

El derecho de retención sobre bienes muebles

Una garantía en ascenso

Esther Gómez Calle

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid
Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado (REDPEC)

*Abstract**

El derecho de retención posesoria sobre bienes muebles es regulado en los [Códigos civil y de comercio españoles](#) de una forma fragmentaria y casuística, en una serie de artículos que se han mantenido a lo largo de los años al margen de cualquier reforma legislativa; tan sólo en alguna ley especial ha habido algún cambio en este ámbito, y únicamente para establecer algún nuevo supuesto de retención. Sin embargo, tanto dentro como fuera de nuestro país han podido apreciarse en los últimos años movimientos muy significativos en esta materia, inscritos en ocasiones en reformas o iniciativas más ambiciosas, afectantes al Derecho de las garantías mobiliarias, cuyo papel se ha visto indudablemente reforzado a raíz de la crisis inmobiliaria que ha venido afectando a las principales economías del mundo últimamente. A resultas de ello se constata que el derecho de retención posesoria es objeto de una renovada consideración y que existe una clara tendencia a regularlo de forma unitaria y a reforzar su eficacia jurídica al objeto de potenciar su función garantista. En este proceso resulta muy significativa la aportación del [Draft Common Frame of Reference](#), cuyo Libro IX se dedica a regular las garantías reales sobre bienes muebles, incluyendo entre ellas al derecho de retención de la posesión. Por el indudable impacto que está llamado a tener este texto académico en los ordenamientos de los Estados miembros de la Unión Europea y el detalle con que regula este derecho, su análisis constituye el objeto central de este estudio, que también toma en consideración las regulaciones del derecho de retención en España y en otros países de interés.

The right of possessory retention over movable assets is regulated in Spain by the Civil and Commercial codes in a fragmented and case by case basis, in a series of articles that have not been amended beyond special laws and only to establish new causes of possessory retention. But it is possible to observe, both in and outside Spain, that there has been important reform proposals in the area of regulation of security interests, the role of which has increased in importance in light of the housing crisis that the main world economies are currently going through. As a result, possessory retention rights are being reevaluated and today there is a clear tendency to regulate them as a whole and to enhance their legal effectiveness in order to strengthen their role as a collateral. In this process the contribution of the Draft Common Frame of Reference is very important. In its Title IX it regulates security interests, including possessory retention rights. The central object of this paper is the analysis of the detailed regulation included in the DCFR in light of the impact that such text will have on the legal systems of the different European member states as well as the study of the Spanish regulation of possessory rights and of the regulation of other countries which could be of interest

Title: The right of possessory retention over movable assets. A security interest on the rise

Palabras clave: derecho de retención posesoria sobre bienes muebles, derecho de garantía posesoria, derecho de garantía, garantía real, DCFR

Keywords: Right of Possessory Retention over Movable Assets, Possessory Retention Right, Guarantees, Security Interest, DCFR

* Este trabajo se inscribe en el Proyecto de Investigación "Las garantías reales mobiliarias en el Derecho europeo y comparado" (DER2008-05222/JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

Sumario

1. Consideraciones introductorias
 - 1.1. Caracterización general del derecho de retención
 - 1.2. El reconocimiento jurídico positivo del derecho de retención en algunos de los modelos más recientes del Derecho comparado y en el Derecho español
 - 1.3. Algunas conclusiones básicas del análisis comparado
 - a. Modelo de regulación general frente a modelo de regulación casuística
 - b. Cuestiones jurídicas relevantes y principales divergencias
 - c. La tendencia al reforzamiento del derecho de retención
2. El derecho de retención en el Draft Common Frame of Reference
 - 2.1. Introducción
 - 2.2. Constitución
 - a. Constitución y eficacia frente a terceros
 - b. Los requisitos para la constitución del derecho de retención
 - c. Los derechos de retención de origen legal
 - d. El papel del principio de la buena fe
 - e. La adquisición *a non domino* del derecho de retención
 - f. La extensión del derecho de retención a ingresos provenientes del bien gravado
 - 2.3. La cobertura de la garantía
 - 2.4. Eficacia frente a terceros
 - 2.5. La colisión del derecho de retención con otros derechos reales limitados o con acreedores del garante que instan la ejecución del bien retenido: reglas de prioridad
 - a. La prioridad del derecho de retención en conflicto con otros derechos reales sobre el mismo bien
 - b. Excepciones a la prioridad del derecho de retención
 - c. La prioridad del derecho de retención sobre frutos y utilidades del bien retenido
 - d. La colisión entre el derecho de retención y el derecho de los otros acreedores del garante a ejecutar el bien retenido
 - e. La permuta de rango
 - 2.6. El derecho de retención en la fase anterior al incumplimiento
 - 2.6.1. Delimitación de esta fase
 - 2.6.2. Principios generales
 - 2.6.3. La posición jurídica del garante
 - 2.6.4. La posición jurídica del acreedor con derecho de retención
 - a. Obligación de información
 - b. Obligaciones de guarda y conservación; el uso del bien retenido
 - c. Facultad de poseer
 - d. ¿Facultad de arrendar?
 - e. Facultad anticrética
 - f. Facultad de aseguramiento
 - g. Facultad de disposición sobre el derecho garantizado
 - 2.6.5. La cesión del derecho asegurado
 - 2.6.6. La transmisión del bien gravado
 - 2.7. La extinción del derecho de retención

- a. Causas de extinción
- b. Efectos de la extinción
- 2.8. El derecho de retención en la fase de ejecución de la garantía
- 2.8.1. Reglas generales
 - a. Carácter imperativo de la regulación
 - b. Presupuestos para la ejecución de la garantía
 - c. Ejecución judicial y ejecución extrajudicial
 - d. La tutela de los intereses injustificadamente lesionados con ocasión de la ejecución
 - e. La prohibición del pacto comisorio y sus excepciones
 - f. La facultad de redención mediante el pago de lo debido
 - g. Particularidades de la ejecución cuando el garante es un consumidor
- 2.8.2. Ejecución extrajudicial
 - a. Las vías de realización del valor del bien retenido
 - b. En particular, el arrendamiento
 - c. En particular, la venta o disposición del bien retenido
 - d. En particular, la apropiación del bien retenido por el acreedor
- 2.8.3. Ejecución judicial
- 3. Bibliografía
- 4. Tabla de jurisprudencia citada

1. Consideraciones introductorias

1.1. Caracterización general del derecho de retención

En términos generales, y sin perjuicio de los matices precisos a la luz de cada ordenamiento jurídico, el derecho de retención puede conceptuarse como la facultad que ostenta el legítimo poseedor de un bien ajeno para, llegado el momento en que debe restituirlo a quien corresponda, retenerlo en su poder en tanto no se le satisfaga el crédito del que es titular por razón del bien poseído. De este modo se entrecruzan dos diferentes obligaciones (DÍEZ-PICAZO 2008, p. 474). Por un lado, se encuentra la obligación del poseedor del bien ajeno, de devolverlo una vez que la situación o causa que le autorizaba a poseerlo desaparece (deuda de restitución); el acreedor de esta obligación es el legitimado para reclamar el bien a quien lo posee, sea por la relación jurídica que le une a éste (por ejemplo, un contrato en cuya ejecución se ha producido el traspaso posesorio), sea por tener la condición de propietario del bien. Por otra parte, el retentor ostenta por razón del bien retenido un crédito cuyo origen se encuentra, por regla general, en los gastos hechos en la cosa o por razón de ella, en los daños que su detención le ha ocasionado, o en la prestación de un servicio en relación con la misma (crédito de reembolso).

Esto último pone de relieve que normalmente existe una conexión entre la cosa retenida y el crédito del retentor, conexión que suele apuntarse como uno de los presupuestos del derecho de retención. Tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre una conexión jurídica y una material, de modo que lo habitual es que los ordenamientos, al regular el derecho de retención, prevean supuestos reconducibles a uno y otro tipo de vinculación, o directamente aludan a una u otra como categorías generales. La conexión jurídica existe cuando el crédito deriva de una relación jurídica en virtud de la cual se tiene la posesión de la cosa, esto es, el crédito y la detención de la cosa derivan de una misma relación jurídica (así, el crédito de quien ejecuta una obra en un bien mueble ajeno, por el importe de su retribución); la conexión material se da en los créditos nacidos con ocasión de la cosa retenida, que derivan de gastos hechos en ella o por ella, o de daños sufridos con ocasión de su posesión (por ejemplo, el crédito para el reembolso del precio pagado por la cosa o de los gastos hechos en ella por un poseedor de buena fe que resulta vencido en una acción reivindicatoria): PIETTE (2009, p. 186). Ambos tipos de conexión pueden coincidir en casos concretos (como cuando la reparación del bien ajeno por la persona contratada al efecto comporta gastos para él).

El derecho de retención autoriza a no entregar el bien debido en tanto el acreedor del mismo no satisfaga al poseedor el crédito que ostenta precisamente por razón de ese bien. De este modo, su función es compeler a quien desea recuperar el bien retenido a satisfacer el crédito del retentor. Lo dicho serviría para una caracterización de mínimos del derecho de retención ya que diversos ordenamientos lo conciben en términos más amplios, tanto en cuanto a su ámbito de aplicación como en cuanto a su eficacia jurídica, como podremos ver.

1.2. El reconocimiento jurídico positivo del derecho de retención en algunos de los modelos más recientes del Derecho comparado y en el Derecho español

1. En efecto, aun con notables diferencias reguladoras, el derecho de retención es reconocido en múltiples ordenamientos jurídicos y también en diversos instrumentos de carácter internacional redactados recientemente con propósitos armonizadores. Entre estos últimos se encuentra el *Draft Common Frame of Reference (DCFR)* elaborado, como es bien sabido, por el *Study Group on a European Civil Code* y el *Research Group on EC Private Law (Aquis Group)*; del DCFR resulta una regulación muy detallada del derecho de retención posesoria, al que se configura como un derecho real de garantía [art. IX.-1:102 (2) (c) DCFR] que confiere a su titular la facultad de realizar el valor de bien para cobrarse con preferencia [art. IX.-1:102 (1) DCFR]; por eso y por la incidencia que con toda probabilidad van a tener sus reglas en la órbita europea en los próximos tiempos a pesar de su carácter puramente académico, es por lo que este trabajo se centra en su análisis en particular. Con todo, no cabe dejar de mencionar en el mismo ámbito internacional la [Guía legislativa sobre las operaciones garantizadas elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional \(CNUDMI\)](#), aprobada el 14.12.2007; esta Guía no omite aludir al derecho de retención de la posesión en un par de párrafos de su Capítulo I (el 60 y el 61), al referirse a los “instrumentos de garantía tradicionales” y, dentro de éstos, a las “garantías reales sobre bienes muebles”².

2. En cuanto a los ordenamientos nacionales de nuestro entorno, es de destacar que el derecho de retención ha sido objeto de algunas recientes reformas. Así, el nuevo [CC holandés de 1992](#) dedica una sección específica a establecer su régimen general (la Sección 4 del Título 10 del Libro 3: arts. 3:290 a 3:295) y refuerza muy notablemente su eficacia en comparación con el Código anterior, al dotarlo expresamente de efectos frente a terceros (art. 3:291 CC) y de preferencia a la hora de satisfacerse el retentor con el valor del bien retenido (art. 3:292 CC) (al respecto véase ZWITSER (2002, pp. 92 y 93). También en Francia se han producido ciertos cambios en la regulación del derecho de retención, 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, es el nuevo Libro IV del [CC francés](#), rubricado *Des sûretés*³; este Libro 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; se trata del art. 2286, en el que por primera vez el legislador francés ha establecido algunas reglas de carácter general sobre este derecho (acerca de su constitución y extinción), regulado hasta entonces únicamente de forma fragmentaria⁴. Tal y como el precepto

² En cambio, la [Ley Modelo Interamericana sobre Garantías Mobiliarias](#), aprobada en 2002 por la Organización de Estados Americanos, ha optado por no mencionar específicamente el derecho de retención.

³ En Derecho francés se utilizan dos conceptos distintos, el de *sûreté* y el de *garantie*, cuyo significado conviene aclarar; *sûreté* alude a lo que nosotros entendemos por garantía de un derecho de crédito, y comprende tanto las garantías personales como las reales; *garantie* es una noción más amplia, equivalente a medida de protección del crédito.

⁴ En un principio el CC francés optó por consagrar el derecho de retención en una serie de casos concretos; la jurisprudencia fue ampliándolos progresivamente aunque exigiendo, para evitar abusos, la existencia de una

se redactó en 2006, 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 cosa⁵; a ellos sumó un cuarto supuesto 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 posesorio⁶.

3. Dentro de nuestro país, se da la circunstancia de que 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; en adelante, LCAV)]; salvo por la última incorporación de un derecho de retención en la LCAV, se trata de una normativa que no ha experimentado cambio alguno. En ella el derecho de retención no se configura como un derecho real de garantía.

Particularmente polémica resulta la consideración que merecen los supuestos contemplados en los arts. 1600, 1730 y 1780 CC. Según el art. 1600, quien ejecuta una obra en cosa mueble “tiene el derecho a retenerla en prenda hasta que se le pague”; el art. 1730 autoriza al mandatario a retener en prenda las cosas objeto del mandato hasta que el mandante le abone la debida indemnización de los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato así como las cantidades que hubiera anticipado para su ejecución (en los términos previstos por los arts. 1728 y 1729 CC) ; por último, el art. 1780 permite al depositario retener en prenda la cosa depositada hasta el completo pago de lo que se le deba por razón del depósito (cuando menos, los gastos de conservación y la indemnización de perjuicios contemplados por el art. 1779 CC). Se trata de supuestos usualmente considerados por el legislador al regular los supuestos legales del derecho de retención [véanse, por ejemplo, en relación con el mandato, el § 273.2 en relación con el § 670 *Bürgerliches Gesetzbuch* (en adelante, BGB), el art. 2761.2 en combinación con los arts. 2761.4 y 2756.3 CC italiano, o el art. 755.1.c) CC portugués; o, respecto del depositario, el art. 1948 CC francés, el art. 2761.3 en relación con los arts. 2761.4 y 2756.3 CC italiano, el art. 755.1.e) CC portugués o el art. 2218 CC argentino; los efectos de estos derechos de retención varían de unos ordenamientos a otros]. Pero el hecho de que el legislador español haya empleado en los artículos

conexión material o jurídica entre el crédito y la cosa retenida por el acreedor; el nuevo art. 2286 CC tomó en buena medida el testigo de esa jurisprudencia, pero junto a él siguen subsistiendo en el Derecho galo casos concretos de derecho de retención (arts. 570, 862, 1673.I, 1749, 1948 ó 2277 CC, aparte de otros preceptos en otros textos normativos) (en este punto puede consultarse SIMLER y DELEBECQUE (2009a, pp. 511-513, marginales 583 y 584).

⁵ Esa conexión puede ser convencional (por entrega al acreedor de una cosa hasta el pago de su crédito; aquí se considera incluido el derecho de retención del titular de una prenda con desplazamiento posesorio, entre otros), jurídica (crédito derivado del contrato que obliga a entregar la cosa) o material (crédito nacido con ocasión de la detentación de la cosa) –núms. 1º a 3º del art. 2286 CC francés–.

⁶ Éste último supuesto se ha visto afectado por la Ordenanza de 18.12.2008, tras la cual resulta que como regla general el derecho de retención en este caso concreto es inoponible en los procedimientos colectivos de ejecución (sobre este particular, SIMLER y DELEBECQUE, 2009b, p. 27).

citados la expresión “retener en prenda” ha desatado entre nosotros una considerable controversia que divide a la doctrina; así, para una opinión, el legislador emplea aquí la referida expresión en un sentido vulgar, de modo que los preceptos citados no hacen sino consagrar un simple derecho de retención⁷; para otra, estaríamos ante un verdadero derecho de prenda de origen legal⁸. No hace falta destacar la relevancia de las consecuencias prácticas de una u otra posición, no tanto por lo que se refiere a la facultad misma de retener y su oponibilidad *erga omnes*, que suele admitirse también por la primera opinión, sino por la facultad de realización de valor y cobro preferente ínsita en la prenda; en este sentido, la SAP Valencia, Secc. 11ª, 22.7.2004 (JUR 2005/9685; MP: José Alfonso Arolas Romero) observa cómo independientemente de que el derecho de retención del art. 1780 CC se configure como derecho personal o como derecho real, el mismo goza de eficacia *erga omnes*, admitiendo en consecuencia su oponibilidad al adquirente de la mercancía depositada. No es éste el lugar para detenerme en esta cuestión, pero personalmente me inclino por la tesis de la prenda legal; como ha expuesto brillantemente MIQUEL GONZÁLEZ (2010, pp. 230, 231 y 238 en un sentido general, y pp. 231 a 233, refiriéndose a la retención en prenda en el CC), el jurista debe valerse en su tarea hermenéutica de dos instrumentos básicos, los textos de las fuentes y la razón; no parece de recibo asumir sin más que el legislador emplea en sentido vulgar un concepto técnico; antes bien, habrá que partir de que el legislador es consciente del sentido técnico de los términos que emplea, y a quien en un caso concreto sostenga una interpretación contraria incumbirá demostrarlo. En mi opinión, esto no lo consiguen los argumentos apuntados por la doctrina que defiende que los arts. 1600, 1730 y 1780 CC consagran un simple derecho de retención; y, sin embargo, los que avalan la posición contraria (argumentos literal, histórico, sistemático y finalista⁹) sí demuestran que la expresión que se repite en los tres preceptos se emplea en su sentido propio y técnico. El TS, por su parte, ha tomado claro partido a favor de la tesis de la prenda legal [SSTS, 1ª, 16.6.1970 (RJ 1970/2925; MP: Baltasar Rull Villar) y 7.7.1987 (RJ 1987/5185; MP: Antonio Sánchez Jaúregui), cuya doctrina sigue también la SAP Barcelona, Secc. 13ª, 13.5.2002 (JUR 2002/188156; MP: Isabel Carriedo Mompín)]; de ahí que el TS sólo considere aplicable la retención en prenda a los bienes muebles [STS, 1ª, 16.6.1970 (Ar. 2925)].

También dan lugar a interpretaciones encontradas varios de los artículos del Código de comercio que reconocen derechos de retención; tal es el caso, por ejemplo, de los arts. 276 (a favor del comisionista) y 704 CCo (a favor del capitán del buque en el contrato de fletamento), en los que algunos autores ven consagrado un derecho legal de prenda antes que un simple derecho a retener la posesión de un bien ajeno¹⁰.

⁷ Así –refiriéndose algunos autores a los tres casos y otros sólo a alguno de ellos–, BELTRÁN DE HEREDIA Y ONÍS (1955, pp. 65 y 66), GÓMEZ CALERO (1966, pp. 1076 y ss.), GORDILLO CAÑAS (1993, p. 1576), LÓPEZ Y LÓPEZ (1976, p. 121), JORDANO FRAGA (1987, pp. 4778-4782), ÁNGEL YAGÜEZ (1988, pp. 521 y ss.), GARRIDO (1998, p. 1812), LUCAS ESTEVE (2002, pp. 1022-1023), ALBADALEJO (2004, pp. 252-253), CARRASCO, CORDERO y MARÍN (2008, pp. 158-159), entre otros muchos. BADOSA COLL (1993, p. 1691) llega a un resultado similar, apuntando la posibilidad de entender la expresión “retención en prenda” como una retención que sólo faculta para conservar la posesión, sin efecto anticrético ni facultad de realización del valor.

⁸ SANTOS BRIZ (1972, pp. 406-407), POZO CARRASCOSA (1989, pp. 129 y ss.) (para el caso de que el depositante sea dueño de la cosa depositada), ABRIL CAMPOY (1994, pp. 1892 y ss.), BERMEJO GUTIÉRREZ (2002, pp. 170 y 172 a 174), y MIQUEL GONZÁLEZ (2010, pp. 231- 233).

⁹ Al respecto, especialmente, POZO CARRASCOSA (1989, pp. 113 y ss.), y ABRIL CAMPOY (1994, pp. 1893 a 1897), también MIQUEL GONZÁLEZ (2010, pp. 232-233).

¹⁰ VIÑAS MEY (1922, p. 115), respecto de ambos; BERMEJO GUTIÉRREZ (2002, pp. 170, 172, 174 y 175), concuerda con esta opinión sólo respecto del art. 276 mas no respecto del art. 704; también hay quien ni siquiera en el art. 276 ve reconocido a favor del retentor derecho alguno de ejecución, como BARRERA LLORCA (2002, p. 1135).

4. En nuestro país es el Derecho civil catalán el que ha llevado a cabo una reforma más profunda en la materia que nos interesa, en la que en un lapso de quince años se han promulgado tres leyes sucesivas, cada una de las cuales ha ido sustituyendo a la normativa precedente: la [Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble](#) (BOE núm. 8, de 9.1.1992; en adelante, LGP), que –además de la prenda– reguló el derecho de retención de forma innovadora en comparación con las normas vigentes hasta entonces en Cataluña y con las del CC; la [Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía](#); BOE núm. 180, de 29.7.2002; en adelante, LDRG), que introdujo el derecho de retención sobre inmuebles, junto con la anticresis; y, por último, el [Libro Quinto del Código Civil de Cataluña](#) (en adelante, CCC), relativo a los derechos reales, y aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, Código Civil de Cataluña (Libro Quinto - Derechos Reales; BOE núm. 148, de 22.6.2006), que agrupa las figuras mencionadas además de la hipoteca¹¹; el derecho de retención es la primera de las garantías posesorias que se regulan en el CCC, donde se configura 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. 569-2.1.b y –por lo que respecta a los muebles– 569-7 CCC). Lo que no está tan claro es que esta facultad vaya acompañada de una preferencia de cobro a favor del retentor; el art. 569-2.4 CCC somete la atribución del 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. [Ley 22/2003, de 9 julio, concursal](#) [BOE núm. 164, de 10.7.2003; última modificación por Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo (BOE núm. 78, de 31.3.2009; en adelante, LC)]; el problema es que en ellas no se menciona el derecho de retención, que en el ordenamiento jurídico estatal no se configura como una garantía real (y ello pese a que la LC vio la luz muchos años después de que el ordenamiento catalán hubiese optado por configurar el derecho de retención como derecho real de garantía, cosa que hizo ya en la LGP: ver en particular el apartado II de su Preámbulo); sin perjuicio de las cuestiones que esta situación pueda plantear en cuanto a la legitimidad del legislador estatal para no tomar en cuenta la voluntad de un legislador autonómico de dotar de eficacia real, con todas sus consecuencias, a una determinada garantía¹², el resultado de la actual situación es que el propósito del legislador catalán de reforzar la eficacia de la garantía retentoria se vería seriamente truncado en la práctica, al no gozar su titular de ninguna preferencia de cobro¹³; a no ser que se interprete que el crédito garantizado con un derecho de retención mobiliario conforme al ordenamiento catalán debe considerarse como un crédito pignoraticio a los efectos que aquí interesan, habida cuenta que el derecho de retención mobiliario catalán se configura como una prenda de origen legal y que ni los arts. 1922.2º y

¹¹ Después aún ha habido un pequeño retoque en una de las reglas relativas al derecho de retención, el art. 569-10 CCC, para mejorar su redacción, por la disp. fin. 2ª de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del Libro Cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones (BOE núm. 190, de 7.8.2008).

¹² En este sentido, PANTALEÓN PRIETO (2004, p. 520) apunta que no resulta evidente que el Estado pueda ejercer su competencia exclusiva en legislación concursal de modo tal que “una figura que la correspondiente legislación autonómica haya configurado como garantía real no tenga reconocida la connatural preferencia en el ámbito del concurso”; en la misma línea, aunque más tajante, se pronuncia GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE (2008, p. 1782).

¹³ Así lo destaca, por ejemplo, LUCAS ESTEVE (2007, pp. 233-234); ver también FUENTES MARTÍNEZ (2001, p. 248), y CARRASCO PERERA y CARRETERO GARCÍA (2004, pp. 21-22).

1926.1º CC ni el art. 90.1.6º, primer inciso, LC, exigen que la prenda sea de constitución voluntaria para dotarle de preferencia¹⁴; de acuerdo con esta tesis, los arts. 89.2 *i. f.* LC y 1925 CC habrían de interpretarse en el sentido de que las garantías que, pese a tener una denominación distinta, tengan los mismos efectos que las contempladas en ambos textos legales, deben considerarse incluidas en su ámbito normativo¹⁵ ¹⁶. Por otra parte, el hecho de que otras reglas de la LC se refieran genéricamente a las garantías reales (por ejemplo, el art. 56, relativo a la paralización de las ejecuciones de garantías reales) justificaría su aplicabilidad al acreedor con un derecho de retención configurado como tal, como es el catalán¹⁷.

1.3. Algunas conclusiones básicas del análisis comparado

Un repaso comparado de diversas regulaciones del derecho de retención, en su mayoría procedentes de nuestro entorno, permite sintetizar algunas conclusiones que paso a detallar.

a. Modelo de regulación general frente a modelo de regulación casuística

En el ámbito de la técnica legislativa, encontramos dos modelos en el Derecho comparado: un modelo de regulación general y en principio unitario del derecho de retención, compatible con la eventual consideración de supuestos concretos de aplicación del derecho, y un modelo de regulación casuística y diferenciada, carente de reglas de alcance general. El primero (en cuya aplicación fue pionero el CC argentino de 1869, en sus arts. 3939 a 3946)¹⁸ es el que se ha impuesto en las regulaciones más recientes del derecho de retención (aparte de en el DCFR, en los casos catalán, holandés y francés, aunque en este último la normativa general sea bastante escueta); es el modelo que predomina: lo siguen también los Derechos alemán [donde las normas generales del § 273.1 y 3 y del § 274 BGB se integran con otras reglas más específicas, como las de los §§ 273.2, 1000 y 2022, 972 ó 175 BGB y los §§ 88 a II y 369 y ss. *Handelsgesetzbuch* (en

¹⁴ En esta línea, por ejemplo, ABRIL CAMPOY (1994, pp. 1923-1924), PANTALEÓN PRIETO (2004, pp. 520-532), BARRADA ORELLANA (2005, p. 459), ANDERSON (2006, pp. 496-501), MIRAMBELL I ABANCÓ (2006, pp. 126-127), REPRESA POLO (2006, pp. 548-549), y GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE (2008, p. 1782).

¹⁵ GIMENO GÓMEZ-LAFUENTE (2008, p. 1782) y, parecidamente, BARRADA ORELLANA (2005, p. 461).

¹⁶ Otra posible solución sería que el legislador autonómico optara por llamar así, prenda legal, a lo que ahora denomina derecho de retención FUENTES MARTÍNEZ (2001, pp. 260-261).

¹⁷ CARRASCO PERERA y CARRETERO GARCÍA (2004, p. 22) y ANDERSON (2006, pp. 501-503). La SAP Barcelona, Secc. 15ª, 5.10.2006 (JUR 2007/145340; MP: Blas Alberto González Navarro), en un caso en el que era aplicable la LDRG, se opone claramente a estas interpretaciones alternativas de la normativa estatal y sostiene tajantemente que, al no haberse considerado el derecho de retención como privilegio de ningún tipo por el legislador concursal, “se impone la consideración del crédito así garantizado como crédito ordinario”; según la misma sentencia, esto determina, además, que su titular tampoco goce del derecho de ejecución separada, que sólo se reconoce a los créditos con garantía real que gocen de privilegio especial, pues, según señala, “si reconociéramos este derecho de ejecución al titular de un crédito con garantía real, que no goza de privilegio especial, le estaríamos reconociendo de facto este privilegio, alterando la par conditio creditorum...”.

¹⁸ MOISSET DE ESPANES (1991, pp. 8, 10 y 18).

adelante, HGB)], portugués (arts. 754 a 761 CC), suizo (arts. 895 a 898 CC) o, por poner un último ejemplo fuera de nuestro continente, japonés (arts. 295 a 302 CC).

En este sentido, valdría la pena cuestionarse la conveniencia de mantener un modelo como el español (que se aplica también en el CC italiano –arts. 1152 y preceptos que cita, y arts. 2756 ó 2761– y en la Compilación navarra –Leyes 362, 420 ó 541–), que, por su casuismo, no contempla explícitamente todas las cuestiones que el derecho de retención plantea, ni siquiera aquéllas que son fundamentales, como la de su eficacia frente a terceros.

Así lo pone de relieve la STS, 1ª, 24.6.1941 (RJ 1941/758) al señalar que “... en el Derecho positivo español no se ha construido una teoría del derecho de retención ni se ha cuidado de agrupar bajo una rúbrica común todos los supuestos que en el C. C. y en el de Comercio aluden a él, lo que constituye una dificultad de importancia para señalar, abstrayéndolas de los supuestos concretos en que se regula, sus características esenciales, así con referencia a las partes a quienes directa e inmediatamente afecta, como a los que merecen el concepto de terceros...”.

Una normativa de tipo general permite dar respuesta a todas las cuestiones que suscita el derecho de retención y, además, regular unitariamente todas las que no merezcan un tratamiento diferenciado en consideración al origen del derecho o de la obligación garantizada (por ejemplo, las causas específicas de extinción del derecho de retención, o su posible sustitución por otra garantía); que haya una regulación general no impide, además, que puedan establecerse reglas especiales para casos particulares y a efectos concretos (ofrecen ejemplos de ello los Derechos alemán y francés; así, en el primero, tanto la regla general de que el derecho de retención no comprende la facultad de realizar el valor de la cosa como la de que es ineficaz en casos de insolvencia, admiten excepciones; y, en el segundo, la general oponibilidad del derecho de retención en los procedimientos colectivos de ejecución se excluye en algún supuesto concreto). Esto significa que una regulación de tipo general no ha de traducirse necesariamente en una concepción monolítica del derecho de retención, sino que es compatible con la admisión de manifestaciones diversas del mismo, cada una con su peculiaridad¹⁹.

b. Cuestiones jurídicas relevantes y principales divergencias

1. En todas las regulaciones contempladas el derecho de retención mobiliaria suscita cuestiones jurídicas de índole similar: su naturaleza jurídica, cuestión sobre la que no cabe pronunciarse sino partiendo de las concretas normas que regulan ese derecho y de lo que de ellas se deduzca acerca de su contenido y eficacia; sus características, con particular atención a las notas de accesoriedad, indivisibilidad o posible sustitución de la garantía; sus presupuestos, básicamente la posesión de un bien ajeno por el retentor, el derecho de crédito del retentor, y la conexión entre el bien retenido y el crédito del retentor; la relación del derecho de retención con otras figuras afines pero de las que debe diferenciarse convenientemente (muy especialmente la excepción de contrato no cumplido) y con otros principios (en particular el de buena fe, como posible fundamento del derecho de retención al tiempo que límite a su ejercicio); su constitución, con una

¹⁹ Ver en esta línea las reflexiones de AYNÈS (2006, p. 1302), en relación con el Derecho francés tras la reforma de 2006 y, para antes de la reforma y en la misma línea, (2005, pp. 273 y ss., especialmente números 386-388 y 392).

mayoría de supuestos de origen legal y la admisión ocasional de un origen pactado; sus efectos, tanto por lo que afecta a las facultades que confiere a su titular como a su eficacia frente a terceros; y su extinción, con la debida determinación de sus posibles causas y consecuencias.

2. A varias de estas cuestiones tendré ocasión de referirme a lo largo de este estudio. No obstante, conviene dejar apuntado ya que las diferencias más significativas entre las distintas normativas se centran especialmente en dos aspectos: el ámbito de aplicación del derecho de retención mobiliaria y su eficacia jurídica.

3. En cuanto al ámbito de aplicación, encontramos una primera contraposición entre los sistemas que aplican el derecho de retención a cualquier prestación y los que lo circunscriben a la prestación consistente en la entrega de una cosa; el primer modelo es claramente minoritario; lo sigue, por ejemplo, el § 273.1 BGB, a cuyos efectos, consecuentemente, el derecho de retención no presupone una conexión entre el derecho de crédito del acreedor y la cosa debida por el mismo, sino una conexión entre las pretensiones de las partes GRÖSCHLER (2007, pp. 840-841, marginales 17 y 18).

Por otra parte, en diversos ordenamientos hallamos normas que, alejándose de lo que constituye la regla general, prescinden en ocasiones de la exigencia de conexión entre la cosa retenida y el crédito del retentor, para admitir que el derecho de retención garantice un crédito no derivado ni relacionado con la tenencia del bien retenido. En este punto es significativo el CC holandés, que al definir el derecho de retención en general no menciona la referida conexión (art. 3:290); esto supone que *inter partes* puede oponerse también por créditos anteriores (por ejemplo, el depositario podría hacerlo valer sobre los bienes depositados para forzar a la contraparte a que le pague, no sólo lo adeudado por el actual contrato de depósito, sino también por depósitos anteriores); además, al regular la eficacia del derecho de retención frente a los terceros que tengan un derecho sobre el bien retenido, se distingue según que el tercero hubiera adquirido su derecho antes o después de que naciera el crédito del acreedor y de que la cosa hubiera quedado bajo su control; sólo en el primer caso se exige que el crédito del retentor se refiera a la cosa retenida; así resulta del art. 3:291.2 CC holandés, que permite oponer el derecho de retención frente a quienes ostentaran sobre la cosa un derecho anterior, cuando el crédito del retentor derive de un contrato que el deudor estuviera facultado a celebrar respecto de la cosa o si el acreedor no tenía motivo para dudar de tal facultad (de este modo, si el dueño de un coche lo alquila y el arrendatario lo lleva a reparar, el garajista puede retenerlo frente al dueño hasta que se le pague la reparación, pero no podrá retenerlo para que se le paguen las reparaciones de otros vehículos); en cambio, a los terceros subadquirentes sí se les puede oponer el derecho de retención por deudas anteriores (art. 3:291.1 CC holandés), como regla general no exenta de excepciones (por ejemplo, si el dueño del coche lo lleva a reparar, el garajista puede retenerlo mientras no se le pague la última reparación y también las deudas anteriores, retención que puede oponer al comprador del coche pues, de otro modo, su dueño podría burlar el derecho de retención transmitiendo a un tercero el bien retenido) (ver al respecto ZWITSER (2002, pp. 95, 96 y 105; los ejemplos son de él).

