar-ne el reemborsament. No obstant, aquesta previsió va ser modificada per la Llei de drets reals de garantia de 2002, fent extensiu el dret de retenció a les despeses per despeses útils i exigint, respecte de tots dos, l'existència d'una expressa previsió sobre això, i la veritat és que si respecte de les despeses necessàries tal interpretació té sentit, -perquè respecte d'aquests caldria discriminar els que puguin correspondre a una i altra banda-, no té sentit respecte de les despeses útils en què aquesta precisió resulta redundant, sobretot si atenem als antecedents legals d'aquest precepte.⁷

D'altra banda, com després es va poder veurem detalladament, mentre que en el dret civil estatal la distinció de les impenses amb les despeses refaccionàries, s'explica per la figura del servidor de la possessió, aquest criteri no té sentit en l'ordenament jurídic català, en el qual és pressupòsit del dret de retenció la possessió de bona fe, no sent suficient la mera detenció de les coses. Més aviat sembla, que aquesta previsió s'ha d'interpretar en el sentit, que aquesta no suposa sinó una norma de reenviament d'aquest marc normatiu a qualsevol altre supòsit legal al qual s'aculli expressament la constitució d'aquest dret per raó d'impenses. Aquest seria el cas de l'article 561-

⁷ Amb anterioritat a la reforma de 2006, s'estimava que, a falta d'una previsió expressa, no resultava possible estendre aquesta garantia a les despeses causades amb posterioritat a la constitució del dret real de garantia, fent necessària la constitució d'un nou dret de retenció, i per tant, es feia necessària una nova intimació al deutor per fer front a les noves despeses causades (vegeu BARRADA ORELLANA, 2003, p. 190). Amb millor criteri, el vigent art.569.-6.2, en tractar del deure de conservació del bé retingut, permet la repercussió de les despeses causades per aquesta raó, però, limitant aquesta possibilitat de repercussió a les despeses necessàries per a la conservació, amb exclusió, per tant, de les útils que pugui haver dut a terme el retenidor (PUIG I FERROL, 2007, p. 771). En tot cas, com indica Lucas Esteve, l'aplicació del precepte es veu condicionada per la concurrència d'un requisit objectiu, com és, que els danys s'hagin ocasionat a la mateixa cosa, amb exclusió per tant dels danys ocasionats per la negligència en la retenció del propi retenidor o d'una tercera persona, i també per la concurrència d'un requisit subjectiu, en el sentit, que els danys s'han d'haver causat al retenidor i alhora, posseïdor del bé, (LUCAS ESTEVE, 2002, pàg. 1011 -1039).

16-4 per a l'usdefruit, el de l'article 426-47-1 a) per al fiduciari o el dels arts. 542-5, 542-6 i 542-7 per al cas d'accessió.⁸

Per tant, és clar, que a diferència del que passa en l'ordenament civil estatal, estem davant d'un supòsit de *numerus clausus*, de necessària configuració legal, que constreny enormement la possibilitat de constitució del dret de retenció per al supòsit d'impenses sobre la cosa. Aquesta explicació s'adequa millor també a la consideració fàctica de la possessió com a aparença de la titularitat d'un dret, tal com es consagra a l'article 521 del CCCat, que imposa circumscriure l'àmbit de la retenció a l'àmbit material del dret real que la possessió pretengui tenir. Podria semblar, que aquesta remissió deixaria buida de contingut en gran mesura l'aplicació del supòsit residual de l'article 569-4 e), però, si bé el contingut del precepte està pensat en previsió de les impenses, com a prototip de càrregues *propter rem*, no exclou totalment l'aplicació a d'altres supòsits. Aquest seria el cas del dret de l'art. 426.48 respecte del fiduciari amb fonament en els apartats c) i d) de l'article 426,-si bé cal precisar que en aquest cas el dret de retenció, presenta uns caràcters específics en referir-se, no només a un bé, sinó a tot un patrimoni, la qual cosa, el diferencia enormement de la resta dels supòsits previstos en el CCCat-.

b) *El rescabament dels danys causats en la cosa en el moment de l'entrega.* L'art. 569-4, que manté la redacció continguda en l'article 4.1 b) de la Llei 22/1991, fa referència al supòsit de "rescabament dels danys causats per raó de la cosa a la persona obligada al lliurament". El més fosc del supòsit és l'abast de la vinculació del dany causat al fet del lliurament. BARRADA ORELLANA (2003, p. 199) estima què, encara que el precepte es refereix, exclusivament als danys, s'ha d'entendre que la garantia s'estén també al pagament de qualsevol altre perjudici que el retenidor pugui patir sobre la mateixa cosa, com a disminució patrimonial que hagi de ser reparada. En tot cas, hauria de tractar-se d'un perjudici derivat del fet de la tinença dels béns amb exclusió de qualsevol altre causat dins el marc pròpiament obligacional. En aquest sentit, no es pot fer extensiva aquesta acció a l'exercici d'una acció redhibitòria, perquè el rescabament

⁸ L'art. 278 de la Compilació de 1960, en concordança amb el seu precedent l'Usatge "si quis in alieno", contemplava l'accessió des de qui edifica, planta o sembla en sòl d'altri, a diferència del Codi civil que, en el seu art. 361, la contempla des del propietari del terreny. Les solucions d'ambdós textos són també diferents, ja que el Codi civil atorga a aquest propietari un dret d'opció o potestatiu entre adquirir el construït amb abonament de les despeses, i vendre el terreny en què es va construir sempre que s'hagi construït de bona fe, mentre que la Compilació, en aquest cas, determinava la pèrdua del que s'ha construït i la seva adquisició pel propietari del terreny amb dret de retenció de l'edificant fins al pagament dels materials i jornals, (vegeu STSJC 12.09.2004 (10716/2005, MP Vidal Andreu). Respecte d'aquest supòsit, l'actual article 542, restringeix la possibilitat del seu exercici, al seu torn per l'exigència del requisit de la condició de bona fe del posseïdor, la qual cosa determina l'exclusió en els casos d'accessió invertida de mala fe STSJC de 8.05.2003 (Roj STSJ Cat 5581/2003, Pui i Ferriol), assenyalant per la seva banda STSJC 19.02.2004, (Euder 44330/2004, MP Vidal Andreu) amb cita a l' usatge "*si quis in alieno*" que considera constructor de mala fe a qui edifica en terra d'un altre contra la voluntat del senyor (Llibre VII, Títol I, Constitució única, del Volum 1 de les Constitucions i Altres drets de Catalunya) i conclouent que, per això, "*mai no pot ser considerat constructor de mala fe el que fa la construcció en terra aliena amb l'aprovació de l'amo del terreny ja que es presumeix que el propietari del terreny ha conferit al tercer la facultat d'edificar*" ("*Variarum resolutionum iuris cesarei, pontificii et municipalis Principatus Cathaloniae* ", part 2, Cap 6, num 133). Aquestes resolucions neguen igualment, que es pugui atribuir el dret de retenció si no es demanda la possessió de la finca sobre la qual s'han fet les construccions. Per als casos de mala fe sobrevinguda, vegeu la STSJC de 1.03.2003.

d'aquells perjudicis es deriva de l'obligació de lliurament i no del negoci jurídic abstracte de tradició. Per les mateixes raons haurien de quedar exclosos els supòsits de perjudici per raó del retard morós en el lliurament de les coses.

Sembla, més aviat, que el supòsit atén a l'existència d'una reparació que, si bé sorgeix en el marc contractual o el genèric de l'obligació de lliurament, resulta estranya al sinalagma funcional d'aquesta obligació. La pròpia autora abans esmentada, cita el cas de l'article 1752 del CC, el qual responsabilitza el comodant dels danys soferts pel comodatari a causa dels vicis de la cosa si, coneixent el primer, no haguessin estat posats en coneixement del comodatari (BARRADA ORELLANA, 2003, 191). A la mateixa conseqüència es podria arribar quan, advertits els vicis pel comodatari i notificada la seva existència al comodant -que fins aquell moment no els conegués-, se'n derivi un dany en la persona o béns del comodatari (art. 1752 en relació 1751 CC). En aquest sentit, el CC preveu l'eventual existència d'un crèdit per danys a favor del comodatari, però, no faculta el creditor per retenir per cap altre concepte (art. 1747 CC).⁹ L'article 569.4 b), per contra, faculta el posseïdor per exercir el dret de retenció en garantia dels danys produïts per causa de la cosa, però, no per raó de cap activitat desplegada pel retenidor a l'obra o un altre tipus d'interessos vinculats al retenidor, sinó per raó del perjudici causat *turpitudinem causa*.

c) *El reemborsament dels crèdits refaccionaris*. El supòsit fonamental, pel seu abast i la seva transcendència social, és el referit a les despeses refaccionàries, a què es refereix l'apartat C de l'art. 569-4: "La retribució de l'activitat realitzada per confeccionar o reparar el bé, si prèviament hi ha hagut, en cas de mobles, un pressupost escrit i acceptat i, en cas d'immobles, un acord exprés entre les parts, i si, en ambdós casos, l'activitat s'adequa al pressupost o al pacte". Aquestes previsions, si es comparen amb l'ordenament civil estatal, limiten en gran manera la discrecionalitat del creditor per a la retenció dels béns mobles, exigint una correcta correlació amb allò pactat. Cal tenir present que la tendència en aquesta matèria en el Codi Civil és la d'hipertrofiar la despesa en virtut de l'habilitació conferida per l'article 1593 i la generosíssima interpretació que d'aquest precepte ha fet la jurisprudència, la qual cosa, li ha fet camp adobat per als aspectes comminatius proscriu en gran mesura per la legislació catalana (SABATER BAYLE, 1989, p. 285 i ss). Certament, l'ordenament civil estatal només preveu la possibilitat de procedir a la retenció per fer efectiu el pagament de crèdits refaccionaris respecte dels béns mobles, queden exclosos implícitament els béns immobles. Però, si bé el Cc ha exclòs la possibilitat de l'exercici del dret de retenció respecte de crèdits refaccionaris sobre béns immobles, ha admès, no obstant això, la possibilitat de constitució unilateral d'una anotació registral per assegurar el pagament d'aquesta classe de crèdits. En aquest sentit, l'article 42.8 de la vigent Llei Hipotecària reconeix al creditor refaccionari el dret a demanar anotació preventiva "mentre durin les obres que són objecte de refacció". Aquest precepte, es desenvolupa pel que disposa l'art. 93 de la LH que de forma paral·lela al que passa en l'ordenació civil catalana, permet al creditor refaccionari demanar la conversió de la seva anotació preventiva en la inscripció d'hipoteca. Al seu torn,

⁹ Tal facultat, d'altra banda, es preveu igualment en la llei 541 del Fur Nou de Navarra que confereix al comodatari la facultat de retenir la cosa prestada fins que el comodant compleixi amb l'obligació d'abonar al comodatari les despeses extraordinàries que la cosa hagi causat, i indemnitzar pels danys produïts per vicis de la cosa prestada quan el comodant els coneixia i no els va declarar.

l'article 166.7^a del Reglament Hipotecari, exigeix per a la conversió de l'anotació del crèdit refaccionari en hipotecari, la necessitat que en l'anotació del crèdit refaccionari s'indiqui, breument, la classe d'obres que "es pretén executar".

No obstant això, aquest dret del contractista en l'àmbit de l'ordenament jurídic estatal es troba enormement limitat en contreure's al cas que sigui el contractista qui avanci les despeses objecte de refacció. Certament, la jurisprudència del Tribunal Suprem ha fet una interpretació extensiva del que disposa l'article 42.8 de la Llei Hipotecària per tal de fer extensiva la reclamació, no només als supòsits d'avançament de quantitats, sinó de manera àmplia i comprensiva als avenços que el contractista ha de fer per executar l'obra, sent el terme "quantitat" una referència a la valoració i determinabilitat establertes en l'article 1273 del Codi Civil, interpretació que segons la resolució de la DGRN de 2011.10.10, (BOE 29/12 / 2011), es fonamentaria en l'article 60 de la Llei Hipotecària que fa al "diners o efectes en què consisteixen aquests crèdits". L'aplicació d'aquests preceptes, en l'àmbit del dret comú, resulta veritablement residual a l'existir una enorme discrecionalitat a l'hora de la fixació de les despeses, la qual cosa, resultava contrària a la fe pública en què s'emparava la constitució d'aquest tipus de garanties.

