

# Derecho de retención: su análisis a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación

Por Silvia Yolanda TANZI  
y Carlos Alberto FOSSACECA(h)

Publicación: [www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com)

## 1.- INTRODUCCIÓN

El derecho de retención es un instituto que muchas veces ha sido pasada por alto tanto en la enseñanza tradicional de la materia de Obligaciones como la de los Derechos Reales.

Paradójicamente, cabe que su empleo sea muy fecundo en la realidad. Piénsese por ejemplo en las hipótesis de edificación en terreno ajeno, en los contratos de depósito o mandato o en el pago con subrogación. Menciones realizadas al azar que impulsan a prestar atención al mentado instituto.

Ha sido intención de la Comisión Redactora, integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, en calidad de Presidente, Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, dotar al derecho de retención de reglas claras y precisas.

## 2.- CONCEPTO

Resulta, en simples palabras, el derecho que tiene un acreedor para conservar en su poder una cosa que pertenece y debía entregar a su deudor, hasta que éste le pague la deuda.

El moderno Código Civil y Comercial no contiene una definición particular del instituto.

## 3.- UBICACIÓN LEGISLATIVA

Se continuó la senda trazada por Vélez Sarsfield. Se halla el régimen, que a continuación se analizará, en el Libro Sexto, Título III, artículo 2587 al 2595, del Código Civil y Comercial de la Nación, inmediatamente después de los privilegios. No se encuentra dividido por ningún capítulo.

## 4.- NATURALEZA JURÍDICA

Este punto ha dado lugar a controversia entre autores calificados.

La respuesta más verosímil indica que resulta ser una excepción dilatoria. Cabe observar que no se encuentra enumerado dentro del listado de los derechos reales del artículo 1887 del Código Civil y Comercial de la Nación.

## 5.- PRESUPUESTOS

Se torna menester, de acuerdo al artículo 2587 del Código Civil y Comercial de la Nación, la concurrencia de los siguientes requisitos:

a) **Posesión o tenencia de la cosa en poder del retenedor:** tales son las relaciones de poder que se refiere el citado artículo bajo el vocablo detentación. El Proyecto de Código Civil de 1998 había optado por designarlas de manera expresa en su artículo 2526.

b) **Adquisición por medios lícitos:** se estima que resultaría disvalioso brindar tal facultad a la persona que entró en contacto con la cosa por maneras que no condicen con el ordenamiento jurídico; verbigracia, por vías de hecho. Opción que se ha inclinado el código civil alemán, a través de su artículo 273.

c) **Existencia de un crédito exigible a favor del titular:** no es necesario que sea líquido. La norma indica la existencia de una *obligación cierta y exigible*”.

d) **Vínculo entre el crédito y la cosa:** es decir, el crédito debe originarse por erogaciones realizadas a la cosa retenida o que surjan por consecuencia de ella. Por ejemplo, reparaciones de un rodado llevadas a cabo por un mecánico.

#### **5.A.- QUID DE LOS ACTOS A TÍTULO GRATUITO**

El mentado artículo 2587 establece de forma general que quien detenta la cosa a título gratuito por medio de un contrato no podría invocar el derecho de retención.

La excepción finca en las hipótesis de tenencia desinteresada, aquella en la cual el sujeto de la relación de poder menor no tiene un interés en ello, sino que le brinda utilidad a quien entrega la cosa. El depósito constituye su ejemplo más cabal.

#### **6.- CARACTERES**

Se encuentran disciplinados en el artículo 2592 del Código Civil y Comercial de la Nación.

**6.A.- INDIVISIBILIDAD (inciso a):** si no le ha sido satisfecho al acreedor la totalidad de la deuda, éste no está obligado a devolver la cosa. El pago parcial no altera lo afirmado.

**6.B.- ACCESORIEDAD (inciso b):** sigue la suerte del crédito principal. Al extinguirse éste, el derecho de retención pierde su razón de ser. Si se cede el crédito, se trasmite esta excepción dilatoria. Pero no sucede lo mismo a la inversa: la desaparición del derecho de retención no conlleva inexorablemente la extinción del crédito.

#### **7.- LEGITIMADO**

Es el sujeto activo que tiene a su favor una obligación cierta y exigible que presente algún vínculo con la cosa retenida (artículo 2587 del Código Civil y Comercial de la Nación).

#### **8.- OBJETO**

Como declara el artículo 2588 del Código Civil y Comercial de la Nación, debe estar en el comercio; es decir, que sea susceptible de actos jurídicos.