La prenda gordiana (que admiten, por ejemplo, el CC –art. 1866.II–, la Compilación de Derecho

civil foral de Navarra –Ley 472– y el CC italiano –art. 2794.2–) es otro caso en el que se prescinde del requisito de conexión entre la cosa retenida y el crédito del retentor. En el Derecho alemán, que no acoge la prenda gordiana, no se exige dicha conexión para el derecho de retención entre comerciantes (§ 369 HGB) (KRÜGER, 2007, p. 652, marginal 99).

Finalmente, en los sistemas que admiten un derecho de retención de origen convencional se permite a las partes que lo establezcan en garantía de créditos provenientes de otros contratos (ver, en este sentido, el párrafo 61 del Capítulo I de la Guía legislativa sobre las operaciones garantizadas elaborada por la CNUDMI); así, según el ejemplo que pone esta Guía, “un banco quedaría exento de la obligación de restituir un conocimiento de embarque o un pagaré del cliente que obre en su poder o podrá denegar todo cobro reclamado en la cuenta del cliente si el cliente ha incurrido en mora en el reembolso de su crédito y si dicho cliente ha pactado con el banco un derecho de retención del conocimiento de embarque, del pagaré o de la suma depositada en su cuenta bancaria”; y, en efecto, la posibilidad de pactar un derecho de retención en garantía de créditos que carezcan de conexión material y jurídica con el bien retenido se considera admisible en Derechos como el francés ALBIGES y DUMONT-LEFRAND (2009, p. 220, marginal 362), el alemán HEINRICHS (2008, p. 331, marginal 1) o el español ALBADALEJO (2004, p. 253)²⁰.

4. Por lo que se refiere a la eficacia del derecho de retención mobiliaria, varía notablemente de unos ordenamientos a otros e incluso, a veces, dentro de un mismo ordenamiento, de unos casos a otros. El arco de posibilidades va desde derechos de retención que únicamente confieren a su titular la facultad de resistirse a la entrega de la cosa debida, si bien, con frecuencia, con efectos frente a terceros (o, al menos, a ciertos terceros), hasta derechos que se asimilan en su eficacia al derecho de prenda, facultando a su titular para realizar el valor del bien retenido con una preferencia de cobro sobre el precio obtenido. En las líneas que siguen distingo ambos aspectos.

5. La facultad del acreedor frente al deudor de retener la cosa en su poder hasta la satisfacción del crédito constituye la esencia del derecho de retención. Pero para que esta facultad sirva de modo eficaz al fin de garantía que posee, es preciso que resulte oponible, no sólo frente al propio deudor, sino también frente a terceros (sean otros acreedores que persiguen el bien retenido para

²⁰ El derecho de retención *de origen convencional* se aproxima en este aspecto a la prenda con desplazamiento posesorio, que no presupone conexión jurídica o material entre el bien gravado y el crédito garantizado; también su origen pactado y el hecho de que no sea preciso para su establecimiento la existencia de un crédito ya impagado son caracteres comunes a ambas figuras. Sin embargo, la diferenciación de una y otra justifica, en aquellos ordenamientos que admiten las dos, aplicar a cada una de ellas su específico régimen jurídico, tanto en punto a sus requisitos constitutivos o de validez, como en cuanto a sus efectos. De ello da buena muestra el Derecho francés, donde la ya citada Ordenanza núm. 2006-346 reconoció expresamente el derecho de retención convencional en el nuevo art. 2286.1º CC; con ello este ordenamiento pasó a permitir claramente la creación de lo que la doctrina gala ha llamado gráficamente una prenda “aligerada” o una “mini prenda”, que no requiere respetar las condiciones de validez de la garantía pignoratícia ni comporta las consecuencias de ésta (por ejemplo, el derecho del acreedor a exigir la venta forzosa o la atribución judicial del bien), pero sí permite a su titular beneficiarse de los efectos propios del derecho de retención SIMLER y DELEBECQUE (2009a, pp. 522-523, marginal 595), y PIETTE (2009, pp. 186-187), entre otros.

satisfacer sus créditos, sean titulares de derechos sobre el mismo bien, adquiridos antes o después de constituirse el derecho de retención: por ejemplo, el propietario primigenio del bien, cuando es persona distinta del deudor, o un tercer adquirente); cuanto más amplios sean los términos en que se conciba esa oponibilidad, mayor será la eficacia de la garantía. Veamos cómo se resuelve esta cuestión en algunos ordenamientos de nuestro entorno europeo.

Una de las normas más genéricas al respecto es la del art. 569-6 CCC, que permite a los retenedores “negarse, incluso ante terceras personas, a restituir el bien hasta que no les hayan pagado totalmente las deudas” que originaron la retención²¹. Entre esas personas está el dueño no deudor; en este sentido se señala que el derecho de retención —que en el Derecho catalán es necesariamente de origen legal— se constituye de forma unilateral e independiente de 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) en este sentido, LUCAS ESTEVE (2007, p. 235).

Más matizada es la solución del art. 3:291 CC holandés que, como ya vimos, permite invocar el derecho de retención frente a quien adquiera sobre la cosa un derecho con posterioridad, y también frente a quien ostente sobre ella un derecho anterior (así, el propietario no deudor), si el crédito del retentor deriva de un contrato que el deudor estaba facultado a celebrar sobre la cosa o si el acreedor no tenía motivo para dudar de tal facultad. Esta última regla es próxima a la del primer inciso del art. 895.3 CC suizo, conforme al cual el derecho de retención se extiende incluso a cosas que no son propiedad del deudor siempre que el acreedor las haya recibido de buena fe.

Por lo que respecta a los otros acreedores del deudor, en el sistema holandés el derecho de retención les es oponible y, como regla general, a su titular le confiere frente a aquéllos una preferencia de cobro sobre el bien retenido (art. 3:292 en relación con art. 6:53 CC; al respecto, ZWITSER (2002, p. 98).

En Francia, el silencio del CC no ha sido obstáculo para que se admita la oponibilidad del derecho de retención frente a los titulares de otros derechos sobre el bien retenido que traigan causa del deudor, sean anteriores o posteriores al de retención. Sin embargo, resulta más cuestionable que resulte oponible a aquél a quien pertenece la cosa sin ser el deudor y cuya adquisición no trae causa de éste; la jurisprudencia lo admite excepcionalmente, por ejemplo en el caso de gastos hechos para la conservación o mejora de la cosa, esto es, cuando hay una conexión material en la que la cosa que origina el crédito resulta en cierto modo deudora y a su dueño no puede considerársele completamente ajeno a la deuda AYNÈS y CROCQ (2009, p. 199, núm. 448) y SIMLER y DELEBECQUE (2009a, pp. 525 a 528, marginales 600 y 601). Sí se considera específicamente, en el CCo francés, la posición del retentor en los procedimientos colectivos de

²¹ Sobre el significado de la expresión “incluso ante terceras personas”, POZO CARRASCOSA y VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA (2008, pp. 433-434), para quienes el derecho de retención puede hacerse valer frente al adquirente del bien y también, en principio, frente a terceros que aleguen tener un mejor derecho sobre el bien retenido.

ejecución (arts. 622-7-3, 642-20-1 y 642-25 CCo); de esta regulación deriva una situación muy favorable para él, en la medida en que acaba permitiéndole cobrarse en primer lugar con el precio obtenido por la venta del bien (salvo cuando se trata del derecho de retención que ostenta el titular de una prenda sin desplazamiento posesorio, que por regla general se considera inoponible en tales procedimientos) [véase al respecto AYNÈS y CROCQ (2009, pp. 200 a 202, núms. 449 y 449-1) y SIMLER y DELEBECQUE (2009a, pp. 528 y 529, marginales 602 y 603)].

En Alemania se entiende que el derecho de retención tiene efectos meramente obligacionales y no reales. De ahí que, por regla general, sea ineficaz en caso de insolvencia del deudor KRÜGER (2007, p. 651, marginal 94). Esta regla se exceptúa en dos casos [establecidos, respectivamente, en los números 2 y 3 del § 51 *Insolvenzordnung* (en adelante, InsO)]: cuando es un derecho de retención por gastos hechos en utilidad de la cosa (supuestos de los §§ 273.2, 1000 y 2022 BGB) y cuando el derecho de retención se fundamenta en las reglas del HGB (§§ 369 y ss.), es decir, es entre comerciantes; en ambos casos el § 51 InsO atribuye al retentor un derecho de ejecución dentro del concurso (*Absonderungsrecht*) en los mismos términos que al acreedor pignoraticio (sobre el alcance de este derecho de ejecución puede consultarse SALINAS ADELANTADO (2005, pp. 3864 y 3865)).

El CC no contiene reglas generales sobre estas materias, aunque sí hay algunas reglas referidas a casos concretos; entre ellas, y aparte de las que enseguida mencionaré, el art. 5.3 LCAV establece la eficacia “frente a cualesquiera personas” del derecho de retención con que cuenta el titular de un aparcamiento por el precio del mismo. En cualquier caso, se encuentra bastante extendida la opinión de que el derecho de retención goza de eficacia frente a terceros (al menos, a algunas categorías de ellos). Al manifestarse en este sentido algunos autores no especifican a qué terceros se refieren, por ejemplo, VIÑAS MEY (1922, p. 112), SABATER BAYLE (1992, pp. 100 y 101), ECHEVARRÍA DE RADA (2002, p. 1769), o LUCAS ESTEVE (2002, p. 1018); también, a propósito del art. 1780 CC, ROCA JUAN (1982, p. 288). Sin embargo, parece claro que entre ellos se encuentran los *terceros adquirentes* del bien retenido [a los que mencionan, por ejemplo, LACRUZ BERDEJO *et al.* (2007, p. 261) o DIEZ-PICAZO (2008, p. 477); también la SAP Valencia, Secc. 11ª, 22.7.2004 (JUR 9685) que sostiene la oponibilidad del derecho de retención del art. 1780 CC al adquirente de la mercancía depositada, afirmando que dicha eficacia es independiente de la naturaleza real o personal que se atribuya a tal derecho). Diversos autores también incluyen entre los terceros a los que el derecho de retención resulta oponible, en términos más amplios, al *dueño no deudor*, expresión que comprende, además de al subadquirente, a aquél a quien perteneciera el bien en el momento en que el derecho de retención se constituye por una relación jurídica a la que él es ajeno, ÁNGEL YAGÜEZ (1988, p. 533) – cuyo criterio sigue LUCAS FERNÁNDEZ (1986, p. 483) en el ámbito del art. 1600 CC –, JORDANO FRAGA (1987, pp. 4773 a 4775), o DÍEZ SOTO (2006, p. 134); lo cierto es que esa eficacia se admite claramente en los casos de los arts. 453 y 464.II y III CC; y, en el caso del depósito, si es que se considera que el art. 1780 CC confiere un simple derecho de retención, lo mismo resulta de la combinación de dicho artículo con lo dispuesto por el art. 1771 CC, JORDANO FRAGA (1987, p. 4774) y GORDILLO CAÑAS (1993, p. 1576). En cuanto a los *terceros acreedores* del deudor, el derecho de retención en cuanto tal no otorga a su titular ninguna preferencia de cobro sobre la cosa, ÁNGEL YAGÜEZ (1988, p. 533) y ALBADALEJO (2004, p. 257),

entre muchos, (cuestión distinta es que el mismo crédito garantizado con este derecho merezca la consideración de crédito privilegiado por hallarse en alguno de los supuestos legalmente previstos, sea en el art. 1922 CC – por lo que se refiere a bienes muebles –, sea en el art. 90 LC; en los supuestos contemplados por los arts. 276, 704 ó 842 CCo, además, el derecho de retención va acompañado de una preferencia para el cobro sobre el bien retenido). Pues bien, a la hora de concretar si la facultad del acreedor de continuar reteniendo el bien es oponible a otros acreedores del deudor, existe divergencia de opiniones, tanto en el ámbito de las ejecuciones singulares como en el de las colectivas. Así, hay quien sostiene que si los demás acreedores embargan el bien retenido, el titular del derecho de retención sólo estará protegido si, además de ese derecho, ostenta una preferencia para el cobro, DÍEZ-PICAZO (2008, p. 477), en contra de lo que se afirma en su obra conjunta con GULLÓN (2001b, p. 162), que admite la oponibilidad de la retención frente a los acreedores; la considera dudosa también ÁNGEL YAGÜEZ (1988, p. 532); frente a ello, otros autores entienden que el retentor siempre puede negarse a entregar la cosa en tanto no se le pague lo debido, [POZO CARRASCOSA (1989, p. 104), ALBADALEJO (2004, p. 257) y DÍEZ SOTO (2006, p. 134)]. Por lo que afecta al concurso, domina la opinión de que el derecho de retención no es resistente a él (sobre el estado de la cuestión, sintéticamente, PARRALUCÁN (2005, p. 809), también CARRASCO PERERA (2009, pp. 232 y 233), quien es contrario a la tesis mayoritaria].

La opinión mayoritaria argumenta que la retención pierde en caso de concurso su virtualidad como medio de presión al deudor para forzar el pago, pues el deudor queda desapoderado de la gestión de su patrimonio y la masa no puede ser forzada a efectuar un pago en contra del orden establecido para el concurso; además se subraya que no puede gozar de una posición más fuerte que la prenda, cuya ejecución queda paralizada en el concurso conforme al art. 56 LC.

A mi modo de ver, la STS, 1ª, 24.6.1941 (Ar. 758) no puede invocarse en apoyo de esta tesis; esta sentencia, en un caso del art. 1866.II CC, condenó al acreedor pignoraticio que había ejecutado la prenda a entregar a la comisión liquidadora del deudor, en suspensión de pagos, el remanente que había quedado después de cobrarse el crédito garantizado, desestimando su pretensión de cobrarse con él también el segundo crédito, no garantizado con la prenda; la conclusión que sostiene el TS es que si no hay una norma específica que reconozca al retentor un derecho de reintegro sobre el valor o un privilegio ordinario, el mismo no puede pretender, frente a los demás acreedores, un cobro preferente con el producto del bien retenido. Cabría preguntarse si la posición del Supremo hubiera sido la misma si el acreedor pignoraticio, en vez de pretender cobrarse todos sus créditos –incluido el no garantizado– con el precio del bien pignorado (pretensión que, en mi opinión, era insostenible porque la prenda no garantizaba el segundo crédito), hubiera aspirado únicamente a retener el remanente que quedó tras cobrarse el primero en tanto no se le pagara el segundo crédito, no garantizado con la prenda.

La STS, 1ª, 26.7.2004 (RJ 2004/6633; MP: Luis Martínez-Calcerrada Gómez) sí que sostiene la oponibilidad del derecho de retención frente a la masa en un caso de suspensión de pagos; se trataba de una venta en garantía, caso en el que existe ya una abundante jurisprudencia que reconoce al fiduciario un derecho de retención sobre el bien comprado mientras el fiduciante no cumpla con la obligación garantizada; como destaca PARRA LUCÁN (2005, p. 805), la novedad de esta sentencia radica precisamente en que reitera esa doctrina en un caso en que la demanda contra el “comprador” retentor no se había interpuesto por el “vendedor” sino por otros acreedores suyos que querían realizar el bien transmitido fiduciariamente.

Sin perjuicio de que lo veamos en detalle más adelante, conviene adelantar ya que el DCFR

atribuye al derecho de retención posesoria, en tanto su titular conserve la posesión del bien, eficacia frente a terceros (acreedores y titulares de derechos reales sobre el bien) en amplios términos [art. IX.-3:101 (1) en relación con el art. IX.-3:102 (2) (a)]; en caso de transmisión del bien retenido, la regla es que el tercero lo adquiere del mismo modo [art. IX.-5:303 (1)]; al derecho de retención se le reconoce además una prioridad superior cuando concurre con otros derechos sobre el bien [art. IX.-4:102 (3)]. El DCFR deja en manos de las legislaciones nacionales la determinación de si es posible la constitución de un derecho de retención legal cuando el deudor no es el dueño del bien (*a non domino*); de ellas depende, por tanto, su oponibilidad o no al propietario no deudor.

A partir de todo lo dicho, y a modo de conclusión, podemos constatar lo siguiente: a) Existe un reconocimiento amplio de la oponibilidad del derecho de retención frente a quienes adquieren el bien del deudor tras constituirse el derecho, lo cual resulta plenamente justificado: entenderlo de otro modo dejaría muy reducida la virtualidad garantista del derecho de retención pues bastaría con que el deudor transmitiera a otro la propiedad del bien que está siendo retenido, y que el nuevo dueño lo reclamara al retentor para que éste se viera privado de su garantía. Lo mismo puede decirse respecto de los terceros que adquieren un derecho sobre el bien retenido. En todo caso, además, el dueño del bien no puede transmitir más de lo que él mismo tiene: la propiedad u otro derecho real sobre un bien que se encuentra sujeto a retención en garantía de una deuda. b) La eficacia del derecho de retención frente al dueño originario del bien cuando el deudor es otra persona se admite en algunos ordenamientos en términos generales (como parece ser el caso del CCC), mientras que en otros se contempla con mayor prevención o sujeta a ciertos condicionantes (casos holandés, suizo o francés). c) La oponibilidad del derecho de retención a los acreedores del deudor y, en particular, su resistencia al concurso, aparecen consagradas en diversas regulaciones (en Francia o en el DCFR como regla general; en Alemania, en casos concretos); este alcance del derecho de retención lo convierte en una garantía muy eficaz, aun en sistemas –como el francés– en los que este derecho no confiere a su titular ninguna preferencia de cobro ni le faculta para realizar el valor del bien retenido. Aquellos ordenamientos que, como el nuestro, no regulan la cuestión, dan pie a importantes controversias; la relevancia del tema aconsejaría su clarificación por parte del legislador.

6. Pese a lo que acabo de observar respecto del Derecho francés, lo cierto es que en determinadas circunstancias (si el bien retenido no es muy valioso y tampoco hay otros acreedores en conflicto dispuestos a satisfacer el crédito para recuperar el bien), 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 la resistencia al pago por parte del obligado a hacerlo; 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. Estos inconvenientes se evitan si el retentor está facultado para realizar el valor del bien, 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), así como 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 retentor carece de esta facultad en la Compilación navarra (así, expresamente, la Ley 473.I *in fine*, para la retención convencional, y lo mismo se estima aplicable a los derechos legales de retención: OZCÁRIZ MARCO (2002, p. 1593) y en los Derechos francés y español.

En nuestro ordenamiento –estatal, se entiende– 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 (arts. 1600, 1730 y 1780 CC ó arts. 276 y 704 CCo): en tales casos, como vimos, 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).

c. La tendencia al reforzamiento del derecho de retención

La mayoría de los textos normativos citados que últimamente se han dedicado a regular el derecho de retención han optado claramente por reforzar su eficacia jurídica; es el caso del CC holandés de 1992, del CCC (dejando al margen el obstáculo que para esta aspiración deriva de las normas estatales sobre prelación de créditos) y del DCFR. Como hemos visto, el nuevo CC holandés amplía los efectos del derecho entre las partes, refuerza su oponibilidad frente a los terceros y le dota de preferencia de cobro; el CCC y el DCFR también reconocen ampliamente su eficacia frente a terceros y, además, lo configuran como un derecho de realización del valor de la cosa (en el DCFR, claramente dotado de preferencia).

Estas últimas iniciativas ponen asimismo de manifiesto que el derecho de retención se contempla como una medida de garantía que puede seguir resultando útil en la actualidad, a pesar del decaimiento, por motivos económicos, de la importancia práctica de las garantías posesorias tradicionales en general. En este sentido, los autores del DCFR llaman la atención sobre la preferencia que hoy en día se aprecia, en el campo de las garantías mobiliarias, por utilizar como tales bienes de equipo, máquinas y productos antes que joyas u obras de arte, siendo así que el desplazamiento posesorio de los primeros al acreedor con frecuencia no resulta viable ni eficiente pues puede determinar la paralización de la actividad económica que debería permitir a quien constituyó la garantía obtener las ganancias precisas para satisfacer la deuda asegurada (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5474). Ello podría justificar una menor atención a las garantías posesorias, acorde a su descendente relevancia práctica. Sin embargo, en el caso del derecho de retención posesoria, hay que tener en cuenta algunas particularidades; de un lado, lo habitual es que el acreedor tenga ya en su poder el bien por alguna razón ajena a la garantía en el momento en que se constituye el derecho (así es en los derechos de retención de origen legal); de otro lado, es frecuente que el derecho de crédito del retentor derive de una inversión realizada en el bien o de algún hecho vinculado a la debida custodia del mismo, lo que redundaría en provecho del objeto retenido y, por tanto, de su dueño y eventuales acreedores de éste o titulares de derechos reales sobre la cosa; en este sentido, es frecuente su atribución legal a quienes reparan o reciben en depósito o mandato un bien ajeno, o a quien de buena fe lleva a cabo ciertos gastos en un objeto que no le pertenece; se ha dicho 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. 5) y, desde luego, parece claro su entronque con el principio de la buena fe; así lo han sostenido entre nosotros autores como VIÑAS MEY (1922, p. 107) y DíEZ-PICAZO (2008, p. 476), para quienes el derecho de retención se fundamenta en la equidad como criterio de moderación de las consecuencias *stricti iuris*, y así lo entienden también la doctrina y jurisprudencia alemanas dominantes [KRÜGER (2007, p. 632, marginal 2) y HEINRICHS (2008, p. 331, marginal 1); crítico al respecto, GRÖSHLER (2007, pp. 847 a 849, marginales 26 y 27)]. Todo ello justifica sobradamente su pervivencia y probablemente también explica que el derecho de retención haya salido revitalizado y fortalecido de las diversas iniciativas recientes a que me he referido.

2. El derecho de retención en el Draft Common Frame of Reference

2.1. Introducción

Ya he apuntado que el derecho de retención posesoria sobre bienes muebles es objeto de una detallada regulación en el DCFR; esa regulación se encuentra, de un lado, en unas pocas normas específicamente referidas a este derecho y, de otro y sobre todo, en las reglas que el DCFR dedica a los derechos reales de garantía, que son de aplicación al derecho de retención posesoria por cuanto éste aparece configurado en el propio texto como uno de aquéllos.

La regulación de las garantías reales sobre bienes muebles (*proprietary security in movable assets*) se sitúa en el Libro IX del DCFR²². Dentro de él se distingue a priori entre derechos reales de garantía (*security rights*), de un lado, y retención de la propiedad o reserva de dominio (*retention of ownership devices*), de otro [art. IX.- 1:101 (1)].

Con todo, esa distinción luego se aplica únicamente en dos materias concretas –la constitución (Capítulo 2) y la ejecución de la garantía (Capítulo 7)–, siendo unitaria la regulación de los demás aspectos, tales como la eficacia frente a terceros, la prioridad, las reglas aplicables antes del incumplimiento y la extinción de la garantía [art. IX.-1:104 (1)].

Los derechos reales de garantía aparecen caracterizados en el art. IX.-1:102 (1) y entre ellos se incluye expresamente el derecho de retención de la posesión (*right of retention of possession*) [art. IX.- 1:102 (2) (c)]. Después, el art. IX.- 2:114 establece que cuando en virtud de un contrato o de una norma legal una persona está autorizada para retener la posesión de un bien frente a su propietario en garantía de un crédito, ese derecho de retención da lugar a un derecho real de garantía posesoria.

Aunque las garantías a las que resulta aplicable el Libro IX del DCFR son fundamentalmente las de origen contractual, no obstante también se prevé su aplicación a algunas de origen no contractual (art. IX.-1:101); como se desprende del art. IX.-2:114, el derecho de retención puede derivar tanto de un

²² Sobre la conveniencia de contar con una regulación europea de las garantías mobiliarias, que pueda servir de modelo a aquellos Derechos precisados de reforma, así como para asegurar la eficacia transnacional de dichas garantías, VENEZIANO (2009, pp. 125-130).

contrato como de una norma legal, quedando sujeto en todo caso a las reglas de este Libro IX (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5389).

Configurado el derecho de retención como un derecho real de garantía, le es aplicable la definición y caracterización que de este último hace el art. IX.-1:102 (1): estamos ante un derecho real limitado que legitima al acreedor para la satisfacción preferente del crédito garantizado con el bien gravado (esto es, ante un derecho real en cosa ajena de realización del valor). Los autores del DCFR (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5393) destacan en este punto cómo la preferencia es la esencia de cualquier derecho real de garantía, en la medida que la garantía sólo cumple su función de asegurar al acreedor si le permite satisfacer el crédito asegurado antes que cualquier otro acreedor (o al menos que la mayoría); tal preferencia debe respetarse tanto en caso de venta del bien gravado para realizar su valor, como en las hipótesis de ejecución singular o colectiva; no obstante –matiza la misma opinión–, la preferencia no debe considerarse absoluta: en caso de concurrencia con otros acreedores titulares de una garantía sobre el mismo bien, hay que estar a las reglas de prioridad contenidas en el Capítulo 4 del Libro IX del DCFR; como veremos, estas reglas confieren una especial relevancia al derecho de retención, al que dotan de una particular prioridad (*superpriority*). Por lo demás, su ejecución se sujeta a las normas que se establecen en el Capítulo 7, tanto las generales como las específicamente referidas a los derechos reales de garantía.

Con la configuración del derecho de retención como un derecho real de garantía, los autores del DCFR han perseguido dos objetivos básicos (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5447). De un lado, reforzar su eficacia. De otro, conseguir uniformidad entre los Estados miembros, incluso más allá de los derechos de origen contractual; en este sentido, se constata cómo por regla general los ordenamientos protegen a quienes reparan una cosa ajena, a los depositarios, a los hoteleros y personas que se hallan en una situación similar, permitiéndoles utilizar como garantía los bienes del otro contratante; mas, como hemos podido comprobar, esa protección se configura de formas muy distintas, a veces por medio de derechos legales de garantía que permiten realizar el valor del bien, a veces mediante derechos de retención posesoria que únicamente legitiman a su titular a no restituir el bien; elevando estos a la categoría de derechos reales de garantía, se persigue privar de relevancia a tal distinción y uniformar los efectos del derecho de retención.

El Libro IX del DCFR no entra tanto a regular cuándo existe un derecho de retención como a regular sus efectos, tratando de armonizar las muchas variantes que se registran en el Derechos de los Estados miembros.

Antes de continuar, conviene hacer una última observación previa. En este trabajo me centraré en el análisis de las normas contenidas en el DCFR. Sin embargo, no puedo dejar de mencionar la labor realizada por el Grupo de Expertos en Derecho contractual europeo creado en abril de 2010 para asistir a la Comisión europea en el objetivo de avanzar en el desarrollo de un posible futuro instrumento de Derecho contractual europeo. La Comisión encomendó a dicho Grupo seleccionar aquellas partes del DCFR de relevancia directa para el Derecho contractual, y llevar a cabo respecto de ellas una tarea de simplificación, reestructuración, actualización e integración; al Grupo de Expertos se le pidió, además, que en este proceso tuviera en cuenta otros instrumentos de armonización existentes, de distinto alcance, como la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de

mercaderías, los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, los Principios del Derecho europeo de los contratos (PECL) y los Principios contractuales comunes de la *Association H. Capitant* y la *Société de Legislation Comparée*. A partir de estos elementos, el Grupo de Expertos ha culminado el pasado tres de mayo la realización de un [Estudio de viabilidad para un futuro Instrumento de Derecho europeo de los contratos](#) (*Feasibility study carried out by the Expert Group on European contract law for stakeholders' and legal practitioners' feedback*), redactado en forma articulada; por su ámbito, este Estudio no afecta directamente a las cuestiones que aquí analizaré, centradas en el Libro IX del DCFR; con todo, muy puntualmente tendré que aludir a él en algún aspecto particular.

Paso a examinar el régimen jurídico del derecho de retención previsto en el DCFR, atendiendo a las cuestiones que en él se contemplan.

2.2. Constitución

a. Constitución y eficacia frente a terceros

En el Libro IX del DCFR se deslinda claramente entre la constitución de las garantías reales, de un lado, y su eficacia frente a terceros, de otro; la primera se regula en el Capítulo 2 y la última en el Capítulo 3. La constitución basta para que la garantía despliegue toda su eficacia entre las partes directamente involucradas (acreedor asegurado y quien le procura la garantía)²³, permitiendo al acreedor asegurado satisfacerse con ella en caso de incumplimiento y siempre que no se vean afectados por ello alguno de los terceros a los que protege el art. X.-3:101 (1); para que la garantía válidamente constituida conforme a las exigencias del Capítulo 2 sea eficaz frente a estos terceros, es preciso cumplir, además, los requisitos establecidos al efecto en el Capítulo 3.

b. Los requisitos para la constitución del derecho de retención

Por el momento me centraré en el tema de la constitución. El art. IX.-2:101 enuncia los tres métodos por los que cabe crear derechos de garantía en el marco del Libro IX del DCFR, mencionando en tercer lugar la constitución por el acreedor a quien se confía un derecho de retención de la posesión²⁴. Los requisitos precisos para la constitución del derecho de retención

²³ En las páginas que siguen traduzco el término *security provider* que emplea el DCFR como *persona que procura la garantía* o como *garante*, indistintamente; tal y como resulta de la definición de dicho término en el art. IX.-1:201 (13) DCFR, quien facilita la garantía puede ser tanto el deudor como un tercero; en cualquier caso, y como se verá, no alude necesariamente al dueño del bien gravado.

²⁴ Los otros dos son, en primer lugar, la constitución de un derecho real de garantía por concesión del garante, sobre la base de un contrato con el acreedor asegurado, que obtiene así un derecho real limitado sobre un bien ajeno cuya propiedad no es objeto de transmisión alguna (VON BAR Y CLIVE, 2009a, p. 5417) (esta clásica vía de constitución se regula específicamente en la subsección 2 de la sección 1 del Capítulo 2 del DCFR, *Granting of security rights*). El segundo método previsto es la retención de un derecho real de garantía sobre un bien por parte de quien transmite su propiedad a otro y está legitimado a esa retención en virtud del correspondiente contrato; en este caso, el acreedor asegurado transmite la propiedad de un bien reteniendo sobre el mismo un derecho de garantía, de manera que el adquirente lo es de un bien gravado (la regulación de este procedimiento de constitución se desarrolla en la subsección 3 de la sección 1 del Capítulo 2 del DCFR, *Retention of security rights*).

son, de una parte, los establecidos con carácter general para cualquier derecho real de garantía; a ellos hay que añadir otro más, que resulta de lo específicamente dispuesto respecto de este derecho en la norma correspondiente.

Los de carácter general aparecen relacionados en las letras (a), (b) y (c) del art. IX.-2:102, y son que el bien gravado exista y sea transmisible y que el derecho garantizado exista. El art. IX.-2:104 contempla algunas cuestiones concretas que afectan a dichos requisitos; así, se admite la posibilidad de crear un derecho real de garantía aun cuando el propietario del bien sobre el que recae hubiera pactado no disponer de él o no gravarlo (primer inciso del párrafo 2)²⁵; se prevé asimismo que si las partes pretenden crear un derecho real de garantía sobre un bien futuro o intransmisible, tal derecho no surge en tanto el bien no llegue a tener existencia o a ser transmisible (primer inciso del párrafo 3); y se establece que esta última regla es aplicable, con las debidas adaptaciones, en el caso de que el derecho garantizado sea futuro o condicional.

A los referidos requisitos comunes de constitución hay que añadir otro, atinente en exclusiva al derecho de retención, y que deriva de la norma que específicamente lo contempla, el art. IX.-2:114 [a la que viene a remitir el art. IX.-2:102 (d)]: que el acreedor esté legitimado, por contrato o por ley, para retener en garantía la posesión del bien frente a su propietario.

A la vista de lo dispuesto por el art. IX.-2:114 es claro que el origen del derecho de retención puede ser contractual o legal; lo que no hace este precepto es establecer las condiciones precisas para que surja, ni consagrar concretos supuestos de derecho de retención *ex lege*, que son los más frecuentes según reconocen los propios autores del DCFR (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5446 y 5447). El mismo artículo establece que el derecho de retención da lugar a un derecho real de garantía posesoria, sin distinguir a este respecto en consideración al posible origen de aquél. Un derecho real de garantía posesoria se define en el art. IX.-1:201 (10) como un derecho de garantía que requiere la posesión del bien corporal gravado por parte del acreedor asegurado u otra persona (salvo el deudor) que lo guarde para el acreedor. Conforme a ello, el derecho de retención comportaría siempre dicha posesión; ello es lógico, puesto que el mismo art. IX.-2:114 presupone, para la constitución de este derecho, que una persona esté legitimada para retener la posesión de un bien frente a su dueño, sea en virtud de un contrato sea por una disposición legal. Esto debe tenerse bien en cuenta al interpretar el art. IX.-2:103, regla de carácter general aplicable a todo derecho real de garantía de origen contractual; según el citado artículo, a menos que las

La constitución del derecho de retención de la posesión se contempla específicamente en la subsección 4 de la misma sección, integrada por un único artículo, el art. IX.-2:114 (*Right of retention of possession*).

La regulación específica de cada uno de los métodos de constitución de los derechos de garantía viene precedida por una subsección 1, que contiene unas disposiciones generales al respecto (arts. IX.-2:101 a IX.-2:104). En el texto me refiero a ellas en cuanto afectan al derecho de retención y, además, al régimen específico de éste.

