

JIMÉNEZ BOLAÑOS: ¿Es el derecho de retención un derecho real?

**¿ES EL DERECHO DE RETENCIÓN UN DERECHO REAL?  
Análisis de nuestra legislación, doctrina  
y jurisprudencia**

*Lic. Jorge Jiménez Bolaños*

Profesor asociado  
Universidad de Costa Rica  
Facultad de Derecho

(Recibido 01/09/05; aceptado 05/04/06)

## RESUMEN

El presente trabajo desarrolla el tema referente al derecho de retención, haciendo un análisis de la figura en el Código Civil y en el Código de Comercio de nuestro Derecho Patrio.

Abordamos el concepto del derecho de retención, su naturaleza jurídica, los requisitos necesarios para su ejercicio y por último los casos en que el Derecho de retención se extingue.

Importante destacar que a lo largo del trabajo se desarrollan también algunos fallos judiciales que han estudiado y analizado la figura y la han diferenciado y ubicado no como un derecho real sino como un derecho que da la ley al acreedor para garantizar el cumplimiento de la obligación jurídica.

**Palabras clave:** Derecho de retención, concepto, naturaleza jurídica, requisitos, extinción, acreedor, derecho personal, derecho real.

## ABSTRACT

This article develops the subject associated with the “retention right”. We analyze this legal definition in the light of the Civil Code and the Commercial Code of the particular law of our country.

Moreover, we address the concept of “retention law”, its juridical nature, the requirements necessary for its exercise, and finally, the cases where the retention right is terminated.

It is worth pointing out that this article also discusses some court resolutions that have studied and analyzed this concept to rule that the “retention right” is a right that creditors can use to secure the execution of the obligation, but is not a real property right.

**Key words:** Retention right, concept, juridical nature, requirement termination, creditor, real property rights, personal right.

## **SUMARIO**

1. Origen histórico, naturaleza jurídica y concepto del Derecho de retención
  - a) Antecedentes históricos
  - b) Concepto y definición del derecho de retención
2. Características, requisitos y fundamento del Derecho de retención
3. Fundamento jurídico del Derecho de retención
4. Efectos jurídicos y extinción del Derecho de retención
5. Análisis del Derecho de retención a la luz de nuestra legislación nacional

Conclusiones

Bibliografía

## 1. ORIGEN HISTORICO, CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE RETENCIÓN

### a) Antecedentes históricos

El Jus retentionis, o el derecho de retención encuentra su origen en el derecho romano, 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 la 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”*.<sup>(1)</sup>

Posteriormente la Ley Petilia papira prohibió al acreedor matar al deudor, permitiéndole solamente que se pagara haciendo que el deudor trabajara para él. Pero con el Ius Honorarium, 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.

También se señalan como antecedentes históricos del derecho de retención la manus injectio y la pignoris capio *“pero estas legis acciones, verdaderas vías de ejecución presentaban con el derecho de retención una diferencia fundamental: por ellas, el acreedor se apoderaba de la persona o de los bienes de su deudor, en el jus retentionis la cosa debía hallarse en poder del retenedor”*.<sup>(2)</sup>

Por otro lado el origen del derecho de retención se sitúa para otros autores en el derecho pretorio, ya que el poseedor que había realizado gastos en la cosa reivindicada no tenía una acción para reclamar tales gastos, sino que el demandado solo podía hacer valer judicialmente esa clase de crédito por medio de una acción contraria

---

(1) López de Haro Carlos. *El derecho de retención*, Madrid, editorial Reus, 1921, página 16.

(2) Vásquez Alberto. *Derecho de retención*, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1962, página 2.

pero esta se ejercía en un juicio aparte, por lo que para cubrir tal falta de acción y eliminar la doble instancia apareció el *jus retentionis*, el cual se ejerció con el nacimiento de la *exceptio doli* con la cual “*el poseedor de una cosa podía negarse a devolverla a su dueño en tanto no se le paguen las mejoras y gastos de conservación que realizó sobre el objeto*”.<sup>(3)</sup>

## **b) Concepto y definición del derecho de retención**

No encontramos en nuestra legislación, ni en muchas otras una regulación uniforme del derecho de retención, sino que este se aplica en casos específicos, los cuales en nuestro país se encuentran en el código civil, y en el código de comercio, sin embargo la doctrina nos da múltiples definiciones del derecho de retención, por ejemplo para Jorge Giorgi el derecho de retención legal es: “*la facultad que sin convención de las partes, corresponde al poseedor y juntamente al acreedor de rehusar a su entrega de una cosa que le debe, mientras que no le haya satisfecho por su parte el débito correspondiente*”.<sup>(4)</sup>

Por su parte López de Haro expone que: “*El Jus retentionis, del latin jus derecho y retentio, significa la acción o el hecho de conservar una cosa en poder del que la tiene en virtud de una facultad jurídica y por propia voluntad. Las facultad encarna en la acción y está, efectuada, crea estado de hecho, retención*”.<sup>(5)</sup>

Una definición muy completa la dan Diez Picazo y Gullon, al exponer 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*”.<sup>(6)</sup>

---

(3) Herrera Cantillo Marieta. *Los medios compulsivos en el derecho privado costarricense*. Tesis de Graduación, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1986, San José Costa Rica, página 69.

(4) Bendaña Benítez Luis Alberto. *Derecho legal de retención*. Tesis para optar por el título de doctor en Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Autónoma de Nicaragua. 1962, página 16.

(5) López de Haro Carlos. *El derecho de retención*, Madrid, editorial Reus, 1921, página 7.

(6) Citado en Herrera Cantillo Marieta. *Los medios compulsivos en el derecho privado costarricense*. Tesis de Graduación, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1986, San José Costa Rica, página 72.