Exige también que subsista su condición de embargable, remitiendo a la legislación pertinente. Se ha apartado de su fuente, el artículo 2527 del Proyecto de Código Civil de 1998, que no imponía este requisito (*“aunque sea inembargable”*).

No recae sobre las prestaciones de los contratos. Tal hipótesis pertenece a la excepción de incumplimiento contractual (*“exceptio non adimpleti contractus”*).

#### **9.- EJERCICIO**

Debe esperarse el momento oportuno para su invocación. El encuadre como excepción dilatoria explica que no sea necesaria la autorización judicial ni la manifestación previa del retenedor; tal como consigna el artículo 2589 del Código Civil y Comercial de la Nación. Sin embargo, es imprescindible una actitud positiva por parte de su titular.

#### **10.- PRIVILEGIO**

El retenedor goza de preferencia en el cobro, de acuerdo al artículo 2582, inciso d, del Código Civil y Comercial de la Nación. Se le ha dado la jerarquía de privilegio especial.

Su asiento finca en la cosa misma o en las sumas depositadas o seguridades brindadas, que han reemplazado a aquélla, como se verá inmediatamente a continuación.

#### **11.- POSIBILIDAD DE SUSTITUCIÓN**

Se aplica, a instancias del artículo 2589, in fine, del nuevo cuerpo legal, cuando ocurra de manera notable un perjuicio al deudor. También cuando se configura una diferencia excesiva o abusiva entre el valor de la cosa retenida con el crédito. Se torna una solución justa.

#### **12.- DERECHOS DEL RETENEDOR**

El artículo 2590 del Código Civil y Comercial trata sobre las atribuciones que puede invocar el titular del derecho de retención:

##### **A.-DEFENSA QUE SURGEN DE SU TÍTULO Y ACCIONES POSESORIAS**

**(inciso a):** le es posible ejercer los derechos que surgen de la relación jurídica obligacional que origina la retención; verbigracia, el cobro de suma de dinero por reparación de rodado. También, goza de las acciones posesorias e interdictos en caso de ataque realizado por el propietario de la cosa o de un tercero.

**B.- PERCEPCIÓN DE CANON POR DEPÓSITO (inciso b):** Nacen facultades y obligaciones entre las partes a instancias de esta nueva situación jurídica, entre las que se encuentra la posibilidad de exigir una suma de dinero por la tarea de cuidado de la cosa retenida. Debe ser intimado previamente el deudor para que cumpla su obligación y que retire la cosa.

**C.-RETENCIÓN ANTICRÉTICA: (inciso c):** hemos optado por designarla de esta forma dado el parangón que puede hacerse con la prenda anticrética que concibe el artículo 2225 del Código Civil y Comercial de la Nación. Cabe la posibilidad que el acreedor pueda imputar los frutos naturales que produzca la cosa retenida para cancelar su crédito. Para ello, deberá intimar a su deudor en tal sentido. Debe cancelar primero los intereses y el excedente atribuírselo al capita. No se encuentra obligado el retenedor a hacerlo.

#### **13.- OBLIGACIONES**

Tal es el campo que disciplina el artículo 2591 del Código Civil y Comercial:

**A.- PROHIBICIÓN DE USO (inciso a):** El retenedor no puede emplear la cosa; realizar con ella actos de acuerdo a su naturaleza o destino. Resulta posible establecer lo contrario mediante una estipulación expresa.

**B.- CONSERVACIÓN (inciso b):** Debe el retenedor mantener en buen estado la cosa de acuerdo a las condiciones del bien en el momento en que entró en contacto con ella. Debe afrontar las mejoras necesarias, gozando de la facultad de repetirlas contra el propietario de la cosa.

**C.- RESTITUCIÓN (inciso c):** Lógico corolario de la cancelación de la deuda. Pierde su razón de ser el derecho de retención.

**D.- RENDICIÓN DE CUENTAS (inciso d):** Agregado novedoso del Código Civil y Comercial Unificado. Se encuentra vinculado a lo que hemos bautizado retención anticrética. Se torna necesario determinar si el resultado de la imputación de los frutos consiste en un saldo positivo o negativo a favor del acreedor.

#### **14.- FACULTADES DE ADMINISTRACIÓN Y DISPOSICIÓN POR PARTE DEL TITULAR DEL DOMINIO DE LA COSA RETENIDA**

Como determina el artículo 2592, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación, el deudor no se encuentra privado de su poder de disposición al

estilo de un fallido. Le es permitido concertar derechos personales y reales sobre la cosa.