²⁵ En el mismo sentido, véase el art. 2.1.I [Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión](#) [BOE núm. 352, de 18.12.1954; última modificación por Ley 17/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial (BOE núm. 266, de 4.11.2009; en adelante, LHM y PSD)].

partes acuerden otra cosa, la constitución mediante contrato de un derecho real de garantía no requiere la posesión del bien gravado por parte del acreedor garantizado. Es evidente que los derechos de retención *ex lege* quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma (VON BAR Y CLIVE, 2009a, p. 5414): en estos casos, el acreedor ya posee la cosa cuando surge el derecho de retención; sin embargo, la norma sí es aplicable a los de origen contractual, que, por definición y tal y como resulta del art. IX.-2:114, estarían comprendidos dentro de la excepción con que se abre el art. IX.-2:103: esto es, cuando las partes pactan en un contrato un derecho de retención, el acreedor queda legitimado para retener la posesión del bien de que se trate, de manera que en este supuesto hay que concluir que la constitución del derecho de garantía sí requiere que el acreedor tenga la posesión del bien gravado, por existir un acuerdo de las partes en ese sentido; consecuentemente, habrá que entregarle la posesión del bien al constituir el derecho, si es que no la tiene ya en ese instante por otro motivo. En cuanto a los derechos legales de retención, tradicionalmente se hacen depender de la posesión de una cosa por parte del acreedor, y los autores del DCFR no han pretendido modificar esta situación.

De este modo, en el DCFR el derecho de retención conserva su nota más característica, cual es la detentación del bien por parte del retentor (o de otra persona que posea para él); la solución contraria (esto es, la admisión general de un derecho de retención sin posesión, tal y como ha previsto recientemente el Derecho francés) sigue siendo algo excepcional en el Derecho comparado.

En efecto, como ya apunté en su momento, en 2008 se añadió al art. 2286 CC francés un nuevo apartado 4º, en el que se atribuye un derecho de retención a todo titular de una prenda sin desplazamiento posesorio; esta medida, que ha llevado a hablar de la “desmaterialización del derecho de retención” o de un derecho de retención “ficticio”, ha provocado una notable polémica en el país vecino, donde un sector de la doctrina se ha mostrado bastante crítica con ella, por ejemplo, PIEDELIÈVRE (2008, pp. 2950 y 2951) y ALBIGES y DUMONT-LEFRAND (2009, pp. 220 y 221, marginal 363).

También es de destacar que el DCFR no exige ningún requisito formal para la constitución del derecho de retención.

Lo que sí se requiere es que antes de proceder a realizar el valor del bien, el acreedor notifique su intención a ciertas personas (arts. IX.-7:107, IX.-7:208 y IX.7:216). Una carga parecida se impone al retentor en Cataluña, donde el art. 569-5 CCC le obliga a notificar notarialmente a los posibles afectados su decisión de retener (como regla general, y con la excepción prevista para la retención de muebles de poco valor en el art. 569-10.2 CCC); en el Derecho civil catalán se ha discutido si tal notificación es o no constitutiva²⁶, aunque, desde cualquiera de los planteamientos enfrentados, se admite que para que el derecho de retención sea eficaz frente a terceros y autorice a realizar el valor del bien es imprescindible el referido requisito formal. En el DCFR es claro que la notificación únicamente es necesaria para poder

²⁶ Defienden que sí lo es autores como CARRASCO PERERA y CARRETERO GARCÍA (2004, p. 11), aunque criticando la exigencia, BARRADA ORELLANA (2007, pp. 336 y ss.), LUCAS ESTEVE (2007, p. 241), POZO CARRASCOSA y VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA (2008, pp. 429-430), así como la AP Barcelona en la SAP Barcelona, Secc. 14ª, 16.3.1999, (JUR 1999/128956), y en el AAP Barcelona, Secc. 17ª, 31.1.2000 (AC 2000/5221; MP: Amelia Mateo Marco); la tesis contraria ha sido asumida, por ejemplo, por ABRIL CAMPOY (1994, pp. 1918 y 1919), LAUROBA LACASA y ZAHINO RUIZ (2003, p. 424) (ambos refiriéndose a los textos legales catalanes que precedieron la actual regulación del CCC), y por la STSJC, Sala de lo Civil y Penal, 19.7.2001 (RJ 2002/6947; MP: Nuria Bassols Muntada).

ejecutar la garantía.

c. Los derechos de retención de origen legal

Sabemos que el art. IX.-2:114 presupone la existencia de un derecho de retención contractual o *ex lege*, pero no entra a detallar cuáles son las condiciones precisas para que tal derecho de retención pueda surgir. El Libro IX del DCFR no consagra ningún supuesto legal concreto de esta figura, pero sí hallamos algunos en otros Libros del DCFR.

Así, en el Libro VIII (relativo a la adquisición y pérdida de la propiedad de bienes corporales muebles), el art. VIII.-7:104 contiene una regla de lo que nosotros conocemos como liquidación del estado posesorio. Se refiere a los gastos hechos en un bien (corporal mueble) por su poseedor cuando resulta que su propietario está legitimado para obtener o recuperar la posesión frente a aquél; la norma sólo es aplicable si los gastos se hicieron cuando el propietario del bien ya estaba legitimado para reivindicarlo de su poseedor en el sentido del art. VIII.-6:101 [art. VIII.-7:101 (1)] (VON BAR y CLIVE, 2009b, pp. 5307 y 5308); tal hipótesis puede ser consecuencia de diversas situaciones: el poseedor robó el bien poseído, o se lo compró a sabiendas a un no propietario, o lo adquirió del dueño —el bien o un derecho de uso sobre el mismo— en virtud de un contrato nulo o que resulta anulado con efectos retroactivos, o sigue poseyendo el bien —y hace el gasto— cuando ya se ha extinguido el derecho que tenía a usarlo (VON BAR y CLIVE, 2009b, pp. 5310 y 5311). Al regular esta cuestión, los autores del DCFR optaron por prescindir de aquellos modelos que, como el español, parten de la relación entre propietario y poseedor y atienden a dos distinciones básicas: el tipo de gastos hechos (necesarios, útiles y suntuarios) y la buena o la mala fe del poseedor; en su lugar, se ha preferido enfocar el tema desde la perspectiva del enriquecimiento injustificado, que valora fundamentalmente dos datos: si el enriquecimiento es o no transferible y si el enriquecido es o no de buena fe (VON BAR y CLIVE, 2009b, pp. 5357-5359); por tanto, la cuestión de cuándo el poseedor tiene derecho al reembolso de los gastos efectuados (entendidos éstos en sentido amplio) se determina conforme a las reglas del enriquecimiento injusto del Libro VII del DCFR [art. VIII.-7:104 (1)]. Lo que a nuestros efectos importa es que el párrafo (2) del art. VIII.-7:104 autoriza al poseedor a retener los bienes para asegurar ese derecho de reembolso, siempre y cuando no supiera que el dueño estaba legitimado para obtener o recobrar la posesión del bien cuando hizo los gastos; el derecho de retención se supedita así a la ausencia de una mala fe cualificada por parte del poseedor, lo que significa que ostenta el derecho cuando su ignorancia se debe a simple negligencia [al respecto, VON BAR Y CLIVE (2009b, p. 5365); también se considera supeditado a la exigencia general de buena fe y honradez en los tratos (art. III.-1:103), de modo que su ejercicio quedaría excluido si la pretensión del poseedor estuviera suficientemente asegurada por otros medios y la retención resultara inapropiada dadas las circunstancias. Este derecho de retención previsto legalmente da lugar, conforme al art. IX.-2:114, a un derecho real de garantía a todos los efectos previstos por el Libro IX del DCFR (VON BAR y CLIVE, 2009b, p. 5366).

Diversos ordenamientos europeos atribuyen al poseedor de un bien ajeno el derecho a retenerlo frente a su dueño en tanto éste no le abone los gastos hechos en él, sujeto a condicionantes de diverso tipo, que varían de uno a otro (por ejemplo, el §§ 1000 y 2022 BGB, el art. 939.1 CC suizo, art. 1152.1 CC italiano,

art. 3:120.3 CC holandés y, en nuestro Derecho, el art. 453 CC y la Ley 362 Compilación navarra; el supuesto es subsumible asimismo en reglas más amplias como las de los arts. 754 CC portugués, 2286.3º CC francés y 569-4.a CCC); también varían sus efectos y, por eso, el DCFR pretende dar un tratamiento uniforme a esta cuestión (VON BAR y CLIVE, 2009b, p. 5365).

El DCFR consagra otro derecho legal de retención en el art. IV.E.-2:401 en el ámbito de los contratos de agencia comercial, franquicia y distribución; según el mismo, para asegurar los derechos de remuneración, compensación, reparación e indemnización que el propio DCFR consagra, la parte que introduce los productos en el mercado tiene un derecho de retención sobre los bienes muebles de la otra que estén en su posesión a resultas del contrato, hasta que ésta cumpla con sus obligaciones. Este derecho – que también reconocen diversos ordenamientos europeos – da lugar a un derecho real de garantía conforme al art. IX.-2:114 (VON BAR y CLIVE, 2009c, pp. 2333-2334).

Finalmente, el art. VIII.-1:207 (1) menciona también el derecho de retención al definir a quien posee un bien como titular de un derecho limitado sobre el mismo; el concepto se refiere a quien ejerce un control físico sobre el bien, tanto si lo hace en su propio interés y con base en una relación jurídica con el dueño que le permite poseer [supuesto (a)], como – y éste es el caso que nos interesa – si lo hace para quien posee el bien como propietario con base en una relación jurídica con éste que le confiere un derecho a retener el bien hasta que el mismo le haya pagado cualquier cargo o coste [supuesto (b)]. Sin embargo, este derecho de retención a que alude el precepto no tiene por qué ser necesariamente el que da lugar a un derecho real de garantía; más bien parece que el término se emplea aquí en un sentido más amplio, que comprendería también la retención de bienes ajenos a consecuencia de la excepción de contrato no cumplido prevista en el art. III.-3:401; prueba de ello es que los autores del DCFR citan como ejemplo del supuesto (b) del art. VIII.-1:207 (1) el derecho del almacenista a retener los bienes que le fueron confiados por los gastos de almacenaje (VON BAR Y CLIVE, 2009b, p. 4354), cuando resulta que en el DCFR ese derecho es una mera manifestación de la citada *exceptio* [art. IV.C.-5:106 (2)]. Hallamos otra expresión de la misma *exceptio* en el art. IV.C.-5:110 (6), a favor del hotelero sobre las cosas introducidas en el hotel por los clientes que se alojen en él y por los gastos derivados de los servicios prestados.

Sin embargo, lo cierto es que es común en el Derecho comparado atribuir un derecho de retención a los depositarios [art. 1948 CC francés, art. 2761.3 en relación con los arts. 2761.4 y 2756.3 CC italiano, art. 755.1.e) CC portugués o art. 2218 CC argentino, aparte de nuestro controvertido art. 1780 CC] y a los hoteleros [art. 755.1.b) CC portugués y art. 1783 CC por remisión a su art. 1780].

Aunque existe una innegable proximidad entre la excepción de contrato no cumplido y el derecho de retención, se trata de figuras que hay que diferenciar. La excepción sólo opera en el ámbito de las relaciones obligatorias sinalagmáticas, y no existe un genuino sinalagma entre la deuda de restitución del retentor y la deuda de reembolso de la persona frente a la que se hace valer la retención [DÍEZ-PICAZO (2008, p. 475); parecidamente, ALBIGES y DUMONT-LEFRAND (2009, p. 219, marginal 360); acerca de la posición de la doctrina francesa sobre la distinción entre ambas figuras puede consultarse también AYNÈS y CROCQ (2009, p. 188, núm. 432). En Alemania – donde, como sabemos, el derecho de retención tiene un ámbito especialmente amplio, porque

se aplica a cualquier prestación y no sólo a la consistente en entregar una cosa: § 273.1 BGB—, también la doctrina hoy dominante considera que tal derecho y la *exceptio non adimpleti contractus*, reconocida en el § 320 BGB, son dos institutos jurídicos independientes, con distintos presupuestos y efectos (GRÖSCHLER, 2007, pp. 846 y 847, marginal 25). Por su parte, los autores del DCFR insisten también en la distinción y en que la *exceptio*, prevista en el art. III.-3:401, carece de efectos frente a terceros y no da lugar a derecho alguno de garantía (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5446, y 2009c, p. 2333).

El DCFR no reconoce ningún derecho de retención a quien realiza un servicio de reparación, mantenimiento o limpieza en una cosa mueble preexistente perteneciente a quien contrata sus servicios (contrato denominado *processing* en el DCFR) [arts. IV.C.-4:101 y siguientes, en particular art. IV.C.-4:105 (2)]; esta omisión es tanto más llamativa cuanto que la retención del bien por quien lo repara es el caso que se utiliza como ejemplo por los autores del DCFR al comentar el art. IX.-2:114 y el derecho de retención posesoria que da lugar a un derecho real de garantía, y también al explicar la causa de que se atribuya al mismo una prioridad superior en el art. IX.-4:102 (3) (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5446, 5448 y 5560).

El silencio del DCFR contrasta con diversas normas de Derecho comparado de las que resulta la atribución a quien ejecuta una obra en cosa ajena de un derecho a retenerla (aunque sea con distinto alcance) en tanto no se le pague lo hecho: así, el art. 569-4.c CCC, o el art. 1600 CC —a cuyo controvertido alcance ya he aludido— o, con un alcance más general, el art. 2286.2º CC francés.

Por lo demás, y aparte de los supuestos legales de derecho de retención específicamente contemplados por el DCFR, parece que el propósito de sus artífices (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5447 y 5448) es que sean los Derechos nacionales los que determinen esos supuestos y sus condicionantes, siendo consecuencia de lo dispuesto en el art. IX.-2:114 la configuración de los mismos como un derecho real de garantía más, con los efectos previstos en el Libro IX.

De este modo, si el DCFR llegara a ser Derecho vigente en España, tendrían ese carácter y efectos derechos de retención como los consagrados en los arts. 453, 464.II y III, 502 y 522 CC y en el art. 5.3 LCAV, ninguno de los cuales confiere a su titular la facultad de realizar el valor del bien retenido en nuestro ordenamiento vigente. Lo mismo habría que decir de los supuestos previstos en los arts. 1600, 1730 y 1780 CC (y, en relación con los dos últimos, los de los arts. 1892 y 1783 CC, respectivamente), de considerarse que los mismos establecen meros derechos de retención. En cambio, si se interpreta —como creo preferible— que consagran hipótesis de prenda legal, estaríamos ante un derecho de garantía diferente del de retención a los efectos del DCFR, conforme al cual no gozarían de la prioridad superior que se asigna a este último en el art. IX.-4:102 (3); esto provocaría una cierta incoherencia en nuestro sistema —insisto, si el DCFR llegara a estar en vigor—, que tendría que ser resuelta por el legislador español.

d. El papel del principio de la buena fe

Veíamos que al comentar el art. IX.-7:104 (2), los autores del DCFR señalan que la procedencia y las modalidades de ejercicio del derecho de retención allí previsto deben determinarse conforme a la buena fe (art. III.-1:103) (VON BAR y CLIVE, 2009b, p. 5366). En realidad, la observación puede

hacerse extensiva a todos los supuestos de ese derecho, dado el carácter general del referido principio.

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 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, marginales 17 y 24); el § 273.3 BGB responde a esta misma idea, previendo que puede eludirse el ejercicio del derecho de retención prestando una garantía (distinta de la fianza). 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. También en el Derecho holandés la buena fe se perfila como un instrumento útil para excluir el derecho de retención en los casos en que resultaría desproporcionado (ZWISTER, 2002, pp. 96 y 97). 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); en este dato 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 1788).

Las exigencias de la buena fe deben tenerse presentes, no sólo en el momento de constitución del derecho, sino también en su ejercicio; aunque ahora estamos considerando el primer momento, conviene que nos refiramos ya aquí también al segundo, aunque sea brevemente. En efecto, en el DCFR encontramos 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.

En cambio, sí que lo admiten, por ejemplo, los Códigos civiles catalán –art. 569-11– y alemán –§ 273.3– y, 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) (así, VIÑAS MEY, 1922, p. 113); sin embargo, la STS, 1ª, 6.4.2006 (RJ 2006/1892; MP: Vicente Luis Montés Penadés) 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...”.

e. La adquisición *a non domino* del derecho de retención

Como observan los redactores del DCFR (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5447), el art. IX.-2:114 no responde directamente a la cuestión de si para que nazca el derecho de retención posesoria es preciso o no que el bien sea propiedad de quien proporciona la garantía. Sin embargo, el precepto sí exige que el acreedor garantizado esté legitimado para retener la posesión de un bien frente a su dueño. Según la misma opinión, de ahí se deriva que, tratándose de un derecho de retención de origen contractual, sólo si el mismo se ha pactado con el propietario del bien o un representante suyo dará lugar a un derecho real de garantía, pues en otro caso el acuerdo no puede vincular al dueño. En cuanto a los derechos legales de retención, se entiende que son las legislaciones nacionales las que deben decidir al respecto; de este modo, un ordenamiento puede prever que quien repara un bien mueble ajeno sólo pueda retenerlo frente a su dueño cuando hubiera sido éste quien le encomendó la reparación; en tal caso, si se lo hubiera encargado otra persona, quien ejecutó la obra no estaría autorizado a retener la posesión del bien frente a su propietario, no siendo de aplicación la normativa prevista en el DCFR para este derecho; acerca de las soluciones que se barajan en este punto en diversos Estados miembros de nuestro entorno y dentro de nuestro país, me remito a lo ya expuesto *supra* (epígrafe 1.3, apartado b, número 5); allí veíamos varios supuestos en los que efectivamente se admite la oponibilidad de derechos legales de retención al dueño no deudor, con más o menos cautelas.

El hecho de que el garante pueda no ser el dueño del bien retenido si el ordenamiento de un país lo permite, obliga a matizar alguna de las normas del DCFR que mencionan al primero presuponiendo que le pertenece el bien [así tendremos ocasión de comprobarlo cuando examinemos, por ejemplo, los arts. IX.-6:105, IX.-7:106 (1) o IX.-7:215 (4)].

En todo caso, no se consideran aplicables aquí las disposiciones de protección de las adquisiciones de buena fe de derechos de garantía que contiene el art. IX.-2:108; se entiende que este precepto sólo es de aplicación cuando estos derechos se constituyen por concesión del garante al acreedor sobre la base de un acuerdo previo al efecto (*by granting*) (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5448 y 5428).

f. La extensión del derecho de retención a ingresos provenientes del bien gravado

El Capítulo 2 del DCFR dedica su tercera sección a la creación de derechos reales de garantía en ciertos tipos de bienes. Dentro de él, el art. IX.-2:306 contempla las utilidades o ganancias generadas por los bienes gravados, partiendo implícitamente del principio de que el gravamen sólo se extiende a ellas si las partes así lo acuerdan [párrafo (3)]; no obstante, se admiten dos excepciones a ese principio, una referida a los derechos reales de garantía sin más y otra a los derechos reales de garantía posesoria.

La primera se regula en el párrafo (1) del art. IX.-2:306; según el mismo, el derecho real de garantía se extiende a los créditos derivados de un defecto en, un daño a, o la pérdida del bien originariamente gravado, incluidos los ingresos derivados de un seguro; con ello se pretende proteger el interés del acreedor en caso de disminución del valor o de pérdida total del bien

gravado, lo que explica que no se prevea en este caso la posibilidad de pacto en contra como, sin embargo, sí ocurre en la excepción siguiente. En relación con el seguro hay que tener en cuenta que el art. IX.-5:201 (3) establece que quien procura una garantía está obligado a asegurar el bien gravado frente a aquellos riesgos que usualmente son asegurados por un propietario prudente; la obligación es exigible aunque sea el acreedor garantizado quien tenga la posesión del bien, como por definición ocurre en el caso del derecho de retención; si el obligado a asegurar no lo hace, o lo hace insuficientemente, o no atiende al requerimiento del acreedor de proporcionarle una prueba de haberlo hecho, el propio acreedor podrá suscribir un seguro suficiente a costa de quien le procuró la garantía [art. IX.-5:201 (3), tercer inciso]; de hacerlo así, al producirse un daño o la pérdida del bien gravado y estar el siniestro cubierto por el seguro, ostentará el correspondiente derecho de crédito contra el asegurador y, cobrada la cantidad correspondiente, el derecho de retención recaerá sobre la misma en virtud de la previsión del art. IX.-2:306 (1).

La segunda excepción se refiere únicamente a los derechos reales de garantía posesoria –categoría en la que se inscribe el derecho de retención–; el párrafo (2) del art. IX.-2:306 dispone que los mismos se extienden a los frutos civiles y naturales del bien gravado a menos que las partes pacten otra cosa [párrafo (2)]; ello comporta también implícitamente que, como no podía ser de otro modo, los frutos siguen siendo propiedad del dueño del bien gravado. Para los autores del DCFR, la justificación de la extensión del gravamen a los frutos se halla en que, como poseedor del bien gravado, el acreedor es quien primero advierte la generación de los frutos y quien se encuentra en mejor situación de recogerlos (se mencionan como tales las crías de los animales o el interés del dinero) (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5459).

Además, tratándose de frutos civiles, al acreedor se le atribuye la facultad anticrética en el art. IX.-5:208; según este artículo, si el derecho de garantía se extiende a los frutos civiles de los bienes originariamente gravados, el acreedor asegurado está legitimado para percibir y aplicar el dinero recibido a reducir el crédito incluso antes de su vencimiento.

2.3. La cobertura de la garantía

El Capítulo 2 del Libro IX del DCFR regula, además de la constitución de las garantías reales sobre bienes muebles, su cobertura. A ello dedica su cuarta sección, compuesta de un único artículo, el IX.-2:401; según el mismo, la garantía cubre, dentro de su cuantía máxima caso de que la haya, no sólo el crédito principal asegurado, sino también los derechos accesorios del acreedor frente al deudor, en especial los derechos de pago del interés contractual y por incumplimiento, de las indemnizaciones y penas o de las sumas acordadas para el caso de incumplimiento por parte del deudor, y de los costes razonables para la recuperación extrajudicial de las anteriores cantidades [párrafo (1)]. Conforme al párrafo (2) del mismo artículo, para que también quede cubierto el crédito por los costes razonables del procedimiento legal y del ejecutivo contra quien procuró la garantía y contra el deudor si éste es distinto de aquél, es preciso acreditar que quien facilitó la garantía fue informado de la intención del acreedor de valerse de tales procedimientos con tiempo suficiente como para permitirle evitar esos costes.

De este modo, se busca dejar indemne al acreedor asegurado de las posibles consecuencias

derivadas del incumplimiento del crédito garantizado y, en su caso, de la ejecución de la garantía, siempre que, en el caso que aquí interesa, el valor del bien retenido baste para ello. En este sentido, hay que pensar también en que la debida conservación de dicho bien, a la que el retentor está obligado [art. IX.-5:201 (1)], puede suponer gastos para él; parece razonable entender que esos gastos generan a favor del acreedor un derecho de crédito accesorio cubierto por la garantía en virtud de lo dispuesto en el párrafo (1) del art. IX.-2:401, dado su carácter necesario y lo legítimo de la posesión del retentor.

En esta medida, el DCFR sigue la estela de aquellos ordenamientos que, como el holandés (art. 3:293 CC) o el catalán (art. 569-6.2 *in fine* CCC), prevén la cobertura de los gastos de conservación de la cosa retenida por el derecho de retención.

En la misma línea que el art. IX.-2:401 (1) se inscribe la regla del art. IX.-5:201 (3); como ya se ha visto, este artículo prevé que cuando el garante no asegura el bien gravado frente a los riesgos que normalmente asegura un propietario prudente, o lo hace de forma insuficiente, o no le facilita al acreedor que se lo pide la prueba de haber suscrito ese seguro, el propio acreedor está legitimado para contratarlo y para añadir los gastos derivados de ello al crédito cubierto por la garantía.

2.4. Eficacia frente a terceros

1. El Capítulo 3 del Libro IX del DCFR regula la eficacia frente a terceros de las garantías reales sobre bienes muebles, sean derechos reales de garantía o sean reservas de dominio [art. IX.-1:104 (1) (c)].

Una garantía válidamente constituida conforme a los dictados del Capítulo 2 es efectiva inter partes (acreedor garantizado y quien le procuró la garantía), pero debe cumplir además las exigencias del Capítulo 3 (básicamente, registro de la garantía, o posesión o control del bien por parte del acreedor) para resultar también eficaz frente a los terceros que enumera el art. IX.-3:101 (1). Pese a la distinción conceptual entre constitución y eficacia frente a terceros se admite que, de hecho, muy frecuentemente ambas pueden alcanzarse al mismo tiempo (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5409); esto es lo que ocurre, a mi modo de ver, en el caso del derecho de retención posesoria.

En efecto, el art. IX.-3:102 (2) menciona el mantenimiento de la posesión del bien objeto de gravamen por parte del acreedor garantizado como método para que el derecho de garantía alcance eficacia frente a terceros; mas, como sabemos, el derecho de retención es un derecho real de garantía posesoria (art. IX.-2:114), que, según el art. IX.-2:101, se constituye por el acreedor que tiene reconocido –por ley o por contrato– un derecho a retener un bien ajeno; de ello resulta que la posesión del bien por parte del acreedor –en cualquiera de las formas previstas por el art. IX.-3:201– es presupuesto de constitución del derecho de retención (como se deriva también del art. IX.-2:103: *supra* epígrafe 2.2., apartado b); así las cosas, desde el momento de su válida constitución el derecho de retención estará ya también dotado de efectos frente a los terceros que menciona el art. IX.-3:101 (1); o, expresado de otro modo, todo derecho de retención posesoria, cuando se constituye válidamente, es eficaz frente a terceros porque el acreedor que retiene el bien gravado ostenta necesariamente la posesión del mismo; cuestión distinta es que después de

constituido y aun sin extinguirse, el derecho de retención pueda dejar de ser eficaz frente a terceros porque el acreedor deje de poseer el bien por alguna razón puntual [por ejemplo, por habérselo devuelto a su dueño, no con voluntad de renunciar a la garantía – art. IX.-6:101 (1) (b)–, sino para permitirle hacer un uso momentáneo del bien o llevar a cabo una reparación] (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5600); con todo, ésta es una hipótesis muy residual.

2. Los terceros a que alude el art. IX.-3:101 (1) se ordenan en tres categorías:

a) La primera es la de los titulares de derechos reales sobre el bien gravado. Quedan aquí incluidos quienes ostentan sobre el bien un derecho real en cosa ajena que no sea de garantía. También los titulares de derechos reales de garantía que gocen de eficacia frente a terceros, específicamente mencionados en el párrafo (a) del art. IX.-3:101 (1); en este caso se considera comprendido al titular de una reserva de dominio (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5475).

Es importante tener presente en este punto que la eficacia no significa preferencia; dos garantías eficaces frente a terceros conforme al Capítulo 3 pueden entrar en conflicto, conflicto que entonces habrá que resolver conforme a las reglas de prioridad del Capítulo 4 del DCFR²⁷; al derecho de retención posesoria precisamente se le otorga una prioridad muy especial (*superpriority*) en el art. IX.-4:102, sobre el que volveré más adelante.

En esta categoría de terceros se considera también incluido al propietario del bien gravado cuando haya sido otra persona la que constituyó la garantía sobre él; esta hipótesis se relaciona con la posibilidad prevista en el art. IX.-2:108, de adquisición de buena fe de los derechos de garantía (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5475); mas esa vía de adquisición no se considera aplicable al derecho de retención posesoria (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5448). Lo cierto es que la oponibilidad frente al propietario de la cosa es una nota caracterizadora del propio derecho de retención (art. IX.-2:114); esto supone que, si su origen es contractual, el mismo dueño ha debido intervenir como parte en ese contrato y que, por tanto, el derecho de retención le afecta como tal desde su válida constitución; y si se trata de un derecho de retención legal, sólo cuando la legislación nacional aplicable reconozca que es oponible frente al dueño pese a no ser él quien puso el bien en posesión del acreedor estaremos ante un derecho de retención en el sentido del DCFR y sujeto a sus reglas (*supra*, epígrafe 2.2, apartado e).

b) En segundo lugar se menciona al acreedor que hubiera iniciado la ejecución sobre el bien gravado y que, conforme a la legislación aplicable, estuviera protegido frente a ejecuciones posteriores.

c) En último término figura el administrador del concurso de quien hubiera facilitado la garantía, cuando éste se encuentra en una situación de insolvencia.

²⁷ Una precisión similar hacen para el Derecho civil catalán POZO CARRASCOSA y VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA (2008, p. 433), a propósito del art. 569-6.1 CCC; este precepto autoriza al retenedor a negarse, “incluso ante terceras personas”, a restituir el bien en tanto no se le pague la deuda que motivó la retención; los citados autores insisten en que con ello no hace sino reconocerse la oponibilidad *erga omnes* del derecho de retención, como derecho real que es; pero no se trata de una oponibilidad absoluta, por lo que en caso de que concurra con otro derecho real sobre el mismo bien habrá que estar a las reglas de preferencia y jerarquía que establece la ley.

3. El art. IX.-3:101 contiene en sus párrafos (2) y (3) sendas excepciones a lo dispuesto en el párrafo (1) y, por tanto, supuestos en los que la eficacia de los derechos reales de garantía frente a los terceros mencionados (o algunos de ellos) no se supedita al cumplimiento de las exigencias del Capítulo 3. Sin embargo, la virtualidad de estas excepciones se vería mermada en el caso que aquí interesa si se admite la idea defendida líneas atrás en el sentido de que todo derecho de retención posesoria válidamente constituido cumple desde el momento de su constitución con los requisitos para ser eficaz frente a terceros, manteniéndose esa situación mientras el acreedor siga poseyendo el bien, como ocurrirá normalmente.

Así, el párrafo (2) del art. IX.-3:101 prevé que cuando un derecho real de garantía eficaz frente a terceros se extiende a bienes distintos del gravado por virtud de lo previsto en el Libro IX del DCFR sin necesidad de un acuerdo al efecto, la extensión del derecho de garantía no está sujeta a las exigencias del Capítulo 3. En lo que afecta al derecho de retención posesoria, éste sería el caso de la indemnización que el acreedor hubiera podido percibir por la pérdida o deterioro de la cosa si la había asegurado, y el de los frutos civiles y naturales producidos por la cosa retenida [art. IX.-2:306 (1) y (2), respectivamente]; el hecho de que en estos casos el retentor tenga la posesión del dinero o de los frutos ya bastaría para cumplir con los requisitos exigidos por el Capítulo 3 para dotar a la extensión de la garantía de eficacia frente a terceros.

La segunda excepción, prevista en el párrafo (3) del art. IX.-3:101, se aplica en los casos de adquisición de buena fe de un derecho real de garantía sin consideración a una reserva de dominio o a un derecho real de garantía anterior sobre el mismo bien; entonces el derecho adquirido de buena fe se considera eficaz frente al titular de cualquiera de los otros dos aun sin cumplir los requisitos del Capítulo 3. Sin embargo, en nuestro caso hay que tener en cuenta nuevamente que no se considera admisible invocar la protección que dispensan las reglas del DCFR a la adquisición de buena fe de un derecho de garantía (especialmente, el art. IX.-2:108) cuando se trata de la constitución de un derecho de retención (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5448); la oponibilidad del derecho de retención al propietario cuando es otro el que proporciona la garantía al acreedor depende de lo que establezcan los Derechos nacionales; de ahí que el primer supuesto de la excepción no tenga aquí virtualidad. Y, en cuanto al segundo, si se constituye un derecho de retención sobre un bien gravado previamente con otro derecho real de garantía (por ejemplo, una prenda sin desplazamiento), el derecho de retención gozará de eficacia frente al titular del otro desde el instante en que quede constituido con el ejercicio de la posesión del bien por parte del retentor.

Insisto en que seguimos hablando de eficacia y no de prioridad; si tanto el derecho de retención como el otro derecho de garantía sobre la misma cosa fueran eficaces frente a terceros, la preferencia entre ellos habrá de resolverse conforme a la regla del art. IX.-4:102 (3) (*superpriority*).

4. El art. IX.-3:102 establece los tres métodos por los que un derecho real de garantía puede hacerse eficaz frente a los terceros mencionados en el art. IX.-3:101: el registro del derecho de garantía, válido para los que recaen sobre todo tipo de bienes; el mantenimiento de la posesión de los bienes gravados por parte del acreedor asegurado, que se aplica a los que recaen sobre

cosas corporales; y el ejercicio del control sobre los bienes gravados, válido para ciertos bienes intangibles. El primer método se desarrolla en la Sección 3 del Capítulo 3, y los otros dos en su Sección 2.

Las funciones del control y de la posesión son las mismas, y lo que las diferencia es su distinto ámbito de aplicación; en realidad, la posesión se puede contemplar como una forma de control sobre el bien gravado, caracterizada por su índole material. Con todo, los autores del DCFR decidieron mantener la dicotomía entre posesión y control por varias razones (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5488); así, se pensó que la introducción de la noción de control respecto de bienes corporales introduciría un elemento de incertidumbre; también que el concepto de posesión, tal como se aplica a las típicas situaciones de hecho ocurridas en el ámbito de la prenda posesoria, se encuentra bien arraigado en la mayoría de los países europeos y que no debía ponerse en duda introduciendo una nueva terminología; finalmente, el propio DCFR mantiene en su Libro VIII el término posesión. Así las cosas, el art. IX.-3:102 menciona el mantenimiento de la posesión de las cosas corporales por el acreedor como método para que los derechos reales de garantía sobre las mismas alcancen eficacia frente a terceros; se insiste en que es el método tradicionalmente aplicado a la prenda con desplazamiento posesorio (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5479, 5487 y 5488); pero, sin duda, también lo es al derecho de retención posesoria contemplado en el DCFR (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5448).

Por otra parte, aun cuando un derecho de retención goce de eficacia frente a terceros por el ejercicio de la posesión por parte del acreedor, también puede ser objeto de registro pues, como he dicho, este método es válido respecto de garantías reales sobre todo tipo de bienes, y el propio DCFR admite la posible acumulación de vías de publicidad de los derechos de garantía; así resulta del art. IX.-3:103, según el cual –párrafo (1)– cuando se da tal concurrencia prevalecen los “efectos más fuertes” de cualquiera de los métodos elegidos; en el ámbito de las reglas del Libro IX del DCFR, esto significa únicamente que se tendrá por fecha en que el derecho real de garantía alcanzó la eficacia frente a terceros aquélla en que antes lo hubiera logrado por cualquiera de los métodos concurrentes (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5480 y 5551).

