

# Retención civil: apremio legítimo contra el deudor

Martín Mejorada

“Si no cumples no cumplo”. Esta afirmación sintetiza la esencia del derecho de retención. La retención es un derecho real de garantía que está consagrado en el artículo 1123 del Código Civil en los siguientes términos: “Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene”.

Se trata de una garantía muy especial, pues a diferencia de las más conocidas y usadas como son la prenda y la hipoteca, la retención no conduce a la ejecución del bien (venta) como medio para cobrarse la obligación garantizada, sino que se realiza y se agota en el acto de retener, que no es otra cosa que negar la entrega del bien frente a su titular y deudor de un crédito exigible. Es expresión del derecho de defensa privada que tiene otras manifestaciones en el ordenamiento civil, como en la denominada “excepción de incumplimiento” (artículo 1426 del Código Civil) y la “defensa posesoria” (artículo 920 del Código Civil).

La retención es un derecho real y su importancia patrimonial está fuera de discusión. Es obvia la utilidad de una autorización que le permite al acreedor mantener en su poder un bien ajeno, como una manera de presionar al pago de su crédito. Sin embargo, la regulación de este derecho ofrece algunas dudas y provoca ciertas reflexiones que quiero compartir en estas líneas, a cuyo efecto abordaré algunos tópicos sugeridos por la legislación del Código Civil.

## 1. El supuesto de la retención

El propio artículo 1123 del Código Civil que define la retención, describe los hechos jurídicos que dan lugar a este derecho real. Se trata de un derecho que nace de un supuesto descrito en la norma. Se

puede decir que deben concurrir ciertos elementos de hecho para que se cumpla el supuesto de la retención, a saber: (i) debe existir una obligación no garantizada suficientemente; (ii) debe existir un bien del deudor en poder del acreedor; y, (iii) la ley debe disponer que procede la retención o debe existir conexión entre el crédito y el bien.

Antes de abordar el examen de estos elementos, creo interesante describir dos convenios que dan lugar a derechos similares a la retención. Considero que no existe inconveniente para que derechos similares a la retención surjan por acuerdo de partes.

En primer lugar, imaginemos un acuerdo por el cual el acreedor accede a un bien cuyo titular le autoriza a retener (no devolver) mientras no se pague la obligación a su cargo. El pacto solo tendría sentido en los casos en que no se cumple el supuesto de la norma de retención (por ejemplo, cuando la ley no ha autorizado la retención o cuando no existe conexión entre el crédito y el bien), y mientras el pacto no llegue a ser una prenda. Obviamente el derecho que surja del convenio solo sería “similar” a la retención (pero no tendría la condición de retención), pues los derechos reales se rigen por lista cerrada y no pueden haber más derechos reales que los señalados en el Libro V del Código Civil y otras leyes especiales (artículo 881 del Código Civil). Las personas no pueden crear nuevos derechos reales, aunque sí pueden establecer relaciones jurídicas patrimoniales sobre bienes ciertos sin importar qué denominación les den.

Otro pacto similar a la retención es aquel por el que un tercero autoriza la retención de un bien suyo hasta que no se pague una deuda ajena. Se dirá ¿qué incentivo tendría el deudor para pagar una deuda si el bien no es suyo? Ciertamente no es lo común, pero existen cientos de razones por las cuales el deudor pagaría para conseguir la devolución del bien al tercero. Esto ocurre, por ejemplo, cuando hay relación personal o patrimonial

entre el deudor y el tercero, que hace que el primero se sienta en la obligación de conseguir la restitución del bien a favor del segundo.

Aunque las formulas de “retención” convencional que he referido no son derechos reales, es claro que nacen válidamente y se hacen oponibles por la inscripción en el Registro de Propiedad. Pactos así constituyen limitaciones al derecho de propiedad inscribibles en el Registro (artículo 2019 inciso 1 del Código Civil). Un derecho inscrito es oponible aunque no sea un derecho real.

Ahora sí veamos los elementos de la retención.

### 1.1. La obligación insuficientemente garantizada

La obligación que justifica la retención es cualquiera que tenga contenido patrimonial. A diferencia de lo que ocurre con las otras garantías (prenda e hipoteca), la obligación garantizada no tiene que ser dineraria. Esto es así porque la retención no conduce a la ejecución o venta del bien. En las demás garantías la obligación garantizada siempre es dineraria porque el resultado de la venta (que es dinero) debe pagar la obligación.

