

EL DERECHO DE RETENCIÓN POR MEJORAS, AMPLIACIONES Y GASTOS

Dr. Juan Carlos Berrios Albizu

Magistrado Tribunal Supremo de Justicia



1. INTRODUCCIÓN. El derecho de retención como institución independiente no está regulado en nuestro sistema legislativo de derecho privado. Su regulación es sintética y aparece en diversos actos jurídicos normados tanto por el Código Civil como por el Código de Comercio.

Tampoco nuestro Código Civil¹ describe un concepto sobre el derecho de retención; no obstante, su descripción hace entender que el tenedor o poseedor de una cosa se encuentra facultado para conservarla hasta que el pago debido por una relación jurídica no sea satisfecho.

Podemos verificar que ese derecho en el sistema jurídico privado se encuentra en distintos institutos, en el Código Civil: el art. 98 lo describe en favor del poseedor respecto al propietario en cuanto a las mejoras introducidas en el inmueble (art. 241); lo establece favorablemente para el usufructuario respecto al pago por las reparaciones extraordinarias en el inmueble (art. 236), las cargas sobre el predio (art. 239 y art. 240) y el pasivo que grava una herencia sujeta a usufructo; también se encuentra desarrollado en provecho del mandatario pudiendo este retener las cosas objeto del mandato hasta que se efectúe el pago que es debido por efecto de dicho contrato; en interés del depositario (art. 857) respecto a la cosa depositada entre tanto le sea satisfecho

lo que se deba pagar lo adeudado por el servicio; asimismo, se encuentra estipulado en beneficio del acreedor anticresista respecto a la propiedad otorgada en garantía (art. 1340).

Por otra parte, el Código de Comercio² también desarrolla el derecho de retención para ciertos actos jurídicos comerciales, el cual no debe ser confundido con los actos jurídicos civiles, pues aquellos regulan los actos de comercio y la actividad comercial (art. 6) la cual tiene algunas excepciones (art. 8): en forma genérica lo describe para el caso de los contratos en general, cuando el acreedor tenga un crédito exigible contra su deudor, la retención se opera respecto a los bienes que se encuentra en posesión del acreedor (art. 810); en beneficio del depositario a efectos de que el depositante le cancele el monto de las sumas líquidas por concepto del depósito (art. 871); en favor del acreedor por concepto del contrato de prenda con desplazamiento (art. 885); en interés del transportador respecto a la mercadería transportada (art. 951 y 955.5); a favor de los almacenes generales, respecto al almacén del producto depositado (art. 1200); asimismo, se establece dicho derecho de retención en beneficio del mandatario por las sumas de dinero o bienes provenientes del mandato ejecutado (art. 1240), en bien del agente, en el caso del contrato de agencia o representación, cuyo derecho de

¹Ley N. ° 1071 de 18 de junio de 2018 que eleva a rango de Ley, el Código Civil aprobado mediante Decreto Ley N. ° 12760 de 6 de agosto de 1975. Gaceta Oficial de Bolivia Edición N. ° 1075NEC de 20 de junio de 2018.

²Decreto Ley N. ° 14379 de 25 de febrero de 1977. Gaceta Oficial de Bolivia Edición N. ° 907 de 1 de marzo de 1977.

retención abarca a los bienes y valores del representado (art. 1250); y en apoyo del comisionista, en el contrato de comisión, respecto a los bienes recibidos o adquiridos por cuenta del comitente (art. 1285).

Todos estos beneficiarios tienen como argumento causal (derecho de retención comercial) una deuda o un servicio, y en muchos casos esta retención tiene la calificación de privilegio, según cada caso, lo que lo distingue del derecho de retención civil, al cual no se asigna la calidad de privilegio para la prioridad del pago en caso de que concurren múltiples acreedores.

Todos estos casos tienen que ver con retener la cosa entre tanto al poseedor no se le cancele la deuda o la contraprestación que emerge de una relación jurídica o contrato.