Conviene señalar, aunque sea brevemente, que el DCFR crea un Registro europeo de garantías reales a los efectos que estamos tratando. La publicidad de las garantías mobiliarias mediante un registro se contempla como un principio del Derecho privado europeo habida cuenta la implantación de sistemas de este tipo en buena parte de los Estados miembros de la Unión Europea y en diversos instrumentos internacionales recientes (por ejemplo, la *Cape Town Convention* o la *European Bank for Reconstruction and Development's Model Law on Secured Transactions*) (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5494 y 5495). Sin embargo, como hay diferencias sustanciales entre los diversos sistemas, se ha optado por la creación del Registro ya mencionado, completamente nuevo y diseñado para los fines del DCFR; de ahí que la inscripción de la garantía en cualquiera de los Registros nacionales ahora existentes para las garantías mobiliarias (como sería en España el Registro de Bienes Muebles) no bastaría para lograr su eficacia frente a terceros conforme al DCFR, ni siquiera en la hipótesis de que el Registro nacional se adaptara a las reglas del DCFR (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5498 y 5499). Como características generales del Registro europeo cabe mencionar las siguientes: se considera abierto tanto a los derechos reales de garantía como a las reservas de dominio; a él no acceden todos los datos relevantes de las garantías inscritas, limitándose a informar únicamente de la posible existencia de una de ellas; los asientos pueden ser practicados directamente por las partes, sin necesidad de que intervenga ningún registrador público; es un registro

electrónico y accesible directamente *online* [art. IX.-3:302 (2)], fórmula con la que se pretende ahorrar costes; finalmente, sigue el sistema de folio personal [art. IX.-3:302 (1)].

Centrándonos en el mantenimiento de la posesión de la cosa por el acreedor asegurado como método de obtención de eficacia, el art. IX.-3:201 determina las tres maneras en que puede tener lugar cuando se trata de derechos reales de garantía sobre bienes corporales, como es el caso del derecho de retención posesoria. La primera es la más típica y consiste en el ejercicio de un control físico directo sobre los bienes gravados por parte del acreedor asegurado o de un representante que actúe por él (que ha de ser alguien distinto de quien le procuró la garantía). En segundo lugar, el acreedor también conserva la posesión de los bienes gravados cuando éstos se encuentran en poder de un tercero (distinto de quien le procuró la garantía) que ha acordado con el acreedor poseer los bienes para éste (como cuando el retentor los deposita en poder de un tercero). Finalmente, lo mismo ocurre cuando, teniendo la posesión de los bienes gravados el acreedor asegurado y el garante conjuntamente, o un tercero para ambos, el garante no tiene acceso a ellos sin el expreso consentimiento del acreedor.

5. El método por el que un derecho real de garantía goza de eficacia frente a terceros puede ser cambiado; así se desprende del art. IX.-3:104, según el cual en tal caso la eficacia no queda interrumpida si las exigencias del nuevo método se cumplen ya al terminar el anterior, esto es, si hay continuidad de uno a otro. Así, si el acreedor que ostenta un derecho de retención pactara con el garante su sustitución por una garantía no posesoria (por ejemplo, una prenda sin desplazamiento posesorio), la continuidad de la publicidad y por tanto de la eficacia exigiría que la nueva garantía figurara inscrita antes de que el acreedor asegurado le devolviera a aquél la posesión del bien gravado (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5481).

Hay que tener en cuenta, además, que la restitución de la posesión por el acreedor al garante se interpreta en principio como una voluntad de renuncia al derecho de garantía por parte de su titular, con su consiguiente extinción [art. IX.-6:101 (1) (b)], de modo que para que tal cosa no ocurra es preciso que quede claro que no existió esa voluntad, sino la de sustituir una garantía por otra.

2.5. La colisión del derecho de retención con otros derechos reales limitados o con acreedores del garante que instan la ejecución del bien retenido: reglas de prioridad

a. La prioridad del derecho de retención en conflicto con otros derechos reales sobre el mismo bien

Como ya se ha podido advertir, que una garantía real sea eficaz frente a terceros no significa necesariamente que prevalezca siempre que entre en conflicto con otro derecho real que grave el mismo bien, ya que ese derecho también puede gozar de dicha eficacia. En efecto, dado que es posible la concurrencia de varios derechos de garantía sobre un mismo bien, o de éstos con otros derechos reales limitados, es preciso regular la relación que existe entre ellos y cuál prevalece. Éste es el objeto de las reglas del Capítulo 4 del Libro IX, rubricado "Prioridad".

El Capítulo se abre con las reglas generales en esta materia (art. IX.-4:101), conforme a las cuales

el instante que marca la prioridad es, en esencia, aquél en que los derechos reales de garantía hayan devenido eficaces frente a terceros o, tratándose de otros derechos reales limitados con los que aquéllos pueden entrar en conflicto, el tiempo de su constitución; si la colisión es entre una garantía eficaz y una ineficaz, prevalece la primera; y si se da entre dos garantías ineficaces, prima la que se hubiera constituido antes. Sin embargo, no son éstas las reglas aplicables en principio al derecho de retención posesoria, contemplado específicamente en el art. IX.-4:102; este precepto atribuye una prioridad superior (*superpriority*) a ciertos derechos de garantía, y en su párrafo (3) dispone: “Un derecho real de garantía basado en un derecho de retención de la posesión conforme al IX.-2:114 (Derecho de retención de la posesión) tiene prioridad sobre cualquier otro derecho en el bien retenido”. Por tanto, el derecho de retención posesoria goza de preferencia sobre cualquier otro derecho que grave el bien, aun en el caso de que éste hubiera devenido eficaz frente a terceros antes; las únicas excepciones posibles a esta regla son las previstas en el párrafo (4) del citado art. IX.-2:102, que en seguida apuntaré.

Con todo, habría que tener en cuenta que si, como parece lógico, entendemos que la prioridad de que hablamos presupone la eficacia del derecho frente a terceros [ver también art. IX.-7:101 (2)], en el supuesto excepcional de que el derecho de retención hubiera dejado de ser eficaz, quedaría sujeto a las reglas generales del art. IX.-4:101.

La razón aducida para justificar la prioridad superior del derecho de retención es bien conocida: los créditos típicamente garantizados por un derecho de este tipo derivan de reparaciones, mejoras o gastos similares (por ejemplo, los derivados del depósito o del transporte del bien) hechos por el acreedor en los bienes que se encuentran en su posesión; esos gastos redundan así en pro del patrimonio del deudor, de lo cual se benefician todos sus posibles acreedores; por ello es justo dar preferencia entre ellos a aquél que ha hecho posible con su esfuerzo o su inversión el aumento o la conservación del valor del bien gravado (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5559 y 5560); son los mismos argumentos que se barajan al justificar los privilegios que nuestro ordenamiento confiere a esta clase de créditos DÍEZ-PICAZO (2008, pp. 905, 906 y 915). Con todo, hay supuestos en los que las razones señaladas no parecen tan claras. Tal es el caso cuando la ley atribuye un derecho de retención a quien sufre daños por razón de la cosa y en garantía de su resarcimiento (así, por ejemplo, el art. 569-4.b CCC, § 273.2 BGB, art. 754 CC portugués, art. 2286.3º CC francés o art. 895.1 CC suizo, a los que habría que añadir los arts. 1730 y 1780 CC si se considera que los mismos consagran un mero derecho de retención y no una prenda legal); en estos casos el acreedor no ha hecho ningún trabajo o inversión que redunde en beneficio del bien retenido; por tanto, parece que en ellos habría que buscar otra justificación para su especial prioridad. Sin embargo, hay otro caso en el que tal prioridad puede resultar aún más llamativa: el de los derechos de retención que tienen su origen en un contrato; como vimos, en los sistemas que admiten esta posibilidad se entiende que las partes pueden pactar un derecho de este tipo para garantizar créditos que no guarden conexión alguna, ni jurídica ni material, con el bien retenido (*supra*, epígrafe 1.3, apartado b, número 3); en mi opinión, en estos casos habría que ser mucho más cauto a la hora de asignar prioridad a este derecho en detrimento de los demás, ya que la razón invocada para su justificación no concurre en estas hipótesis. En apoyo a lo dicho cabe señalar que en Holanda, donde se considera posible pactar un derecho de retención, se entiende que los contratantes no pueden atribuirle los efectos que la ley otorga al derecho de retención de

origen legal, en concreto, la preferencia de cobro del art. 3:292 y la oponibilidad frente a terceros del art. 3:291 CC holandés, salvo que éstos lo hayan consentido (ZWITSER, 2002, p. 106). En definitiva, no parece admisible dejar en manos de los particulares el establecimiento de un derecho de retención dotado de la gran eficacia que le otorga el DCFR para garantizar créditos que nada tienen que ver con el bien retenido. Sin embargo, lo cierto es que el DCFR no introduce ninguna matización a estos efectos.

b. Excepciones a la prioridad del derecho de retención

El art. IX.-4:102 (4) contempla dos excepciones aplicables a cualquiera de los supuestos de superprioridad que consagra, incluido el del derecho de retención posesoria; del citado precepto resulta que no opera la prioridad superior cuando son de aplicación los artículos IX.-4:101 (5) y IX.-4:108.

El art. IX.-4:108 admite la permuta de rango entre derechos reales de garantía o entre éstos y otros derechos reales limitados que graven un mismo bien, mediante el acuerdo de todos los titulares de los derechos que resultarían afectados por la modificación; consiguientemente, el titular de un derecho de retención perdería su superior prioridad si permutara su rango con otro derecho carente de ella²⁸.

De otro lado, el art. IX.-4:101 (5) contempla la adquisición de buena fe de un derecho real de garantía sobre un bien sin consideración a la previa existencia de una reserva de dominio o de un gravamen sobre el mismo; el derecho adquirido de buena fe no sólo es eficaz frente al titular de la reserva de dominio o del derecho de garantía previo [en virtud del art. IX.-3:101 (3)], sino que, además, siempre tiene prioridad respecto de ellos –salvo que se acuerde una permuta de rango–, tal y como dispone el art. IX.-4:101 (5). En lo que aquí interesa, la norma sería aplicable si un acreedor adquiriera de buena fe un derecho de garantía sobre el bien sujeto a retención posesoria. La hipótesis es poco probable en la práctica si se tienen en cuenta las exigencias que resultan del art. IX.-2:109 para que tenga lugar la adquisición de buena fe de un derecho de garantía sobre un bien corporal previamente gravado (al respecto VON BAR y CLIVE, 2009, p. 5435). A tal fin es preciso, en primer lugar, que el bien se encuentre en posesión de quien ofrece la garantía o que esté inscrito como perteneciente al mismo en un registro nacional o internacional de propiedad al tiempo de constituirse la garantía [art. IX.-2:109 (1) (a)]; sin embargo, tratándose de un derecho de retención, la posesión del bien la tiene normalmente el acreedor retentor [salvo en el hipotético caso de que éste se lo hubiera devuelto al garante para algún fin concreto y puntual no significativo de una voluntad de renunciar a la garantía conforme al art. IX.-6:101 (1) (b)]; en tal caso, el derecho de retención habría dejado incluso de ser eficaz frente a terceros si no constara inscrito]; ello prácticamente dejaría reducida la posibilidad de adquisición de buena fe de un derecho real de garantía en detrimento de un derecho de retención previo a la hipótesis de que el bien retenido figurara inscrito en el correspondiente registro como perteneciente al constituyente de la garantía. Y aun en el improbable caso de que se cumpliera tal requisito, aún sería preciso algo más [art. IX.-2:109 (1) (b)]: que al tiempo de constituirse el nuevo derecho de

²⁸ Más a este respecto *infra*, apartado e de este mismo epígrafe.

garantía su titular no supiera ni pudiera esperarse razonablemente que supiera que el garante carecía de legitimación para establecerlo sin tener en cuenta el derecho de retención previo. Sólo si concurrieran todas las exigencias apuntadas el segundo acreedor adquiriría sobre el bien un derecho de garantía libre del derecho de retención previamente existente [art. IX.-2:109 (1)], eficaz frente a su titular sin necesidad de cumplir los requisitos del Capítulo 3 [art. IX.-3:101 (3)] y prioritario respecto del derecho de retención [art. IX.-4:101 (5)].

c. La prioridad del derecho de retención sobre frutos y utilidades del bien retenido

La superior prioridad de que goza el derecho de retención posesoria sobre el bien inicialmente sujeto a él se aplica también al derecho de retención que se extiende a los frutos e ingresos generados por dicho bien. El art. IX.-4:104 contiene las reglas generales sobre esta cuestión, aplicables a todos los derechos de garantía. A este respecto hay que recordar que el art. IX.-2:306 establece la extensión del derecho real de garantía a ciertos derechos de pago generados por un defecto, el deterioro o la pérdida del bien gravado (incluidos los ingresos derivados de un seguro), así como a sus frutos civiles y naturales –esto último, sólo respecto de los derechos de garantía posesorios y salvo pacto en contra—. También vimos que, según el art. IX.-3:101 (2), tal extensión no está sujeta a las exigencias del Capítulo 3 para ser eficaz frente a terceros. Lo que el art. IX.-4:104 (1) viene a asegurar es que la prioridad de que goza la garantía sobre el bien originariamente gravado se aplica también a la que recae por extensión sobre ciertos frutos o ganancias producidos por él, garantía ésta que, de estar sujeta a las reglas generales del art. IX.-4:101, podía quedar en peor posición que aquélla; y ello porque el derecho de garantía sobre esos incrementos se habrá constituido o habrá devenido eficaz frente a terceros necesariamente después que el derecho que grava el bien del que provienen.

Sin embargo, en mi opinión, la virtualidad del art. IX.-4:104 (1) resulta prácticamente nula por lo que afecta al derecho de retención posesoria, habida cuenta que el mismo es prioritario sobre cualquier otro derecho que recaiga sobre el bien gravado, aunque el mismo hubiera devenido eficaz frente a terceros antes que el derecho de retención. El derecho de retención que, de acuerdo con lo dispuesto en el art. IX.-2:306, exista sobre la indemnización satisfecha al retentor por un seguro suscrito sobre el bien retenido o sobre los frutos civiles o naturales producidos por éste goza ya por sí de la superprioridad que el art. IX.-4:102 atribuye a todo derecho de retención, independientemente de su fecha de constitución y consiguiente eficacia frente a terceros.

El art. IX.-4:105 establece algunas excepciones a las reglas generales del art. IX.-4:104; son excepciones que no resultan de aplicación al derecho de retención posesoria (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5567), por lo que aquí prescindiremos de su análisis.

d. La colisión entre el derecho de retención y el derecho de los otros acreedores del garante a ejecutar el bien retenido

Un derecho de garantía puede entrar en conflicto, además de con otros derechos reales limitados sobre el mismo bien, con el derecho de un acreedor del garante que aspire a satisfacer su crédito mediante la ejecución del bien que se encuentra gravado con el derecho de garantía. Del art. IX.-3:101 (1) (a) resulta que mientras un derecho real de garantía no cumpla las exigencias del Capítulo 3 no surte efectos frente al acreedor que hubiera iniciado la ejecución sobre el bien gravado y que, conforme a la legislación aplicable, estuviera protegido frente a ejecuciones posteriores. Consecuentemente, un derecho de garantía que sí cumpla aquellas exigencias y que, por tanto, sea eficaz frente a terceros —como lo es el derecho de retención posesoria— sí surtiría efectos frente a tal acreedor. Ahora bien, el artículo citado no concreta cuál es la relación entre éste y un derecho real de garantía eficaz ni cuál prevalece. Esta cuestión de prioridad se aborda también en el Capítulo 4, en el art. IX.-4:107 “Prioridad del acreedor ejecutante”, que resuelve la cuestión atribuyendo a dicho acreedor un derecho de garantía ficticio y eficaz sobre el bien a partir de cierto momento y si se cumplen ciertos requisitos; en este sentido, el art. IX.-4:107 establece que a los efectos de determinar la prioridad, se considera que un acreedor ejecutante es titular de un derecho real de garantía eficaz desde el momento en que hubiera instado la ejecución de bienes concretos, si se cumplieran todas las condiciones previas del procedimiento ejecutivo contra dichos bienes conforme a las reglas de procedimiento del lugar de ejecución. Consecuentemente, el acreedor ejecutante no tendrá preferencia frente a los derechos reales de garantía que hubieran devenido eficaces antes de instarse la ejecución, y sí sobre los que lo hubieran hecho después.

Sin embargo, parece que esta afirmación general debería matizarse cuando se trata de un derecho de garantía con superprioridad, como es el caso del derecho de retención posesoria. Como hemos visto, la superprioridad se caracteriza por comportar la prevalencia de un determinado derecho real de garantía sobre cualquier otro, aun cuando éste hubiera sido el primero que devino eficaz o que se constituyó. Por consiguiente, parece que la ficción en que se basa el art. IX.-4:107 al considerar que el acreedor ejecutante ostenta un derecho real de garantía eficaz desde que insta la ejecución de un determinado bien, no debería evitar la aplicación del art. IX.-4:102 (3), esto es, de la prioridad frente a él del derecho de retención posesoria aunque éste se hubiera constituido después de instarse la ejecución del bien en cuestión. En los comentarios de los autores del DCFR al art. IX.-4:107, sin embargo, no se hace alusión alguna a esta cuestión (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5570 y 5571).

e. La permuta de rango

La permuta de rango entre derechos reales de garantía o entre éstos y otros derechos reales limitados sobre el mismo bien es contemplada en el art. IX.-4:108. Según dispone su párrafo (1), para establecerla basta el acuerdo de los titulares de los derechos que resultarían afectados por la permuta; ese acuerdo debe tener “forma textual”, lo que, según el art. I.-1:106, significa un texto expresado en caracteres inteligibles en cualquier soporte que permita su lectura, la grabación de

la información contenida en el texto y su reproducción en forma tangible.

El párrafo (2) del art. IX.-4:108 contempla la posición del tercero que adquiere un derecho de real garantía o un derecho real limitado que se haya visto negativamente afectado por la permuta, y establece que la misma sólo le afecta si el asiento del derecho de garantía en el Registro europeo de garantías reales ha sido rectificado al efecto, o si al tiempo de la transmisión el tercero conocía o tenía razones para conocer la permuta de rango. Por tanto, la permuta es perfectamente válida si se basa en un acuerdo que reúna los requisitos del párrafo (1), aunque no se refleje en el Registro; esta constancia es sólo precisa para la eficacia de la permuta frente a terceros que de otro modo no la conocieran o no tuvieran por qué conocerla. Supongamos, pues, que el titular de un derecho de retención acuerda válidamente con el titular de otro derecho real limitado sobre el bien retenido posponer su rango al de éste [frente al cual ya no gozaría de prioridad superior alguna: art. IX.-4:102 (3) y (4)], y que después cede su derecho de retención a un tercero (al amparo del art. IX.-5:301); si se parte de la hipótesis normal de que el derecho de retención no figure inscrito en el Registro europeo de garantías reales –ya que no lo necesita para ser eficaz frente a terceros–, tampoco podrá reflejarse en él la permuta de rango; así las cosas, el adquirente del derecho de retención sólo se vería afectado por ella si la conociera o hubiera tenido motivos para conocerla al tiempo de la adquisición; sin embargo, como esta situación de conocimiento es difícil que se dé si quien transmite el derecho de retención no informa de ello al adquirente, estamos ante un caso en el que habría un claro interés por parte del titular del derecho real antepuesto al de retención en virtud de la permuta a que ese derecho de retención fuera inscrito; la exigencia de su registro [que puede llevar a cabo por sí el acreedor asegurado: art. IX.-3:305 (1)] podría plantearse así como una de las cuestiones a negociar en el acuerdo de permuta.

2.6. El derecho de retención en la fase anterior al incumplimiento

2.6.1. Delimitación de esta fase

El Capítulo 5 del Libro IX del DCFR, bajo la rúbrica *Predefault rules*, contiene las reglas aplicables a las garantías reales sobre bienes muebles, y particularmente a las facultades y obligaciones de las partes, antes de que tenga lugar el incumplimiento, por parte del deudor, de la obligación garantizada, o cualquier otro suceso que por acuerdo de las partes autorice al acreedor a recurrir a la garantía [art. IX.-1:201 (5)]. Se contempla el período de tiempo que transcurre entre la constitución de la garantía –momento a partir del cual ya resultan de aplicación las reglas del Capítulo 5– y su extinción –por cualquiera de las vías que contempla el Capítulo 6– o su ejecución –conforme a las normas del Capítulo 7– (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5572). Consumado el incumplimiento, se consideran de aplicación las reglas del Capítulo 7 *Default and enforcement* acerca de la ejecución de la garantía.

El hecho de que el Capítulo 5 contemple el régimen jurídico de las garantías reales cuando aún no ha habido incumplimiento obliga a hacer algunas consideraciones acerca de su aplicación en el caso del derecho de retención. Cuando el derecho de retención (o cualquier otra garantía) tiene su origen en un contrato entre las partes, la garantía se constituye en previsión de un posible impago en el futuro por parte del deudor y, por tanto, necesariamente antes de que se haya

producido ese impago, que puede no llegar a tener lugar siquiera; por tanto, el acreedor posee el bien por ostentar sobre él un derecho de retención aun antes del incumplimiento, y en esa situación se le aplican las reglas del Capítulo 5. En cambio, los derechos de retención *ex lege* surgen precisamente a raíz del incumplimiento, cuando no se satisface al acreedor el crédito que ostenta; el impago de su crédito es lo que legitima al acreedor para seguir poseyendo —ahora como retentor— el bien que antes poseía en otro concepto, bien que habría tenido que restituir de no ser por el derecho de retención nacido a resultas del incumplimiento del deudor. En definitiva, cuando se trata de un derecho de retención legal, constitución de la garantía e incumplimiento coinciden, lo que no dejaría lugar para aplicar en este caso las reglas “previas al incumplimiento” del Capítulo 5. En esa medida, estamos ante normas pensadas para las garantías reales de origen contractual, que se constituyen en previsión de un futuro incumplimiento; entre aquella (la constitución) y éste (el incumplimiento) transcurre entonces un período de tiempo en el que hay que reglamentar la posición jurídica de las partes, tal y como hace el Capítulo 5. Con todo, creo que por identidad de razón podría considerarse justificada la aplicación de algunas de sus reglas, aun después de consumarse el incumplimiento, cuando el titular del derecho de retención (legal o contractual) opte por seguir poseyendo la cosa en vez de realizar su valor; tal sería el caso, en mi opinión, de las normas relativas a la obligación del acreedor de conservar debidamente el bien retenido, la prohibición de usarlo, la facultad anticrética o la transmisión del crédito garantizado (cuestiones de cuya explícita regulación en esa fase de la garantía encontramos buen número de muestras en el Derecho comparado).

Mas, al margen de esta posibilidad, las que analizamos a continuación son reglas básicamente aplicables al derecho de retención de origen contractual antes de producirse el incumplimiento.

2.6.2. Principios generales

1. El artículo que abre este Capítulo 5 (art. IX.-5:101, único precepto de su primera Sección) sienta dos principios generales. En primer lugar, el de autonomía privada, que opera en la determinación de la relación entre las partes siempre que no exista una regla que establezca lo contrario [párrafo (1)]; por tanto, hay que partir del carácter dispositivo de las normas del Capítulo 5, salvo que de ellas mismas resulte claramente otra cosa; esto permitiría a garante y acreedor asegurado pactar, por ejemplo, la facultad del último de utilizar el bien gravado más allá de los casos en que el uso resulte necesario para conservar el bien (art. IX.-5:206), o excluir la facultad anticrética del titular del derecho de garantía (prevista en el art. IX.-5:208) o la obligación del garante de asegurar el bien gravado [establecida por el art. IX.-5:201 (3)]; de esta manera, la relación entre las partes queda sometida tanto al régimen del Capítulo 5 como, en su caso, a lo que hayan acordado válidamente.

2. Sentado el principio de autonomía privada, el párrafo (2) del propio art. IX.-5:101 nos ofrece en seguida una muestra de sus límites, estableciendo como principio general la prohibición del pacto comisorio; en este sentido, se declara nulo cualquier acuerdo concluido *antes del incumplimiento*, que permita al acreedor asegurado apropiarse los bienes gravados o que tenga este efecto; no obstante, la regla admite excepciones, pues deja a salvo la posibilidad de que expresamente se disponga otra cosa; el propio DCFR permite directamente en el art. IX.-5:208

—y, por tanto, sin necesidad de que exista pacto alguno al respecto entre las partes— que el acreedor aplique a la reducción del crédito —y en definitiva haga suyos— los frutos civiles producidos por el bien gravado cuando su derecho real de garantía se extienda a ellos.

El pacto que prohíbe el art. IX.-5:101 (2) es el que permite al acreedor apropiarse del bien antes de que tenga lugar el incumplimiento (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5574 y 5622); al pacto que le autoriza a su apropiación después de producido el incumplimiento (esto es, en la fase de ejecución del derecho de garantía) se refiere otro precepto, el art. IX.-7:105, que también lo declara nulo por regla general aunque admitiendo asimismo ciertas excepciones [al respecto, ver *infra*, epígrafe 2.8, apartado a, (v)].

Tanto el art. IX.-5:101 [en el inciso final de su párrafo (2)] como el art. IX.-7:105 (5) declaran inaplicable la prohibición que establecen a la reserva de dominio, lo cual es lógico, dado que en tal caso el acreedor garantizado conserva la propiedad del bien gravado.

Al prohibir en términos generales el pacto comisorio, el DCFR recoge una regla ya consagrada en el Derecho romano y ampliamente reconocida en Europa (en nuestro Derecho, en los arts. 1859 y 1884 CC), cuya justificación estriba en evitar que el acreedor asegurado abuse de la situación en que se encuentra su deudor; en concreto, la apropiación del bien a cambio de la extinción de la deuda perjudica claramente al deudor y a los demás acreedores si el valor del bien supera el importe de lo debido y ese exceso no revierte al deudor (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2001a, pp. 427 y 428). Ese riesgo no existe en el caso contemplado en el art. IX.-5:208, ya que se refiere a dinero y el importe la deuda queda rebajado en la exacta cuantía de la suma percibida por el acreedor como fruto civil del bien gravado. Y tampoco existe en los casos excepcionales en que lo admite el art. IX.-7:105 (2) para después de consumado el incumplimiento, por los motivos que expondré al analizar este artículo en la fase de ejecución de la garantía.

2.6.3. La posición jurídica del garante

1. Al derecho de retención posesoria no le son aplicables las reglas relativas a los derechos y las obligaciones del garante contenidas en los arts. IX.-5:202 a IX.-5:205, dado que en su supuesto de hecho siempre se parte de que el bien gravado se encuentra en posesión de quien procuró la garantía al acreedor; por tanto, el hecho de que estemos ante un derecho real de garantía típicamente posesoria excluye la aplicación de estas reglas, válidas sólo para las no posesorias (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5579).

Ello deja reducidas a cuatro las normas que interesan a nuestros efectos: los párrafos (2) y (3) del art. IX.-5:201, el art. IX.-5:303 y el art. IX.-5:401.

2. Del art. IX.-5:201 (2) resulta que el garante está legitimado para inspeccionar en cualquier tiempo razonable los bienes gravados; se trata de una facultad correlativa a la obligación de cuidar esos bienes que incumbe al retentor, como poseedor de los mismos, conforme al art. IX.-5:201 (1).

3. El art. IX.-5:401 atribuye al garante otra facultad que se corresponde con una obligación del acreedor: la de exigir a éste información acerca de la cuantía de la obligación cubierta por la garantía; también está autorizado para pedirle que facilite esa información a un tercero [párrafo (1)]; ese tercero puede ser una persona que considere la posibilidad de dar crédito al garante, o de adquirir sobre el bien sujeto a retención otro derecho de garantía y quiera conocer la cantidad de la que ya responde el bien.

El párrafo (2) del art. IX.-5:401 toma en consideración la posibilidad de que garante y deudor sean personas distintas; pensemos, por ejemplo, en un derecho de retención constituido mediante un contrato entre el acreedor y el dueño de un bien mueble, que se lo ofrece a aquél en garantía de una deuda ajena; en tal caso, la facultad del garante de obtener la información a que alude el párrafo precedente requiere la aprobación del deudor; la medida pretende preservar la confidencialidad de los asuntos del deudor, pero limita las posibilidades del garante de acceder a una información que sin duda es relevante para él; de ahí que los autores del DCFR aconsejen a quien grava un bien en garantía de una deuda ajena que obtenga la referida autorización del deudor anticipadamente y de manera irrevocable (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5598).

4. El art. IX.-5:303, al regular la transmisión del bien gravado por un derecho real de garantía, da por supuesto que la existencia de tal gravamen no impide al dueño del bien disponer del mismo; por tanto, si el garante es el propietario del bien (supuesto éste que los autores del DCFR consideran el más común: VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5594), estará facultado para transmitir su propiedad a un tercero; cuestión distinta es si el tercero lo adquiere sujeto o no al gravamen, siendo la respuesta afirmativa la regla general; analizo esta cuestión algo más adelante (*infra*, apartado f de este mismo epígrafe 2.6).

5. Por lo que respecta a las obligaciones del garante, el art. IX.-5:201 (3) le atribuye la de asegurar los bienes gravados contra aquellos riesgos que aseguraría un propietario prudente; recordemos que, según el art. IX.-2:306 (1), el derecho real de garantía se extiende a los derechos de pago debidos a un defecto, un daño o la pérdida del bien gravado originariamente, incluidos los ingresos derivados de un seguro; lo que se pretende es que si el bien gravado se pierde o se deteriora, exista al menos un derecho de pago basado en una póliza de seguro para cubrir el interés del acreedor (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5577). Para que el retentor pueda controlar el cumplimiento de esta obligación, se le faculta para exigir al garante la correspondiente prueba del aseguramiento; si no le ofrece tal prueba o no existe seguro o el mismo es insuficiente, el mismo acreedor está facultado para contratarlo y para sumar los correspondientes gastos a la obligación garantizada; la verdadera peculiaridad de esta regla radica en que los gastos del seguro concertado por el acreedor en cualquiera de las tres hipótesis mencionadas quedan cubiertos por la garantía, ya que se entiende que, más allá de ellas, el acreedor siempre puede asegurar a su costa el bien gravado (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5578).

2.6.4. La posición jurídica del acreedor con derecho de retención

a. Obligación de información

El acreedor garantizado está obligado a facilitar al garante –o al tercero que éste señale–, y a requerimiento suyo, información sobre la cuantía de la deuda cubierta por la garantía; así lo establece el art. IX.-5:401, que ya ha quedado examinado líneas atrás (*supra*, epígrafe 2.6, apartado c, número 3).

b. Obligaciones de guarda y conservación; el uso del bien retenido

En términos generales, el art. IX.-5:201 establece que la parte que tenga la posesión de los bienes gravados –en nuestro caso, el acreedor con derecho de retención– está obligada a guardarlos de modo que puedan distinguirse de los bienes pertenecientes a otras personas, así como a conservarlos y mantenerlos con un cuidado razonable [párrafo (1)]; correlativamente, la otra parte –quien le procuró la garantía– está legitimada para inspeccionar los bienes gravados en cualquier momento razonable [párrafo (2)].

Los deberes de cuidado se consideran una manifestación del principio de buena fe (VON BAR Y CLIVE, 2009a, p. 5576); el retentor posee un bien que es ajeno a los únicos efectos de contar con una garantía, y está obligado a devolverlo a su dueño en cuanto vea satisfecho su crédito; también en caso contrario, y si resulta preciso ejecutar la garantía, interesa que la misma –y, en definitiva, el bien– no haya perdido valor por una conservación descuidada: de ahí la obligación de guardarlo con la diligencia de un buen padre de familia, que sería el equivalente al cuidado razonable del que habla la norma.

Por otra parte, el art. IX.-5:206 atribuye al acreedor que posee el bien gravado –como es el caso del retentor– una limitada facultad de uso sobre el mismo, ejercitable sólo cuando y en la medida en que su uso adecuado sea indispensable para el mantenimiento y preservación del bien [por ejemplo, una máquina que deba ponerse a funcionar de vez en cuando para que se mantenga debidamente, o un caballo que deba ser entrenado –el segundo ejemplo es de los autores del DCFR: VON BAR y CLIVE (2009a, p. 5586)–]; estamos, por tanto, ante una manifestación de la obligación del acreedor de conservar debidamente el bien ajeno que posee [art. IX.-5:201 (1)] y no ante una facultad que pueda ejercer en su propio interés. Fuera de esta hipótesis, el uso sólo sería admisible si las partes así lo hubieran pactado en ejercicio de su autonomía privada [art. IX.-5:101 (1)] y respetando los límites de la misma [art. IX.-5:101 (2)].

El incumplimiento de la obligación de conservación daría lugar a la aplicación de los remedios previstos para el incumplimiento de las obligaciones en el Libro III –Capítulo 3– del DCFR y, particularmente, a la correspondiente responsabilidad por los daños causados al dueño del bien (pérdida de valor de la cosa); con todo, se advierte que al calcular la indemnización hay que tener en cuenta que el acreedor podría haber ejecutado la garantía llegado el caso; y también que si el garante fuera el propio deudor, cabría compensar su pretensión indemnizatoria con la obligación

garantizada. Además, un uso indebido del bien por parte del acreedor retentor podría dar lugar a un mandamiento judicial de cesación; y si el acreedor se hubiera lucrado con el uso no autorizado del bien gravado, le serían aplicables las reglas sobre enriquecimiento injustificado del Libro VII [sobre todos estos extremos, VON BAR y CLIVE (2009a, pp. 5578 y 5587)]. El DCFR no prevé la extinción del derecho de garantía por un mal uso del bien por parte del acreedor.