Podrían ser obligaciones de hacer o de no hacer, que estando impagas den lugar a la retención como un medio para incentivar el cumplimiento. “Si no ejecutas el servicio no te entrego el bien” y “si no cumples la abstención no te entrego el bien”.

En el escenario de la retención hay dos obligaciones que debemos reconocer claramente. Una la obligación debida que requiere garantía (obligación garantizada), y otra la obligación de devolver el bien a su titular (esta obligación es de cargo del acreedor de la primera). Pues bien, la obligación garantizada debe estar vencida, es decir debe ser exigible. El acreedor no puede negarse a la entrega del bien si su crédito aún no es exigible. Asimismo, si la obligación de entrega del bien aún no está vencida, la negativa a su entrega no se podrá sustentar en la retención sino simplemente en el cumplimiento de las condiciones de devolución.

¿Por qué no se puede ejercer la retención si la obligación no está vencida? En realidad, no existe norma expresa que limite la retención en el sentido indicado, pero se puede concluir de varias de sus normas que el ejercicio de este derecho supone la exigibilidad de la obligación. Así, tenemos los artículos 1126 y 1127 del Código Civil que al referirse al ejercicio de este derecho tiene como medida la satisfacción de la deuda o el pago. Pues bien, no puede haber satisfacción ni pago si es que la

---

La obligación que justifica la retención es cualquiera que tenga contenido patrimonial. A diferencia de lo que ocurre con las otras garantías (prenda e hipoteca), la obligación garantizada no tiene que ser dineraria.

---

obligación no es exigible. Además, en la medida que para la retención no se requiere que la obligación de devolver el bien esté en relación de reciprocidad con la obligación de pagar el crédito (es decir, se pueden tratar de prestaciones autónomas), cada una es exigible en los términos que surjan del título. Por ejemplo, si la obligación impaga no es exigible aún, pero ya lo es la obligación de devolver el bien al deudor de la primera, deberá entregarse el bien sin demora. Sin embargo, si por cualquier razón el bien no se entrega y se hace exigible la otra obligación, entonces la retención será viable.

Permitir la retención del bien por obligaciones no exigibles equivale a adelantar los términos señalados en el título, dado que la retención solo termina con el pago o con la constitución de otra garantía. ¿Por qué tendría que pagar o constituir garantía si esa no era una condición del título de la obligación? Precisamente, el fundamento es que la obligación debe ser exigible y estar impaga.

La obligación no debe estar suficientemente garantizada significa que no tiene garantías reales (hipoteca, prenda y anticresis) o personales específicas (fianza y aval), o que teniéndolas, estas son insuficientes. Una garantía real es insuficiente cuando el valor que se espera de la venta del bien no alcanza para cubrir el crédito, o cuando el gravamen es menor al valor de la obligación garantizada. En el caso de las garantías personales, la insuficiencia deriva de la fragilidad del patrimonio de los garantes o de su insolvencia. Cabe preguntarse si la situación de insuficiencia de la garantía debe sobrevenir o puede coexistir con el nacimiento de la obligación. Se podría decir que si el acreedor aceptó una situación de insuficiencia de garantía, mal puede ahora utilizar la retención para mejorar una situación aceptada por él. Sin

embargo, considero que siendo la retención un derecho que nace de la ley y que no hace distinciones en el terreno señalado, procederá igual la retención cualquiera que sea el origen temporal de la insuficiencia de la garantía.

### 1.2. El bien del deudor en poder del acreedor

Tiene que existir un bien o bienes del deudor en poder del acreedor. Son bienes que el retenedor tendría que haber devuelto o entregado de no mediar la obligación exigible señalada en el acápite anterior. Es decir, la obligación de devolver o entregar el bien debe ser exigible. Podríamos tratar de distinguir entre obligación de devolución y obligación de entrega. Habría obligación de devolver cuando el retenedor era un poseedor inmediato (correspondiendo la posesión mediata al deudor de la obligación garantizada), y obligación de entrega cuando el retenedor era poseedor pleno. Empero, esta distinción no encuentra sustento en la ley. En general, el retenedor simplemente evita la entrega de los bienes que debían ser puestos en poder de su titular.

Conforme al artículo 1124 del Código Civil, no procede la retención de bienes que al momento de recibirse estaban destinados al depósito o a ser entregados a un tercero. Ahora bien, según el artículo 1852 del Código Civil, el depositario (contrato de depósito) puede retener el bien hasta que se le pague lo que se le debe por razón de contrato. Por ello, la imposibilidad de ejercer la retención en caso de bienes destinados a depósito no se refiere al depósito a cargo del acreedor, sino al que se ha encargado a un tercero. Por tanto, la referencia a bienes destinados a depósito o a la entrega a terceros da cuenta de un mismo supuesto. Si el depositario es el mismo acreedor, este sí puede ejercer la retención.