Contràriament a aquestes obsoletes previsions, l'ordenament civil català fa una aposta decidida pel dret de retenció en seu de béns immobles, si bé sotmetent l'exercici d'aquest dret a límits d'ordre formal, molt estrictes. En concret, l'article 569 preveu la possibilitat d'exercir el dret de retenció per a la retribució de l'activitat realitzada per confeccionar o reparar el bé, si prèviament, en el cas de mobles s'ha fet un pressupost escrit i acceptat i en el cas de immobles un acord exprés entre les parts, i si en tots els casos, l'activitat s'adequa al pressupost o al pacte. Per a la constitució del dret de retenció en aquest cas l'article 4-1 de la Llei 22/1991 exigia que el retenidor hagi realitzat una activitat per encàrrec del posseïdor legítim del bé retingut. Aquesta previsió va ser suprimida per l'article 5.c) de la Llei 19/2002 i finalment per l'article 569-4 c) del CCC. La doctrina, vegeu ABRIL CAMPOY (1994, p. 1914), fins i tot, amb anterioritat a la reforma de l'any 2002, no exigia una acabada acreditació de la condició de posseïdor sent suficient, que presentés exteriorment una aparença de legitimitat. Segons l'opinió de MEDINA ORTIZ (2006 p. 351), amb aquest precedent es podria pensar que si el dret de retenció sobre béns mobles pressuposa, d'acord amb l'article 464 una relació de titularitat en aquell qui fa l'encàrrec, semblaria lògic que el dret de retenció sobre béns immobles exigís també que la persona que fa l'encàrrec ostenti, d'alguna altra manera, també, la titularitat sobre el bé retingut, estimant que una altra interpretació seria contrària a les exigències de la bona fe. En realitat, com hem anat assenyalant, l'enriquiment injust en què s'empara el dret de retenció, és estrany a la titularitat dels béns i atén, tan sols, al trasllat possessori que en el dret català és eminentment fàctic. En aquest sentit, per PUIG I FERRIOL (2007, p. 759) s'ha d'entendre que aquesta prevenció subsisteix tàcitament, ja que si el dret de retenció només s'atorga al posseïdor de bona fe, segons l'article 569-3, no es pot atribuir aquesta condició a qui ha rebut la possessió del bé, conscient que l'encàrrec l'ha rebut d'una persona no legitimada per contractar l'activitat que origina el crèdit que es vulgui garantir amb el dret de retenció. Cal tenir present, que davant la convicció de caràcter ètic de la bona fe postulada per cert sector de la doctrina (DIEZ PICAZO, 2008, p. 665), el dret català adopta una postura

fonamentalment psicològica de la noció de possessió de bona fe.¹⁰ Així, si l'article 521-7, defineix la bona fe del posseïdor com "creença justificable de la titularitat del Dret", és evident que faltant aquesta convicció en qui transmet la cosa, no és possible accionar el dret de retenció.¹¹ Per contra, quan es té externament aquesta condició, i les persones de qui procedeixen els béns no tenen poder de disposició suficient, rebent-los a títol onerós, com és propi de les despeses refaccionàries, el dret de retenció s'ha d'entendre consolidat, d'acord amb el que preveu l'article 522-8 del CCC. Tal transmutació del fet possessori no es produeix per cap títol translatiu derivat, sinó en virtut del seu caràcter de dret real de constitució legal que és pròpia del dret de retenció.¹² A aquests efectes, és decisiva l'eficàcia erga omnes que l'art. 569-6 CCC predica del dret de retenció. Aquest precepte permet als retenidors "negar-se, fins i tot davant terceres persones, a restituir el bé fins que no els hagin pagat totalment els deutes que van originar la retenció", previsió que només cal entendre des de la transmutació possessòria que pateix la mera tinença de les coses quan el tenidor de bona fe exercita el seu dret. Així per LUCAS ESTEVE, el dret de retenció, que necessàriament és d'origen legal, es constitueix de forma unilateral i independent de la voluntat del propietari del bé, pel que, a aquests efectes, és irrellevant que qui lliuri la cosa al deutor no sigui el seu propietari, o no tingui la seva lliure disposició; això comporta una important diferència amb les garanties convencionals, com la penyora (art. 569-13.1.b CCC, en línia amb el que disposa l'art. 1857.I.2^o i 3^o CC), (LUCAS ESTEVE, 2007, p. 235).

L'exercici del dret de retenció sobre crèdits refaccionaris es veu sotmès a *requisits formals estrictes*, exigint a més l'existència d'un pressupost escrit i acceptat, en el cas de béns mobles, o d'un acord exprés entre les parts en el cas d'immobles. Segons el precepte comentat el pressupost ha de constar per escrit, mentre que no s'exigeix el mateix requisit per a l'acceptació, que si s'escau, es podrà acreditar pels mitjans de prova que el retenidor tingui al seu abast. D'altra banda, en el cas de béns immobles, l'acord s'exigeix únicament que sigui exprés, però, sense exigir un requisit de forma especial. Per PUIG I FERRIOL, (2007, p. 759) l'enteniment del requisit del pressupost o de l'acord i l'exigència d'una acceptació ha de ser interpretada en relació a la finalitat d'aquell, que no és altra, que la de permetre fiscalitzar l'adequació de l'activitat realitzada al pressupost o al

¹⁰ La possessió de bona fe, va referit al moment adquisitiu i a la convicció de l'adquirent respecte de la legitimitat de l'adquisició. No obstant això, per ROCA I TRIAS aquesta ineficàcia no pot consistir en un simple estat psicològic, sinó que s'haurà de fonamentar en l'existència d'un títol putatiu o nul, això és, un títol que presenti externament una aparença de legalitat. Per aquesta autora, el Codi Català no preveu la possibilitat de l'existència de bona fe sense títol. En realitat el codi català preveu aquesta situació i, malgrat que pot produir-se, no tindran cap efecte jurídic i que aquesta possibilitat no es preveu en un dels efectes més importants, com és el relacionat amb la liquidació de la situació possessòria, podent servir per exonerar al posseïdor de les conseqüències de la pèrdua de la cosa posseïda, que preveu l'article 525.1 (ROCA I TRIAS, 2007, 83).

¹¹ El dret català plasma des d'un punt de vista tècnic-jurídic, la noció que en el Codi Civil es manifesta només en el seu aspecte negatiu, com la ignorància de que en el seu títol o manera d'adquirir existeix vici o defecte que l'invalidi, (art. 433 CC), o en l'aspecte positiu, en la creença que la persona de qui va rebre la cosa era amo d'ella i podia transmetre el domini, (art. 1950).

¹² Disposo el precepte esmentat: "L'adquisició de la possessió d'un bé moble de bona fe i a títol onerós comporta l'adquisició del dret en què es basa el concepte possessori, encara que els posseïdors, anteriors, no tinguessin poder de disposició suficient sobre le bé o el dret".

pacte. Per la seva banda, per MIRALLES GONZÁLEZ (1992,p. 714) la configuració del pressupost o del pacte s'ha d'entendre com una càrrega imposada per la llei al retenidor que justifica, que si la persona que s'encarregarà de l'activitat renuncia a la presentació del pressupost, o no considera necessari l'acord exprés, en aquests casos, el posseïdor del bé no pot imposar posteriorment la constitució del dret de retenció.

La previsió d'un pressupost escrit o d'un acord exprés i l'adequació d'aquell a l'activitat realitzada, no pot ser més convenient, atesa la generositat amb què la jurisprudència, ha vingut emparant qualsevol revisió unilateral pel constructor dels preus, a l'empara d'eventuals modificacions del projecte d'obra (vegeu SAVATER BAYLE, 1993, p. 1973 i ss). Cal tenir present què, amb fonament amb el que disposa l'art. 1593 la jurisprudència ha acceptat l'existència d'una inversió de la presumpció favorable a la novació contractual (art. 1203 Cc), estimant que el principi d'invariabilitat del preu contractat per a una determinada obra, com a preu taxat per ajust alçat, no s'ha d'aplicar a obres no pressupostades, que representen un increment real, canvi o addició al projecte primitiu – el que es coneix com augment d'obra –, el pagament correspon a qui encarrega les mateixes, les autoritza o simplement les consent, rebent o acceptant -amb independència que sigui a plena satisfacció del comitent, (vegeu les SSTS, SSTS, 1ª, 28.03.1996, MP Eduardo Fernández- Cid de Telmes; 14.10.1996, MP Villagómez Rodil; 02.07.1998, MP García Varela y 23.01.2001, MP González Poveda); i és que la interpretació del requisit d'autorització donada a l'article 1593 per la jurisprudència, ha estat de forma tan relaxada que ha determinat, si no la seva exclusió, si més no, una inversió de la regla general, (GUDÍN R.-MAGARIÑOS, 2011, p. 153).

D'aquesta manera, no només s'admet una autorització verbal, vegeu les ja antigues (SSTS, sala 1ª, de 13.03.1971, 26.12.1979 i 31.01.1967), sinó que aquesta, fins i tot, pot ser sobreentesa tàcitament de la interpretació del contingut de les clàusules contractuals, atenent els actes de les parts, coetanis i posteriors al contracte, art. 1282 Cc. Vegeu les SSTS, sala 1ª, 30.11.2004, MP: Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares), 20.03.2001, MP: Martínez Pereda Rodríguez, 16.09.1986, MP: Santos Briz. És més, la jurisprudència ha entès que el requisit de la prèvia autorització es compleix de manera raonable amb el coneixement, sense oposició, a l'execució de les obres, (SSTS, 1ª, 3.07.1990, MP Martínez-Calcerrada Gomez; 2.12.1985, MP J. Santos Briz; 25.01.1989, MP: Fernandez Rodriguez; 10.06.1992, MP Eduardo Fernandez- Cid Telmes y 28.02.1986, MP J.L. Albarca Lopez), la qual cosa, fins i tot, es dona per sobreentès, excepte prova en contra, STS Sala 1ª, de 10.06.1992, MP Fernandez- Cid de Telmes i de 19.10.1995, MP: Ortega Torres.

6. Límits a l'exercici del dret de retenció en el dret civil català

L'exercici del dret de retenció com a garantia anterior al procés presenta una aposta bastant arriscada. A ningú se li escapa el despropòsit que suposaria veure el nostre domicili o els mitjans necessaris per a l'exercici de la nostra professió exposats a pública subhasta, pel fet d'un desacord sobre l'impagament d'unes obres de millora del nostre immoble. Es fa estrictament necessària una interpretació adequada d'aquests preceptes, i en aquesta línia es mouen els camins dels últims pronunciaments jurisprudencials.

Seguint l'esquema traçat anteriorment en previsió a la limitació d'aquest dret caldria distingir les següents prevencions que hauran de ser tingudes en compte per impedir l'exercici arbitrari d'aquest dret.

6.1. Límits derivats de la finalitat de l'acció exercitada: la bona fe i la proporcionalitat en relació al dany causat

Respecte d'aquest particular, tampoc hi ha una especial previsió, i atès l'escàs desenvolupament de les previsions generals sobre bona fe i abús de dret en el Llibre I, així com la falta d'un patrimoni jurídic propi, com a conseqüència del caràcter nou del dret civil català, l'aplicació d'aquest criteri ha de partir dels principis generals del dret sobre el qual s'assenta el CCCat. Així per autors com GÓMEZ CALLE (2011, p. 21), aquestes previsions de bona fe i proporcionalitat vénen determinades de forma negativa per l'extensió de la subsidiarietat d'aquest dret, atesa la possibilitat de la seva substitució per una altra garantia real o pel finançament solidari davant una entitat de crèdit (art. 569-11 CCCat). En aquesta dada també s'ha vist (BARRADA ORELLANA, 2008, pp. 1787 i 1788) un argument per sostenir que si el crèdit es trobés des d'un principi prou cobert per una altra garantia, no es podria constituir un dret de retenció per assegurar-ho.

Partint d'aquestes premisses, GÓMEZ CALLE (2011, p. 27) considera que l'excepció de bona fe es manifesta en dos aspectes: la impossibilitat de l'exercici d'aquest dret quan la finalitat única de l'exercici del dret és fer mal a un altre i la necessitat de proporció entre l'interès en l'exercici d'aquest dret i l'interès que es fa malbé per això.

a) *Exclusió dels aspectes purament coercitius.* Com ha quedat indicat, el dret de retenció es configura sobretot en el CCCat com una facilitat conferida al creditor per a la realització anticipada del seu dret, postergant, com queda dit, els aspectes coercitius, que passen a tenir un caràcter subsidiari davant la finalitat de rescabament primari. Ens trobem davant d'una garantia, constituïda prèviament per la llei, vinculada a raons de justícia particular per raó de l'especial vinculació que el deute guardi en raó a l'increment de valor o l'evitació d'un perjudici sobre aquella. No obstant això, el fet del seu caràcter preconstituït i purament voluntarista pot no ajustar-se a les necessitats del tràfic jurídic, i pot donar lloc a situacions iniquies. Aquests límits es manifesten quan l'única finalitat de l'exercici del dret es dirigeix a una finalitat diferent de la realització de valor. Com hem vist, el dret català exclou la utilització d'aquest instrument jurídic amb fins merament comminatus, trobant preordenat a la satisfacció anticipada del dret del creditor. Aquest és el cas de la SAP Barcelona,^{13 a} 06.04.2011, MP, Gomis Masqué, la qual fa referència al supòsit de la retenció dels llibres de comptabilitat per part d'un assessor comptable a qui no se li havien satisfet els treballs d'assessorament fiscal i comptable realitzats. El demandat va oposar llavors l'existència d'un dret de retenció que preveu l'article 1600 del Cc. L'oposició va ser desestimada per la manca d'acreditació documental del deute reclamat i l'incompliment de les previsions establertes en el Codi Civil de Catalunya amb vista a la formalització del dret de retenció. En el cas indicat, com la pròpia sentència reconeix, els llibres de comptabilitat no tenien en si un valor econòmic, de manera que la retenció d'aquells, segons el parer de la sala, no es trobava preordenada a la garantia d'un deute, sinó únicament a la virtualitat comminativa que és estranya a la finalitat d'aquest tipus de garanties en el Codi Civil de Catalunya. Segons la

sentència, des de la perspectiva del legislador català, tal com ha estat configurat el dret de retenció a Catalunya, cap virtualitat pot tenir la retenció dels llibres a fi de fer efectiu amb el seu import les quantitats reclamades. Sembla, per tant, estranya als principis d'ordre públic del dret català una pretensió de retenció intrínsecament sense un valor pecuniari.¹³

b) *Proporcionalitat*. El dret de retenció, a diferència de la resta de garanties, no atén només a la finalitat d'autosatisfacció d'un interès, sinó també d'evitar un enriquiment injust de la contrària. Aquesta situació de risc, que en el procés cautelar queda circumscrita a través dels conceptes d'aparença de bon dret i de risc de demora, en el cas del dret de retenció, queda constreta a una sèrie de situacions de fet definides *ex ante* pel propi legislador. Tot i venir predefinides legalment, no s'ha de desconèixer i deixar de valorar cada situació de risc, a fi d'evitar una càrrega per a la contrària que no tingui proporció amb el risc que es pretén evitar. El propi del dret de retenció és la prèvia configuració legal del supòsit, que implica, per si mateix, una inversió de la posició jurídica de les parts, sent el titular del bé retingut el que ha de suportar interinament aquesta situació de risc. El Codi Civil de Catalunya, en contrapartida, admet la possibilitat d'oposar a l'exercici d'aquest dret i obliga el retenidor a consentir la substitució del bé per qualsevol altra garantia, ja que segons l'art. 569-11: "els deutors o els propietaris del bé retingut poden imposar als retenidors, mentre disposen del dret de retenció la substitució de la retenció per qualsevol altra garantia real pel finançament solidari d'una entitat de crèdit que s'estimi suficient". El preàmbul de la Llei 22/1991 justifica aquesta previsió amb fonament en la finalitat de no perllongar excessivament una situació que pot resultar abusiva. El mateix preàmbul afegeix que amb aquest mecanisme es vol evitar, d'una banda, generar la retenció i el valor de la mateixa cosa retinguda, i de l'altra, el perjudici que podria suposar la retenció d'objectes integrants d'un determinat procés de producció.

