InDret
REVISTA PARA EL
ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW. INDRET.COM

Ámbito material y límites del ejercicio del derecho de retención en la codificación civil de Cataluña

Referencia a la incidencia de los aspectos procesales.

Antonio Evaristo Gudín Rodríguez-Magariños

Secretario Judicial del Juzgado Central núm. 6, Audiencia Nacional. Doctor en Derecho

BARCELONA, OCTUBRE 2012

Abstract

El derecho de retención se ha mostrado hasta el presente como una garantía puramente conminatoria al objeto de remover la falta de voluntad cumplidora del deudor, pero sin que dicha fuerza intimidatoria esté orientada a la satisfacción de un concreto interés. Contrariamente, el derecho de retención en el ordenamiento civil de Cataluña, siguiendo las directrices del moderno de derecho de garantías, ha pretendido constreñir estos aspectos puramente conminatorios y ha dado paso a la constitución de una garantía legal preconstituida, que como todo derecho de configuración legal, exige su adecuación a las circunstancias del caso en concreto. Pasados los entusiastas tiempos del primer movimiento codificador catalán, en el que los logros alcanzados en la materia dieron lugar a extender el ámbito de aplicación de este instituto, la jurisprudencia y la práctica forense han asentado un cuerpo de doctrina, tendente a fijar correctamente los linderos del derecho de retención.

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

Palabras clave: Palabras claves: garantías posesorias, derecho de retención, proceso cautelar
Keywords: withholding, right of retention, possessory lien, injuction

Sumario

1. El derecho de retención y la realización del propio derecho
2. Tratamiento del derecho de retención en el moderno derecho de obligaciones
3. Límites de orden público del derecho de retención en el moderno derecho civil
4. El derecho de retención en el ordenamiento civil catalán: de la garantía meramente conminativa a la facilitación del derecho del acreedor
5. Ámbito material del derecho de retención en la codificación civil de Cataluña
6. Limites al ejercicio del derecho de retención en el derecho civil catalán
   6.1. Límites derivados de la finalidad de la acción ejercitada: la buena fe y la proporcionalidad en relación al daño causado
   6.2. Límites derivados de las exigencias generales del tráfico jurídico de los bienes retenidos
   6.3. Limites derivados de la dinámica contractual
   6.4. Límites derivados de la condición posesoria ostentada
7. Sustituibilidad de la medida
8. El incidente de oposición a la constitución del derecho de retención
9. Conclusiones.
10. Tabla de jurisprudencia citada
11. Bibliografía

1. *El derecho de retención y la realización del propio derecho*

Es de esencia al concepto de Derecho, la reserva de la tutela de los derechos a los tribunales de Justicia, repudiando cualquier forma de auto-tutela privada.[1] Mas con carácter previo a la intervención de los tribunales, en la medida que el proceso no puede prejuzgar las situaciones jurídicas que va a solventar, el Derecho debe reconocer la existencia de un *status quo* preexistente cuya licitud debe presumir y cuya intromisión esté o no justificada determina la respuesta penal. Tal respeto en estos estadios previos carece de vinculación con la construcción jurídica de la norma, y sólo por aproximación puede asomarse, mediante la valoración de la apariencia de buen derecho en el marco del proceso cautelar. La presunción de que esa situación fáctica se ajusta a derecho, la llamada posesión de buena fe, es un presupuesto necesario del orden social. Así lo entiende PUIG BRUTAU, para quien el fundamento de la protección posesoria está en el mismo fundamento del orden jurídico. Señala dicho autor, que en el terreno del Derecho Civil existe el interés social de que los estados de hecho no puedan destruirse por un acto de autoridad, y que nadie tenga necesidad, ni posibilidad de tomarse la justicia por su mano, sino que para ello tenga que recurrir a los remedios que ofrece la Ley, (PUIG BRUTAU, 1989, p. 43). [2]

Sin embargo, el ordenamiento jurídico prevé también en determinados supuestos la posibilidad de que quienes se sienten perjudicados por un hecho injusto puedan proceder a violentar la voluntad ajena mediante la realización unilateral del propio derecho, supuestos excepcionales, cuyo ejemplo paradigmático es la legítima defensa. Como prototipo de este tipo de actuación nos encontramos en el Código Civil de Cataluña (en adelante CCCat), el artículo 546-12 que establece la obligación de los propietarios de tolerar la interferencia de otras personas, si es necesaria para evitar un peligro presente, inminente y grave, siempre que el daño que racionalmente pueda producirse no sea desproporcionadamente elevado con relación al perjuicio que la interferencia pueda causar a los propietarios. Otros ejemplos, de este tipo de actuación, son los previstos en el art. 546-6 del CCCat o en los arts. 156, 581 par. 3º, 592 y 612 del Cc. En todos estos casos el reconocimiento que el derecho ofrece es muy limitado y las consecuencias no siempre las más adecuadas al venir teñidas de un halo de arbitrariedad que se deriva de la posición de fuerza. Tales excepciones se justifican por razones de urgencia o inmediatez en situaciones en las que no es posible acudir a las vías ordinarias.

Entre estos supuestos de excepción abordamos a continuación, el caso del derecho de retención, prerrogativa concedida al acreedor que le habilita para mantener la situación posesoria que

[1] Este repudio de la tutela privada del derecho moderno, se enfrenta a los aspectos más atávicos de nuestro ordenamiento jurídico, que pese al desarrollo de las normas procesales, mantiene en gran medida su vigencia. Véase así la atenuación penal que implican las penas establecidas en el Código Penal para la realización arbitraria del propio derecho frente a la punición de estos mismos delitos en el resto de supuestos.

[2] En este sentido también se pronuncia el preámbulo del libro V del Código Civil de Cataluña que califica la posesión "como un mecanismo primario de publicidad de derechos que el presente código protege para preservar la paz civil partiendo de la base de que la posesión debe tener como efecto principal el derecho a continuar poseyendo".

ostenta sobre las cosas en razón a la vinculación que estas puedan tener con su derecho y en tanto este no se vea satisfecho. La razón de ser de este derecho es la misma que la *exceptio non inadimpleti*,[3] la cual se fundamenta en la oposición a realizar lo que se nos debe en tanto que la contraria no proceda de igual modo.[4] Sin embargo, el derecho de retención no atiende tan sólo a una relación de reciprocidad preconstituida como es propia de las obligaciones sinalagmáticas, sino al principio de enriquecimiento injusto que puede provocar el negocio abstracto de traslado posesorio. De este modo, podemos distinguir dos manifestaciones del derecho de retención según el tipo de relaciones jurídicas a las que responde:

- El derecho de retención que opera como consecuencia de la ruptura del sinalagma funcional de las obligaciones recíprocas, cuyo supuesto paradigmático es el artículo 1612 del Código Civil Francés, *(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),* precepto que como es conocido paso al artículo 1466 del Código Civil estatal.

- "El derecho de retención en otros casos viene asociado a la existencia de créditos con vocación *propter rem*, que como consecuencia del traslado posesorio, pueden provocar el enriquecimiento injusto del nuevo poseedor en detrimento de quien anteriormente estuviese poseyendo la cosa, al no trasladarse al primero las cargas inherentes a la mejora o conservación del bien". El derecho de retención presenta, en estos casos un carácter más agresivo en la medida que implica una conducta no meramente pasiva de no hacer, sino también activa al alterar la condición posesoria que se ostenta sobre los bienes. En tal sentido y como manifestación que es de la auto-tutela privada, los distintos ordenamientos jurídicos constriñen en gran medida el ejercicio de este derecho, sometiéndole por regla general a un númerus clausus y proscribiendo la extensión analógica a supuestos distintos. [5]

En los ordenamientos jurídicos que explican la transmisión de los derechos reales a través de la teoría del título y el modo, no se suele incluir el primero de los supuestos dentro del estudio del

[3] Resulta así relativamente frecuente su tratamiento conjunto en manuales y textos legales.

[4] Así, para ZWISTER el derecho de retención parece tener raíces en la naturaleza del contrato *do ut des*. Véase (ZWITSER, 2009, p.94).

[5] En contra el artículo 3.939 del Código Civil argentino. Esta es también la tendencia en la jurisprudencia francesa, la cual pese a no existir una norma general en orden al derecho de retención ha generalizado sus previsiones al amparo de la regulación de las impensas útiles y necesarias. Véase sobre esta evolución *Catala-Franjou*, Nicole, "De la nature juridique du droit de retention", *RTD civ.*, Paris, 1967, p. 9 y ss. En Francia si bien inicialmente, el droit de rétention no se admitía más que en los casos previstos por la Ley, conteniendo una regulación fragmetaria de este derecho (C. civ. Art. 1612 y 2280 ; C. com. Art. L 145-29, etc.), posteriormente la reforma del año 2006, creando un libro IV des Sûretes, ha habilitado una serie de supuestos genéricos en el artículo 2286, que sin embargo atienden más al marco de la *exceptio inadiplemti contractus* que propiamente al derecho de retención. La jurisprudencia en España, como veremos, ha puesto coto a esta tendencia expansiva del derecho de retención mediante la figura del servidor de la posesión que ha permitido eludir la aplicación de las normas sobre impensas útiles y necesarias de los artículos 453 y ss. al caso de los créditos refaccionarios..

derecho de retención, en cuanto que no habiéndose verificado el traslado del dominio de la cosa sino hasta que se produce la tradición, no existe retención de la posesión sino una mero *condicio* o excepción al cumplimiento contractual. Lo cierto es que lo normal, desde un punto de vista de política jurídica, es el tratamiento conjunto de esta cuestión por atender a la misma problemática de fondo.[6]

2. *Tratamiento del derecho de retención en el moderno derecho de obligaciones*

Es conocida la opinión contraria al derecho de retención de la doctrina más tradicional, así, BELTRÁN DE HEREDIA (1955, p. 11) define el derecho de retención como "situación jurídica de técnica primitiva y carácter cuasi excepcional". Por su parte, el profesor ALBALADEJO se muestra contrario a la aplicación analógica a supuestos distintos de los previstos legalmente, estimando sin embargo que si es posible hace extensión de su normativa en aquellos casos en que el derecho de retención no se deriva de la analogía o de un principio general, sino que es una extensión necesaria de un derecho de retención preexistente, que si bien no expresamente previsto se encontraría en el espíritu de la Ley. Sería el caso del gestor de negocios ajenos o el albacea en relación al mandatario, el acreedor anticrético en relación con el pignoraticio, el que ha de devolver una cosa que reciba en virtud de pago indebido en relación al poseedor de buena fe, (ALBALADEJO, 1992, p. 246). Más modernamente otros autores han puesto de manifiesto sus prevenciones ante este tipo de medidas, así PIZARRO WILSON (2009, p. 341), quien considera el derecho de retención una verdadera anomalía en el sistema de garantías, el cual se acomoda mal con otras de naturaleza tradicional, como la prenda o la hipoteca.

Se ha dicho también, que el derecho de retención, como prerrogativa del acreedor que detenta un bien que debe restituir a su deudor, "*está en la naturaleza de las cosas*" (SIMLER, 2006, p. 728 y ss) y desde luego parece claro su entronque con el principio de la buena fe; así lo han sostenido autores como VIÑAS MEY (1922, p. 207) y DÍEZ PICAZO (1995, p. 476), para quienes el derecho de retención se fundamenta en la equidad como criterio de moderación de las consecuencias *stricti iuris* del ejercicio de los derechos.

La práctica forense, por el contrario, se ha mostrado especialmente reacia a estas medidas que constriñen la normal circulación de los bienes, y es que en la mayoría de los casos, el ejercicio de este derecho carece de un interés económico propiamente dicho, presentándose únicamente como una medida de fuerza para doblegar la voluntad del deudor. Las principales dificultades que presenta el derecho de retención son las siguientes:

- *Carecen de valor económico intrínseco,* fundamentando su existencia en su carácter meramente conminativo. Ciertamente la tendencia en los procesos codificadores modernos es la de hacer extensivas las facultades del acreedor no sólo a la retención posesoria, sino también a la realización de valor, pero esto no resuelve todos los problemas.

[6] Tal es el caso del derecho francés que en el artículo 2286 regula conjuntamente unos y otros supuestos.

- *No resultan eficientes.* Determinan la paralización de la actividad económica que debería permitir a quien constituyó la garantía obtener las ganancias precisas para satisfacer la deuda asegurada.

- *No resultan viables,* al implicar gastos de conservación y mantenimiento que dan lugar a que el retenedor tienda a desligarse de la cosa con la consiguiente pérdida de valor. Tradicionalmente el derecho de retención sólo daba lugar a una facultad de retener la cosa ad infinitum, que sin embargo era suficiente cuando el valor de la cosa retenida sea alto y los costos de retención bajos. Hoy en día, sin embargo, frecuentemente los costos de retención son relativamente altos. Puede pensarse en todos los productos que necesitan conservarse congelados o guardados a baja temperatura y cierta humedad. Muchas veces el valor de las cosas guardadas no es tan alto por lo que el depositario estará seguro que el dueño pagará voluntariamente, pero en otros si no puede proceder a la realización inmediata de su valor la garantía resultará ilusoria, (ZWITSER, 2004, p. 92).

- *Carecen de proporcionalidad.* Quedan a la discreción del acreedor por lo que el interés que se pretende proteger no guarda relación con el perjuicio causado como consecuencia de la privación de un derecho.

- *Carece de una previsión en orden a la repercusión de los gastos* que puede causar el propio ejercicio del derecho de retención, con lo que además de la consecuente falta de concreción de los gastos, esta medida se muestra proclive a la prolongación de las facultades de retención posesorias en atención a la concatenación de gastos, (véase en el caso catalán la problemática en orden a la extensión del derecho de retención a los gastos que se causen mientras se ejercita este derecho por el acreedor).

Pese a los intentos modernos de rehabilitar esta institución, en el estado actual de nuestra ciencia jurídica, el derecho de retención junto a las órdenes de precinto, el comiso de vehículos, etc… sigue formando parte de ese mundo subliminal del derecho, en el que el Derecho diluye su carácter racional para exteriorizar exclusivamente los perfiles conminativos de la posición de fuerza. Así frente, a las prevenciones que nuestro ordenamiento procesal tiene establecidas para proceder al embargo y depósito de los bienes muebles, la imposibilidad de embargo de bienes de primera necesidad (art. 606.1 LEC), afectos a una actividad profesional (606.2 LEC) o integrantes de una unidad productiva (592.3 LEC) y el carácter restrictivo de los supuestos de remoción (626. 2 y 4 LEC) —particularmente en el caso de que aquellos se destinen a una actividad productiva o sean de difícil transporte o almacenamiento (626.3 LEC)—, el derecho de retención muestra los aspectos más arcaicos del derecho al no entroncarse en la necesidad racional del medio empleado o en la apariencia de buen derecho, sino en la pura arbitrariedad del acreedor cuya actuación no se dirige a la satisfacción de su derecho sino a socavar la resistencia al cumplimiento de su obligación por la contraria.

Por otra parte, la efectividad del derecho de retención como garantía resulta muy débil cuando sólo autoriza a su titular a retener el bien ajeno y ello no basta para vencer las reticencias del obligado al pago. En tales casos la detentación del bien puede convertirse además en una fuente de problemas y de gastos para el acreedor, obligado a conservarlo debidamente mientras lo tenga en su poder y no facultado, por regla general, a servirse de él de ningún modo.

Pese a estas dificultades para ZWITSER (2004, p. 93) la ampliación del ámbito de aplicación de este derecho, se muestra como un "mal menor, consecuencia de la ampliación de la escala de los

negocios y del anonimato de la contratación en masa, que exige necesariamente mayores garantías para poder desenvolverse en el tráfico jurídico". Señala dicho autor que "en otros tiempos gran parte de los negocios se establecieron a pequeña escala entre gentes que se conocían. Habían lazos entre la gente, y por esto confianza. La necesidad de seguridad de los bienes era poca, por lo que el derecho de prenda en la mayoría de los casos era más que suficiente para asegurar el cumplimiento de la deuda. En estas circunstancias apenas puede funcionar el derecho de retención. La contratación impersonal en masa determinó, sin embargo, que las empresas exigiesen garantías previas a fin de asegurar la previsión de negocio propia del tráfico jurídico en masa. Frente a estas exigencias derecho reacciona frente a la posible arbitrariedad de aquellas mediante la exigencia de mayores cautelas y rigor formal". Pero si en el ámbito de los entornos jurídicos más hostiles, en el que la inseguridad jurídica impone adoptar cautelas a la contratación, puede tener consecuencias positivas, no es, ni tiene que ser el caso de aquellos marcos normativos, que como el mercado europeo, aspiran a la integración económica y jurídica, pudiendo constituir una rémora para la integración de los mercados por razón de la restricción que suponen para la libre circulación de los bienes.