De los supuestos descritos precedentemente, en este trabajo se tomará en cuenta la que concierne al art. 98 del Código Civil, esto es, el derecho de retención por las mejoras y ampliaciones introducidas en la propiedad inmueble por un tercero.

2. NATURALEZA JURÍDICA. La característica de este derecho difiere de acuerdo a las posturas doctrinarias, es difícil el consenso entre los estudiosos del derecho, la tendencia mayoritaria establece tres posturas: derecho real, derecho personal y mixta (eclectica).

a) Derecho real. Este postulado se asienta en el criterio de que la retención es un derecho real, pues tiene sustento en la relación directa que existe entre el poseedor con el bien, y al margen de ello ese derecho fuese oponible a terceros, o sea, de acuerdo al criterio de Leiva Fernández citado por Jiménez “a toda otra

persona además del titular del dominio, los causa-habientes del propietario y especialmente contra los otros acreedores del deudor”³.

Por una parte, entienden los doctrinarios que, si la descripción del art. 98 del Código Civil al estar inmersa dentro del sistema de los derechos reales, se entiende que su calificación puede ser establecida como un derecho real, más si se trata de las mejoras y ampliaciones.

Contrario sensu, desde nuestro punto de vista, el derecho de retención descrito en el art. 98 del Código Civil solo podría ser asimilado como un derecho real frente al propietario-deudor y no respecto a terceros, ya que el sistema de derechos reales adoptado en nuestro Código Civil es el de la publicidad del título, y la situación del poseedor solo abarcaría su relación jurídica frente al propietario y no al tercero por la falta de publicidad y oponibilidad del derecho de retención, puesto que el régimen de la tradición en materia inmobiliaria no es admitida en nuestro sistema jurídico civil.

b) Derecho personal. Se denomina como un derecho personal en sentido de que el acreedor, titular de las mejoras, tiene el derecho de oponer una excepción dilatoria con el objeto de impedir al deudor (propietario) que adquiera la posesión (tenencia) del bien, para que cumpla con su obligación de indemnizar el pago por las mejoras introducidas.

Esta postura tiene un fuerte asentimiento, puesto que el derecho de retención puede ser desplazado si es que se sustituye con otra garantía, al margen de que puede ser arrastrado con las formas de extinción de la deuda, por esa razón se la considera como derecho personal, aparte de que

³Jiménez Bolaños, Jorge (2006): “¿Es un derecho real el derecho de retención?” Revista de Ciencias Jurídicas. Universidad de Costa Rica. 6(110) (url: file:///C:/Users/LUIS/Downloads/13639-Texto%20de%20art%C3%ADculo-23319-1-10-20140226%20(1).pdf)

la misma no tiene investida el derecho de persecución ni preferencia, lo que da lugar a que el crédito adeudado pueda ser pagado con el resto de bienes del deudor.

c) Tesis ecléctica. Considera que no puede afirmarse con plenitud que el derecho de retención sea un derecho real o un derecho personal, desde otro punto de vista, Barragán⁴ sostiene que en el derecho de retención se produce la concurrencia de elementos de una y otra naturaleza, pero meramente parcial.

De acuerdo al citado autor el elemento real se manifiesta en la retención por la relación entre el acreedor y el bien, que genera la consecuencia de la posibilidad de aprovechar sobre la utilidad de la cosa; y el elemento personal se expresa en la retención del bien que solo es oponible a una sola persona (deudor-propietario), dado que carece de la oponibilidad erga omnes.

3. Concepto. La mayoría de los criterios en la doctrina son similares en cuanto a la conceptualización del derecho de retención, al efecto, podremos citar el aporte de Miguel Ángel Zamora y Valencia, quien señala que el derecho de retención es “la facultad que otorga la ley en casos concretos y determinados al poseedor de un bien ajeno, para conservar esa posesión hasta que el propietario le pague lo que le adeude, relacionado con ese mismo bien o con el acto o hecho jurídico del que se derive la posesión y que faculta al titular previa notificación fehaciente al propietario, a considerarse como acreedor prendario”⁵.