Los gastos de conservación que, en su caso, el retentor se hubiera visto obligado a hacer deben considerarse de cargo del dueño de la cosa, ya que se trata de gastos necesarios que el mismo propietario hubiera debido afrontar de tenerla en su poder; por tanto, el acreedor ostentaría frente a él un derecho de crédito por tales gastos. Cuestión distinta es si ese derecho de crédito debe considerarse cubierto por la garantía retentoria. El art. IX.-5:201 no lo contempla específicamente, pero, en cambio, sí extiende la garantía a los gastos de aseguramiento de la cosa hechos por el acreedor ante la pasividad del garante [art. IX.-5:201 (3) *in fine*]; en mi opinión, la misma razón que justifica la extensión en este caso se da respecto de los gastos de conservación: se trata de gastos que en último término no son de cargo del titular de la garantía. Por otra parte, hay que tener en cuenta lo dispuesto por el art. IX.-2:401, que es el que regula específicamente la cobertura de la garantía y establece que ésta alcanza, no sólo al crédito principal asegurado, sino también a los derechos accesorios que el acreedor tuviera contra su deudor; en mi opinión, el crédito por los gastos de conservación necesarios puede considerarse uno de ellos.

En Derecho comparado, y por lo que se refiere a los derechos de retención *ex lege*, no es extraño que se establezca de forma expresa la obligación del retentor de conservar el bien debidamente y que se le prohíba su uso sin autorización del dueño, salvo cuando el mismo fuera preciso para conservar la cosa [encontramos reglas en este sentido en el art. 569-6.2 CCC, el art. 758 CC portugués en relación con su art. 671 a) y b), y el art. 298.1 y 2 CC japonés]; a conclusiones similares se llega aun en Derechos que carecen de normas que así lo declaren [por ejemplo, en Francia: ALBIGER y DUMONT-LEFRAND (2009, pp. 222-223, marginal 368) y JOBARD-BACHELLIER y BRÉMOND (2009, pp. 65-66); en Alemania: KRÜGER (2007, pp. 650 y 651, marginal 92) y HEINRICHS (2008, p. 334, marginal 20); también en España: VIÑAS MEY (1922, p. 112), DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2001b, p. 162) y LACRUZ *et al.* (2007, pp. 258-262)]. Algunas de las normativas citadas regulan también las consecuencias del uso indebido de la cosa retenida: el CC portugués (arts. 758 y 673) faculta al garante para exigir al acreedor que preste una garantía adecuada o que la cosa sea depositada en poder de un tercero (se aplica así al derecho de retención una regla propia de la prenda con desplazamiento posesorio, que recuerda a la del art. 1870 CC; ver también art. 1867 CC); en el CC japonés (art. 298.3), las consecuencias –también del incumplimiento de la obligación de conservar– son más severas: el deudor puede exigir la extinción del derecho de retención; en la civilística catalana, cuyo CC nada dice al respecto, hay divergencia de opiniones [así, por ejemplo, según BARRADA ORELLANA (2008, p. 1821), el incumplimiento de la obligación de conservar determina la responsabilidad del retentor por daños y perjuicios, y faculta al dueño o al deudor para pedir la constitución del bien en depósito o la intervención judicial en su administración –arg. arts. 1870 CC y arts. 117.2º LH y 18 LHM y PSD–; en cambio, LUCAS ESTEVE (2007, p. 247) lo considera como una causa de extinción del derecho de retención].

En el mismo ámbito de los derechos de retención *ex lege*, son varios los ordenamientos que establecen que su titular puede exigir el abono de los gastos necesarios hechos en el bien retenido [así, el art. 758 CC portugués en relación con su art. 670 b), y el art. 299.1 CC japonés]; algunos de ellos van más lejos y reconocen, además, que el crédito derivado de tales gastos queda cubierto por el derecho de retención (como el art. 3:293 CC holandés y el art. 569-6.2 *in fine* CCC).

c. Facultad de poseer

La posesión del bien gravado por parte del acreedor constituye la característica central del derecho de retención; en tanto este derecho subsista, el acreedor está facultado para mantener la posesión del bien frente a su dueño [art. IX.-6:104 (2) *a contrario*] de cualquiera de las formas previstas por el art. IX.-3:201. Se trata de una posesión en concepto de retentor y, por tanto, dirigida a proteger el interés del acreedor asegurado de obtener la satisfacción de su crédito. El acreedor está facultado para retener el bien en su poder mientras su crédito no resulte satisfecho ni se dé cualquier otra circunstancia que determine la extinción de la garantía; ello le permite contar con un bien seguro cuyo valor puede ser realizado en caso de incumplimiento.

Al tratarse de una posesión en concepto de retentor, es evidente que no es apta para usucapir la propiedad del bien retenido [así, entre nosotros, JORDANO FRAGA (1987, p. 373) y LACRUZ *et al.* (2007, p. 262)]. Pero sí debe beneficiarse de las medidas de defensa de la posesión [como explícitamente disponen, respecto del derecho de retención establecido legalmente, el art. 758 CC portugués por remisión a su art. 670 a), y el art. 3944 CC argentino; lo mismo cabe deducir del art. 3:295 CC holandés, conforme al cual el acreedor que pierde el control de la cosa retenida puede reclamarla bajo las mismas condiciones que un propietario; nuestro CC sólo establece una regla sobre esta cuestión en sede de prenda (art. 1869.II CC), pero la legitimación del retentor para hacer valer la tutela sumaria de su posesión no admite duda (ver, por ejemplo, LÓPEZ Y LÓPEZ (1976, pp. 27 y 28), JORDANO FRAGA (1987, p. 373), DIEZ-PICAZO y GULLÓN (2001b, p. 162), SABATER BAYLE (1993, p. 1988), ALBADALEJO (2004, p. 257) y LACRUZ *et al.* (2007, p. 262)].

d. ¿Facultad de arrendar?

A mi modo de ver, del DCFR no se desprende con claridad si el titular del derecho de retención –como el de cualquier otro derecho real de garantía posesoria– está o no legitimado para arrendar el bien gravado antes de producirse el incumplimiento; desde luego, no hay duda de que puede hacerlo si las partes así lo pactan; y lo mismo sería defendible cuando el arrendamiento posibilite un uso del bien necesario para conservarlo debidamente. Más allá de eso nos encontramos con que el DCFR prohíbe al acreedor usar del bien, por lo que cabría interpretar que tampoco está autorizado para permitir ese uso a un tercero mediante un contrato de arrendamiento. Los propios autores del DCFR señalan al comentar el art. IX.-5:206 que el acreedor no ostenta una posesión que le legitime para explotar el valor económico del bien; puesto que el propósito básico del derecho real de garantía –añaden– es únicamente asegurar la satisfacción del crédito, no hay razón para permitirle al acreedor un uso que inevitablemente comporta el riesgo de depreciación del bien que sigue siendo propiedad ajena (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5586-5589); es evidente que el mismo riesgo existe cuando quien usa el bien es un tercero arrendatario.

Las dudas surgen porque, luego, el art. IX.-5:208 permite al acreedor retentor quedarse con los frutos civiles que el bien produzca; un caso típico de fruto civil –aunque no el único– es precisamente el de las rentas obtenidas mediante el arrendamiento del bien y, de hecho, es el que mencionan los autores del DCFR al anotar este precepto (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5589); el dato por sí solo no es decisivo, porque, como veíamos en el párrafo anterior, hay supuestos en los

que, en cualquier caso, parece que no sería dudosa la facultad del acreedor de arrendar. Sin embargo, esos mismos autores parecen ir más lejos en las derivaciones que extraen del citado artículo pues, al referirse a la facultad del acreedor de arrendar el bien gravado en la fase de ejecución –indudable, dado que la consagra expresamente el art. IX.-7:207 (1) (b)–, apuntan que el mismo tiene una facultad similar antes del incumplimiento al amparo del art. IX.-5:208 (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5590 y 5639).

Mas, si la intención de los redactores del DCFR era legitimar al acreedor para arrendar el bien también en este momento previo al incumplimiento, creo que hubiera sido precisa una disposición más clara al respecto que la simple referencia del art. IX.-5:208 a la facultad anticrética sobre los frutos civiles, que admite otras interpretaciones; una disposición, en fin, como la que recoge el art. IX.-7:207 (1) (b) para la fase de ejecución.

De los Derechos nacionales examinados sólo el japonés contempla específicamente esta cuestión, estableciendo que el titular del derecho de retención no puede usar ni arrendar la cosa retenida sin autorización del deudor, salvo que el uso fuese necesario para conservar la cosa (art. 298.2 CC japonés).

e. Facultad anticrética

Esta facultad aparece prevista en el art. IX.-5:208, que, presuponiendo la extensión de los derechos de garantía posesoria a los frutos civiles del bien gravado en defecto de pacto en contrario [art. IX.- 2:306 (2)], le faculta para percibir y aplicar el dinero que haya recibido como fruto civil a reducir el crédito garantizado aun antes de su vencimiento. Interesa resaltar que esta facultad se circunscribe a los frutos civiles del bien originariamente gravado (por ejemplo, rentas derivadas de un arrendamiento autorizado del bien). Los frutos naturales, a los que también se extiende el derecho de retención [art. IX.- 2:306 (2)], no pueden ser objeto de imputación por parte del acreedor a fin de reducir la deuda; podrá, eso sí, realizar su valor si fuera preciso ejecutar la garantía después de consumarse el incumplimiento.

También los ordenamientos portugués y japonés prevén, en relación con el derecho legal de retención, esta facultad (art. 758 en relación con art. 672 CC portugués y 297 CC japonés). Pero, a diferencia de lo dispuesto en el DCFR, la refieren a todo tipo de frutos y especifican su aplicación al pago de los intereses antes que al del capital. En el Derecho catalán, el CCC acabó con la facultad de imputación anticrética de los frutos que en esos mismos términos consagraba antes el art. 2.1.b LDRG a favor del titular del derecho de retención, prenda o anticresis, pasando a reconocerse únicamente a este último (art. 569-2.2 CCC). En el CC únicamente se consagra en el supuesto contemplado por el art. 502 (derecho de retención del usufructuario que hubiera llevado a cabo reparaciones extraordinarias indispensables en la cosa ante la inactividad del nudo propietario), aparte de en la prenda y la anticresis (arts. 1868 y 1881); con todo, se ha sostenido razonablemente en relación con el supuesto de retención previsto en el art. 453 CC, que dado que el retentor está autorizado a seguir poseyendo el bien ajeno en tanto no se le reembolsen los gastos, “los frutos que perciba los debe, pero puede compensarlos” (MIQUEL GONZÁLEZ, 1993, p. 1221); la misma argumentación podría aplicarse también a los otros supuestos de derecho de retención previstos por la ley.

f. Facultad de aseguramiento

Como ya vimos, el acreedor siempre está facultado para asegurar a su costa el bien gravado; además, y yendo más lejos, el art. IX.-5:201 (3) *in fine* prevé tres casos en los cuales el acreedor está autorizado a añadir los gastos del seguro suscrito por él a la obligación garantizada: cuando el garante no haya cumplido con la obligación de asegurar que le atribuye la misma norma en su primer inciso, o lo haga de forma insuficiente, o no le facilite al acreedor la prueba de haberlo hecho.

g. Facultad de disposición sobre el derecho garantizado

El ejercicio de esta facultad comporta los efectos que detallamos a continuación.

2.6.5. La cesión del derecho asegurado

1. El art. IX.-5:301 contiene las reglas generales aplicables a la cesión de un derecho asegurado con una garantía real mobiliaria, partiendo implícitamente de que tal cesión es admisible. Los requisitos básicos para la cesión del crédito son los que se establecen con carácter general en el art. III.-5:104 DCFR; su párrafo (4) deja claro que para que la cesión tenga lugar no es precisa ni su notificación al deudor ni el consentimiento de éste; ahora bien, tal notificación es necesaria para que la cesión le afecte, ya que de acuerdo con el art. III.-5:119 (1), en tanto la misma no se practique, el deudor cedido queda libre de la obligación si cumple frente al cedente desconociendo que éste ya no estaba legitimado para el cobro.

El art. IX.-5:301 comienza estableciendo una consecuencia lógica del carácter accesorio que tienen las garantías respecto del derecho de crédito al que acompañan: la cesión del crédito garantizado comporta la de la garantía [párrafo (1)]²⁹. El cedente está obligado a informar al cesionario de cualquier derecho real de garantía que asegure el crédito cedido [párrafo (2)]; en realidad, es lógico pensar que el cedente será el primer interesado en informar de este dato, dado que la existencia de una garantía aumenta normalmente la valoración del crédito.

El párrafo (3) contempla la eficacia frente a terceros del derecho real de garantía después de la cesión; recordemos que, con carácter general, el art. IX.-3:102 establece la inscripción en el Registro europeo de garantías reales, la posesión del bien gravado por parte del acreedor y su control por el mismo como métodos por los cuales un derecho real de garantía puede alcanzar dicha eficacia tras constituirse válidamente; pues bien, del art. IX.-5:301 (3) resulta que la garantía que ya fuera eficaz frente a terceros antes de la cesión seguirá siéndolo después si ya estaba inscrita antes [ver también el art. IX.-3:328], o si se transmite la posesión o el control que tuviera el cedente al cesionario, o si el cedente acepta conservar la posesión o el control para el cesionario;

²⁹ En el mismo sentido se expresa el art. 569-2.5 CCC. El CC portugués consagra expresamente otra consecuencia de dicha accesoriedad: el derecho de retención no puede transmitirse si no se transmite el derecho de crédito que garantiza (art. 760).

también será eficaz el derecho real de garantía que antes de la cesión lo fuera sin necesidad de cumplir las exigencias del Capítulo 3 [por ejemplo, el art. IX.-3:101 (2)]. Naturalmente, un derecho de garantía no eficaz también puede ser objeto de transmisión, conservando tal ineficacia después de ser cedido. En el caso que aquí interesa, habida cuenta las características propias del derecho de retención y que se trata de un derecho real de garantía típicamente posesoria, su eficacia frente a terceros tras la cesión del crédito asegurado se mantendrá por vía del traspaso de la posesión del bien retenido por el cedente al cesionario, salvo que acuerden que el primero la conserve para el segundo; en realidad, una vez que el primitivo acreedor cede su crédito a otro, ya no está legitimado para seguir reteniendo el bien pues ya no ostenta el crédito en cuya garantía ese bien está gravado con un derecho de retención; por tanto, si después aún conserva su posesión, ésta ya no puede ser en concepto de retentor sino en otro concepto diferente (así, poseyendo por y para el nuevo titular de los derechos de crédito y de retención).

En cuanto a la prioridad, el párrafo (4) del art. IX.-5:301 establece que no se ve afectada por la cesión si el derecho real de garantía conserva su eficacia tras ella. De este modo, el derecho de retención del cesionario podrá seguir gozando de la prioridad superior que le atribuyen las reglas del DCFR [art. IX.-4:102 (3)] desde el momento en que se dé cualquiera de las situaciones previstas por el art. IX.-5:301 (3).

2. La cesión puede ser de la totalidad del derecho garantizado o de una parte del mismo. En el primer caso, el derecho puede ser transmitido íntegramente a una única persona o a varias por cuotas. Tanto cuando el derecho garantizado es íntegramente adquirido por varias personas, nuevos titulares por cuotas del mismo, como cuando el acreedor cede sólo una parte del derecho que ostenta conservando el resto para sí, se llega al mismo resultado: el derecho asegurado se divide en partes, cada una de las cuales pertenece a un titular; este es el específico caso que contempla el art. IX.-5:302.

Al respecto se establecen dos reglas. La primera es que cada uno de los titulares de una parte del derecho asegurado también lo es de una parte del derecho real de garantía en proporción a la cuantía nominal de aquélla; naturalmente, un pacto en otro sentido resultaría admisible (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5593).

La segunda regla contempla la cuestión de la eficacia del derecho real de garantía después de la cesión; como aquí son varios los titulares de ese derecho, se establece que la eficacia del mismo [frente a los terceros del art. IX.-3:101 (1) y por las vías previstas en el art. IX.-5:301 (3)] debe determinarse individualizadamente, admitiéndose además que uno de ellos pueda mantener la posesión o el control también para los otros; es esta última una regla lógica y simplificadora cuando se trata de un derecho de garantía posesoria —como el de retención—, pues tratándose de bienes muebles es probable que lo más fácil sea confiar su cuidado a una sola persona. Consecuentemente, en el caso del derecho de retención podría acordarse que el acreedor cedente mantuviera la posesión del bien retenido para los cesionarios (aparte de para él mismo, si conservara una parte del crédito); o pactarse el traspaso de la posesión a uno sólo de los cesionarios para que el mismo poseyera tanto para sí como para los demás cotitulares del crédito.

El art. IX.-5:302 no detalla cuáles son las consecuencias de la división del derecho real de garantía si el deudor satisface a uno de los coacreedores su parte en el crédito; sin embargo, de lo dispuesto en el art. IX.-6:101 (1) y (2) resulta que el derecho de retención subsiste íntegramente en tanto el pago no sea completo (ver al respecto *infra*, epígrafe 2.7, apartado a, número 1, causa 6ª). En caso de incumplimiento total por parte del deudor, sería al ejecutar la garantía y realizar el valor del bien retenido cuando habrían de tenerse en cuenta las porciones correspondientes a cada uno de los acreedores tanto en el crédito como en la garantía.

El art. IX.-5:302 tampoco contiene ninguna referencia a la prioridad de los derechos de garantía en el supuesto que contempla porque al respecto es de aplicación la regla del art. IX.-5:301 (4), ya expuesta; consecuentemente, el derecho de retención que siga siendo eficaz después de la cesión seguirá gozando de la superprioridad reconocida en el art. IX.-4:102.

2.6.6. La transmisión del bien gravado

1. Que un bien esté gravado con un derecho de garantía no impide a su dueño transmitir su propiedad a otra persona, haciendo uso así de una facultad que forma parte de su derecho de propiedad cual es la facultad de disposición; ahora bien, nadie puede dar más de lo que uno mismo tiene, de manera que, en principio, el dueño del bien gravado no puede transmitirlo libre del gravamen que recae sobre él. En este sentido, el art. IX.-5:303 establece en su párrafo (1) que cuando se transmite a otra persona la propiedad de un bien gravado, no se ven afectadas ni la existencia ni la eficacia frente a terceros del derecho de garantía; conforme dicta la misma norma, el adquirente del bien pasa a ser contemplado como el garante. Por tanto, el nuevo dueño lo es de un bien sujeto a un derecho de retención, y pasará a ostentar sobre él las facultades y obligaciones que antes recaían sobre el anterior propietario; también ocupará la posición de éste si fuera preciso ejecutar la garantía; de no ser así, el derecho de garantía podría burlarse fácilmente mediante la transmisión del bien gravado a un tercero. Se trata, en fin, de una expresión de la eficacia real de los derechos de garantía regulados en el Libro IX del DCFR (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5594). Como es natural, el cambio de propietario tampoco incide para nada en la eficacia del derecho de retención frente a los demás terceros mencionados en el art. IX.-3:101 (1).

2. Sentada la regla general en el párrafo (1) del art. IX.-5:303 en los términos expuestos, el párrafo (2) del artículo contempla dos excepciones a la misma, que dan lugar a que el tercero adquiera el bien libre del derecho de garantía que lo grava.

La primera se da cuando el transmitente está legitimado para disponer del bien libre del gravamen; la autorización puede provenir de un acuerdo con el acreedor asegurado o de una disposición legal (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5595); sin embargo, en el DCFR no encontramos ninguna disposición en tal sentido en el ámbito de las garantías posesorias (a diferencia de lo que ocurre en el de las no posesorias: ver, por ejemplo, el art. IX.-5:204); y en cuanto a la autorización por acuerdo, es muy poco probable que el acreedor con derecho de retención dé su conformidad a una medida que en definitiva le deja sin garantía, a no ser que al mismo tiempo se le ofrezca una alternativa que pueda satisfacer su interés (como puede ser otra garantía).

La segunda excepción tiene lugar si un tercero adquiere el bien libre de gravámenes por ser de buena fe; los requisitos precisos para ello se establecen en los arts. VIII.-3:102 y IX.-6:102. El art. VIII.-3:102 regula la adquisición de buena fe del dominio de bienes muebles, libre de los derechos reales limitados que los gravan. Del párrafo (1) de este artículo resulta que al indicado fin es preciso: a) que el adquirente se haya hecho con la propiedad del bien conforme a lo dispuesto en el Capítulo 2 del Libro VIII del DCFR –relativo a la transmisión de la propiedad por parte de quien tiene derecho o poder para hacerlo– o de acuerdo con lo previsto en el art. VIII.-3:101 –que regula la adquisición de buena fe de la propiedad de una persona sin derecho o sin poder para transmitirla–; b) que haya habido entrega del bien o equivalente a la entrega conforme a lo dispuesto por el art. VIII.-2:101 (1) (e); c) que la adquisición haya sido a título oneroso; y d) que el adquirente no supiera ni pudiera razonablemente esperarse que supiera que el transmitente no tenía derecho ni poder para transferir la propiedad del bien libre de los derechos que otra persona tenía sobre él al tiempo de traspasarse la propiedad (esto es, que fuera de buena fe); la prueba de los hechos de los que se deriva que su desconocimiento era razonable incumbe al adquirente. A estos últimos efectos, y tratándose de derechos de garantía inscritos, se establece la ficción legal de que lo sabía salvo en dos casos: que el transmitente actuara en el curso ordinario de sus negocios, o que en el Registro figurara como garante una persona distinta al transmitente [así, el art. IX.-6:102 (2), al que remite el art. VIII.-3:102 (4)]; por lo que respecta a esta segunda hipótesis, se entiende (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5605) que no se puede exigir a quien proyecta adquirir un bien mueble que compruebe en el Registro que tampoco hay inscritos derechos de garantía contra el titular anterior del bien (esto es, la persona de quien lo adquirió quien ahora pretende transmitírselo a él) –recuérdese que el Registro europeo sigue un sistema de folio personal–; así las cosas, la adquisición de buena fe podría consumarse aun en contra de un derecho de garantía inscrito. En los dos casos a que acabo de aludir y que contempla el art. IX.-6:102 (2), no opera la presunción de conocimiento del gravamen por el adquirente; pero ello no impide al titular del derecho de garantía demostrar por otras vías la falta de buena fe de aquél.

Tratemos ahora de aplicar estas reglas sobre la adquisición de buena fe al caso concreto del derecho de retención. El hecho de que sea el acreedor retentor quien ostenta la posesión material del bien ha de tenerse en cuenta, en primer lugar, en relación con el requisito b) del art. VIII.-3:102 (1): entrega del bien o equivalente a quien lo haya adquirido; no pudiendo el dueño del bien sujeto a retención hacer un traspaso material del mismo, hemos de centrarnos en los equivalentes a la entrega, expuestos en el art. VIII.-2:105. Este artículo establece en su párrafo (2) que cuando un tercero posee el bien por el transmitente, el efecto de la entrega se obtiene cuando aquél recibe de éste una notificación de que la propiedad del bien ha sido transferida a otro; en la notificación puede establecerse que el referido efecto se produzca en un momento posterior. Pues bien, el art. VIII.-3:102, al regular la adquisición de buena fe de la propiedad libre de derechos reales limitados, tiene en cuenta específicamente esta hipótesis a que acabo de aludir, y en el párrafo (3) dispone que cuando los bienes hayan sido transmitidos mediante notificación conforme prevé el art. VIII.-2:105 (2), no se extinguen los derechos reales limitados que la persona notificada tuviera en los bienes. Parece claro que la norma, aplicada al acreedor con derecho de retención, conduce a la subsistencia de este derecho frente al tercero adquirente del bien retenido. Al margen de ello, y a mayor abundamiento, aún cabría decir que la concurrencia de buena fe en

dicho adquirente normalmente resultará muy dudosa en estos casos (y aunque el derecho de retención no esté inscrito, como sería lo habitual): la causa es que parece razonable esperar de quien proyecta adquirir un bien mueble de alguien que no lo posee que se preocupe por averiguar la situación legal de ese bien y el motivo por el cual no se encuentra en poder de quien pretende transmitírselo (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 4881).

Aunque la hipótesis sea muy rara en la práctica, cabría pensar en la posibilidad de que el dueño del bien gravado tuviera su posesión material porque el retentor se lo hubiera restituido a un fin concreto y no con la intención de renunciar al derecho de garantía [art. IX.-6:101 (1) (b)]; en tal caso, el derecho de retención dejaría de ser eficaz frente a los terceros que menciona el art. IX.-3:101 (1), por el hecho de que el acreedor no conserva la posesión del bien [art. IX.-3:102 (2) (a)] (así, VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5600); además, el propietario, teniendo el bien en su poder, podría entregárselo materialmente al adquirente; y si éste fuera de buena fe, estaría en condiciones de adquirir el bien libre del derecho de retención que lo grava conforme a lo previsto por el art. VIII.-3:102 (1). Todo ello, suponiendo que el derecho de retención no estuviera inscrito en el Registro europeo de garantías reales.

A la vista de lo expuesto habría que concluir que las excepciones analizadas, que permiten al adquirente de un bien gravado con un derecho de garantía hacerse con su propiedad plena y no limitada, tienen poca virtualidad cuando el bien en cuestión se encuentra sujeto a un derecho de retención posesoria. En este caso, el bien será adquirido con el derecho de retención que ostenta sobre él el acreedor poseedor prácticamente siempre (digo “prácticamente” porque, aparte de la posibilidad apuntada en el párrafo precedente, teóricamente también es posible un acuerdo entre garante y acreedor por el que éste autorice a aquél a disponer del bien libre del derecho de retención).

2.7. La extinción del derecho de retención

a. Causas de extinción

1. El Capítulo 6 del Libro IX regula la extinción de las garantías reales. Las circunstancias que pueden provocarla se relacionan en sus primeros artículos. Así, el art. IX.-6:101 contiene en su párrafo (1) un listado de supuestos de finalización de los derechos de garantía que, aunque se considera exhaustivo (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5600), se cierra con una regla redactada en términos abiertos, que remite a cualquier otra disposición que establezca la extinción o la comorte. Además, en los casos contemplados por el art. IX.-6:101 (1) la garantía puede extinguirse en todo o en parte; así resulta de los términos de la propia norma, según la cual “un derecho de garantía finaliza si, y en la medida en que...” se da cualquiera de las situaciones que pasa a enunciar. En cambio, el párrafo (2) del mismo artículo contempla circunstancias que determinan la extinción total de la garantía.

Las causas de extinción de los derechos reales de garantía y, por tanto, del derecho de retención son las siguientes:

1ª. El acuerdo extintivo de garante y acreedor asegurado [art. IX.-6:101 (1) (a)]. Para extinguir el derecho basta la perfección del acuerdo, sin que sea preciso además que el acreedor restituya el

bien retenido al garante; eso sí, la restitución es consecuencia obligada de la finalización de la garantía y de la consiguiente desaparición de la legitimación del acreedor para seguir poseyendo el bien [art. IX.-6:104 (2)].

2ª. La renuncia al derecho de garantía por parte del acreedor asegurado; se presume la renuncia cuando el acreedor devuelve la posesión del bien gravado al garante [art. IX.-6:101 (1) (b)].

En este caso es la voluntad unilateral del acreedor la que pone fin al derecho real de garantía mediante una declaración que puede ser expresa o tácita. Es tácita cuando, ostentando una garantía posesoria como lo es el derecho de retención, el acreedor restituye el bien que posee a quien se lo entregó en garantía; el DCFR presume la voluntad de renuncia en este caso, pero la presunción admite prueba en contrario: el retentor podría demostrar que, si devolvió el bien al garante, no fue porque quisiera renunciar a su derecho de garantía sobre él sino por otro motivo (incluido, en mi opinión, que accedió a la restitución porque fue determinado a ello por el garante mediante un engaño, o violencia o intimidación; en cualquiera de estos casos no habría realmente una voluntad válida de renuncia); si consigue acreditarlo, conservaría su derecho, pero sólo con efectos inter partes y ya no frente a los terceros del art. IX.-3:101: efectivamente, al no tener el acreedor la posesión del bien gravado –suponiendo que el derecho de garantía no estuviera inscrito en el Registro europeo al efecto, como ocurrirá normalmente tratándose de una garantía posesoria–, dejarían de cumplirse las exigencias del Capítulo 3 del Libro IX para que el derecho fuera eficaz frente a terceros (art. IX.-3:102) (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5600).

La extinción del derecho de retención por la desposesión voluntaria del retentor se prevé en buen número de las reglamentaciones existentes en la materia [arts. 569-6.3 CCC, 3943.I CC argentino, 2286.II CC francés, 761 CC portugués, 3:294 CC holandés y art. 302 CC japonés; de nuevo, el CC sólo contempla una regla similar para el caso de la prenda: art. 1191; ello no obstante, también entre nosotros se admite ésta como causa de extinción del derecho de retención: así, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2001b, p. 162), que excluyen asimismo la recuperación del derecho si después se recobra la cosa]. La recuperación posterior de la cosa no evita el efecto extintivo en las normativas catalana y argentina, pero sí lo hace en la holandesa en el caso de que el acreedor recupere la cosa en virtud de la misma relación jurídica. Una solución similar a esta última es la que en Francia ha aplicado la jurisprudencia, que parte del principio de que el derecho de retención no renace al recuperar el retentor la posesión de la cosa que devolvió voluntariamente cuando los créditos sucesivos procedan de convenciones distintas (por ejemplo, si el garajista vuelve a recibir para una nueva reparación un automóvil cuyo anterior arreglo aún no se le ha pagado); en cambio, sí resurge cuando las entregas sucesivas de la cosa procedan de un único contrato o de un grupo de contratos [así, si media entre las partes un contrato de mantenimiento del vehículo) (al respecto, PIETTE (2009, pp. 192 y 193)].

3ª. La desaparición del bien gravado [art. IX.-6:101 (1) (c)]. Del mismo modo que la existencia del bien es requisito preciso para que pueda establecerse sobre él un derecho de garantía [art. IX.-2:102 (a)], la subsistencia de éste presupone también la del bien gravado. Con todo, no siempre su desaparición se tiene que traducir en la extinción del derecho de garantía, pues éste puede continuar sobre las utilidades o bienes que, en su caso, hubieran sustituido al bien originariamente gravado [art. IX.-2:306 (1)] (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5601).

4ª. La consolidación: la propiedad del bien gravado es adquirida por el acreedor asegurado [art.

IX.-6:101 (1) (d)]. El derecho de retención aparece configurado en el DCFR, al igual que los demás derechos de garantía, como un derecho real limitado en cosa ajena; si ésta es adquirida por el titular de ese derecho, el derecho deja de existir por consolidación.

5ª. La adquisición por un tercero de la propiedad del bien gravado libre del derecho de garantía [art. IX.-6:101 (1) (e)]. Del art. IX.-5:303 (2) se desprende que la hipótesis aquí planteada puede ser el resultado de dos situaciones distintas: a) que el dueño del bien gravado estuviera autorizado, por una disposición legal o por un acuerdo alcanzado al efecto con el acreedor asegurado, para disponer de él sin el gravamen; o b) que se haya consumado a favor del tercero una adquisición de buena fe del bien sin el derecho de garantía que recae sobre él; la pérdida del derecho de garantía por esta última vía se regula específicamente en el art. IX.-6:102. Como ya me he referido más arriba a estas cuestiones en su aplicación concreta al derecho de retención, me remito ahora a lo ya expuesto (*supra* epígrafe 2.6, apartado f, número 2).

6ª. La extinción del derecho asegurado. La naturaleza accesoria de la garantía respecto del derecho asegurado explica que la extinción de éste comporte la de aquélla. Así, el art. IX.-6:101 (2) dispone que el derecho de garantía se extingue si el derecho asegurado deja de existir enteramente, en especial si el crédito es satisfecho por completo mediante pago; pero deja a salvo un supuesto: aquél en que tanto el derecho de garantía como el derecho asegurado pasen a la persona que hubiera pagado al acreedor; de este modo, el derecho de garantía subsiste en el nuevo acreedor; a esta situación puede llegarse, por ejemplo, a consecuencia de la cesión del derecho asegurado por parte de su titular a un tercero (art. IX.-5:301) que, a cambio, le hubiera pagado el importe de su crédito.

El art. IX.-6:101(1) (f) menciona expresamente otra causa que provoca la extinción del derecho asegurado y, con ello, la de la garantía: se trata de la reunión en una misma persona de la condición de acreedor y deudor (o confusión, prevista como causa de extinción de las obligaciones en el art. III.-6:201). La razón de que este supuesto aparezca en el párrafo (1) y no en el (2) del art. IX.-6:101 es que en el primero se enuncian circunstancias que pueden dar lugar a una extinción total o parcial de la garantía (caso en que se encuentra la confusión), mientras que en el segundo sólo se contempla la extinción total. Por ello el párrafo (2) menciona el pago total del crédito, para significar que un pago parcial no comporta por sí mismo la correlativa extinción en parte del derecho de garantía, sino que ésta subsiste íntegramente [a no ser, naturalmente, que las partes acuerden otra cosa, en cuyo caso estaríamos en el ámbito de aplicación del art- IX.-6:101 (1) (a)] (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5602).