Nuestra jurisprudencia lo ha definido de la siguiente manera:

*“X.- 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 del bien de ninguna forma, solo tiene derecho a retenerlo, siempre y cuando la ley lo autorice expresamente”.<sup>(7)</sup>*

Es importante señalar que el derecho de retención es otorgado por ley no por acuerdo de partes, lo que significa el acreedor para poder ejercerlo debe estar expresamente autorizado, sea mediante una norma general o específica.

Sobre el particular Luis Díez Picazo en obra citada antes, nos dice al respecto *“Es claro que el derecho de retención es una figura legal, aunque no imperativo. Las partes pueden pactarlo en una determinada relación jurídica. lo mismo que el que tiene derecho a él no hacerlo efectivo o renunciarlo a priori”*.

## **Naturaleza jurídica**

Este tema es muy discutido en la doctrina, ya que algunos autores lo consideran como un derecho real, y otros lo clasifican como un derecho personal, o lo consideran de naturaleza mixta. A continuación se expondrán brevemente algunas de esas teorías.

### **a) Naturaleza real**

Los autores que se inclinan por darle al derecho de retención, el carácter de un derecho real se basan en la 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”*.<sup>(8)</sup>

---

(7) Sentencia 00035 de la Sala Primera de la Corte, de las quince horas del 22 de marzo de 1991.

(8) Leiva Fernández, Luis. F.P. *Derecho de retención*. Buenos Aires, Editorial Astrea. 1991, página 138.

Ya que si no fuera un derecho real carecería de oponibilidad, y no tendría alguna utilidad. Esta corriente critica a los que consideran al derecho de retención un derecho personal diciendo que estos últimos no son oponibles a terceros y que sus efectos se limitan a las partes, por lo que el derecho real al existir sobre la cosa si goza de tal característica.

## **b) Naturaleza personal**

Hay autores que clasifican al Jus retentionis como un derecho personal fundamentándose en que tal clasificación era la que tenía la Exceptio doli, ya que tal excepción eran oponible solamente al autor del dolo, sus sucesores universales y particulares a titulo gratuito.

Dentro de esta tesis algunos le otorgan efectos solo contra el deudor y otros lo extienden a terceros.

Los partidarios de esta corriente exponen que 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”. Y el retenedor no goza tampoco del jus perseguendi. Su derecho sólo se opone como excepción”*.<sup>(9)</sup>

Además que no puede concluirse a contrario sensu que todo derecho que es oponible a terceros es un derecho real, ya que en la realidad la oponibilidad no es nota distintiva entre los derechos reales y los derechos personales.

## **c) Naturaleza mixta**

Dentro de esta tesis se expone que los partidarios de las dos teorías anteriores son extremistas, ya que el derecho el derecho de retención tiene características de un derecho real y de un derecho personal o que tal clasificación dependería de que el crédito pueda ser o no oponible a terceros. Uno de los exponentes de tal corriente es

---

(9) Vázquez. A. *Op. cit.*, página 205.

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 al conservación de la cosa y las expensas de conservación no obedecen a relaciones personales.*

*Y por último si la cosa se retiene por credito independiente de ella, éste es personal y la cosa esa meramente buena presa que lo garantiza”.*<sup>(10)</sup>

#### **d) Opinión de nuestros tribunales**

La Sala Primera de la Corte considera que el derecho de retención no es un derecho real sino un derecho personal de garantía, y que puede producir sus efectos reales solo si se inscribe en el Registro de la Propiedad, por lo que al ser personal y una medida tutelar es susceptible de ser sustituido por el juez por otra garantía que asegure y proteja el crédito:

*“V.- Siendo el derecho de retención una garantía para el titular del mismo y respondiendo a un crédito a su favor, para efectos de la procedencia o no de su substitución por otro tipo de garantía, es pertinente tomar en cuenta, por un lado, que la garantía substituta sea idónea y congrua con el monto económico del derecho a que está referido el poder de retener; y, por otro, que el juzgador valore, correctamente, el origen los límites del derecho de retención, pues hay casos en que la ley lo concede, por ejemplo, al poseedor de buena fe sobre*

---

(10) López De Haro Carlos, *Op. cit.*, página 61, 62.



*las mejoras útiles, pero sobre ese mismo tipo de mejoras, expresamente, lo niega al poseedor de mala fe, como se desprende del artículo 330 del Código Civil*".<sup>(11)</sup>

## **2. CARACTERÍSTICAS, REQUISITOS Y FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETENCIÓN**

### **Características**

#### **1) Accesoriedad**

El derecho de retención depende de la existencia de una obligación principal ya que nace para dar seguridad a ese crédito, por lo que si este se extingue, también se extingue el derecho de retención, pero esto no ocurre a la inversa. Además el crédito debe ser exigible, cierto, verdadero, y solo tiene tal derecho el acreedor de ese crédito, es decir sirve como garantía de un crédito.

#### **2) Cesibilidad o transmisibilidad**

El derecho de retención puede ser cedido o transmitido junto con el crédito a un tercero.

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.

Así que: *“Solo la cesión del crédito garantizado con la retención puede autorizar a la trasmisión de esta, ya que de lo contrario no sólo vulneraría su condición accesorio sino que también se soslayaría en forma ilegítima el debitum cum re iunctum, es decir la conexidad que debe existir entre el crédito y la cosa retenida. De ahí que no pueda cederse para garantizar otro crédito”*.<sup>(12)</sup>

---

(11) Sentencia 0077, de la Sala Primera de la Corte, de las diez horas y cuarenta y cinco minutos, del 22 de agosto de 1997.

(12) Conf. Giogi, *Teoría de las obligaciones*, y Dalloz, *voz rétention*, citados por Leiva Fernández, Luis. F.P. *Op. cit.*, página 268.