Certament, en l'exposició de motius de la Llei 22/1991 es prevenia com a únic mitjà d'exclusió d'aquest dret, la seva substitució per una altra garantia real o finançament solidari: "amb la finalitat de no perllongar excessivament una situació que pot representar un important perjudici per al deutor en determinats supòsits de retenció es possibilita la substitució de la garantia del

¹³ No hi ha, però, en el dret català una previsió concreta sobre aquests particulars com no sigui la referència genèrica continguda en l'art. 111-7. No obstant això, com hem vist, l'exigència d'aquest pressupòsit està generalitzada en els ordenaments jurídics del nostre entorn. Ja vam veure com a Holanda, sense existir una expressa previsió sobre aquest particular, resulta un dels pressupòsits fonamentals de l'exercici d'aquest dret (ZWISTER, 2002, pp. 96 i 97). A Alemanya, doctrina i jurisprudència admeten amb caràcter general que del principi general de la bona fe (§ 242 BGB) es deriven certs límits per al dret de retenció, i, particularment, que aquest queda exclòs quan sigui desproporcionat en consideració a l'entitat del crèdit a garantir, o quan el creditor té prou assegurat el seu crèdit. Per la seva banda, a l'ordenació proposada pel *Draf Common Frame of Reference*, elaborat pel *Study Group of European Civil Code*, es troben també diverses regles referides a l'execució de la garantia que s'inspiren en el principi de bona fe, en concret, s'imposa al creditor executant que actuï de forma comercialment raonable i, sempre que sigui possible, en cooperació amb les persones afectades [arts. IX-7: 103 (4), IX-7:212 i IX-7: 216 (c)]. Abans d'arribar aquest moment, i mentre el creditor reté el bé, els seus deures de cura respecte del mateix [art. IX-5: 201 (1)] es consideren també expressió del mateix principi. Més enllà d'això, la bona fe, probablement, podria servir també per justificar que, a instàncies del deutor o, si s'escau, de l'amo del bé retingut, pugui substituir el dret de retenció ja constituït per una altra garantia igualment eficaç, amb tot, el DCFR no contempla aquesta possibilitat explícitament (GÓMEZ CALLE, 2011, 26).

creditor, mantenint la integritat d'aquesta garantia. Amb aquest mecanisme es vol evitar, d'una banda, una desproporció excessiva entre l'import del deute que genera la retenció i el valor de la cosa retinguda i, d'altra banda, els perjudicis que podria causar la retenció d'objectes integrats en un determinat procés de producció". -No obstant això, cal tenir en compte que el marc normatiu del dret de retenció que estableix la Llei 22/1991 era notablement més estricte que l'actual i, com després tindrem ocasió d'exposar, resulta indefugible l'adopció d'altres cauteles que permetin evitar l'eventual arbitrarietat que pugui representar l'exercici d'aquest dret. Aquesta exigència de proporcionalitat cal deduir-la, implícitament, dels principis generals del dret que regeixen el CCCat, particularment, de l'esperit que informa l'article 546-12, que assenyala: "l'obligació dels propietaris de tolerar la inferència d'altres persones, si és necessària per a evitar un perill present, imminent i greu i si el dany que racionalment es pot produir és desproporcionadament elevat amb relació al perjudici que la interferència pot causar als propietaris".

La proporció entre la garantia oferta i el dret de retenció es mostra particularment en relació al tipus fixat per a la subhasta dels béns que han estat objecte de retenció. Estableix així l'article 569-7 c): "El tipus de la subhasta ha de ser l'acordat entre els creditors i els propietaris. Si no hi ha acord, el tipus ha de ser, com a mínim, igual a l'import de les obligacions que han originat la retenció més les despeses previstes per l'alienació i el lliurament del bé. No obstant això, es pot establir com a tipus l'import que resulti d'un peritatge tècnic aportat pels retenidors si és més alt que l'anterior". Cal tenir en compte, però, que si bé el precepte reconeix la possibilitat que el tipus sigui major, i que es pugui presentar un peritatge tècnic a aquest efecte per acreditar el seu major valor, aquesta possibilitat només és viable si és instada pels retenidors, no pel deutor. Sembla clar doncs, que encara que no existeixi una norma que expressament reconegui aquest requisit, ha d'haver una proporció entre les quantitats reclamades i el valor dels objectes que hagin de ser objecte de retenció, perquè, si no fos així, suposaria una iniquitat enorme, el veure's privat d'un bé i sotmetre's a la realització d'aquell per una quantitat que no té relació amb el valor del bé que serveix de garantia.¹⁴

6.2. Límits derivats de les exigències generals del tràfic jurídic dels béns retinguts

La possibilitat de procedir a la retenció dels béns, ve determinada també per les limitacions d'ordre socioeconòmic derivades de la destinació econòmica dels béns. Si el fonament del dret de retenció és evitar l'enriquiment injustificat que es deriva del desplaçament possessori, s'ha d'entendre que el primer límit ve donat per la necessitat de ponderar aquest possible enriquiment en relació als processos productius d'interès general. La desproporció en l'exercici d'aquest dret es manifestaria així, com una expressió de l'exercici antisocial del dret (art. 3.2 del Codi Civil estatal) i de la funció social de la propietat (art. 33.2 de la Constitució). Cal en aquest sentit, fer extensiu al dret de retenció les limitacions establertes per l'embargament de béns. Així ho entén,

¹⁴ Per RIPLEY resulta sorprenent l'absoluta limitació dels supòsits en què caldria la suspensió de l'execució, limitació que es dedueix de l'expressió "Només impedeix ...". Per a aquest autor potser hauria estat convenient un marge judicial per decidir la suspensió, introduint, per exemple, el criteri de proporcionalitat, absent, sorprenentment, en tota la Llei. Contràriament, entenc que aquest criteri de proporcionalitat, es troba implícit en la norma, tant si atenem a un criteri històric de l'origen de l'institut català, com a la regulació sistemàtica dels seus preceptes, (RIPLEY, 2004, p. 6)

com hem vist, el dret holandès en l'article 6.54. Les raons per fer extensives les limitacions establertes amb vista a l'embarcament de béns, en el dret català, són, si cap, tant o més poderoses que en aquell, atès el caràcter de garantia preconstituïda que presenta la retenció de béns i les facilitats existents en previsió a la realització anticipada dels béns del deutor. Existeix, per tant, una similitud més gran amb l'embarcament executiu, que la simple conducta obstructiva existent en l'ordenament jurídic holandès.

El nostre ordenament processal, dedica a aquests aspectes, la secció 3^a del títol IV, capítol III del llibre III de la LEC, arts. 605-613, referits a la inembargabilitat dels béns, però, a part d'aquelles previsions, es contenen, al llarg de tot el seu articulat diverses prevencions, que afecten tant a l'existència com a la prelació d'aquest dret. També haurien de ser tinguts en compte, els aspectes relatius a la prelació, que en el dret català representen la major importància, atesa la possibilitat de concurrència de diversos títols possessoris (art. 521-4.1), només limitats per la compatibilitat dels diversos usos aplicables als mateixos.¹⁵

a) *Limitacions derivades del trasllat possessori.* L'article 626 de la LEC estableix també importants limitacions al trasllat possessori en previsió a l'embarcament de béns. En aquest, es contenen tres regles fonamentals que s'inspiren en la preservació de la situació possessòria dels béns embargats i que han de completar-se amb les previsions que conté l'article següent per al dipòsit interí. La primera d'aquestes regles és el respecte a la condició possessòria del tercer, que conforme a l'article 626.2 només pot ser remogut per resolució motivada del secretari judicial. En segon lloc, es preveu, que tot i ser el posseïdor el deutor, tampoc podrà procedir a la remoció del terreny quan aquests estiguessin destinats a una activitat productiva o resulten de difícil o costós transport o emmagatzematge. Fora d'aquests casos, el secretari podrà procedir al nomenament d'un dipositarí dels béns embargats que recaurà en la persona del creditor o bé, escoltant aquest, a un tercer.¹⁶

b) *Limitacions derivades de la integració de les coses dins del procés productiu.* En relació a aquest punt, cal destacar la preferència que avui dia s'aprecia, en el camp de les garanties mobiliàries per l'afecció de béns d'equip, màquines i productes abans que joies o obres d'art, sent així que el desplaçament possessori dels primers, sovint pot no resultar viable, ni eficient. La seva falta de viabilitat es mostra en el fet que en trobar incorporats amb normalitat al procés productiu, la seva retenció pot donar lloc a la paralització de l'activitat econòmica que hauria de permetre a qui va constituir la garantia obtenir els guanys necessaris per satisfer el deute assegurat. La venda d'aquest tipus de béns pot donar lloc a una situació antieconòmica, com pot ser el cas de la retenció de béns d'equip integrats dins de la cadena de producció, que si bé seu valor econòmic aïllat pot ser residual, en la mesura que formen part essencial del procés productiu, puguin donar

¹⁵ Previsió que s'oposa a l'art. 350 del Cc que proscriu que la possessió, com a fet, sigui reconeguda en dues personalitats diferents, llevat els casos d'indivisió.

¹⁶ Favorable a la substitució de la mesura, mitjançant la remoció en la persona d'un tercer, és l'opinió BARRADA ORELLANA que si bé estima que pel fet que s'impugni la garantia a través de l'oposició judicial, el retenidor no ha de tornar la cosa, perquè la seva situació es manté, com a mínim, fins que es dicti resolució judicial dirimint la controvèrsia, això, no impedeix que jutge assenyali un altre règim jurídic per assegurar l'executabilitat de la sentència, per exemple, dipòsit en mans d'un tercer. (BARRADA ORELLANA, 2003, p. 234),

lloc a la paralització de l'activitat de l'empresa en resultar de difícil o costosa reposició atesa la singularitat dels seus elements. Aquesta circumstància determina que les nocions de proporcionalitat i abús de dret guardin una importància de primer ordre.¹⁷

c) *Limitacions derivades de la impossibilitat d'alienació.* Són els béns absolutament inembargables a què es refereix l'article 605 de la LEC, que són: béns inalienables, els inseparables de la cosa principal, béns sense contingut patrimonial i els declarats expressament inembargables per disposició legal o per tractat internacional, (art. 606.5 LEC)

d) *Limitacions, conseqüència d'exigències d'ordre social o humanitari.* A aquestes es refereix els apartats 2 i 3 de l'article 606 de la LEC, en exclou el mobiliari i el parament de la casa, així com la roba de l'executat i de la seva família, en el que no pugui considerar superflu i, en general, béns com aliments, combustible i d'altres que siguin imprescindibles perquè l'executat i les persones que en depenen puguin atendre amb raonable dignitat la seva subsistència.¹⁸

e) *Limitacions derivades de la declaració de concurs.* Sembla clar, que en el cas de declaració de concurs, són aplicables al procediment de realització extrajudicial les previsions establertes en els articles 55 i 56 de la Llei concursal. En aquest sentit, partint del caràcter de veritable dret real que constitueix el dret de retenció, en principi, la realització extrajudicial que s'estigui portant a efecte no quedarà afectada per la declaració de concurs, tal com preveu l'apartat 4 de l'article 55 de la Llei, que exclou de l'efecte suspensiu de les execucions singulars les que estiguin afectades per una garantia real. S'exceptua el cas que es tracti de béns del concursat, afectes a la seva activitat professional o empresarial o a una unitat productiva de la seva titularitat. Respecte d'aquests béns no es podrà iniciar l'execució o realització forçosa de la garantia fins que s'aprovi un conveni, el contingut del qual no afecti l'exercici d'aquest dret o transcorri un any des de la declaració de concurs, sense que s'hagués produït l'obertura de la liquidació. Aquesta declaració, d'acord amb la nova redacció de l'apartat 5 de l'article 55, per la Llei 38/2011, de 10 d'octubre, només li correspon fer-la al jutge del concurs.

6.3. Límits derivats de la dinàmica contractual

La dinàmica contractual, que és la que dóna sentit a aquest dret, no pot resultar estranya a la manera com es desenvolupa en el tràfic jurídic. Cal recordar que el dret de retenció és sobretot un dret de garantia de caràcter accessori, que com tots els de la seva classe depèn del desenvolupament normal de la relació que garanteix.

¹⁷ La nostra Llei d'enjudiciament civil recull aquest principi en l'article 592.3 que exceptua de l'ordre de prelación previst en l'apartat 2 d'aquest precepte als béns integrats en una empresa, en aquest cas, prevaldrà l'embargament quan, ateses totes les circumstàncies, sigui preferible l'embargament de l'empresa a la dels seus diferents elements patrimonials. L'article 569-16.2, atén a aquest principi en assenyalar què del conjunt de béns, el valor es determina en el tràfic, tenint en compte el nombre, pes o mida, és un únic objecte de penyora.