En este sentido suele hablarse de la indivisibilidad del derecho de retención, para aludir a la idea de que cada fracción del crédito está garantizada por la cosa por entero, lo que explica que el acreedor está legitimado para seguir reteniéndola en su integridad mientras no se le pague todo lo que se le debe: por tanto, aun cuando se le haya satisfecho parte del mismo y aunque el bien retenido sea divisible (si el bien es indivisible está claro que no cabe su restitución parcial) (SIMLER y DELEBEQUE, 2009a, p. 525, marginal 598). Esta nota del derecho de retención, que el DCFR reconoce, se menciona expresamente en algunos ordenamientos (así, por ejemplo, en el art. 3941 CC argentino y el art. 296 CC japonés), se deduce claramente de otros [como es el caso de los arts. 569-2.1.a y 569-6.1 CCC, en tanto autorizan al acreedor a retener la cosa hasta el pago *completo* o *total* de la deuda garantizada; véase a este respecto, por ejemplo,

LUCAS ESTEVE (2002, pp. 1030 y 1031), cuyas consideraciones acerca de la LGP son igualmente válidas para el CCC, o BARRADA ORELLANA (2008, p. 1820)], y también suele admitirse en otros cuyas normas nada dicen al respecto [como ocurre, por ejemplo, en Francia: AYNÈS (2005, p. 238, núm. 306) o AYNÈS y CROCQ (2009, p. 199, núm. 448)]; en el Derecho civil estatal español cabe llegar a la misma conclusión habida cuenta que las normas que lo regulan permiten al retentor retener sin más el objeto de que se trate en tanto no se le pague lo que se le debe (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2001b, p. 162). Con todo, el principio de buena fe podría llevar a cuestionar esta nota en algunos casos, sobre la base de consideraciones de proporcionalidad [en esta línea se ha expresado AYNÈS (2005, pp. 239 y 240, núm. 307) en relación con los derechos de retención que descansan en una conexión jurídica entre el crédito garantizado y la cosa retenida).

El art. IX.-6:101 no alude expresamente a otras causas de extinción total o parcial de los derechos de crédito, como puede ser la compensación (regulada en los arts. III.-6:101 y ss.); sin embargo, una compensación por la totalidad del crédito garantizado quedaría comprendida en la fórmula general del art. IX.-6:101 (2); y si se produjera sólo en una parte del mismo, la correlativa extinción de la garantía sería una consecuencia implícita de las reglas de la compensación a los efectos del art. IX.-6:101 (1) (f).

7ª. Otras causas. El art. IX.-6:101 (1) (f) contiene una cláusula abierta al admitir, en términos generales, la extinción de los derechos de garantía siempre que una disposición así lo establezca o comporte esa consecuencia; como ejemplo de ello cita expresamente el caso al que aludíamos pocas líneas atrás, de confluencia de la condición de deudor y de acreedor en una misma persona.

2. Consideración aparte merece el supuesto contemplado en el art. IX.-6:103, la prescripción del derecho garantizado. En el DCFR queda muy claro que la prescripción no es causa de extinción del derecho del acreedor, sino que simplemente permite al deudor invocarla para negarse a cumplir con su obligación; de ahí que el deudor no pueda reclamar la restitución de lo que hubiera pagado o entregado después de expirar el plazo de prescripción aduciendo simplemente que la obligación ya había prescrito (art. III.-7:501). Por todo ello, la prescripción del derecho garantizado no puede considerarse incluida en el art. IX.-6:101 (2).

El contenido del art. III.-7:501 DCFR se reproduce, con algún matiz añadido que no altera lo dicho en el párrafo anterior, en los párrafos (1) y (3) del art. 188 del Estudio de viabilidad para un futuro Instrumento de Derecho europeo de los contratos dado a conocer el pasado mes de mayo.

Por otra parte, al tener que decidir la manera en que la prescripción del derecho asegurado podía incidir en la subsistencia de la garantía, los autores del DCFR se encontraron con posiciones bien distintas al respecto en los diversos países europeos (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5609). Las diferencias descansan fundamentalmente en una diferente valoración de la nota de accesoriedad de los derechos de garantía y sus efectos. Los redactores del DCFR optaron finalmente por una solución en buena medida salomónica; así, el art. IX.-6:103 comienza disponiendo que el derecho real de garantía puede ser ejecutado aunque el derecho garantizado haya prescrito; pero, al mismo tiempo, y para acercarse a la posición contraria, se introduce un límite temporal y se establece que la garantía puede ser ejecutada dentro de los dos años siguientes al momento en

que el deudor hubiera invocado dicha prescripción frente al acreedor.

Si el DCFR admite que el derecho de crédito garantizado puede haber prescrito es porque da por supuesto que el ejercicio del derecho de retención por parte del acreedor no interrumpe el plazo de prescripción a que se encuentra sujeto su derecho de crédito ni, por tanto, impide su prescripción extintiva [cuestión sobre la que se pronuncia expresamente el art. 300 CC japonés en ese mismo sentido; el tema ha suscitado cierta polémica en países que carecen de una regla expresa al respecto, como Francia o Italia, además de España: véase al respecto FERNÁNDEZ ARÉVALO (1999, pp. 56 a 58)].

b. Efectos de la extinción

1. La extinción total o parcial del derecho de garantía comporta la correlativa extinción del gravamen sobre el bien de manera automática [art. IX.-6:104 (1)].

2. Tratándose de una garantía posesoria — como el derecho de retención —, el acreedor deja de estar legitimado para poseer el bien frente a su dueño en la medida en que se haya producido la extinción [art. IX.-6:104 (2) inciso primero]; por tanto, en caso de extinción parcial del derecho de retención, en principio el acreedor estaría obligado a restituir a su propietario el bien poseído en una parte proporcional a la extinción de la garantía; mas, aunque el DCFR no entre en más detalles, esto sólo será viable si el bien retenido fuera divisible o si se tratara de una pluralidad de bienes; en otro caso, no parece haber otra opción que entender que el acreedor seguirá estando facultado para retener el bien íntegramente; con todo, sería defendible considerar que el principio de buena fe [cuyo papel en la integración e interpretación de los contratos reconocen los arts. III.-9:101 (2) (c) y II.-8:102 (1) (g) DCFR] podría limitar esta facultad cuando al acreedor se le ofreciera otra garantía suficiente en sustitución del derecho de retención u otro bien apto para sustituir al anteriormente retenido.

Si el bien retenido lo tuviera un tercero por cuenta del acreedor (al amparo del art. IX.-3:201), éste estaría obligado a informar a aquél de la desaparición del gravamen y a pedir instrucciones a quien le procuró la garantía [art. IX.-6:104 (3)].

3. En el supuesto poco probable de que el derecho de retención se hallara inscrito en el Registro europeo de garantías reales, el garante estaría facultado para exigir al acreedor la correspondiente cancelación o rectificación del asiento [art. IX.-6:104 (2) inciso segundo en relación con el art. IX.-3:315].

4. El bien gravado puede generar ciertas utilidades mientras se encuentra sujeto al derecho de retención del acreedor. Como sabemos, a algunas de ellas se extiende el derecho real de garantía, de acuerdo con lo dispuesto por el art. IX.-2:306: así, a los derechos de pago debidos a un defecto, daño o pérdida del bien originariamente gravado, a los frutos naturales y civiles producidos por el mismo (salvo pacto en contra) y a cualquier otra utilidad sobre la que existiera un pacto de las partes a tal fin. Pues bien, de acuerdo con el art. IX.-6:105, una vez que el derecho real de garantía se extingue, el acreedor ha de dar cuenta de cualquier utilidad proveniente del bien retenido,

tanto si las ha recibido, usado o consumido como si no, y transmitírselas al garante. Esta disposición sugiere algunas consideraciones.

Por un lado, hay que tener en cuenta que si el bien gravado produce dinero –fruto civil– mientras lo retiene el acreedor, éste está facultado para imputarlo al crédito asegurado incluso antes del vencimiento (art. IX.-5:208); por tanto, el ejercicio de esta facultad se traducirá en una reducción de la deuda asegurada, y, sin perjuicio de que el acreedor deba informar de la cuantía de esa deuda al garante en cualquier momento en que éste se lo pida antes de producirse el incumplimiento (art. IX.-5:401) y también de que, al término de la garantía, deba darle cuenta del dinero obtenido (art. IX.-6:105), a lo que no estará obligado es a devolver ese dinero al garante; el fruto obtenido ya ha redundado en su provecho por la indicada vía de la reducción de la deuda. En cambio, un fruto natural del bien, que el acreedor está facultado para retener también en virtud de la extensión a él del derecho de garantía, sí deberá ser restituido junto con la cosa madre al extinguirse el derecho de retención.

La segunda consideración se refiere a la alusión que hace el art. IX.-6:105 a la posibilidad de que el acreedor haya usado o consumido las utilidades generadas por la cosa; como se ha indicado, el retentor no puede apropiarse más que de los frutos civiles, y sólo al efecto indicado por el art. IX.-5:208; cualquier otro consumo le está vedado si no se ha pactado otra cosa entre las partes [art. IX.-5:101 (1)]. También le está vedado, en principio, el uso de las utilidades, pues aún en el caso de que el derecho de retención se extienda a ellas en virtud de lo dispuesto por el art. IX.-2:306, el retentor sólo podría usarlas excepcionalmente: en concreto, y a falta de un acuerdo en otro sentido con el garante [art. IX.-5:101 (1)], cuando un uso adecuado de las mismas fuera indispensable para su mantenimiento y conservación (art. IX.-5:206). Por tanto, si de la rendición de cuentas que impone el art. IX.-6:105 al acreedor resulta que éste ha hecho un uso o un consumo indebidos de las utilidades producidas por el bien retenido, su propietario estará legitimado para exigirle las correspondientes responsabilidades.

Por último, el art. IX.-6:105 menciona al garante como sujeto al que el acreedor debe transmitir las utilidades del bien; sin embargo, dado que, si lo permite un Derecho nacional, puede ocurrir que quien procuró la garantía al acreedor no sea el dueño del bien retenido, si se diera esta hipótesis sería dicho dueño el destinatario de las utilidades a que me estoy refiriendo.

5. Las obligaciones apuntadas en los párrafos precedentes no tienen sentido cuando la extinción de la garantía se produce por consolidación: si el acreedor adquiere la propiedad del bien retenido es obvio que a nadie tiene que entregarle ni el bien ni las utilidades que hubiera podido producir.

6. Para concluir con los efectos de la extinción de la garantía, el DCFR contempla la posibilidad de que sea el tercero que constituyó la garantía a favor de una deuda ajena quien pague la cantidad pendiente (art. IX.-6:106); partiendo de que lo usual en tal caso es que el tercero quiera que el deudor le reembolse lo pagado (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5612), se consideran aplicables, con las debidas adaptaciones, ciertas reglas que el DCFR contiene respecto de las garantías

personales a propósito de los derechos del garante tras el cumplimiento (art. IV.G.-2:113), y las relaciones internas y frente al deudor de los garantes cuando éstos son varios (arts. IV.G.-1:106 y IV.G.-1:107 respectivamente); además, al garante se le reconoce frente al deudor la misma posición que a quien constituye una garantía personal dependiente a favor de una deuda ajena.

A esas mismas reglas relativas a las garantías personales (arts. IV.G.-2:113, IV.G.-1:106 y IV.G.-1:107) remite el art. IX.-7:109 al referirse a los derechos de regreso que corresponden al que ha garantizado una deuda ajena con un bien suyo, una vez que el crédito asegurado queda satisfecho mediante la ejecución del derecho de garantía sobre ese bien.

Se trata de una situación que sólo es posible en el ámbito del derecho de retención (u otro derecho de garantía) de origen convencional, que es en el que una persona distinta del deudor puede ponerse de acuerdo con el acreedor para asegurar una deuda ajena.

2.8. El derecho de retención en la fase de ejecución de la garantía

El Libro IX del DCFR se cierra con el Capítulo 7, dedicado a regular la ejecución de la garantía real cuando se consuma el incumplimiento o cualquier otro suceso que por acuerdo de las partes autorice al acreedor a recurrir a la garantía [art. IX.-1:201 (5)]; por tanto, el incumplimiento en sí no se contempla aquí sino tangencialmente, como circunstancia que da pie a la realización de la garantía. El Capítulo se estructura en tres secciones, la primera de las cuales contiene las reglas generales válidas para todas las garantías reales [art. IX.-1:104 (1) (d)], mientras que las dos siguientes diferencian el régimen aplicable a los derechos reales de garantía (sección 2) del aplicable a la reserva de dominio (sección 3).

Dada la conceptualización del derecho de retención como un derecho real de garantía, aquí analizaré las secciones 1 y 2 del referido Capítulo 7 en los aspectos que interesan a nuestros efectos. Por tanto, expondré en primer término las reglas generales en materia de ejecución, para abordar seguidamente la ejecución extrajudicial y terminar con la ejecución judicial. Conviene señalar ya que la distinción entre estas dos vías de ejecución vertebrada la sección dedicada específicamente a los derechos reales de garantía. Mientras que en un caso el acreedor solicita la ejecución a un tribunal u otra autoridad competente (ejecución judicial), en el otro (ejecución extrajudicial) el acreedor “toma la ejecución en sus manos” (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5618). En el DCFR la ejecución extrajudicial es la que se regula con más detalle. La razón es que los autores de este texto consideraron preciso introducir en esta materia un elemento de armonización; por ello, conscientes de que la ejecución judicial de las garantías reales era un campo reservado a los Estados miembros, optaron por centrarse ante todo en establecer unas normas uniformes respecto de la ejecución extrajudicial; con estas reglas se pretende, además, ofrecer una alternativa al tradicional método de ejecución, cuestionado en muchos países europeos por sus costes y retrasos y por los resultados insatisfactorios a que frecuentemente conduce (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5613 y 5614). Por último, debe subrayarse el hecho de que en el DCFR se considere judicial no sólo la ejecución llevada a cabo por un juez sino también la efectuada “por otra autoridad competente”.

2.8.1. Reglas generales

a. Carácter imperativo de la regulación

Lo primero que conviene subrayar es la imperatividad que, a priori y salvo previsión en otro sentido, se asigna a todas las normas contenidas en el Capítulo 7; con todo es una imperatividad limitada, pues los únicos que no pueden apartarse de lo dispuesto en estas normas son el acreedor ejecutante y el garante (art. IX.-7:102), no otros sujetos, como los acreedores que cuenten con una garantía real (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5617).

b. Presupuestos para la ejecución de la garantía

El art. IX.-7:101 (1) destaca el presupuesto básico imprescindible para que el acreedor pueda ejercitar las facultades que contempla el Capítulo 7: que se produzca el incumplimiento y, en su caso, se dé cualquier condición adicional acordada al efecto por las partes (por ejemplo, el transcurso de un determinado plazo); evidentemente, en tanto no haya incumplimiento estamos en una fase en la que, o bien el derecho de retención –si es de origen legal– ni siquiera existe, o, si se ha constituido mediante un contrato, el acreedor sólo está legitimado para retener el bien e imputar sus frutos civiles a reducir el crédito garantizado, mas no para realizar el valor del bien ni para hacerse con su propiedad a fin de satisfacer el crédito.

Ahora bien, el solo incumplimiento puede no bastar en determinadas circunstancias para que el acreedor pueda ejercitar las facultades que regula el Capítulo 7. Así, la declaración general del art. IX.-7:101 (1) es matizada inmediatamente en el párrafo (2), en consideración al dato de que haya o no terceros que puedan verse afectados por la ejecución de la garantía. En concreto se trata de los terceros que relaciona el art. IX.-3:101 (1), a saber: a) titulares de derechos reales sobre el bien gravado, incluidos derechos de garantía eficaces frente a terceros; b) acreedores que hubieran iniciado la ejecución sobre el bien gravado y que, conforme a la legislación aplicable, estuvieran protegidos frente a ejecuciones posteriores; y c) el administrador del concurso del garante insolvente. Desde esta perspectiva, el art. IX.-7:101 (2) distingue dos situaciones:

a) La ejecución sólo afecta a las partes –garante y titular del derecho de retención ejecutado–: entonces, para que éste pueda ejercitar las facultades previstas en el Capítulo 7, basta con que el derecho de retención se hubiera constituido válidamente, no siendo necesario que además fuera eficaz frente a terceros. Como hemos visto, es poco probable que un derecho de retención válidamente constituido no cumpla los requisitos para ser eficaz frente a los terceros que menciona el art. IX.-3:101, pues el acreedor tendrá normalmente la posesión del bien retenido [art. IX.-3:102 (2) (2)]; pero excepcionalmente podría darse el caso: así, si el retentor hubiera devuelto al garante el bien para una finalidad concreta y no para renunciar a la garantía. Pues bien, en tanto no se vean implicados terceros del art. IX.-3:101 (1), el titular del derecho de retención podría aun en este último caso ejecutar la garantía conforme a las reglas del Capítulo 7 del Libro IX del DCFR.

También bastaría con la válida constitución del derecho a ejecutar cuando el único tercero

involucrado ostentara sobre el bien un derecho de garantía carente de eficacia frente a terceros (por ejemplo, una prenda sin desplazamiento posesorio no inscrita), pues esa persona no se encuentra entre las relacionadas en el art. IX.-3:101 (1). Ahora bien, el conflicto existente en esta hipótesis entre los dos derechos de garantía ineficaces (el que se pretende ejecutar y el que concurre con él) habría de resolverse conforme a las reglas de prioridad del art. IX.-4:101, que dan la preferencia al constituido en primer lugar [párrafo (4)] (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5617).

b) En el caso de que esté involucrado uno de los terceros del art. IX.-3:101, el acreedor sólo podría ejercitar las facultades que le confiere el Capítulo 7 si su derecho de retención fuera eficaz frente a esos terceros (por tanto, si estuviera en posesión del bien a ejecutar, que será la hipótesis más común). Si entonces concurriera con el titular de otro derecho de garantía eficaz sobre el mismo bien, el conflicto habría de resolverse conforme a las reglas de prioridad [art. IX.-7:101 (2) *in fine*]; y teniendo en cuenta la prioridad superior que, como regla general, se atribuye al derecho de retención [art. IX.-4:102 (3) y (4)], lo más probable es que sea el titular del mismo quien tenga preferencia a la hora de satisfacer su crédito con el bien gravado.

c. Ejecución judicial y ejecución extrajudicial

El art. IX.-7:103, en sus dos primeros párrafos, trata fundamentalmente de establecer la relación existente entre las dos modalidades de ejecución previstas en el DCFR, la judicial y la extrajudicial.

Así, se parte de la regla general de que el acreedor puede proceder a la ejecución extrajudicial del derecho real de garantía siempre que no se haya pactado lo contrario [párrafo (1)], regla a la que el párrafo (2) establece una importante excepción a la que en seguida aludiré. Por tanto, de acuerdo con la regla general, las partes pueden excluir la ejecución extrajudicial mediante un pacto, pero, si no lo hacen, el acreedor podrá optar entre esta modalidad de ejecución y la judicial, sin necesidad de que así lo hubiera acordado previamente con el garante. De este modo se trata de facilitar e impulsar la ejecución extrajudicial del derecho real de garantía, por considerarse más rápida y menos costosa que la judicial al ser menos formalista; ello no sólo beneficia al acreedor, sino también al garante, que es quien normalmente tiene que soportar los costes del proceso de ejecución (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5618) [art. IX.-2:401 (2) *in fine*]. Por otra parte, frente al reparo de que la ejecución judicial protege de mejor forma al garante, se arbitran en el DCFR diversas medidas encaminadas a su debida tutela. La primera consiste en una excepción a la regla general plasmada en el art. IX.-7:103 (1) y se aplica a aquellos derechos de garantía que gravan un bien de un consumidor: en este caso sólo cabe la ejecución judicial, a menos que *después del incumplimiento* el consumidor garante consienta la ejecución extrajudicial [art. IX.-7:103 (2)]; la preferencia por la modalidad judicial de ejecución se justifica aquí sin paliativos por el fin de proteger al consumidor, dada su limitada experiencia en asuntos de finanzas y garantías (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5619); con todo, aun en este caso se admite que el consumidor pueda consentir después del incumplimiento la ejecución extrajudicial. Se trata de la primera de una serie de reglas con las que el DCFR trata de dispensar una particular protección, en esta fase de ejecución del derecho real de garantía, al garante que reviste la condición de consumidor; persiguen idéntico objetivo los arts. IX.-7:105 (3), IX.-7:107 o IX.-7:207

(2), que examinaré más adelante.

El art. I.-1:105 (1) DCFR define al consumidor como cualquier persona física que actúe fundamentalmente con propósitos no relacionados con su comercio, negocio o profesión. El Estudio de viabilidad del Grupo de Expertos se aparta levemente de esta caracterización y lo define como cualquier persona física que actúe con propósitos que sean ajenos a su comercio, negocio, oficio o profesión [art. 2 (3)].

El fin de tutelar al garante en la ejecución extrajudicial se plasma también en la regla que consagra el párrafo (4) del artículo IX.-7:103, que puede considerarse como una derivación del principio de buena fe: según la misma, el acreedor debe llevar a cabo la ejecución de una manera comercialmente razonable y, en la medida de lo posible, en cooperación con el garante y con cualquier tercera persona implicada. Encontramos aplicaciones concretas de esta regla en los artículos que regulan la ejecución extrajudicial de los derechos de garantía [entre otros, el art. IX.-7:208 y concordantes o el art. IX.-7:212], objeto de posterior análisis.

d. La tutela de los intereses injustificadamente lesionados con ocasión de la ejecución

En el proceso de ejecución judicial o extrajudicial de un derecho real de garantía pueden verse vulnerados injustificadamente los derechos de cualquiera de las partes o incluso de un tercero; así, el acreedor puede sufrir las consecuencias de la resistencia del garante a medidas justificadas de ejecución (por ejemplo, si el bien objeto del derecho de retención se encuentra en poder del garante por habérselo entregado momentáneamente el acreedor sin voluntad de renunciar a su derecho, y el garante entorpece la ejecución resistiéndose a entregar o poner el bien a disposición del acreedor), del mismo modo que el garante o una tercera persona pueden verse negativamente afectados si el acreedor emprende medidas de ejecución en contra de lo dispuesto por la ley³⁰ [como si el acreedor inicia la ejecución del bien gravado de un consumidor sin cumplir con la notificación previa que impone el art. IX.-7:107, o si vende o pretende vender el bien para realizar su valor extrajudicialmente por un precio que no sea comercialmente razonable en el sentido del art. IX.-7:212, o vende el bien con ese mismo fin como si estuviera libre de gravámenes preferentes, aun conociendo su existencia, y por ello éstos se extinguen en virtud de lo previsto en el art. IX.-7:213 (2)]. En tales casos, el art. IX.-7:104 autoriza al afectado a emprender dos tipos de acciones, que pueden concurrir en un mismo caso y que son posibles tanto en la ejecución judicial como en la extrajudicial:

a) Puede, por un lado, solicitar al tribunal o autoridad competente que conmine al responsable a actuar conforme a las reglas establecidas en el Capítulo 7 del Libro IX. Como es lógico, el DCFR no entra a determinar cuál es la autoridad competente ni a detallar el procedimiento a seguir a los efectos indicados, pues ello queda al arbitrio de los Derechos nacionales; no obstante, la norma sí impone que esa autoridad debe decidir sobre la cuestión expeditivamente, lo que significa que debe ofrecerse al afectado la posibilidad de servirse de un procedimiento que haga posible una

³⁰ El art. IX.-7:104, al regular esta situación, no alude expresamente a la ilegalidad de las mencionadas medidas; sin embargo, si la resaltan los autores del DCFR (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5620 y 5621), con razón, ya que si fueran medidas lícitas el afectado por ellas no tendría sino que tolerarlas.

decisión rápida (los mismos autores del DCFR reconocen que ello comporta una leve injerencia en el Derecho procesal: VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5621).

b) Por otro lado, el afectado puede exigir la correspondiente indemnización a la parte responsable (acreedor ejecutante o garante, según los casos).

e. La prohibición del pacto comisorio y sus excepciones

1. El DCFR prohíbe como regla general que las partes suscriban *antes de producirse el incumplimiento* un pacto que permita al acreedor hacerse con la propiedad del bien gravado con un derecho de garantía, sea antes [art. IX.-5:101 (2)] o sea después del incumplimiento [art. IX.-7:105 (1)]; consiguientemente, ese pacto es considerado nulo, salvo que se dé alguno de los casos en que excepcionalmente el DCFR lo admite. Al analizar el art. IX.-5:101 (2) ya expuse la *ratio* de esta prohibición, de enraizada tradición histórica (*supra*, epígrafe 2.6, apartado b, número 2). Aquí me centraré en el art. IX.-7:105, que es el aplicable en la fase de ejecución del derecho real de garantía que ahora estoy examinando.

2. La regla general prohibitiva establecida en el párrafo (1) del art. IX.-7:105 se excepciona en los dos casos que contempla su párrafo (2). El primero se da cuando el bien gravado es un bien fungible que se comercializa en un mercado (oficialmente) reconocido con precios públicos. El segundo, cuando las partes acuerdan de antemano algún otro método que permita determinar fácilmente un precio de mercado razonable [por ejemplo, si se trata de un coche usado, y las partes remiten la concreción de su valor a la lista de precios de una determinada guía de automóviles usados: VON BAR y CLIVE (2009a, p. 5622); esta segunda excepción se excluye cuando el garante es un consumidor [párrafo (3) del art. IX.-7:105] porque, nuevamente, se le considera falta de la experiencia precisa para tomar una decisión informada en estos asuntos y, además, el grado de certeza y objetividad posible en la segunda hipótesis es más reducido que en la primera (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5623). Aún con esa diferencia de grado entre una y otra, las excepciones se justifican por el hecho de que en los casos a que se refieren hay sistemas que permiten fijar el valor del bien de forma objetiva o imparcial, lo que evita que el acreedor se haga con él por menos de lo que realmente vale [se trata de una justificación comúnmente admitida: véase DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (2001a, p. 428)]. A ello se añade otra medida fundamental: ese valor se toma en cuenta para determinar los respectivos derechos y obligaciones de las partes, subsiguientes a la apropiación del bien por el acreedor. En este sentido, el párrafo (4) del art. IX.-7:105 establece que, cuando la apropiación esté permitida, el acreedor está legitimado para quedarse con el bien gravado únicamente por el valor del precio de mercado, reconocido o pactado, que tuviera en el momento de la apropiación. Si ese valor supera el importe del crédito garantizado, el garante tiene derecho al exceso. En caso contrario, el deudor sigue respondiendo de lo que falte.

3. Una hipótesis diferente a la del art. IX.-7:105, aunque guarda cierta relación con ella, es la prevista por el art. IX.-7:216; este precepto no contempla ningún pacto comisorio suscrito antes del incumplimiento entre las partes; su objeto es posibilitar que, producido el incumplimiento, el acreedor pueda apropiarse el bien gravado para satisfacer en todo o en parte el crédito

garantizado; tal posibilidad aparece supeditada en el citado artículo al cumplimiento de una serie de requisitos con los que se pretende proteger a todas las partes implicadas [ver al respecto *infra*, epígrafe 2.8, apartado b, (iv)].

f. La facultad de redención mediante el pago de lo debido

1. El art. IX.-7:106, bajo la rúbrica “Facultad de redención del garante”, admite que un pago tardío puede impedir la ejecución de la garantía, incluso aunque ya se hubieran dado pasos encaminados a ello. Así, el párrafo (1) dispone que si, aún después de tener lugar el incumplimiento, se paga la obligación garantizada, el garante puede exigir al acreedor que cese en el ejercicio de las facultades de ejecución y le devuelva la posesión del bien gravado; sin embargo, el párrafo (2) pone ciertos límites a esta facultad; los aplicables al derecho de retención son los establecidos en la letra (a), según la cual en caso de ejecución conforme a la Sección 2 –que es la dedicada a los derechos de garantía–, el garante no podrá ejercitar las facultades mencionadas en el párrafo (1) si el bien retenido ya ha sido objeto de apropiación (por el acreedor, se entiende), o ha sido vendido o el acreedor ha concluido un contrato vinculante para venderlo a una tercera persona.

En el Derecho español, y en relación con la subasta de bienes muebles practicada en el marco del procedimiento general de ejecución forzosa, el art. 650.5 [Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil](#) (BOE núm. 7, de 8.1.2000; en adelante, LEC) permiten al deudor liberar sus bienes pagando íntegramente lo que deba al ejecutante “en cualquier momento anterior a la aprobación del remate o de la adjudicación al acreedor”; la norma resulta aplicable también a la subasta de inmuebles –art. 655.2 LEC–, en la que, además se prevé una regla similar respecto del tercer poseedor –art. 662.3 LEC–; también lo es en el procedimiento especial de ejecución sobre bienes pignorados o hipotecados –arts. 681.1 y 694 LEC; véase también art. 689.1 LEC.

El CCC (art. 569-8.3.e) también permite al deudor y al propietario de un bien inmueble sujeto a derecho de retención paralizar la subasta prevista para realizar su valor, mediante el depósito ante el notario competente para la subasta de una cantidad suficiente para satisfacer la deuda con los intereses y los gastos originados hasta ese momento; para ello disponen de un plazo de veinte días hábiles desde que se practicara la notificación del inicio de las actuaciones. La misma regla se considera aplicable a los bienes muebles (POZO CARRASCOSA y VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA, 2008, p. 437).

2. El precepto menciona al garante como titular de la facultad de redención y de las facultades consecuentes a la redención; sin embargo, como sabemos, puede ocurrir que quien procura la garantía al acreedor no sea el dueño del bien retenido (recordemos que el DCFR permite que un determinado ordenamiento nacional prevea la constitución de un derecho de retención en hipótesis así); si se diera tal situación, parece evidente que el dueño del bien retenido tendría las mismas facultades que el art. IX.-7:106 atribuye al garante y que, una vez efectuado el pago, el acreedor ya no puede retener el bien frente a él. En cualquier caso, el pago de la deuda extingue el derecho garantizado y, con él, el derecho de retención [art. IX.-6:101 (2)], momento a partir del cual el acreedor deja de estar legitimado para conservar la posesión del bien frente a su dueño [tal y como resulta del art. IX.-6:104 (2)].

3. Si el acreedor había iniciado ya el procedimiento de ejecución, puede que ello le hubiera

supuesto ciertos gastos que finalmente resultan inútiles al quedar sin efecto la ejecución (pensemos, por ejemplo, en gastos de notificaciones o desembolsos efectuados para la preparación de la subasta del bien). Dado que los gastos razonables de ejecución quedan cubiertos por la garantía por regla general [como resulta del art. IX.-2:401 (2) *in fine*], habría que entender que, a los fines de la redención prevista en el art. IX.-7:106, el pago debería cubrir los referidos desembolsos dado que, además, la propia norma alude al abono de la cantidad pendiente de la obligación cubierta por el derecho real de garantía.

4. Los límites establecidos en el art. IX.-7:106 (2) a la facultad de redención merecen alguna consideración; como acabo de indicar, allí se contemplan tres hipótesis: apropiación del bien por el acreedor, venta del mismo o conclusión de un contrato vinculante de venta por parte del acreedor. Los autores del DCFR subrayan que, normalmente, al darse cualquiera de las tres situaciones, el acreedor obtiene en ese mismo momento la satisfacción de su crédito, bien sea aceptando el objeto gravado en pago de la deuda, bien sea con el precio de la venta; sin embargo, éste no es un presupuesto de la norma: esto es, aun cuando el acreedor no haya percibido aún ninguna utilidad de la ejecución del bien (por ejemplo, por no haber cobrado todavía el precio) y, por tanto, el crédito garantizado aún no se haya extinguido, el garante no puede ejercitar la facultad de redención desde el momento en que se da cualquiera de las tres situaciones previstas por la norma (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5625).

Estos límites se justifican con el argumento de que, en los tres casos, se colocaría al acreedor en una posición potencialmente muy comprometida si el garante pudiera exigirle la devolución del bien después de pagar (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5625); desde luego, la inseguridad que esa posibilidad generaría dificultaría mucho que el acreedor se decidiera a vender el bien gravado o a ejercer sobre él cualquiera de las facultades de disposición o alteración que ostentaría como propietario suyo si se lo apropiara; por tanto, resulta plenamente adecuado excluir la posibilidad de redención en estos supuestos.

En cuanto a la apropiación del bien por el acreedor, la misma puede ser el resultado de dos situaciones distintas: un pacto comisorio válido suscrito entre las partes al amparo del art. IX.-7:105, y la apropiación prevista en el art. IX.-7:216 como forma de realización del valor del bien; aunque el tenor literal del art. IX.-7:106 (2) (a) (“en caso de ejecución conforme a la Sección 2...”) pudiera inicialmente hacer pensar que la norma sólo se refiere a la segunda situación por ser ésta la única que se regula en la referida Sección 2, lo cierto es que el ejercicio de la facultad de redención debe considerarse descartado también en la primera; y ello porque la justificación de su exclusión es la misma en cualquier hipótesis en la que el acreedor esté autorizado para apropiarse lícitamente del bien gravado a fin de satisfacer su crédito; de hecho, los autores del DCFR sólo citan el art. IX.-7:105 sin más al referirse a la hipótesis de apropiación que estamos comentando (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5625). En cuanto a la determinación del momento exacto en el que deberá considerarse producida la apropiación del bien por el acreedor después del incumplimiento, en el caso del pacto comisorio lícito parece que habrá que estar a lo que hayan pactado las partes; en el caso del art. IX.-7:216, tendrá lugar al cumplirse el plazo señalado en su párrafo (e).

Finalmente, interesa destacar la ausencia en el art. IX.-7:106 (2) de la hipótesis de arrendamiento del bien. En efecto, junto a la venta y a la apropiación del bien gravado, el art. IX.-7:207 (1) contempla como vía de realización del mismo su arrendamiento y percepción de los frutos por el acreedor [letra (b)]. La falta de referencia a este caso en el art. IX.-7:106 (2) debe llevar a concluir que el garante puede hacer uso de su facultad de redención aun después de que el bien retenido haya sido arrendado a un tercero; si así lo hiciera, el acreedor estaría obligado a dejar de ejercitar los derechos que le otorga el Capítulo 7 y a restituir al garante la posesión del bien. Hay que tener en cuenta que el derecho de crédito del arrendatario deriva del derecho de retención del acreedor arrendador, y que es el derecho de retención el que faculta al acreedor para celebrar ese contrato sobre un bien que no le pertenece; de ahí que, extinguido el derecho de retención del acreedor por el pago, resulte lógico considerar asimismo extinguido el arrendamiento que descansa sobre él [en línea parecida, VON BAR y CLIVE (2009a, p. 5624)].

De esta misma idea encontramos una expresión en la regulación española del derecho real de usufructo; su titular está legitimado para arrendar el bien ajeno objeto de su derecho, pero la extinción de éste comporta también la del arrendamiento (con la excepción de los arrendamientos rústicos, que se justifica por razones de política legislativa) [arts. 480 CC y 13.2 [Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos](#) (BOE núm. 282, de 25.11.1994; en adelante, LAU)].