Este concepto tiene varias de las características del derecho de retención en el ámbito del derecho privado civil y comercial, puesto que describe la relación

jurídica entre el acreedor y el bien, el elemento de conservación y la causa de la conservación (la deuda impaga).

La última parte describe a la situación de un acreedor prendario, esta descripción aludiría a la relación con cosas muebles, pues la prenda se diferencia de la hipoteca por la naturaleza del bien que protegen; sin embargo, este concepto no debe entenderse desde su literalidad, sino desde un punto de vista funcional, entendiéndose que el término “prendario” debe asimilarse como la calidad de garantía por la cual el acreedor retiene el bien (sea mueble o inmueble), puesto que el concepto está desarrollado no solo para la retención inmobiliaria, sino también para la retención de los muebles.

4. CARACTERES DEL DERECHO DE RETENCIÓN. Entre los caracteres del derecho de retención, considerando la uniformidad de la doctrina, asumimos que tiene las siguientes:

a) Accesoriedad. Depende de la existencia del crédito, pues si por alguna razón el crédito deja de existir la retención también perderá su razón de operar como derecho.

El derecho de retención no únicamente puede activarse como excepción o defensa ante una pretensión de entrega de la posesión, sino que la misma también puede operar como acción, obviamente postulando la acción principal: pago adeudado por mejoras introducidas (en el caso del poseedor de un inmueble) de la cual es accesorio el derecho de retención.

Parte de la doctrina refiere que este derecho solo puede activarse como defensa o excepción, lo cual no es correcto; al contrario, también puede activarse como acción, puesto que si el poseedor quiere alejarse de la posesión

⁴Barragán, Alfonso M. (1971): “Derechos Reales” Editorial TEMIS-Bogotá, pág. 54.

⁵Zamora y Valencia, Miguel Ángel (2017): “Homenaje al doctor Othón Pérez del Castillo por el Colegio de Profesores de Derecho Civil, Facultad de Derecho-UNAM” (url: <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4488-homenaje-al-doctor-othon-perez-del-castillo-por-el-colegio-de-profesores-de-derecho-civil-facultad-de-derecho-unam>).

del inmueble no necesita aguardar una demanda entablada en su contra, sino que puede activar el cobro de la deuda por las mejoras introducidas.

b) Indivisible. Esta característica tiene que ver con que la deuda impaga debe ser satisfecha en su integridad, o sea, si el deudor paga un cierto porcentaje de su obligación no podrá desalojar o reivindicar al poseedor titular del derecho de retención. Aquí corresponde efectuar una aclaración de lo que se está persiguiendo, el derecho de retención solo comprende el monto por las mejoras y ampliaciones; si la defensa planteada por el titular del derecho de retención adiciona otras pretensiones, la retención no podrá comprender a esas otras pretensiones, sino únicamente al monto que comprendan las ampliaciones y mejoras.

c) Transmisible. El derecho de retención en forma individual no puede ser transmitido. Al tener carácter accesorio su transmisión está condicionada a la transmisión del derecho de crédito, o sea, al cederse la acreencia por las mejoras introducidas también se transmite el derecho de retención. No se puede confundir con la transmisión del derecho de propiedad del titular, pues este no ejerce el derecho de retención el cual es atribuible únicamente al poseedor que tiene un derecho de crédito frente al propietario.

d) Legalidad. El derecho de retención únicamente se ejerce cuando la ley lo establece para ciertos actos. Corresponde señalar que respecto a la retención de las ampliaciones y mejoras si se la considera como un derecho real, el sistema de derechos reales adoptado por el Código Civil asume el de *numerus clausus*, por ello no podría crearse un derecho real de retención sobre otras situaciones jurídicas, sino únicamente sobre lo que está permitido por ley, por consiguiente, no

puede solicitarse el ejercicio del derecho de retención en función de lo previsto en el art. 14.IV de la Constitución Política del Estado, basado en el apotegma de que lo que no está prohibido está permitido.

