

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL DERECHO QUE TIENE EL LEGÍTIMO
POSEEDOR DE RETENER LOS BIENES MUEBLES EN TANTO NO SE LE
SATISFAGA DEL CRÉDITO DEL CUAL ES TITULAR**

WENDY ARACELY PORTILLO SILVA

GUATEMALA, AGOSTO 2012

**UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES**

**ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL DERECHO QUE TIENE EL LEGÍTIMO
POSEEDOR DE RETENER LOS BIENES MUEBLES EN TANTO NO SE LE
SATISFAGA DEL CRÉDITO DEL CUAL ES TITULAR**

TESIS

Presentada a la Honorable Junta Directiva

de la

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

de la

Universidad de San Carlos de Guatemala

Por

WENDY ARACELY PORTILLO SILVA

Previo a conferírsele el grado académico de

LICENCIADA EN CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES

y los títulos de

ABOGADA Y NOTARIA

Guatemala, agosto 2012

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: Lic. Avidán Ortiz Orellana
VOCAL II: Lic. Mario Ismael Aguilar Elizardi
VOCAL III: Lic. Luís Fernando López Díaz
VOCAL IV: Br. Modesto José Eduardo Salazar Diéguez
VOCAL V: Br. Pablo José Calderón Gálvez
SECRETARIO: Licda. Rosario Gil Pérez

**TRIBUNAL QUE PRACTICÓ
EL EXAMEN TÉCNICO PROFESIONAL**

Primera Fase:

Presidente: Licda. Berta Aracely Ortiz Robles
Vocal: Lic. Armando Dagoberto Palacios Urizar
Secretario: Licda. María del Carmen Mansilla Girón

Segunda fase:

Presidente: Lic. José Alejandro Alvarado Sandoval
Vocal: Licda. Crista Ruíz de Juárez
Secretario: Lic. José Antonio Meléndez Sandoval

RAZÓN: “Únicamente el autor es responsable de las doctrinas sustentadas y contenido de la tesis”. (Artículo 43 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público).”



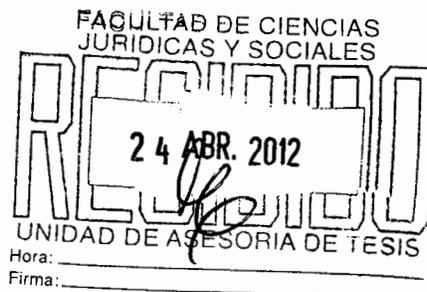
Lic. IVÁN EDMUNDO PAÍZ GIRÓN
ABOGADO Y NOTARIO

Guatemala, 24 de abril de 2012

Licenciado

Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho.

Señor Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis:



Le doy a conocer que procedí a la asesoría de tesis de la bachiller **Wendy Aracely Portillo Silva**, en base al nombramiento recaído en mi persona de fecha siete de febrero del año dos mil doce; intitulada: **“ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL DERECHO QUE TIENE EL LEGÍTIMO POSEEDOR DE RETENER LOS BIENES MUEBLES EN TANTO NO SE LE SATISFAGA DEL CRÉDITO DEL CUAL ES TITULAR”**. Después de la asesoría prestada, hago de su conocimiento:

- 1) En relación al contenido científico y técnico de la tesis, la misma es de importancia debido a que analiza y estudia jurídicamente los derechos crediticios, las obligaciones, las consecuencias legales de las mismas; así como también lo esencial del derecho de retención de acuerdo a la doctrina y la legislación civil vigente en Guatemala.
- 2) Al desarrollar la tesis la bachiller Portillo Silva utilizó los métodos y las técnicas de investigación adecuados. Los métodos utilizados fueron: analítico, el cual dio a conocer la importancia de la retención de bienes; el sintético, estableció sus consecuencias legales; el inductivo, dio a conocer la relación del derecho crediticio con el cumplimiento de las obligaciones y el deductivo, indicó su regulación legal. El procedimiento para la elaboración de la misma, abarcó las técnicas de fichas bibliográficas y la documental.
- 3) En cuanto a la redacción de la tesis, se llevó a cabo empleando un lenguaje apropiado. Los objetivos señalaron que el derecho de retención tiene por objeto el estudio de los mecanismos legales permitidos para que el legítimo poseedor conserve los bienes mientras no se le satisfaga el crédito del cual es titular.

33 AV. 22-88 ZONA 5

Teléfono: 23355464

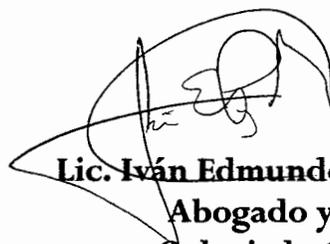


Lic. Lic. IVÁN EDMUNDO PAÍZ GIRÓN
ABOGADO Y NOTARIO

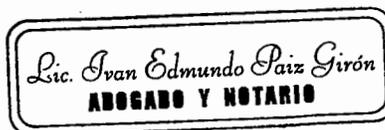
- 4) La contribución científica del trabajo llevado a cabo por la sustentante, es fundamental para Guatemala, debido a que establece los criterios doctrinarios y jurídicos que amparan al acreedor para garantizar que se haga efectiva la obligación de la cual es sujeto activo.
- 5) Las conclusiones y recomendaciones de la tesis, tienen congruencia con los cuatro capítulos desarrollados. Personalmente guíé durante las etapas respectivas al proceso de investigación, empleando los métodos apropiados, que permitieron la comprobación de la hipótesis formulada, relativa a señalar la importancia del derecho de retención para que la persona que tenga un crédito a su favor pueda retener el bien mueble hasta que se le satisfaga su pretensión.
- 6) Se utilizó la bibliografía adecuada y la misma tiene relación con el trabajo de tesis y con el contenido de los capítulos desarrollados.

La tesis reúne los requisitos legales del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, motivo por el cual emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Atentamente.



Lic. Iván Edmundo Paíz Girón
Abogado y Notario
Colegiado 10,167
Asesor de Tesis



UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

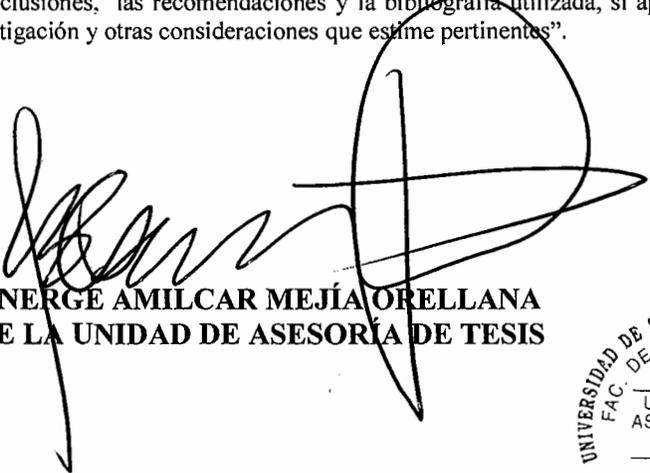
Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala



**UNIDAD ASESORÍA DE TESIS DE LA FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES.** Guatemala, dos de julio de dos mil doce.

Atentamente, pase a el LICENCIADO RIGOBERTO RODAS VÁSQUEZ, para que proceda a revisar el trabajo de tesis de la estudiante: **WENDY ARACELY PORTILLO SILVA**, CARNÉ NO.200211141, intitulado **“ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL DERECHO QUE TIENE EL LEGÍTIMO POSEEDOR DE RETENER LOS BIENES MUEBLES EN TANTO NO SE LE SATISFAGA DEL CRÉDITO DEL CUAL ES TITULAR”**

Me permito hacer de su conocimiento que está facultado (a) para realizar las modificaciones de forma y fondo que tengan por objeto mejorar la investigación, asimismo, del título de trabajo de tesis. En el dictamen correspondiente debe hacer constar el contenido del Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, el cual dice: “Tanto el asesor como el revisor de tesis, harán constar en los dictámenes correspondientes, su opinión respecto del contenido científico y técnico de la tesis, la metodología y las técnicas de investigación utilizadas, la redacción, los cuadros estadísticos si fueren necesarios, la contribución científica de la misma, las conclusiones, las recomendaciones y la bibliografía utilizada, si aprueban o desaprueban el trabajo de investigación y otras consideraciones que estime pertinentes”.