¹⁸ Previsió que es fa extensiva també als llibres i instruments necessaris per a l'exercici de la professió, art o ofici a què es dediqui l'executat, quan el seu valor no guardi proporció amb la quantia del deute reclamat, així com els béns sacres i els dedicats al culte de les religions legalment registrades.

Es planteja el problema de l'eficàcia del dret de retenció respecte de les diferents incidències que puguin afectar la relació jurídica que pretén garantir. Com ja vam veure, el dret holandès preveu especialment aquests aspectes, assenyalant l'exclusió d'aquest dret en els casos de força major, en què l'obligació de la part s'ha fet impossible, (art. 6.54.b), així com en els casos en què la impossibilitat de dur a terme la prestació sigui deguda a l'exclusiva culpa de la part contrària. (art. 6.54.a). El dret català, però, únicament admet com a causa d'extinció del dret de retenció, el total pagament de les quantitats reclamades, (art. 569-6.1 i 569-3 in fine).

En el CCCat, en principi, atesa la relació de subsidiarietat de la garantia constituïda davant del dret que es pretén garantir, l'eficàcia d'aquella, en aquest cas del dret de retenció, dependrà també del desenvolupament del dret garantit. No obstant això, en el dret català tal relació d'accessorietat no és tan acusada com en el dret holandès o com en l'estatal. Així, la garantia roman tot i que prescriu el deute i, d'altra banda, la novació del deutor, conforme a l'apartat 5 de l'art. 569.1 no afecta la garantia, en assenyalar a l'apartat 5 de l'art. 569-3, que la transmissió del crèdit garantit comprèn també la de la garantia. Aquestes previsions, però, a falta d'un desenvolupament propi en matèria d'obligacions, poden semblar difícilment conciliables amb les previsions contingudes per a la novació i subrogació de crèdits, que anteposen els criteris de coneixement o oposició del deutor i el profit que en un altre cas se li hagués irrogat. Hem de tenir present, però, que si bé el dret de retenció respon a la mateixa finalitat que el principi *non adimpleti contractus*, no atén al sinal·lagma genètic propi de les obligacions recíproques, sinó al d'enriquiment injust, a conseqüència d'un trasllat possessori. Com assenyala Díez PICAZO mentre que la *exceptio non adimpleti* es cenyeix al marc de la relació obligatòria sinal·lagmàtica, en el dret de retenció, el deute de restitució i el deute de reemborsament no són en sentit genuí sinal·lagmàtiques (DÍEZ PICAZO, 1995, p. 408). Ens trobem davant d'un tipus d'obligacions que han estat definides com impròpiament bilaterals, ja que en l'origen d'aquestes obligacions i en el seu desenvolupament funcional no es presenta la correlació causal que és pròpia de les sinal·lagmàtiques. En aquest mateix sentit, ALBALADEJO (1992, p. 419) destaca què, en aquests casos, no existeix la reciprocitat de prestacions, pròpia dels contractes onerosos, sinó que estem, més aviat, davant contractes bilaterals imperfectes o ex post facto, aquells en què les obligacions derivades del contracte recauen sobre una de les parts, però, que eventualment poden donar lloc obligacions per a ambdues al temps de la liquidació.

L'eficàcia d'aquest tipus d'obligacions es veu també limitada en la compensació de crèdits, en establir l'article 1200 la impossibilitat de procedir a compensar els deutes que provenen del dipòsit o de les obligacions del dipositari o comodatari. Per MALUQUER DE MOTES (2008, p. 156) l'exclusió de la possibilitat de compensació en el cas de les obligacions del comodatari o dipositari, s'explica per l'afecció d'aquests crèdits al possible exercici del dret de retenció. En principi, sempre que no exerceixin el dret de retenció, res impedeix que el dipositari o el comodatari siguin recíprocament creditors del comodant o dipositant d'una mateixa quantitat i per una obligació derivada del comodat o dipòsit, crèdits que en si són perfectament compensables. El sentit de l'article 1200 del Codi Civil s'explica pel seu origen, atès que aquest precepte no és sinó una versió del seu antecedent del projecte de García Goyena de 1851, que

excloïa la compensació respecte de les relacions obligatòries afectes al dret de retenció, (vegeu l'article 1126 del projecte de 1.851).

Per totes aquestes raons, l'accessorietat del dret de retenció en l'ordenament jurídic català és certament bastant més limitada que en altres ordenaments jurídics, sobretot si es té present l'autonomia i el caràcter de veritable dret real amb què es configura aquest dret en el CCCat . Cal tenir present que aquest text legal li reconeix substantivitat suficient, fins i tot, per ser al legat a qui és estrany a la relació jurídica que és objecte de garantia.

En realitat, l'eficàcia d'aquest dret no s'explica per la reciprocitat de les prestacions, sinó per causa de l'enriquiment injust produït pel desplaçament possessori, el qual, en principi, és aliè a la dinàmica contractual. En aquest sentit, pot resultar aclaridora per entendre l'autonomia amb què es configura aquest dret, la sentència del TSJ de Catalunya, 22.01.2004,MP Vidal Andreu, la qual, amb referència a l'article l'art. 278 de la compilació de Dret civil de Catalunya de 1963, va estimar que aquest precepte exclouïa l'extensió del règim de despeses en el cas d'operacions de rendició de comptes. En aquesta sentència es feia reclamació pels recurrents de l'abonament de les inversions i millores realitzades pel fideïcomitent enfront el fideïcomissari en una finca des de 1965. L'Audiència va denegar aquesta petició sobre la base que la mateixa és diferent i estranya a la previsió continguda en el precepte normatiu català, perquè tanca un rescabament de la total explotació de la finca durant més de trenta anys, sense tenir en compte els beneficis que l'explotació havia reportat a qui en aquell moment la reclamava. El TSJ de Catalunya va assenyalar llavors, que realment l'art. 278 de la Compilació no estava pensat per a aquests supòsits: "Es tracta en veritat d'un dret de retenció no d'una acció de rescabament. El precepte autoritza a qui va edificar, va plantar, sembrar o llaurar de bona fe en sòl d'altri a retenir l'edificació, plantació o sembra fins que se li reintegri, fianci o consignï el preu dels materials, llavors, plantes o jornals, assenyalant que el dret de retenció exercitat només tindria sentit si l'actora hagués acreditat la realitat de plantacions recents que no hagin pogut ser amortitzades i de les que pogués derivar un benefici sense causa per al propietari". El determinant, en suma, és l'acreditació d'aquest enriquiment injust, amb independència de les operacions de rendició de comptes practicades.

6.4. Límits derivats de la condició possessòria que s'ostenta

Com hem vist, el principi fonamental sobre el qual gira el dret de retenció és l'afecció de les coses a determinats crèdits, particularment als treballs de conservació o millora realitzats sobre aquestes. Es tracta en la majoria dels casos de crèdits que produeixen en les coses un augment de valor, *damnum cesans* o *lucrum emergens*, i que, com a conseqüència del desplaçament possessori, produeixen un enriquiment injust en perjudici de l'anterior posseïdor.

En el dret civil estatal, la regulació del dret de retenció dins de la regulació del règim general de la possessió implica un calaix de sastre obert a qualsevol tipus de crèdit *propter rem*, ja que si la possessió és pressupòsit i, alhora, raó de ser d'aquest dret, amb independència del dret material ostentat, s'entén que la possibilitat de fer extensiu el dret de retenció a qualsevol crèdit que tingui l'origen en la tinença o el gaudi material de la cosa és manifesta. En altres paraules, si la raó de

ser és la imputació d'unes despeses per raó de la conservació o el seu millor gaudi, l'única cosa que caldrà acreditar és l'efectiva possessió dels béns amb independència del concepte amb aquells són tinguts.

Així, en el cas dels crèdits refaccionaris, tot crèdit d'aquesta classe implica en si mateix una millora en la condició en què es gaudeix el bé o una despesa per a la seva conservació, sent per tant evidents els punts de connexió entre el dret de retenció per raó de la realització d'una obra i el dret a rescabalar-se de les despeses anteriorment analitzat.¹⁹

Per salvar aquesta dicotomia entre despeses i crèdits refaccionaris en l'àmbit de l'ordenament civil estatal, la jurisprudència va acollir la distinció entre el posseïdor de bona fe i el mer tenidor o servidor de la possessió, és a dir, qui posseeix no per si, sinó per a un altre. El concepte de servidor de la possessió sorgeix en el dret germànic com a conseqüència de la necessitat de justificar l'extensió dels efectes de la possessió de bona fe en els supòsits d'usucapió, quan el posseïdor no és el tenidor material del bé sinó una altra persona en nom seu. La distinció en l'àmbit dels drets refaccionaris pretenia excloure el règim general de les despeses, el qual només seria aplicable al posseïdor pròpiament dit i per extensió al posseïdor mediat en el cas que la cosa sigui posseïda per un altre en nom seu.

Aquesta categoria jurídica va ser acollida per la jurisprudència amb fonament en la distinció que el Codi Civil fa entre la possessió en sentit estricte i la detenció material de les coses sense ànim d'atribuir cap dret, criteri que avui s'acull, expressament, també en l'article 521 - 1 del Codi Civil de Catalunya.²⁰ Aquest precepte, per PUIG I FERRIOL, recull la norma generalitzada en l'ordenament jurídic espanyol que admet la figura del servidor de la possessió, en distingir el cas de qui tingui de fet un poder sobre la cosa per dret propi, respecte de qui tingui un poder de fet sense la voluntat aparent externa d'actuar com a titular del dret o la tinença amb la tolerància dels titulars, que per tant té un caràcter instrumental respecte de la possessió detinguda per una altra persona (PUIG I FERRIOL, 2007, 73).

¹⁹ L'exclusió de les despeses útils, efectuada per la Llei 22/1991 de Catalunya obeïa a raons d'ordre sistemàtic, en el benentès que si es tracta de millores necessàries el règim d'aquella és el propi de les despeses, mentre que la regulació de les millores útils deuen enquadrar-se en l'àmbit dels crèdits refaccionaris. No obstant això, aquesta distinció és excessivament dràstica, sobretot si es té en compte que el règim de despeses útils i necessàries és aplicable a d'altres supòsits diferents dels crèdits refaccionaris.

²⁰ Convé distingir aquesta figura jurídica del supòsit de la detenció mediata i immediata, categoria jurídica imprescindible en el dret alemany, en què el concepte de detenció possessòria es troba directament lligat a la situació de domini físic de la cosa. Com assenyala VALLET DE GOITISOLO (1986, p. 36), en l'ordenament jurídic germànic si no fos per aquesta figura jurídica donada la concepció horitzontalment unitària de la possessió, el titular que no tingués la tinença no posseiria. No passa així en el nostre ordenament, en admetre la possibilitat de desintegrar les facultats possessòries que es tenen sobre les coses, admetent un abast de la possessió diferent, segons el concepte en què aquella es tingui. El servidor de la possessió s'aproxima a la possessió immediata en què, en tots dos, hi ha una relació jurídica de subordinació, però, mentre que en el posseïdor immediat la jerarquització és estrictament jurídica, en el cas del servidor la subordinació és personal en integrar aquell dins l'àmbit d'organització i direcció del veritable posseïdor, vegeu el cas d'una relació laboral o d'arrendament de serveis, (DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 650).

En l'àmbit del dret civil estatal, aquesta distinció va permetre a la jurisprudència excloure el dret de retenció en el cas de crèdits refaccionaris sobre béns immobles, respecte dels quals, en principi, no es feien extensives les facultats de retenció que l'art., 1600 reconeixia al contractista. Es sosté així per la jurisprudència dominant, que sent el contractista un mer servidor de la possessió, les eventuals millores que s'hagin realitzat sobre els béns, no poden constituir causa per retenir els béns, ja que aquell no té la possessió dels béns en nom propi, sinó en nom del propietari de l'obra, qui seguia sent el veritable posseïdor dels béns. En aquest sentit, la SAP Girona 1^a, 4.02.2009, MP Ponce Cuéllar empra aquesta construcció jurídica per desestimar la pretensió de recobrar la possessió, en entendre que no havia quedat acreditada de forma indubtable pel demandant el fet de la possessió indispensable per poder pretendre la protecció que sol lícita, de manera que la qüestió litigiosa (que procedeix de l'impagament de l'actor al demandat) excedeix l'àmbit d'un procediment dirigit, només, a la recuperació de la possessió. La sentència assenyala que de "la regulació catalana del dret de garanties, i en concret, de la figura de la retenció de la possessió, es pot mantenir que el constructor, es més que un mer servidor de la possessió, ja que pot en cas de impagament o d'alguna d'algunes de les causes previstes per la llei (art. 569.4 CCCat) retenir la possessió, adquireix possessió prèvia sobre el bé lliurat "per confeccionar o per reparar" aquest bé. Efectivament, l'estudi de l'esmentat article 569 del CCCat s'ha de deduir que les accions amb què dota el legislador a qui se li lliura el bé per a la seva confecció o reparació (...), directament impliquen que amb caràcter previ, aquest retenidor ha d'haver rebut la possessió, ja que en tot cas, segueix assenyalant la sentència, no es pot retenir el que no es té, i en conseqüència, a la seva vista, hi ha el "animus rem sibi habendi" que caracteritza la possessió, l'ànim de mantenir la cosa en el propi poder que es materialitza amb la realització del bé que preveu l'article 569.7 CCCat, i fins i tot adjudicar-se la propietat del mateix. No obstant això, la qüestió, en tant que afecta qüestions de dret, s'ha de ventilar en el pertinent procés declaratiu, no és procedent que el mateix pugui ser resolt en l'àmbit d'aquest procediment i, per tant, la sentència recorreguda no hauria d'haver fet pronunciament sobre això de la retenció de la possessió al legada."