### 3) **Indivisibilidad**

La cual consiste en que el derecho de retención se ejerce sobre la totalidad de las cosas que se encuentran retenidas, o sobre la totalidad de la cosa si es solo una, hasta que el crédito sea cubierto en su totalidad.

Debe tratarse de una retención lícita es decir que sea sobre la cosa que originó el crédito, no contra otra.

Además aunque la obligación principal sea divisible eso no significa la divisibilidad del derecho de retención, y en caso de haber un pago parcial el retenedor no esta obligado a la restitución parcial de la cosa retenida ya que el acreedor debe ser satisfecho totalmente para que este obligado a restituir la cosa.

### 4) **Origen legal o legalidad**

En nuestro país el ejercicio o existencia del derecho de retención nace de la ley, es decir no depende de la voluntad de las partes, por lo que están previstos expresamente los casos en que se otorga o no su uso, por ejemplo en el arrendamiento, o en el caso del artículo 330 del código civil que lo niega al poseedor de mala fe.

Hay autores que hacen referencia a un derecho de retención convencional, como lo expone Luis F Leiva Fernandez al decir que: *“Sin embargo no puede dejar de llamarnos la atención la afirmación de De Garperi y Morillo –única que conocemos con referencia al derecho argentino– 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”*.<sup>(13)</sup>

---

(13) *Op. cit.*, página 278.

## **Requisitos**

### **1) Tenencia de la cosa**

Es un requisito fundamental para el ejercicio del derecho de retención, que el acreedor tenga la cosa que se reclama, esto es tan indispensable que sin él no podría existir tal derecho. La tenencia debe ser efectiva, no es suficiente la voluntad de tenerla.

Para tal posesión no es necesario que se de en sentido estricto, es decir no se requiere que el acreedor sea poseedor animus domini, ya que el propósito es servir de la cosa para satisfacer el crédito que se le debe, siendo necesario solamente la tenencia de la cosa, respecto a ello Luis Alberto Bendaña expone que:

*“Se llama simple tenencia la que se ejerce sobre una cosa, como no dueño, es decir en el lugar o en el nombre del dueño. Resulta pues, que el mero tenedor sólo tiene un elemento de la posesión llamado corpus, pero no el animus, que es la intención de comportarse como dueño o señor de la cosa”.*<sup>(14)</sup>

Asimismo la cosa sobre la cual se va a ejercer el derecho de retención debe ser corporal, comercial, y embargable, ya que las cosas incorporales o inmateriales no pueden ser sustituidas, y no son susceptibles de ser entregadas, y las cosas inembargables *“no pueden servir de garantía o prenda común, y sobre ellas no cabe el poder de agresión por parte del acreedor; para obtener el pago, por otra parte las cosas inembargables; lo son por considerarse imprescriptibles por lo que no pueden privarse al deudor de ellas”.*<sup>(15)</sup>

Además la retención debe ser lícita y exclusiva en el sentido de que no puede servir al derecho de retención de otra persona, debe ser originada entre el acreedor y la cosa, no entre la cosa y varias personas.

### **2) Conexidad**

Alberto Vásquez menciona cómo en la mayoría de los textos romanos se hace referencia a la relación entre crédito y cosa, pero no todo los autores la consideraban como un requisito para ese entonces.

---

(14) Op. cit., página 19.

(15) Herrera Cantillo Marieta. *Op. cit.*, página 85.

Luis Alberto Bendaña dice además que los autores romanos exigían que el crédito reclamado por el deudor se hubiera invertido en la conservación de la misma cosa debida y retenida y en consecuencia el deudor que debía el dueño de la cosa al retenedor tenía que encontrarse incorporado a la cosa; *debitum cum re junctum*. En nuestro país al estar regulado los casos en que se permite el ejercicio de este derecho, no se presenta inconveniente alguno con este requisito.

Este requisito consiste en que debe haber una relación o conexión entre la deuda de la cosa y el crédito que se pretende asegurar con la retención, por lo que no se trata de una conexión subjetiva, es decir el mero vínculo entre las partes sin tomar en cuenta la relación entre la cosa y el crédito.

La mayoría de la doctrina expone que el crédito está indisolublemente unido con la cosa retenida, se refieren entonces a una conexión material, o jurídica. En síntesis *“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”*.<sup>(16)</sup>

### **3) La existencia de un crédito**

El crédito que el acreedor pretende cobrar debe ser cierto y exigible. Sobre la liquidez del crédito, se dice que no es necesaria para recocer la facultad de retener, bastando así la prueba de su existencia, por lo que puede ser determinable en el futuro, así que si hubiera alguna duda sobre la existencia de la deuda eso impediría la retención, y mientras haya plazo para cumplirla el acreedor lo que tiene es una expectativa de derecho.

### **Fundamento del derecho de retención**

Hay muchas teorías que han tratado de explicar el fundamento de este derecho, a continuación se expondrán algunas de ellas.

---

(16) Herrera Cantillo Marieta. *Op. cit.*, página 86.

## 1) **La voluntad**

Se ha expuesto que la voluntad presunta de las partes es el fundamento del derecho de retención, pero esto ha sido criticado ya que en muchos casos no es posible ver este elemento, de ello en muchas legislaciones es dado por ley. Vázquez nos dice que esta opinión solo podría defenderse cuando ha mediado entre las partes una relación sinalagmática.

## 2) **La ley**

Esta tesis sostiene que el fundamento del derecho de retención es la ley, es decir la voluntad del legislador, por lo que constituye un instituto de excepción, donde solo puede existir o darse en los casos expresamente estipulados en la ley, que en nuestro país son los contemplados en el código civil y en el código de comercio.

Por otro lado admitir esta posición, excluye la posibilidad del derecho de retención convencional.

## 3) **La equidad**

Esta tesis ha sido muy aceptada en la doctrina, ya se expone que este fue su origen en el derecho romano.