DR. BONERGE AMILCAR MEJÍA ORELLANA
JEFE DE LA UNIDAD DE ASESORÍA DE TESIS

cc.Unidad de Tesis
BAMO/iycr





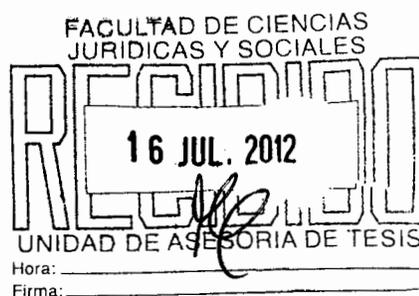
LIC. RIGOBERTO RODAS VÁSQUEZ

7av. 1-20 zona 4 9o. nivel. Oficina 910. Edificio Torre Café

Tel: 23342043-52056304

Guatemala 16 de julio de 2012

**Licenciado
Bonerge Mejia
Jefe de la Unidad de Asesoría de Tesis
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala
Su Despacho**



Respetable Licenciado Guzmán:

Me honra informarle que en cumplimiento de la designación recaída sobre mi persona como revisor de tesis, según resolución proferida por la Unidad de Asesoría de Tesis a su digno cargo de fecha veintisiete de abril del año dos mil doce, de la bachiller **WENDY ARACELY PORTILLO SILVA**, quien elaboró el trabajo de tesis intitulado: **“ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL DERECHO QUE TIENE EL LEGÍTIMO POSEEDOR DE RETENER LOS BIENES MUEBLES EN TANTO NO SE LE SATISFAGA DEL CRÉDITO DEL CUAL ES TITULAR”**; le doy a conocer que la tesis abarca:

1. Un contenido científico y técnico del tema investigado, además se consultaron la doctrina y legislación adecuadas, utilizando una redacción y terminología jurídica acorde, clara y precisa, habiendo desarrollado sucesivamente los diversos pasos del proceso investigativo y dividiendo la misma en cuatro capítulos.
2. La sustentante, en el análisis realizado señala la importancia del derecho de retención y el derecho crediticio.
3. Se emplearon los métodos apropiados, siendo los utilizados los siguientes: el método inductivo, se utilizó para determinar la importancia del derecho de retención; el método deductivo, dio a conocer sus características; el método analítico, estableció la titularidad del crédito y el método sintético, estableció su regulación legal.
4. La contribución científica del trabajo de tesis llevado a cabo, muestra con datos actuales que no existe una regulación específica sobre el derecho de retención del legítimo poseedor. Los objetivos generales y específicos, fueron alcanzados al ser determinantes en señalar la importancia del acto de retención como un derecho del



LIC. RIGOBERTO RODAS VÁSQUEZ

7av. 1-20 zona 4 9o. nivel. Oficina 910. Edificio Torre Café

Tel: 23342043-52056304

legítimo poseedor. También, la hipótesis se comprobó, al indicar la misma lo esencial que resulta garantizarle el crédito prendario al legítimo poseedor.

5. Las técnicas que se emplearon fueron la documental y de fichas bibliográficas, con las cuales se recolectó ordenadamente la bibliografía necesaria y actualizada relacionada con el tema.
6. La introducción, conclusiones y recomendaciones fueron redactadas en forma clara y sencilla, constituyendo supuestos válidos que dan a conocer la realidad nacional.
7. Le sugerí la necesidad de llevar a cabo algunas correcciones a los capítulos de su tesis, introducción y bibliografía, encontrándose conforme en su realización para una debida estructuración del tema investigado.

La tesis desarrollada por la sustentante cumple efectivamente con los requisitos establecidos en el Artículo 32 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en Ciencias Jurídicas y Sociales y del Examen General Público, por lo que emito **DICTAMEN FAVORABLE**, para que pueda continuar con el trámite respectivo, para evaluarse posteriormente por el Tribunal Examinador en el Examen Público de Tesis, previo a optar al grado académico de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.

Sin otro particular, me suscribo de usted, deferentemente.

Lic. Rigoberto Rodas Vásquez
Abogado y Notario

Lic. Rigoberto Rodas Vásquez
Abogado y Notario
Colegiada 4083
Revisor de Tesis



FACULTAD DE CIENCIAS
JURÍDICAS Y SOCIALES

Edificio S-7, Ciudad Universitaria
Guatemala, Guatemala

DECANATO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES.

Guatemala, veintisiete de julio de dos mil doce.

Con vista en los dictámenes que anteceden, se autoriza la impresión del trabajo de tesis de la estudiante WENDY ARACELY PORTILLO SILVA, titulado ANÁLISIS JURÍDICO DOCTRINARIO DEL DERECHO QUE TIENE EL LEGÍTIMO POSEEDOR DE RETENER LOS BIENES MUEBLES EN TANTO NO SE LE SATISFAGA DEL CRÉDITO DEL CUAL ES TITULAR. Artículos: 31, 33 y 34 del Normativo para la Elaboración de Tesis de Licenciatura en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala.

BAMO/iyc



Rosario





DEDICATORIA

A DIOS:

Por ser mi padre celestial, gracias señor por tu infinito amor, misericordia, fidelidad, por ser mi consolador mi amigo fiel y sustentador. Tú dices clama a mí y yo te responderé y así te clamé y me respondiste, porque sin tí nada hubiere podido hacer. A tí sea la gloria

A MIS PADRES:

A mi madre Marta Ruth Silva Vielman, por ser la mejor madre del mundo, gracias por su amor, enseñanzas, paciencia y el buen camino, su apoyo incondicional, esfuerzos trabajando día y noche esfuerzos con los cuales hoy me hiciste abogada. A mi Padre Carlos Humberto Portillo Silva (+); quien siempre vivirá en mi corazón. Dios lo tenga en su gloria.

A MIS HERMANOS:

Juan Carlos Portillo Silva, por ser como un padre para mí, gracias por tu apoyo incondicional. Ingrid Jeannette Portillo Silva, muchas gracias por su amor, comprensión y buenos ejemplos.

A LOS PROFESIONALES:

Licenciado Manuel Vicente Roca Meléndez por sus enseñanzas, Licenciado Iván Márquez, Licenciada Lorena Alarcón, Licenciado Fernando Paz, por su amistad y apoyo en todo momento.

A MI FAMILIA:

Que Dios les bendiga siempre, en especial a mi Tía Alma Griselda Silva Vielman, muchas gracias por sus oraciones, amor y apoyo.



A MIS AMIGOS: Gracias por su valiosa amistad, en especial a Patricia Calderón.

A MI AMADA FACULTAD DE: Ciencias Jurídicas y Sociales, a quien honraré siempre con amor, principios y ética profesional.

A LA GLORIOSA: Tricentenaria, única y grande Universidad de San Carlos de Guatemala.

Y: A usted, muy agradecida.



ÍNDICE

	Pág.
Introducción.....	i
CAPÍTULO I	
1. De los bienes, de la propiedad y demás derechos reales.....	1
1.1. Inmuebles por naturaleza y por incorporación.....	3
1.2. Clasificación de los bienes.....	6
1.3. Los frutos de los bienes muebles e inmuebles.....	12
1.4. Los bienes como objeto del derecho.....	13
1.5. El patrimonio y su relación con los bienes muebles e inmuebles.....	18
CAPÍTULO II	
2. Derechos crediticios sobre los bienes muebles.....	23
2.1. Imposibilidad sobrevenida de la prestación.....	34
2.2. Condonación o remisión de la deuda.....	36
2.3. El incumplimiento de la obligación.....	38
2.4. La excepción de contrato no cumplido.....	45
2.5. Concurrencia y prelación de créditos.....	47
CAPÍTULO III	
3. El derecho de retención de bienes muebles.....	51
3.1. Los efectos del derecho de retención del bien mueble.....	62
3.1.1. Los efectos sobre el dueño del bien mueble.....	62
3.1.2. Los efectos sobre el legítimo poseedor del bien mueble.....	64
CAPÍTULO IV	
4. La retención del bien mueble por el legítimo poseedor.	67
4.1. Constitución de las garantías mobiliarias.....	70
4.2. La accesoriadad de la garantía.....	72



	Pág.
4.3. El carácter accesorio del derecho real de retención.....	75
4.4. La retención del bien por el legítimo poseedor.....	80
CONCLUSIONES.....	89
RECOMENDACIONES.....	91
BIBLIOGRAFÍA.....	93



INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la ley, el acreedor cuyo crédito sea exigible, podrá retener los bienes muebles o inmuebles de su deudor que se hallaren en su poder, o de los que tuvieren la disposición por medio de títulos de crédito representativos, lo anterior implica que los acreedores gozarán de derecho preferente de la garantía inmobiliaria, ante esa realidad, el presente estudio fundamentó el derecho que tiene el legítimo poseedor de retener los bienes muebles en tanto no se le satisfaga del crédito del cual es titular.

Los supuestos principales se orientaron a exponer que en Guatemala, el derecho de retención carece de un reconocimiento general, el mismo aparece disperso en un puñado de Artículos sin que pueda afirmarse la existencia de un régimen legal afinado. Esta ausencia de regulación sistemática suscita controversia acerca de la naturaleza jurídica, sobre las condiciones para su procedencia, sus efectos e incluso, respecto al término o extinción de este derecho y que el derecho de retención se ha mantenido arraigado en la excepción.

Como objetivo se estableció determinar el derecho del acreedor para retener el bien mueble para garantizarse el pago de la deuda que le tiene el deudor de acuerdo a la legislación mercantil guatemalteca. Así como, explicar los elementos que configuran la institución del derecho del acreedor para retener el bien mueble para garantizarse el pago de la deuda que le tiene el deudor.

Para realizar el trabajo de investigación se utilizaron los métodos inductivo que permitió analizar los casos particulares de retención de bienes muebles, el deductivo para establecer la doctrina general y aplicarla al análisis del caso guatemalteco, el analítico con el cual se establecieron las características de la retención, el sintético para integrar la retención a los derechos y obligaciones civiles, con lo cual se demostró que el poseedor legítimo de un bien mueble tiene el derecho de retenerlo mientras no se le satisfaga el crédito del cual es titular.

El informe final consta de cuatro capítulos, habiéndose estructurado: El primero, a partir de explicar el significado de los bienes; el segundo se orienta a fundamentar los derechos crediticios; el tercero explica el derecho de retención; mientras que el cuarto se orienta a fundamentar el respaldo doctrinario y legal que tiene el legítimo poseedor para retener un bien mueble mientras no se le satisfaga el crédito del cual es titular.

Como hipótesis, que fue verificada de manera adecuada, se estableció que el derecho del acreedor de retener el bien mueble para garantizarse el pago de la deuda que le tiene el deudor de acuerdo a la legislación guatemalteca, se fundamenta en la legítima acción reivindicatoria del acreedor para retener el bien mueble y venderlo para hacerse de la deuda que le mantiene el deudor si este no le paga en el plazo establecido.