No obstant això, el dret de retenció en el CCCat pressuposa alguna cosa més que la tinença material dels béns a què es refereix el seu homònim estatal, en requerir com a pressupòsit, el requisit de la possessió de bona fe sobre les coses (art. 569- 3 CCCat). És per això, que no és possible l'extensió sense més de la jurisprudència que fins avui ha exclòs l'extensió del règim de millores útils al servidor de la possessió. Per a l'enteniment de la dicotomia entre despeses útils i crèdits refaccionaris en el dret civil català s'ha d'entendre el caràcter eminentment fàctic de l'institut possessori en la regulació civil catalana i l'exigència d'un reconeixement legal del dret de reemborsament per despeses que amb caràcter de numerus clausus estableix l'article 569-4 a).

En aquest sentit, per PUIG FERRIOL la regulació catalana destaca clarament que la possessió és sobretot un poder de fet. La seva regulació l'acostaria més a la teoria del fet que genera una protecció jurídica, que a la dels que justifiquen la seva especial protecció en l'existència d'un dret real. Els arguments que permeten mantenir aquesta tesi, segons el parer de l'autor darrerament citat, són:

1. L'article 521-2.1.a, en regular l'adquisició de la possessió estableix que s'adquireix quan els posseïdors

subjecten la cosa o el dret a l'àmbit del seu poder, d'aquesta manera la llei reconeix que la possessió es pot adquirir no solament per mitjà de formes jurídiques, sinó també per la simple aprehensió material, la qual la diferencia clarament de la propietat, dret subjectiu per excel·lència, i de les formes d'adquisició, fins i tot en la usucapió.

2. L'article 521-3.1, que estableix que totes les persones amb capacitat natural poden adquirir la possessió, la qual cosa inclou als menors d'edat i als incapaces, com es dedueix del que disposa l'article 521-3-2.

Però si bé, el fet possessori presenta al CCCat un caràcter eminentment fàctic, vegeu art. 521-1 1: "La possessió és el poder de fet sobre una cosa o un dret, exercit per una persona, com a titular, o mitjançant una altra persona", la seva virtualitat, les facultats que l'ordenament confereix al posseïdor, es condicionen a l'ostentació d'un dret: "l'exercici d'un poder de fet sobre una cosa o un dret sense la voluntat aparent externa d'actuar com a titular del dret o la tinença amb la tolerància dels titulars són supòsits de detenció, la qual només produeix els efectes que per a cada cas concret estableixen les lleis". Per aquesta raó, si l'aspecte fàctic implica l'exercici d'unes facultats de detenció o domini sobre la cosa, perquè aquestes puguin produir els efectes propis de la publicitat possessòria, han de correspondre amb l'aparença d'un dret, no perquè hi hagi una voluntat expressa en aquest sentit sinó perquè el seu exercici és inherent al dret que es té. D'aquesta ostentació o publicitat primària es deriva l'aparença de bon dret que la societat presumeix, mentre no es demostrï el contrari, i és aquesta presumpció, el respecte a aquesta situació fàctica preexistent, la que permet conferir al posseïdor unes prerrogatives especials.

Sobre la base d'aquest caràcter eminentment fàctic de la possessió com a ostentació d'un dret de reemborsament reconegut legalment, s'explica el caràcter de la possessió ostentada pel retenidor, en tant que el dret civil de Catalunya, reconeix al dret de retenció el caràcter de veritable dret real i és l'al·legació de tal dret la que permet transmutar la condició de mer tenidor material que fins llavors ha tingut el contractista en posseïdor de bona fe. En resum, el CCCat no requereix acudir al concepte de servidor de la possessió per fixar l'àmbit material i els límits del dret de retenció, ja que la finalitat de retenir emparada en algun dels supòsits legals transmuta la condició possessòria del mer tenidor en posseïdor de bona fe.

En aquest sentit, PUIG FERRIOL (2007, p. 756) posa de manifest, com davant de la redacció inicial, de l'article 4.1 c) de la Llei 22/1991, que es referia inicialment a "l'activitat realitzada per raó de la cosa", l'article 569-4 c) substitueix aquesta expressió -d'acord amb el seu precedent, l'article 5 de la Llei 19/2002- per l'expressió "activitat acomplerta per a confeccionar o reparar el bé", que dóna a entendre que el precepte s'aplica no a qualsevol activitat de millora o conservació de la cosa, sinó únicament a les derivades de l'activitat realitzada com a conseqüència de la relació jurídica que li va a atribuir la possessió del bé, normalment un contracte d'obra o d'arrendament de serveis.

Com ha quedat indicat, l'eix del dret de retenció és el dret a rescabalar-se de les despeses útils o necessàries que es preveuen a l'article 569-4 a). Com hem vist anteriorment, aquest precepte clau per a l'enteniment de la qüestió, resulta com queda dit, una norma de reenviament, és a dir,

exigeix per a la constitució d'aquell, no qualsevol tipus de possessió, sinó la d'aquella que segons el tenor de la norma confereixi el "dret a reclamar el seu reemborsament". D'aquesta manera, el crèdit refaccionari es presenta originàriament més que com un supòsit diferent al de les despeses, com una concreció legal d'aquelles, les despeses causades en el curs d'una obra. La llei ha condicionat aquelles a l'existència d'un reconeixement específic per la llei, reconeixement que en el cas dels crèdits refaccionaris no ve donat per la situació possessòria precedent, sinó pel caràcter de dret real que l'ordenament jurídic català reconeix al dret de retenció.

Aquest reconeixement, com ha quedat indicat, transmuta la condició del mer tenidor del bé en un veritable posseïdor i explica que no sigui necessari acudir a la doctrina del servidor de la possessió, sinó a la situació fàctica de domini de la cosa. Vegeu en aquest sentit, la STSJ Catalunya, 19.07.2001, MP Bassols Montada, la qual obiter dicta assenyala: "l'exercici del dret de retenció és produeix una inversió del concepte possessori, ja que el posseïdor de bona fe que fa ús d'aquesta facultat legal comença a posseir en concepte de retenidor". També en aquest sentit, es pronuncia la SAP Girona,¹ 24.02.2009, MP Ponce Cuellar, que exclou l'aplicació de la doctrina del servidor de la possessió, per al supòsit de retenció de l'article 569 del CCCat: "Efectivament, l'estudi de l'esmentat article 569 del CCCat s'ha de deduir que les accions amb què dota el legislador a qui se li lliura el bé per a la seva confecció o reparació, constructor, que en cas d'impagament pot "retenir la possessió", directament impliquen que amb caràcter previ, aquest retenidor ha d'haver rebut la possessió: en tot cas no es pot retenir el que no es té, i en conseqüència, a la seva vista, hi ha el "animus rem sibi habendi" que caracteritza la possessió, l'ànim de mantenir la cosa en el propi poder que es materialitza amb la realització del bé que preveu l'article 569.7 CCCat, i fins i tot adjudicar-se la propietat del mateix". En aquest mateix sentit, la SAP de Barcelona, 2011.01.28, MP Montoliu Serra: "Quan el creditor formula la seva pretensió de retenció, modifica l'estat possessori preexistent de manera que deixa de posseir la cosa en virtut de la relació jurídica que l'habilitava a posseir-la, i passa a fer-ho com a retenidor, interversió la qual l'habilita per enervar la petició d'entrega fins que no es compleixi l'obligació que es pretén garantir".

La distinció, com hem vist, té la seva importància ateses les majors exigències d'ordre públic del dret de retenció en el cas d'exercici d'aquest dret per raó d'un crèdit refaccionari. La preeminència de l'element fàctic i el caràcter instrumental de la condició en que es té la possessió, també explica la posició del dret català respecte de l'exercici del dret de retenció pel subcontractista. La possibilitat de considerar com un posseïdor als efectes del dret de retenció al subcontractista d'una obra ha estat una qüestió controvertida en l'àmbit del dret estatal. El criteri majoritari de les audiències provincials és el de denegar aquesta condició, en l'enteniment que el subcontractista que ocupa una cosa no ho fa en interès propi sinó en el del comitent, al seu benefici, i als seus ordres executa l'obra per complir l'encàrrec que ha rebut, (per totes SSAP de la Rioja 2003.03.06, València 2004.10.28, Sevilla 2006.11.13, Balears 2002.02.28, Santa Cruz de Tenerife de 12.09.2008). Seria per tant una concreció de la teoria del servidor de la possessió al supòsit previst en l'article 1600 del CC.

L'enteniment de la qüestió en el cas del dret civil català, és totalment diferent, en atendre, no tant,

a la condició en què es posseeix sinó al poder de facto que s'exerceix sobre la cosa. En aquest sentit, la sentència abans esmentada SAP Barcelona, 28.01.2011, exposa l'evolució que ha patit aquesta matèria: “ No obstant, com s'ha apuntat, en l'àmbit que ara s'examina, la qüestió resulta més controvertida perquè una part de la doctrina civilista, entén que la relació que mantenen el subcontractista o fins i tot el contractista amb l'immoble és en virtut d'un contracte d'obra (relació obligacional) que no els permet adquirir un dret real sobre aquell bé i per tant els converteix en mers servidors de la possessió i no pas en posseïdors. En aquesta línia ho havia mantingut l'extinta Audiència Territorial en sentències de 14 de juliol de 1966 i 7 de març de 1970 , i en la interlocutòria de 3 de setembre de 1988 , durant la vigència de l' article 278 Comp. Tanmateix, un altre sector (en el que es troba la (SAP de Lleida 9.10.1985), ja durant la vigència d'aquella norma, els reconeixia aquella possessió que habilitaria per retenir l'immoble emparant-se en el dret històric català en el qual el dret de retenció ha tingut una consideració unitària i diferenciada del dret castellà en què es fonamenta aquella altre sector”.

La sentència darrerament comentada assenyalava com “el precedent immediat de l' article 278 Comp. és l'Usatge “Si quis in alieno” que, segons aquest sector, només exclouia del dret de retenció al que construïa de mala fe, però no així aquell que actuava en virtut de la voluntat del propietari manifestada d'una i altra manera i entre elles, i molt especialment en virtut d'un contracte que els vinculava. Actualment, i ja des de l'entrada en vigor de la Llei 22/1991 de 29 de novembre , actualment substituïda pel CCCat, el criteri majoritari és el de considerar que la possessió a que es referia tant l' article 3 de la Llei 22/91 com l'actual 569-3 inclouen, dins del concepte de possessió, la mediata que és la que s'exerceix per mitjà d'un posseïdor immediat, que posseeix materialment la cosa com a conseqüència de la relació jurídica que l'uneix amb el posseïdor mediat. La distinció entre un i altre es recullen l' article 432 CC i actualment també en l' article 521-1 CCCat. Dit això, tal i com es raona per la sentència, en el cas que s'examina no es pot apreciar en Gersen Invest, S.L. una preexistent i eficaç possessió per poder retenir les vuit cases en la construcció de les quals va intervenir com a subcontractada de la constructora, ara en situació concursal.”.21

L'important del cas, com s'ha vingut assenyalant, és el poder fàctic que s'exerceix sobre la cosa i no la condició en què s'exerceix. Aquesta última ve donada per el seu previ reconeixement legal, però, l'important al cas, és l'ostentació d'aquestes facultats sobre la base del dret que es pretén tenir. En el cas del subcontractista que vulgui transmutar la condició possessòria que ostenta amb fonament en el dret de retenció, haurà d'examinar-se no tant l'animus de retenir, això és, el dret que s'arropa i que l'empara en la possessió, sinó si efectivament, es té un poder sobre la cosa de tal abast que li permeti excloure l'acció del propietari.

Més discutit, resulta l'abast del dret de retenció en el cas de la persona que posa els seus materials

²¹ No obstant, com s'ha apuntat, en l'àmbit que ara s'examina, la qüestió resulta més controvertida perquè una part de la doctrina civilista, entén que la relació que mantenen el subcontractista o fins i tot el contractista amb l'immoble és en virtut d'un contracte d'obra (relació obligacional) que no els permet adquirir un dret real sobre aquell bé i per tant els converteix en mers servidors de la possessió i no pas en posseïdors. En aquesta línia ho havia mantingut l'extinta Audiència Territorial en sentències de 14.07.1966 i 7.03.1970, i en la interlocutòria de 3.09.1988, durant la vigència de l' article 278 Comp. Tanmateix, un altre sector (en el que es troba la (SAP de Lleida de 9 d'octubre de 1985), ja durant la vigència d'aquella norma, els reconeixia aquella possessió que habilitaria per retenir l'immoble emparant-se en el dret històric català en el qual el dret de retenció ha tingut una consideració unitària i diferenciada del dret castellà en què es fonamenta aquell altre sector.

en l'obra, a qui l'article 1597 CC concedeix acció directa davant el propietari de l'obra. PUIG I FERRIOL (2007, p. 758-759) entén que si és possible fer extensiva aquesta facultat en aquests casos, argumentant en aquest sentit, com el canvi de l'expressió "l'activitat realitzada per raó de la cosa", per l'expressió "activitat acomplerta per a confeccionar o reparar el bé", emprada per l'art. 5 Llei 19/2002 i que ha passat a l'article 569.4-c, vénen a destacar que el que és realment rellevant per definir l'ús possessori, no és tant l'activitat realitzada, com la relació obligatòria subjacent amb vista a la reparació o millora del bé, la qual dota de contingut a la publicitat possessòria i permet fer extensiu l'exercici del dret de retenció, no només, per raó de l'activitat realitzada en el bé, sinó també en relació amb l'import dels materials, que satisfets pel contractista, hagin estat incorporats a l'obra. A sensu contrari s'ha d'entendre que quan no consta que s'hagi verificat cap activitat sobre la cosa, cal excloure l'aplicació del dret de retenció, en la mesura en què no consta cap poder fàctic sobre aquella.