Vázquez indica que *“la equidad en Roma llenaba las lagunas o corregía el rigorismo del jus civile. El pretor, su órgano, cumplía esa tarea y a su acción se debió la aparición, bajo la forma de exceptio doli, del jus retentionis”*.<sup>(17)</sup>

Marietta Herrera expone que los que siguen esta teoría se basan en que sería muy injusto que una persona se vea obligada a devolver una cosa a su dueño cuando este último es deudor de ella y no le ha pagado, y que en nuestra legislación este derecho se otorga como ya se mencionó en casos específicos que establecen nuestros códigos, y no como un derecho de todo acreedor.

---

(17) *Op. cit.*, página 191.

#### 4) **Derecho natural**

Otros señalan como fundamento del derecho de retención el Derecho Natural, “*Mosset Iturraspe, encuentra el fundamento de este derecho en la naturaleza de las cosas o sea, en el Derecho Natural que permite mantenerse en el estado en que legítimamente se encontraba*”.<sup>(18)</sup>

En otras legislaciones como la Argentina esto no es muy aceptado, por ejemplo Vázquez “indica que la vaguedad e indeterminación del derecho natural, derecho ideal, inmutable, verdadero en todo tiempo y lugar, revelado al hombre por el esfuerzo del pensamiento—según la doctrina imperante en la época de la sanción de nuestro código no permite aceptarlo como base de un determinado derecho”.<sup>(19)</sup>

#### 4. **EFFECTOS JURIDICOS Y EXTINCIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN**

##### **Efectos**

##### **a) Efectos entre las partes**

##### **1) Derechos del acreedor**

- **Derecho de detención**

El acreedor retencionario tiene la facultad de mantener la tenencia de la cosa hasta tanto el deudor no le pague íntegramente el crédito garantizado, incluyéndose el pago de intereses y gastos. Además no está obligado a devolver parte de la cosa, por existir un pago parcial de la deuda. Frente a la privación involuntaria de la cosa retenida, algunas legislaciones le dan las acciones que se le conceden al poseedor que ha sido privado involuntariamente de la cosa, ya que no existe una acción especial que permita recuperar la cosa retenida al acreedor.

- **Derecho de retener los frutos de la cosa retenida**

Respecto a este punto A. Vázquez nos dice que el retenedor está obligado a conservar la cosa, pero no ha hacerla producir, además que

---

(18) Mencionado en Marietta Herrera C. *Op. cit.*, pag 75.

(19) *Op. cit.*, página 193.

si los frutos se pueden conservar se admite su retención, pero que si no se pueden conservar se sostiene que el retenedor debe entregarlos al deudor si este ultimo da un equivalente para reemplazar la garantía, o de lo contrario puede venderlos, sobre esto, unos opinan que el precio debe quedar retenido por el acreedor, y según otros debe imputársele al pago de los intereses, y del capital en lo que exceda del monto de estos.

Por otro lado Marieta Herrera C, expone que otra de las tesis sobre la facultad del acreedor del retener los frutos de la cosa retenida es la sostenida por Venegas Rodríguez, la cual consiste en que el acreedor tiene este derecho con iguales poderes con los que retiene la cosa.

Y que las razones a favor de esa tesis se basan principalmente en que debe negarse la imputación de los frutos a los intereses porque eso constituiría un pago con preferencia, que iría en contra de la naturaleza del derecho de retención, ya que este ultimo no lo concede.

En segundo lugar porque los frutos naturales al constituir un accesorio de la cosa, se debe extender entonces el derecho de retención a ellos.

Además porque el retenedor puede imputar a los frutos un precio menor al justo, dado que los frutos naturales no son una suma liquida, y en último lugar el retenedor no esta obligado a recibir los frutos como pago, en otras palabras no se le puede obligar a recibir algo diferente a lo que se le debe como pago.

- **Realización de mejoras necesarias**

En las doctrina se concuerda que el retenedor no tiene la facultad de usar o disfrutar la cosa salvo que sea necesario, Leiva Fernández expone que *“el efectuar mejoras necesarias constituye una atribución conducente del ejercicio del derecho de retención”*. En nuestro país también se permite la facultad de efectuar mejoras necesarias. *“Salvo aquel uso, según nos expone el Lic Edgar Cervantes que sea necesario para la conservación por ejemplo, un vehículo que requiere de cierto uso para evitar su deterioro”*.<sup>(20)</sup>

---

(20) Herrera Cantillo Marietta. *Op. cit.*, página 113.

La sala primera de justicia de nuestro país, también se ha pronunciado sobre este tema, y en una de sus sentencias indicó lo siguiente:

*“Ahora bien, es claro que el actor, en su condición de retensor o retenedor del inmueble, no estaba facultado para incorporarle mejoras, mucho menos, para luego pretender su cobro, pues la titularidad del derecho de retención no permite el ejercicio de esas facultades de disposición sobre el objeto retenido, que ha de mantener como buen padre de familia a los efectos exclusivos de asegurar el cumplimiento de la prestación asumida por su deudor. Verificada la cual, ha de hacer entrega material del bien, pues el carácter accesorio de su derecho impone su extinción al ver satisfecho su crédito”.*<sup>(21)</sup>

## **2) Obligaciones del acreedor**

### **• Conservar la cosa retenida**

La mayoría de la doctrina y nuestra Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, como ya se mencionó establecen que el retenedor está obligado a mantener la cosa con los cuidados de un buen padre de familia, devolviéndola en el mismo estado en que la recibió, salvo los deterioros por la naturaleza misma de la cosa, no respondiendo así por daños causados por fuerza mayor o caso fortuito.