CAPÍTULO I

1. De los bienes, de la propiedad y demás derechos reales

Los bienes son cualesquiera componentes del patrimonio de una persona evaluables económicamente, tanto si son derechos reales sobre las cosas, así como derechos de crédito que tienen por objeto la conducta ajena; por eso es que se entiende que el término bien sería el género, frente al papel de especie desempeñado por las cosas.

De todas las clasificaciones de las cosas, la división entre bienes muebles e inmuebles es sin duda la más importante, pues el régimen jurídico de unos y otros es muy diverso desde los viejos tiempos de los romanos hasta la actualidad, tal como lo establece el Artículo 442 que: "Son bienes las cosas que son o puedan ser objeto de apropiación, y se clasifican en inmuebles y muebles". Mientras que, el Artículo 443 establece que: "Pueden ser objeto de apropiación todas las cosas que no estén excluidas del comercio por su naturaleza o por disposición de la ley"; mientras, el Artículo 444 prescribe que: "Están fuera del comercio por su naturaleza, las que no pueden ser poseídas exclusivamente por ninguna persona, y por disposición de la ley, las que ella declara irreductibles a propiedad particular".

Ante lo anterior, el jurista debe ante todo determinar la naturaleza mobiliaria o inmobiliaria de cualquier bien para determinar inicialmente las normas jurídicas aplicables al caso.



La línea divisoria entre bienes inmuebles y bienes muebles, la fija el Artículo 445 al establecer que: “Son bienes inmuebles: 1o. El suelo, el subsuelo, el espacio aéreo, las minas mientras no sean extraídas, y las aguas que se encuentren en la superficie o dentro de la tierra; 2o. Los árboles y plantas mientras estén unidos a la tierra, y los frutos no cosechados; 3o. Las construcciones adheridas al suelo de manera fija y permanente; 4o. Las cañerías conductoras de agua, gas o electricidad, incorporadas al inmueble; 5o. Los ferrocarriles y sus vías; las líneas telegráficas y telefónicas, y las estaciones radiotelegráficas fijas; 6o. Los muelles, y los diques y construcciones que, aun cuando sean flotantes, estén destinados por su objeto y condiciones a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa; y 7o. Los viveros de animales, palomares, colmenares, estanques de peces o criaderos análogos, cuando el propietario los haya colocado o los conserve con el propósito de mantenerlos unidos de modo permanente a la finca”.

Mientras que, el Artículo 451 define que: “Son bienes muebles: 1o. Los bienes que pueden trasladarse de un lugar a otro, sin menoscabo de ellos mismos ni del inmueble donde estén colocados; 2o. Las construcciones en terreno ajeno, hechas para un fin temporal; 3o. Las fuerzas naturales susceptibles de apropiación; 4o. Las acciones o cuotas y obligaciones de las sociedades accionadas, aun cuando estén constituidas para adquirir inmuebles, o para la edificación u otro comercio sobre esta clase de bienes; 5o. Los derechos de crédito referentes a muebles, dinero o servicios personales; y 6o. Los derechos de autor o inventor comprendidos en la propiedad literaria, artística e industrial”.



1.1. Inmuebles por naturaleza y por incorporación

El bien inmueble por naturaleza es la tierra, en cuanto elemento físico que sirve de soporte a la existencia de los seres humanos y, por consiguiente todo lo que se encuentra unido de forma estable a ella, sea de forma natural o de forma artificial por incorporación, es considerado como bien inmueble.

El autor Ricardo Uribe, aporta el significado de los bienes inmuebles por su naturaleza, de la siguiente manera: “De otra parte, refiriéndose ya no sólo a la tierra, sino a cualquier otro bien inmueble, considera como tal todo lo que esté unido a un inmueble de manera fija. Esta última referencia hace que algunos autores prefieran subdistinguir entre inmuebles por naturaleza e inmuebles por incorporación, pues evidentemente cualquier bien mueble unido establemente a un inmueble (lavabo, grifo, chimenea empotrada, etc.) era, antes de su incorporación, un bien mueble por naturaleza”.¹

Para que sea considerado parte del inmueble, se requiere que la unión se lleve a cabo de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto, por eso es que el hecho de que la incorporación provoque materialmente la consecuencia de que el bien mueble pase a ser parte del inmueble ha traído consigo que se le considere parte integrante o tenga una pertenencia hacia el inmueble, por lo que el dato o la calificación de

¹ Uribe Holguín, Ricardo. *Curso de obligaciones*, pág. 57.

inmueble por incorporación no requiere atender a la esencialidad o necesidad de tales pretendidas partes integrantes, porque ese carácter se lo otorga el hecho de su incorporación siendo posible, que lo incorporado sea esencial o connatural a la cosa principal o, por el contrario, meramente accesorio o complementario.

Cuando se hace referencia de inmuebles por destino, se trata de bienes muebles que, por un acto de especial destinación, se convierten o trasmudan en inmuebles, tal como lo señala Ricardo Uribe:

- “- Las estatuas u otros objetos ornamentales unidos de modo permanente al edificio (finca urbana) o la heredad (finca rústica).
- Las máquinas o utensilios destinados al servicio de una explotación asentada en un inmueble.
- Los palomares, colmenas y cualesquiera criaderos de animales o peces unidos a la finca de modo permanente.
- Los abonos destinados al cultivo que estén en las tierras donde hayan de utilizarse.
- Los diques y construcciones, incluso flotantes, que estén destinados a permanecer en un punto fijo de un río, lago o costa”.²

Esto implica que se considera generalmente pertenencia al inmueble las cosas muebles que se destinan al servicio duradero o permanente de otra cosa principal;

² Ibid.

estableciéndose como requisitos básicos para considerar que existe esa relación duradera aspectos elementales como los siguientes:

- Que exista una subordinación o un destino de una cosa accesoria a otra principal, para que ésta pueda cumplir su propia función económica.
- Que la destinación de la cosa accesoria a la principal tenga carácter permanente, o al menos, duradero.

Asimismo, son bienes inmuebles las concesiones administrativas de obras públicas y las servidumbres y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, aunque atendiendo a su carácter incorporal, es de dudar que los derechos puedan ser calificados como bienes, por lo que es mejor distinguir entre bienes inmuebles y bienes muebles, atendiendo a la naturaleza del bien sobre el que recae el derecho.

Al ser los bienes muebles, todos aquellos que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos, entonces el inmueble es todo lo que esté unido a un inmueble y de una manera fija (lo diferencia del anterior), de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.

Por eso, señala Ricardo Uribe que: "Cuando entre el mueble y el inmueble exista una verdadera adherencia o inseparabilidad estaremos ante un inmueble por incorporación; en caso contrario, se tratará de un bien mueble, por existir una unión meramente pasajera o accidental, por lo que se puede considerar también bienes

muebles por analogía a determinados derechos entre los que se encuentran las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias”.³

1.2. Clasificación de los bienes

En un buen número de relaciones jurídicas es interesante saber si un bien puede ser sustituido por otro sin detrimento de las expectativas de la persona que, por el título que sea, ha de recibirlas. Esta relación es la que permite la clasificación de los bienes en consumibles o no, fungibles, divisibles o indivisibles, simples y compuestos, así como de dominio público o privado, ante lo cual el maestro Uribe expone lo siguiente: “Han de considerarse consumibles aquellos bienes de que no puede hacerse el uso adecuado a su naturaleza sin que se consuman. Son cosas consumibles las que, utilizadas conforme a su destino, desaparecen de la esfera jurídica de la persona que las usa, ya sea porque al hacerlo se agotan o destruyen (leña, gasolina, tinta...) o, sencillamente, porque se pierde la disponibilidad de ellas, aunque materialmente sigan íntegras (los billetes que vamos soltando cotidianamente); mientras que bienes inconsumibles, serán los demás”.⁴

Como se puede apreciar, la clasificación de los bienes muebles se orienta hacia la permanencia o no de éste en el comercio de las personas, a partir de establecer las características particulares de cada uno de ellos.

³ **Ibid**, pág. 61.

⁴ **Ibid**, pág. 63.

La pervivencia en la esfera propia de la persona de los bienes no consumibles supone que éstos pueden ser, ellos mismos, entregados a otras personas en virtud de cualquier relación jurídica. Por el contrario, respecto de los bienes consumibles, cuando hayan sido objeto de consumo efectivo, sólo cabrá la entrega de otro tanto de la misma especie y calidad, es decir, de una cantidad equivalente.

Por otro lado, se denominan cosas fungibles a aquellas que pueden sustituirse por otras en caso de ser necesario, dado que son entre sí homogéneas o equivalentes y contempladas en atención a sus características o cualidades genéricas, tal es el caso de un libro, un carro o cinco litros de aceite; mientras se consideran no fungibles los que no tienen por qué darse en el resto de los bienes de la categoría atendiendo a características propias de los mismos, tal es el caso de un libro dedicado por su autor para alguien en concreto, pues el libro como tal puede ser sustituido por otro de la misma edición pero lo que lo hace no fungible es el valor agregado de la dedicatoria del autor.

En el caso del dinero, este es un bien mueble al servicio de las personas. Su importancia no estriba en su consideración como cosa, sino en ser medio general de cambio y de pago, así como una unidad de medida del valor atribuido a las cosas en el mercado.

El dinero, como tal, es una cosa material, representada por papel moneda o por monedas fraccionadas, de naturaleza absolutamente fungible y por lo tanto

sustituible en las relaciones jurídicas. En casos excepcionales puede considerarse no fungible, cuando por cualquier circunstancia, la numeración y otros signos alcancen valor de coleccionista por ser únicos o tener un sentido propio para las personas.