5. REQUISITOS. El derecho de retención se encuentra compuesto de los factores siguientes:

a) Posesión material del bien. La doctrina la denomina como tenencia de la cosa, esto significa que el que invoca derecho de retención debe estar en posesión física del bien, aspecto que no merece mayor explicación.

El debate se genera cuando se requiere acreditar o no el *animus domini*, consideramos que sí debe acreditarse tal aspecto; puesto que conforme al art. 98 del Código Civil, el derecho de retención solo se aplica en favor del poseedor de buena fe, esto quiere decir, que la posesión de buena fe debe justificarse conforme lo describe el art. 93 del mismo cuerpo legal; se considera poseedor de buena fe a la persona que cree haber adquirido el derecho.

La situación de establecer el *animus domini*, o sea, la intención que el poseedor tiene sobre la cosa, resulta imprescindible, ya que el art. 98 del Código de la materia solo otorga el derecho de retención al poseedor de buena fe y no al de mala fe, la ley no ampara al poseedor de mala fe, aunque este tenga derecho al pago por las mejoras introducidas. Esta distinción del poseedor de buena fe o de mala fe no solo sirve para otorgar el amparo del derecho de retención, sino también para establecer la cuantificación de la indemnización.

No puede ejercerse el derecho de retención si el poseedor ha entregado voluntariamente el bien. Tampoco podrá solicitarlo si fue despojado o eyeccionado del mismo por mecanismos ilegítimos y no

haya hecho uso del interdicto de recuperar la posesión dentro del año. Se reitera que el poseedor debe estar en posesión del bien, ya que este derecho no faculta el derecho de persecución, salvo el caso de que el interesado haya hecho valer la recuperación del bien, mediante el interdicto de recuperar la posesión.

b) Relación de causalidad. La mayoría de la doctrina la denomina como conexidad, lo cual apunta a que debe existir una la relación entre el crédito adeudado que se pretende garantizar y el bien, no puede ampararse con el derecho de retención a otras relaciones jurídicas entre el poseedor y propietario que no emerjan de las mejoras introducidas.

c) Existencia del crédito. El crédito debe corresponder a una relación contractual o en nuestro caso a una relación jurídica que se ampara con el derecho de retención.

El crédito debe ser cierto y exigible, resulta ser líquido cuando se trata de derecho de retención que nace de los contratos e ilíquido cuando nace de una relación jurídica como es la implementación de mejoras y ampliaciones sobre un inmueble, que en la generalidad de los casos debe ser evaluada y clasificada, puesto que no toda implementación puede ser objeto de indemnización.

Se entiende que si concurre duda sobre la existencia del crédito no concurre el derecho de retención. En este punto se considera las formas de extinción del crédito que pueden hacer pervivir o no el derecho de retención.

Lamentablemente la forma de determinar la liquidez es el factor para que este derecho de retención no pueda oponerse oportunamente frente a terceros, como resulta ser los activados en procesos de

ejecución activados por terceros, esto cuando se trata de lograr la preferencia en el pago.

6. Límites del amparo del derecho de retención. La nomenclatura descrita en el art. 98 del Código Civil, establece que el poseedor de buena fe puede retener la cosa hasta que se le abone las indemnizaciones y se le rembolsen los gastos mencionados en los artículos anteriores.

La norma hace una remisión a los arts. 95 (reembolso de gastos), 96 (reparaciones) y 97 (mejoras y ampliaciones) del Código Civil.