Extinguido el arrendamiento concertado por el acreedor, el arrendatario tendría que devolverle el bien al arrendador, que así estaría en condiciones de cumplir con su obligación restitutoria frente al dueño. En cualquier caso, además, el propietario podría hacer valer las acciones de defensa de su propiedad (señaladamente, la acción reivindicatoria) frente al arrendatario y poseedor del bien si éste se negara a su restitución. Cuestión distinta es la eventual responsabilidad del arrendador frente al arrendatario si no le hubiera informado de la situación legal del bien arrendado.

5. Naturalmente, el acreedor que haya satisfecho su crédito mediante la apropiación del bien gravado o el cobro de su precio de venta, no está legitimado para quedarse con el dinero pagado por el garante para redimir el derecho de garantía. En este punto se consideran aplicables las reglas del DCFR sobre enriquecimiento injusto (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5625).

g. Particularidades de la ejecución cuando el garante es un consumidor

A lo largo de la exposición anterior ya han quedado de manifiesto algunas reglas particulares arbitradas en el DCFR con el fin de dispensar una especial protección en la fase de ejecución de la garantía al garante que reviste la condición de consumidor; con ellas se trata de compensar su limitada experiencia e información en materia de finanzas y de garantías. Procede ahora sintetizar esas especialidades, que pueden resumirse como sigue.

1ª) En primer lugar, se parte de que cuando el bien gravado con un derecho de garantía es de un consumidor, procede la modalidad judicial de ejecución; la ejecución extrajudicial sólo es posible si así lo acuerda el consumidor después de producirse el incumplimiento [art. IX.-7:103 (2)]. Se invierte así la regla general sentada en el art. IX.-7:103 (1), que permite al acreedor proceder a la

ejecución extrajudicial siempre que no se haya pactado otra cosa.

2ª) El pacto comisorio concluido antes del incumplimiento previendo la transmisión al acreedor de la propiedad del bien gravado una vez que se produzca dicho incumplimiento sólo se admite, cuando el garante es un consumidor, en el primero de los dos casos excepcionales en que lo tolera el párrafo (2) del art. IX.-7:105: esto es, cuando el bien gravado es un bien fungible comercializado en un mercado reconocido con precios públicos; por tanto, no se admite la segunda excepción (cuando las partes hayan acordado de antemano otro método que permita una fácil determinación de un precio de mercado razonable), cuyo ámbito se limita a aquellos supuestos en que no esté involucrado un consumidor [art. IX.-7:105 (3)].

3ª) En la fase de ejecución del derecho de garantía el acreedor debe llevar a cabo diversas notificaciones cuando pretende disponer del bien gravado (arts. IX.-7:208 a IX.-7:210) o apropiárselo (art. IX.-7: 216) para realizar su valor. A ellas se suma y antepone, cuando el garante es un consumidor, la notificación previa que regula el art. IX.-7:107. Se trata de una notificación que el acreedor debe entregarle al consumidor al menos diez días antes de adoptar cualquier medida encaminada a la ejecución; de este modo, el consumidor dispone de un período adicional de diez días para pagar la deuda garantizada y evitar así la ejecución (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5627). En correlación con lo dicho, el art. IX.-7:207 (2) dispone que sólo una vez que haya transcurrido el referido plazo, el acreedor está autorizado para realizar el valor del bien gravado por cualquiera de las vías que contempla el párrafo (1) del mismo artículo (venta, apropiación o arrendamiento); cumplido ese plazo, si el acreedor pretende vender el bien o apropiárselo en satisfacción de su crédito –no así cuando la arrienda–, el primer paso que deberá dar será, por regla general, proceder a una nueva notificación de su intención en los términos establecidos por los arts. IX.-7:208 a IX.-7:210 y IX.-7: 216, preceptos cuyo ámbito ya no se circunscribe a los casos en que el garante es un consumidor.

Como notas a destacar de la notificación prevista en el art. IX.-7:107 cabe señalar las siguientes:

- a) El momento que se toma en cuenta para el cómputo de los diez días es el de la entrega y no el de la remisión de la notificación al garante [párrafo (1)].
- b) La notificación debe hacerse en forma textual [párrafo (1); expresión a cuyo significado conforme al art. I.-1:106 ya he aludido], ir firmada por el acreedor o en nombre suyo [párrafo (2) (d)] y estar redactada en una lengua oficial del lugar de residencia del consumidor [párrafo (3)].
- c) En cuanto a su contenido, debe, de forma inequívoca, designar la obligación garantizada y establecer la cantidad debida al término del día previo al envío de la notificación [párrafo (2) (a)]; también debe establecer que cualquier otra condición acordada por las partes para la ejecución se ha cumplido [párrafo (2) (b)] y que el acreedor tiene la intención de ejecutar la garantía, así como identificar los bienes gravados contra los que el acreedor piensa ejecutarla [párrafo (2) (c)].

Si el acreedor incumple su obligación de notificar o la cumple defectuosamente, quien le procuró

la garantía podría, con base en el art. IX.-7:104, recurrir al tribunal o autoridad competente para que adopte las medidas oportunas a fin de impedir que el acreedor la ejecute sin haber hecho la notificación debidamente; además, y en su caso, podrá reclamar la correspondiente indemnización. Si el acreedor ya hubiera dispuesto del bien para realizar su valor, el adquirente no se ve afectado por los defectos relativos a la notificación [art. IX.-7:213 (3)]; en tal caso, el garante únicamente podrá dirigirse contra el acreedor ejecutante haciendo valer los remedios que correspondan (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5628-5629).

2.8.2. Ejecución extrajudicial

En el análisis de este tema me centraré en el contenido de las reglas del DCFR sobre la realización del bien gravado (Subsección 2 de la Sección 2 del Capítulo 7 del Libro IX). Dejamos a un lado las reglas preparatorias de la realización (Subsección 1 de la misma Sección) porque el campo de aplicación de muchas de ellas es el de los derechos de garantía no posesorios (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5631), de modo que no afectan al derecho de retención de la posesión: se trata de las normas que regulan los medios de que dispone el acreedor para hacer valer su derecho a tomar posesión del bien gravado o a inmovilizarlo como primer paso encaminado a la realización de su valor; otras reglas se refieren al gravamen de un derecho de crédito, ámbito que tampoco es el típico del derecho de retención, cuyo objeto es un bien corporal [art. IX.-2:114 en relación con el art. IX.-1:201 (10)].

Paso, pues, a analizar las reglas aplicables a la realización del valor del bien sujeto al derecho de retención.

a. Las vías de realización del valor del bien retenido

1. Del art. IX.-7:207 (1) resulta que el acreedor tiene tres vías para realizar el bien retenido a fin de satisfacer el derecho garantizado:

- a) La venta del bien conforme al art. IX.-7:211.
- b) El arrendamiento del bien y percepción de los frutos.
- c) La apropiación del bien conforme al art. IX.-7:216.

En la práctica, y por regla general, la primera será la vía preferida por el titular de un derecho real de garantía; frente al arrendamiento, la venta normalmente le permite una satisfacción más rápida de su crédito y poner término a su relación con el garante sin involucrarse en una nueva relación jurídica sobre el bien retenido (como la que le vincularía al arrendatario); normalmente, tampoco tiene un especial interés en quedarse con el bien retenido, pues su objetivo es ver satisfecho su crédito y cobrar lo que se le debe.

2. El acreedor no tiene por qué llevar a cabo en persona los trámites encaminados a la realización del bien, pudiendo encomendárselos en todo o en parte a otra persona (un representante privado o un funcionario judicial competente) [art. IX.-7:207 (3)]; así, por ejemplo, puede encomendar la subasta del bien a una casa especializada en la materia (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5640).

b. En particular, el arrendamiento

1. Admitida esta vía de realización del valor por el art. IX.-7:207 (1) (b), la misma carece de ulterior regulación en este Capítulo del DCFR.

El acreedor puede arrendar el bien retenido y aplicar las rentas a la satisfacción de su crédito aun cuando en la fase previa a la ejecución hubiera carecido de la facultad anticrética prevista en el art. IX.-5:208; en efecto, que en esa fase no estuviera legitimado para apropiarse los frutos civiles [porque las partes hubieran excluido de mutuo acuerdo la extensión del derecho de retención a ellos –art. IX.-2:306 (2)– o la facultad del acreedor de apropiárselos –art. IX.-5:101 (1)–] no supone obstáculo alguno para que, en la fase de ejecución, pueda arrendar el bien y percibir sus frutos conforme al art. IX.-7:207 (1) (b), que tiene carácter imperativo (art. IX.-7:102).

2. A diferencia de lo que ocurre en los casos de venta y de apropiación del bien, en éste no se exige al acreedor más notificación previa que la que impone el art. IX.-7:107 cuando el garante es un consumidor.

3. El acreedor que ejecuta su derecho de retención arrendando el bien gravado sigue ostentando la posesión del objeto ajeno, bien que mediata, correspondiendo al arrendatario la posesión inmediata; la propiedad del objeto no cambia de manos. Dado el fin que persigue y justifica el arrendamiento del bien, es lógico entender que el acreedor no está facultado para concertarlo por más tiempo del que resulte preciso para poder satisfacer la obligación garantizada con las rentas percibidas. Una vez satisfecho su crédito íntegramente con las rentas, su derecho de retención se extingue [art. IX.-6:101 (2)], por lo que, consecuentemente, también quedaría extinguido el arrendamiento, que descansa sobre aquél. Por otra parte, como vimos, si el garante pagara lo debido al retentor, redimido el derecho de retención de este modo, quedaría extinguido asimismo el contrato de arrendamiento (art. IX.-7:106).

4. En cuanto a la renta, ha de tenerse en cuenta que el art- IX.-7:103 (4) exige al acreedor practicar la ejecución de una forma comercialmente razonable, de modo que no debería poder alquilar el objeto por debajo de su valor (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5639 y 5640).

5. No contempla el DCFR en este Capítulo la posibilidad de que el arrendatario ocasione daños al bien; la cuestión debe ceñirse a los daños que vayan más allá del desgaste derivado de un uso normal y conforme al destino de la cosa, que debe ser asumido por el dueño dado que al estar el bien sujeto a un derecho de garantía puede ser arrendado para realizar su valor; cabe pensar que, del mismo modo que el acreedor debe responder frente al dueño de los daños que ocasione al bien por no conservarlo con el cuidado razonable durante la fase anterior a la ejecución de la garantía [art. IX.-5:201 (1)], también debe responder frente a él de los daños que por idéntica razón cause aquél a quien se lo arrendó.

Una regla similar es la que consagra, por ejemplo, el art. 498 CC en sede de usufructo, para los daños ocasionados a la cosa usufructuada por el arrendatario de la misma.

c. En particular, la venta o disposición del bien retenido

1. Ámbito de aplicación.

La venta del bien es una vía de ejecución de la que puede valerse el acreedor siempre que las partes no hayan pactado su exclusión [art. IX.-7:207 (1) (a) *in fine*]. Cuestión distinta es la de las formas en que puede proceder a esa venta y sus presupuestos, aspecto que – como veremos más adelante – aborda el art. IX.-7:211.

2. La notificación de la disposición.

2.1. Por regla general, el acreedor que pretende vender el bien retenido para realizar su valor debe antes notificar su intención [art. IX.-7:208 (1)] al garante, además de a otras personas; si el garante fuera un consumidor, se trataría de la segunda notificación que debería dirigirse, después de la contemplada por el art. IX.-7:107.

El objetivo de la notificación es hacer posible que sus destinatarios puedan, si así lo desean, eludir la realización del bien mediante el pago de la obligación garantizada [art. IX.-7:210 (2) (d)] o, en su caso, participar en el proceso de realización y adquirir el bien para sí (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5641).

La regla general de la necesidad de notificación se excepciona en tres casos [art. IX.-7:208 (2)]: cuando el bien sea perecedero, cuando de otro modo – esto es, si el acreedor tuviera que hacer la notificación – su valor disminuiría rápidamente, y cuando se trate de un bien fungible comercializado en un mercado reconocido con precios públicos. En los dos primeros casos, el retraso que supondría practicar la notificación haría mermar el valor del bien retenido y con ello la eficacia de la garantía, en perjuicio de todas las partes implicadas; en el tercero, la existencia de una forma claramente objetiva e imparcial de determinar el precio asegura que ni el garante ni otros posibles terceros con garantías reales sobre el bien van a resultar perjudicados con su enajenación (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5642 y 5643).

2.2. Paso a detallar las notas que caracterizan esta notificación.

a) Destinatarios. El art. IX.-7:209 es el que determina a quiénes debe dirigir el acreedor su notificación. En lo que afecta al caso concreto del derecho de retención, esas personas serían el garante, el deudor (si fuera diferente del garante), los acreedores que ostenten sobre el bien retenido una garantía inscrita (por ejemplo, una prenda sin desplazamiento que conste en el Registro europeo de garantías reales) y las personas que el acreedor sepa que tienen un derecho en el bien gravado (por ejemplo, el propietario del mismo, cuando el Derecho nacional aplicable admita un derecho de retención sobre un bien que no es propiedad del garante; también los

titulares de garantías no inscritas y de otros derechos reales limitados)³¹.

b) Tiempo. Según el art. IX.-7:210 (1), la notificación debe hacerse en debido tiempo, exigencia que se considera cumplida si llega a sus destinatarios al menos diez días antes de la disposición. Llama la atención la fórmula un tanto elíptica empleada en este precepto, que, en definitiva, impone una antelación mínima de diez días; habría bastado, por tanto, con expresar este límite, igual que hace el art. IX.-7:107 (1) para la notificación al garante consumidor, omitiendo la alusión al “tiempo debido”. No parece probable que los autores del DCFR pretendieran con la alusión al tiempo debido permitir que en determinadas circunstancias o tratándose de ciertos bienes pudiera considerarse necesaria una notificación con más de diez días de antelación pues, de ser así, deberían haberlo expresado con más claridad (por ejemplo, añadiendo un inciso que indicara que la antelación de diez días se considera suficiente “como regla general”).

c) Contenido. Los datos que deben constar en la notificación son, de acuerdo con lo establecido por el art. IX.-7:210 (2), los siguientes: el lugar y el momento de la planeada disposición; una descripción razonable del bien gravado del que se va a disponer; el precio mínimo para la disposición y los términos de su pago; y la facultad del garante o de cualquier otro interesado (por ejemplo, el titular de otro derecho real de garantía sobre el bien retenido o, en su caso, el dueño) de evitar la disposición mediante el pago de la cuantía pendiente de la obligación garantizada.

d) Forma. También en este punto existen algunas diferencias entre lo dispuesto para la notificación previa al garante consumidor por el art. IX.-7:107 (1) y lo estipulado para la notificación que ahora analizamos. En este caso no se exige explícitamente la forma textual, que, sin embargo, parece imprescindible habida cuenta del contenido de la notificación, y también que es la que más fácilmente puede permitir al acreedor probar que la misma llegó a sus destinatarios en el plazo exigido legalmente. Por lo que respecta al idioma a utilizar, el art. IX.-7:210 (3) simplemente exige que sea una lengua que pueda esperarse que informe a sus destinatarios; no es preciso que sea una lengua oficial del lugar de residencia de los mismos [compárese con el art. IX.-7:107 (1)]; se está pensando concretamente en la posibilidad de servirse del inglés, asumiendo que al menos en el ámbito del comercio cabe esperar su conocimiento (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5645); con todo, entiendo que habría que valorar las circunstancias de cada caso para poder confirmar o no esa presunción.

2.3. Finalmente, las consecuencias del incumplimiento de la carga de notificar coinciden con las señaladas más arriba en relación con la notificación prevista en el art. IX.-7:107 [*supra*, epígrafe 2.8.1. apartado (g) 3ª, al final]. Además hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el art. IX.-2:401 (2), los costes –razonables– del procedimiento de ejecución sólo quedan cubiertos por el derecho real de garantía si el garante ha sido informado de la intención del acreedor de emprender tal procedimiento con tiempo suficiente como para permitirle evitar esos costes (VON

³¹ Si el bien retenido estuviera gravado también con otro derecho de garantía (por ejemplo, una prenda sin desplazamiento) y fuera el titular de éste el que pretendiera iniciar la ejecución, debería notificárselo al retentor en virtud de lo previsto en el art. IX.-7:209 (b) (ii).

BAR y CLIVE, 2009a, p. 5642).

3. Las formas en que puede efectuarse la venta y la razonabilidad económica del precio.

3.1. De acuerdo con el art. IX.-7:211 (1) y (2), la venta del bien retenido puede llevarse a cabo de tres maneras distintas: por subasta pública, subasta privada y venta privada. Mediante cualquiera de las tres puede procederse a la disposición de todo o parte de los bienes retenidos, supuesto que sea posible una enajenación parcial.

La subasta pública se caracteriza en el propio precepto por ser una subasta supervisada oficialmente (pensemos, por ejemplo, en un notario); por tanto, el hecho de que pueda intervenir un funcionario no afecta al carácter extrajudicial de la ejecución (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5646). La subasta privada se presenta en la norma como aquella a la que se invita al público; sin embargo, dado que en cualquier subasta participa el público, cabría decir que lo que realmente caracteriza a la privada es que la celebran los particulares sin intervención de funcionario alguno (CABANILLAS SÁNCHEZ, 1995, p. 6377) (por ejemplo, en una casa de subastas). Finalmente, la venta privada alude a un contrato de compraventa suscrito de la forma habitual entre vendedor y comprador; esta última sólo es admisible si acreedor y garante así lo acuerdan (antes o después del incumplimiento, pues la norma no especifica) o si existe un precio público de mercado para el bien gravado [art. IX.-7:211 (2)]; en breve veremos cuál es la justificación de esta exigencia.

El CCC regula específicamente la realización del valor de los bienes muebles retenidos en el art. 569-7, disponiendo que puede llevarse a cabo por enajenación directa o por subasta pública notarial; esto es así siempre que en los dos meses siguientes a la notificación notarial de la decisión de retener a deudor y propietario no haya habido oposición judicial; si la hubiera, el retenedor puede instar la ejecución judicial por el procedimiento previsto en la LEC, al que puede recurrir en todo caso (POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA, 2008, pp. 435 y 436). Estos mismos autores (ob. cit., p. 436) ponen de relieve la coincidencia existente entre la enajenación directa del CCC y la posibilidad de “realización privada” que contempla la LEC en sus arts. 636, 640 y 641 (convenio de realización y realización mediante persona o entidad especializada) dándole prioridad respecto de la subasta judicial; la enajenación directa del CCC presupone un acuerdo entre retenedor y propietario del bien [art. 659-7.2 CCC; 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 CCC). A falta de tal acuerdo, el retenedor puede recurrir a la subasta notarial (que se regula en el art. 659-7.3 CCC); el equivalente de ésta en el DCFR es la subasta pública a que alude el art. IX.-7:211 (1).

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 CCC), 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) (en este sentido POZO CARRASCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA, 2008, p. 443).

3.2. Existen ciertas reglas comunes a las tres formas de venta, que paso a analizar.

a) La primera es que el acreedor está autorizado para fijar los detalles de la disposición [art. IX.-7:211 (3)] siempre, claro está, que proceda de forma comercialmente razonable, como exigen los art. IX.-7:103 (4) y IX.-7:212.

b) La segunda regla contempla el caso de que sobre el bien enajenado existan otros derechos que gocen de prioridad respecto del que se trata de ejecutar; por regla general, esos derechos subsisten tras la ejecución, de modo que el comprador adquiere un bien gravado con ellos [art. IX.-7:213 (2)]; por eso, el art. IX.-7:211 (4) obliga al acreedor a informar de su existencia al comprador si éste se lo pide. Sin embargo, creemos que este supuesto sólo raramente puede darse cuando el derecho que se trata de ejecutar es de retención posesoria; como vimos al examinar el art. IX.-7:101 (2), la posibilidad de realizar el bien retenido conforme a las normas que estamos analizando está supeditada, cuando hay terceros del art. IX.-3:101 (1) involucrados, como sería el caso, a que el derecho de retención goce de eficacia frente a esos terceros, exigencia que se cumple siempre que, como es lo habitual, el retentor posee el bien; pues bien, si partimos de un derecho de retención posesoria eficaz frente a terceros, ese derecho goza de la prioridad superior que le reconoce el art. IX.-4:102 (3), con las solas excepciones posibles que contempla el mismo artículo en su párrafo (4): permuta de rango o adquisición por un tercero de buena fe de un derecho real de garantía sobre el objeto del derecho de retención (hipótesis esta última que también es muy poco probable, como vimos en su momento: *supra*, epígrafe 2.5, apartado b); en conclusión, sólo en estos casos marcadamente excepcionales podría darse la situación contemplada por el art. IX.-7:211 (4), de subsistencia de derechos sobre el bien enajenado, en el ámbito que aquí interesa.

Como hemos visto, la obligación de información del acreedor sobre la sujeción de la transmisión a derechos previos preferentes se supedita en el art. IX.-7:211 (4) a que el comprador pida a aquél esa información. A mi modo de ver, sería preferible prescindir de este condicionante e imponer al acreedor el deber de informar al comprador sobre estos extremos en todo caso; de este modo se conseguiría que el adquirente conociera exactamente las características de lo que adquiere, al tiempo que se protegería a los terceros titulares de esos derechos preferentes frente a una posible pérdida de los mismos a resultas de una adquisición de la propiedad de buena fe por parte del comprador [posibilidad que admite el art. IX.-7:213 (2)]. Por otra parte, ninguna de las normas del DCFR que regulan esta materia impone al acreedor vendedor el deber de informar al comprador de que el objeto de disposición no es suyo y de que actúa como vendedor porque la ley le legitima para ello por ostentar un derecho que le faculta para realizar el valor del bien mediante su venta; en mi opinión, sería recomendable establecer ese deber porque, conociendo el comprador la identidad del dueño del bien, ya no podría aducir su desconocimiento de los derechos de garantía que constaran inscritos respecto del bien adquirido a los efectos contemplados por el art. IX.-6:102 (2).

c) La tercera regla común a las tres formas de venta es que el acreedor debe obtener un precio comercialmente razonable por el bien enajenado. Así lo impone el art. IX.-7:212 (1), que no hace sino desarrollar el mandato general del art. IX.-7:103 (4) en lo que afecta concretamente a este aspecto del precio de venta de los bienes gravados. En efecto, si el valor del bien sobrepasa la cantidad garantizada por él, es evidente que a su dueño le interesa que al venderse se obtenga un precio adecuado, dado que lo que pueda sobrar del precio obtenido tras satisfacer al acreedor ejecutante le corresponde a él (si no existen otros acreedores con garantías reales o titulares de otros derechos reales limitados sobre el mismo bien a los que debiera destinarse el sobrante conforme a las reglas del art. IX.-7:215). A fin de concretar cuándo el precio cumple con esta exigencia, el mismo art. IX.-7:212 ofrece dos pautas [en sus párrafos (2) y (3)]: si existe un mercado reconocido fácilmente accesible para el acreedor, el precio debe corresponderse con el precio de mercado al tiempo de la venta, teniendo en cuenta cualquier particularidad especial del bien gravado [como estado de conservación, posibles defectos, gravámenes que el comprador del bien tendría que soportar a resultas de lo previsto en el art. IX.-7:213 (2), etc.]; de no poderse aplicar el criterio anterior, el precio se considera comercialmente razonable si el acreedor dio los pasos que razonablemente podía esperarse que diera a la vista de las circunstancias.

La aplicación práctica de esta última regla puede ser especialmente compleja cuando el acreedor dispone del bien gravado mediante venta privada, modalidad de enajenación que resulta más opaca para el garante que las subastas. Ello puede propiciar abusos por parte del acreedor (desde acuerdos fraudulentos con el comprador para disimular el precio real, hasta la aceptación de un precio insuficiente para facilitar y acelerar la enajenación del bien), no siempre fácilmente demostrables por el garante (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5647). De ahí que el DCFR adopte precauciones especiales respecto de la venta privada; así, como ya vimos, esta modalidad de enajenación sólo se considera admisible cuando existe un acuerdo al efecto entre garante y acreedor, o cuando el bien gravado tiene un precio público de mercado [art. IX.-7:211 (2)]; además, cuando se trata de una venta privada y, por tanto, en cualquiera de los dos casos en que la misma es posible, el art. IX.-7:212 (4) permite al garante exigir al acreedor que le comunique el precio u horquilla de precios esperados, y si puede demostrar que probablemente el mismo es significativamente inferior al que razonablemente podría obtenerse en una subasta pública o privada, puede exigirle al acreedor que organice esa subasta; en tal caso, el precio obtenido de esta manera es vinculante para las partes, a salvo de lo dispuesto por el art. IX.-7:211 (5) [art. IX.-7:212 (4) *in fine*]; esto significa que, vendido el bien finalmente en una subasta, el garante tendría que conformarse con el precio obtenido, a no ser que el bien hubiera sido adquirido por el mismo acreedor; de darse esta circunstancia, el citado art. IX.-7:211 (5) autoriza al garante para rechazar la venta dentro de los diez días siguientes a la subasta, sin necesidad de alegar o demostrar nada al efecto; la consecuencia de ello es que debe procederse de nuevo a la realización del bien (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5648).

En cualquiera de las formas de venta, la vulneración por parte del acreedor de las provisiones del art. IX.-7:212 permitiría al garante o, si fuera una persona distinta, también al dueño del bien retenido, ejercitar las facultades previstas en el art. IX.-7:104 con el fin de impedir la celebración

de la venta aún no perfeccionada o, si esto ya no fuera posible, con el de obtener del acreedor la indemnización de los daños causados por vender el bien a un precio que no era comercialmente razonable en el sentido del DCFR. Consumada la venta, la adquisición del bien por parte del comprador ya no se ve afectada [art. IX.-7:213 (3)]; con una excepción: si el comprador hubiera sido el propio acreedor, los autores del DCFR entienden que, con base en el art. IX.-7:104 (a), la autoridad competente podría ordenar el retorno de la propiedad a su anterior dueño, incluso más allá del plazo de diez días fijado por el art. IX.-7:211 (5) a los efectos que señalábamos en el párrafo anterior; a tal fin sería preciso que el acreedor no hubiera dispuesto ya del bien a favor de un tercero que estuviera protegido; si ya lo hubiera hecho, aún cabría exigirle responsabilidad extracontractual (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5650 y 5655).

d) La última regla a examinar resulta aplicable cuando es el dueño del bien retenido quien lo compra en el proceso de ejecución; obviamente, la compraventa no le sirve al comprador para adquirir un dominio que ya tiene, sino que opera como un acuerdo –con el acreedor, se entiende– para liberar el bien de gravámenes [así, el art. IX.-7:211 (6)]; de este modo, el dueño del bien conserva su propiedad libre ya del derecho de retención del ejecutante [art. IX.-7:213 (1) (b)].

4. La posición jurídica del comprador del bien retenido y de quienes ostentaban sobre él derechos antes de la ejecución. El reparto del precio obtenido.

4.1. La posición jurídica del comprador del bien retenido resulta de lo dispuesto por el art. IX.-7:213, del que también se desprende la situación en que quedan quienes ostentaran sobre ese mismo bien otros derechos. Por otra parte, el art. IX.-7:215 regula la distribución de los ingresos obtenidos mediante la ejecución extrajudicial del derecho de garantía y, por tanto, es aplicable al reparto del precio recibido por la venta del bien retenido; en este punto es importante destacar que el que hace ese reparto es el acreedor ejecutante [art. IX.-7:215 (1)] por ser él también quien cobra el precio (los autores del DCFR insisten en este punto en que el acreedor es quien celebra el contrato de venta con el comprador y, por tanto, es a él a quien se le debe el precio: VON BAR Y CLIVE, 2009a, pp. 5646 y 5651). Ambos preceptos, el art. IX.-7:213 y el art. IX.-7:215, están íntimamente relacionados porque –dicho sea simplísimamente– mientras que a aquellos terceros que ven extinguidos sus derechos sobre el bien a resultas de su venta se les trata de compensar de algún modo a la hora de repartir el precio si ello es posible, a aquéllos que conservan sus derechos sobre el bien ejecutado no hay por qué tomarlos en cuenta en dicho reparto. Por eso en la exposición que sigue combinaré el análisis de las dos normas.

Para empezar, el art. IX.-7:213 regula en sus dos primeros párrafos cuáles, de los derechos que existieran sobre el bien gravado antes de ser realizado, subsisten tras su venta, y cuáles se extinguen. La cuestión se regula atendiendo fundamentalmente al principio de prioridad, de modo que tras la realización sólo subsisten sobre el bien vendido los derechos reales en cosa ajena que fueran prioritarios respecto del ejecutado (y aún éstos no siempre, como veremos).

Así, de acuerdo con el párrafo (1), con la realización del bien mediante su venta se extinguen el derecho del garante, el derecho del acreedor que hubiera instado la ejecución, y las garantías reales y demás derechos reales limitados que gravaran el bien y no tuvieran prioridad frente al derecho ejecutado. Esas mismas garantías y derechos subsisten si gozan de prioridad frente al derecho ejecutado, con ciertas excepciones [art. IX.-7:213 (2)]. Cada uno de estos supuestos merece consideración por separado en las líneas que siguen. Mas ya aquí conviene destacar que, de acuerdo con el art. IX.-7:213 (3), la posición del comprador —y, por tanto, su adquisición conforme a lo establecido en los párrafos (1) y (2) del mismo artículo— no se ven afectadas por la eventual vulneración de las reglas establecidas por el DCFR sobre el procedimiento de ejecución (así, por ejemplo, sobre las notificaciones a realizar o sobre el deber del acreedor de actuar de forma comercialmente razonable); esta regla tiene una excepción, en opinión de los autores del DCFR: si es el propio acreedor quien adquiere el bien gravado en una subasta que se ha desarrollado vulnerando las reglas procedimentales, cabría exigirle que devolviera su propiedad siempre que no la haya transmitido a un tercero [con apoyo en el art. IX.-7:104 (a)] (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5655).

Como vamos a ver, las líneas básicas de la regulación del DCFR en esta materia (derechos que subsisten o no sobre el bien tras adquirirlo el comprador y reglas sobre el reparto del precio) guardan, en términos generales, una notable similitud con las que en Derecho español se aplican en el procedimiento de ejecución especial de los bienes inmuebles hipotecados que se enajenan en subasta (extinción de los derechos posteriores, por ser de rango inferior al ejecutado, sin perjuicio de la eventual participación de sus titulares en lo que sobre del precio del remate una vez satisfecho el acreedor ejecutante —arts. 134 LH y 692 LEC—, y subrogación del adquirente en las cargas anteriores, que subsisten por ser de rango superior a la ejecutada —arts. 668.3, 669.2 y 670.5 en relación con art. 681.1 LEC—; ver asimismo los arts. 672.1 y 674.2 LEC, respecto del procedimiento general ejecutivo —aplicables tanto en caso de subasta pública como en el de realización del bien por persona o entidad especializada: art. 642.2.II LEC—, y los arts. 236.k y 236.l.3 Reglamento Hipotecario [BOE nº 106, de 16.4.1947; última modificación por Real Decreto 253/2011, de 28 de febrero (BOE núm. 72, de 25.4.2011; en adelante, RH), para la venta extrajudicial del bien hipotecado a través de notario, también con similitudes notables. Por lo que afecta a los bienes muebles, el posible conflicto entre varios derechos reales concurrentes sobre un mismo bien, habría de resolverse de acuerdo con el principio de preferencia y prioridad del derecho más antiguo, adaptado, en su caso, a la publicidad del derecho mediante el Registro de Bienes Muebles; tratándose de derechos reales de realización del valor, las normas sobre el reparto del precio obtenido con su ejecución no siempre siguen la pauta indicada: así, el art. 654 LEC (respecto del procedimiento general ejecutivo —aunque aplicable también al procedimiento especial de ejecución de bienes pignoratarios: art. 694.1 LEC— y tanto para el caso de subasta pública como para el de realización del bien por persona o entidad especializada: art. 642.2.II LEC) dispone que el remanente que quede tras satisfacer al ejecutante y pagar las costas se entregará al ejecutado; más matizada es la solución que establece el art. 87, regla décima, LHM y PSD (para el procedimiento ejecutivo extrajudicial en el caso de la hipoteca mobiliaria); finalmente, el art. 1872.I CC (para la venta extrajudicial mediante notario en el caso de la prenda con desplazamiento y también sin desplazamiento —art. 94.IV LHM y PSD—) nada dispone acerca del destino del precio.

Por su parte, el CCC (art. 569-21, al que remite el art. 569-9) sí que aplica a los bienes muebles el mismo criterio que para los inmuebles siguen los artículos 672 y 692 LEC y 236.k RH sobre el reparto del precio (POZO CARARSCOSA, VAQUER ALOY y BOSCH CAPDEVILA, 2008, p. 439). Para el caso de retención de muebles

de poco valor, el art. 569-10.3 establece de forma expresa que las cargas preexistentes subsisten tras la disposición del bien; lo llamativo es que, al referirse al posible remanente del precio obtenido tras su venta, se limita a disponer que tienen derecho a él los propietarios del bien, separándose así de lo que con carácter general determina el art. 569-21 CCC.

4.2. La extinción del derecho del garante [art. IX.-7:213 (1) (a)]. Si el garante era el dueño del bien ejecutado, dejará de serlo en el momento en que el comprador adquiera su propiedad; el acreedor, que es quien celebra el contrato de venta con el comprador, está legitimado por ley para transmitirle a éste la propiedad del garante. En cambio, si el bien gravado perteneciera a un tercero, los autores del DCFR sostienen que el comprador sólo adquiriría su propiedad excepcionalmente: en concreto, si el tercero le hubiera autorizado al acreedor para disponer del bien —lo que se reconoce como un supuesto muy poco probable— o si el comprador estuviera protegido por las reglas de la adquisición de buena fe del art. VIII.-3:101 (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5651 y 5652).

