

DERECHO CIVIL

EL DERECHO DE RETENCIÓN.

(The right of retention)

Por: BELQUIS CECILIA SAEZ NIETO.

*Universidad de Panamá, Facultad de Derecho y
Ciencias Políticas, Departamento de Derecho Privado
Investigadora del Centro de Investigación Jurídica
magistrabelquis@gmail.com*

Sumario. Antecedentes históricos del derecho de retención. Consideraciones generales. Concepto. Requisitos. Regulación legal. Naturaleza jurídica. Es un derecho real. Efectos jurídicos y extinción del derecho. Abuso del derecho

RESUMEN

En una revisión rápida de toda la legislación panameña sobre el tema de la retención lo primero que observamos es que existen muchas normas dispersas. En el Código Civil está el artículo 439 y algunos derechos derivados de bienes inmuebles, hay una regulación segmentada también en el Código de Comercio y en la ley número 119 de 1974, que dicta disposiciones sobre ventas de bienes y servicios al crédito, cuentas rotativas de crédito, que no toma en consideración la protección establecida en el Código de Familia para estos bienes. Igualmente existe una regulación en los contratos de préstamos hipotecarios y en la ley de seguros y en derecho tributario. De manera que planteamos un estudio de los avances legislativos, doctrinales y jurisprudenciales en esta materia. Tomando como base que el Código Civil panameño fue aprobado mediante la ley 2 de 1916.

Palabras claves

Derecho de retención. Abuso del derecho.

ABSTRACT

In a quick review of all the Panamanian legislation on the subject of retention, the first thing we observe is that there are many scattered norms.

In the Civil Code is Article 439 and some rights derived from real estate, there is a regulation also segmented in the Commercial Code and in the law number 119 of 1974, which dictates provisions on sales of goods and services to credit, revolving accounts of credit, which does not take into consideration the protection established in the Family Code for these assets. There is also a regulation in mortgage loan contracts and in the law of insurance and tax law. So we propose a study of the legislative, doctrinal and jurisprudential advances in this matter. Taking as a basis that the Panamanian Civil Code was approved by law 2 of 1916.

Keywords

Right of retention, abuse of right

Antecedentes históricos.

La mayoría de nuestras instituciones jurídicas tiene su origen en el derecho romano y este derecho no es la excepción¹. De manera que en un principio, el deudor comprometía su vida en el derecho de retención y posteriormente pagaba la deuda con su trabajo. De allí que para el autor López de Haro, su inicio se da en la época de la vigencia del derecho estricto, donde se da el nacimiento de las obligaciones personales, de tal modo que si el deudor no satisfacía la obligación, el acreedor estaba autorizado para apoderarse de él por mano privada (*manus injectio*), y llevarlo ante los tribunales (*in jus ductio*).

Pero “el deudor podía liberarse constituyéndose otra obligación personal, la de un fiador abonado *vindex*, o en su defecto el acreedor lo llevaba al mercado y si nadie pagaba por él disponía de su vida o lo vendía en el extranjero (Carlos, 1921). Posteriormente se creó la ley *petilia papiria* que se expidió por un rumor popular y por sublevación espontánea contra la barbarie lujuriosa de un acreedor. Fue en palabras de Tito Livio como un nuevo principio de libertad para la plebe. (M, 1845).

A medida que el derecho va avanzando se van dando otras alternativas mejores en cuanto al derecho de retención y es cuando aparece el *Ius Honorarium*, que es la facultad del pretor de decidir en algunos casos y “surge la idea de la prenda pretoria, con lo cual el acreedor podía adueñarse de los bienes del deudor, venderlos, cobrándose así el crédito, por lo que se eliminó la facultad de los acreedores de cobrarse la deuda con el trabajo de la persona deudora” (Carlos, 1921). Con lo cual algunos autores ponen el inicio de esta figura en el derecho pretoriano.

En el derecho romano hay varias etapas; la primera es que se comprometía la vida de quien había realizado un préstamo, luego se comprometía el trabajo y finalmente los bienes.- Aquí se hace eco el principio universal del derecho romano que es evidentemente la autonomía de la voluntad de las partes en la contratación privada. Que ha sido un criterio que ha influenciado la mayoría de los Códigos Civiles y entre esos el nuestro aprobado mediante la ley 2 de 1916.

Concepto.

En una revisión rápida de toda la legislación panameña sobre el tema de la retención² lo primero que observamos es que existen muchas normas dispersas³. En el Código Civil está el artículo

¹ Muchos autores plantean el antecedente inmediato del derecho de retención en la *manus injectio* y la *pignoris capio*, instituciones del antiguo Derecho Civil o derecho estricto Romano. Tratan de justificar este origen porque la *manus injectio* consistía en que cuando el acreedor no era pagado por el deudor, se hallaba facultado para retenerlo en prisión, sometiéndolo a una verdadera esclavitud siendo pues una verdadera aprehensión personal del deudor y la *pignoris capio* consta en que el deudor no recibía la cantidad adeudada, tenía derecho a apoderarse de un bien de su deudor, con el objeto de procurarse el pago de la deuda, pero ambas acciones eran exclusivamente ejercidas por el acreedor. (Ver a René Rodríguez Grimaldi. El Derecho de Retención. San Salvador. Biblioteca Judicial Dr. Ricardo Gallardo. Tesis doctoral.