Leiva Fernández estipula que *“Más del cumplimiento de ese deber depende el ejercicio de su facultad, porque si la cosa perece, se extingue su garantía”.*<sup>(22)</sup>

Los gastos, y mejoras en que incurra el retenedor que sean necesarios para la conservación de la cosa, el deudor debe reembolsárselos, por lo que si *“si no son urgentes, se le dará aviso al deudor para que otorgue su autorización; de ser urgentes, podrá realizarlos el retenedor y luego reclamar su reembolso sin que sean necesaria al autorización. Si el acreedor retencionario no cumpliera con dichas obligaciones será responsable por las pérdidas o intereses que causare al deudor con su omisión”.*<sup>(23)</sup>

---

(21) Sentencia 00301 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las ocho horas del veinte de mayo del 2005.

(22) Leiva Fernández Luis. *Op. cit.*, página 339.

(23) Herrera Cantillo Marietta. *Op. cit.*, página 90.



Pero si en el cuidado de la cosa se requieren conocimientos técnicos, especiales, el acreedor no será responsable por los daños o pérdida, salvo que el deudor le haya proporcionado tales conocimientos.

- **El acreedor esta obligado a restituir la cosa**

Cuando el deudor ha cumplido completamente con la prestación debida, incluyendo, gastos e intereses, el acreedor tiene la obligación de restituir la cosa, por lo que debe devolverla con sus accesorios o frutos que haya producido. El pago hecho por el deudor debe ser efectivo para que surja la obligación de restitución, ya que el acreedor no esta obligado a ello si lo que existe es una simple oferta de pago.

Según Leiva Fernández si el acreedor incurre en mora en la restitución y por ello ocurren deterioros en la cosa, o se produce su perdida, debe responder por ella.

- **Abstenerse de usar la cosa retenida**

El acreedor tiene prohibido usar la cosa retenida, y si lo incumple el deudor tiene derecho a pedir la restitución: *“el retenedor no tiene derecho a usar la cosa retenida, y el propietario puede impedirlo obteniendo el secuestro, como en el caso de prenda..., y aún la restitución, como en la anticresis, cuando media abuso del acreedor”*.<sup>(24)</sup>

Opuesto a lo anterior *“sostiene Venegas Rodríguez que en tal hipótesis obligar al acreedor a restituir la cosa opera en beneficio indevido del deudor, por lo que afirma sólo procede su secuestro”*.<sup>(25)</sup>

Nuestros tribunales también exponen que el ejercicio del derecho de retención no autoriza el uso o la explotación de la cosa ya que ello es un derecho que le corresponde al titular del dominio o de la posesión de la cosa.

*“Por consiguiente, en modo alguno el ejercicio del derecho de retener conlleva posesión ni autoriza la explotación agraria del*

---

(24) Vázquez Alberto. *Op. cit.*, página 152.

(25) Leiva Fernández Luis. *Op. cit.*, página 341.

*inmueble, que sólo compete a quien ostente titularidad del dominio o de la posesión, según sea el caso*".<sup>(26)</sup>

### **3) Derechos del deudor**

- El deudor tiene derecho a verificar que la retención se realice según lo previsto en la ley, esto se debe principalmente a que existe la posibilidad que el acreedor se extralimite en sus facultades, un ejemplo de ello es que utilice la cosa retenida.
- Por lo que ante el uso indebido del acreedor sobre la cosa retenida el deudor tiene derecho a su reintegro.
- También tiene derecho a pedir la restitución de la cosa en caso de extinguirse las circunstancias que facultaban la retención, por ejemplo en caso de que el pague efectivamente al acreedor el crédito debido.
- El deudor conserva las atribuciones jurídicas sobre la cosa retenida, es decir puede enajenarla, y en tal caso el comprador debe respetar la retención.

### **4) Obligaciones del deudor**

- No debe interferir o perturbar la retención del acreedor sobre la cosa, si esta se realiza debidamente.
- Tiene la obligación de reembolsarle al acreedor todos los gastos necesarios realizados sobre la cosa para su conservación.

## **B) Efectos de la retención frente a terceros**

### **1) Efectos del derecho de retención frente a los sucesores universales del deudor**

El derecho de retención es oponible a los sucesores a título universal del deudor, esto se debe a que ellos heredan del causante no

---

(26) Sentencia 00301 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las ocho horas del veinte de mayo del 2005.

solo sus derechos, créditos sino también sus deudas, por lo que deben cumplir con las obligaciones que pesan sobre tal patrimonio, *“ya que no pueden heredar un mejor derecho que el de este”*.<sup>(27)</sup>

## **2) Efectos del derecho de retención frente a los sucesores particulares del deudor**

El tercero adquirente o el comprador, no adquiere un mejor derecho que el vendedor (el deudor), por lo que la cosa queda sujeta a la retención, y no tendrá su posesión hasta que cancele la deuda al acreedor retencionario. Sobre este punto Vázquez expone que *“no podría, en efecto, quedar librada a la voluntad del deudor la eficacia del derecho del retenedor, como ocurría si aquél pudiera ponerle fin transfiriendo su dominio”*.<sup>(28)</sup>

## **3) Efectos del derecho de retención frente a los acreedores quirografarios del deudor**

En este punto se ventilan dos intereses, uno el de el acreedor retenedor que tiene derecho a que no se le prive de la tenencia de la cosa hasta que vea satisfecho su crédito, y el segundo, él de los acreedores quirografarios los cuales tienen el derecho de ejecutar su crédito sobre el patrimonio del deudor, y como sabemos aunque el deudor no tenga la posesión material de la cosa retenida el sigue siendo el propietario de ella por lo que los acreedores quirografarios deben respetar el derecho de retención y para ejecutar su crédito sobre la cosa retenida pueden embargarla, o subastarla. Esto se hace mediante una subasta pública la cual se realiza en las condiciones en que la cosa se encuentra, y el adquirente no puede poseer la cosa, hasta que pague previamente al acreedor retenedor el monto del crédito debido, sea directamente o por medio de un depósito en el juicio. El excedente se distribuiría entre los demás acreedores.