> Resulta curioso, que frente al escaso desarrollo de este instituto en el ámbito del derecho europeo, el derecho de retención presenta un notable desarrollo, en aquellos entornos jurídicos menos integrados como es el caso del derecho africano y en el derecho ruso, en el que la seguridad del tráfico jurídico es del máximo interés. El derecho de retención presenta así, un extraordinario desarrollo en el "derecho senegalés" en que el derecho de retención ha desplazado pura y simplemente, a todos los efectos, a los tradicionales derechos de prenda e hipoteca. En la legislación senegalesa, el legislador "ha querido equiparar a todos los efectos el derecho de retención en interés de la seguridad jurídica, desplazando en gran medida a la prenda y la hipoteca, lo que contrasta con el debate sin fin sobre su situación jurídica en otros ordenamientos jurídicos" (ISSA-SAYEGH, 1992, p. 262). Por su parte el artículo 39, párrafo 1 de la Ley Uniforme de la OHADA en la organización para la unificación del derecho africano dedica un apartado a la: "seguridad de la Propiedad", distinguiendo las siguientes garantías: hipotecas, prendas, gravámenes y otros privilegios sin entrega" regulando en los Artículos 41-43 de la misma ley, todo lo relativo al derecho de retención, preceptos que repiten casi literalmente el art. 920 del Código senegalés de Obligaciones Civiles y Comerciales (COCC, 76-60 Ley de 12.06.1976, DO N º 4511 de 16-8-1976, p. 1237). Véase, JAMES "Le droit de retention en Droit Uniforme Africain", La Reveu Du Cerdip, volum. 1, nº 2 juillet, décembre 2002, p. 3-33.
>
> Es de interés también, la regulación contenida en los artículos 359 y 360 del *Código Civil Ruso* de 1994 en relación a la regulación del derecho de retención. El derecho de retención es tratado como una forma de garantía de las obligaciones junto a la cláusula penal (Neustoika), el afianzamiento, la prenda o la hipoteca (Zalog), el aval bancario y las arras o depósito pecuniario. La regulación del derecho de retención contiene una referencia abierta a todos los gastos ocasionados como consecuencia de las impensas realizadas o por los daños producidos hasta que la obligación sea satisfecha. Se establece su oponibilidad *erga omnes*, así como la posibilidad de realización de valor remitiéndose sobre este particular a las reglas de la hipoteca. En particular se prevé que puedan ser usados para asegurar el pago de obligaciones que sólo remotamente tienen relación con la cosa, si las partes son empresarios. Tampoco existe limitación respecto de las cosas que puedan ser retenidas permitiendo su extensión a sumas de dinero y a cosas incorporales. Pues bien, la regulación de este instituto, ha sido objeto severas críticas, tachando esta normativa como un modo legalizado de privación de la propiedad, así A.A. RUBANOV, (véase, OSAKWE, 2008, p. 122).

Dentro del marco de estos entornos jurídicos más integrados, ciertamente las exigencias del

tráfico en masa pueden suponer la debilitación del elemento consensual, y la propensión a la proliferación del derecho de retención puede ser del mayor interés para algunas empresas. Sin embargo la consecuencia necesaria, como sucede en estos casos —véase contratos de adhesión—, debe ser precisamente la necesidad de aumentar las exigencias de orden público, no la de excluir la utilización de este instrumento**.** "Particularmente, se hace necesario entroncar este derecho en el seno del proceso y sujetar el mismo a unos límites a fin de racionalizar su empleo"**.** Véase el caso, de la Ley 28/1998, de 13 de julio, de Ventas a Plazos de Bienes Muebles, para el caso de la retención de cantidades en el contrato de venta a plazos, la cual presenta también una reacción frente a esta tendencia a la realización del propio derecho, al establecer limitaciones a las cantidades a retener (art. 10 LVPM), la realización de la reserva de dominio a través de un procedimiento sujeto a control judicial (art. 16 LVPM y arts. 250.10 y 11 LEC), la facultad moderadora de los tribunales (art. 11 LVPM), la vinculación de la oferta publicitaria (art. 13 LVPM y art. 61 TRLGCU), los requisitos formales del contrato (art. 6 y 7 LVPM) o las limitaciones a la facultad de desistimiento (art. 9 LVPM).

La otra vía por la que se ha desenvuelto la moderna regulación del derecho de retención es la dirigida a evitar el carácter meramente obstructivo con que hasta entonces ha sido entendido este derecho. Estos inconvenientes se evitan en parte mediante el "reconocimiento al retenedor de facultades de realización de valor", tal y como admiten con carácter general los Códigos civiles suizo (art. 898), portugués (art. 758 en relación con el art. 675) y catalán (arts. 569-2.1.b y 569-7), como así también el DCFR (art. IX.-I:102). También lo admiten en algunas hipótesis concretas el ordenamiento alemán (§§ 1000 y 2022 en relación con el § 1003 BGB y § 371 HGB) y el italiano (arts. 2756 y 2761 CC). Por el contrario, el retenedor carece de esta facultad en la Compilación navarra, en el derecho holandés, en el francés y el en español.

> Así, expresamente lo reconoce el Fuero Nuevo de Navarra, en la Ley 473.I in fine, para la retención convencional, previsión que sin embargo, no es posible hacerla extensiva a los distintos supuestos de derecho legal de retención, (OZCÁRIZ MARCO, 2002, p. 1593). En el ordenamiento jurídico español se admite generalizadamente que el derecho de retención no permite realizar el valor del bien retenido; desde luego, el CC no menciona tal facultad. Cuestión distinta es que algunos preceptos, que permiten a ciertos acreedores retener un bien ajeno, den pie para interpretar que, además, los mismos están legitimados para realizar su valor (véase arts. 1600, 1730 y 1780 CC ó arts. 276 y 704 CCo), en tales casos, quienes siguen tal interpretación suelen poner de relieve que no se trata de un derecho de retención en sentido estricto (precisamente porque en nuestro Derecho éste sólo faculta para conservar la posesión) sino de una garantía real de origen legal (en esencia, una prenda). Fuera del derecho de retención stricto sensu, el caso más semejante a estas facultades de realización de valor —y en el que a nuestro modo de ver encuentra una lejana reminiscencia la regulación catalana— es el de la regulación de los créditos refaccionarios en el art. 48.3 de la Ley Hipotecaria, si bien, se ha de precisar que el alcance de esta prerrogativa se encuentra bastante limitada al limitarse el periodo de carencia para el ejercicio de este derecho y por la exigencia de la concesión de un crédito al dueño de la obra por parte del contratista.

Estas facultades, obviamente suponen una reducción de los costos y existen poderosas razones de economía procesal que inducen a generalizar tal facultad. Sin embargo, esta agresividad de la medida multiplica los riesgos implícitos al derecho de retención, lo que determina un mayor rigor si cabe en las exigencias de orden público, exigencias absolutamente necesarias para que dicha medida se ajuste a sus estrictos límites y pueda desenvolverse correctamente en el tráfico

jurídico.

3. *Límites de orden público del derecho de retención en el moderno derecho civil*

Frente a esta tendencia expansiva del derecho de retención como consecuencia de la falta de seguridad jurídica producida por la contracción de los mercados, la reacción de los sistemas legislativos más desarrollados ha sido, no suprimir este derecho, sino sujetar el mismo a rigurosos dictados de orden público. Tal es el caso del derecho holandés y del derecho catalán que es objeto de estudio. [7]

El *derecho holandés* es el que en mayor medida se ha preocupado de limitar el ejercicio de este derecho. El código civil holandés de 1992, si bien amplía los supuestos de aplicación, refuerza su oponibilidad frente a los terceros y le dota de preferencia de cobro, establece también por contra importantes cautelas frente a los abusos. En tal sentido el derecho holandés nos muestra un amplio abanico de cautelas que debieran prevalecer y ser tenidas en cuenta por el juez a la hora de valorar la continuidad de la medida:

- La exclusión de este derecho en los *supuestos de fuerza mayor*, en que la obligación de la parte se ha hecho imposible, (art. 6.54.b).

- La exclusión del derecho de retención cuando la imposibilidad de llevar a efecto la prestación sea debida a la *exclusiva culpa de la parte contraria*. (art. 6.54.a)

- La exclusión del derecho de retención en los *casos en que la ley prohíbe el embargo*, (art. 6.54.c).

- *La sustitución del derecho de retención* por otra garantía igualmente satisfactoria, y siempre que dicha garantía no implique un retraso injustificado para la parte contraria, (art. 6.55) En Cataluña, el CCC permite imponer al acreedor la sustitución del derecho de retención por otra garantía real o por el afianzamiento solidario de una entidad de crédito que sean suficientes (art. 569-11 CCC); [8] en este dato

[7] De menor interés a nuestro juicio son los cambios producidos en el *derecho francés*, a resultas de la reforma del Derecho de Garantías y del Derecho de los Procedimientos Colectivos de Ejecución llevada a cabo últimamente en dicho país. Así, fruto de la Ordenanza núm. 2006-346, de 23.3.2006, el nuevo Libro IV del CC francés, rubricado *"Des sûretés"*, se estructura en dos Títulos, uno dedicado a las garantías personales y otro a las reales, que vienen precedidos de cuatro artículos, uno de los cuales se refiere precisamente al derecho de retención. Concretamente se trata de estas cuestiones en el art. 2286, en el que por primera vez el legislador francés ha establecido algunas reglas de carácter general sobre este derecho —fundamentalmente acerca de su constitución y extinción—, el cual estaba regulado hasta entonces únicamente de forma fragmentaria. Conforme a su redacción originaria, la existencia del derecho de retención se reconocía en tres supuestos, sobre la base de la existencia de una conexión entre el crédito y la cosa; a ellos se sumó un cuarto supuesto por la Ley núm. 2008-776, de 4.8.2008, sobre Modernización de la Economía, que atribuye un derecho de retención al titular de una prenda sin desplazamiento posesorio.

[8] En este sentido, en Alemania doctrina y jurisprudencia admiten con carácter general que del principio general de la buena fe (§ 242 BGB) se derivan ciertos límites para el derecho de retención, y, particularmente, que éste

se ha visto un argumento para sostener que si el crédito se encuentra suficientemente cubierto por una garantía así desde el principio, no podría constituirse un derecho de retención para asegurarlo, (BARRADA ORELLANA, 2008, pp. 1787 y ss).

- *La excepción de buena fe*. Si bien no existe en la regulación del derecho de retención una expresa previsión al respecto, para ZWISTER en el derecho holandés cabe deducir las mismas consecuencias de las normas generales frente al abuso de derecho contenidas en las secciones 2 y 3 del artículo 13 del Código Civil de 1992, en el que se observa que la desproporcionalidad puede constituir abuso de facultad, idea que se presenta como nueva respecto a la regulación precedente en el que sólo la voluntad de dañar y el uso del derecho contrario a la finalidad de la norma podían constituir abuso, (ZWISTER, 2002, pp. 96 y 97).

La extensión de estas cautelas al derecho catalán parece que tampoco ha de presentar especiales dificultades, en la medida en que no son sino lógica consecuencia de los principios que inspiran la regulación de la remoción de depositario en la LEC, cuando no en las reglas generales de la buena fe y el abuso de derecho. La gran ventaja del ordenamiento jurídico catalán sobre el común es la posibilidad de ventilar estas cuestiones a través de un incidente especialmente apropiado para ello. Sin embargo, y pese al enorme avance de esta regulación, el problema que se presenta es que, si bien se ha arbitrado un trámite para oponerse al derecho de retención, se carece de un cauce procesal específico de carácter sumario para oponerse. Esta circunstancia sumada a las dificultades para suspender cautelarmente la acción de retención, restringe notablemente las posibilidades de oposición.

Sorprende la absoluta limitación de los supuestos en que sería posible la suspensión de la ejecución, limitación que se deduce de la expresión "*Només impedeix…*". Tal vez hubiera sido conveniente un margen judicial para decidir la suspensión, introduciendo, por ejemplo, el criterio de proporcionalidad ausente sorprendentemente en toda la Ley. (RIPLEY, 2004, p. 6). Como luego se argumentará, la Ley 11/1991 de garantías posesorias fue una ley que restringió notabilísimamente el ejercicio de este derecho, razón por la cual resultaba lógico un régimen muy excepcional en orden a la suspensión de la medida. La extensión de este régimen a supuestos diferentes hace necesario replantear el régimen de sustituibilidad originariamente establecido.

4. El derecho de retención en el ordenamiento civil catalán: de la garantía meramente conminativa a la facilitación del derecho del acreedor

El ordenamiento jurídico civil catalán se encuentra en esta línea legislativa tendente a racionalizar el empleo del derecho de retención, pretendiendo superar los aspectos meramente conminativos con que hasta ahora se adornaban los perfiles del ejercicio de este derecho. Como se indica en el Preámbulo de la nueva Ley, "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". Añade que "això comporta, d'acord amb la legislació hipotecària, la constància registral

queda excluido cuando resulte desproporcionado en consideración a la entidad del crédito a garantizar, o cuando el acreedor tiene suficientemente asegurado su crédito (HEINRICHS, 2008, pp. 333 y 334; el § 273.3).

d'aquest dret".

La reforma del derecho civil catalán en esta materia se inicia por la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble, a la que sigue la Ley 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía, norma que luego pasa a ser incorporada sistemáticamente al ordenamiento civil catalán en el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Código Civil de Cataluña. La regulación en todos los casos se inspira en la idea de evitar los aspectos puramente conminatorios de este instituto, para lo cual se habilita la posibilidad de proceder a la realización de valor, se definen estrictamente los supuestos aplicables y se permite con gran generosidad la facultad de sustitución de la medida. Se aprecia también en los últimos tiempos, una prudente tendencia a ampliar su ámbito de aplicación. Así, si bien la Ley 22/1991 de garantías posesorias, sólo reconoció la posibilidad de la aplicación de este derecho respecto de los bienes muebles y excluyó expresamente la extensión a las impensas útiles —constriñendo por tanto el ámbito de aplicación que anteriormente el CC tenía previsto—. La Ley 19/2002 de derechos reales de garantía, que se reproduce actualmente en el Libro V del CCC, hizo posible su extensión a los primeros, permitiendo también su aplicación no sólo a las impensas necesarias sino también a las útiles. La nueva ordenación del derecho de retención procuró también remarcar el carácter de derecho real del derecho de retención, haciéndose extensiva su regulación a cualquier tipo de mejora y suprimiendo la exigencia contenida en la precedente regulación, de que quien transmitiese los bienes fuese poseedor legítimo de los mismos, previsión que sin embargo ha dado lugar a un auténtico rompecabezas para la doctrina y jurisprudencia.

El derecho de retención se configura, así, en el derecho catalán, como un derecho real de garantía (art. 569-1 CCC), oponible *erga omnes* (arts. 569-2.1.a y 569-6 CCC) y que faculta a su titular para realizar el valor del bien (arts. 569-7 y ss. CCC), aplicando el precio obtenido en la realización del bien "a las reglas generales sobre prelación de créditos", que no son otras que las de los arts. 1921 y ss. CC y los arts. 89 y ss de la Ley Concursal. Por otra parte, si bien se ha extendido su ejercicio a los bienes inmuebles, se han limitado en gran medida los supuestos de aplicación. Como señala PUIG I FERRIOL (2007, p. 756): "El dret de retenció sols per 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 dret reals de garantía. 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 garantía o una fiança solidaria 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".[9]

[9] El derecho de retención sólo puede garantizar aquellas obligaciones que tienen su origen en relaciones jurídicas, que según el criterio del legislador, merezcan una protección especial, ya que podrían provocar un posible

Reviste en particular especial importancia la *sustituibilidad de la medida* a la que luego nos referiremos y de la que se ocupa extensamente el CCCat. Se confiere, al deudor o propietario la facultad de imponer al retenedor la sustitución de la cosa retenida por otra garantía real o por la financiación solidaria de una entidad de crédito que llegue a cubrir el importe de la deuda que va a generar la retención más un 25%. Este es un aspecto muy importante como veremos, al preverse, en principio como el principal instrumento para compensar la arbitrariedad en el ejercicio de este derecho.

Otro aspecto de gran interés es la regulación de las *facultades de realización del valor de los bienes retenidos* en el art. 569-7 y ss. Se posibilita en dichos preceptos que la ejecución se pueda llevar a cabo por enajenación directa o por subasta pública notarial; así, siempre que en los dos meses siguientes a la notificación notarial de la decisión de retener no haya habido oposición judicial, el retenedor puede instar la ejecución extrajudicial.

> POZO CARRASCOSA pone de relieve la coincidencia existente entre la enajenación directa del CCCat y la posibilidad de "*realización privada*" que contempla la LEC (DEL POZO CARRASCOSA, 2008, p. 436). Se ha de precisar, sin embargo, que las previsiones contenidas en el CCCat encuentran, una semejanza mayor con la realización por tercero del art. 642 que con la realización privada del art. 641 de la LEC, si bien, a diferencia de la legislación catalana, en la regulación de la LEC, promovida la realización por tercero, por el ejecutante o por el deudor con la conformidad de aquel, siempre que el precio fijado sea superior al 70% del valor de tasación, ésta se llevará a efecto pese a la falta de conformidad de las partes en las condiciones en que deba tener lugar.[10] Contrariamente los artículos 569-7 y 569-8 del CCCat abocan necesariamente a la subasta pública para el caso de falta de acuerdo de los interesados.