Al fin del art. VIII.-3:101 sería preciso, entre otros requisitos, que el adquirente lo fuera a título oneroso —como es el caso en la compraventa—, y que no supiera ni pudiera razonablemente esperarse que supiera que el transmitente no tenía derecho ni poder para transferir la propiedad del bien al tiempo en que la propiedad se transmitiría conforme a las reglas generales.

Pues bien, a mi modo de ver, esta opinión merece ser matizada en el caso concreto del derecho de retención. Si éste tiene un origen pactado, los mismos autores del DCFR sostienen que el derecho real de garantía sólo queda válidamente constituido si en el pacto interviene el dueño del bien (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5447): si no es así, desde luego, el acreedor no ostenta sobre el bien ningún derecho que le faculte para realizar el bien vendiéndolo, de manera que el comprador sólo adquiriría la propiedad en los casos excepcionales que acaban de ser señalados. Ahora bien, el derecho de retención puede tener un origen legal (de hecho, es la hipótesis más frecuente); la determinación de los supuestos concretos de este tipo se deja a los Derechos nacionales, como también se remite a ellos la admisión o no de la oponibilidad del derecho de retención al dueño del bien cuando quien le ha procurado la garantía al acreedor es otra persona; así las cosas, es obvio que el ordenamiento de un país puede consagrar derechos de retención *ex lege* en supuestos en los que el garante no es el propietario, y admitir que la retención pueda hacerse valer frente a éste (vimos varias muestras de ello *supra*, en el epígrafe 1.3, apartado b, número 5); ese derecho de retención oponible al dueño encaja a la perfección en la noción del derecho de retención que ofrece el art. IX.-2:114; consecuentemente, constituye un derecho real de garantía posesoria que, por tanto, legitima a su titular a realizar el bien por medio de su venta a costa incluso del derecho del propietario.

Es verdad que la oponibilidad del derecho de retención al dueño no garante se acepta en algunos ordenamientos en los que ese derecho no abarca ninguna facultad de realización de valor y sí únicamente la de retener la posesión del bien en tanto al retentor no se le pague lo que se le debe (por poner un solo ejemplo, pensemos en el art. 5.3 LCAV). Su reconocimiento y configuración como derecho real de garantía por virtud del DCFR es lo que potencia los efectos de esa oponibilidad, al permitir la ejecución del bien. Esto significa que, si algún día el DCFR —o normas similares a las que contiene— llegaran a ser Derecho aplicable en Europa, los Estados miembros cuyos ordenamientos amparan derechos de retención oponibles al dueño en circunstancias como las señaladas deberán ser

conscientes del alcance de los mismos en la normativa europea y decidir si desean mantenerlos o no del mismo modo.

En definitiva, considero que si el derecho de retención se hubiera constituido válidamente sobre un bien que no fuera propiedad del garante y ese derecho fuera oponible al dueño (por permitirlo así el Derecho nacional aplicable), el mismo perderá el dominio del bien al ejecutarse la garantía por medio de la venta.

En otro orden de cosas, vendido el bien, el acreedor ejecutante deberá aplicar el precio obtenido, en primer lugar, a los fines señalados en los párrafos (2) y (3) del art. IX.-7:215 (simplificadamente, satisfacer su derecho de crédito y compensar a aquellos que ostentaran sobre el bien ejecutado derechos reales limitados que se extingan a resultas de la ejecución); si después de ello aún queda algún remanente, el art. IX.-7:215 (4) dispone que deberá serle entregado al garante. La norma presupone que el garante era el dueño del bien pues, de otro modo, parece evidente que lo que sobre debería ser para el dueño, que es quien sufre la pérdida de su propiedad.

4.3. La extinción del derecho del acreedor que hubiera instado la ejecución [art. IX.-7:213 (1) (b)]. El derecho de retención se extingue cuando en el proceso de ejecución se realiza el bien mediante su venta. Del art. IX.-7:215 (2) resulta que el acreedor está legitimado para aplicar el precio cobrado en primer lugar a satisfacer el derecho de crédito garantizado por el derecho de retención ejecutado, incluidos los gastos ocasionados por la ejecución. Para determinar exactamente lo que cubre el derecho de retención hay que tener en cuenta lo dispuesto por el art. IX.-2:401 (1), del que se desprende que, además del derecho principal asegurado, la garantía cubre también los derechos accesorios que tuviera el acreedor frente al deudor, de los que la norma menciona algunos supuestos; entre esos derechos accesorios figuran los gastos de la ejecución extrajudicial, que, según el IX.-2:401 (2), quedan cubiertos siempre y cuando sean razonables y quede demostrado que el garante fue informado de la intención del acreedor de iniciar tal procedimiento con tiempo suficiente como para eludir esos costes; además, la garantía también cubre los gastos de aseguramiento del bien retenido que hubiera asumido el acreedor para suplir la inactividad del garante en este punto, de acuerdo con lo previsto en el art. IX.-5:201 (3) *in fine*, así como, en mi opinión, los gastos de conservación del bien retenido [a este respecto, véase *supra*, epígrafe 2.3 y epígrafe 2.6, apartado d, (ii)].

Naturalmente, a los efectos de concretar qué cubre la garantía, hay que tener en cuenta cuál es su cuantía máxima, si es que la hay; el art. IX.-2:401 (1) hace referencia a este límite, y también lo toma en consideración el art. IX.-7:215 (5) para disponer que ningún acreedor puede recibir más de ese máximo, salvo por lo que se refiere a los gastos razonables de ejecución, que no están sujetos a ese límite. Si el precio obtenido por el bien retenido (o, en su caso, la cuantía máxima fijada) no basta para satisfacer al acreedor las cantidades señaladas en el art. IX.-7:215 (2), ello no evita la extinción del derecho de retención ejecutado, sin perjuicio de la subsistencia del derecho de crédito del acreedor en la parte que corresponda; él debe soportar las consecuencias de haber aceptado una garantía insuficiente. Si, por el contrario, el acreedor puede satisfacer plenamente su crédito y los gastos con el precio obtenido, el remanente, si es que lo hay, deberá distribuirlo

conforme a lo previsto en los párrafos (3) y (4) del art. IX.-7:215.

4.4. La extinción de las garantías reales y demás derechos reales limitados que no gocen de preferencia respecto del derecho ejecutado [art. IX.-7:213 (1) (c) y (d)]. Dentro de las garantías reales quedan comprendidos tanto los derechos de garantía como las reservas de dominio; los autores del DCFR apuntan que la extinción de la reserva de dominio presupone que excepcionalmente carezca de prioridad sobre cualquier otro derecho real de garantía que grave el bien (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5652); creo que éste es el caso cuando lo que se ejecuta es precisamente un derecho de retención posesoria. En efecto, en el titular de la reserva de dominio recae la doble condición de propietario del bien reservado [art. IX.-1:103 (1)] y de titular de una garantía real sobre el mismo [art. IX.-1:101 (1) (b)]. Pues bien, en cuanto al primer aspecto, me remito a lo ya dicho pocas líneas atrás (*supra*, número 4.1) acerca de la posibilidad de que la venta del bien retenido comporte la pérdida de la propiedad por parte de su dueño aun cuando no fuera éste la persona de quien el acreedor obtuvo la garantía. Pero es que, además, contemplando la reserva de dominio como garantía real y en el ámbito concreto de la prioridad, hay que tener en cuenta que, de acuerdo con el art. IX.-4:102 (3), el derecho de retención se considera prioritario frente a cualquier otro derecho sobre el bien retenido [a salvo las excepciones admitidas por el art. IX.-4:102 (4)], lo que debería conducir a la conclusión de que si el bien retenido estuviera sujeto a una reserva de dominio y fuera vendido por el retentor para realizar su valor, la reserva de dominio se extinguiría y el comprador adquiriría el bien libre de ella.

Por lo demás, y como se acaba de anticipar, la prioridad entre el derecho ejecutado y otras garantías reales o derechos reales limitados recayentes sobre el bien deberá determinarse conforme a las reglas del Capítulo 4 del Libro IX del DCFR; a nuestros efectos, la superprioridad del derecho de retención posesoria [art. IX.-4:102 (3)] justifica que su ejecución comporte la extinción de esos otros derechos; esta regla general se exceptúa en dos casos [art. IX.-4:102 (3)]: si el retentor hubiera acordado una permuta de rango a favor del otro derecho (art. IX.-4:108), o si se tratara de un derecho real de garantía adquirido por un tercero de buena fe sobre el bien retenido [art. IX.-4:101 (5)] (sobre estas hipótesis, marcadamente excepcionales, me remito a lo expuesto *supra*, epígrafe 2.5, apartado b); en cualquiera de estos dos casos, el derecho en conflicto con el de retención sería prioritario y, por tanto, subsistiría sobre el bien vendido [art. IX.-7:213 (2) (a)].

Los titulares de garantías reales u otros derechos reales limitados que queden extinguidos a resultas de la ejecución del derecho de retención son tenidos en cuenta a la hora de distribuir el precio obtenido por la venta del bien. Así, de acuerdo con el art. IX.-7:215 (2), son los destinatarios del remanente que pueda quedar una vez que el acreedor ejecutante haya satisfecho su crédito y los gastos de ejecución. El remanente se destinará, en el caso de las garantías reales, a satisfacer los créditos garantizados (final del inciso primero) y, si se trata de otro derecho real limitado, a compensar su valor (final del último inciso). La norma establece que en caso de que concurren varios titulares de créditos garantizados, la distribución se hará entre ellos conforme a su respectiva prioridad, regla que se declara aplicable también a los titulares de otros derechos reales limitados; consecuentemente, habrá que tener en cuenta lo dispuesto en el art. IX.-4:101 y

atender fundamentalmente, en el caso de las garantías reales, al momento en que cada una de ellas devino eficaz frente a terceros conforme a las reglas del DCFR, y, en el caso de los otros derechos reales limitados, al tiempo de su creación. Si no hubiera remanente o el que hubiera no bastara para satisfacer a todos estos titulares, no obtendrán nada o tan sólo una compensación insuficiente.

4.5. La subsistencia de las garantías reales y demás derechos reales limitados preferentes al derecho ejecutado, como regla general con excepciones [art. IX.-7:213 (2)]. Habida cuenta la inicial superprioridad del derecho de retención, la situación de que otra garantía o derecho tenga un rango preferente al suyo únicamente podría darse en los dos casos previstos por el art. IX.-4:102 (4), a los que acabo de aludir pocas líneas atrás (permuta de rango y adquisición del derecho de garantía concurrente por un tercero de buena fe). De existir, en principio estos derechos seguirán gravando el bien aun después de ser adquirido por el comprador; por esa razón sus titulares no tienen derecho alguno sobre el precio obtenido por la venta (art. IX.-7:215). Si lo que subsiste es un derecho real de garantía, el comprador no se subroga en la deuda garantizada, sino que únicamente pasa a responder de ella con el bien adquirido; además, las características de la garantía se mantienen, del mismo modo que cuando el garante transmite el bien gravado a otra persona conforme al art. IX.-5:303 (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5653).

El mismo art. IX.-7:213 (2) admite dos excepciones a la regla general expuesta, de manera que hay dos casos en que las garantías reales y demás derechos reales limitados existentes sobre el bien desaparecen tras su venta aunque tuvieran prioridad respecto del derecho de garantía ejecutado. El primer caso es fruto del reconocimiento de la autonomía privada en este ámbito, y se da cuando el acreedor ejecutante hubiera actuado con poder para disponer del bien gravado libre de esos derechos; en efecto, el acreedor puede ponerse de acuerdo a estos efectos con el titular del derecho preferente, a cambio de una determinada contraprestación o del compromiso de entregarle una parte del precio de venta; el pacto puede interesarle al acreedor que ejecuta porque, como es obvio, el precio que pueda obtener por el bien será más elevado si el mismo no está sujeto a gravámenes que el comprador tenga que soportar; y también puede ser de interés para el titular del derecho preferente si lo que le ofrece el acreedor a cambio es suficientemente atractivo.

El segundo caso en que el derecho preferente se extingue tiene lugar cuando el comprador queda protegido en su adquisición de la propiedad libre de aquél en virtud del principio de la buena fe; los requisitos precisos para ello se establecen en los arts. VIII.-3:102 y IX.-6:102, que ya examinamos más arriba (véase *supra*, epígrafe 2.6, apartado f, número 2); conviene recordar que la buena fe presupone que el adquirente no supiera ni pudiera razonablemente esperarse que supiera que el transmitente no tenía derecho ni poder para transferir la propiedad del bien libre de los derechos que otra persona tenía sobre él al tiempo de traspasar la propiedad [art. VIII.-3:102 (d)]; a estos efectos, se entiende que lo sabía cuando se trata de un derecho de garantía inscrito, con dos salvedades: que el transmitente actuara en el curso ordinario de sus negocios, o que en el Registro figurara como garante una persona distinta al transmitente [así, el art. IX.-6:102 (2), al que remite el art. VIII.-3:102 (4)]. Según los autores del DCFR, si para el comprador no es

evidente que el acreedor vende el bien en ejecución extrajudicial, puede considerarse que la venta tiene lugar en el curso ordinario de los negocios del vendedor, y esto protegería al comprador aunque el derecho de garantía preferente estuviera inscrito; en cambio, si la venta es por subasta es poco probable que quede protegido por esta vía, porque cabe esperar que el comprador conozca los derechos de garantía inscritos contra el garante cuyos bienes son subastados (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5654).

Los mismos autores apuntan que en el caso de que el comprador adquiriera el bien libre de los gravámenes preferentes por ser de buena fe, los titulares de esos gravámenes siguen sin tener participación alguna en el precio de la venta (art. IX.-7:215); en cambio, podrían exigir la correspondiente indemnización al acreedor con base en el art. IX.-7:104 (b), y posiblemente también podrían hacerle responder con base en las reglas del enriquecimiento injusto cuando el acreedor haya obtenido un precio más alto por el bien por el hecho de que el comprador pensó que no estaba gravado, adquiriéndolo efectivamente así (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5654).

Lo dicho sugiere una reflexión por lo que respecta al deber de indemnizar conforme al art. IX.-7:104 (b); como vimos al comentar esta regla, se entiende que las medidas de ejecución adoptadas han de ser ilegales para que quien ve violados sus derechos por ellas pueda emprender las acciones que el art. IX.-7:104 le reconoce (VON BAR y CLIVE, 2009a, pp. 5620 y 5621). En el caso que ahora interesa, si el acreedor que ejecuta el derecho de retención conoce la existencia de un derecho preferente al suyo –como ocurrirá necesariamente si la preferencia proviene de una permuta de rango– y no le informa de ello al comprador, presentándose ante él como si tuviera derecho a vender el bien libre de cualquier gravamen, parece clara la ilegalidad de su actuación y, con ello, su deber de indemnizar. Pero si el mismo acreedor ignora la existencia del derecho preferente –como puede ocurrir cuando el mismo se basa en una adquisición de buena fe por un tercero– y por ello no le dice nada al respecto al comprador, ya no se ve que la medida de ejecución por él emprendida (venta del bien como libre de gravámenes) deba considerarse ilegal a los efectos indemnizatorios señalados; cuestión distinta sería la posible apreciación de un enriquecimiento injustificado.

Una situación distinta a la que he venido planteando hasta ahora sería aquella en que, recayendo sobre el mismo bien un derecho de retención y otro derecho real de garantía a favor de otra persona, fuera ésta quien instara la ejecución. Conforme a las reglas examinadas, el comprador del bien lo adquiriría sujeto al derecho de retención (por ser preferente), salvo que el titular de éste hubiera autorizado al ejecutante a venderlo libre de ese gravamen; nuevamente aquí, la hipótesis de que el comprador quede protegido en su adquisición de la propiedad libre de la retención en virtud del principio de la buena fe debería descartarse siempre que, como es normal, el retentor tuviera la posesión del bien.

4.6. La compra del bien por su propietario o por el acreedor ejecutante. El art. IX.-7:213 (4) establece que cuando el garante o el acreedor garantizado participa como comprador en la realización del bien por venta, los párrafos precedentes se aplican con las debidas adaptaciones. Cuando la norma menciona al garante está presuponiendo que es el propietario del bien, como exactamente dice el art. IX.-7:211 (5) al referirse a esta misma hipótesis en que él es quien compra el bien; según el art. IX.-7:211 (5) la venta opera entonces como un acuerdo para liberar el bien de gravámenes; teniendo en cuenta lo dispuesto por el art. IX.-7:213 (1), con la compra del bien por quien ya es su dueño se extinguen el derecho ejecutado y los demás gravámenes que no tuvieran prioridad frente a él; pero subsistirán los que fueran preferentes conforme a lo previsto por el párrafo (2) del art. IX.-7:213.

A la hipótesis en que es el acreedor quien adquiere el bien realizado se refieren, además de la norma ahora citada, también los arts. IX.-7:211 (5) y IX.-7:212 (4), que ya han sido examinados más arriba y en los que, en definitiva, se arbitran diversas medidas con las que se trata de tutelar al garante.

d. En particular, la apropiación del bien retenido por el acreedor

Esta modalidad de realización del bien en vía extrajudicial no puede excluirse por pacto entre las partes [compárense las letras (a) y (c) del art. IX.-7:207 (1)]. El acreedor puede servirse de ella siempre, y sin necesidad de un acuerdo previo al efecto [aunque, al final, su viabilidad queda supeditada a la voluntad favorable del garante y de ciertos terceros por efecto de lo dispuesto por el art. IX.-7:216 (e), como veremos en seguida]; en este sentido, hay que distinguir esta apropiación, regulada en el art. IX.-7:216, y aquella que es resultado de un pacto previo al incumplimiento, pero efectivo después de él, en los casos en que excepcionalmente se admite la validez de dicho pacto conforme al art. IX.-7:105 (2).

Del art. IX.-7:216 resulta que la apropiación por parte del acreedor puede ser de todo o de parte del bien retenido –supuesto que las características del objeto permitan una apropiación parcial–, y puede servir para satisfacer el crédito garantizado íntegra o parcialmente. Del mismo modo que el acreedor que pretende vender el bien retenido para realizar su valor extrajudicialmente debe notificar su intención previamente a aquellas personas que se verían afectadas por la enajenación (art. IX.-7:208), también debe hacerlo cuando aspira a apropiarse el bien en satisfacción de su crédito, sin que en este caso, a diferencia de lo que ocurre en el anterior, se contemple ninguna excepción a esta carga [art. IX.-7:216 (a)]; el motivo es que la apropiación del bien por el acreedor descansa realmente en un acuerdo alcanzado al efecto entre él y quienes ostentan derechos sobre el bien –no sólo el garante y dueño– después de producirse el incumplimiento; según los autores del DCFR, lo que el acreedor hace realmente al notificar su intención es dirigir una oferta a esas personas para comprar el bien (o parte del mismo) por un precio determinado (el importe del crédito garantizado que esté dispuesto a considerar satisfecho) (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5660); de ahí que el art. IX.-7:216 repetidamente se refiera a ella como propuesta; ahora bien, en ella se da una importante peculiaridad –si se la compara con una normal oferta de compraventa–, y es que, como en seguida veremos, no ha de dirigirse sólo al dueño del bien, sino también a ciertos terceros, y, para prosperar, debe ser aceptada por todos ellos.

El régimen aplicable a esta propuesta se establece en el art. IX.-7:216 remitiendo en parte a las reglas de la notificación de la disposición extrajudicial, que deberán aplicarse con las debidas adaptaciones; paso a detallar sus rasgos más relevantes.

a) Sus destinatarios son los mismos que los de la referida notificación [art. IX.-7:216 (b)]: en lo que aquí interesa, el garante, el deudor (si fuera persona distinta del garante), los acreedores que ostenten sobre el bien retenido una garantía inscrita y las personas que el acreedor sepa que tienen un derecho en el bien gravado.

b) En cuanto a su contenido, la propuesta debe especificar si el acreedor pretende adquirir todo o parte del bien o bienes gravados y los detalles relevantes [art. IX.-7:216 (a)], hacer una razonable descripción del bien –o, en su caso, parte del bien– que se pretende apropiarse, y mencionar la facultad que tienen el garante, el deudor y los demás interesados de evitar la apropiación pagando la cantidad pendiente de la obligación cubierta por la garantía [art. IX.-7:216 (c), que remite al art. IX.-7:210 (2) (b) y (d)]. En relación con este último aspecto, se exige que la propuesta indique la cantidad garantizada que resulta adeudada el día previo al envío de la propuesta y la cantidad que se propone satisfacer aceptando el bien gravado [art. IX.-7:216 (d)]. En este punto, hay que tener en cuenta que deben cumplirse las exigencias del art. IX.-7:212 (Precio comercialmente razonable) [art. IX.-7:216 (c)], que, debidamente adaptado al caso, impone al acreedor valorar el bien de forma comercialmente razonable a la hora de calcular si la deuda queda saldada en todo con el bien gravado y, si no, en qué parte.

c) Por lo que respecta al tiempo en que debe hacerse la propuesta, el art. IX.-7:216 (c) remite al art. IX.-7:210 (1), conforme al cual basta con que llegue a sus destinatarios con al menos diez días de antelación a la disposición (en el caso que ahora interesa, sería a la apropiación); aun sin tal remisión, bastaría para alcanzar el mismo resultado lo dispuesto por el art. IX.-7:216 (e), que supedita la facultad del acreedor de apropiarse el bien gravado en las condiciones ofertadas a que ninguno de los destinatarios de la notificación se oponga por escrito a la propuesta dentro de los diez días siguientes a haberla recibido; por tanto, si omiten hacer tal cosa, se considera que aceptan la propuesta. La norma no exige que concurra ni se alegue ninguna causa para oponerse a la propuesta; consecuentemente, parece que los afectados por la posible apropiación pueden rechazarla aun cuando no estén dispuestos a pagar el crédito garantizado, en cuyo caso el acreedor debería valerse de otra modalidad de ejecución de la garantía, salvo que optara por modificar los términos de su propuesta inicial y hacer una nueva oferta. Lo que no parece descartable es que la oposición a la propuesta del acreedor, cuando ésta es comercialmente razonable, puede resultar abusiva en determinadas circunstancias.

d) En cuanto al idioma a utilizar, resulta de aplicación el art. IX.-7:210 (3) por remisión del art. IX.-7:216 (c).

2.8.3. Ejecución judicial

El DCFR dedica un solo artículo a la ejecución judicial de los derechos de garantía, el art. IX.-7:217. En este tipo de ejecución es un tribunal *u otra autoridad competente* quien procede a la realización del bien gravado.

Los autores del DCFR señalan tres tipos de situaciones en las que el acreedor recurrirá a esta modalidad de ejecución (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5662): a) Cuando la ejecución extrajudicial hubiera sido excluida por las partes [art. IX.-7:103 (1)]; b) cuando el garante sea un consumidor y después del incumplimiento no se hubiera acordado una ejecución extrajudicial [art. IX.-7:103 (2)]; y c) cuando, aun siendo posible la ejecución extrajudicial, el acreedor prefiere descartarla porque es previsible que el garante ofrezca resistencia a la ejecución (caso poco probable en el ámbito del derecho de retención de la posesión, dado que el acreedor tendrá normalmente en su

poder el bien a ejecutar) o porque la situación legal resulte muy compleja.

El art. IX.-7:217 (1) respeta la competencia de los Estados miembros para establecer las reglas procedimentales aplicables a este tipo de ejecución. Mas en el plano sustantivo le asegura al acreedor los derechos que ostenta en el marco de la ejecución extrajudicial; por ello el párrafo (2) permite al acreedor solicitar del juez o autoridad competente en esta materia que ejercite cualquiera de las facultades que se le reconocen en la ejecución extrajudicial (vender, arrendar o apropiarse el bien gravado); y ello sin consideración a si esos derechos se hacen depender en dicha ejecución de un acuerdo entre las partes o del consentimiento o falta de oposición del acreedor u otra persona; la razón de esto último es que en la ejecución judicial existen suficientes garantías procesales como para que pueda prescindirse de la necesidad de tal acuerdo o consentimiento (VON BAR y CLIVE, 2009a, p. 5663).

Consecuentemente, el acreedor puede solicitar al juez o autoridad competente que se proceda a la realización del bien retenido por cualquiera de las vías que prevé el art. IX.-7:207; así, podría pedir la venta del bien aun en el caso de que las partes la hubieran descartado como medio de ejecución, pues tal pacto, de acuerdo con lo que acabo de indicar, sólo la excluiría en el ámbito de la ejecución extrajudicial. Finalmente, en la ejecución judicial también es aplicable la norma que regula la distribución de las utilidades obtenidas por la realización del bien gravado (art. IX.-7:215).

3. 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.

Manuel ALBALADEJO (2004), *Derecho civil*, Vol. II, 12ª ed., Edisofer, Madrid.

Christophe ALBIGES y Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND (2009), *Droit des sûretés*, 2ª ed., Dalloz, Paris.

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.

Augustin AYNES (2005), *Le droit de rétention. Unité ou pluralité*, Economica, Paris.

--- (2006), "La consécration légale des droits de rétention", *Recueil Dalloz*, núm. 19, pp. 1301-1302.

Laurent AYNES y Pierre CROCQ (2009), *Les sûretés. La publicité foncière*, 4ª ed., Defrénois, Paris.

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

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

--- (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.

Nuria BERMEJO GUTIÉRREZ (2002), *Créditos y quiebra*, Civitas, Madrid.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ (1995), "Subasta", en Alfredo MONTOYA MELGAR (Dir.), *Enciclopedia Jurídica Básica*, T. IV, 1ª ed., Civitas, Madrid, pp. 6377-6378.

Ángel CARRASCO PERERA (2009), *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 3ª ed., Aranzadi, Cizur

Menor.

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 Cataluña*, 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.

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*, Promociones y Publicaciones Universitarias, Barcelona.

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

Luis Díez-PICAZO (2008), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. II, 6ª ed., Thomson-Civitas, Cizur Menor.

Luis Díez-PICAZO y Antonio GULLÓN (2001a), *Sistema de Derecho civil*, Vol. III, 7ª ed., Tecnos, Madrid.

--- (2001b), *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, 9ª ed., Tecnos, Madrid.

Carlos Manuel Díez SOTO (2006), *Concurrencia y prelación de créditos: teoría general*, Reus, Madrid.

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

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

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. 11/2001, pp. 242-262.

José Mª GARRIDO (1998), "Teoría general de la preferencia", *Anuario de Derecho Civil*, Vol. 51, núm. 4, 1998, pp. 1769-1864.

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.

Juan GÓMEZ CALERO (1966), "El derecho de 'retener en prenda' del art. 1600 del Código civil y su problemática respecto de los vehículos de motor", *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, pp. 1073-1089.

Antonio GORDILLO CAÑAS (1993), "Comentario al art. 1730 CC", en Cándido PAZ-ARES *et al.* (Dirs.), *Comentario del Código civil*, T. II, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1575-1578.

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

Helmut HEINRICHS (2008), "§ 273", en *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch*, Band 7, 67. neubearbeitete Aufl. C. H. Beck, München, pp. 331-334.

Francisco JORDANO FRAGA (1987), "Comentario de la STS de 7 de julio de 1987", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 14, pp. 4767-4787.

Wolfgang KRÜGER (2007), "§ 273", en *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 2, 5. Aufl. C. H. Beck, München, pp. 631-652.

José Luis LACRUZ BERDEJO, Francisco de Asís SANCHO REBULLIDA, Agustín LUNA SERRANO, Jesús DELGADO ECHEVERRÍA, Francisco RIVERO HERNÁNDEZ y Joaquín RAMS ALBESA (2007), *Elementos de Derecho civil*, T. II, Vol. 1, 4ª ed., Dykinson, Madrid.

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.

Ángel María LÓPEZ Y LÓPEZ (1976), *Retención y mandato*, Universidad de Salamanca, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia.

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

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

--- (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.

Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER y Vincent BREMOND (2009), *Droit Civil. Sûretés, publicité foncière*,

Dalloz, Paris.

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.

--- (1993), "Comentario al art. 453 CC", en Cándido PAZ-ARES *et al.* (Dir.), *Comentario del Código civil*, T. I, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, pp. 1219-1221.

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

Luis MOISSET DE ESPANÉS (1991), "Vélez Sársfield, el derecho de retención y un error de encuadración", *Libro del Bicentenario (1791-1991)*, Advocatus, Córdoba, pp. 1-18 (www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artvelezretencion).

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.

Fernando PANTALEÓN PRIETO (2004), "De la clasificación de los créditos", en Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA y Miguel María SÁNCHEZ ÁLVAREZ (Coord.), *Comentarios a la Ley Concursal*, Marcial Pons, Madrid, pp. 501-540.

María Ángeles PARRA LUCÁN (2004), "Comentario de la STS de 26 de julio de 2004", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 68, pp. 797-812.

Stéphane PIEDELIEVRE (2008), "Le nouvel article 2286, 4º, du code civil", *Recueil Dalloz*, núm. 42, 2008, pp. 2950-2951.

Gaël PIETTE (2009), *Droit de Sûretés. Sûretés personnelles. Sûretés réelles*, Gualino, Paris.

Patricia REPRESA POLO (2006), "El derecho de retención en el sistema de prelación de créditos de la Ley Concursal", en María Elena LAUROBA LACASA y Joan MARSAL GUILLAMET (Coords.), *Garantías reales mobiliarias en Europa*, Marcial Pons, Madrid, pp. 543-550.

Juan ROCA JUAN (1982), "Comentario al art. 1780 CC", en Manuel ALBALADEJO (Dir.), *Comentario al Código civil y Compilaciones Forales*, T. XXII, Vol. 1º, EDERSA, Madrid, pp. 281-291.

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

--- (1993), "Presupuestos estructurales de la facultad de retención posesoria", en ÁREA DE

DERECHO CIVIL DE LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UNIVERSIDAD DE ZARAGOZA (Coords.), *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Vol. II, Bosch, Barcelona, pp. 1973-1989.

Carlos SALINAS ADELANTADO (2005), "Las garantías reales en la Ley Concursal: una reforma parcialmente reorientada", en Manuel OLIVENCIA RUIZ, *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, T. IV, Marcial Pons, Madrid, pp. 3861-3892.

Jaime SANTOS BRIZ (1972), "El contrato de ejecución de obra y su problemática jurídica", *Revista de Derecho Privado*, pp. 379-419.

Philippe SIMLER (2006), "Avant-propos", *Juris Classeur Periodique*, Supplément au núm. 20, 3.6.2009, pp. 3-4.

Philippe SIMLER y Philippe DELEBECQUE (2009a), *Droit civil. Les sûretés. La publicité foncière*, 5^a ed., Dalloz, Paris.

--- (2009b), "Droit des sûretés", *JCP / La Semaine Juridique*, Édition générale, núm. 23-24, 3 juin 2009, pp. 22-28.

Anna VENEZIANO (2009), "Mobiliarsicherungsrecht im zukünftigen akademischen gemeinsamen Referenzrahmen", en Martin SCHMIDT-KESSEL (Ed.), *Der gemeinsame Referenzrahmen. Entstehung, Inhalte, Anwendung*, Sellier, München, pp. 125-137.

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

Christian VON BAR y Eric CLIVE (Eds.) (2009a), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Full Edition, Vol. 6 (IX.-1:101 to X.-10:502; Annexes), Sellier, München.

--- (Eds.) (2009b), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Full Edition, Vol. 5 (VIII.-1:101 to VIII.-7:104), Sellier, München.

--- (Eds.) (2009c), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law: Draft Common Frame of Reference*, Full Edition, Vol. 3 (IV.D.-1:101 to V.-3:106), Sellier, München.

R. ZWITSER (2002), "El derecho de retención en el nuevo Código civil holandés", *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, pp. 89-109 (www.juridicas.unam.mx).

4. *Tabla de jurisprudencia citada*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Ref.</i>	<i>Magistrado Ponente</i>	<i>Partes</i>
STS, 1ª, 24.6.1941	RJ 1941/758	Desconocido	<i>Comisión liquidadora de la Casa B. y Compañí. c. el Banco de España</i>
STS, 1ª, 16.6.1970	RJ 1970/2925	Baltasar Rull Villar	<i>Marcelino B. P. c. Nieves P. A.</i>
STS, 1ª, 7.7.1987	RJ 1987/5185	Antonio Sánchez Jaúregui	<i>Itel Sontainer International c. Canarias Shipping</i>
STS, 1ª, 26.7.2004	RJ 2004/6633	Luis Martínez-Calcerrada Gómez	<i>Comisión Liquidadora c. Narciso, Juan Francisco, Carmen y Amelia</i>
STS, 1ª, 6.4.2006	RJ 2006/1892	Luis Vicente Montés Penadés	<i>María Cristina c. Gabino, Emilio y Luis Andrés, Administradores de Scoentro, S. A.</i>
STSJ Cataluña, 19.7.2001	RJ 2002/6947	Nuria Bassols Muntada	<i>Comercial Afruse S. L. c. Torre, S. R. L."</i>
SAP Barcelona, Secc. 14ª, 16.3.1999	JUR 1999/128956	Desconocido	<i>Juan A. R. c. Ildefonso T. L. y Winterthur Seguros Generales, S. A.</i>
SAP Barcelona, Secc. 13ª, 13.5.2002	JUR 2002/188156	Isabel Carriedo Mompín	<i>Juan A. M. c. Jordi P. C.</i>
SAP Valencia, Secc. 11ª, 22.7.2004	JUR 2005/9685	José Alfonso Arolas Romero	<i>Comercial Vemora c. Trans European Transport Valencia</i>
SAP Barcelona, Secc. 15ª, 5.10.2006	JUR 2007/145340	Blas Alberto González Navarro	<i>Confecciones Serraller S. L. c. la Administración concursal y contra la concursada Tradición Textil S. A.</i>
Auto AP Barcelona, Secc. 17ª, 31.1.2000	AC 2000/5221	Amelia Mateo Marco	<i>Banco Español de Crédito, S.A., c. Bambú, S. L., Intergrei, S. A., Recaredo S. V. y Antonio S. N.</i>