² El derecho de retención, junto con la “*exceptio non adimpleti contractus*”, y la compensación, son formas de defensa privada que el derecho civil reconoce desde antiguo, pero mientras las dos últimas figuras que hemos

439 y algunos derechos derivados de bienes inmuebles, hay una regulación segmentada también en el Código de Comercio y en la ley número 119 de 1974, que dicta disposiciones sobre ventas de bienes y servicios al crédito, cuentas rotativas de crédito, que no toma en consideración la protección establecida en el Código de Familia para estos bienes. Igualmente existe una regulación en los contratos de préstamos hipotecarios y en la ley de seguros y en derecho tributario. De manera que el concepto legal, está también en consonancia con el fin que persigue la norma y sobre todo el área específica que protege. En el caso de la ley 119 de 1974, la regulación es insuficiente, para evitar abusos de las autoridades y en específico con los bienes de que trata. Esto da como consecuencia el hecho de que no exista en nuestra legislación interna una definición legal del derecho de retención.

La doctrina más autorizada sobre la materia refiere que “es la facultad otorgada por la ley al obligado a la entrega o restitución de una cosa para retardar su cumplimiento, detentando la misma en tanto no se le satisfaga el crédito que tiene contra el acreedor a esa restitución o entrega (HERRERA CANTILLO, 1986) Es más bien un derecho coercitivo establecido en la ley⁴ que tiene una construcción doctrinal importante pero que hay muchas normas dispersas, algunos en distintas ramas del derecho como venimos exponiendo. Laura Gil Zumaquero, dice que es la facultad que permite a quien se encuentra en posesión de una cosa ajena, conservarla durante un tiempo, sin que deba restituirla hasta que no ve satisfecho el crédito que posee frente a su propietario por razón de la misma (Laura., 2018). De allí que en la retención bastaría según algunos autores la negativa a devolver la cosa que tiene su origen en el nexo objetivo de la misma con un crédito del retinente con independencia de toda relación contractual, la retención tiene una finalidad dilatoria y no extintiva de la obligación; ésta en sustancia está destinada a obtener la prestación (Eva., 2014)” De allí que unos de los elementos fundamentales para que se

mencionado han sido plasmadas en fórmulas genéricas, que aparecen en todas las codificaciones, la facultad de retener no tuvo la misma suerte en el Código civil francés, ni en la generalidad de las codificaciones del siglo XIX que en él se inspiraron, que sólo contienen normas aisladas que conceden esta facultad de manera excepcional al referirse a distintas instituciones. Doctrina y jurisprudencia, basándose en casos de especie que se encuentran dispersos en dichos cuerpos legales, disputaban sobre su alcance y la posibilidad o no de generalizarlos o aplicarlos a otras hipótesis por vía de una interpretación analógica. Lo inorgánico del tratamiento dado al tema provocaba discrepancias doctrinarias y, también, soluciones jurisprudenciales contradictorias, aunque tendía a prevalecer el criterio que encontraba en la mayoría de las hipótesis consagradas ciertos elementos comunes, en especial la conexión entre el crédito de que goza el deudor de restituir, y la cosa que debe restituirse. Ver Luis Moisset de Espané. Derecho de retención (Legislación Argentina. Códigos Modernos. Perú. Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/derecho-de-retencion-legislacion-argentina>. visitada el día 3 de abril de 2019)

³ Esta es una realidad que comparte muchos países. Coinciden con esta opinión PIZZARRO WILSON. En El Derecho de Retención, una Garantía bajo sospecha, página 1. En igual opinión que la nuestra se manifiesta JIMENEZ BOLAÑOS, Jorge en El derecho de retención un derecho real. Revista de Ciencias Jurídicas N° 110 (89-118) mayo-agosto 2006, página 94.

⁴ “El derecho de retención en otros casos viene asociado a la existencia de créditos con vocación propter rem, que como consecuencia del traslado posesorio, pueden provocar el enriquecimiento injusto del nuevo poseedor en detrimento de quien anteriormente estuviese poseyendo la cosa, al no trasladarse al primero las cargas inherentes a la mejora o conservación del bien”. El derecho de retención presenta, en estos casos un carácter más agresivo en la medida que implica una conducta no meramente pasiva de no hacer, sino también activa al alterar la condición posesoria que se ostenta sobre los bienes. En tal sentido y como manifestación que es de la auto-tutela privada, los distintos ordenamientos jurídicos constriñen en gran medida el ejercicio de este derecho, sometiéndole por regla general a un *numerus clausus* y proscribiendo la extensión analógica a supuestos distintos (ver. Antonio Evaristo Gudín Rodríguez Magariños. En Revista de Análisis del Derecho. Ámbito material y límites del ejercicio del derecho de retención en la codificación civil de Cataluña, página 5).

dé el derecho de retención es evidentemente una conexión⁵ entre el crédito y el derecho de retener. Existen muchas situaciones en el Código Civil que se refiere a retención pero que no en la práctica no lo son el ejemplo clásico es la prenda legal. El derecho de retención es “una de las acciones protectoras del acreedor, de igual forma que las acciones de simulación, Pauliana y oblicua, para garantizar un posible incumplimiento (R., 1987)”.

La Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica ha indicado que: El derecho de retención constituye una garantía de cumplimiento de las obligaciones, por el cual la ley autoriza al acreedor a mantener la posesión de un bien, que no es de su propiedad, como medio de coacción para el pago de una obligación jurídica. El acreedor no puede disponer de ninguna forma, solo tiene derecho a retenerlo, siempre y cuando la ley lo autorice expresamente. (Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, resolución N° 35 del 22/03/91).