La regulación de *la subasta, tanto de bienes muebles como inmuebles, presenta numerosos problemas*, siendo el mayor de ellos el de la fijación del tipo. Así, respecto de los bienes muebles, el procedimiento es semejante al previsto en el artículo 1872 del Cc., que adopta el sistema de doble subasta, y en el que el acreedor como consecuencia de la prohibición del pacto de "*lex comisaria*" sólo podrá adjudicarse el bien dando carta de pago por la totalidad del crédito. Sin embargo, a diferencia de la legislación estatal en que la subasta se celebra a la llana, en el sistema del CCCat se dispone que el tipo deba ser cuando menos igual al importe de las obligaciones que han originado la retención más los gastos previstos para la enajenación y la entrega del bien. Por excepción, puede establecerse como tipo el importe que resulte de un peritaje técnico aportado

---

empobrecimiento del retenedor que no se encuentre justificado por la sola relación existente entre el bien objeto del derecho de retención y la obligación que ha incumplido el deudor. El derecho de retención sólo se puede constituir para garantizar un crédito existente y exigible para el cual el legislador ha previsto esta modalidad de garantía de los derechos reales.

[10] De forma similar a como la venta privada del DCFR [—no así la subasta privada— requiere, como regla general, el acuerdo de acreedor y garante —art. IX.-7:211 (2) DCFR—, y el convenio de realización de la LEC el de ejecutante y ejecutado —art. 640.3 LEC—]; ambos pueden pactar que la enajenación se lleve a cabo por cualquiera de los dos o por una tercera persona (art. 659-7.2 CCCat). A falta de tal acuerdo, el retenedor puede recurrir a la subasta notarial (que se regula en el art. 659-7.3 CCCat); el equivalente de ésta en el DCFR es la subasta pública a que alude el art. IX.-7:211, (GÓMEZ CALLE, 2007, p. 70).

por los retenedores, si es más alto que el anterior, pero esto sólo será posible cuando se inste por el acreedor. Tales previsiones no se acomodan a la naturaleza de los bienes muebles que suelen ser objeto de retención, generalmente bienes de equipo que tienden rápidamente a la obsolescencia y en el que la mayoría de los casos, el crédito resulta muy superior al precio final que se pueda obtener por los mismos.

Por el contrario, tratándose de bienes inmuebles, lo normal resultará que el valor del bien retenido sea superior al crédito dando lugar a la desproporción de la medida. Esta circunstancia tiene también otras implicaciones a la que nos referiremos a continuación, siendo uno de los límites que se ha de tener en cuenta para la constitución de este derecho. Cabe anticipar ahora, que quizás hubiera sido más correcto, una previsión semejante a la contenida en el artículo 93 de la Ley Hipotecaria, que prevé la conversión de la anotación preventiva del crédito refaccionario en hipoteca legal. Sea como fuere, se echa de menos una adecuación de sus previsiones a los cambios legislativos llevados a efecto en los últimos tiempos como consecuencia de la crisis económica para la subasta de la vivienda habitual, de modo similar al llevado a cabo por el Decreto-Ley 6/2012, de 9 de marzo, de Medidas Urgentes de Protección de Deudores Hipotecarios sin Recursos.

La normativa catalana prevé además un régimen especial para la *retención de bienes muebles de poco valor*. En este caso el retenedor puede realizar el valor del bien "disponiendo libremente" del mismo (art. 569-10.3 CCCat), expresión que se considera comprensiva tanto de una disposición material (deshacerse materialmente de ella), como de una disposición en sentido jurídico (enajenación gratuita u onerosa).[11]

> Dentro de nuestro país, el derecho de retención mobiliaria aparece regulado tanto en el ordenamiento estatal como en algunos autonómicos (concretamente, en la Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra y en el CCC). La regulación estatal es de carácter casuístico y fragmentario, y se encuentra repartida entre el CC (arts. 453, 464.II y III, 502 y 522, 1747, 1866.II y, para algunos, también los arts. 1600, 1730 y 1780; además hay que tener en cuenta la remisión que hacen a estos preceptos otros, como los arts. 1783, 1892 ó 1898 CC), el CCo (arts. 276, 704, 842 y 868, respecto de varios de los cuales se discute la verdadera naturaleza del derecho de retención que consagran) y alguna ley especial [art. 5.3 Ley 40/2002, de 14 de noviembre, reguladora del contrato de aparcamiento de vehículos (BOE núm. 274, de 15.11.2002)]; salvo por la última incorporación de un derecho de retención en la LCAV, se trata de una normativa que no ha experimentado cambio alguno. Como luego se expondrá, pese al carácter fragmentario de esta regulación, su incardinación dentro del marco de la doctrina general de la posesión ha determinado, sobre todo tratándose de impensas, una tendencia irrefrenable a extenderse a otros supuestos, por lo que el *númerus clausus* es más aparente que real. Como luego se verá, esta situación del derecho estatal es el punto de partida de la regulación catalana por la Ley 11/1992, de 29 de noviembre, que pretendió constreñir dentro de sus estrictos límites el ejercicio de este derecho, y facilitar la sustitución de la medida.

5. Ámbito material del derecho de retención en la codificación civil de Cataluña

[11] En este sentido POZO CARRASCOSA *et al.* (2008, p. 443).

El CCCat prevé tres supuestos generales de carácter general a los que es aplicable el derecho de retención, para la restitución de los gastos de conservación, el resarcimiento por los daños causados en la entrega de la cosa y los créditos refaccionarios, junto a uno accesorio, los intereses de aquellos otros, y otro residual, cualquier otro establecido en la ley. Hecha excusión de estos dos últimos, centraremos del objeto de nuestro estudio en los tres primeros, abordando a continuación el ámbito del ejercicio de este derecho en relación a cada uno de dichos supuestos:

a) *Reembolso de las impensas útiles y necesarias*. Esta posibilidad, es semejante a la reconocida en la legislación civil estatal en el artículo 453 del Cc. Inicialmente, sin embargo, la Ley 22/1991, a diferencia de la legislación estatal, preveía que el ejercicio del derecho de retención únicamente se extendiese a los gastos estrictamente necesarios para la conservación del bien, y no es sino posteriormente, cuando la Ley 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía procederá a modificar el artículo 4.1 de la Ley 22/1991, en el sentido, de hacer extensivo el derecho de retención para el "rescabalament de les despeses útils", pero siempre que en todos los casos, tanto mejoras útiles como necesarias, haya un derecho a reclamar el reembolso de aquellos gastos.[12] La actual redacción del CCCat también ha modificado en parte el artículo 569-4 a), en el sentido, de que solo se permite constituir el derecho de retención por dichas impensas si hay derecho a reclamar al reembolso de esos gastos. BARRADA ORELLANA (2003, p. 185) explica tal precisión como una exigencia añadida en orden a excluir aquellos gastos, que aún teniendo el carácter de gastos de conservación o gestión o resultando gastos útiles, deba soportarlos el propietario. Así sería el caso del usufructuario, quien no podrá constituir el derecho de retención por los gastos de reparación ordinaria de las cosas dadas en usufructo. Entiendo, sin embargo, que no es ésta la interpretación correcta de la norma, y esto, tanto si atendemos a un criterio sistemático como a los antecedentes de la misma. El art. 4.1 a) de la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, incluía en el artículo 4 como supuesto: "*el resarcimiento de los gastos necesarios para la conservación y gestión de la cosa*", sin referencia a que exista derecho o no reclamar su reembolso. Sin embargo tal previsión fue modificada por la Ley de Derechos Reales de Garantía de 2002, haciendo extensivo el derecho de retención a los gastos por impensas útiles, y exigiendo respecto de ambos la existencia de una expresa previsión al respecto, y es así, que si bien respecto de los gastos necesarios tal interpretación tiene sentido, —pues respecto de estos cabría discriminar los que puedan corresponder a una y otra parte—, carece de sentido respecto de los gastos útiles en el que esta precisión resulta redundante sobre todo si atendemos a los antecedentes legales de la norma.[13]

[12] Tales previsiones no son aplicables a la retención por deudas originadas con posterioridad a la constitución del derecho de retención. Respecto de estas últimas, el artículo 569-6.2 sólo reconoce la posibilidad de hacer extensiva a aquellas respecto de las impensas necesarias. Esta restricción resulta justificada porque entre las facultades que se derivan del derecho de retención difícilmente encajan las de mejorar el bien retenido. En último término no podría originar sino dificultades innecesarias al propietario del bien que quiere poner fin al derecho de retención. Véase PUIG I FERRIOL (2007, p. 757), en este mismo sentido BARRADA ORELLANA (2003, p. 188).

[13] Con anterioridad a la reforma de 2006, se estimaba que, a falta de una previsión expresa, no resultaba posible hacer extensiva esta garantía a los gastos causados con posterioridad a la constitución del derecho real de garantía, haciéndose precisa la constitución de un nuevo derecho de retención, y por consiguiente, se hacía necesaria una nueva intimación al deudor para hacer frente a los nuevos gastos causados (véase Barrada

Por otra parte, como luego trataremos detalladamente, mientras que en el derecho civil estatal la distinción de las impensas con los gastos refaccionarios se explica por la figura del *servidor de la posesión*, este criterio carece de sentido en el ordenamiento jurídico catalán en el que es presupuesto del derecho de retención la posesión de buena fe, no siendo bastante la mera detentación de las cosas. Más bien parece, que tal previsión debe interpretarse en el sentido, que la misma no supone sino una norma de reenvío de este marco normativo a cualquier otro supuesto legal en el que se acoja expresamente la constitución de este derecho por razón impensas. Tal sería el caso del artículo 561-16-4 para el usufructo, el del artículo 426-47-1 a) para el fiduciario o el de los arts. 542-5, 542-6 y 542-7 para el caso de accesión.[14]

Por consiguiente, es claro que a diferencia del ordenamiento civil estatal "estamos ante un supuesto de *númerus clausus*, de necesaria configuración legal, que constriñe enormemente la posibilidad de constitución del derecho de retención para el supuesto de impensas sobre la cosa". Esta explicación se adecúa mejor también a la consideración fáctica de la posesión como voluntad aparente de ostentar la titularidad de un derecho, tal como se consagra en el artículo 521 del CCCat. Todo ello impone circunscribir el ámbito de la posesión con referencia al derecho real cuya posesión se ostenta, exigiendo también una norma de reenvío al marco jurídico de aquel

---

Orellana, Reyes, 2003, p. 190). Con mejor criterio, el vigente art. 569.-6.2, al tratar del deber de conservación del bien retenido, permite la repercusión de los gastos causados por tal razón, pero limitando tal posibilidad de repercusión a las impensas necesarias para la conservación, con exclusión por tanto de las útiles que pueda haber llevado a efecto el retenedor (PUIG I FERROL, 2007, p. 771). En todo caso, como indica Lucas Esteve, la aplicación del precepto se ve condicionada por la concurrencia de un requisito objetivo como es el que los daños se hayan ocasionado en la misma cosa, con exclusión por tanto de los daños ocasionados por la negligencia en la retención del propio retenedor o de una tercera persona, y también por la concurrencia de un requisito subjetivo, en el sentido, que los daños se han de haber causado al retenedor y a la vez poseedor del bien, (LUCAS ESTEVE, 2002, pp. 1011-1039).

[14] El art. 278 de la Compilació, en concordancia con su precedente el Usatge "si quis in alieno", contemplaba la accesión desde quien edifica, planta o siembra en suelo ajeno, a diferencia del Código civil que, en su art. 361, la contempla desde el propietario del terreno. Las soluciones de ambos textos son también diferentes por cuanto el Código civil otorga a dicho propietario un derecho de opción o potestativo entre adquirir lo construido con abono de los gastos y vender el terreno en que se construyó, siempre que se haya construido de buena fe, mientras que la Compilació, en este caso, determinaba la pérdida de lo construido y su adquisición por el propietario del terreno con derecho de retención del edificante hasta el pago de los materiales y jornales, (véase STSJC 9.12.2004 (10716/2005, MP Vidal Andreu). Respecto de este supuesto, el actual artículo 542, restringe la posibilidad de su ejercicio, a su vez por la exigencia del requisito de la condición de buena fe del poseedor, lo cual determina la exclusión en los casos de accesión invertida de mala fe, STSJC de 8.05.2003 (Roj STSJ Cat 5581/2003, Pui i Ferriol), señalando por su parte STSJC 19.02.2004, (Euder 44330/2004, MP Vidal Andreu) con cita en el usatge "*si quis in alieno*" que considera constructor de mala fe al que edifica en tierra de otro contra la voluntad del señor (Libro VII, Título I, Constitució única, del Volumen 1º de las Constitucions i altres drets de Catalunya) y concluyendo que, por ello, "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). Dichas resoluciones niegan igualmente, que se pueda atribuir el derecho de retención si no se demanda la posesión de la finca sobre la cual se ha hecho las construcciones. Para los casos de mala fe sobrevenida véase la STSJC de 1.03.2003.

derecho. Podría parecer que esta remisión vacía de contenido en gran medida, la aplicación del supuesto residual del artículo 569-4 e), pero si bien el contenido del precepto está pensado en orden a las impensas, como prototipo de cargas *propter rem*, no excluye totalmente la aplicación a otros supuestos. Tal sería el caso del derecho del art. 426.48 respecto del fiduciario con fundamento en los apartados c) y d) del artículo 426, (si bien debe precisarse que en tal caso el derecho de retención, presenta unos caracteres específicos al referirse no sólo a un bien sino a todo un patrimonio, lo que le diferencian enormemente del resto de los supuestos contemplados en el CCC).

b) *El resarcimiento de los daños causados en la cosa al tiempo de la entrega*. El art. 569-4, que mantiene la redacción contenida en el artículo 4.1 b) de la Ley 22/1991, se refiere al supuesto del "resarcimiento de los daños causados por razón de la cosa a la persona obligada a la entrega". Lo más oscuro del supuesto es el alcance de la vinculación del daño causado al hecho de la entrega. BARRADA ORELLANA (2003, p. 199) estima que aunque el precepto, se refiere exclusivamente a los daños, ha de entenderse que la garantía se extiende también al pago de cualesquiera otros perjuicios que el retenedor pueda sufrir sobre la misma cosa como disminución patrimonial que deba ser reparada. En todo caso, debería de tratarse de un perjuicio derivado del hecho de la tenencia de los bienes con exclusión de cualquier otro causado dentro del marco propiamente obligacional. En este sentido, no cabe hacer extensiva dicha acción al ejercicio de una acción redhibitoria, porque el resarcimiento de aquellos perjuicios se deriva de la obligación de entrega y no del negocio jurídico abstracto de tradición. Por las mismas razones deberían quedar excluidos los supuestos en el que perjuicio se produzca por razón del retraso moroso en la entrega de las cosas.

Parece ser más bien que el supuesto atiende a la existencia de una reparación que si bien surge en el marco contractual o el genérico de la obligación de entrega, resulta extraña al sinalagma funcional de dicha obligación. La propia autora antes mencionada, cita el caso del artículo 1752 del CC, el cual responsabiliza al comodante de los daños sufridos por el comodatario a causa de los vicios de la cosa si, conociéndolos el primero, no hubieran sido puestos en conocimiento del comodatario (BARRADA ORELLANA, 2003, 191). A la misma consecuencia se podría llegar cuando advertidos los vicios por el comodatario y notificada su existencia al comodante —que hasta ese momento no los conociese—, se derive un daño en la persona o bienes del comodatario (art. 1752 en relación 1751 CC). En tal sentido el CC prevé la eventual existencia de un crédito por daños en favor del comodatario, sin embargo no faculta al acreedor para retener por ningún otro concepto (art. 1747 CC). [15] El artículo 569.4 b) CCCat, por el contrario, faculta al poseedor para ejercer el derecho de retención en garantía de los daños producidos por causa de la cosa, pero no por razón de ninguna actividad desplegada por el retenedor en la obra u otro tipo de intereses vinculados al retenedor, sino por razón del perjuicio causado *turpitudinem causa*.