En aquest sentit es pronuncia la SAP Barcelona, Sec 1^a, 2010.12.20, (ROJ9145/2010, MP Barrera Cogollos): Censura la part la retenció exercitada pel demandat en tant no té la condició de posseïdor i combat aquesta presumpta capacitat ja que es va produir un abandonament de l'obra sense continuar amb els treballs pendents que van haver de prosseguir, quan va resultar possible, amb l'encàrrec a una altra empresa. Confon l'apel·lant abandonament de l'obra amb la seva momentània paralizació per falta de pagament, els ingressos dels quals haguessin servit per cobrir les despeses pressupostades i els propis que comporta la satisfacció de sous d'empleats contractats o retribució a proveïdors per material subministrat. D'altra banda, entre les classes i categories de la possessió, en el modern procés de espiritualització d'aquest institut i per multiplicar les relacions possessòries respecte de les diverses possibilitats d'utilització de la mateixa cosa, es va distingir entre possessió mediata i immediata, reconeixent la existència de la primera al creditor pignoratiu, de directe parentiu amb el dret del que aquí tractem, així com la seva possibilitat d'empara interdictal. En allò que cal reconèixer raó al recurrent és en la impossibilitat de retenció sobre la finca 2299, on, pels motius i responsabilitat de qui sigui, no s'ha procedit a l'aixecament de l'estructura compromesa. És possible que, segons els termes del contracte, el retenidor tingui dret a cobrar l'import pactat o algun tipus d'indemnització o compensació, però el que està fora de tot dubte és que no pot retenir un immoble sobre el qual no ha desplegat cap activitat. Vegeu també en aquest sentit la SAP Girona, Sec 1^a de 24.02.2009, [Ponce Cuellar, (La Ley 157999/2009).

MEDINA ORTIZ (2007, p. 350) per contra, estima que el fet que el CC, reconegui acció directa d'aquestes persones contra el propietari de l'obra, no implica necessàriament que se'ls reconegui igualment el dret de retenció. Aquest autor estima que es pot apreciar una evolució legislativa tendent a limitar l'àmbit d'aplicació del dret de retenció a l'activitat desplegada, argumentant en sentit divers a l'assenyalat per PUIG FERRIOL, la nova redacció de l'article 569-4.c, la qual limita a la retribució de l'activitat portada a efecte per confeccionar o reparar el bé i no a l'activitat per raó de la cosa. Aquesta nova redacció pot plantejar dubtes en relació al crèdit pel subministrament de materials. Sembla clar que si l'única relació jurídica existent entre creditor i deutor fos el subministrament de materials, difícilment serà posseïdor de l'edifici construït, però en el cas que la prestació del creditor consisteixi en subministrar el material i executar la construcció, segons el parer de MEDINA ORTIZ (2007, 350), hi ha arguments suficients, fonamentalment la inseparabilitat jurídica de la prestació consistent en executar l'obra i subministrar els materials, per considerar que el crèdit, pel subministrament de material, també està contemplat en el supòsit de fet que legitima per exercir el dret de retenció.

7. *Substituïbilitat de la mesura*

La llei 5/2006 de 10 de maig que publica el llibre V del Codi Civil de Catalunya va donar una importància fonamental a la substituïbilitat de la mesura de retenció fins al punt de dedicar més de la meitat de les referències contingudes en l'exposició de motius, a destacar la importància de l'aplicació de la substitució i l'abast de la substituïbilitat de la mesura.²² El principi que inspira la regulació és el caràcter subsidiari de la mesura. En tal sentit assenyala PUIG FERRIOL (2007, p. 753) els autors que s'han ocupat del tema han destacat el caràcter subsidiari d'aquesta mesura i "la inoportunitat de constituir el dret de retenció quan el dret de crèdit ha quedat garantit mitjançant un altre dret real de garantia o a través d'una fiança solidària d'una entitat de crèdit, i concretament s'assenyala també la impossibilitat de constituir el dret de retenció sobre un bé determinat quan el compliment de l'obligació s'ha garantit de forma suficient amb una penyora amb desplaçament de la possessió o en el supòsit que preveu l'article 569-10".

No obstant, la substitució en el dret de retenció no va ser novetat introduïda ni pel CCCat, ni per la Llei 22/1991, de 29 de novembre, sinó una possibilitat anteriorment coneguda en l'ordenament jurídic català. Els seus antecedents directes es troben en els derogats articles 301 i 206 i, particularment, en l'article 278 de la Compilació de Dret Civil de Catalunya de 1960. L'article 301, en relació amb el també derogat article 299.2 de la Compilació, va determinar l'extinció automàtica de l'emfiteusi expirada que fos el termini o complerta la condició, el que implicava el dret per part del senyor directe a la recuperació de la possessió de la finca. No obstant això, l'article 301 de la compilació també va fixar una limitació a aquest dret del senyor directe, en atorgar a l'emfiteuta un dret de retenció "per les millores exigibles". Segons aquest mateix precepte la garantia es podia mantenir fins que es produís l'abonament o la consignació del preu de les millores exigibles —la qual quantitat era unilateralment establerta per l'emfiteuta— o fins que el pagament quedi prou refermat.²³

²² El CC portuguès conté una regla molt semblant a aquesta en l'art. 756 d), que exclou el dret de retenció quan l'altra part ha prestat caució suficient. Fora d'Europa, els Codis civils argentí-art. 3943.II-i japonès-art. 301 -; veure també l'art. 898.1CC suís. El CC no té una regla sobre això, davant la qual cosa, algun autor s'ha manifestat en contra de la possible substitució del dret de retenció per oferiment d'una caució, adduint que això no pot quedar a la voluntat del deutor (llevat que la llei prevegi una altra cosa), (VIÑAS MEY, 1922, p. 113), però, la STS, 1^a, 6.04.2006 (RJ 2006/1892, MP: Vicente Luis Montés Penades) sembla admetre-ho, tot i incidentalment, quan, en descartar la negligència de qui legítimament havia exercit el seu dret de retenció, assenyala que, a més, no podia imputar la llarga durada del litigi sobre la factura que va donar lloc a la retenció, "i més quan no consta que el propietari del vehicle retingut intentés un acord o un aval que, garantint el pagament de la factura pendent, permetés la utilització del camió ...".

²³ Per la seva banda, l'actual article 237 del llibre II del CCCat concedeix un dret de retenció al fiduciari o als seus hereus contra el fideïcomissari pels crèdits detallats en l'article 240 del mateix cos legal, com a excepció a la regla general de l'article 237.1 de la compilació que l'obliga al lliurament dels béns deferits en fideïcomís. La retenció del fiduciari subsistia en tant la quantitat fixada no fos pagada. No obstant això, l'article 238 de la Compilació recollia la possibilitat que la garantia que suposa el dret de retenció és substituïda per una consolidació, que pot ser personal o real i, en aquest últim cas, pignoratiu o hipotecari. Finalment, pel que a aquest extrem es refereix, l'article 278 facultava a qui de bona fe hagués edificat, sembrat, plantat o romput en sòl aliè per retenir l'edificació,

En la Llei 22/1991, de 29 de novembre, de garanties possessòries, la substitució era una possibilitat que s'oferia com a resultat de la valoració i ponderació dels interessos concurrents. La Llei 22/1991, valorant el perjudici que pot representar la retenció de determinats béns per als interessos del deutor o del seu propietari —especialment quan es tracti d'objectes integrats en un determinat procés de producció o quan el valor de l'objecte retingut mantingui una desproporció excessiva amb l'import de l'obligació assegurada—, disposava d'un mecanisme jurídic, la utilització del qual, permetia corregir l'eventual desequilibri que pogués donar-se entre les parts implicades en la relació, sense disminuir la seguretat que la garantia constituïda representava per a l'altra part. Assenyalava així el preàmbul de la Llei que: “La substitució pretén, doncs, evitar un perjudici innecessari, que excedeixi de la finalitat estrictament perseguida pel dret de retenció, i aconseguir la major correspondència possible entre la seguretat que la garantia pretén i la que justament ha de proporcionar l'objecte per ella afectat amb relació al valor del crèdit, el pagament s'assegura (cf. Preàmbul, II, 5 ° LGP) ”²⁴.

la plantació o el conreu, davant del propietari del sòl que pretengués obtenir la seva possessió, pel preu dels materials, llavors, plantes i dels sous dels operaris emprats per a això (cfr. art. 361 CC). No obstant, el mateix precepte permetia al propietari del sòl extingir la retenció substituïnt-la per una consolidació del crèdit que la va generar, entenent-se per consolidació, qualsevol mecanisme de garantia que resulti idoni per mantenir la seguretat del crèdit que la retenció representa.

²⁴ No obstant això, malgrat el tenor literal de l'article 11.1 LDRG, no es pot dir que estiguem davant d'un supòsit de “substitució de la cosa retinguda”. La LDRG permet una substitució, però no precisament de la cosa retinguda. L'article 11 LDRG només permet la substitució si, a canvi de la cosa retinguda, es constitueix una garantia real o un fiançament solidari d'entitat de crèdit que siguin suficients per cobrir el deute. És a dir, el que es substitueix és la garantia, el dret real de retenció, que es canvia per una altra garantia considerada suficient. Amb major exactitud s'expressava el Preàmbul, II, 5 ° LGP, en l'explicació i justificació s'al·ludia a la possibilitat de substitució de la “garantia del creditor”. Per tant, no es tracta en aquest cas d'una subrogació real, mecanisme pel qual, un determinat bé substitueix un altre ocupant el seu lloc i sotmetent-se a la mateixa condició jurídica que fins a la substitució, aquest tenia (cfr. art. 16 LDRG), sinó que es tracta d'un supòsit específic d'extinció del dret real de retenció i la seva substitució per qualsevol de les garanties que la LDRG especifica per considerar amb criteri general, basant-se el dret de retenció en el poder directe que el creditor exerceix sobre la cosa retinguda, perdut aquest, s'extingeix la garantia. No obstant això, l'extinció del dret de retenció per substitució, que preveu l'article 11 LDRG ha de diferenciar de la causa d'extinció del dret real que conté l'article 6.3 LDRG. Aquest últim precepte preveu, com es va dir, el supòsit de pèrdua del dret a posseir per part del creditor que torni voluntàriament la cosa en què es materialitza la garantia, és a dir, el precepte preveu un supòsit d'extinció del dret per renúncia del seu titular. Si no, l'article 11 LDRG imposa al creditor l'obligació de suportar la substitució de la garantia, a iniciativa del deutor o del propietari, sempre que el seu crèdit quedi igualment assegurat en la forma que en el text legal s'indica. Però, la diferència és que el creditor, encara que per la substitució torni voluntàriament la cosa, no la torna per la seva voluntat o per la seva iniciativa, sinó que la devolució se li imposa: el creditor no pot negar-se a restituir la “cosa retinguda” quan la substitució s'ajusti als paràmetres que marca la LDRG si vol evitar la responsabilitat que la seva negativa aparella. De manera que, així com l'article 6.3 LDRG preveu un supòsit d'extinció del dret real per voluntat del retenidor i per la seva sola iniciativa, a l'article 11 LDRG l'extinció es provoca per la sola voluntat del deutor personal o del propietari de la cosa retinguda, els qui unilateralment decideixen utilitzar el mecanisme de la substitució. Per tant, amb aquesta facultat de substitució la LDRG concedeix al propietari o al deutor la possibilitat d'extingir unilateralment un dret constituït, també, de forma unilateral pel creditor, equivalents quant a la funció que exerceixen.

La substitució de la garantia només és possible quan el dret real de garantia o la fiança solidària són suficients per garantir el crèdit del retenidor. Amb la finalitat d'evitar dubtes, i per als casos de constitució d'una garantia real, es preveu en l'article 569-11.2, que la garantia real és suficient, si el preu de mercat del bé ofert en garantia, tot i que sigui inferior al valor dels béns referits, cobreix l'import del deute que va a originar la retenció i un 25 per cent més. Precisa, en aquest punt, el preàmbul de la Llei 22/1991, que el concepte de preu just que s'utilitza és el que es desprèn de l'article 323 de la compilació, que es refereix al valor de mercat de la cosa en el moment de la substitució de la garantia. En definitiva el preu just de les coses donades en garantia s'ha de posar en relació amb l'import del deute que va a originar la retenció i mai amb el preu just del bé retingut.

L'article 569-11, com el seu antecedent, l'article 11 de la Llei 19/2002 estableix un règim més ampli de substitució del dret de retenció, ja que permet que es pugui fer, no només a instàncies del deutor, sinó també del propietari del bé retingut, i això, amb independència del fet que hagi originat el dret de retenció. Pel que fa a l'àmbit de la substitució, el precepte ofereix la doble possibilitat de substituir el dret de retenció no només per una garantia real, sinó també per finançament solidari d'una entitat de crèdit que siguin suficients.

Hi ha consens general a nivell doctrinal que no és possible substituir el dret de retenció per altre dret de retenció, ja que això implicaria l'extinció del dret de retenció i la creació d'un altre dret de retenció diferent. Tal conclusió, segons PUIG I FERRIOL (2007, p. 772), es fonamenta en un argument excessivament formal, per la qual cosa, estima que la substitució per una altra garantia real no exclou el dret de retenció que precisament el legislador català configura jurídicament com un dret real de garantia. Es pot argumentar també que si bé és cert que el dret de retenció és de creació unilateral per part del retenidor, segons l'article 569-5.1. La substitució la pot imposar unilateralment el deutor o el propietari del bé retingut. En el cas de la substitució d'un bé per un altre, els fets es produeixen en relació amb un dret de retenció ja constituït que pot modificar l'interès a l'empara del principi de l'autonomia de la voluntat privada sense que la modificació hagi de comportar, necessàriament, l'extinció del dret de retenció primitiva i la substitució per un altre.