Por otro lado, siguiendo el aporte de Carlos Barrera, la indivisibilidad plantea la confrontación entre ambos tipos de bienes como consecuencia de la utilidad o función que, en caso de división de la cosa matriz, puedan proporcionar las partes resultantes.

Ante esto, el maestro Barrera expone: “En el supuesto de que éstas puedan desempeñar la misma función que la cosa matriz, es evidente el carácter divisible de esta última, como una parcela de 2.000 metros dividida en dos. Por el contrario, cuando la división física de la cosa origina piezas o componentes (desmontaje de un ordenador) que por sí mismas no desempeñen la misma función que anteriormente realizaba la cosa matriz, habremos de calificarlas de cosa indivisible; aunque tales partes resultantes tengan utilidad (piezas de recambio)”.⁵

Los bienes simples son aquellos que, una vez formados traen consigo una unidad indivisible, dada la imposibilidad de fragmentar los diversos elementos de la cosa sin provocar de forma simultánea la destrucción de la propia cosa simple, tal como sucede con una hoja de papel o un pan.

⁵ Barrera Tapias, Carlos Darío. **Las obligaciones en el derecho moderno**, pág. 126.

Los bienes compuestos se caracterizan por estar formadas por la adición de una serie de cosas simples cuya unión persigue conseguir una determinada función, pero que son susceptibles de separación como sucede con un automóvil.

En términos prácticos, las cuestiones que pudieran resolverse en base a esta clasificación exigen recurrir a la distinción entre cosas divisibles e indivisibles, por lo que, es necesario concluir que la distinción ahora expuesta es intrascendente para el derecho y que, en consecuencia, debe ser abandonada.

En determinadas ocasiones, expone Carlos Barrera: “Es útil considerar agrupadas un conjunto plural de cosas para facilitar su consideración como objeto de derecho. Por ejemplo, cuando se vende una biblioteca o una colección filatélica. A tales conjuntos se les denomina universalidades, precisamente para evidenciar que funcionan en el tráfico como un todo, que exige reglas distintas y propias de las que se aplicarían en el caso de considerar una a una las distintas cosas que la integran”.⁶

Asimismo, los bienes de dominio público son, de acuerdo al Artículo 457 del Código Civil: “Los bienes del dominio del poder público pertenecen al Estado o a los municipios y se dividen en bienes de uso público común y de uso especial”.

Estableciendo el Artículo 458 que: “Son bienes nacionales de uso público común: lo. Las calles, parques, plazas, caminos y puentes que no sean de propiedad privada;

⁶ **Ibid.**

2o. Los puertos, muelles, embarcaderos, pontones y demás obras de aprovechamiento general, construidos o adquiridos por el Estado o las municipalidades; 3o. Las aguas de la zona marítima territorial en la extensión y términos que fije la ley respectiva; los lagos y ríos navegables y flotables y sus riberas; los ríos, vertientes y arroyos que sirven de límite al territorio nacional; las caídas y nacimientos de agua de aprovechamiento industrial, en la forma que establece la ley de la materia; y las aguas no aprovechadas por particulares; y 4o. La zona marítimo-terrestre de la República, la plataforma continental, el espacio aéreo y la estratósfera en la extensión y forma que determina la ley”.

Mientras que, el Artículo 459 establece que: “Son bienes nacionales de uso no común: 1o. Los que están destinados al servicio del Estado, de las municipalidades y de las entidades estatales descentralizadas, y los demás que constituyen su patrimonio; 2o. Los de uso público, cuando dejen de serlo de hecho o por virtud de una ley; 3o. Los ingresos fiscales y municipales; 4o. El subsuelo, los yacimientos de hidrocarburos y los minerales antes de ser extraídos, así como cualquiera otra substancia orgánica o inorgánica del subsuelo; 5o. Los terrenos baldíos y las tierras que no sean de propiedad privada; 6o. Los que habiendo sido de propiedad particular queden vacantes, y los que adquieran el Estado o las municipalidades por cualquier título legal; 7o. Los excesos de propiedades rústicas o urbanas, de conformidad con la ley; y 8o. Los monumentos y las reliquias arqueológicas”.

Dentro de los expertos sobre el tema de los bienes, la propiedad y demás derechos reales, es Carlos Barrera quien realiza una adecuada exposición sobre lo que son bienes de dominio público, quien argumenta que:

- “1. Los destinados al uso público, como los caminos, canales, ríos, torrentes, puertos y puentes construidos por el Estado, las riberas, playas, radas y otros análogos.
2. Los que pertenecen privadamente al Estado, sin ser de uso común, y están destinados a algún servicio público o al fomento de la riqueza nacional, como las murallas, fortalezas y demás obras de defensa del territorio, y las minas, mientras que no se otorgue su concesión.
3. Son bienes de uso público los caminos provinciales y los vecinales, las plazas, calles, fuentes y aguas públicas, los paseos y las obras públicas de servicio general, costeadas por tales pueblos o provincias”.⁷

Los bienes de uso común son inalienables e imprescriptibles, pero pueden aprovecharse de ellos todos los habitantes, con las restricciones establecidas por la ley, pero para aprovechamientos especiales se necesita concesión otorgada con los requisitos que establecen las leyes respectivas; asimismo, los bienes que constituyen el patrimonio del Estado, de los municipios y de las entidades estatales descentralizadas, están sujetos a las leyes especiales y subsidiariamente a lo dispuesto en el Código Civil, por lo que el traspaso de los bienes del dominio público

⁷ *Ibid*, pág. 127.

de uso común al patrimonio del Estado o de los municipios, deberá hacerse llenándose los trámites que señalan las leyes y reglamentos respectivos.

1.3. Los frutos de los bienes muebles e inmuebles

En términos jurídicos, fruto es todo rendimiento o producto que genera cualquier cosa, sin perder su propia individualidad y sustancia, por lo que puede hablarse de bienes fructíferos y no fructíferos, división que tiene un valor fundamentalmente descriptivo, porque en esencia, los frutos pertenecen al propietario de la cosa principal.

Para una mayor explicación se cita al maestro Barrera quien expone que: “Los frutos son bienes que llegan a tener independencia y propia autonomía desde el momento en que son separados de la cosa matriz (las frutas o los intereses de una cantidad depositada en el banco). Sólo se entienden por frutos los beneficios o productos de una cosa que se generen conservando la cosa matriz su propia sustancia y funcionalidad económica (el peral sigue siendo tal y la cantidad sigue íntegra). Los frutos tienen evidentemente carácter accesorio respecto de la cosa fructífera, que en adelante puede seguir produciendo otros frutos si el propietario de la misma lo considera conveniente y no desea, por ejemplo, donarla o venderla (en cuyo caso, aunque obtenga un buen precio, no es técnicamente fruto)”.⁸

⁸ *Ibid*, pág. 129.

De igual manera, siguiendo con la cita del maestro Barrera, se encuentra una clara exposición de las diferentes clases de frutos, siendo esta la siguiente:

- Frutos naturales son las producciones espontáneas de la tierra, y las crías y demás productos de los animales.
- Frutos industriales son los que producen los predios de cualquiera especie a beneficio del cultivo o del trabajo.
- Frutos civiles, tienen tal carácter: el alquiler de los edificios, el precio del arrendamiento de tierras y el importe de las rentas perpetuas, vitalicias u otras análogas. Son denominados o calificados así, para resaltar que no son productos que se deriven directamente de la cosa, sino “como consecuencia de haberla hecho objeto de una relación jurídica de la que nace el derecho a obtener el fruto”.⁹

Es por eso que, se entiende que una cosa potencialmente fructífera, producirá o no frutos según la voluntad y condiciones concretas de su propietario o de quien tenga derecho sobre ella, así que no se puede exigir a los frutos carácter periódico alguno.

1.4. Los bienes como objeto del derecho

Pueden ser objeto de un derecho subjetivo todas aquellas realidades sobre las cuales se puede atribuir a un sujeto un determinado ámbito de poder a fin de

⁹ **Ibidem**, pág. 131.

satisfacer sus intereses, tales como cosas materiales o inmateriales, comportamientos ajenos o prestaciones, atributos de la personalidad y otras.

Con estos criterios coincide el maestro Santiago Sentis, quien argumenta que: “Las cosas constituyen el objeto inmediato de los derechos reales; sin embargo, también pueden constituir el objeto mediato de los derechos de crédito, ya que la prestación del deudor (el comportamiento debido por éste al acreedor) puede consistir en realizar determinadas actuaciones en relación con una cosa (transmitir su propiedad en la compraventa, ceder su uso en el arrendamiento, custodiarla en el depósito, etc.). En el lenguaje jurídico, son cosas o bienes aquellas entidades, materiales o inmateriales, dotadas de una existencia autónoma y unitaria, y susceptibles de ser objeto de derechos patrimoniales independientes. Sus características esenciales son:

a) Entidades materiales o inmateriales: Se integran en el concepto de cosa, no sólo los objetos corporales (cosas en sentido vulgar), sino también aquéllos que, careciendo de materialidad, sean perceptibles por los sentidos o por el intelecto (bienes inmateriales, como las energías naturales, los derechos, o las ideas y creaciones del intelecto humano); b) Las cosas deben tener una existencia autónoma y unitaria, que les permita ser objeto de un derecho subjetivo y de un tráfico jurídico independiente. La individualización de una cosa puede resultar de su propia naturaleza (por ejemplo, un animal) o de una intervención humana, que puede ser material (el líquido o el gas recogidos en un recipiente) o meramente ideal (división de las fincas). Del mismo modo, la unidad de la cosa puede ser física o económica (el mobiliario de una casa, una empresa); c) Sólo son cosas las entidades

susceptibles de derechos patrimoniales independientes; no son cosas, en sentido jurídico, las que escapan al dominio del hombre, los llamados bienes comunes de todos (como el aire o el mar), o aquéllos otros que, conforme a la ley, a la costumbre, o a los principios generales del Derecho están excluidos del comercio, tales como los bienes de la personalidad o el cuerpo humano”.¹⁰

La importancia de la distinción expuesta por el autor reside en el diferente régimen jurídico al que quedan sometidos los derechos y relaciones jurídicas según que recaigan sobre bienes muebles o inmuebles debido a los efectos de capacidad para disponer, requisitos de forma, usucapión, publicidad registral y otros.