[15] Tal facultad por lo demás se prevé igualmente en la ley 541 del Fueron Nuevo de Navarra que confiere al comodatario la facultad de retener la cosa prestada hasta que el comodante cumpla con la obligación de abonar al comodatario los gastos extraordinarios que la cosa haya causado, e indemnizarle de los daños producidos por vicios de la cosa prestada cuando el comodante los conocía y no los declaró.

c) *El reembolso de los créditos refaccionarios*. El supuesto fundamental, por su alcance y su trascendencia social, es el referido a los gastos refaccionarios, al que se refiere el apartado C del art. 569-4: "La retribución de la actividad realizada para confeccionar o reparar el bien, si previamente ha existido, en caso de muebles, un presupuesto escrito y aceptado y, en caso de inmuebles, un acuerdo expreso entre las partes, y si, en ambos casos, la actividad se adecua al presupuesto o al pacto". Tales previsiones, si se comparan con el ordenamiento civil estatal, limitan en gran medida la discrecionalidad del acreedor para la retención de los bienes muebles, exigiendo una correcta correlación con lo pactado. Téngase presente, que la tendencia en esta materia en el Código Civil es la de hipertrofiar el gasto en virtud de la habilitación conferida por el artículo 1593 y la generosísima interpretación que de dicho precepto ha hecho la jurisprudencia, todo cual le ha hecho campo abonado para los aspectos conminativos proscritos en gran medida por la legislación catalana (SABATER BAYLE, 1989, p 285 y ss). Ciertamente el ordenamiento civil estatal sólo prevé la posibilidad de proceder a la retención para hacer efectivo el pago de créditos refaccionarios, respecto de los bienes muebles, quedando excluidos implícitamente los bienes inmuebles.[16] Pero, si bien el Cc ha excluido la posibilidad del ejercicio del derecho de retención respecto de créditos refaccionarios sobre bienes inmuebles, ha admitido, sin embargo, la posibilidad de constitución unilateral de una anotación registral para asegurar el pago de esta clase de créditos. En tal sentido, el artículo 42.8 de la vigente Ley Hipotecaria reconoce al acreedor refaccionario el derecho a pedir anotación preventiva "mientras duren las obras que son objeto de refacción". Este precepto, se desarrolla por lo dispuesto en el art. 93 de la LH que de forma paralela a lo que ocurre en la ordenación civil catalana, permite al acreedor refaccionario pedir la conversión de su anotación preventiva en inscripción de hipoteca. A su vez el artículo 166.7ª del Reglamento Hipotecario, exige para la conversión de la anotación del crédito refaccionario en hipotecario, la necesidad de que en la anotación del crédito refaccionario se indique brevemente la clase de obras que "se pretende ejecutar".

Sin embargo, este derecho del contratista en el ámbito del ordenamiento jurídico estatal se encuentra enormemente limitado al contraerse al caso de que sea el contratista quien adelante los gastos objeto de refacción. Ciertamente la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha realizado una interpretación extensiva de lo dispuesto en el artículo 42.8 de la Ley Hipotecaria al objeto de hacer extensiva la reclamación no sólo a los supuestos de adelanto de cantidades, sino de modo amplio y comprensivo a los adelantos que el contratista ha de hacer para ejecutar la obra, siendo el término "cantidad" una referencia a la valoración y determinabilidad a que alude el artículo 1273 del Código Civil, interpretación que según la resolución de la DGRN de 10.10.2011, (BOE 29/12/2011), se fundamentaría en el artículo 60 de la Ley Hipotecaria que se refiere al "dinero o efectos en que consistan los mismos créditos". La aplicación de estos preceptos, en el ámbito del

[16] Cabría pensar que a la misma conclusión podría llegarse mediante la aplicación de las previsiones que para la restitución de las impensas útiles y necesarias el artículo 453 prevé en favor de poseedor de buena fe. Sin embargo, el Tribunal Supremo ha excluido tal equiparación al entender que el contratista carece en principio de la condición de poseedor al tratarse un simple servidor de la posesión que ejerce no en beneficio propio sino del *ius possidendi* que ejerce el dueño de la finca.

derecho común, resulta verdaderamente residual al existir una enorme discrecionalidad a la hora de la fijación de los gastos, lo cual resultaba contrario a la fe pública en la que se amparaba la constitución de este tipo de garantías.

Contrariamente a estas obsoletas previsiones, el ordenamiento civil catalán hace una apuesta decidida por el derecho de retención en sede de bienes inmuebles, si bien sometiendo el ejercicio de este derecho a límites de orden formal muy estrictos. En concreto, el artículo 569 prevé la posibilidad de ejercitar el derecho de retención para la retribución de la actividad realizada para confeccionar o reparar el bien, si previamente, en el caso de muebles se ha dado un presupuesto escrito y aceptado y en el caso de inmuebles un acuerdo expreso entre las partes, y si en todos los casos, la actividad se adecúa al presupuesto o al pacto. Para la constitución del derecho de retención en este caso el artículo 4-1 de la Ley 22/1991 exigía que el retenedor haya realizado una actividad por encargo del poseedor legítimo del bien retenido. Esta previsión fue suprimida por el artículo 5.c) de la Ley 19/2002 y finalmente por el artículo 569-4 c) del CCC. La doctrina, véase ABRIL CAMPOY (1994, p. 1914), incluso con anterioridad a la reforma del año 2002, no exigía una acabada acreditación de la condición de poseedor siendo bastante, que presentase exteriormente una apariencia de legitimidad. En opinión de MEDINA ORTIZ (2006, p. 351), con este precedente se podría pensar que si el derecho de retención sobre bienes muebles presupone conforme al artículo 464 una relación de titularidad en quien hace el encargo, parecería lógico que el derecho de retención sobre bienes inmuebles exigiese también que la persona que hacía el encargo ostentase de algún otro modo también la titularidad sobre el bien retenido, estimando que otra interpretación sería contraria a las exigencias de la buena fe. En realidad como hemos venido señalando, el enriquecimiento injusto, en que se ampara el derecho de retención, es extraño a la titularidad de los bienes y atiende tan sólo al traslado posesorio que en el derecho catalán es eminentemente fáctico. En tal sentido, para PUIG I FERRIOL (2007, p. 759) se ha de entender que dicha prevención subsiste tácitamente, ya que si el derecho de retención solo se otorga al poseedor de buena fe, según el artículo 569-3, no se puede atribuir tal condición a quien ha recibido la posesión del bien, consciente de que el encargo lo ha recibido de una persona no legitimada para contratar la actividad que origina el crédito que se quiera garantizar con el derecho de retención. Debe tenerse presente, que frente a la convicción de carácter ético de la buena fe postulada por cierto sector de la doctrina (DIEZ-PICAZO, 2008, p. 665), el derecho catalán adopta una postura fundamentalmente psicológica de la noción de posesión de buena fe.[17] Así, si el artículo 521-7, define la buena fe del poseedor como "creença justificable de la titularidad del dret", es evidente que faltando esta convicción en quien transmite la cosa no es posible accionar

[17] La posesión de buena fe, va referida al momento adquisitivo y requiere la existencia de un título pero que sea ineficaz y que el poseedor ignore la ineficacia de aquél. Sin embargo, para ROCA I TRIAS esta ineficacia no puede consistir en un simple estado psicológico, sino que se habrá de fundamentar en la existencia de un título putativo o nulo, esto es un título que presente externamente una apariencia de legalidad. Para dicha autora, el Código Catalán no prevé la posibilidad de la existencia de buena fe sin título, en realidad el código catalán prevé esta situación y a pesar que puede producirse, no tendrán ningún efecto jurídico, y que esta posibilidad no se prevé en uno de los efectos más importantes como es el relacionado con la liquidación de la situación posesoria. Podrá servir para exonerar al poseedor de las consecuencias de la pérdida de la cosa poseída, previstas en el artículo 525-1, (ROCA I TRIAS, 2007, p. 83).

el derecho de retención.[18] Por el contrario, cuando se ostenta externamente esta condición y las personas de quienes procedan los bienes no tuviesen poder de disposición suficiente, se ha de estimar que recibiéndose este a título oneroso, como es propio de los gastos refaccionarios, el derecho de retención debe entenderse consolidado conforme a lo previsto en el artículo 522-8 del CCC. Tal transmutación del hecho posesorio no se produce por ningún título traslativo derivado, sino en virtud de su carácter de derecho real de constitución legal que es propia del derecho de retención.[19] A estos efectos es decisiva la eficacia *erga omnes* que el art. 569-6 CCC predica del derecho de retención. Este precepto permite a los retenedores "negarse, incluso ante terceras personas, a restituir el bien hasta que no se les hayan pagado totalmente las deudas que originaron la retención", previsión que sólo cabe entenderse desde la transmutación posesoria que sufre la mera tenencia de las cosas cuando el detentador de buena fe ejercita su derecho. Así para LUCAS ESTEVE, el derecho de retención, que necesariamente es de origen legal, se constituye de forma unilateral e independiente a la voluntad del dueño del bien, por lo que a tales efectos es irrelevante que quien entregue la cosa al deudor no sea su propietario o no tenga su libre disposición; ello comporta una importante diferencia con las garantías convencionales, como la prenda (art. 569-13.1.b CCC, en línea con lo dispuesto por el art. 1857.I.2º y 3º CC), (LUCAS ESTEVE, 2007, p. 235).

El ejercicio del derecho de retención sobre créditos refaccionarios se ve sometido a *requisitos formales estrictos*, exigiendo además la existencia de un presupuesto escrito y aceptado en el caso de bienes muebles, o de un acuerdo expreso entre las partes en el caso de inmuebles. Según el precepto comentado, el presupuesto ha de constar por escrito, mientras que no se exige el mismo requisito para la aceptación, que en su caso se podrá acreditar por los medios de prueba que el retenedor tenga a su alcance. Por otra parte en el caso de bienes inmuebles, el acuerdo se exige únicamente sea expreso, pero sin exigir un requisito de forma especial. Para PUIG I FERRIOL, (2007, p. 759) el entendimiento del requisito del presupuesto o del acuerdo y la exigencia de una aceptación ha de interpretarse en relación a la finalidad de aquel, que no es otra que la de permitir fiscalizar la adecuación de la actividad realizada al presupuesto o al pacto. Por su parte para MIRALLES GONZÁLEZ (1992, p. 714) la configuración del presupuesto o del pacto ha de entenderse como una carga impuesta por la ley al retenedor que justifica, que si la persona que se va a encargar de la actividad renuncia en su momento a la presentación del presupuesto o no considera necesario el acuerdo expreso, en tales casos el poseedor del bien no podrá imponer posteriormente la constitución del derecho de retención.

La previsión de un presupuesto escrito o de un acuerdo expreso y la adecuación de aquel a la

[18] El derecho catalán plasma desde un punto de vista técnico-jurídico, la noción que en el Código Civil se manifiesta en su aspecto negativo en la ignorancia de de que en su título o modo de adquirir existe vicio o defecto que lo invalide, (art .433 CC), o en el aspecto positivo en la creencia de que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella y podía transmitir el dominio, (art. 1950).

[19] Dispone el citado precepto: "L'adquisició de la possessió d'un bé moble de bona fe i a títol onerós comporta l'adquisició del dret en què es es bassa el concepte possessori, encara que els posseïdors, anterior, no tinguessin poder de disposició suficient sobre le bé o el dret".

actividad realizada, no puede ser más conveniente, atendida la generosidad con la que la jurisprudencia, ha venido amparando cualquier revisión unilateral por el constructor de los precios al amparo de eventuales modificaciones del proyecto de obra (véase SAVATER BAYLE, 1993, p. 1973 y ss.). Téngase presente que con fundamento en lo dispuesto en el art. 1593 la jurisprudencia ha aceptado la existencia de una inversión de la presunción contraria a la novación contractual (art. 1203 Cc), estimando que el principio de invariabilidad del precio contratado para una determinada obra, como precio tasado por ajuste alzado, no ha de aplicarse a obras no presupuestadas, que representan un incremento real, cambio o adición al proyecto primitivo -lo que se conoce como aumento de obra-, cuyo pago corresponde a quien encarga las mismas, las autoriza o simplemente las consiente recibiéndolas o aceptándolas con independencia de que sea a plena satisfacción del comitente, (véase las 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). Y es que la interpretación del requisito de autorización dada al artículo 1593 por la jurisprudencia, lo ha sido de forma tan relajada que ha determinado sino su exclusión, cuando menos una inversión de la regla general, (GUDÍN R.-MAGARIÑOS, 2011, 153).

> De este modo, no solo se admite una autorización verbal, véanse las ya antiguas (SSTS, sala 1ª, de 13.3.1971, 26.12.1979 y 31.1.1967), sino que esta incluso puede sobrentenderse tácitamente de la interpretación del contenido de las clausulas contractuales, atendiendo a los actos de las partes, coetáneos y posteriores al contrato, art. 1282 Cc. Véanse las SSTS, sala 1ª, 30.11.2004, MP Rafael Ruiz de la Cuesta Cascajares; 20.03.2001, MP Jose Manuel Martinez Pereda Rodriguez; 16.09.1986, MP Santos Briz). Es más, la jurisprudencia ha entendido que el requisito de la previa autorización se cumple de modo razonable con el conocimiento sin oposición a la ejecución de las obras, (SSTS, 1ª, 3.07.1990, MP Martinez-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. Albacar Lopez), lo cual incluso se da por sobrentendido salvo prueba en contrario, STSS 1ª, de 10.06.1992, MP: Fernandez-Cid de Telmes y de 19.10.1995, MP T. Ortega Torres.

6. Limites al ejercicio del derecho de retención en el derecho civil catalán

El ejercicio del derecho de retención como garantía anterior al proceso presenta una apuesta bastante arriesgada. A nadie se le escapa el despropósito que supondría ver nuestro domicilio o los medios necesarios para el ejercicio de nuestra profesión expuestos a pública subasta, por el hecho de un desacuerdo sobre el impago de unas obras de mejora de nuestro inmueble. Se hace estrictamente necesaria una interpretación adecuada de estos preceptos, y en esta línea se mueven los derroteros de los últimos pronunciamientos jurisprudenciales.

Siguiendo el esquema trazado anteriormente en orden a la limitación del este derecho cabría distinguirse las siguientes prevenciones que deberán de ser tenidas en cuenta para impedir el ejercicio arbitrario de este derecho.

6.1. Límites derivados de la finalidad de la acción ejercitada: la buena fe y la proporcionalidad

en relación al daño causado

Respecto de este particular, tampoco existe una especial previsión, y dadas el escaso desarrollo de las previsiones generales sobre buena fe y abuso de derecho en el libro I, así como la falta de un acervo jurídico propio dado el carácter novedoso del derecho civil catalán, la aplicación de este criterio ha de partir de los principios generales del derecho sobre el que se asienta el CCCat. Así para GÓMEZ CALLE (2011, p. 21), estas previsiones de buena fe y proporcionalidad vienen determinadas de forma negativa por la extensión de la subsidiariedad de este derecho, atendida la posibilidad de su sustitución por otra garantía real o por el afianzamiento solidario ante una entidad de crédito (art. 569-11 CCC); en este dato también se ha visto (BARRADA ORELLANA, 2008, pp. 1787 y 1788) un argumento para sostener que si el crédito se encontrase desde un principio suficientemente cubierto por otra garantía, no podría constituirse un derecho de retención para asegurarlo.

Partiendo de estas premisas, para GÓMEZ CALLE (2011, p. 27), la excepción de buena fe se manifiesta en dos aspectos la imposibilidad del ejercicio de este derecho cuando la finalidad única del ejercicio del derecho es hacer daño a otro y la necesidad de proporción entre el interés en su ejercicio y el interés que se daña al ejercitar este derecho.

a) *Exclusión de los aspectos puramente coercitivos***.** Como ha quedado indicado el derecho de retención se configura ante todo en el CCCat como una facilidad conferida al acreedor para la realización anticipada de su derecho, postergando como queda dicho los aspectos coercitivos, que pasan a tener un carácter subsidiario frente a la finalidad de resarcimiento primario. Nos encontramos ante una garantía, previa, predefinida por la ley, vinculada a razones de justicia particular por razón de la especial vinculación que la deuda guarde en razón al incremento de valor o la evitación de un perjuicio sobre aquella. Sin embargo, el hecho de su carácter preconstituido y puramente voluntarista puede no ajustarse a las necesidades del tráfico jurídico, pudiendo dar lugar a situaciones inicuas. Estos límites se manifiestan cuando la única finalidad del ejercicio del derecho se dirige a una finalidad distinta a la realización de valor. Como hemos visto el derecho catalán excluye la utilización de este instrumento jurídico con fines meramente conminativos, encontrándose preordenado a la satisfacción anticipada del derecho del acreedor. Tal es el caso de la SAP Barcelona, Sec. 13ª, 6.04.2011, MP, Gomis Masqué), la cual se refiere al supuesto de la retención de los libros de contabilidad por parte de un asesor contable a quien no se le habían satisfecho los trabajos de asesoramiento fiscal y contable realizados. El demandado opuso entonces la existencia de un derecho de retención previsto en el artículo 1600 del Cc. La oposición fue desestimada por la falta de acreditación documental de la deuda reclamada y el incumplimiento de las previsiones establecidas en el Código Civil de Cataluña en orden a la formalización del derecho de retención. En el caso indicado, como la propia sentencia reconoce, los libros de contabilidad carecían en sí de un valor económico, por lo que la retención de aquellos, a juicio de la sala, no se hallaba preordenada a la garantía de una deuda, sino únicamente a la virtualidad conminativa que es extraña a la finalidad de tal tipo de garantías en el Código Civil de Cataluña. Según la sentencia, desde la perspectiva del legislador catalán tal como ha sido configurado el derecho de retención en Cataluña, ninguna virtualidad puede tener la retención de los libros en orden a hacer efectivo con su importe las cantidades reclamadas.