8. L'incident d'oposició a la constitució del dret de retenció

Tots aquests límits i garanties que la legislació catalana s'ha preocupat minuciosament de regular, no tenen sentit sense un tràmit processal adequat, mitjançant el qual, el deutor pugui reaccionar davant un exercici arbitrari d'aquest dret per part del creditor. D'aquesta manera i de forma absolutament innovadora en el marc del dret comparat, la Llei 22/1991 va articular la possibilitat d'oposar-se a l'exercici d'aquest dret, establint per a això un termini de tres mesos següents a la notificació de la liquidació del deute, termini que curiosament es va reduir a un mes per la Llei 19/2002, per fixar-se definitivament en dos mesos per l'article 569-5, després de la seva incorporació al CCCat per la Llei 5/2006 de 10 de maig²⁵.

²⁵ Per barrada ORELLANA amb això, es pretén reservar un espai temporal suficient perquè, d'una banda, els

L'articulació d'aquest tràmit d'oposició posa el seu centre de gravetat en la liquidació que es practiqui, fixant el moment inicial del còmput en el trasllat d'aquesta liquidació. Aquesta previsió, no obstant això, no restringeix la possibilitat d'oposició per altres causes. Així ho entén PUIG I FERRIOL (2007, p. 765), qui citant la STSJC 16.06.2006, assenyala que a més de per disconformitat amb la liquidació, el deutor pot presentar oposició al·legant la falta de conformitat amb la pròpia existència del deute reclamat o la falta dels requisits exigits per la llei per a la vàlida constitució del dret de retenció, sol·licitant la devolució de la cosa retinguda. Així, per BARRADA ORELLANA (2003, p. 236), la sentència que resulti de l'oposició pot tenir només un efecte declaratiu, quan reconegui l'existència del dret real, o, a més d'aquell, un efecte restitutori, quan s'entengui el contrari.

Durant el temps conferit per oposar-se no opera la possibilitat de realització dels béns retinguts, la qual cosa, conforme a l'article 569-7, només pot dur a terme “una vegada transcorreguts dos mesos des de la notificació notarial de la decisió de retenir als deutors i als propietaris sense que s'hagi produït l'oposició judicial”. Per aquesta mateixa raó s'ha d'entendre, que presentada en temps la demanda d'oposició queda igualment suspesa la possibilitat de procedir a la realització dels béns, ja que és pressupòsit per l'exercici d'aquest dret que no hi hagi hagut oposició judicial “sense que s'hagi produït l'oposició judicial”.²⁶

El major problema que presenta el precepte és determinar el caràcter de l'acció entaulada i l'abast de l'objecte del procés. Si es tracta d'una qüestió possessòria, adreçada a dirimir únicament la situació fàctica que sustenta la possessió, no hi ha dubte, que la resolució que es dicti no afectarà

destinatari de la comunicació tinguin temps de reaccionar, oposant-se a la mateixa si ho creuen convenient (art. 4.1 LDRG) i d'una altra, assegurar la normalitat en el desenvolupament de la fase final de la garantia, en fer coincidir el final d'aquest termini amb un termini inicial a partir del qual el retenidor pot instar el procediment de realització del valor de l'objecte retingut (art. 7.1 LDRG). Per a aquesta autora, les dues funcions o objectius s'hagueren aconseguit igualment, encara que no s'hagués limitat el termini en què el perjudicat per la garantia pot formular oposició a aquesta. Estima també que el final del termini podria haver-se fixat coincidint amb el moment en què, efectivament, el retenidor iniciï el procediment de realització de la garantia, de manera que fos possible formular oposició en tant aquesta facultat no s'exerceix, però, la LDRG no permet que el creditor iniciï el procediment de realització sinó transcorregut un mes a partir de la comunicació notarial, però, en cap moment, l'obliga a realitzar la garantia en un termini determinat. (BARRADA ORELLANA, 2003, p. 234).

²⁶ De parer contrari, és l'opinió de l'autora abans esmentada, que estima, que “L'oposició judicial no comporta com a efecte la impossibilitat de procedir a la realització de la garantia (art. 7.1 LDRG), excepte que vagi acompanyada de la consignació” no s'explica quines són les raons per desconèixer el tenor clar de la Llei, en assenyalar com a requisit per procedir a la realització dels béns en l'art. 569-7, que no s'hagi presentat cap oposició judicial. Certament, com s'assenyala, no cap alçar la retenció dels béns, però, aquesta circumstància de cap manera permet concloure que la realització dels béns pugui seguir el seu curs. Potser, la confusió vingui donada pel fet que per a la professora Barrada Orellana, la notificació és el moment determinant per a la constitució d'aquest dret, de manera, que pel fet que s'impugni la garantia a través de l'oposició judicial, el retenidor no ha de retornar la cosa, perquè la seva situació es manté, com a mínim, fins que es dicti resolució judicial dirimint la controvèrsia. No obstant això, la suspensió de les facultats de realització no desnaturalitzen necessàriament els termes de la garantia, no només per produir altres efectes com els de retenció possessòria, sinó, sobretot, perquè estem davant d'una suspensió, no davant una supressió del dret (BARRADA ORELLANA, 2003, p. 234)

a la resolució final del plet. En realitat, com després s'exposarà ens trobem davant d'una acció, dirigida no a la resolució de la qüestió de fons, sinó més aviat a la definició de l'abast d'una garantia preconstituïda legalment. Com a tal garantia, el seu àmbit propi hauria de ser el procés cautelar o sumari, i el seu objecte, més que la resolució d'una qüestió de fons, hauria d'atendre a l'apreciació de l'aparença de bon dret i el *periculum in mora*. En aquest cas, la sentència que es dicti s'hauria de limitar a determinar la procedència de la garantia i les conseqüències inherents en previsió a la restitució de la cosa i la indemnització de danys i perjudicis.²⁷

No obstant això, aquesta explicació, en la pràctica, no s'ajusta a la realitat de les nostres lleis processals. La LEC, veu amb recel l'existència de procediments sumaris, reconduint qualsevol qüestió al marc del procés cautelar corresponent.²⁸ L'oposició que es presenti, llevat que quedés limitada a la restitució de la cosa retinguda, a través de l'interdicte de retenir o recobrar (RIPLEY, 2004, p. 6), ha de donar lloc amb normalitat al fet que les qüestions que es presentin, es ventilin en un procediment plenari, atès, que qüestions com ara les relatives a la procedència de la liquidació practicada o la mateixa procedència del deute, per molt que la finalitat de les mateixes atengui tan sols a la procedència de la garantia, han d'afectar la cosa jutjada material, vinculant qualsevol altre procés que s'entauli. Cal tenir en compte que les nostres normes processals imposen la necessària concentració de totes les accions que atenguin la mateixa causa de demanar, i no és admissible reservar la seva al·legació per un procés ulterior (art. 400 LEC), no permetent l'acumulació de noves pretensions després de contestada la demanda (art. 401) i sense que sigui possible, procedir a l'acumulació de processos quan no es justifiqui què, amb la primera demanda o, si s'escau, amb l'ampliació d'aquesta o amb la reconvenció, no va poder promoure un procés que compregui pretensions i qüestions substancialment iguals a les suscidades en els processos que es pretenen acumular (art. 79.2 LEC). Això implica, que a efectes de litispendència i de cosa jutjada, els fets i els fonaments jurídics adduïts en un litigi s'han de considerar els mateixos que els al·legats en un altre judici anterior si s'haguessin pogut al·legar en aquest. Tot això determina, en gran mesura, la desnaturalització de les finalitats preteses pel legislador català, perdent amb això, la condició de veritable mesura cautelar preconstituïda, doncs,

²⁷ Així, per BARRADA ORELLANA, si la decisió judicial, resultat de l'oposició, desestima la petició de l'actor, el mateix que si l'estima parcialment-obligant el demandat a rectificar algun dels extrems, però considerant l'existència de la garantia-el creditor podrà continuar retenint. Però, si la decisió judicial estima la inexistència de la garantia, el posseïdor, que va retenir sense poder fer-ho, haurà de rescabalar el demandant pel perjudici que hagués pogut patir (BARRADA ORELLANA, Reyes, p. 236)

²⁸ La Llei d'enjudiciament civil de l'any 2000 es va proposar limitar l'existència dels procediments sumaris, realitzant una aposta decidida per l'acció cautelar davant de la sumària. Concretament, l'exposició de motius de la vigent Llei d'Enjudiciament Civil, abunda al seu parer contrari a aquest tipus de processos, particularment en el cas dels processos sumaris, assenyalant: "l'experiència d'ineficàcia, inseguretat jurídica i vicissituds processals excessives aconsella, en canvi, no configurar com a sumaris els processos en què s'addueixi, com a fonament de la pretensió de desnonament, una situació de precarietat: sembla molt preferible que el procés es desenvolupi amb obertura a plenes al·legacions i prova i finalitzi amb plena efectivitat". Així davant de l'extensa regulació dels procediments sumaris continguda en la LEC 1881, en el marc de la nova ordenació, únicament hi ha una referència expressa al cas de l'acció de desnonament per falta de pagament i a la interdicte, perdent, per descomptat aquesta condició l'acció de desnonament per precari i estenent enormement la vinculació del jutjat en el marc del procés canviari i monitori i, tot en el cas, que no s'hagi entaulat oposició.

necessàriament, la resolució de la procedència de la garantia s'haurà de resoldre en el procés plenari del que aquella depèn.

Si això és així, es planteja el problema, de quina ha de ser la virtualitat que tingui el termini d'oposició conferit pel legislador català. Per entendre el significat d'aquesta incidència s'ha de posar de manifest la diferent situació en què es troba el deutor per al cas de presentació de la seva oposició en temps, o fer-ho en forma extemporània.

Com hem dit, en el cas de presentació en temps, el dret de retenció es desenvolupa completament i determina, conforme a l'article 569-7, la impossibilitat de procedir a la realització dels béns retinguts fins que, si s'escau, es solventi l'oposició suscitada. No obstant això, si bé la realització dels béns resta suspesa, això no obsta a la possibilitat que es faci efectiva la situació possessòria que té sobre el bé, (art. 569-6 CCCat).

La situació del deutor per al cas de presentar oposició extemporàniament, no determina però, un reconeixement general de la pretensió exercitada de contrari com en un procediment monitori, sinó únicament la consolidació de la garantia constituïda, obrint pas a la via de constrenyiment, (en sentit contrari, Puig i Ferriol, 2007). Això no impedeix que resolt el plet, hagi de reintegrar-se al deutor que ha estat privat del bé retingut dels perjudicis que eventualment puguin haver-li causat. A banda d'aquesta facultat de reintegrament, com assenyala ABRIL CAMPOY (1994, p. 1092), comentant l'article 278 CDCC, "Si això passa, el retenidor que obra amb abús del seu dret de retenció incorrerà en la responsabilitat que determina la llei (art. 7.2 CC)".

9. Conclusions

La llei catalana 22/1991, de 29 de novembre, de garanties possessòries en coses mobles va suposar una fita en la regulació del dret de retenció a l'aconseguir sistematitzar una matèria que es trobava dispersa, adequant-la a la tradició jurídica catalana. No obstant això, el més important, de la nova regulació de les garanties possessòries va ser el fet de racionalitzar l'ús d'aquesta mesura restringint la possibilitat de la seva ocupació i articulant una sèrie de garanties per al deutor que impedissin l'exercici arbitrari d'aquesta mesura. D'aquesta manera, la Llei de garanties de 1991 va circumscriure l'exercici d'aquest dret a les coses mobles, va excloure la possibilitat de l'exercici del dret de retenció respecte de les despeses útils, va regular la possibilitat de substitució de la mesura, va establir l'exigència d'un pressupost respecte de les despeses refaccionàries, va arbitrar un tràmit específic per oposar-se a la mesura, etc..., mesures totes elles dirigides, sens dubte, a definir adequadament l'exercici d'aquest dret.

L'extensió als béns immobles per la llei 19/2002 de drets reals de garantia va suposar un canvi d'orientació apostant per una prudent extensió del dret de retenció, però, limitant el seu exercici per evitar abusos, mitjançant la limitació del dret de retenció per raó de despeses a un *numerus clausus* estricte i la necessitat d'allò que es reclama per raó de despeses refaccionàries al pressupost ja pactat per les parts amb caràcter previ. D'aquesta manera es va restringir la

tendència a hipertrofiar aquestes despeses. Tota aquesta evolució ens mostra, contràriament al que se sol postular, com el gran assoliment de la legislació catalana en aquesta matèria, no és tant la tendència a expandir el seu àmbit d'aplicació, com la correcta contenció l'exercici d'aquest dret als seus estrictes límits.

Per a l'enteniment de la qüestió, s'ha d'atendre a l'origen d'aquest institut, el qual no és altre que evitar l'enriquiment injust que pot produir, com a conseqüència del trasllat possessori, en no transmetre's, juntament amb la possessió, els drets o càrregues inherents. Fins al moment actual s'ha vingut impedit aquest enriquiment injust mitjançant la suspensió de l'efecte translatiu, però sense donar solució al conflicte plantejat. El dret català ha volgut superar aquestes dificultats completant el cicle, perquè permet al creditor preconstituir una garantia accessòria per a la satisfacció del seu dret. No obstant això, en crear una garantia sense atendre les circumstàncies del cas en concret, es fa també estrictament necessari, definir els supòsits aplicables i els criteris correctors. En fer-ho així, ajustant aquest dret a les circumstàncies del cas, determinant en cada cas els requisits d'aparença de bon dret que són necessaris per al desenvolupament de la mesura, el dret de retenció pot arribar a ser un instrument eficient per preservar la seguretat del tràfic jurídic, prevenint els eventuais riscos que la circulació dels béns pot implicar per als que, com a tenidors d'aquells, participen en el tràfic jurídic.