Características y Requisitos.

Debemos indudablemente referirnos a las características y requisitos de este derecho no sólo para comprenderlo adecuadamente sino porque tiene peculiaridades, atributos y rasgos distintivos que son sui generis de este derecho. Entra las características podemos mencionar que es un derecho accesorio, que depende de una obligación principal ya que es derecho de garantía, que busca el cumplimiento de una obligación principal. Y es que efectivamente debe existir una conexión entre el derecho y el crédito. También es transferible este derecho “La transmisión no es autónoma, ya que esta característica deriva de su carácter accesorio, por lo que no se puede transmitir con prescindencia del crédito que garantiza, igual ocurre con la cesión la cual debe realizarse con la del crédito y con la posesión material o tenencia de la cosa. Además la cesión debe cumplir con los requisitos y formalidades que la ley exige para ello” (Jiménez, 2006). Otra característica fundamental es que es indivisible, es decir, recae sobre todas las cosas que son objeto del crédito. E igualmente entre sus características está el hecho de que debe estar contemplado este derecho en la ley. Hay autores que hacen referencia a un derecho de retención convencional, como lo expone Luis F Leiva Fernández al decir que: distinguen entre retención legal y convencional, reservando esta última expresión a los supuestos de prenda, anticresis, depósito y comodato. A nuestro entender confunden retención con mera detentación (jorge., mayo-agosto 2006). Hemos encontrado una gran cantidad de autores que niegan el carácter convencional al derecho de retención.

⁵ Lo importante, sobre todo, es que a diferencia del Código civil francés y todos los que en él se han inspirado, en lugar de legislar inorgánicamente sobre las hipótesis en las cuáles el titular de un derecho de crédito puede ejercitar retención sobre cosas que debería restituir a su acreedor, el Código civil argentino ha sistematizado la solución fijando de manera estricta las condiciones necesarias para que se pueda ejercer esta facultad, haciendo especial hincapié en la conexidad entre el crédito existente y la cosa que se retiene. Ver Luis Moisset de Espané. Derecho de retención (Legislación Argentina. Código Modernos. Perú. Academia nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Disponible en <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/derecho-de-retencion-legislacion-argentina>, visitada el día 3 de abril de 2019), página 6.

Requisitos.

Para que se dé el derecho de retención deben concurrir los siguientes requisitos.

- 1. Tenencia de la cosa.** Si no se tiene el bien sobre el cual ejercer el derecho de retención indudablemente que no se puede ejercer. Y corresponde al acreedor realizar otras acciones legales a efectos de conseguir la efectividad de su derecho. También es importante manifestar que los bienes deben ser susceptibles de apropiación (326 del CC). **Debe ser lícitos y estar dentro del comercio de los hombres.**
- 2. Conexidad. La mayor parte de los autores se manifiestan a favor de la conexidad entre el crédito y la cosa.** Es así que la conexidad puede darse cuando, tanto la pretensión del deudor propietario como la del acreedor, haya surgido de una misma relación jurídica por ejemplo, de un mismo contrato, o cuando habiendo nacido relaciones jurídicas diferentes por ejemplo, de diferentes contratos por su fin, por la intención de las partes o por la opinión del tráfico mercantil, representen desde el punto de vista económico un todo (Jiménez, 2006) La doctrina tradicional considera esencial esa conexidad, sin embargo, con respecto a este punto en particular el Código Civil Holandés de 1992 el legislador amplió las posibilidades de suspender su prestación, y por ende del derecho de retención, de tal manera que también puede servir a la otra parte para que cumpla con su obligación” (ZWITSER, 2002). De allí que para algunos autores el derecho de retención funciona como una clausula penal.

Esta posición es cuestionada por otro sector de la doctrina que indica que indican que este presupuesto es imprescindible, ya que, si no existiera una conexión, cualquier acreedor que estuviera en posesión de un bien de su deudor se vería legitimado para continuar en la posesión, lo cual otorgaría una serie de privilegios que realmente no tiene. (Laura., 2018). Evidentemente este comentario es en cuanto al derecho de retención en la posesión, pero hay otros casos en donde posiblemente no sea necesaria esa conectividad como efectivamente lo plantea el Código Civil Holandés y lo que se persigue con la figura de la retención es una especie de cláusula penal

- 3. Existencia de un crédito.** Para ejercer el derecho de retención es necesario la existencia de un crédito. Debe ser cierto y exigible, de lo contrario no se puede ejercer el derecho de retención. En este tema la doctrina está dividida, “para algunos autores este requisito no es imprescindible para que opere el derecho de retención, al no poderse extraer de todos los casos en el derecho civil, sin embargo, pero para otros es imprescindible, ya que si no existiera esa conexión, cualquier acreedor que estuviese en posesión de un bien de su deudor se vería legitimado para continuar la posesión, lo cual le otorgaría una serie de privilegios no tiene (Laura., 2018)”. Es indispensable la conexión entre el crédito, al menos en esta área del derecho porque de lo contrario daría lugar a muchos abusos en el ejercicio de este derecho.

Regulación legal.

Hay una regulación del derecho de retención en el derecho civil (prenda), (hipoteca), (posesión) etc. En el derecho comercial, (quiebra) (seguro) etc. En derecho bancario, en derecho fiscal, en derecho marítimo, la ley de venta de bienes inmuebles con retención de dominio.