Parece por tanto extraña a los principios de orden público del derecho catalán una pretensión de retención intrínsecamente carente de un valor pecuniario.[20]

b) *Proporcionalidad*. El derecho de retención, a diferencia del resto de garantías, no atiende tan sólo a la finalidad de autosatisfacción de un interés sino también de evitar un enriquecimiento injusto de la contraria. Esta situación de riesgo, que en el proceso cautelar queda circunscrita a través de los conceptos de apariencia de buen derecho y de riesgo de demora, en el caso, del derecho de retención queda constreñida a una serie de situaciones de hecho definidas *ex ante* por el propio legislador. Pese a venir predefinidas legalmente, no se debe desconocer y dejar de valorar cada situación de riesgo, al objeto de evitar una carga para la contraria que no guarde proporción con el riesgo que se pretende evitar. Lo propio del derecho de retención es la previa configuración legal del supuesto, que implica de suyo una inversión de la posición jurídica de las partes, siendo el titular del bien retenido el que debe soportar interinamente esta situación de riesgo. El Código Civil de Cataluña, en contrapartida, admite la posibilidad de oponerse al ejercicio de este derecho y obliga al retenedor a consentir la substitución del bien por cualquier otra garantía ya que según el art. 569-11: "los deudores o los propietarios del bien retenido pueden imponer a los retenedores, mientras disponen del derecho de retención la sustitución de la retención por cualquier otra garantía real por el financiamiento solidario de una entidad de crédito que se estime suficiente". El preámbulo de la Ley 22/1991 justifica tal previsión con fundamento en la finalidad de no prolongar excesivamente una situación que puede resultar abusiva. El mismo preámbulo añade que con este mecanismo se quiere evitar, de una parte, generar la retención y el valor de la misma cosa retenida, y de otra, el perjuicio que podría suponer la retención de objetos integrantes de un determinado proceso de producción.

Ciertamente en la exposición de motivos de la Ley 22/1991 se prevenía como único medio de exclusión de este derecho, su sustitución por otra garantía real o afianzamiento solidario: "con la finalidad de no prolongar excesivamente una situación que puede representar un importante

[20] No existe sin embargo en el derecho catalán una previsión concreta sobre estos particulares como no sea la referencia genérica contenida en el art. 111-7. Sin embargo, como hemos visto, la exigencia de este presupuesto está generalizada en los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno. Ya vimos como en Holanda, sin existir una expresa sobre este particular, resulta uno de los presupuestos fundamentales del ejercicio de este derecho (ZWISTER, 2002, pp. 96 y 97). En Alemania doctrina y jurisprudencia admiten con carácter general que del principio general de la buena fe (§ 242 BGB) se derivan ciertos límites para el derecho de retención, y, particularmente, que éste queda excluido cuando resulte desproporcionado en consideración a la entidad del crédito a garantizar, o cuando el acreedor tiene suficientemente asegurado su crédito. Por su parte la ordenación propuesta por el *Draf Common Frame of Reference*, elaborado por el *Study Group of European Civil Code*, se encuentran también diversas reglas referidas a la ejecución de la garantía que se encuentran inspiradas en el principio de buena fe; en concreto, se impone al acreedor ejecutante que actúe de forma comercialmente razonable y, siempre que sea posible, en cooperación con las personas afectadas [arts. IX.-7:103 (4), IX.-7:212 y IX.-7:216 (c)]. Antes de llegar ese momento, y mientras el acreedor retiene el bien, sus deberes de cuidado respecto del mismo [art. IX.-5:201 (1)] se consideran también expresión del mismo principio. Más allá de eso, la buena fe probablemente podría servir también para justificar que, a instancias del deudor o, en su caso, del dueño del bien retenido, pueda sustituirse el derecho de retención ya constituido por otra garantía igualmente eficaz; con todo, el DCFR no contempla esta posibilidad explícitamente.

perjuicio para el deudor en determinados supuestos de retención se posibilita la sustitución de la garantía del acreedor, manteniendo la integridad de esta garantía. Con este mecanismo se quiere evitar, por una parte, una desproporción excesiva entre el importe de la deuda que genero la retención y el valor de la cosa retenida y, por otra parte, los perjuicios que podría causar la retención de objetos integrados en un determinado proceso de producción". Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el marco normativo del derecho de retención establecido en la Ley 22/1991 era notablemente más estricto que el actual, y como luego tendremos ocasión de exponer, resulta insoslayable la adopción de otras cautelas que permitan evitar la eventual arbitrariedad que pueda representar el ejercicio de este derecho. Esta exigencia de proporcionalidad cabe deducirse implícitamente de los principios generales del derecho que rigen el CCCat, particularmente del espíritu que informa el artículo 546-12, que señala "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 por produir és desproporcionadament elevat amb relació al perjudici que la interferència por causar als propietaris".

La proporción entre la garantía ofrecida y el derecho de retención se muestra particularmente en relación al tipo fijado para la subasta de los bienes que han sido objeto de retención. Establece así el artículo 569-7 c): "El tipo de la subasta debe ser el acordado entre los acreedores y los propietarios. A falta de acuerdo, el tipo debe ser, como mínimo, igual al importe de las obligaciones que han originado la retención más los gastos previstos para la enajenación y la entrega del bien. Sin embargo, puede establecerse como tipo el importe que resulte de un peritaje técnico aportado por los retenedores si es más alto que el anterior". Téngase en cuenta, no obstante, que si bien el precepto reconoce la posibilidad de que el tipo sea mayor y que se pueda presentar un peritaje técnico al efecto para acreditar su mayor valor, tal posibilidad sólo es viable si es instada por los retenedores, no por el deudor. Parece claro, por consiguiente, que aunque no exista una norma que expresamente reconozca este requisito, debiera existir una proporción entre las cantidades reclamadas y el valor de los objetos que deban ser objeto de retención, pues si no fuese así, supondría una iniquidad enorme, el verse privado de un bien y someterse a la realización de aquel por una cantidad que no guarda relación con el valor del bien que sirve de garantía.[21]

6.2. Límites derivados de las exigencias generales del tráfico jurídico de los bienes retenidos

La posibilidad de proceder a la retención de los bienes, viene determinada también por las limitaciones de orden socioeconómico derivadas del destino económico de los bienes. Si el fundamento del derecho de retención es evitar el enriquecimiento injustificado que se deriva del desplazamiento posesorio, se ha de entender que el primer límite viene dado por la necesidad de

[21] Para RIPLEY resulta sorprendente la absoluta limitación de los supuestos en que sería necesaria la suspensión de la ejecución, limitación que se deduce de la expresión "*Només impedeix…*". Para este autor quizás vez hubiera sido conveniente un margen judicial para decidir la suspensión, introduciendo, por ejemplo, el criterio de proporcionalidad, ausente, sorprendentemente, en toda la Ley. Contrariamente, entiendo que este criterio de proporcionalidad, se encuentra implícito en la norma, tanto si atendemos a un criterio histórico del origen del instituto catalán como a la regulación sistemática de sus preceptos, (RIPLEY, 2004, p. 6).

ponderar ese posible enriquecimiento en relación a los procesos productivos de interés general. La desproporción en el ejercicio de este derecho se manifestaría así, como una expresión del ejercicio antisocial del derecho (art. 3.2 del Código Civil estatal) y de la función social de la propiedad (art. 33.2 de la Constitución). Cabe en tal sentido, hacer extensivo al derecho de retención las limitaciones establecidas para el embargo de bienes. Así lo entiende como hemos visto el derecho holandés en el artículo 6.54. Las razones para hacer extensiva las limitaciones establecidas en orden al embargo de bienes, son en el derecho catalán si cabe, tanto o más poderosas que en aquel, atendido el carácter de garantía preconstituida que presenta la retención de bienes y las facilidades existentes en orden a la realización anticipada de los bienes del deudor. Existe por tanto una similitud mayor con el embargo ejecutivo, que la simple conducta obstructiva existente en el ordenamiento jurídico holandés.

Nuestro ordenamiento procesal, dedica a estos aspectos, la sección 3ª del Título IV, Capítulo III del libro III de la LEC, arts. 605 a 613, referidos a la inembargabilidad de los bienes, pero aparte de aquellas previsiones, se contiene a lo largo de todo su articulado diversas prevenciones, que afectan tanto a la existencia como a la prelación de este derecho. Particularmente debieran de ser tenidos en cuenta, los aspectos relativos a la prelación, que en el derecho catalán representan la mayor importancia atendida la posibilidad de concurrencia de varios títulos posesorios (art. 521-4.1), sólo limitados por la compatibilidad de los diversos usos aplicables a los mismos.[22]

a) *Limitaciones derivadas del traslado posesorio*. El artículo 626 establece importantes limitaciones al traslado posesorio en orden al embargo de bienes. En el mismo se contienen tres reglas fundamentales que se inspiran en la preservación de la situación posesoria de los bienes embargados y que deben de completarse con las previsiones contenidas en el artículo siguiente para el depósito interino. La primera de estas reglas es el respeto a la condición posesoria del tercero, quien conforme al artículo 626.2 sólo podrá ser removido por resolución motivada del secretario judicial. En segundo lugar se previene, que aun siendo el poseedor el deudor, tampoco podrá procederse a la remoción de los bienes cuando estos se viniesen destinando a una actividad productiva o resultasen de difícil o costoso transporte o almacenamiento. Fuera de estos casos, el secretario podrá proceder al nombramiento de un depositario de los bienes embargados que recaerá en la persona del acreedor o bien, oyendo a este, a un tercero.[23]

b) *Limitaciones derivadas de la integración de las cosas dentro del proceso productivo*. En relación a este punto, cabe destacar la preferencia que hoy en día se aprecia en el campo de las garantías

[22] Previsión que se opone al art. 350 del Cc que proscribe que la posesión como hecho sea reconocida en dos personalidades distintas a salvo los casos de indivisión.

[23] Favorable a la sustitución de la medida, mediante la remoción en la persona de un tercero, es la opinión de BARRADA ORELLANA quien si bien estima que por el hecho de que se impugne la garantía a través de la oposición judicial el retenedor no tiene que devolver la cosa, porque su situación se mantiene, como mínimo, hasta que se dicte resolución judicial dirimiendo la controversia, esto no impide que Juez señale otro régimen jurídico para asegurar la ejecutabilidad de la sentencia, por ejemplo depósito en manos de un tercero. BARRADA ORELLANA (2003, p. 234).

mobiliarias por la afección de bienes de equipo, máquinas y productos antes que joyas u obras de arte, siendo así que el desplazamiento posesorio de los primeros con frecuencia puede no resultar viable, ni eficiente. Su falta de viabilidad se muestra en el hecho de que al hallarse incorporados con normalidad al proceso productivo, su retención puede dar lugar a la paralización de la actividad económica que debería permitir a quien constituyó la garantía obtener las ganancias precisas para satisfacer la deuda asegurada. La venta de este tipo de bienes puede dar lugar a una situación antieconómica, como pueda ser el caso de la retención de bienes de equipo integrados dentro de la cadena de producción, cuyo valor económico aislado sea residual, pero que sin embargo, al formar parte esencial del proceso productivo, puedan dar lugar a la paralización de la actividad de la empresa al resultar de difícil o de costosa reposición en razón a la singularidad de sus elementos. Esta circunstancia determina que las nociones de proporcionalidad y abuso de derecho guarden una importancia de primer orden.[24]

c) *Limitaciones derivados de la imposibilidad de enajenación*. Son los bienes absolutamente inembargables a los que se refiere el artículo 605 de la LEC, a saber: bienes inalienables, los inseparables de la cosa principal, bienes sin contenido patrimonial y los declarados expresamente inembargables por disposición legal o por tratado internacional, (art. 606.5 LEC).

d) *Limitaciones consecuencia de exigencias de orden social o humanitario*. A estos se refiere los apartados 2º y 3º del artículo 606, al excluir el mobiliario y el menaje de la casa, así como las ropas del ejecutado y de su familia, en lo que no pueda considerarse superfluo y en general bienes como alimentos, combustible y otros que resulten imprescindibles para que el ejecutado y las personas de él dependientes puedan atender con razonable dignidad a su subsistencia.[25]

e) *Limitaciones derivadas de la declaración de concurso*. Parece claro, que en el caso de declaración de concurso, serán de aplicación al procedimiento de realización extrajudicial las previsiones establecidas en los artículos 55 y 56 de la Ley Concursal. En tal sentido, partiendo del carácter de verdadero derecho real que constituye el derecho de retención, en principio, la realización extrajudicial que se esté llevando a efecto no quedará afectada, por la declaración de concurso, tal como se previene el apartado 4º del artículo 55, que excluye del efecto suspensivo de las ejecuciones singulares aquellas que estén afectadas por una garantía real. Se exceptúa el caso de que se trate de bienes del concursado afectos a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad. Respecto de estos bienes no se podrá iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al

[24] Nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil recoge este principio en el artículo 592.3 que exceptúa del orden de prelación previsto en el apartado 2 de dicho precepto a los bienes integrados en una empresa, en cuyo caso, prevalecerá el embargo cuando atendidas todas las circunstancias, sea preferible el embargo de la empresa a la de sus distintos elementos patrimoniales. El artículo 569-16.2, atiende a este principio al señalar, que el conjunto de bienes cuyo valor se determina en el tráfico teniendo en cuenta su número, peso o tamaño es un único objeto de prenda.

[25] Previsión que se hace extensiva también a los libros e instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión, arte u oficio a que se dedique el ejecutado, cuando su valor no guarde proporción con la cuantía de la deuda reclamada, así como los bienes sacros y los dedicados al culto de las religiones legalmente registradas.

ejercicio de este derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación. Esta declaración conforme a la nueva redacción dada al apartado 5º del artículo 55, por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, sólo le corresponde hacerla al juez del concurso.

6.3. Limites derivados de la dinámica contractual

La dinámica contractual, que es la que da sentido a este derecho, no puede resultar extraña al modo en que se desenvuelve en el tráfico jurídico. Debe recordarse que el derecho de retención es ante todo un derecho de garantía de carácter accesorio, que como todos los de su clase depende del desenvolvimiento normal de la relación que garantiza.

Se plantea el problema de la eficacia del derecho de retención respecto de las distintas incidencias que puedan afectar a la relación jurídica que pretende garantizar. Como ya vimos el derecho holandés previene especialmente estos aspectos, señalando la exclusión de este derecho en los casos de fuerza mayor, en el que la obligación de la parte se ha hecho imposible, (art. 6.54.b), así como en los casos en que la imposibilidad de llevar a efecto la prestación sea debida a la exclusiva culpa de la parte contraria. (6.54.a). El derecho catalán sin embargo, únicamente admite como causa de extinción del derecho de retención, el total pago de las cantidades reclamadas, (art. 569-6.1 y 569-3 *in fine*).

En el CCCat, en principio, dada la relación de subsidiariedad de la garantía constituida frente al derecho que se pretende garantizar, la eficacia de aquella, en este caso del derecho de retención, dependerá también del desenvolvimiento del derecho garantizado. Sin embargo, en el derecho catalán tal relación de accesoriedad no es tan acusada como en el derecho holandés o como en el estatal. Así la garantía permanece aún cuando prescriba la deuda y por otra parte la novación del deudor, conforme al apartado 5º del art. 569.1 no afecta a la garantía, al señalar en el apartado 5 del art. 569-3 que la transmisión del crédito garantizado comprende también la de la garantía. Tales previsiones, sin embargo, a falta de un desenvolvimiento propio en materia de obligaciones, pudieran parecer difícilmente conciliables con las previsiones contenidas para la novación y subrogación de créditos, que anteponen los criterios de conocimiento u oposición del deudor y el provecho que en otro caso se le hubiere irrogado. Debemos tener presente, sin embargo, que si bien el derecho de retención responde a la misma finalidad que el principio *non adimpleti contractus*, no atiende al sinalagma genético propio de las obligaciones recíprocas, sino al de enriquecimiento injusto como consecuencia de un traslado posesorio. Como señala DIEZ-PICAZO mientras que la *exceptio non adimpleti* se contrae al marco de la relación obligatoria sinalagmática, en el derecho de retención, la deuda de restitución y la deuda de reembolso no son en genuino sentido sinalagmáticas (DIEZ-PICAZO, 1995, p. 408). Nos encontramos ante un tipo de obligaciones que han sido definidas como impropiamente bilaterales, pues en el origen de dichas obligaciones y en su desenvolvimiento funcional no se presenta la correlación causal que es propia de las sinalagmáticas. En este mismo sentido, ALBALADEJO (1992, p. 419) destaca que en estos casos, no existe la reciprocidad de prestaciones propia de los contratos onerosos, estamos más bien ante contratos bilaterales imperfectos o *ex post facto*, aquellos en que las obligaciones derivadas del contrato recaen sobre una de las partes, pero que eventualmente pueden dar lugar

obligaciones para ambas al tiempo de la liquidación.

La eficacia de este tipo de obligaciones se ve también constreñida en la *compensación de créditos*, al establecer el artículo 1200 la imposibilidad de proceder a compensar las deudas que provinieren del depósito o de las obligaciones del depositario o comodatario. Para MALUQUER DE MOTES (2008, p. 156) la exclusión de la posibilidad de compensación en el caso de las obligaciones del comodatario o depositario, se explica por la afección de estos créditos al posible ejercicio del derecho de retención. En principio, siempre que no ejerciten el derecho de retención, nada impide que el depositario o el comodatario sean recíprocamente acreedores del comodante o depositante de una misma cantidad y por una obligación derivada del comodato o depósito, créditos que en sí son perfectamente compensable. El sentido del artículo 1200 del Código Civil se explica por su origen, dado que este precepto no es sino una versión de su antecedente del proyecto de GARCÍA GOYENA de 1851, que excluía la compensación respecto de las relaciones obligatorias afectas al derecho de retención, (véase el artículo 1126 del proyecto de 1.851).