Al efecto, corresponde considerar que la primera disposición ampara al poseedor a que el propietario le reembolse los gastos a poseedor que haya realizado para la producción y recolección de los frutos que generó el bien inmueble. Aquí se debe considerar lo que prescribe el art. 94 de Código Civil, permite al poseedor de buena fe hacer suyos los frutos que genera el bien, la ley le obliga devolver los frutos que se generen luego de la citación con la demanda. Cuando deba devolver los frutos el poseedor de buena fe solo puede ampararse con el derecho de retención sobre la base del importe de los gastos para la producción y recolección de los frutos.

El segundo articulado señala sobre las reparaciones extraordinarias estimadas a la fecha del reembolso. En este punto la norma no diferencia al poseedor de buena fe o de mala fe para la devolución del importe. Estos gastos extraordinarios tienen que ver con los gastos de conservación,

Como refiere el doctrinario nacional Carlos Morales Guillen,⁶ suponen gastos necesarios sin cuya realización la cosa se deteriora o destruye. Este importe también

⁶ Morales Guillen, Carlos (1982): "CODIGO CIVIL CONCORDADO Y ANOTADO". Editorial Gisbert & Cia. Pág. 166.

está protegido con el derecho de retención, empero, únicamente para el poseedor de buena fe, aquí no existe una distinción en el monto del importe indemnizable para los poseedores de buena fe y mala fe.

El tercer precepto se refiere a las mejoras y ampliaciones, la primera parte señala acerca de las mejoras útiles y necesarias que existan a tiempo de la restitución. La segunda parte señala que las mejoras de mero recreo o suntuarias no son indemnizables, pudiendo el poseedor retirarlas, salvo que el reivindicante prefiera retenerlas reembolsando el importe de los gastos.

Sobre la calificación de las mejoras la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia, ha pronunciado diferente jurisprudencia, entre ellas, podemos citar el Auto Supremo N° 287/2019 de 1 de abril⁷, en la que, haciendo una consideración de lo dispuesto por el Código Civil, señaló que las mejoras se las califica como necesarias, útiles y de mero recreo.

Las necesarias, como las realizadas para evitar el deterioro o destrucción del bien. Es decir, tiene un carácter de precautelar el bien, están relacionadas con los actos de conservación del bien.

Las mejoras útiles tienen que ver con el incremento del bien, se considera que esta no necesariamente afecta de forma positiva el valor de predio.

Las mejoras de mero recreo (suntuarias) son las establecidas con la finalidad de lograr la comodidad del poseedor, estas no merecen indemnización.

La distinción de cada una de estas, puede variar de acuerdo a la finalidad que un poseedor proyectaba con la posesión del bien. Por ejemplo: si se trata de una

persona que ejerce la artesanía y/o escultura, este podría haber insertado en el bien inmueble diseños de arte y/o escultura en la pared del inmueble, esto con la finalidad de atraer clientela a su negocio, asumiendo de que ejerce tal oficio en el bien, pero esa escultura y/o artesanía no resulta útil para el propietario; entonces, se abre debate respecto a la calificación de la mejora introducida: resulta útil para el artesano y resulta suntuaria para el propietario. ¿Cómo se debe calificar la mejora introducida?

Para responder a esta cuestionante, corresponde acudir a la doctrina, puesto que la regulación normativa en nuestro Código es preciso en el tema de las mejoras útiles; así tenemos a Néstor Jorge Musto⁸ quien entiende que las mejoras útiles son las que sean de manifiesto provecho para cualquier poseedor; esta postura describe que la mejora debe servir a cualquier poseedor.

También se tiene el aporte de Enma Palacios C. de Sandoval⁹, quien citando a Vásquez sostiene que “La mejora es útil cuando, resultante del ejercicio posesorio, se expresa en la explotación económica del bien a fin de obtener un rendimiento económico aumentando cualitativamente su valor”, al margen de ello, añade criterio -en la forma que nuestra jurisprudencia nacional adopta- en sentido de que la implementación de las mejoras para ser considerada útil y ser objeto de indemnización debe incrementar el valor del bien. Con dicha postura en el ejemplo dado se entiende que la escultura está implementada en la pared y por cuya situación acrecienta el valor del inmueble, justificando también con la finalidad económica que ha tenido el poseedor al implementar la mejora, la cual puede

⁷Tribunal Supremo de Justicia, Sala Civil (2019): Jurisprudencia.