Sin embargo, para que el derecho real sea eficazmente constituido en la mayoría de los casos, deberá ser desinteresado el retenedor para que se cumpla el requisito de modo suficiente: es decir, para que se le pueda hacer al accipiens la entrega de la tradición efectiva.

#### **15.- EMBARGO. SUBASTA. SUBROGACIÓN REAL.**

Los temas del acápite se encuentran regulados por el artículo 2592, inciso d, del Código Civil y Comercial de la Nación

Los demás acreedores del dueño de la cosa retenida se encuentran facultados para trabar embargo sobre el bien en cuestión y subastarlo. Tal fue la opción reglada en el artículo 3942 del Código Civil originario.

Sin embargo, el derecho del retenedor se subroga en el precio obtenido, debiendo invocar su respectivo privilegio. Se tornarán muy importantes en este aspecto los artículos 2582, inciso d y el artículo 2585 sobre reserva de gastos; el artículo 2586, inciso b, ayudará a resolver las posibles colisiones entre los privilegios especiales y el derecho de retención.

#### **16.- INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN LIBERATORIA DEL CRÉDITO PRINCIPAL**

Se aclara una cuestión dudosa del Código Civil: si el ejercicio del derecho de retención implica una causal de interrupción de la prescripción liberatoria. Se entiende que denota "*un reclamo permanente*" por parte del acreedor acerca el cobro de su crédito. Por otra parte, hay un renacimiento tácito del debito por parte del deudor.

#### **17.- EXTINCIÓN**

##### **17.A.- CLASIFICACIÓN DE LAS CAUSALES DE EXTINCIÓN**

Dado el carácter accidental del instituto en ponderación, es dable discriminar en causas propias y reflejas, como lo hace por su parte el artículo 2593 del nuevo cuerpo legal.

Las primeras, "*propias*", atañen al instituto en análisis. Las segundas, "*reflejas*", inciden sobre el derecho de retención por afectar el crédito garantizado.

**17.B.- CAUSALES REFLEJAS (inciso a):** Son aquellas que producen la extinción del crédito principal. Verbigracia, pago, remisión de deuda, etc.

**17.C.- CAUSALES PROPIAS:** Devienen operativas por razones propias que hacen a la índole del derecho de retención. Son:

**1.- PERDIDA DE LA COSA (inciso b):** La desaparición del objeto de la retención priva al instituto de eficacia. La hipótesis de destrucción se encuentra comprendida. Para que cese, la pérdida debe ser completa (la norma la califica de total). Si es parcial, se podrá ejercer sobre el resto que se conservase.

**2.- RENUNCIA (inciso c):** significa, a nuestro criterio, el acto jurídico escrito por el cual el titular de su derecho de retención abdica de su facultad, sin renunciar a la satisfacción del crédito principal.

**3.- ENTREGA O ABANDONO VOLUNTARIO DE LA COSA (inciso d):** Versa, a diferencia del inciso c, sobre actos materiales. Debe ser voluntario, pues de otra manera, el retenedor podrá invocar a su favor las acciones posesorias y los interdictos. Si la cosa es restituida a su dueño, no renace el derecho de retención.

**4.- CONSOLIDACIÓN (inciso e):** Coincidiendo la calidad de acreedor y deudor en la misma persona, pierde razón de ser el derecho de retención.

Necesariamente la cosa debe ser ajena o, por lo menos, parcialmente ajena: el condómino podría invocar el derecho de retención referido a los gastos que haya hecho a la cosa común.

**5.- INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DEL RETENEDOR (inciso f):** Si éste no lleva a cabo los deberes que se encuentran a su cargo, puede ser sancionado con la pérdida de su derecho. Se trata, principalmente, del uso prohibido de la cosa.

**6.- INCURRIR EN ABUSO DEL DERECHO (inciso f):** Se torna novedosa esta causa en razón de no haber sido previsto por el Proyecto de Código Civil de 1998. Cuando el retenedor adopta una actitud que contraría los fines del ordenamiento jurídico o que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y buenas costumbres, el magistrado podrá decretar la extinción de su derecho. Se transforma en un caso particular de aplicación del artículo 10 del Código Civil y Comercial.

**7.- HIPÓTESIS NO PREVISTA: SENTENCIA JUDICIAL:** Cabe agregar a los supuestos ponderados, no individualizado por el artículo 2593, el caso del dictado de una resolución judicial que reconozca en otra persona un mejor derecho. El retenedor se encontraría obligado a restituir la cosa a la persona que designe la sentencia.

[www.nuevocodigocivil.com](http://www.nuevocodigocivil.com)