Por todas estas razones, la accesoriedad del derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán es ciertamente bastante más limitada que en otros ordenamientos jurídicos, máxime si se tiene presente la autonomía y el carácter de verdadero derecho real con que se configura este derecho en el CCCat. Téngase presente que este texto legal le reconoce substantividad bastante incluso para ser alegado a quien es extraño a la relación jurídica que es objeto de garantía.

En realidad, la eficacia de este derecho no se explica por la reciprocidad de las prestaciones, sino por causa del enriquecimiento injusto producido por el desplazamiento posesorio, el cual en principio es ajeno a la dinámica contractual. En este sentido, puede resultar esclarecedora para entender la autonomía con que se configura este derecho, la sentencia del TSJ de Cataluña de 22.01.2004, MP Vidal Andreu, la cual, con referencia al artículo del art. 278 de la *Compilació de Dret civil de Catalunya* de 1963, estimó que dicho precepto excluía la extensión del régimen de impensas en el caso de operaciones de rendición de cuentas. En dicha sentencia se hacía reclamación por los recurrentes del abono de las inversiones y mejoras realizadas por el fideicomitente frente al fideicomisario en una finca desde 1965. La Audiencia denegó tal petición sobre la base de que la misma es distinta y extraña a la previsión contenida en el precepto normativo catalán, pues encierra un resarcimiento de la total explotación de la finca durante más de treinta años, sin tener en cuenta los beneficios que la explotación había reportado a quien en aquel momento la reclamaba. El TSJ de Cataluña señaló entonces que realmente el art. 278 de la Compilación no estaba pensado para tales supuestos. "Se trata en verdad de un derecho de retención no de una acción de resarcimiento. El precepto autoriza a quien edificó, plantó, sembró o aró de buena fe en suelo ajeno a retener la edificación, plantación o siembra hasta que se le reintegre, afiance o consigne el precio de los materiales, semillas, plantas o jornales, señalando que el derecho de retención ejercitado sólo tendría sentido si la actora hubiera acreditado la realidad de plantaciones recientes que no hubieran podido ser amortizadas y de las que pudiera derivar un beneficio sin causa para el propietario". Lo determinante en suma es la acreditación de ese enriquecimiento injusto, con independencia de las operaciones de rendición de cuentas practicadas.

6.4. Límites derivados de la condición posesoria ostentada

Como hemos visto el principio fundamental sobre el que gira el derecho de retención es la afección de las cosas a determinados créditos, particularmente a los trabajos de conservación o mejora realizados sobre las mismas. Se trata en la mayoría de los casos de créditos que producen en las cosas un aumento de valor, *damnus cesans o lucrum emergens,* y que como consecuencia del desplazamiento posesorio producen un enriquecimiento injusto en perjuicio del anterior detentador.

En el derecho civil estatal, la regulación del derecho de retención dentro de la regulación del régimen general de la posesión implica un cajón de sastre abierto a cualquier tipo de crédito *propter rem*, pues si la posesión es presupuesto y a la vez razón de ser de este derecho, con independencia del derecho material ostentado, se entiende que la posibilidad de hacer extensivo el derecho de retención a cualquier crédito que tenga su origen en la tenencia o el disfrute material de la cosa es manifiesta. En otras palabras, si la razón de ser es la imputación de unos gastos por razón de la conservación o su mejor disfrute, lo único que se precisará acreditar es la efectiva posesión de los bienes con independencia del concepto con aquellos son tenidos.

Así, en el caso de los créditos refaccionarios, todo crédito de esta clase implica de suyo una mejora en la condición en la que se disfruta el bien o un gasto para su conservación, siendo por consiguiente evidentes los puntos de conexión entre el derecho de retención por razón de la realización de una obra y el derecho a resarcirse de las impensas anteriormente analizado.[26]

Para salvar esta dicotomía entre impensas y créditos refaccionarios en el ámbito del ordenamiento civil estatal, la jurisprudencia acogió la distinción entre el poseedor de buena fe y el mero detentador o servidor de la posesión, esto es quien posee no para si, sino para otro. El concepto de servidor de la posesión surge en el derecho germano como consecuencia de la necesidad de justificar la extensión de los efectos de la posesión de buena fe en los supuestos de usucapión, cuando el poseedor no es el detentador material del bien sino otra persona en su nombre. La distinción en el ámbito de los derechos refaccionarios pretendía excluir el régimen general de las impensas, el cual sólo sería aplicable al poseedor propiamente dicho y por extensión al poseedor mediato en el caso de que la cosa sea poseída por otro en su nombre.

Esta categoría jurídica fue acogida por la jurisprudencia con fundamento en la distinción que el Código Civil hace entre la posesión en sentido estricto y la detentación material de las cosas sin ánimo de atribuirse ningún derecho, criterio que hoy se acoge expresamente también en el

[26] La exclusión de las impensas útiles, efectuada por la Ley 22/1991 de Cataluña obedecía a razones de orden sistemático, en el entendimiento de que tratándose de mejoras necesarias el régimen de aquella es el propio de las impensas, mientras que la regulación de las mejoras útiles deben de encuadrarse en el ámbito de los créditos refaccionarios. Sin embargo, esta distinción es excesivamente drástica, sobre todo si se tiene en cuenta que el régimen de impensas útiles y necesarias es aplicable a otros supuestos distintos de los créditos refaccionarios.

artículo 521-1 del Código Civil de Cataluña.[27] Este precepto, para PUIG I FERRIOL, recoge la norma generalizada en el ordenamiento jurídico español que admite la figura del servidor de la posesión, al distinguir el caso de quien tenga de hecho un poder sobre la cosa por derecho propio, respecto de quien ostente un poder de hecho *sin la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho o la tenencia con la tolerancia de los titulares,* quien por tanto ostenta un mero carácter instrumental respecto de la posesión detentada por otra persona (PUIG I FERRIOL, 2007, 73).

En el ámbito del derecho civil estatal, esta distinción permitió a la jurisprudencia excluir el derecho de retención en el caso de créditos refaccionarios sobre bienes inmuebles, respecto de los cuales, en principio no se hacían extensivas las facultades de retención que el art. 1600 reconocía al contratista. Se viene sosteniendo así por la jurisprudencia dominante, que siendo el contratista un mero servidor de la posesión, las eventuales mejoras que se hubieren realizado sobre los bienes, no pueden constituir causa para retener los bienes, puesto que aquel no ostenta la posesión de los bienes en nombre propio sino en nombre del dueño de la obra, quien seguía siendo el verdadero poseedor de aquellos bienes. En este sentido la SAP Girona, 1ª, 4.02.2009, MP Ponce Cuéllar, emplea esta construcción jurídica para desestimar la pretensión de recobrar la posesión, en el entendimiento de que no había sido acreditada de forma indubitada por el demandante el hecho de la posesión indispensable para poder pretender la protección que solicita, por lo que la cuestión litigiosa (que procede del impago del actor al demandado) excede del ámbito de un procedimiento dirigido a la sola recuperación de la posesión. Señala la sentencia que de "la regulación catalana del derecho de garantías, y en concreto, de la figura de la retención de la posesión, se puede mantener que el constructor, más que un mero servidor de la posesión, por cuanto puede en caso de impago o de alguna de algunas de las causas previstas por la ley (art. 569.4 CCCat) retener la posesión, adquiere posesión previa sobre el bien entregado 'para confeccionar o para reparar' ese bien. Efectivamente, del estudio del citado artículo 569 del CCCat se debe colegir que las acciones con las que dota el legislador a quien se le entrega el bien para su confección o reparación (…), directamente implican que con carácter previo, dicho retenedor debe haber recibido la posesión, pues en todo caso, sigue señalando la sentencia, no se puede retener lo que no se tiene, y en consecuencia, a su vista, existe el *animus rem sibi habendi* que caracteriza la posesión, el ánimo de mantener la cosa en el propio poder que se materializa con la realización del bien prevista en el artículo 569.7 CCCat, pudiendo incluso adjudicarse la

[27] Conviene distinguir esta figura jurídica del supuesto de la detentación mediata e inmediata, categoría jurídica imprescindible en el derecho alemán, en el que el concepto de detentación posesoria se encuentra directamente ligado a la situación de dominio físico de la cosa. Como señala VALLET DE GOITISOLO (1986, p. 36), en el ordenamiento jurídico germano si no fuera por esta figura jurídica dada la concepción horizontalmente unitaria de la posesión, el titular que no tuviera la tenencia no poseería. No sucede así en nuestro ordenamiento, al admitir la posibilidad de desintegrar las facultades posesorias que se ostenta sobre las cosas, admitiendo un alcance de la posesión distinto según el concepto en que aquella se ostente. El servidor de la posesión se aproxima a la posesión inmediata en que en ambos existe una relación jurídica de subordinación, sin embargo mientras que en el poseedor inmediato la jerarquización es estrictamente jurídica en el caso del servidor la subordinación es personal al integrarse aquel dentro del ámbito de organización y dirección del verdadero poseedor, véase el caso de una relación laboral o de arrendamiento de servicios, (DIEZ-PICAZO, 2008, p. 650).

propiedad del mismo. Sin embargo, la cuestión, en tanto que afecta a cuestiones de derecho, debe ventilarse en el pertinente proceso declarativo, no siendo procedente que el mismo pueda ser resuelto en el ámbito del presente procedimiento y, por tanto, la sentencia recurrida no debería haber hecho pronunciamiento alguno al respecto de la retención de la posesión alegada".

Sin embargo, el derecho de retención en el CCCat presupone algo más que la mera detentación material de los bienes a que se refiere su homónimo estatal, al requerir como presupuesto, el requisito de la posesión de buena fe sobre las cosas (art. 569-3 CCCat). Es por esto, que no es posible la extensión sin más de la jurisprudencia que hasta el presente ha venido excluyendo la extensión del régimen de mejoras útiles al servidor de la posesión. Para el entendimiento de la dicotomía entre impensas útiles y créditos refaccionarios en el derecho civil catalán ha de entenderse el carácter eminentemente fáctico del instituto posesorio en la regulación civil catalana y la exigencia de un reconocimiento legal del derecho de reembolso por impensas que con carácter de númerus clausus establece el artículo 569-4 a).

En este sentido, para PUIG FERRIOL la regulación catalana destaca claramente que la posesión es ante todo un poder de hecho, cuya regulación, le acercaría más a la teoría del hecho que genera una protección jurídica, que a la de quienes justifican su especial protección en la existencia de un derecho real. Los argumentos que permiten mantener esta tesis, a juicio del autor últimamente citado, son:

> 1º. El artículo 521-2.1.a, al regular la adquisición de la posesión establece que se adquiere cuando los poseedores sujetan la cosa o el derecho al ámbito de su poder, de esta manera la ley reconoce que la posesión se puede adquirir no solamente por medio de formas jurídicas, sino también por la simple aprehensión material, la cual la diferencia claramente de la propiedad, derecho subjetivo por excelencia, y de las formas de adquisición, incluso en la usucapión.
>
> 2º El artículo 521-3.1, que establece que todas las personas con capacidad natural puede adquirir la posesión, lo cual incluye a los menores de edad y los incapaces, como se deduce de lo que dispone el artículo 521-3-2.

Pero si bien, el hecho posesorio presenta en el CCCat un carácter eminentemente fáctico, véase art. 521-1 1*:* "La posesión es el poder de hecho sobre una cosa o un derecho, ejercido por una persona, como titular, o por medio de otra persona", su virtualidad, las facultades que el ordenamiento confiere al poseedor, se condicionan a la ostentación de un derecho: "El ejercicio de un poder de hecho sobre una cosa o un derecho sin la voluntad aparente externa de actuar como titular del derecho o la tenencia con la tolerancia de los titulares son supuestos de detentación, la cual solo produce los efectos que para cada caso concreto establecen las leyes". Por tal razón, si el aspecto fáctico implica el ejercicio de unas facultades de detentación o dominio sobre la cosa, para que estas puedan producir los efectos propios de la publicidad posesoria, han de corresponderse con la apariencia de un derecho, no porque exista una voluntad expresa en tal sentido sino porque su ejercicio es inherente al derecho ostentado. De esta ostentación o publicidad primaria se deriva la apariencia de buen derecho que la sociedad presume, mientras no se demuestre lo contrario, y es ésta presunción, el respeto a esta situación fáctica preexistente, la que permite conferir al poseedor unas prerrogativas especiales.

Sobre la base de este carácter eminentemente fáctico de la posesión como ostentación de un derecho de reembolso reconocido legalmente, se explica el carácter de la posesión ostentada por el retenedor, en cuanto que el Derecho Civil de Cataluña, reconoce al derecho de retención el carácter de verdadero derecho real y es la alegación de tal derecho la que permite transmutar la condición de mero detentador que hasta entonces ha tenido el contratista en poseedor de buena fe. En resumidas cuentas, el "CCCat no requiere acudir al concepto de servidor de la posesión para fijar el ámbito material y los límites del derecho de retención, por cuanto que la finalidad de retener amparada en alguno de los supuestos legales transmuta la condición posesoria del mero detentador en poseedor de buena fe".

En tal sentido, PUIG I FERRIOL (2007, p. 756) pone de manifiesto, como frente a la redacción inicial, del artículo 4.1 c) de la Ley 22/1991, que se refería inicialmente a "l'activitat realitzada per raó de la cosa", el artículo 569-4 c) sustituye esta expresión – de acuerdo con su precedente, el artículo 5 de la Ley 19/2002, – por la expresión "activitat acomplerta per a confeccionar o reparar el bé", que da a entender que el precepto se aplica no a cualquier actividad de mejora o conservación de la cosas, sino únicamente a las derivadas de la actividad realizada como consecuencia de la relación jurídica que le va a atribuir la posesión del bien, normalmente un contrato de obra o de arrendamiento de servicios.

Como ha quedado indicado, el eje del derecho de retención es el derecho a resarcirse de los gastos útiles o necesarios que se prevé en el artículo 569-4 a). Como hemos visto anteriormente, este precepto clave para el entendimiento de la cuestión, resulta como queda dicho, una norma de reenvío, esto es, exige para la constitución de aquél no cualquier tipo de posesión sino la de aquella que según el tenor de la norma confiera el "derecho a reclamar su reembolso". De este modo, el crédito refaccionario se presenta originariamente más que como un supuesto distinto al de las impensas, como una concreción legal de aquellas, las impensas causadas en el curso de una obra.[28] La ley ha condicionado aquellas a la existencia de un reconocimiento específico por la ley, reconocimiento que en el caso de los créditos refaccionarios viene dado no tanto por la situación posesoria precedente, como por el carácter de derecho real que el ordenamiento jurídico catalán reconoce al derecho de retención.

Este reconocimiento, como ha quedado indicado, transmuta la condición del mero detentador del bien en un verdadero poseedor y explica que no sea necesario acudir a la doctrina del servidor de la posesión, sino a la situación fáctica de dominio de la cosa. Véase en este sentido, la STSJ Cataluña, 19.07.2001, MP Bassols Muntada, la cual obiter dicta señala "l' exercici del dret deretenció 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". También en este sentido

[28] Así se deduce de la nueva redacción del supuesto en el artículo 569.4, c) en el CCCat que frente a la precedente redacción que se refería a "la retribució de l'activitat per raò de la cosa", *atiende en la nueva redacción a* "l'activitat acomplerta per a confeccionar o reparar el bé", con lo que es clara la intención del legislador de limitar este supuesto al caso de las impensas útiles y necesarias y la relación de especificidad respecto del apartado a) del artículo 569.4.

se pronuncia la SAP Gerona, 1ª, 24.02.2009l, MP Ponce Cuellar, quien excluye la aplicación de la doctrina del servidor de la posesión, para el supuesto de retención del artículo 569 del CCCat: "Efectivamente, del estudio del citado artículo 569 del CCCat se debe colegir que las acciones con las que dota el legislador a quien se le entrega el bien para su confección o reparación, constructor, que en caso de impago puede "retener la posesión", directamente implican que con carácter previo, dicho retenedor debe haber recibido la posesión: en todo caso no se puede retener lo que no se tiene, y en consecuencia, a su vista, existe el "animus rem sibi habendi" que caracteriza la posesión, el ánimo de mantener la cosa en el propio poder que se materializa con la realización del bien prevista en el artículo 569.7 CCCat, pudiendo incluso adjudicarse la propiedad del mismo". En este mismo sentido la SAP de Barcelona, 28.01.2011, 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 distinción como hemos visto tiene su importancia atendida los mayores exigencias de orden público del derecho de retención en el caso de ejercicio de este derecho por razón de un crédito refaccionario. La preeminencia del elemento fáctico y el carácter instrumental de la condición en que se ostenta la posesión, también explica la posición del derecho catalán respecto del ejercicio del derecho de retención por el subcontratista. La posibilidad de considerar como un poseedor a los efectos del derecho de retención al subcontratista de una obra ha sido una cuestión controvertida en el ámbito del derecho estatal. El criterio mayoritario de las Audiencias provinciales es el de denegar esta condición, en el entendimiento que el subcontratista que ocupa una cosa no lo hace en interés propio sino en el del comitente, a cuyo beneficio, y a sus órdenes ejecuta la obra para cumplir el encargo que ha recibido, (por todas SSAP de La Rioja 3.06.2003, Valencia 28.10.2004, Sevilla 13.11.2006, Baleares 28.02.2002, Santa Cruz de Tenerife de 12.09.2008). Sería por tanto una concreción de la teoría del servidor de la posesión al supuesto previsto en el artículo 1600 del Cc.