Hay divergencia en cuanto a si debe existir una ley marco sobre el derecho de retención o si debe seguir regulado en cada legislación o parte del derecho a la cual sirve. Muchos autores recomiendan una regulación unitaria ya que las particularidades que presentan cada uno de los supuestos de retención legal no debe ser un obstáculo para la elaboración de un régimen jurídico unitario (Laura., 2018)⁶ El planteamiento es interesante porque se controla más los grandes abusos del ejercicio de este derecho⁶, sin embargo, es difícil la regulación unitaria dada las particularidades o variedades que presenta este tema en las distintas área del conocimiento jurídico.

Naturaleza jurídica

La primera pregunta que nos surge es si el derecho de retención es de naturaleza real o personal. O por el contrario tiene otra clasificación. Aquí ha habido también muchos planteamientos disímiles de la doctrina y la ley. Algunos autores manifiestan que tiene naturaleza real porque hay una relación directa que existe con la cosa, y además porque este derecho es oponible a terceros, es decir “a toda otra persona además del titular del dominio, los causahabientes del propietario y especialmente contra los otros acreedores del deudor” (FERNANDEZ, 1991). Otros autores manifiestan que es un derecho personal porque no es un derecho real porque el retenedor no tiene el *Jus distrahendi*, ni el *Jus preferendi* ya que “su crédito deberá satisfacerlo el deudor o los acreedores de este si ejecutan la cosa, pero no en especial, el precio de ésta, y un “derecho que no satisface con la cosa misma ni con prelación sobre su valor no puede incluirse en la categoría de los derechos reales (Jiménez, 2006)”. Y el retenedor no goza tampoco del *jus persequendi*. Su derecho sólo se opone como excepción” pero también hay quienes lo ubican como un derecho de naturaleza mixta. Y es que Carlos López de Haro el cual dice: “Las tres posiciones en que hemos considerado la cosa en orden a la retención nos dan luz para fijar en cada caso el criterio. Si el crédito que causa la retención está en la cosa misma invertido de tal suerte que forma parte de ella, *debitum cum re junctum*, hay una especie de refacción, –XXX– y hasta pudiéramos decir condominio, fundiéndose el crédito en la cosa, convertido en sustancia de ella, y resultando un derecho de la cosa proveniente de un crédito, derecho que en razón al crédito es personal, y en razón a la cosa real. Si el crédito proviene de la cosa sin unirse a ella; si la tenencia de la cosa ha dado lugar al crédito pero sin incorporarse a la cosa misma, predomina el carácter de real, porque el tenedor obró para la conservación de la cosa y las expensas de conservación no obedecen a relaciones personales. Y por último si la cosa se retiene por crédito independiente de ella, éste es personal⁷ y la cosa esa meramente buena presa que lo garantiza (Jiménez, 2006). También la doctora Laura Zumaquero dice que el derecho de retención no puede considerarse un derecho real o personal, sino como una facultad que posee el titular, por el hecho de concurrir de concurrir en su persona una serie de presupuestos, que pueden extraerse de los casos de derecho de retención

⁶ Según la doctora Laura Zumaquero Gil la elaboración de un régimen jurídico unitario de la figura lo convertiría en una garantía verdaderamente útil y eficaz. Analizar puntos de las distintas legislaciones a efectos de hacer una recomendación sobre los ejes que pudieran convertirse en una legislación unitaria, uno de ellos es la naturaleza jurídica; en unos ordenamientos lo tienen como un derecho personal otros como un derecho real

⁷ Entre los códigos que se han inclinado a considerar que es un derecho personal o que tiene más vinculación con ellos se encuentra el alemán, ya mencionado anteriormente (ver nota 2) y el recientísimo Código Civil de Portugal¹², que le dedica los artículos 754 a 761, que integran la Sección VII (Derecho de retención), del Capítulo VI (Garantías especiales de las Obligaciones), del Libro II, destinado a las obligaciones. COVIELLO señalaba muy acertadamente que “el derecho de retención no es real ni personal; no es ni siquiera un derecho, sino simplemente un medio de tutela de un derecho de crédito. (ver 4. N. COVIELLO, “Manuale”, p. 512.)

que ha sido regulados (Laura., 2018). En verdad si leemos el concepto de derecho de retención debemos concluir en que realmente es una facultad que tiene quien ostenta ese derecho.

Ahora veamos la naturaleza jurídica del derecho de retención en Panamá. El Código civil fue aprobado mediante la ley 2 de 1916, por tanto, es importante tomar en consideración el hecho de que la doctrina y la jurisprudencia ha evolucionado mucho, en el ejercicio del derecho de retención. Es más hay algunos autores que habla de la necesidad de expandirlo a efectos de lograr mayor efectividad de este derecho.

El artículo 439 del Código Civil de Panamá establece que

Artículo 439. Los gastos necesarios se abonan a todo poseedor; pero sólo el de buena fe podrá retener la cosa hasta que se le satisfagan.

Los gastos útiles se abonan al poseedor de buena fe con el mismo derecho de retención, pudiendo optar el que le hubiese vencido en su posesión, por satisfacer el importe de los gastos, o por abonar el aumento de valor que por ellos haya adquirido la cosa.

Realizando un análisis de la ubicación del artículo 439 del Código Civil, debemos concluir que el derecho de retención en nuestro medio es real. Y en efecto es un derecho real de garantía.