---

(27) Herrera Cantillo Marietta. *Op. cit.*, página 93.

(28) *Op. cit.*, página 158.

#### 4) **Efectos del derecho de retención frente a los acreedores privilegiados**

En este tema se discute si el derecho de retención, puede o no ser oponible a los acreedores con privilegio o alguna garantía real (como la hipoteca) Sobre este punto hay diversas opiniones, una de ellas se basa en diferenciar entre cosas muebles e inmuebles, y estipula que el derecho de retención puede ser oponible a tales acreedores si la cosa retenida es mueble, sin tomar en consideración su fecha de inscripción, pero si la cosa es inmueble, si es de importancia la fecha en que fue inscrita, por lo que si los privilegios o la hipoteca existen antes del derecho de retención, no es oponible este último, pero si el crédito hipotecario o los privilegios son posteriores al derecho de retención, si es oponible a los acreedores privilegiados o al crédito hipotecario.

Otro punto de vista es aquel que establece que el derecho de retención es oponible a cualquier acreedor sin distinción.

Autores de esta última tesis son Josserand y Gaultier, los cuales son mencionados por Vázquez.

Josserand expone que *“...el que retiene en concepto de tal, no se presenta como causabiente de nadie; el derecho de que se prevale ha nacido directamente y por primera vez en su persona; es un derecho en cierto modo originario y no derivado; debe ser oponible a todos sin distinción”*.

Y Gaultier dice: *“En cuanto a los acreedores privilegiados tampoco cabe distinguir. El derecho de retención vale contra ellos, y con mayor razón, cuanto que aquí la fecha no influye en la determinación de la preferencia”*.<sup>(29)</sup>

#### 5) **Efectos del derecho de retención en caso de quiebra**

Es opinión de algunos autores que el derecho de retención prevalece en una declaratoria de quiebra o concurso civil del deudor, acorde a ello Vázquez expone que *“la razón de jus retentionis no pierde fuerza porque se trate de la masa de acreedores”*.

---

(29) *Op. cit.*, págs. 164, 165.

*“Como si se tratara del deudor, es también inequitativo que los acreedores pretendan incorporar al activo una cosa que en mayor o menor medida representa trabajo o capital del retenedor. Porque no debe olvidarse que su crédito no es cualquier crédito, sino uno en especial relación con la cosa retenida”, y más adelante menciona “el retenedor no es un acreedor quirografario común, porque es titular de un derecho claramente definido en la ley, y oponible a los demás acreedores”.*<sup>(30)</sup>

Marietta Herrera menciona que una opinión contraria es la dada por Llambías, ya que *“para él, mientras el deudor no haya caído en insolvencia, el derecho de retención tienen prioridad sobre los acreedores generales, pero una vez que se declare el concurso de acreedores, el derecho de retención caduca, teniendo prioridad en el pago, los acreedores de la masa”.*<sup>(31)</sup>

*En este tema Leiva Fernández expone que: “En síntesis, en el marco de una ejecución singular se aplica el Código Civil y la retención prevalece sobre los privilegios especiales, si comenzó a ejercerse antes de nacer los créditos privilegiados”.*

*Los privilegios generales sólo pueden hacerse valer en un proceso concursal.*

En el proceso concursal civil o comercial el privilegio del retenedor se opone y prevalece sobre todos los otros acreedores con privilegio especial pues ocupa el art. 265, inc. 1, ley 19.551 –y también sobre los generales, reconozcan o no causa laboral.”<sup>(32)</sup>

## **Extinción del derecho de retención**

A continuación se expone algunas de las causas de extinción del derecho de retención.

---

(30) *Op. cit.*, págs. 160-161.

(31) *Op. cit.*, página 160.

(32) *Op. cit.*, página 361.

## 1) **Destrucción de la cosa retenida**

Si la cosa retenida perece, o destruye, el derecho de retención se extingue por falta de objeto, sea por culpa del deudor o del retenedor.

Si la pérdida o destrucción de la cosa se debió a caso fortuito, en la retención legal, el acreedor retencionario no tiene derecho a pedir al deudor que le sustituya la cosa por otra, pero si se trata de una retención convencional el deudor si debe entregar al acreedor otra cosa en garantía ya que él se obligó a dar una garantía real del crédito.

Si la cosa retenida se destruyó o perdió por culpa del retenedor este debe pagar los daños y perjuicios ocasionados al propietario de la cosa (el deudor, o un tercero). Marietta Herrera dice que además *“se dará una compensación entre esos daños y perjuicios y la deuda hasta donde alcancen las sumas”*.<sup>(33)</sup>

Si la pérdida fuese parcial, la retención no se extingue, sino que persiste sobre el resto de la cosa, *“sin que por el principio de indivisibilidad se libere parte alguna de la garantía”*.<sup>(34)</sup>

Si el dueño de la cosa era un tercero, este no tiene la obligación de dar otra en sustitución, sea que se trate de una retención legal o convencional ya que en ninguno de los dos casos él se obliga personalmente.

## 2) **Extinción del crédito**

Si el derecho principal se extingue el derecho de retención también, ya que este último es accesorio del primero.

El crédito principal debe extinguirse totalmente, ya que si la extinción es parcial, la retención garantiza el pago de la parte que subsiste, ya que, eso no significaría una disminución de la retención, en base al principio de indivisibilidad que caracteriza al derecho de retención, como anteriormente se mencionó.

---

(33) *Op. cit.*, página 96.

(34) Leiva Fernández, Luis. *Op. cit.*, página 369.