En principio, la diferencia entre ambos radica en que las cosas inmuebles tienen una situación fija en el espacio y no pueden ser desplazadas sin deterioro, mientras que las cosas muebles carecen de un emplazamiento fijo y por tanto pueden ser trasladadas de un lugar a otro sin detrimento de su naturaleza.

Como dato especial se encuentra que el derecho civil guatemalteco no restringe la clasificación a las cosas corporales, sino que la extiende a todos los bienes; por ello, los criterios utilizados para establecer la distinción no pueden limitarse al puramente físico.

¹⁰ Sentís Melendo, Santiago **Manual de derecho civil y comercial**, pág. 84.

A partir de lo anterior, en esta tesis se coincide con Santiago Sentis para quien los bienes inmuebles pueden clasificarse del siguiente modo:

- Son inmuebles por naturaleza el suelo y los materiales que lo conforman, así como el suelo, el subsuelo y las aguas.
- Son inmuebles por incorporación las construcciones, árboles y plantas, y en general todo lo que esté unido a un inmueble de manera fija e inseparable.
- Son inmuebles por destino aquellos bienes que, siendo muebles en sí mismos, estén destinados al servicio permanente de un inmueble, sin estar adheridos a él (por ejemplo, maquinarias o instrumentos de una explotación).
- Se consideran inmuebles por analogía aquellos derechos patrimoniales que, al recaer sobre bienes inmuebles, quedan sujetos al régimen propio de éstos, tales como las concesiones administrativas de obras públicas, los derechos reales sobre bienes inmuebles, y los derechos de crédito garantizados con derechos reales sobre inmuebles, especialmente los créditos hipotecarios”.¹¹

En relación con los bienes inmuebles por naturaleza o por incorporación es importante destacar el concepto de finca, fundo o predio, que siendo sinónimos se refieren a una porción de superficie terrestre, delimitada espacialmente y edificada o no, que forma una unidad en el tráfico jurídico.

Las fincas pueden ser rústicas o urbanas, atendiendo a su ubicación en el campo o en la ciudad, a su aprovechamiento como explotación agrícola, pecuaria o forestal,

¹¹ **Ibid.**

en un caso; vivienda, industria o comercio, en el otro o al hecho de estar o no construida.

Cada finca deberá ser calificada como urbana o rústica atendiendo a las características predominantes en ella. La distinción es importante a efectos de determinar el régimen jurídico aplicable a cada tipo de fincas.

Por su parte, Santiago Sentis considera que los bienes muebles pueden clasificarse así:

- Son bienes muebles por naturaleza las cosas susceptibles de apropiación que se pueden transportar de un punto a otro sin deterioro de la cosa inmueble a la que estuvieren eventualmente unidas.
- Se consideran muebles por analogía los bienes inmateriales (energías, ideas y creaciones) y los derechos reales sobre bienes muebles.
- Por último, son bienes muebles por exclusión los demás derechos patrimoniales que no tengan la consideración de inmuebles (por ejemplo, los derechos de crédito).¹²

Esto implica que únicamente pueden encontrarse en el comercio de los hombres los bienes muebles e inmuebles de origen lícito, así como aquellos que aun cuando sean de existencia legal tienen limitaciones para ser comercializados.

¹² **Ibid**, 85.

1.5. El patrimonio y su relación con los bienes muebles e inmuebles

Puede definirse el patrimonio como un conjunto de relaciones jurídicas de contenido económico, que incluye bienes y derechos o deberes y obligaciones que son objeto de una consideración unitaria por parte del ordenamiento civil guatemalteco.

La unidad de tratamiento de una determinada masa patrimonial puede justificarse por diversas razones, por eso, es que René Abeliuk considera que se justifica el que se hable de diferentes clases de patrimonio de la siguiente manera:

- a) Patrimonio personal: Es el conjunto de derechos y deberes de contenido económico que pertenecen a una persona determinada, ya sea física o jurídica. Este es el concepto de patrimonio que se maneja en materia de herencia o de responsabilidad patrimonial universal.
- b) Patrimonios separados: En ocasiones, una parte determinada del patrimonio de una persona es objeto de consideración independiente a determinados efectos (régimen de administración o responsabilidad), aunque no a otros. Es el caso, por ejemplo, de la herencia aceptada a beneficio de inventario, que se integra en el patrimonio del heredero pero queda sometida a un régimen especial de administración y de responsabilidad frente a los acreedores del causante.
- c) Patrimonios colectivos: Son aquellas masas de derechos y deberes que pertenecen conjuntamente a dos o más personas: por ejemplo, el patrimonio ganancial, que pertenece conjuntamente a los cónyuges y la herencia indivisa,

que pertenece conjuntamente a los herederos hasta el momento de la partición. No son patrimonios colectivos los que pertenecen a una persona jurídica formada por diferentes miembros.

- d) Patrimonios de destino: Son aquellas masas patrimoniales que aparecen sometidas a un régimen unitario de administración y conservación en espera de que quede perfectamente determinado su titular definitivo. Es el caso de la herencia yacente, o del patrimonio del ausente, sometido a un régimen especial de conservación hasta que se produzca su reaparición o su declaración de fallecimiento”.¹³

Como caracteres generales de todo patrimonio suelen destacarse que es una dimensión estrictamente económica, por lo que no se integran en el concepto de patrimonio los derechos y deberes que no tienen un contenido económico directo; asimismo, se destaca su carácter instrumental respecto a la consecución de determinados fines, por lo que la existencia de un patrimonio se justifica en función de la consecución de la satisfacción de las necesidades e intereses de su titular o titulares, y la garantía de terceros.

Esto implica que la creación de un patrimonio y la modificación de su contenido sólo pueden hacerse de acuerdo con las previsiones legales. Este principio obedece a las exigencias de la seguridad jurídica, pues tiene por objeto fundamental evitar el que se puedan crear masas inmunes a una determinada responsabilidad sin que exista

¹³ Abeliuk Manasevich, René. **Las obligaciones**, pág. 213.



una justificación suficiente desde el punto de vista del ordenamiento legal guatemalteco.

Es de considerar que en principio, cada patrimonio funciona de manera independiente respecto a los demás, incluso respecto a aquéllos que se encuentran en una especial situación de proximidad.

Lo anterior también es argumentado por Santiago Sentis, quien considera la autonomía de los bienes: "Determina, por un lado, el que las reglas de administración y de responsabilidad aplicables a un determinado patrimonio no se puedan extender a bienes situados fuera del mismo, aunque pertenezcan al mismo titular. Por otro lado, la independencia entre patrimonios determina la posibilidad de que se establezcan relaciones jurídicas entre ellos, aun en el caso de que su titular sea el mismo, de tal manera que, por ejemplo, los derechos de crédito o las deudas que tuviera el heredero frente al causante no se extinguen por confusión cuando se acepta la herencia a beneficio de inventario, sino que subsisten frente al patrimonio hereditario, por eso el patrimonio constituye habitualmente una masa dinámica, cuyo contenido cambia por el ingreso o salida de los elementos que lo componen, a pesar de lo cual mantiene su unidad de régimen. Una manifestación de la unidad del patrimonio es el llamado principio de subrogación real: en determinados casos, la ley



establece que los bienes que en un momento dado sustituyen a otros dentro de un patrimonio quedan sometidos al mismo régimen que éstos”.¹⁴

Como se puede apreciar, los diferentes elementos muebles e inmuebles que componen un determinado patrimonio pueden ser objeto de transmisión independiente de acuerdo con las reglas aplicables en cada caso, sea a través de compra-venta, donación o testamento, de acuerdo a la decisión del titular del mismo, siempre y cuando su actuar se encuentre enmarcado dentro de las leyes del país.

De igual manera, los derechos reales sobre los bienes muebles e inmuebles pueden ser objeto de prenda o de hipoteca para garantizar un derecho crediticio, lo cual se analizará en el capítulo siguiente.

¹⁴ Sentis. **Ob. Cit**, pág. 86.





CAPÍTULO II

2. Derechos crediticios sobre los bienes muebles

Los derechos crediticios o personales son los que sólo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas; como el que tiene el prestamista contra su deudor por el dinero prestado o el hijo contra el padre por alimentos. De estos derechos nacen las acciones personales o de crédito son los que pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas.

De acuerdo con el maestro Luís Vásquez López: "Es comúnmente reconocido que el contenido económico-social del derecho de obligación, al menos en definitiva, es el interés a una prestación ajena: prestación que tiene por término de referencia una persona. Entendiendo por estos, créditos de sumas exigibles, son los que dan al acreedor el derecho de exigir, más o menos pronto, del deudor una prestación principal, un capital, en oposición con las rentas, que consisten solamente un producto. Consecuentemente, cuando la ley se refiere a sumas exigibles, no se refiere a sumas inmediatamente exigibles, o sea créditos puros y simples o que,



después de haber estado suspensos por un término, hayan llegado actualmente a su vencimiento.”¹⁵

Los derechos relativos coinciden exactamente con los derechos de crédito, porque los derechos personales o de crédito son derechos patrimoniales relativos, es decir que sólo existen en las relaciones de ciertas personas entre sí y que el público puede ignorar.