La Corte Suprema de Justicia, en el año 1994 expresa lo siguiente.

En ese mismo sentido se había expresado la Sala Civil de la Corte Suprema en sentencia anterior, de 31 de mayo de 1994, cuando interpretó:

"Así el artículo 373 dispone que la buena fe habida del que edificare en terreno ajeno, permite que el propietario del suelo se haga dueño de la siembra cuando indemnice a quien hizo la construcción o, en caso de no preferir la propiedad de la accesión, obligar a quien la construyó a pagarle el precio del terreno.

La interpretación de esta disposición es categórica en el sentido de que no se puede ser dueño de la edificación si no ha habido el pago de la indemnización, por lo que quien edificó de buena fe tiene el derecho de retención igual al que se le permite a los poseedores que hayan realizado gastos necesarios, tal como lo expresa el artículo 439 del Código Civil. La doctrina es clara en el sentido de considerar que el propietario tiene un poder de decisión en cuanto a que, o se hace dueño del bien edificado de buena fe, previo pago de indemnización, u obliga al que fabricó a pagarle el precio del terreno; mientras ello no suceda, esto es, mientras no haga uso de ese poder decisorio, existe una situación que lleva a quien edificare a ser un poseedor de buena fe del terreno sobre el cual está la obra que se realizó a su costa.

Ahora bien, es de vital trascendencia establecer cuándo se considera que existe mala fe del que construye, ya que el artículo 374 del Código Civil solamente expresa que quien edifica de mala fe en terreno ajeno pierde lo edificado sin derecho a indemnización.

Se considera que hay buena fe cuando quien edifica desconoce que el terreno es ajeno o cuando cree que se es propietario del terreno o cuando existe algún derecho que le permite creer que puede realizar la construcción sobre el terreno ajeno. Quien en plena conciencia construye o edifica en terreno que sabe que no está dentro de su patrimonio,

se considera que lo está haciendo de mala fe." (Registro Judicial de mayo de 1994, pág. 239).

JAFETH HERNÁNDEZ JUSTAVINO RECURRE EN CASACIÓN EN EL PROCESO ORDINARIO QUE LE SIGUE A PETRA ROJAS PINTO Y CARMEN E. ANAYA DE LOS RIOS. PONENTE: ALBERTO CIGARRUISTA C. PANAMA, TREINTA Y UNO (31) DE AGOSTO DE DOS MIL SIETE (2007). Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá. Sala: Primera de lo Civil. Ponente: Alberto Cigarruista Cortez. Fecha: 31 de agosto de 2007. Materia: Civil. Casación. Expediente: 124-05

En el fallo de la Corte Suprema de justicia, es evidente que el derecho de retención en el caso del artículo 373 en conjunto con el artículo 374 es un derecho real, porque si el poseedor actúa de buena fe y no se le paga puede retener el derecho posesorio, que puede hacer válido frente a terceros.

En el Código Civil Argentino se optó por establecerlo en el libro VI, título, bajo el título III que dice derecho de retención, artículo 2587 al 2595. De allí que la codificación argentina se inclinó por los lineamientos trazados por Vélez Sarfield. Lo primero que observamos en la legislación argentina es que efectivamente este derecho no está colocado dentro de los derechos reales y tampoco dentro de los derechos personales.

El artículo 2587 dice. **Legitimación todo acreedor de una obligación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que éste le adeude.**

La primera parte del artículo es básicamente la definición del derecho de retención que tiene la legislación argentina. Pero en los párrafos posteriores dice los requisitos para que se de ese derecho, que son los siguientes.

- 1. Tiene esa facultad sólo quien obtiene la detentación de la cosa por medios que no sean ilícitos.**

De manera que la legislación Argentina es clara en el sentido de que la naturaleza jurídica del derecho de retención es una facultad y no un derecho real o personal, así lo establece el artículo 2587 y es importante también destacar que esa facultad está dentro del capítulo II que se titula privilegios especiales.

- 2. El otro requisito es carece de esa facultad quien recibe la cosa en virtud de una relación contractual a título gratuito, excepto que sea en interés del otro contratante**

Efectos del derecho de retención

Si hay algo que ha discutido la doctrina mayoritaria ha sido precisamente el tema de los efectos jurídicos de la retención. El tema de la naturaleza jurídica ha girado en torno a esta desavenencia. Y existe mucha discordia en el tema de los frutos que se obtienen del derecho de retención. "Entre el retenedor y el deudor los efectos se limitan a la no a la no restitución del bien mientras el deudor no le abone aquello que le adeuda por razón de la cosa. En este sentido el efecto principal es continuar en la tenencia de la cosa por un título distinto al originario, pudiendo extenderse esa facultad a los elementos accesorios y percibir los frutos que la cosa produzca sin

que pueda venderlos para reintegrarse con el valor de los mismos ni compensarlos con el crédito adeudado. (Laura., 2018)” Fíjese que en este sentido la legislación Argentina plantea que es un derecho del retenedor “percibir los frutos naturales de la cosa retenida, pero no está obligado a hacerlo. Si opta por percibirlos, debe dar aviso al deudor. En este caso puede disponer de ellos, debiendo imputar su producido en primer término a los intereses del crédito y el excedente al capital. De manera que el planteamiento que hace la legislación argentina en el artículo 2590 numeral c, es importante porque el retenedor cumpliendo con algunos requisitos establecidos por la norma sí puede disponer de los frutos, para pagar intereses y capital.