Un tema que se ha discutido es que si el crédito se puede extinguir mediante prescripción mientras el retenedor tenga la tenencia o posesión de la cosa.

Unos opinan que la existencia de la retención impide que la prescripción del crédito corra, continué, ya que el crédito que se garantiza con el derecho de retención y mientras este se ejecute, es imprescriptible.

López de Haro expone lo siguiente *“Excluiremos desde luego como medio de extinguirlo, la prescripción que no puede darse por dos razones: 1ª, por el carácter de excepción del jus retentionis no cabiendo en ellas la prescripción, porque “quae temporalio sunt ad agendum, perpetua sunt ad excipiendum”, pues a diferencia de las acciones que prescriben, las excepciones son perpetuas, salvo acto obstativo que las convierte en acción; y 2ª, porque no es caso de prescripción, ya que no puede empezar a prescribir pues es constante la actuación del acreedor por medio de la retención, creándose un estado similar al de la prenda (Cód. Just. Lib. VII, Tit XXXIX Ley 7.ª)”*<sup>(35)</sup>

Frente a lo anterior otros opinan que el ejercicio del derecho de retención por parte del acreedor no impide que la prescripción corra. *“Estos autores se basan en la regla de que todas las acciones y derechos se extinguen por prescripción y si bien, tiene sus excepciones señaladas por los códigos, entre ellas no se señalan los créditos garantizados por el derecho de retención”*.<sup>(36)</sup>

Además que la inercia o inacción del deudor para pedir la restitución de la cosa no significa un reconocimiento del crédito sea expreso o tácito por que para ello se necesita un hecho positivo y claro.

### **3) Renuncia del retenedor**

El titular del derecho de retención puede renunciar a él sea expresa o tácitamente, y con ello se extingue tal derecho.

---

(35) *Op. cit.*, página 90.

(36) Herrera Cantillo Marietta. *Op. cit.*, pág. 99.

Pero la renuncia al derecho de retención no implica renunciar al crédito, pero la renuncia al crédito sí significaría la extinción del derecho de retención.

Leiva Fernández nos expone que no le parece que pueda existir renuncia anticipada del derecho de retención ya que *“Por lo contrario, juzgamos de orden público al ejercicio de la facultad de retención antes de verificarse las circunstancias que la habiliten, de suerte que no puede renunciarse en forma anticipada. Lo contrario importaría tanto como que se pacte (“de práctica”), al formalizarse cualquier relación jurídica que pueda dar lugar a la retención, su renuncia anticipada, lo que constituiría la partida de defunción del instituto”*.<sup>(37)</sup>

En cambio Vázquez nos dice que si se admite la renuncia anticipada ya que el derecho de retención no es de orden público ya que si fuese así su renuncia estaría prohibida.

*“Cabe la renuncia anticipada a ejercer ese derecho, por ejemplo en el contrato que da lugar a la relación jurídica entre las partes, y no requiere términos sacramentales, pero debe resultar indudable, pues rige el art 874 del Código Civil y la interpretación debe ser restrictiva. Así si en una escritura de obligación hipotecaria constase que el locador de obra, que concurre al acto, renuncia al privilegio que le correspondía no debe entenderse que renunció también al derecho de retención”*.<sup>(38)</sup>

#### **4) Pérdida de la posesión o tenencia**

El derecho de retención se extingue si el retenedor pierde la posesión de la cosa sea voluntaria o involuntariamente.

Si el retenedor abandona o entrega la cosa voluntariamente, aunque no pretendiese que el deudor la tuviera nuevamente, el derecho de retención se extingue, es importante señalar que la entrega es una forma de renuncia tácita a tal derecho.

---

(37) *Op. cit.*, página 277.

(38) *Op. cit.*, página 185.



Pero la pérdida de la posesión también puede darse contra la voluntad del retenedor, cuando este es despojado o desposeído de la cosa en una forma clandestina. En tal caso algunas autores exponen que cabe la posibilidad de que el retenedor entable las acciones que se dan para recuperar la posesión, ante ello “*Venegas Rodríguez no comparte esta tesis en su criterio, perdida la posesión de la cosa voluntaria o involuntariamente se extingue definitivamente el derecho de retención*”.<sup>(39)</sup>

## 5) **Acreeedor pasa a ser dueño de la cosa**

Si el acreedor adquiere el dominio total de la cosa por medio de cualquier título el derecho de retención se extingue, pero si es parcial la retención continúa ejerciéndose sobre la parte que no se tiene el dominio, ya que recordemos que no puede ejercerse la retención sobre una cosa propia.

### **Análisis del derecho de Retención a la luz de nuestra Legislación**

Tal como señale al principio no existe un aparte en nuestro Código Civil o en nuestro Código de Comercio que recoja en forma uniforme todas las regulaciones o normas jurídicas que regulan el derecho de retención en nuestro país. Lo que existen son algunas normas jurídicas diseminadas en ambos códigos que regulan algunas situaciones jurídicas donde aparece el derecho de retención. Veamos algunos ejemplos.

1. El poseedor de Buena fe tiene el derecho de retención sobre la cosa hasta tanto no se le pague lo que se le debe, esto es el valor de la cosa, las mejoras necesarias y útiles etc. (cita art. 328 Código Civil)
2. El derecho del usufructuario de ser reembolsado de sumas que por causa del usufructo corresponda pagar al propietario y en tal sentido faculta al usufructuario o a sus herederos a retener la cosa hasta que se le pague lo debido. ver artículo 365 Código Civil.
3. En materia de muebles la accesión nos da otro caso de Derecho de retención cuando alguien empleando materia que no le pertenecía forma un cosa nueva, el dueño tiene el derecho de

---

(39) Marietta Herrera C. *Op. cit.*, página 97.

reclamar la cosa que se hubiese formado satisfaciendo el valor del trabajo pero si se constata que el valor del trabajo es muy superior al valor de la materia empleada entonces el realizador de la obra tendrá derecho de retener la cosa producto de su trabajo, eso si pagando al dueño el valor de los materiales (artículo 513 Código Civil).