Los bienes deben ser del deudor. El supuesto más simple es que los bienes pertenezcan al deudor (propiedad), pero se pueden presentar situaciones en que los bienes corresponden al deudor a título distinto, como es el caso del usufructo, la superficie, el uso, la habitación, etcétera. En estos casos, los bienes retenidos son los derechos desmembrados (que también son bienes conforme a lo dispuesto por los artículos 885 inciso 10 y 886 inciso 11 del Código Civil), siempre que los títulos que explican la desmembración estén vigentes frente al propietario, o que de ellos no se desprenda un poder de reivindicación anticipado del dueño, precisamente ante el hecho de la retención. Si el

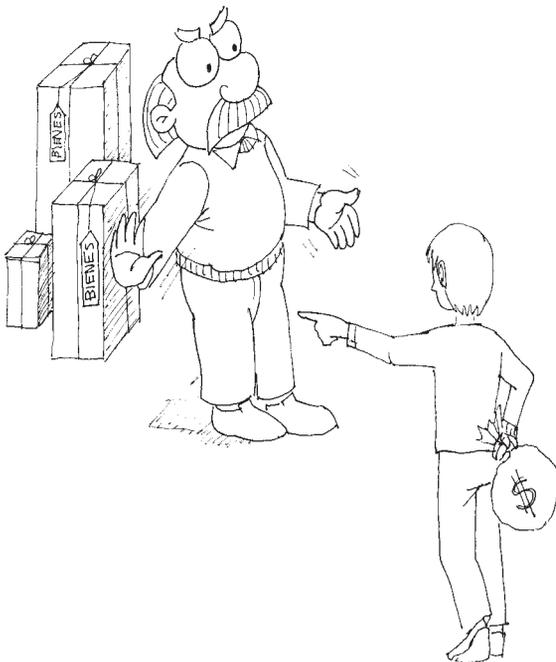
dueño de los bienes resolviera la relación en acuerdo con el deudor, luego de producida la retención, estaríamos ante una concurrencia de acreedores que tiene por pretendientes al acreedor (retenedor) y al propietario, lo cual se resolverá por las reglas de los artículos 1135 y 1136 del Código Civil según que el bien sea mueble o inmueble. No se aplica en estos casos la prohibición del artículo 1124, pues ella solo se refiere a los bienes que al tiempo de recibirse ya estaban destinados a otra persona, lo cual no ocurre cuando el título de la desmembración está plenamente vigente.

¿Los bienes deben llegar a manos del acreedor en razón de algún título justo? No necesariamente. Existe un supuesto de retención especial en el régimen de “mejoras” que permite la retención del bien incluso al poseedor ilegítimo. En el régimen general de la retención, las normas no son concluyentes, solo basta que exista relación entre el bien que se retiene y el crédito que se garantiza. Esa conexión que exige la ley no significa que medie un justo título en la adquisición del bien. Por ejemplo, si un vehículo fuera de control atraviesa las murallas de mi predio causando daños, estimo que la víctima podría retener el vehículo en garantía de la reparación del daño; sin embargo, en ese caso el bien no ingresó a la esfera del acreedor mediando título alguno.

### 1.3. La ley dispone la retención, si esta no la establece procede la garantía cuando hay conexión entre el crédito y el bien

Hay varios casos en los que la ley ha dispuesto la retención como un derecho del acreedor. En el pago de mejoras (artículo 918 del Código Civil), el depósito (artículo 1852 del Código Civil) y la mismísima prenda (artículo 1067 del Código Civil). Lo curioso es que en todos los supuestos donde la ley ha establecido la retención como derecho especial del acreedor, siempre existe conexión entre el bien y el crédito, de manera que hubiera bastado la definición general de este derecho para comprender a todos los supuestos de retención que nuestro ordenamiento parece admitir. En todo caso, si alguna norma señalara una retención especial donde tal conexión no existe, no se podría negar el nacimiento de este derecho.