El artículo 2592 del Código Civil argentino dice.

La facultad de retención

- a) **Se ejerce sobre toda la cosa cualquiera sea la proporción del crédito adeudado al retenedor.** En verdad este efecto cumple con el requisito de indivisibilidad del derecho de retención. ¿pero esto puede dar lugar también a muchas injusticias.
- b) **Se transmite con el crédito al cual accede.** Con respecto a este tema también ha existido mucha discusión doctrinal, sin embargo, la legislación argentina categóricamente establece que puede transmitirse con el crédito. Ahora muchos autores sustentan que el pago parcial del crédito no hace cesar el derecho de retención y confiere una preferencia al retenedor sobre otros acreedores⁴¹. Concluye esa norma otorgando al retenedor las defensas posesorias que corresponderían a cualquier otro poseedor (ESPANES, 2014)
- c) **No impide al deudor el ejercicio de las facultades de administración o disposición de la cosa que le corresponden, pero el retenedor no está obligado a entregarla hasta estar satisfecho su crédito.** La única forma entonces en que el deudor pueda administrar o disponer de la misma es que el retenedor de su autorización.
- d) **No impide el embargo y subasta judicial de la cosa retenida, por otros acreedores y por el propio retenedor. En estos casos el del retenedor se traslada al precio obtenido en la subasta, con el privilegio correspondiente;** esta es una facultad importante para el retenedor porque puede ¿proceder a la venta del bien ya se mueble o inmueble.
- e) **Mientras subiste, interrumpe el curso de la prescripción extintiva del crédito al que accede.** Este es un punto importante también porque el derecho interrumpe la prescripción, es decir mientras el retenedor ejerce su derecho no procede el vencimiento de la obligación de que se trate
- f) **En caso de concurso o quiebra del acreedor de la restitución, la retención queda sujeta a la legislación pertinente.** En la quiebra se presentan particularidades propias de la regulación legal de la misma, por consiguiente habrá en primer lugar que determinar cuándo se dio el derecho de retención para saber si el bien está regido o se debe incluir dentro de los bienes del quebrado.

Extinción de este derecho.

Como es de suponerse el derecho de retención se extingue por el pago del crédito, la extinción del crédito garantizado, pérdida de la cosa, renuncia, abandono de la cosa, confusión y una de las causas de extinción de la legislación Argentina es si el retenedor incurre en abuso del derecho, tema que vamos a analizar en adelante.

Abuso del derecho⁸. Una vez analizados los temas más controversiales del derecho de retención, concepto, características, efectos, naturaleza jurídica, vamos al tema central de nuestra investigación que el abuso del derecho en la retención.

En primer lugar debemos decir, que la conclusión a que hemos llegado hasta aquí es que evidentemente la regulación del derecho de retención en forma aislada e insuficiente da como resultado que se abuse de este derecho. El tema de la naturaleza jurídica, tal y como se ha venido exponiendo también es un elemento causante de abuso, porque algunas legislaciones la tienen como derecho real, otras como derecho personal, pero la conclusión final es que es una facultad del retenedor. De allí que también la jurisprudencia que hemos revisado de la Corte Suprema de Justicia en el tema del derecho de retención, se hace eco del problema que venimos exponiendo, la poca regulación de este derecho. “Pese a los intentos modernos de rehabilitar esta institución, en el estado actual de nuestra ciencia jurídica, el derecho de retención junto a las órdenes de precinto, el comiso de vehículos, etc.... sigue formando parte de ese mundo subliminal del derecho, en el que el Derecho diluye su carácter racional para exteriorizar exclusivamente los perfiles conminativos de la posición de fuerza (RODRIGUEZ MAGARIÑOS, 2012)” Y el tema de la proporcionalidad⁹ de la medida, es decir, una parte queda prácticamente a merced de la otra¹⁰. Antes el derecho de retención era fácil ejercerlo por la confianza que había entre los miembros de una comunidad. Pero ahora en las ventas en grandes cantidades y a personas que ni siquiera se conocen entre consumidor y vendedor, resulta esta garantía un poco difícil. . “Pero si en el ámbito de los entornos jurídicos más hostiles, en el que la inseguridad jurídica impone adoptar cautelas a la contratación, puede tener consecuencias positivas, no es, ni tiene que ser el

⁸ “Los derechos no pueden ser puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, de la mala fe; tienen un espíritu que es la razón por la cual la ley los ha concedido; es evidentemente ilegítimo ejercerlos en contra de los fines que inspiraron la ley. El derecho no puede amparar ese proceder inmoral.” los derechos tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que esta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu; del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no pueden ser legítimos sin más; sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un acto legítimo... no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo, no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlos así, subtulares no los ejercerían verdaderamente, sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad: un abuso de derechos de que serían responsables con relación a las víctimas posibles. (Ver a Diego José Mayordomo. *Hermenéutica de la Teoría del abuso del derecho*. <http://www.biblioteca.unlpam.edu.ar/pubpdf/perspe/v03n2a03mayordomo.pdf> (visitada el 3 de abril de 2019, pág. 6)

⁹ Como hemos dicho, el derecho de retención es una medida de autotutela que tiene el acreedor para garantizar un crédito frente al deudor. Se trata de un remedio que puede ejercer potestativamente el acreedor frente al incumplimiento del deudor, para el cual es necesario que se den unos requisitos para su aplicación. (Ver artículo 85 y 86 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías)