4. El derecho de retención es tenido en cuenta en nuestra legislación como un crédito con privilegio sobre determinado bien.

El artículo 993 establece que los acreedores tiene privilegio sobre el bien retenido si han usado de ese derecho sobre la cosa retenida.

5. En el contrato de arrendamiento el arrendador tiene derecho en caso de que no se le hayan pagado los alquileres o rentas vencidos a oponerse a que se saquen de la finca o casa arrendada los frutos u objetos con que el arrendatario la haya amueblado guarnecido o provisto (artículo 1143 Código Civil).
6. En el caso del contrato de transporte el porteador tiene derecho de retener los objetos que se le hayan confiado hasta que se les pague el valor de los fletes y el de las expensas ocasionadas por la conservación de dichos objetos. (Ver art. 1182 Código Civil).
7. En el contrato de obra, aquel que ha ejecutado una obra sobre una cosa mueble tiene derecho de retenerla hasta que se le pague. (Ver art. 1195 Código Civil).
8. En el contrato de mandato el mandatario tiene el derecho de retención sobre los objetos que se le hayan entregado por cuenta del mandante en seguridad del pago de lo que se le debe. (Ver art. 1277 Código Civil).
9. En el contrato de Comodato el Comodatario tendrá el derecho de retención sobre la cosa hasta que se le haya pagado los gastos que tuvo en virtud de la conservación de ésta. (Ver art. Código Civil 1338).
10. El depositante es obligado a indemnizar al depositario todos los gastos en que haya incurrido en la conservación de la cosa. El depositario tiene el derecho de retención para ser pagado.

Ahora vamos a analizar algunas situaciones jurídicas que regula nuestro Código de Comercio que corresponden también al derecho de retención. Veamos:

1. En el caso del Comisionista, éste tendrá derecho a que el Comitente le pague sus honorarios y gastos sin demora y en caso de que no lo haga el comisionista tendrá el derecho de retener lo necesario para cubrir el crédito. (Ver art. 292 Código de Comercio).
2. Los porteadores según nuestro Código de Comercio tiene el derecho de retención de las mercaderías transportadas mientras no se le pague el porte. (Ver artículo 336 inc. g Código de Comercio).
3. En el caso del Contrato de depósito mercantil el depositario tiene el derecho de exigir retribución por el depósito la cual se fijará en el contrato. Éste podrá hacer uso del derecho de retención en tanto no se le pague la retribución correspondiente. (Ver art. 522 Código de Comercio).

## Conclusiones

1. El derecho de retención es: *“la facultad que sin convención de las partes, corresponde al poseedor y juntamente al acreedor de rehusar a su entrega de una cosa que le debe, mientras que no le haya satisfecho por su parte el débito correspondiente”*.<sup>(40)</sup>
2. Nuestra jurisprudencia lo ha definido de la siguiente manera:  
“X. *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 del bien de ninguna forma, solo tiene derecho a retenerlo, siempre y cuando la ley lo autorice expresamente*”.<sup>(41)</sup>

---

(40) Bendaña Benítez, Luis Alberto. *Derecho legal de retención, Tesis para optar por el título de doctor en Derecho*. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Autónoma de Nicaragua. 1962. página 16.

(41) Sentencia 00035 de la Sala Primera de la Corte, de las quince horas del 22 de marzo de 1991.

3. La sala primera de la corte considera que el derecho de retención no es un derecho real sino un derecho personal de garantía, y que puede producir sus efectos reales solo si se inscribe en el Registro de la Propiedad, por lo que al ser personal y una medida tutelar es susceptible de ser sustituido por el juez por otra garantía que asegure y proteja el crédito:
4. El derecho de retención presenta las características siguientes: Es accesorio, indivisible, cedible, y tiene un origen legal.
5. Requisitos para ejercer el derecho de retención: Tenencia de la Cosa, Conexidad, existencia de un crédito correlativo.
6. El derecho de retención se extingue por extinción del crédito, por destrucción de la cosa retenida, por renuncia del Derecho que haga el retenedor, por la pérdida de la tenencia de la cosa, o que el acreedor pase a ser dueño de la cosa retenida por algún motivo.

## **BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA**

- Bendaña Benítez Luis Alberto. *Derecho legal de retención*. Tesis para optar por el título de doctor en Derecho. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Autónoma de Nicaragua. 1962.
- Herrera Cantillo, Marieta. *Los medios compulsivos en el derecho privado costarricense*. Tesis de Graduación, Facultad de Derecho, Universidad de Costa Rica. 1986, San José Costa Rica.
- Díez Picazo, Luis y Antonio Gullon. *Sistema de Derecho Civil*. Editorial Tecnos, volumen dos, 1978.
- López de Haro, Carlos. *El derecho de retención*, Madrid. Editorial Reus, 1921.
- Leiva Fernández, Luis. F.P. *Derecho de retención*. Buenos Aires, Editorial Astrea. 1991, página 138.
- Salas Murillo, Evelyn y Otro Código Civil de Costa Rica y Jurisprudencia, Biblioteca jurídica Dike, primera edición 2002.
- Vásquez Alberto. *Derecho de retención*, Buenos Aires, ediciones Depalma, 1962.
- Sentencia 00035 de la Sala Primera de la Corte, de las quince horas del 22 de marzo de 1991.
- Sentencia 0077, de la Sala Primera de la Corte, de las diez horas y cuarenta y cinco minutos, del 22 de agosto de 1997.
- Sentencia 00301 de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia, de las ocho horas del veinte de mayo del 2005.