⁸Musto, Néstor Jorge (2000): “Derechos Reales” Tomo I, Editorial Astrea, pág. 254.

⁹Palacios C. de Sandoval, Enma (2014): “LAS MEJORAS. INSUFICIENCIA REGULACIÓN NORMATIVA”. Revista Jurídica “Doctenia et Investigatio”. Vo 16 N° 1. ISSN1817.

ser calificada como mejora útil, sujeta a indemnización y amparada con el derecho de retención.

7. Extinción del derecho de retención.

La extinción del derecho de retención, aunque para este caso resulta ser un derecho accesorio a una deuda ilíquida impaga, opera en los casos siguientes:

a) Pérdida de la posesión. El derecho de retención requiere que el acreedor de las mejoras introducidas se encuentre en posesión actual del bien, en caso que haya hecho entrega voluntaria del bien en favor de su propietario ya no puede activar el derecho de retención, empero podrá hacer efectiva la deuda impaga como un derecho personal. A tal efecto, corresponde también aclarar que, en caso de tal eventualidad, la prescripción no corre desde la fecha de la introducción de la mejora, sino desde el momento en que el poseedor entregó la posesión del bien o en su caso desde que fue eyectado y no haya recuperado la posesión mediante un interdicto, se entiende en ese sentido por la fórmula que expresa el art. 97 del Código Civil.

b) Perecimiento del bien. Tratándose que el derecho de retención se genera respecto al bien este debe existir, y lógicamente el perecimiento o destrucción del bien no permitirá ejercer la retención, pues el objeto no existe.

Este aspecto genera un debate en sentido de que si la destrucción es atribuible al poseedor o al propietario: en el primer caso, de estar demostrado tal supuesto, no corresponde efectuar pago alguno, pues la destrucción se debe a la mala diligencia del poseedor por cuya culpa pereció el bien; en el último caso, el cobro de la deuda proseguirá en contra del propietario y se mantendrá el derecho de retención.

Lo que la doctrina no menciona es si el perecimiento responde a un hecho

imprevisto de fuerza mayor, en ese caso si opera el efecto de la naturaleza, el bien no podría existir ni para el poseedor ni para el propietario, razón por la cual no concurre el pago, en este supuesto, si una de las partes no obra de acuerdo a la diligencia de un buen padre de familia para salvar el bien, sabiendo que podía salvarse, será responsable del efecto preterido.

c) Pago de la deuda. El pago de la deuda debe ser total, esto tomando en cuenta la indivisibilidad del bien. Tiene un efecto similar al perecimiento de la cosa, pues si la deuda se extingue genera su efecto en el derecho de retención.

d) Extinción de la deuda. Si ocurriese alguna de las formas de extinción de la deuda respecto a la indemnización por mejoras, se entiende que su efecto es que el derecho de retención también se extinga, pues sigue la suerte de lo principal.

e) Renuncia. En este caso, la manera expresa de renunciar al derecho de retención es haciendo entrega del bien en favor del propietario o cuando se sustituye ese bien por otra garantía. Asimismo, se entiende que la renuncia es tácita cuando se abandona el bien. Lo que no significa a renunciar al pago de la deuda en la vía que el acreedor estime conveniente.

f) Cuando el acreedor pasa a ser dueño. Esto sucede cuando el poseedor pasa a adquirir el dominio del verdadero propietario, en este caso la posesión no la ejerce sobre la base del derecho de retención, sino con el sustento del título de propiedad. Sobre este punto corresponde señalar que, si concurre la ineffectividad de la venta, el efecto retroactivo hará retrotraer el derecho de retención si el poseedor se encuentra en posesión del bien.