¹⁰ Es de interés también, la regulación contenida en los artículos 359 y 360 del Código Civil Ruso de 1994 en relación a la regulación del derecho de retención. El derecho de retención es tratado como una forma de garantía de las obligaciones junto a la cláusula penal (Neustoika), el afianzamiento, la prenda o la hipoteca (Zalog), el aval bancario y las arras o depósito pecuniario. La regulación del derecho de retención contiene una referencia abierta a todos los gastos ocasionados como consecuencia de las impensas realizadas o por los daños producidos hasta que la obligación sea satisfecha. Se establece su oponibilidad erga omnes, así como la posibilidad de realización de valor remitiéndose sobre este particular a las reglas de la hipoteca. En particular se prevé que puedan ser usados para asegurar el pago de obligaciones que sólo remotamente tienen relación con la cosa, si las partes son empresarios. Tampoco existe limitación respecto de las cosas que puedan ser retenidas permitiendo su extensión a sumas de dinero y a cosas incorpóreas. Pues bien, la regulación de este instituto, ha sido objeto severas críticas, tachando esta normativa como un modo legalizado de privación de la propiedad, así A.A. RUBANOV, (véase, OSAKWE, 2008, p. 122).

caso de aquellos marcos normativos, que como el mercado europeo, aspiran a la integración económica y jurídica, pudiendo constituir una rémora para la integración de los mercados por razón de la restricción que suponen para la libre circulación de los bienes.” (RODRIGUEZ MAGARIÑOS, 2012). Sin embargo, es precisamente en este tema que algunos han formulado la necesidad de fortalecer el derecho de retención, por la importancia y las ventajas que puede ofrecer en aquellas ventas en do el consumidor y el vendedor no se conocen, un derecho de retención para conminar al cumplimiento de las obligaciones

Sin embargo, la tendencia moderna es que dentro del derecho de retención se puedan percibir los frutos naturales de la cosa retenida, dándole aviso al deudor y disponer de ellos y abonar a capital e intereses como efectivamente lo ha realizado la legislación argentina. Pero ampliar los derechos del retenedor y el mismo derecho de retención indudablemente que genera “una agresividad de la medida que multiplica los riesgos implícitos al derecho de retención, lo que determina un mayor rigor si cabe en las exigencias de orden público, exigencias absolutamente necesarias para que dicha medida se ajuste a sus estrictos límites y pueda desenvolverse correctamente en el tráfico (RODRIGUEZ MAGARIÑOS, 2012)” Es en este sentido es que la doctrina se enfoca a evitar esos abusos que evidentemente se engrosan al poner límites a este derecho.

En la legislación argentina, la más reciente se han impuestos algunos límites del ejercicio de este derecho. Veamos.

1. Tiene la facultad de retener quien obtiene la detentación por medios que no sean ilícitos. (ver artículo 2587)
2. Carece del derecho de retención también quien la recibe de una relación contractual a título gratuito, excepto que sea en el interés del otro contratante (. (ver artículo 2588)
3. La cosa que se va a retener debe ser embargable (Ver artículo 2588)
4. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente.

Otro Código que nos da luces sobre los límites de este derecho, a pesar de haber ampliado este derecho es el Código Civil Holandés, que dice.

1. La exclusión de este derecho en los supuestos de fuerza mayor, en que la obligación de la parte se ha hecho imposible, (art. 6.54.b).
2. La exclusión del derecho de retención cuando la imposibilidad de llevar a efecto la prestación sea debida a la exclusiva culpa de la parte contraria. (art. 6.54.a) –
3. La exclusión del derecho de retención en los casos en que la ley prohíbe el embargo, (art. 6.54.c).
4. La sustitución del derecho de retención por otra garantía igualmente satisfactoria, y siempre que dicha garantía no implique un retraso injustificado para la parte contraria, (art. 6.55)

El Código Civil argentino tiene una norma interesante en el sentido de que los derechos deben ser ejercidos de buena fe (artículo 9, que habla del principio de buena fe). De manera que debemos entender que este principio general se aplica al derecho de retención. Igual que las normas de fuerza mayor y caso fortuito.

En el derecho panameño, evidentemente el principio de buena fe se presume y la fuerza mayor y el caso fortuito también están regulados, como principios generales del derecho. De manera que esto facilita su aplicación a los casos de retención. Pero la pregunta que surge inmediatamente es será necesario la vigencia de normas específicas para la limitar el derecho de retención y evitar los abusos de este derecho o es inminente que el derecho procesal también se ajuste a la necesidad de acciones tendiente a evitar esos abusos.

Pero en cuanto al abuso del derecho, nos preocupan dos puntos, el poder coercitivo que tiene el retenedor y la proporcionalidad de la medida. Ese poder coercitivo no puede realizarse con la intención de hacer daño a otro. Sin embargo, las características que presenta de no necesitar autorización de nadie y que puede ser previa o anticipada generan desconfianza en que la ejecución de la misma se apegue a los principios de equidad, justicia que son los fines del derecho. Por ejemplo cuando se retiene algo que no tiene un valor pecuniario no puede bajo ninguna circunstancia mantenerse el derecho de retención de algo que no cubre un crédito.