Siendo un ejemplo de derecho de crédito, el derecho al reembolso de una suma prestada, en donde el prestamista es acreedor del prestatario, tanto para el reembolso del capital como para el servicio de los intereses; pero no puede prevalerse de su título de acreedor y del contrato celebrado, sino frente a su deudor, que es el prestatario o sus herederos.

Esto significa que para las demás personas, para los terceros, el préstamo pactado carece de realidad; todo se desarrolla en el círculo de las partes contratantes, y después de ellas, de sus herederos; la relación obligatoria y su ejecución son asunto de orden interior entre acreedor y deudor.

La persona que en esta relación tiene el derecho es el sujeto activo, que se denomina acreedor y la que está obligada para con el primero, es el sujeto pasivo que se llama deudor. La relación jurídica es para una de las partes un crédito activo,

¹⁵ Vásquez López, Luis. **Todo sobre títulos de crédito recopilación de separatas**, pág. 17.

mientras que para la otra es una deuda u obligación; lo cual es avalado por Luís Vásquez López, quien argumenta que: “Están desprovistos del carácter de inherencia propio del derecho real frente al objeto del derecho y su eventual oponibilidad frente a determinados terceros depende de la influencia de elementos distintos (registro del acto constitutivo del derecho, certidumbre de la fecha de la constitución) y no se mira al derecho en sí, sino el título del que éste deriva, de modo que se trata de la oponibilidad de un acto y no (como sucede con el derecho real) de la eficacia erga omnes del derecho. Los derechos personales no están vinculados con una facultad de gozar, sino de pretender del deudor la ejecución de la prestación debida. El derecho personal tiene los rasgos de los derechos patrimoniales y presenta los de disponibilidad y prescriptibilidad. Su carácter es el de formar parte de una relación obligatoria que presenta dos situaciones: una activa de ventaja y otra activa de desventaja funcionalmente coordinados en el sentido de que la obligación aparece en función de la satisfacción del crédito o situación de ventaja. Se manifiesta como pretensión a una cosa y no como poder sobre una cosa, es así que el deudor está obligado a intermediar por la satisfacción del interés que se encuentra en la base del derecho o crédito. Rasgo importante es la facultad del acreedor de disponer del derecho, como cuando transfiere el crédito a un tercero o cuando remite la deuda.”¹⁶

Con lo expuesto por el autor citado, se entiende que los derechos crediticios o personales son los derechos subjetivos patrimoniales que se traducen en un poder

¹⁶ **Ibid.**

jurídico del titular o acreedor que se proyecta sobre la persona del deudor o su patrimonio para obtener de ella o de un tercero a expensas de aquella el cumplimiento directo de la prestación debida económicamente valiosa o el cumplimiento indirecto mediante la indemnización correspondiente con bienes del patrimonio del deudor; es decir, es un poder, facultad o prerrogativa que, como en todo derecho subjetivo, se pueden oponer a todos los integrantes de la sociedad, quienes tienen un deber jurídico general de respeto.

Mientras que el derecho personal es aquella facultad que posee un acreedor para exigir a un deudor el cumplimiento de una prestación, por lo que el mismo solo puede reclamarse de ciertas personas, que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley han contraído las obligaciones correlativas.

Para enunciar un derecho personal hay que referirse a un sujeto pasivo individualmente determinado, debido a que el objeto del derecho personal es un acto humano en el derecho real, sea la prestación de una cosa, la realización de un hecho o una abstención, por lo que puede aplicarse a una cosa indeterminada individualmente y sólo determinada en su género.

Como rasgos generales de los derechos personales se puede decir que son relativos, porque solo pueden oponerse a la persona obligada, pues el cumplimiento del derecho personal solo puede exigirse de la persona determinadamente obligada; por lo que de estos derechos nace la acción personal, que solo puede dirigirse

contra el deudor; el derecho personal en principio solo tiene efecto contra una cosa determinada del deudor, si está en poder de éste, pues el derecho personal o crédito es el que sólo puede ser reclamado por ciertas personas, que por un hecho suyo o la sola disposición de la ley han contraído las obligaciones correlativas.

Como se puede apreciar, el derecho de crédito es una relación de derecho por virtud de la cual la actividad económica o meramente social de una persona, es puesta a disposición de otra, tal como lo expone Luís Vásquez López, quien asegura que: “En la forma positiva de una prestación por proporcionarse, o en la forma negativa de una abstención por observar. En oposición al derecho real, el de crédito es una relación de derecho, por virtud de la cual una persona, el acreedor, tiene la facultad de exigir de otra, el deudor, el cumplimiento de una prestación determinada, positiva o negativa. El derecho personal se caracteriza fundamentalmente porque en él no existe una relación directa entre el titular del derecho y la cosa, sino un vínculo jurídico entre personas: acreedor y deudor; en consecuencia, el titular del crédito tiene una relación indirecta con la cosa, y por ello los romanos hablaban de *jure ad rem* o sea, derecho a la cosa, por eso, el derecho personal da únicamente acción contra el deudor, o sea, origina una acción también personal, en que se encuentra predeterminada la persona contra la cual se dirigirá”.¹⁷

La noción de obligación va estrechamente unida al concepto del derecho personal; constituyen como las dos caras de una misma moneda. Desde el punto de vista del

¹⁷ *Ibid*, pág. 19.

acreedor, este tiene un crédito o derecho personal; el deudor tiene una obligación para con su acreedor, por eso es que se le llama obligación activa al primero y obligación pasiva a la que en sentido estricto constituye la obligación, por eso es que los derechos reales colocan a las personas en relación con las cosas de la naturaleza o cosas corporales y los personales relacionados con las obligaciones o créditos, las colocan en relación con las demás personas.

En efecto derecho personal es el que tiene una persona, denominado acreedor contra otra llamado deudor a fin de que esta cumpla determinada obligación, por eso es que generalmente cuando el derecho personal se mira desde el punto de vista del acreedor o sea la persona que tiene derecho a reclamar algo de otra, toma el nombre de crédito y cuando se lo contempla por el aspecto contrario, asume la denominación de deuda u obligación.

Se entiende, entonces, que los hechos personales u obligaciones son relativos, pues sólo pueden ejercerse contra una persona determinada, o sea el deudor, por lo que Luís Vásquez López plantea que: "Esto los diferencia esencialmente de los derechos reales, que son absolutos por poder ejercerse contra todo el mundo. Estos derechos se presentan cuando el sujeto debe exigir de determinada persona la prestación que es objeto de la obligación, y entonces esa facultad o poder de acción que una persona tiene sobre otra determinada, toma el nombre de derecho personal, siendo características esenciales de estos derechos que en la obligación ese poder se endereza a obtener que otra persona ponga el bien a disposición del acreedor y que

el deudor de la prestación está siempre determinado, a partir de lo cual se entiende por derecho personal, la facultad que tiene una persona, llamada acreedor, para exigir de otra, llamada deudor, una prestación o una abstención de carácter pecuniario”.¹⁸

De la anterior definición acerca de los hechos personales u obligaciones se entiende que existen varios factores que los determinan, pero se pueden destacar tres elementos:

- a) el acreedor, que es la persona que tiene la facultad consagrada legalmente de exigir el objeto de este derecho;
- b) el deudor, quien soporta la exigencia del acreedor, que debe hacer o dar algo o abstenerse de algo,
- c) el objeto de carácter pecuniario, que puede ser positivo cuando se trata de dar o hacer algo según sea la prestación, y negativo cuando se trata de la abstención de realizar alguna actividad valuable en dinero.

Las características de esos elementos se refieren a la relatividad, por cuanto no existe sino contra una sola persona; la generalidad, por cuanto el objeto de la prestación o de la abstención debidas por el deudor pueden determinarse por su cantidad y por su naturaleza; y temporalidad, pues cumplida o satisfecha la obligación el derecho personal desaparece.

¹⁸ **Ibid**, pág. 21.



Eso es posible porque en el derecho personal hay una relación jurídica de persona a persona, en donde el sujeto titular de un derecho personal no puede buscar directamente la cosa objeto del derecho, pues debe dirigirse a otra persona, en contra del individuo que se ha obligado, a partir de la facultad que tiene una persona determinada para compeler a otra persona, también determinada a que de, haga o no una cosa.

Lo escrito permite sintetizar que los elementos de un derecho personal se resumen en un sujeto del derecho, que es la persona con la facultad de exigir algo de otra; un objeto o cosa sobre la cual recae el derecho; el paciente del derecho o la persona obligada a ejecutar el hecho debido, aquella en contra de quien ejercer la facultad que representa el derecho personal, siendo una relación de la cual el paciente no puede prescindir, por voluntad propia, sin cumplir con la obligación determinada.