De otro lado, ¿qué significa conexión entre el bien y el crédito? La relación que exige la ley entre uno y otro no puede referirse solo a la reciprocidad que eventualmente podría existir entre las



prestaciones debidas (“si no cumples no cumplo”), porque si así fuera la retención quedaría reducida al mismo supuesto de la “excepción de incumplimiento” prevista en el artículo 1426 del Código Civil. Un supuesto típico donde existe conexión y no reciprocidad es cuando el crédito debido se ha originado en un servicio sobre el bien, el cual debe ser devuelto una vez culminada la tarea. Si no se paga el servicio, el acreedor retiene el bien (es el caso del mecánico a quien no se le paga la compostura del vehículo).

La norma no señala el grado de conexión, de modo que basta que exista “alguna” relación entre el crédito y el bien. Por ejemplo, si el mandatario recibió ciertos bienes para cumplir el mandato (herramientas), podrá retenerlos si no se le paga el servicio. Lo mismo ocurre con los bienes que quedan en el ámbito del acreedor como consecuencia de un incidente que da lugar a una obligación de indemnizar (el vehículo que queda atrapado en el predio ajeno como consecuencia de una mala maniobra). También existe conexión cuando el acreedor recibió muestras o documentos que servirían para elaborar un presupuesto que luego dio lugar al servicio impago, procede la retención de tales muestras o documentos. Por supuesto también quedan comprendidos en la retención los

frutos del bien retenido pues la conexión es obvia. No es necesario tener una norma especial que haga comprender a los frutos como ocurre en la prenda (artículo 1977 del Código Civil). En fin, es un tema casuístico, lo importante es que la conexión que exige la ley no se agota en la reciprocidad, simultaneidad o conmutatividad de las prestaciones, va muchos más allá.

La conexión también podría derivar de un acuerdo previo, comprensivo de situaciones en las que el acreedor se hace de bienes del deudor por diversas circunstancias. Una suerte de cláusula global de retención, por la cual el deudor autoriza al acreedor a retener cualquier bien (suyo) que caiga en sus manos por cualquier causa, entendiéndose cumplida la conexión por el hecho de esta autorización.

Queda descartada la retención en los casos que no exista relación entre el bien y el crédito; por ejemplo, cuando el bien del deudor llega a manos del acreedor sin mediar hecho alguno que lo vincule con el crédito. Se podría discutir si los bienes que el deudor deja por error en el ámbito del acreedor pueden ser retenidos por este. El olvido no es lo que impide la retención, sino la falta de conexión. Mientras los bienes estén en poder del acreedor y dicho poder no derive de un acto ilícito del acreedor (no se justificaría que el acreedor se haga de los bienes mediante un hecho ilegal), este podrá retener (siempre que haya conexión). La conexión, como dijimos, puede ser muy amplia: si los bienes tienen algo que ver con el crédito, el acreedor podrá retener.

## 2. Oponibilidad de la retención

En primer lugar, hay que decir que la retención nace como derecho cuando se ejerce. Antes de retener, la situación jurídica del bien depende de la causa legal que explica su ubicación en el ámbito del acreedor. Una vez que el acreedor retiene, en ese momento adquiere el derecho real de garantía. Ahora bien, ¿cómo se retiene?, ¿qué se hace para retener? Como señala el artículo 1127 del Código Civil, la retención se ejercita extrajudicialmente rehusando la entrega del bien, y judicialmente deduciendo la defensa correspondiente ante el reclamo del dueño o titular del bien retenido.

¿Esto significa que antes del reclamo del titular del bien no es posible ejercer retención? Considero que sí es posible. Si bien el supuesto típico es el de la retención al momento de la reivindicación, nada

obsta para que el derecho se invoque antes que el titular reclame. Se trataría de un adelanto del acreedor que se dirige al deudor señalando que está reteniendo el bien y que no lo devolverá hasta que no se le pague. La generalidad de la norma contenida en el artículo 1127 inciso 1 me permite esta conclusión. Semejante corolario goza además de evidente sustento práctico, pues el incumplimiento del deudor se produce normalmente antes que este siquiera intente reclamar el bien. Por ello, el acreedor ya sabe que la retención le es útil antes que el reclamo se produzca.

Admitir que la retención puede nacer antes del reclamo del deudor, es importante para determinar el momento en que surge la calidad posesoria del acreedor, quien ya podría estar actuando sobre el bien aunque no se le hubiese reclamado la devolución, así se le permitiría hacer valer su derecho frente a terceros. Antes de la retención, el acreedor puede haber sido poseedor o no (dependerá de cómo actuó sobre el bien), pero luego de la retención definitivamente es poseedor.