En el otro caso es la proporcionalidad, que sin ser un requisito taxativo en la legislación panameña es evidente que al incluir la ley 18 de 1992 el enriquecimiento sin causa, este derecho debe ser proporcional. Esta situación de riesgo, que en el proceso cautelar queda circunscrita a través de los conceptos de apariencia de buen derecho y de riesgo de demora, en el caso, del derecho de retención queda constreñida a una serie de situaciones de hecho definidas ex ante por el propio legislador. Pese a venir predefinidas legalmente, no se debe desconocer y dejar de valorar cada situación de riesgo, al objeto de evitar una carga para la contraria que no guarde proporción con el riesgo que se pretende evitar. Lo propio del derecho de retención es la previa configuración legal del supuesto, que implica de suyo una inversión de la posición jurídica de las partes, siendo el titular del bien retenido el que debe soportar interinamente esta situación de riesgo.

Conclusiones

En realidad este derecho en la legislación panameña se encuentra muy disperso y su utilización se da en varias disciplinas jurídicas. De manera que es importante que en una regulación del mismo se pueda establecer criterios legales que permitan la utilización efectiva de este derecho sin abusos. No sólo la legislación ha avanzado en ese sentido, la doctrina científica ha realizado una difusión o divulgación de cuáles son los parámetros irrefutables de los efectos de esta figura.

Entendemos que un mundo globalizado en donde el desarrollo económico se impone, es necesario también poner límites al abuso del derecho para garantizar el desarrollo humano. Y es en esa perspectiva que motivamos una reforma del derecho de retención que mantenga reglas legales claras para la efectividad de este derecho.

Los últimos códigos aprobados, la legislación argentina, la holandesa van en esa dirección la de regular el derecho de retención y extenderlo a situaciones en donde antes no se veían pero también a que las reglas sean claras para que en virtud de la coerción que el mismo derecho reconoce al retenedor se realice sin los abusos desmedidos que en muchas ocasiones se da.

Bibliografía.

Libros y Revistas.

Carlos, L. D. (1921). *El derecho de retención*. Madrid: Reus.

ESPANES, L. M. (2014). Derecho de retención (Legislación argentina. Códigos modernos. Perú). <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/derecho-de-retencion-legislacion-argentina.>, 15.

Eva., J. C. (2014). *Retención posesoria y derecho de retención*. Madrid: Dykinson.

FERNÁNDEZ, L. L. (1991). *El derecho de retención*. Buenos Aires: Astrea.

HERRERA CANTILLO, M. (1986). *Los medios compulsivos en el derecho*. Costa Rica: S/E.

Jiménez, B. (2006). ¿ES EL DERECHO DE RETENCIÓN UN DERECHO REAL? *Revista de Ciencias Jurídicas N° 110*, 89 y ss.

Jorge., G. y. (mayo-agosto 2006). Teoría de las Obligaciones. *Revista de Ciencias Jurídicas N° 110*, (89-118).

Laura., Z. G. (2018). El derecho de retención en el Código Civil español (Tirant lo Blanch, 2017), de Laura Zumaquero Gil. *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, 1139-7179.

M, O. (1845). *Historia de la Legislación Romana hasta las legislaciones modernas*. Madrid: Agustín espinosa.

R., R. (1987). *Compendio de Derecho Civil: Teoría general de las Obligaciones*. México: Porrúa.

RODRIGUEZ MAGARIÑOS, A. E. (2012). Ámbito material y límites del ejercicio del derecho de retención. *Revista para el análisis del derecho*, 7.

ZWITSER, R. (2002). El Derecho de Retención en el Nuevo Código Civil Holandés. *Revista de Derecho privado. Nueva época*, 89-102.

Códigos y leyes

1. Código Civil de Panamá. Aprobado mediante la ley 2 de 1916.
2. Código Civil y Comercial de la Nación argentina. Ediciones del País.2018.
3. Código Civil Español
4. Código Civil Holandés.
5. Código Civil Colombiano.

Jurisprudencia citada

1. Jurisprudencia de (31) DE AGOSTO DE DOS MIL SIETE (2007). Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá. Sala: Primera de lo Civil. Ponente: Alberto Cigarruista Cortez. Fecha: 31 de agosto de 2007. Materia: Civil. Casación. Expediente: 124-05

Jurisprudencia consultada

2. Jurisprudencia de VEINTICUATRO (24) DE ENERO DE DOS MIL CATORCE (2014). Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá. Sala: Primera de lo Civil. Ponente: Hernán A. De León Batista. Fecha: Viernes, 24 de Enero de 2014. Materia: Civil. Casación. Expediente: 226-11

3. Jurisprudencia de VEINTIOCHO (28) DE JUNIO DE DOS MIL ONCE (2011). Tribunal: Corte Suprema de Justicia, Panamá-Sala: Pleno-Ponente: Jerónimo Mejía E. Fecha: martes, 28 de junio de 2011-Materia: Amparo de Garantías Constitucionales-Apelación-Expediente: 1305-01

BELQUIS CECILIA SAEZ NIETO, Profesora de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Panamá. Investigadora del Centro de Investigación Jurídica. Directora del Boletín de Informaciones Jurídicas del Centro de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad de Panamá. Maestría en Derecho Privado. Doctoranda en Derecho con especialización en Derecho Civil. Diplomada en entornos virtuales aplicados a Docencia Superior. Correo electrónico: magistrabelquis@gmail.com

Recibido: 10 de marzo de 2019

Aprobado: 30 de abril de 2019