A partir de lo expuesto se entiende que es comúnmente reconocido que el contenido económico-social del derecho de obligación, al menos en definitiva, es el interés a una prestación ajena o, como plantea Ricardo Uribe, es una: "Prestación que tiene por término de referencia una persona. Por éste se entiende la necesidad jurídica que tiene una persona denominada obligado-deudor, de cumplir voluntariamente a favor de otra persona, denominada acreedor, que le puede exigir, una prestación de carácter patrimonial (pecuniaria o moral). Con estos derechos se tiene la posibilidad de exigir de otra persona una prestación que puede consistir en dar, hacer o no hacer. Estos derechos necesariamente enlazan a dos sujetos, los cuales tienen

prestaciones en común. Son en esencia temporales, ya que se extinguen con el pago o cumplimiento de la obligación, en donde el derecho personal o crédito y la deuda u obligación en sentido pasivo son dos nociones correlativas e inseparables: ius et obligatio correlata sunt, lo que significa que donde hay un derecho de crédito hay también una obligación, y viceversa”.¹⁹

Por lo expuesto se entiende que el derecho personal es una relación entre personas sancionada por el derecho objetivo, que somete a una de ellas a la necesidad de observar cierta conducta en favor de la otra, quien está autorizada a exigirla. Así, la persona que tiene la facultad o derecho de exigir se llama acreedor y la que está en necesidad de cumplir, la obligada, se llama deudor.

Es por eso que el derecho crediticio existe contra la persona determinada que debe prestar al acreedor el servicio que constituye objeto de tal derecho. Tal como lo expone Ricardo Uribe, para quien: “Aun en el caso de que los deudores sean varios, estos también están limitativamente determinados. El derecho crediticio, encaminado a imponer la prestación de un servicio, puede exigir al sujeto pasivo la obligación de ejecutar un hecho positivo, como la entrega de una suma de dinero, y también una abstención, verbigracia, no hacer competencia comercial al acreedor; por eso, el derecho crediticio si grava el patrimonio del deudor, en donde el titular del derecho

¹⁹ Uribe. **Op. Cit**, pág. 71.

crediticio solamente puede hacerlo valer contra la persona determinada a cuyo cargo existe la obligación”.²⁰

El derecho personal o de crédito es el que solo puede reclamarse de ciertas personas, que por un hecho suyo o por la sola disposición de la ley han resultado obligadas. Por ejemplo, el derecho que tiene el prestamista contra su deudor para que le pague el dinero prestado, porque el mismo consiste en la posibilidad de pretender que otro observe un determinado comportamiento, positivo o negativo relativos a los derechos de crédito u obligación.

Estos derechos son personales, ya que corresponden a una persona y se hacen valer frente a una persona. Tiene una eficacia menor que los derechos reales ya que el sujeto que goza de titularidad del derecho no puede hacer valer su potestad sobre el bien que le corresponde sino únicamente a través de las instancias judiciales, por lo cual, el derecho personal es eminentemente temporal.

En lo atinente al derecho de crédito no es posible predicar los mencionados caracteres de inherencia y persistencia, porque los derechos personales recaen sobre objetos inmateriales y representan una facultad relativa; la relación jurídica que está en el centro de la obligación, sólo vincula al acreedor y al deudor, sin que sea viable la intervención de ninguna otra persona. Otra sería la situación que podría

²⁰ **Ibid.**

presentarse con los créditos sometidos a la ley mercantil, los que constituyen bienes mercantiles: específicamente en relación con títulos valores de contenido crediticio.

Ante esa realidad jurídica, Ricardo Uribe expone que: “Los títulos al portador (acciones, bonos, etc.), en los casos expresamente autorizados por la ley son aquellos que no se expidan a favor de determinada persona, aunque no incluyan la cláusula al portador y los que contengan dicha cláusula; con respecto a ellos, el derecho, que se incorpora al documento, tiene carácter de derecho real, de manera que podrán devenir en bienes mostrencos en cuanto no tuvieron dueño aparente o conocido”.²¹

Cuando se dice que derecho real es el que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona, no se expresa idea distinta a la romana que consideró el derecho real como la relación directa entre la persona y la cosa y al derecho personal como la relación de personas que obliga al deudor a cumplir la prestación debida.

Aun cuando la idea expuesta en el párrafo anterior ha sido impugnada por quienes anotan que ningún derecho puede consistir en una simple relación entre persona y cosa, la verdad es que los sujetos pasivos de los derechos reales son las personas indeterminadas al paso que en los derechos personales están claramente determinados.

²¹ **Ibid**, pág. 73.

2.1. Imposibilidad sobrevenida de la prestación

Para que la obligación llegue a nacer válidamente es necesario que la prestación debida sea originariamente posible en cuanto a su cumplimiento. Ahora bien, si la prestación, siendo originariamente posible, viene a hacerse imposible en un momento posterior, como cuando la cosa que se ha de entregar se pierde o destruye o el servicio debido viene a ser imposible, las consecuencias serán distintas en función de cuál sea la causa de esa imposibilidad sobrevenida.

Si la imposibilidad es debida a culpa del deudor, éste incurrirá en responsabilidad por incumplimiento de la obligación, con las consecuencias que posteriormente veremos. Hay que tener en cuenta que, en caso de imposibilidad sobrevenida, se presume la culpa del deudor mientras éste no pruebe que se debió a caso fortuito o fuerza mayor; si la imposibilidad se debe a un supuesto –probado- de caso fortuito o fuerza mayor, la obligación, como regla general, se extinguirá, y por tanto el deudor quedará liberado de toda responsabilidad. Como excepción, el deudor deberá indemnizar al acreedor, a pesar de no haber actuado de forma culposa, en tres casos: cuando así se hubiera pactado, cuando el deudor se encontrara previamente en situación de mora y cuando la obligación en cuestión procediera de la comisión de un delito.

Ahora bien, en el caso de las obligaciones sinalagmáticas se plantea el problema de determinar si la extinción de la obligación de una de las partes por imposibilidad fortuita lleva consigo o no la extinción de la obligación de la otra parte. Ante lo cual el

maestro Alberto Tamayo Lombana, expone que: “Se trata de la llamada atribución del riesgo del caso fortuito, que se rige por criterios distintos en función del tipo de obligaciones de que se trate: si se trata de obligaciones de dar (p. ej., en la compraventa), el riesgo de pérdida fortuita de la cosa debida se atribuye al acreedor, y por tanto éste deberá cumplir su obligación de pagar el precio a pesar de todo; si se trata de obligaciones de hacer, el riesgo de imposibilidad sobrevenida de la prestación por caso fortuito es del deudor, y por tanto el acreedor también quedará liberado de la obligación de pagar el precio pactado”.²²

El deudor puede hacer cesión de bienes a sus acreedores cuando se encuentre en la imposibilidad de continuar sus negocios o de pagar sus deudas, dicha cesión de bienes puede ser extrajudicial o judicial. La primera es contractual, y la segunda es un beneficio que se concede al deudor de buena fe que por accidentes inevitables o por causas que no le pueden ser imputadas, suspende el pago de sus deudas o está en inminente riesgo de suspenderlas.

De acuerdo al Artículo 1418 del Código Civil, la cesión judicial de bienes debidamente aprobada, produce los efectos siguientes: “1. La separación del deudor de la administración de sus bienes, quien no podrá recibir pagos válidamente; 2. La liquidación de los negocios del deudor, la realización de los bienes cedidos y el pago y cobro de las deudas; 3. La suspensión definitiva de las ejecuciones entabladas contra el deudor y de los intereses respectivos, por créditos no garantizados con

²² Tamayo Lombana, Alberto. **Manual de obligaciones**, pág. 271.



hipoteca, subhipoteca o prenda; y 4. La extinción de las deudas en virtud de los pagos que se hagan, aunque lo que alcance cada acreedor no baste para el pago total, siempre que el que haga la cesión sea una persona individual.

Si fuere una sociedad y sus bienes no alcanzaren el pago total, subsistirá la responsabilidad de los socios conforme el contrato y naturaleza de la sociedad, por lo que los acreedores, una vez aceptada la cesión judicial, pueden celebrar convenios con el deudor para la administración y venta de los bienes cedidos. En estos arreglos se procederá conforme a las disposiciones del Código Procesal Civil y Mercantil.

Dentro de un año posterior a la aprobación del convenio o de la cesión judicial, cualquiera de los acreedores puede impugnar la cesión por dolo o culpa del cedente; y si se comprobare que hubo dolo o culpa, quedarán subsistentes las obligaciones del deudor, sin perjuicio de otras responsabilidades.

2.2. Condonación o remisión de la deuda

La condonación o remisión de la deuda consiste en el perdón total o parcial de la deuda por el acreedor; debido a que en la medida en que implica la renuncia al derecho de crédito y una atribución gratuita a favor del deudor, de efectos parecidos a una donación, la remisión está sometida a los límites generales que la Ley impone a la renuncia de derechos y a las donaciones, de tal manera que la misma no podrá

ser contraria al interés o al orden público, ni podrá perjudicar a los acreedores y legitimarios del acreedor que realiza la condonación.

Mientras que la confusión consiste en la extinción de la obligación como consecuencia de la reunión en una misma persona de la condición de acreedor y de deudor en una misma relación obligatoria y se basa en la idea de que nadie puede ser deudor o acreedor de sí mismo. Por eso es que el jurista Alberto Tamayo Lombana, expone que: “La obligación se extingue por compensación cuando dos personas son recíprocamente acreedora y deudora la una de la otra, siempre que se den determinados requisitos: debe tratarse de obligaciones recíprocas, homogéneas, vencidas, líquidas y exigibles, y que no hayan sido retenidas judicialmente por intervención de un tercero. Si se dan todos estos requisitos, la compensación extingue automáticamente las dos obligaciones en la cantidad concurrente. Mientras que existe novación cuando se da un cambio en alguno de los elementos de la obligación. La novación puede ser objetiva (cuando se modifica la prestación debida, la causa de la obligación, o las condiciones principales de ésta) o subjetiva (cuando se modifica la persona del deudor o la del acreedor)”.²³

A partir de lo anterior, se comprende que el acreedor de una obligación puede cambiar por la subrogación en la posición del acreedor original del tercero que paga una deuda ajena en ciertos casos o por la cesión del crédito o por el cambio de la persona del deudor, el cual requiere necesariamente el consentimiento del acreedor

²³ **Ibid.**

para liberar al deudor original, ya que no se puede obligar al acreedor a que prescinda de la garantía que para él supone la persona y el patrimonio de su deudor.