10. *Taula de jurisprudència citada**Tribunal Suprem*

<i>Tribunal, Sala i data</i>	<i>Referència</i>	<i>Magistrat Ponent</i>
STS, 1ª, 28.03.1996	La Ley 3918/1996	E. Fernández- Cid Telmes
STS, 1ª, 02.07.1998	La Ley 7162/1998	P. González Poveda
STS, 1ª, 03.01.2001	ROJ 302/2001	P. González Poveda
STS, 1ª, 26.07.2004	Roj STS 5536/2004	L. Martínez Calcerrada
STS, 1ª, 30.11.2004	La Ley 253180/2004	R. Ruiz de la Cuesta Cascajares
STS, 1ª, 6.04.2006	RJ 1892/2006	V.L. Montes Penades

Tribunals Superiors de Justícia

<i>Tribunal, Sala i data</i>	<i>Referència</i>	<i>Magistrat Ponent</i>
TSJ Catalunya, 29.09.1993	Euder 4202/1993	J. Badía y Tobella
TSJ Catalunya, 19.07.2001	Roj STSJ Cat 9655/2001	N. Bassols Muntada
TSJ Catalunya, 08.05.2003	Roj STSJ Cat 5581/2003	Ll. Puig i Ferriol
TSJ Catalunya 22.01.2004	Euder 18537/2004	G. Vidal Andreu
TSJ Catalunya 19.02.2004	Euder 44330/2004	G. Vidal Andreu
TSJ Catalunya 09.01.2004	Euder 10716/2005	G. Vidal Andreu
TSJ Catalunya 26.11.2010	Euder 310170/2010	Valls Gambau

Audiències Provincials

<i>Tribunal, Sala i data</i>	<i>Referència</i>	<i>Magistrat Ponent</i>
AP Barcelona Sec. 1ª, 27.12.2006	Euder 246614/2006	L. Pérez de Lazárraga Villanueva
AP Barcelona, Sec. 19, 17.12.2008	La Ley 2294116/2008	A. Claret Castany
AP Barcelona, Sec. 13, 21.04.2009	Euder 174036/2009	F. Utrillas Carbonell
AP Barcelona, Sec. 11, 5.05.2009	Euder 173810/2009	F. Herrando Millán
AP Barcelona, Sec. 14, 29.05.2009	Roj AAP B 3207/2009	F.J. Pereda Gámez
AP Barcelona, Sec. 14, 03.11.2009	Roj AAP B 307/2011	D. Montoliu Serra
AP Barcelona, Sec. 1ª, 20.12.2010	Roj SAP B 9145/2010	J.L. Barrero Cogollos
AP Barcelona, Sec. 13, 06.04.2011	Euder 65469/2011	Gomis Masqué
AP Barcelona Sec. 11, 18.07.2011	Roj SAP B 7590/2011	A. Gómez Canal
AP Barcelona Sec. 11, 21.07.2011	Roj AAP B 5640/2011	J.A. Ballester Llopis
AP Barcelona, Sec. 14, 28.01.2011	Roj SAP B 307/2011	D. Montoliu Serra
AP Barcelona, Sec. 13, 16.12.2011	Roj AAP B 6914/2011	J.B. Cremades Moránt
AP Girona, Sec. 1ª, 24.02.2009	Roj AAP Gi 283/2009	Ponce Cuellar
AP Tarragona, Sec. 1ª, 12.01.2010	Euder 39618/2010	Mª P. Aguilar Vallino

Jutjats del Mercantil

<i>Tribunal, Sala i data</i>	<i>Referència</i>	<i>Magistrat Ponent</i>
Mercantil, Barcelona 2, 12.4.2007	Roj SJM 778/2007	J.M. Rivelles Arellano

11. Bibliografia

Juan Manuel ABRIL CAMPOY (1994), "El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 624, pp. 1885-1925.

Miriam ANDERSON (2006), "El derecho de retención de la Ley catalana 19/2002 en el concurso de acreedores", en María Elena Lauroba Lacasa i Joan Marsal Guillamet (coords.), *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid, pp. 483-506.

Reyes BARRADA ORELLANA, Tesi doctoral, llegida el 7 de juliol de 2003, publicada <http://www.tdx.cat/handle/10803/8757>.

Reyes BARRADA ORELLANA (2005), *Las garantías mobiliarias en el Derecho civil de Cataluña*, Tirant lo Blanch; València.

Reyes BARRADA ORELLANA (2007), "Comentario crítico sobre la eficacia de la notificación notarial en la constitución del derecho real de retención según la jurisprudencia", *La codificació del drets reals a Catalunya. Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa, Documenta Universitaria*, Girona, pp. 335-345.

Reyes BARRADA ORELLANA (2008), "Comentario al art. 569-3 a 569-7 CCC", a Antonio Giner Gargallo (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al Código civil de Cataluña*, T. III, Bosch, Barcelona, pp. 1785-1834.

José Luis BARRERA LLORCA (2002), "Comentario al art. 276 CCo", a Alberto Salas Reixachs (dir.), *Código de comercio. Doctrina y jurisprudencia adaptadas a la nueva LEC*, T. II, Atelier, Barcelona, pp. 1131-1135.

Pablo BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (1955), *El derecho de retención en el Código Civil Español*, Universitat de Salamanca, Salamanca.

Ángel CARRASCO PERERA i Ana CARRETERO GARCÍA (2004), "Los derechos de retención y anticresis en la Ley 19/2002, de Cataluña, de derechos reales de garantía", *Revista Jurídica de Catalunya*, núm. 1, pp. 9-34.

Ángel CARRASCO PERERA, Encarna CORDERO LOBATO i Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ (2008), *Tratado de los derechos de garantía*, T. II, 2ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, Navarra.

Marcela DE CASTRO DE CIFÜENTES (2004), *El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles*, Colección Derecho Privado, Edicions Uniandes, Bogotá.

Nicole, CATALA-FRANJOU (1967), "De la nature juridique du droit de retention", *RTD civ.*, Paris, p. 9 i ss.

Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ (1988), "El derecho de retención del mandatario: ¿un derecho de prenda?", *Actualidad Civil*, núm. 1, pp. 521-533.

Pedro DEL POZO CARRASCOSA (1989), *El derecho de retener en prenda del depositario*, Promocions i Publicacions Universitàries, Barcelona.

Pedro DEL POZO CARRASCOSA, Antoni VAQUER ALOY i Esteve BOSCH CAPDEVILA (2008), *Derecho civil de Cataluña, Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid.

Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (1995), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II, Las relaciones obligatorias*, 4a edició, Aranzadi.

Luis DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN (2009), *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial III, Las relaciones jurídicos Reales el Registro de la Propiedad*, 5a edició, Aranzadi, 2008, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor Navarra, reimpressió.

Teresa ECHEVARRÍA DE RADA (2002), "En torno al derecho de retención", Antonio Cabanillas Sánchez et al. (Comitè organitzador), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo, Vol. II*, Thomson-Civitas, Madrid, pp. 1765-1787.

Ángela FERNÁNDEZ AREVALO (1999), *Extinción del derecho de retención. (Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial)*, Editorial Práctica de Derecho, València.

Jesús Julián FUENTES MARTÍNEZ (2001), "El derecho de retención sobre bienes muebles en el ordenamiento civil de Cataluña: situación actual y perspectivas de reforma", *La Notaría*, núm. 11 pp. 242-262.

Juan Luis GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE (2008), "Comentario al art. 569-2 CCC", a Antonio GINER GARGALLO (Dir.), *Derechos reales. Comentarios al Código civil de Cataluña*, T. III, Bosch, Barcelona, pp. 1778-1784.

Peter GRÖSCHLER (2007), "Zurückbehaltungsrecht 273-274", a Reinhard Zimmermann, *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB Band II, 1. Teilband*, Mohr Siebeck, Tübingen, pp. 831-850.

Antonio Evaristo GUDÍN RODRÍGUEZ-MAGARIÑOS (2011), "El 'ius variandi' en las obras con ajuste alzado: antecedentes históricos, evolución jurisprudencial y examen del derecho comparado" *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, núm. 44, pp. 143-172.

José ISSA-SAYEGH (1992), "Le droit de rétention en droit Sénégalais", *Penant*, núm. 810, octubre-diciembre p. 262.

Jean Claud JAMES (2002), "Le droit de retention en Droit Uniforme Africain", *La Revue Du Cerdip*, volum. 1, núm. 2 juliol-diciembre, pp. 3-33

Helmut HEINRICHS (2008), "Kommentar des § 273", Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, Band 7, 67, neubearbeitete Aufl. C. H. Beck, München.

María Elena LAUROBA LACASA i María Luisa ZAHINO RUIZ (2003), "Els drets reals de garantia", a Ferrán BADOSA COLL, Manual de Dret Civil català, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 423 i ss.

Teresa LAUROBA y ECHAVARRIA DE RADA (2006), "En torno al derecho de retención", a *Llibre homenatge a Luis Diez-Picazo*, Thompson Aranzadi, Madrid, p. 1765 i ss.

Esther LÓPEZ CALLE (2011), "El Derecho de Retención sobre bienes muebles, una garantía en ascenso", *InDret 4/2011*.

Adolfo LUCAS ESTEVE (2002), "El derecho de retención en Cataluña. Concepto y fundamento", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 671, pp. 1011-1039.

Adolfo LUCAS ESTEVE (2007), "Els drets reals de garantia", a Adolfo LUCAS ESTEVE (dir.), *Els drets reals. Estudi introductori del llibre V del Codi Civil de Catalunya*, Atelier, Barcelona, pp. 232-247.

Francisco LUCAS FERNÁNDEZ (1986), "Comentario al art. 1600 CC", a Manuel ALBADALEJO GARCÍA (Dir.), *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XX, Vol. 2, EDERSA, Madrid, pp. 478-483.

Carlos J. MALUQUER DE MOTES I BERNET (2008), *La relació jurídica obligacional*, Publicacions de la Universitat de Barcelona, Barcelona.

Jordi MEDINA ORTIZ (2006), "El Dret de retenció de l'edifici per part de les persones que intervenen en el procés d'edificació: contractistes, subcontractistes i treballadors assalariats", *Comunicación a las XIV 'Jornades de Dret Català a Tossa', quarta comunicació*.

José María MIQUEL GONZÁLEZ (2010), "Los desprecios al Código civil", *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 19, vol. I, pp. 229-238.

José María MIQUEL GONZÁLEZ (1993), "Comentario al art. 453 CC", a Cándido Paz Ares et al. (dirs.), *Comentario del Código civil*, T. I, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1219-1221.

Isabel MIRALLES GONZÁLEZ (1992) *Ley catalana 22/1991, de 29 de noviembre, sobre Garantías Posesorias de Cosa Mueble*, Barcelona.

Antoni MIRAMBELL I ABANCÓ (2006), "El derecho de retención", en María Elena LAUROBA LACASA i Joan MARSAL GUILLAMET, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid, pp. 123-137.

Christopher OSAKWE (2008), *Russian Civil Code, Parts. 1-3, text and Analysis /translation and commentary by Cristopher Osakwe- M : Воnтеpс Кнyзёp-776с*.

Florencio OZCÁRIZ MARCO (2002), "Comentario a la Ley 473", a Enrique RUBIO TORRANO (Dir.), *Comentarios al Fuero Nuevo, Compilación del Derecho civil foral de Navarra*, Aranzadi, Cizur Menor, pp. 1591-1595.

Carlos PIZARRO WILSON (2009), "El derecho de retención una garantía bajo sospecha", *Revista Ius et Praxis*, vol. 15, núm. 1, p. 339-352.

José PUIG BRUTAU (1989), *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo III, vol. 1ª, Editorial Bosch, 3ª Edició, Barcelona.

Lluís PUIG I FERRIOL (2007), "Drets Reals de Garantia", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Volum IV. Drets Reals, dirigida per Ll. PUIG I FERRIOL i Encarna ROCA I TRIAS, Tirant Lo Blanc, València, pp. 817-854.

Encarnació ROCA TRIAS (2007), "La possessió (I) y (II)", en *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, Volum IV. Drets Reals, dirigida per Ll. PUIG I FERRIOL i Encarna ROCA I TRIAS, Tirant lo Blanc, València, núm. pp. 62-115.

Daniel I. RIPLEY, "Los derechos reales de garantía en el Derecho Civil de Catalunya", *InDret*, 2004 (www.indret.com).

Elsa SABATER BAYLE (1992), "La facultad de retención posesoria", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 13, núm. pp. 75-101.

Elsa SABATER BAYLE (1993), "Presupuestos estructurales de la facultad de retención posesoria" a àrea de Dret Civil de la Facultat de Dret de la Universitat de Saragossa (coords.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, vol. II, Bosch, Barcelona, pp. 1973-1989.

Elsa SABATER BAYLE (2006), "Precio alzado en el contrato de obra y coste real superior al presupuestado", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, núm. 19, 1989, 285 i ss.

PHILLIPE SIMLER, "Droit des Suretés", *La semaine juridique, Juris-Classeur Périodique*, núm. 15, abril.

José VIÑAS MEY (1922), "El derecho de retención", *Revista de Derecho Privado*, núm. pp. 102-115.

Juan VALLET DE GOITISOLO (1986), *Estudios sobre de Derecho de cosas*, volum I, 2ª Edició, Madrid.

Richard ZWITSER (2002), "El derecho de retención en el nuevo Código civil holandés", *Revista de Derecho Privado*, (nova època) any I, núm. 2, núm. pp. 89-109.