El retenedor es poseedor en tanto se comporta como titular de un derecho (el derecho de retención), es decir el retenedor no es poseedor porque actúa como propietario (lo que no le corresponde hacer), sino porque se comporta como retenedor. Así como es poseedor quien se comporta como arrendatario, o como superficiario, como usufructuario o como acreedor prendario, el retenedor que actúa como tal es poseedor. Ejercer la retención es ejercer de hecho algunos atributos de la propiedad, aunque por cierto no todos los atributos (artículo 896 del Código Civil).

Siendo el retenedor un poseedor, puede ejercer los derechos que derivan de la posesión y hacer oponible su condición jurídica no solo frente al titular del bien, sino también ante terceros. Si el bien le es arrebatado podrá interponer interdictos, gozará de presunciones, tendrá derecho al reembolso de las mejoras. En fin, gozará de todos los efectos de la posesión. La primera forma como se aprecia la oponibilidad de la retención es a través de la posesión y sus efectos.

Sin embargo, la posesión no es un mecanismo absoluto de oponibilidad. Existen una serie de normas que hacen ceder a la posesión frente a otras fórmulas, la más importante es sin duda la inscripción del derecho en los Registros Públicos. Veamos las normas especiales de retención sobre este tema.

Según el artículo 1128 del Código Civil, para que la retención surta efectos frente a terceros debe inscribirse en el Registro. La norma no lo dice pero obviamente esta es una inscripción que no requiere la participación del titular del bien, pues la retención es en sí misma un acto unilateral. La norma ratifica en parte la regla que se sigue para todos los derechos reales sobre inmuebles. Los derechos solo son oponibles si se han inscrito. Si el derecho no está registrado debe ceder ante quienes sí tienen derechos inscritos.

Ahora bien, el artículo 1128 solo parece ocuparse de la oponibilidad de la retención frente al adquirente a título oneroso del bien. Mas aun, la norma se refiere concretamente al adquirente de la propiedad, empero, como sabemos los conflictos entre el retenedor y los terceros no se agotan en la presencia de un adquirente a título oneroso de la propiedad. ¿Qué pasa cuando el retenedor se enfrenta a otros titulares (usufructuarios, superficiarios, etcétera) o cuando dichos adquirentes no son a título oneroso? Considero que en tales supuestos se deben aplicar las normas sobre concurrencia de acreedores. Artículo 1135 para inmuebles y artículo 1136 para muebles. Es decir, el retenedor de inmuebles solo será vencido por los adquirentes que hayan inscrito su adquisición de buena fe y si nadie ha registrado por el adquirente que cuente con título cierto más antiguo que el suyo. Si el bien retenido es mueble, el retenedor ganará siempre que tenga buena fe al ejercer la retención. Su buena fe significa que al tiempo de retener debe ignorar si el bien se había comprometido a favor de un tercero.

De otro lado, el artículo 1129 del Código Civil señala que la retención no impide el embargo y remate del bien, pero el adquirente no puede retirarlo del poder del retenedor sino pagando la obligación garantizada, salvo la preferencia hipotecaria. En realidad, es una norma imprecisa, que bajo la apariencia de ocuparse integralmente de un tema termina describiendo solo un supuesto muy concreto de oponibilidad en la retención. Veamos.

La norma se ocupa del enfrentamiento entre la retención y un derecho de garantía no oponible a ella (derecho generado con posterioridad o un derecho que fue vencido en la concurrencia de acreedores). Por supuesto, en tal caso no se impide el remate, pero se debe respetar la preferencia de la retención, lo que supone mantener la posesión del retenedor salvo que se extinga su garantía pagando la obligación garantizada. Quedan sin

mención todos los demás supuestos en los que la retención se enfrenta a otras garantías u otros derechos, situación en la cual (ya adelanté) se deben aplicar las normas de concurrencia de acreedores (artículos 1135 y 1136 del Código Civil). Si la retención se enfrenta a derechos que son oponibles a ella, el retenedor deberá entregar el bien.

La retención es un derecho real que comparte la estructura de todos los derechos sobre bienes ciertos, por ello requiere que su titular pueda seguir

el bien donde se encuentre, y que la titularidad sea conocida por todos. Con el usufructo y la propiedad adquirida por usucapión, es uno de los pocos derechos patrimoniales que nacen unilateralmente. Constituye un instrumento de apremio legítimo que los operadores deberían usar más a menudo, sin quedarse en los supuestos tradicionales y adelantándose a los acontecimientos. Cualquier bien puede ser retenido a favor de cualquier obligación vinculada. Acreedores: ¡manos a la obra! 