El entendimiento de la cuestión en el caso del derecho civil catalán, es totalmente distinto al atender no tanto a la consideración de la condición en que se posee sino al poder de facto que se ejerce sobre la cosa. En tal sentido, la sentencia anteriormente citada SAP Barcelona, 28.01.2011, expone la evolución que ha sufrido esta materia: "No obstante como se ha apuntado, en el ámbito que ahora se examina, la cuestión resulta más controvertida, porque por una parte de la doctrina civilista, entiende que la relación que mantiene el contratista o incluso el contratista con el inmueble es en virtud de un contrato de obra, (relación obligacional) que no le permite adquirir un derecho real sobre ese bien y por tanto le convierte en mero servidor de la posesión y nunca en poseedor. En esta línea, así lo había mantenido la extinta Audiencia Territorial en las sentencias de 14 de julio de 1966 y 8 de marzo de 1970, así como en la resolución interlocutoria de 3 de septiembre de 1988, durante la vigencia del artículo 278 de la Compilación. Sin embargo, otro sector, entre el que se encuentra la sentencia de la Audiencia Provincial de Lérida de 9 de octubre de 1985, también durante la vigencia de aquella norma le reconocía a aquella, la condición de posesión que le habilitaría para retener el inmueble, amparándose para ello en el

derecho histórico catalán en el cual el derecho de retención ha tenido una consideración unitaria y diferenciada del derecho castellano en que se basaba aquel otro sector".

> La sentencia últimamente comentada señalaba como el precedente inmediato del artículo 278 Compilación es el l'Usatge *"Si quis in alieno"* que, según este sector doctrinal, sólo excluía el derecho de retención al que construía de mala fe, pero no así aquel otro actuaba, conforme a la voluntad del propietario por acuerdo manifestado de alguna otra manera y entre ellas, y muy especialmente en virtud de un contrato que les vinculaba. Actualmente, desde la entrada en vigor de la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, actualmente substituida por el CCCat, el criterio mayoritario es el de considerar que la posesión a que se refiere, tanto el artículo 3 de la Ley 22/1991, como el actual 569-3, incluyen dentro del concepto de posesión la mediata, esto es la ejercida por medio de un poseedor inmediato, que posee materialmente la cosa como consecuencia de la relación jurídica que le une con el poseedor mediato. La distinción entre uno y otro es recogida en el artículo 432 del Código Civil y actualmente también en el artículo 521-1 del CCCat. Dicho así, tal y como se razona por la sentencia en el que se examina no es posible apreciar… una preexistente y eficaz posesión para poder retener las ocho casas en construcción de las cuales intervino como subcontratada de la constructora, ahora en situación concursal.[29]

Lo importante del caso, como se ha venido señalando, es el poder fáctico que se ejerce sobre la cosa y no la condición en que se ejerce. Esta última viene dada de suyo por su previo reconocimiento legal, pero lo importante al caso es la ostentación de estas facultades en base al derecho que se pretende tener. En el caso del subcontratista que quiera transmutar la condición posesoria que ostenta con fundamento en el derecho de retención, habrá de examinarse no tanto el *animus* de retener, esto es el derecho que se arroga y que le ampara en la posesión, como si efectivamente se detenta un poder sobre la cosa del tal índole que le permita excluir la acción del propietario.

Más discutido, resulta, el alcance del derecho de retención en el caso de la persona que pone sus

[29] 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 julio 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 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 aquella altre sector. El precedent immediat de l' article 278 Comp. és l'Usatge "Si quis in alieno" que, segons aquest sector, només excloïa 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.

materiales en la obra, a quien el artículo 1597 Cc concede acción directa frente al dueño de la obra. PUIG I FERRIOL (2007, pp. 758-759) entiende que si es posible hacer extensiva dicha facultad en estos casos, argumentando en tal sentido, como el cambio de la expresión "l'activitat realitzada per raó de la cosa", por la expresión "activitat acomplerta per a confeccionar o reparar el bé", empleada por el art. 5 Ley 19/2002 y que ha pasado al artículo 569.4-c, vienen a destacar que lo realmente relevante para definir el uso posesorio, no es tanto la actividad realizada, como la relación obligatoria subyacente en orden a la reparación o mejora del bien, la cual dota de contenido a la publicidad posesoria y permite hacer extensivo el ejercicio del derecho de retención no sólo por razón de la actividad realizada sobre el bien, sino también en relación con el importe de los materiales, que satisfechos por el contratista, hayan sido incorporados a la obra. *A sensu contrario* ha de entenderse que cuando no consta haberse verificado ninguna actividad sobre la cosa, cabe excluir la aplicación del derecho de retención, en la medida en que no consta ningún poder fáctico sobre la cosa. En tal sentido se pronuncia la SAP Barcelona, 20.12.2010, MP Barrera Cogollos:

> "Censura la parte la retención ejercitada por el demandado en tanto no ostenta la condición de poseedor y combate esta presunta capacidad por cuanto se produjo un abandono de la obra sin continuar con los trabajos pendientes que tuvieron que proseguirse, en cuanto resultó posible, con el encargo a otra empresa. Confunde el apelante abandono de la obra con su momentánea paralización por falta de pagos cuyos ingresos hubieran servido para cubrir los gastos presupuestados y los propios que comporta la satisfacción de sueldos de empleados contratados o retribución a proveedores por material suministrado. Por otro lado, entre las clases y categorías de la posesión, en el moderno proceso de espiritualización de este instituto y para multiplicar las relaciones posesorias respecto de las diversas posibilidades de utilización de la misma cosa, se distinguió entre posesión mediata e inmediata, reconociéndose la existencia de la primera en el acreedor pignoraticio, de directo parentesco con el derecho del que aquí tratamos, así como su posibilidad de amparo interdictal. En aquello que hay que reconocer razón al recurrente es en la imposibilidad de retención sobre la finca 2299 donde, por los motivos y responsabilidad de quien fuere, no se ha procedido al levantamiento de la estructura comprometida. Es posible que, según los términos del contrato, el retenedor tenga derecho a cobrar el importe pactado o algún tipo de indemnización o compensación, pero lo que está fuera de toda duda es que no puede retener un inmueble sobre el que no ha desplegado actividad alguna". Véase también en este sentido la SAP Girona, Sec. 1ª de 24.02.2009, [Ponce Cuellar, (La Ley 157999/2009).

MEDINA ORTIZ (2007, p. 350) por el contrario, estima que el hecho de que el CC, reconozca acción directa de estas personas contra el dueño de la obra, no implica necesariamente que se les reconozca igualmente el derecho de retención. Este autor estima que se puede apreciar una evolución legislativa tendente a limitar el ámbito de aplicación del derecho de retención a la actividad desplegada, argumentando en sentido diverso la nueva redacción del artículo 569-4.c, la cual limita a la retribución de la actividad llevada a efecto para confeccionar o reparar el bien y no a la actividad por razón de la cosa. Esta nueva redacción puede plantear dudas en relación al crédito por el suministro de materiales. Parece claro que si la única relación jurídica existente acreedor y deudor fuese el suministro de materiales, difícilmente será poseedor del edificio construido, sin embargo en el supuesto de que la prestación del acreedor consista en suministrar el material y ejecutar la construcción, a juicio de MEDINA ORTIZ (2007, p. 350), hay argumentos suficientes, fundamentalmente la inseparabilidad jurídica de la prestación consistente en ejecutar la obra y suministrar los materiales, para considerar que el crédito, por el suministro de material,

también está contemplado en el supuesto de hecho que legitima para ejercitar el derecho de retención.

7. *Sustituibilidad de la medida*

La ley 5/2006 de 10 de mayo que publica el libro V del Código Civil de Cataluña dio una importancia fundamental a la sustituibilidad de la medida de retención hasta el punto de dedicar más de la mitad de las referencias contenidas en la exposición de motivos, a destacar la importancia de la aplicación de la sustitución y el alcance de la sustituibilidad de la medida.[30] El principio que inspira la regulación es el carácter subsidiario de la medida. En tal sentido señala PUIG FERRIOL (2007, p. 753) como los autores que se han ocupado del tema han destacado el carácter subsidiario de esta medida y "la inoportunidad de constituir el derecho de retención cuando el derecho de crédito ha quedado garantizado mediante otro derecho real de garantía o a través de una fianza solidaria de una entidad de crédito; y concretamente se señala también la imposibilidad de constituir el derecho de retención sobre un bien determinado cuando el cumplimiento de la obligación se ha garantizado de forma suficiente con una prenda con desplazamiento de la posesión o en el supuesto previsto en el artículo 569-10".

No obstante, la sustitución en el derecho de retención no fue novedad introducida ni por el CCCat, ni por la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, sino una posibilidad anteriormente conocida en el ordenamiento jurídico catalán. Sus antecedentes directos se encuentran en los derogados artículos 301 y 206, y particularmente en el artículo 278 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña de 1960. El artículo 301, en relación con el también derogado artículo 299.2 de la Compilación, determinó la extinción automática de la enfiteusis expirada que fuese el término o cumplida la condición, lo que implicaba el derecho por parte del señor directo a la recuperación de la posesión de la finca. Sin embargo, el artículo 301 de la compilación también fijó una limitación a este derecho del señor directo, al otorgar al enfiteuta un derecho de retención "por las mejoras exigibles". Según este mismo precepto la garantía podía mantenerse hasta que se produjera el abono o la consignación del precio de las mejoras exigibles —cuya cantidad era unilateralmente establecida por el enfiteuta— o hasta que el pago quedara suficientemente afianzado.[31]

---

[30] El CC portugués contiene una regla muy parecida a ésta en el art. 756 d), que excluye el derecho de retención cuando la otra parte preste caución suficiente. Fuera de Europa, los Códigos civiles argentino —art. 3943.II— y japonés —art. 301—; ver también el art. 898.1 CC suizo. El CC carece de una regla al respecto, ante lo cual algún autor se ha manifestado en contra de la posible sustitución del derecho de retención por ofrecimiento de una caución, aduciendo que ello no puede quedar a la voluntad del deudor (salvo que la ley prevea otra cosa), (VIÑAS MEY, 1922, p. 113); sin embargo, la STS, 1ª, 6.4.2006; MP: Vicente Luis Montés Penades parece admitirlo, aun incidentalmente, cuando, al descartar la negligencia de quien legítimamente había ejercitado su derecho de retención, señala que, además, no podía imputársele la larga duración del litigio sobre la factura que dio lugar a la retención, "y más cuando no consta que el propietario del vehículo retenido intentara un acuerdo o un aval que, garantizando el pago de la factura pendiente, permitiera la utilización del camión…".

[31] Por su parte, el actual artículo 237 del libro II del CCCat concede un derecho de retención al fiduciario o a sus

En la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias, la sustitución era una posibilidad que se ofrecía como resultado de la valoración y ponderación de los intereses concurrentes. La ley 22/1991, valorando el perjuicio que puede representar la retención de determinados bienes para los intereses del deudor o de su propietario —especialmente cuando se trate de objetos integrados en un determinado proceso de producción o cuando el valor del objeto retenido mantenga una desproporción excesiva con el importe de la obligación asegurada—, disponía de un mecanismo jurídico cuya utilización permitía corregir el eventual desequilibrio que pudiera darse entre las partes implicadas en la relación, sin disminuir la seguridad que la garantía constituida representaba para la otra parte. Señalaba así el preámbulo de la Ley que: "La sustitución pretende, pues, evitar un perjuicio innecesario, que exceda de la finalidad estrictamente perseguida por el derecho de retención, y conseguir la mayor correspondencia posible entre la seguridad que la garantía pretende y la que justamente ha de proporcionar el objeto por ella afectado con relación al valor del crédito cuyo pago se asegura (cfr. Preámbulo, II, 5º LGP)".[32]

herederos frente al fideicomisario por los créditos detallados en el artículo 240 del mismo cuerpo legal, como excepción a la regla general del artículo 237.1 de la compilación que le obliga a la entrega de los bienes deferidos en fideicomiso. La retención del fiduciario subsistía en tanto la cantidad fijada no fuese pagada. Sin embargo, el artículo 238 de la Compilación recogía la posibilidad de que la garantía que supone el derecho de retención fuese sustituida por un afianzamiento, que puede ser personal o real y, en este último caso, pignoraticio o hipotecario. Finalmente, por lo que a este extremo se refiere, el artículo 278 facultaba a quien de buena fe hubiera edificado, sembrado, plantado o roturado en suelo ajeno para retener la edificación, la plantación o el cultivo, frente al propietario del suelo que pretendiera obtener su posesión, por el precio de los materiales, semillas, plantas y de los sueldos de los operarios empleados para ello (cfr. art. 361 CC). No obstante, el mismo precepto permitía al propietario del suelo extinguir la retención sustituyéndola por un afianzamiento del crédito que la generó, entendiéndose por afianzamiento cualquier mecanismo de garantía que resulte idóneo para mantener la seguridad del crédito que la retención representa.

[32] Sin embargo, a pesar del tenor literal del artículo 11.1 LDRG, no puede decirse que estemos ante un supuesto de "sustitución de la cosa retenida". La LDRG permite una sustitución, pero no precisamente de la cosa retenida. El artículo 11 LDRG sólo permite la sustitución si, a cambio de la cosa retenida, se constituye una garantía real o un afianzamiento solidario de entidad de crédito que resulten suficientes para cubrir la deuda. Es decir, lo que se sustituye es la garantía, el derecho real de retención, que se cambia por otra garantía considerada suficiente. Con mayor exactitud se expresaba el Preámbulo, II, 5º LGP, en cuya explicación y justificación se aludía a la posibilidad de sustitución de la "garantía del acreedor". Por tanto, no se trata en este caso de una subrogación real, mecanismo por el que un determinado bien sustituye a otro ocupando su lugar y sometiéndose a la misma condición jurídica que hasta la sustitución éste tenía (cfr. art. 16 LDRG), sino que se trata de un supuesto específico de extinción del derecho real de retención y su sustitución por cualquiera de las garantías que la LDRG especifica por considerarlas Con criterio general, basándose el derecho de retención en el poder directo que el acreedor ejerce sobre la cosa retenida, perdido éste se extingue la garantía. Sin embargo, la extinción del derecho de retención por sustitución que prevé el artículo 11 LDRG debe diferenciarse de la causa de extinción del derecho real contenida en el artículo 6.3 LDRG. Este último precepto prevé, como se dijo, el supuesto de pérdida del derecho a poseer por parte del acreedor que devuelva voluntariamente la cosa en la que se materializa la garantía, esto es, el precepto prevé un supuesto de extinción del derecho por renuncia de su titular. De otra manera, el artículo 11 LDRG impone al acreedor la obligación de soportar la sustitución de la garantía, a iniciativa del deudor o del propietario, siempre y cuando su crédito quede igualmente asegurado en la forma que en el texto legal se indica. Pero la diferencia estriba en que el acreedor, aunque por la sustitución devuelva

La sustitución de la garantía sólo es posible cuando el derecho real de garantía o la fianza solidaria son suficientes para garantizar el crédito del retenedor. Con la finalidad de evitar dudas y para los casos de constitución de una garantía real se prevé en el artículo 569-11.2, que la garantía real es suficiente, si el precio de mercado del bien ofertado en garantía, a pesar que sea inferior al valor de los bienes referidos, cubre el importe de la deuda que va a originar la retención y un 25 por ciento más. Precisa en este punto el preámbulo de la Ley 22/1991, que el concepto de precio justo que se utiliza es el que se desprende del artículo 323 de la compilación, que se refiere al valor de mercado de la cosa en el momento de la sustitución de la garantía. En definitiva el precio justo de las cosas dadas en garantía se ha de poner en relación con el importe de la deuda que va a originar la retención y nunca con el precio justo del bien retenido.

El artículo 569-11 como su antecedente el artículo 11 de la Ley 19/2002 establece un régimen más amplio de sustitución del derecho de retención ya que permite que se pueda hacer no sólo a instancias del deudor sino también del propietario del bien retenido, y ello con independencia del hecho que hubiere originado el derecho de retención. Por lo que hace al ámbito de la sustitución, el precepto ofrece la doble posibilidad de sustituir el derecho de retención no sólo por una garantía real, sino también por afianzamiento solidario de una entidad de crédito que sean suficientes.

> Existe consenso general a nivel doctrinal que no es posible sustituir el derecho de retención por otro derecho de retención, puesto que esto implicaría la extinción del derecho de retención y la creación de otro derecho de retención distinto. Tal conclusión según PUIG I FERRIOL (2007, p. 772), se fundamenta en un argumento excesivamente formal, por lo que estima que la sustitución por otra garantía real no excluye el derecho de retención que precisamente el legislador catalán configura jurídicamente como un derecho real de garantía. Se puede argumentar también que si el bien es cierto que el derecho de retención es de creación unilateral por parte del retenedor, según el artículo 569-5.1, mientras que la sustitución puede imponerla unilateralmente el deudor o el propietario del bien retenido en el caso de la sustitución de un bien por otro, los hechos se producen en relación con un derecho de retención ya constituido que puede modificar el interés al amparo del principio de la autonomía de la voluntad privada sin que la modificación haya de comportar necesariamente la extinción del derecho de retención primitiva y la sustitución por otro.

8. El incidente de oposición a la constitución del derecho de retención

Todos estos límites y garantías que la legislación catalana se ha preocupado minuciosamente en

---

voluntariamente la cosa, no la devuelve por su voluntad o por su iniciativa, sino que la devolución se le impone: el acreedor no puede negarse a restituir la "cosa retenida" cuando la sustitución se ajuste a los parámetros que marca la LDRG si quiere evitar la responsabilidad que su negativa apareja. De manera que, así como el artículo 6.3 LDRG prevé un supuesto de extinción del derecho real por voluntad del retenedor y por su sola iniciativa, en el artículo 11 LDRG la extinción se provoca por la sola voluntad del deudor personal o del propietario de la cosa retenida, quienes unilateralmente deciden utilizar el mecanismo de la sustitución. Por tanto, con esta facultad de sustitución la LDRG concede al propietario o al deudor la posibilidad de extinguir unilateralmente un derecho constituido, también, de forma unilateral por el acreedor. equivalentes en cuanto a la función que desempeñan.

regular, carecen de sentido sin un trámite procesal adecuado mediante el cual el deudor pueda reaccionar ante un ejercicio arbitrario de este derecho por parte del acreedor. De esta forma y de forma absolutamente innovadora en el marco del derecho comparado, la Ley 22/1991 articuló la posibilidad de oponerse al ejercicio de este derecho, estableciendo para ello un plazo de tres meses siguientes a la notificación de la liquidación de la deuda, término que curiosamente se redujo a un mes por la Ley 19/2002, para fijarse definitivamente en dos meses por el artículo 569-5, tras su incorporación al CCCat por la Ley 5/2006 de 10 de mayo.[33]

La articulación de este trámite de oposición pone su centro de gravedad en la liquidación que se practique, cuyo traslado fija el momento inicial de cómputo, sin embargo, tal previsión no restringe la posibilidad de oposición por otras causas. Así lo entiende PUIG I FERRIOL (2007, p. 765), quien citando la STSJC 16 de junio de 2006, señala que además de por disconformidad con la liquidación, el deudor puede también presentar oposición alegando la falta de conformidad con la propia existencia de la deuda reclamada o la falta de los requisitos exigidos por la ley para la válida constitución del derecho de retención, solicitando la devolución de la cosa retenida. De esta manera para BARRADA ORELLANA (2003, p. 236), la sentencia que resulte de la oposición puede tener sólo un efecto declarativo, cuando reconozca la existencia del derecho real, o, además de aquel, un efecto restitutorio, cuando se entienda lo contrario.

Durante el tiempo conferido para oponerse no opera la posibilidad de realización de los bienes retenidos, lo cual, conforme al artículo 569-7, sólo podrá llevarse a efecto "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". Por esta misma razón se ha de entender, que presentada en tiempo la demanda de oposición queda igualmente suspendida la posibilidad de proceder a la realización de los bienes, toda vez que es presupuesto para el ejercicio de este derecho que no haya habido oposición judicial "sense que s'hagi produït l'oposició judicial".[34]

---

[33] Para BARRADA ORELLANA con ello, se pretende reservar un espacio temporal suficiente para que por una parte los destinatarios de la comunicación tengan tiempo de reaccionar, oponiéndose a la misma si lo creen conveniente (art. 4.1 LDRG) y de otra asegurar la normalidad en el desenvolvimiento de la fase final de la garantía, al hacer coincidir el final de este plazo con un término inicial a partir del cual el retenedor puede instar el procedimiento de realización del valor del objeto retenido (art. 7.1 LDRG). Para esta autora, ambas funciones u objetivos se hubieran conseguido igualmente aunque no se hubiera limitado el plazo en que el perjudicado por la garantía puede formular oposición a la misma. Estima también que el final del plazo podría haberse fijado coincidiendo con el momento en que efectivamente el retenedor inicie el procedimiento de realización de la garantía, de manera que fuera posible formular oposición en tanto esa facultad no se ejercitara, sin embargo, a LDRG no permite que el acreedor inicie el procedimiento de realización sino transcurrido un mes a partir de la comunicación notarial, pero en ningún momento le obliga a realizar la garantía en un plazo determinado. (BARRADA ORELLANA, 2003, p. 234).

[34] De parecer contrario, es la opinión de la autora anteriormente mencionada, quien estima: que "La oposición judicial no conlleva como efecto la imposibilidad de proceder a la realización de la garantía (art. 7.1 LDRG), excepto que vaya acompañada de la consignación". No se explica cuales, sean las razones para desconocer el tenor claro de la Ley, al señalar como presupuesto para proceder a la realización de los bienes en el art. 569-7, que no se haya presentado oposición judicial. Ciertamente como se señala, no cabe alzar la retención de los bienes, pero esta circunstancia en modo alguno permite concluir que la realización de los bienes pueda seguir su curso.

El mayor problema que presenta el precepto es determinar el carácter de la acción entablada y el alcance del objeto del proceso. Tratándose de una cuestión posesoria, dirigida a dirimir únicamente la situación fáctica que sustenta la posesión, no cabe duda, que la resolución que se dicte no afectará a la resolución final del pleito. En realidad como luego se expondrá nos encontramos ante una acción, dirigida no a la resolución de la cuestión de fondo, sino más bien a la definición del alcance de una garantía preconstituida legalmente. Como tal garantía, su ámbito propio debiera ser el proceso cautelar o sumario, y su objeto, más que la resolución de una cuestión de fondo, debiera atender a la apreciación de la apariencia de buen derecho y el *periculum in mora*. De ser así, la sentencia que recaiga debería limitarse a determinar la procedencia de la garantía y las consecuencias inherentes en orden a la restitución de la cosa y la indemnización de daños y perjuicios.[35]

Sin embargo, tal explicación en la práctica no se ajusta a la realidad de nuestras leyes procesales. La LEC, ve con recelo la existencia de procedimientos sumarios, reconduciendo cualquier cuestión al marco del proceso cautelar correspondiente.[36] La oposición que se presente, salvo que quedase limitada a la restitución de la cosa retenida, a través del interdicto de retener o recobrar (RIPLEY, 2004, p.6), debe dar lugar con normalidad a que las cuestiones que se presenten, se ventilen en un procedimiento plenario, toda vez, que cuestiones tales como las relativas a la

---

Quizás la confusión venga dada por el hecho de que para la profesora BARRADA ORELLANA, la notificación es el momento determinante para la constitución de este derecho, de modo que "el hecho de que se impugne la garantía a través de la oposición judicial el retenedor no tiene que devolver la cosa, porque su situación se mantiene, como mínimo, hasta que se dicte resolución judicial dirimiendo la controversia". Sin embargo, la suspensión de las facultades de realización no desnaturalizan necesariamente los términos de la garantía, no sólo por producir otros efectos como los de retención posesoria, sino sobre todo porque estamos ante una suspensión, no ante una supresión del derecho (BARRADA ORELLANA, 2003, p. 234).

[35] Así para BARRADA ORELLANA: "Si la decisión judicial resultado de la oposición desestima la petición del actor, lo mismo que si la estima parcialmente -obligando al demandado a rectificar alguno de los extremos, pero considerando la existencia de la garantía- el acreedor podrá continuar reteniendo. Pero si la decisión judicial estima la inexistencia de la garantía, el poseedor, que retuvo sin poder hacerlo, habrá de resarcir al demandante por el perjuicio que hubiera podido sufrir". Cfr. BARRADA ORELLANA (2003, p. 236).

[36] La Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000 se propuso limitar la existencia de los procedimientos sumarios, realizando una apuesta decidida por la acción cautelar frente a la sumaria. Concretamente la Exposición de Motivos de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, abunda en su parecer contrario a este tipo de procesos, particularmente en el caso de los procesos sumarios señalando: "la experiencia de ineficacia, inseguridad jurídica y vicisitudes procesales excesivas aconseja, en cambio, no configurar como sumarios los procesos en que se aduzca, como fundamento de la pretensión de desahucio, una situación de precariedad: parece muy preferible que el proceso se desenvuelva con apertura a plenas alegaciones y prueba y finalice con plena efectividad". Así frente a la extensa regulación de los procedimientos sumarios contenida en la LEC 1881, en el marco de la nueva ordenación, únicamente existe una referencia expresa al caso de la acción de desahucio por falta de pago y a la interdictal, perdiendo, desde luego esta condición la acción de desahucio por precario y extendiendo enormemente la vinculación de lo juzgado en el marco del proceso cambiario y monitorio aún en el caso de que no se haya entablado oposición.

procedencia de la liquidación practicada o la misma procedencia de la deuda, por mucho que la finalidad de las mismas atienda tan sólo a la procedencia de la garantía, han de afectar a la cosa juzgada material, debiendo vincular a cualquier otro proceso que se entable. Debe tenerse en cuenta que nuestras normas procesales imponen la necesaria concentración de todas las acciones que atiendan a la misma causa de pedir, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior (art. 400 LEC), no permitiéndose la acumulación de nuevas pretensiones después de contestada la demanda (art. 401) y sin que sea posible, proceder a la acumulación de procesos cuando no se justifique que, con la primera demanda o, en su caso, con la ampliación de ésta o con la reconvención, no pudo promoverse un proceso que comprendiese pretensiones y cuestiones sustancialmente iguales a las suscitadas en los procesos cuya acumulación se pretenda (art. 79.2 LEC). Esto implica, que a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste. Toda ello determina, en gran medida, la desnaturalización de las finalidades pretendidas por el legislador catalán, perdiendo con ello, la condición de verdadera medida de garantía preconstituida, pues necesariamente la resolución de la procedencia de la garantía deberá de solventarse con el proceso plenario del que aquella depende.

Si esto es así, se plantea el problema de cuál sea la virtualidad que tenga el plazo de oposición conferido por el legislador catalán. Para entender el significado de esta incidencia ha de ponerse de manifiesto la distinta situación en la que se encuentra el deudor para el caso de presentación de su oposición en tiempo, que hacerlo en forma extemporánea.

Como hemos visto en el caso de presentación en tiempo, el derecho de retención se desenvuelve completamente y determina, conforme al artículo 569-7, la imposibilidad de proceder a la realización de los bienes retenidos hasta que en su caso se solvente la oposición suscitada. No obstante lo cual, si bien la realización de los bienes queda suspendida esto no empece a la posibilidad de que se haga efectiva la situación posesoria que ostenta sobre el bien, (art. 569-6 CCCat).

La situación del deudor para el caso de presentarse oposición extemporáneamente, no determina sin embargo, un reconocimiento general de la pretensión ejercitada de contrario como en un procedimiento monitorio, sino únicamente la consolidación de la garantía constituida, abriendo paso a la vía de apremio, (en sentido contrario, PUIG I FERRIOL, 2007). Esto no impide que resuelto el pleito, deba de reintegrarse al deudor que ha sido privado del bien retenido de los perjuicios que eventualmente puedan habérsele causado. Aparte de esta facultad de reintegro, como señala ABRIL CAMPOY (1994, p. 1092), comentando el artículo 278 CDCC, "Si ello acontece, el retenedor que obra con abuso de su derecho de retención incurrirá en la responsabilidad que determina la ley (art. 7.2 CC)".

9. Conclusiones.

La ley catalana 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias en cosas muebles supuso un hito en la regulación del derecho de retención al conseguir sistematizar una materia que se encontraba dispersa, adecuándola a la tradición jurídica catalana. Sin embargo, lo más importante, de la nueva regulación de las garantías posesorias fue el hecho de racionalizar el empleo de este derecho restringiendo la posibilidad de su empleo y articulando una serie de garantías para el deudor que impidiesen el ejercicio arbitrario del derecho de retención. De este modo, la Ley de garantías de 1991 circunscribió su ejercicio a las cosas muebles, excluyó la posibilidad del ejercicio del derecho de retención respecto de las impensas útiles, reguló la posibilidad de sustitución de la medida, estableció la exigencia de un presupuesto respecto de los gastos refaccionarios, arbitró un trámite específico para oponerse a la medida, etc., medidas todas ellas dirigidas, sin duda, a definir adecuadamente el ejercicio de este derecho.

La extensión a los bienes inmuebles por la ley 19/2002 de Derechos Reales de Garantía supuso un cambio de orientación apostando por una prudente extensión del derecho de retención, pero limitando su ejercicio para evitar abusos, mediante la limitación del derecho de retención por razón de impensas *a un numerus clausus* estricto y la necesidad de acomodación de lo reclamado por razón de gastos refaccionarios a lo presupuestado y pactado con carácter previo por las partes, con lo que se restringió la tendencia a hipertrofiar estos gastos. Toda esta evolución nos muestra como, contrariamente a lo que se suele postular, el gran logro de la legislación catalana en esta materia, no es tanto la tendencia a expandir su ámbito de aplicación como la correcta contención del ejercicio de este derecho a sus estrictos límites.

Para el entendimiento de la cuestión propuesta ha de atenderse al origen de este instituto el cual no es otro que el evitar el enriquecimiento injusto que puede producirse como consecuencia del traslado posesorio, al no transmitirse junto a la posesión los derechos o cargas inherentes. Hasta el presente se ha venido impidiendo este enriquecimiento injusto mediante la suspensión del efecto traslativo, pero sin dar solución al conflicto planteado. El derecho catalán ha querido superar estas dificultades completando el ciclo, al permitir al acreedor preconstituir una garantía accesoria para la satisfacción de su derecho. Sin embargo, al crear una garantía sin atender las circunstancias del caso en concreto, se hace también estrictamente necesario, definir los supuestos aplicables y los criterios correctores. Al hacerlo así, ajustando este derecho a las circunstancias del caso, determinando en cada caso los requisitos de apariencia de buen derecho que son necesarios para el desenvolvimiento de la medida, el derecho de retención puede llegar a ser un instrumento eficiente para preservar la seguridad del tráfico jurídico, previniendo los eventuales riesgos que la circulación de los bienes puede implicar para quienes como detentadores de aquellos participan en dicho tráfico jurídico.

10. *Tabla de jurisprudencia citada*

Tribunal Suprem

Tribunal, Sala i data	*Referència*	*Magistrat Ponent*
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

Tribunal, Sala i data	*Referència*	*Magistrat Ponent*
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

Tribunal, Sala i data	*Referència*	*Magistrat Ponent*
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

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

11. Bibliografía

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 y Joan Marsal Guillamet (coords.), *Garantías reales mobiliarias en Europa,* Marcial Pons, Madrid, pp. 483-506.

Reyes BARRADA ORELLANA, Tesis doctoral, leída el 7 de julio 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; Valencia.

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", en 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", en 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*, Universidad de Salamanca, Salamanca.

Ángel CARRASCO PERERA y 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 y 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, Ediciones Uniandes, Bogotá.

Nicole, CATALA-FRANJOU (1967), "De la nature juridique du droit de retention", *RTD civ.*, Paris, p. 9 y 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 y 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 edición, Aranzadi, 2008, Thomson Reuters Civitas, Cizur Menor Navarra, reimpresión.

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", en 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", en *Reinhard Zimmermann, Historisch-kritischer Komentar zum BGB* Band II, 1. Teilband, Mohr Siebeck, tubingen, 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 Reveu Du Cerdip,*

volumen. 1, núm. 2 julio-diciembre, pp. 3-33

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

María Elena LAUROBA LACASA y María Luisa ZAHINO RUIZ (2003), "Els drets reals de garantia", en Ferrán BADOSA COLL, Manual de Dret Civil català, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, pp. 423 y 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 y 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", en 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*, Publicaciones de la Universitat de Barcelona, Barcelona.

Jordi MEDINA ORTIZ (2006), "El Dret de retencióde 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 Catalá 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", en Cándido Paz Ares et al. (dirs.), *Comentario del Código civil,* T. I, 2ª ed., Ministeri 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 y 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 : Вопперс Кпуßер-776с.

Florencio OZCÁRIZ MARCO (2002), "Comentario a la Ley 473", en 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 Edición, Barcelona.

Lluis PUIG I FERRIOL (2007), "Drets Reals de Garantia", en Institucions del Dret Civil de Catalunya, Volum IV. Drets Reals, dirigida por Ll. PUIG I FERRIOL y 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 y 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" en 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 y ss.

PHILLIPE SIMLER, "Droit des Suretés", *La semanine 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*, volumen I, 2ª Edición, Madrid.

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