Desde otro punto de vista, la novación puede ser extintiva, en donde la obligación original se extingue y es sustituida por una nueva o puramente modificativa que sucede cuando la obligación original subsiste, pero con alguna modificación. La diferencia es importante porque en la novación modificativa la obligación, pese al cambio de alguno de sus elementos, conserva el resto de sus condiciones, tales como la fecha, las garantías, los privilegios y otros.

La regla en esta materia es que se presume que la novación es puramente modificativa, salvo que por acuerdo expreso de las partes o por ser incompatibles la obligación originaria y la nueva deba entenderse que la novación tiene un carácter extintivo.

2.3. El incumplimiento de la obligación

Se engloba en el concepto de incumplimiento cualquier hipótesis de falta de realización exacta y oportuna de la prestación debida por el deudor, ya se trate de un incumplimiento temporal o definitivo, total o parcial o simplemente irregular; sin embargo, cuando la falta de cumplimiento no es imputable al deudor, sino que se debe a la imposibilidad sobrevenida de la prestación por caso fortuito o fuerza mayor, la obligación se extingue y el deudor queda liberado de toda responsabilidad.



En cambio, cuando el incumplimiento es imputable al deudor, sea por dolo, culpa o mora, éste incurre en responsabilidad, lo que significa que el acreedor puede exigir ante los tribunales que se le imponga el cumplimiento forzoso de la prestación debida en forma específica o, en caso de no ser posible, por su equivalente pecuniario, más la indemnización de los daños y perjuicios adicionales que le haya causado el incumplimiento. La indemnización de daños incluye tanto el emergente que es la pérdida patrimonial experimentada por el acreedor como el lucro cesante relacionado con las ganancias que ha dejado de obtener a causa del incumplimiento.

Se entiende, entonces, que el modo de hacer efectiva la responsabilidad del deudor es distinto en función del tipo de obligación de que se trate: si se trata de obligaciones de dar una cosa determinada, se puede obligar al deudor a que realice la entrega; si se trata de cosas genéricas, se puede obtener la entrega incluso de un tercero a costa del deudor; si se trata de obligaciones de hacer no personalísimas, también se puede obtener la prestación de un tercero a costa del deudor; si se trata de obligaciones de no hacer, se puede ordenar que se deshaga lo mal hecho.

Por eso es que Alberto Tamayo Lombana, explica que: “En la práctica es muy frecuente que la responsabilidad del deudor se concrete en la obligación de entregar una cantidad de dinero; la ejecución forzosa de esta obligación se realizará mediante el embargo y posterior venta en pública subasta de los bienes del deudor que sean necesarios para cubrir la deuda, destinándose el precio obtenido –llamado precio de remate- a pagar al acreedor. Con objeto de evitar que el embargo practicado pueda



verse perjudicado por la actuación del propio deudor (mediante la destrucción de los bienes, su venta a terceros, etc.), el acreedor puede solicitar que se adopten determinadas medidas de aseguramiento del embargo: así, por ejemplo, en el caso de bienes inmuebles se puede pedir la anotación preventiva del embargo en el Registro de la Propiedad con el fin de advertir a posibles terceros de que la finca está sujeta a un proceso ejecutivo; en el caso de bienes muebles, se puede solicitar el depósito de los mismos en poder de un tercero; en el caso de embargo de créditos, se puede ordenar judicialmente al tercero obligado al pago que retenga el importe de la deuda²⁴.

Para conseguir que se haga efectiva la responsabilidad del deudor por incumplimiento a través de cualquiera de estas vías, el acreedor necesita contar con un título ejecutivo; en condiciones normales, ese título será una sentencia judicial en la que se reconozca su derecho tras el correspondiente juicio, pero, en ocasiones, se puede proceder directamente a la ejecución en virtud de otros títulos tales como letras de cambio, cheques, escrituras públicas o laudos arbitrales, en donde el alcance de la responsabilidad del deudor es parcialmente distinto según que el incumplimiento le sea imputable por dolo, culpa o mora.

En la diferenciación sobre lo que para el derecho civil es el dolo y la culpa, de acuerdo a la actitud maliciosa de forma consciente o de acuerdo al incumplimiento

²⁴ **Ibid**, pág. 273.



debido a un actuar negligente del deudor se recurre a los aportes de Alberto Tamayo Lombana, quien establece la siguiente clasificación:

- "a) El dolo se da cuando el deudor incumple de forma consciente y maliciosa. En este caso, el deudor deberá indemnizar al acreedor todos los daños probados que se le hayan producido como consecuencia del incumplimiento, sin limitación alguna. Además, el acreedor siempre puede exigir la responsabilidad por dolo, ya que la exclusión o limitación por pacto de esta responsabilidad es nula. El dolo no se presume, por lo que el régimen expuesto sólo se aplicará cuando el acreedor lo pruebe.
- b) La culpa consiste en el incumplimiento debido a la negligencia o falta de la diligencia exigible al deudor. En este caso, el deudor no debe indemnizar todos los daños que el incumplimiento haya podido causar al acreedor, sino sólo los que fueran previsibles cuando se constituyó la obligación; además, los Jueces pueden moderar el importe de la indemnización en atención a las circunstancias del caso. La responsabilidad por culpa puede ser limitada o excluida por pacto entre las partes. Por último, la culpa del deudor se presume en caso de incumplimiento, mientras él mismo no pruebe el caso fortuito o el acreedor pruebe el dolo.
- c) La mora del deudor se da cuando se produce un retraso en el cumplimiento de la obligación; sin embargo, no basta cualquier retraso para que el deudor se constituya en situación de mora, sino que tienen que darse ciertos requisitos: debe tratarse de una obligación vencida, líquida y exigible; el retraso debe obedecer a la culpa o dolo del deudor, y no a caso fortuito; y además, el



acreedor debe realizar un requerimiento de pago al deudor, por vía judicial (demanda) o extrajudicial (normalmente, un requerimiento notarial). Este último requisito no es exigible, sin embargo, en los casos en que opera la llamada mora automática desde que el deudor se retrasa en el cumplimiento: así ocurre cuando lo hayan acordado las partes, cuando se derive de la propia naturaleza de la obligación, cuando lo disponga expresamente la Ley, y, tratándose de obligaciones sinalagmáticas, desde que una de las partes cumple su obligación, si no se señaló a la otra un plazo distinto para cumplir²⁵.

Por eso es que desde que el deudor se constituye en situación técnica de mora, el deudor queda obligado a indemnizar al acreedor los daños y perjuicios derivados del retraso que, tratándose de obligaciones pecuniarias, consistirán en el pago del interés de demora pactado o, en su defecto, del interés legal del dinero y asume desde ese momento el riesgo de que la prestación debida se pierda por caso fortuito, por lo que aun en este caso deberá indemnizar al acreedor.

La situación de mora termina cuando se concede una moratoria al deudor por voluntad del acreedor, por disposición legal o por decisión judicial, cuando el deudor cumple; cuando el acreedor incurre a su vez en mora, resistiéndose indebidamente a recibir el pago ofrecido y, tratándose de obligaciones recíprocas, cuando la otra parte incurre en mora en el cumplimiento de su propia obligación.

²⁵ **Ibid**, pág. 275.

En el caso concreto de las obligaciones sinalagmáticas se da la particularidad de que el incumplimiento de la obligación que incumbe a una de las partes permite a la otra optar entre dos posibilidades: exigir el cumplimiento forzoso, conforme a las reglas generales (lo que supone mantener la vigencia del contrato, y por tanto le obliga a cumplir su propia obligación, si no lo hubiera hecho ya) o provocar la resolución del contrato (lo que supone la pérdida de eficacia de éste y, por tanto, la restitución de las prestaciones ya realizadas); en uno y otro caso, se podrá exigir además la indemnización de daños y perjuicios.

Esta dinámica mercantil es analizada por el jurista Fernando Fueyo Laneri, para quien: “La facultad de resolver el contrato se puede ejercitar por vía extrajudicial, por ejemplo, mediante requerimiento notarial, sin perjuicio de que los tribunales puedan comprobar a posteriori si se daban o no sus requisitos. La jurisprudencia ha aclarado que la posibilidad de resolver el contrato sólo se da en los supuestos de incumplimiento grave de una de las obligaciones recíprocas, y no cuando se trate de un incumplimiento leve o que afecte a obligaciones accesorias”.²⁶

Debido a lo expuesto es que la principal garantía con la que cuenta el acreedor para asegurarse de que su derecho de crédito se verá realizado, aun en el caso de que el deudor no cumpla voluntariamente, es la responsabilidad patrimonial universal de éste, porque el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros; sin embargo, esta garantía puede no ser suficiente, ya que es posible que

²⁶ Fueyo Laneri, Fernando. **Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones**, pág. 527.



el deudor llegue a encontrarse por diferentes razones, en una situación de insolvencia que impida al acreedor dirigirse contra sus bienes. Por eso, existen otros mecanismos que tienden a reforzar la posición del acreedor; algunos vienen establecidos directamente por la Ley, mientras que otros pueden ser pactados por las partes a través del correspondiente contrato; entre éstos últimos, tienen una especial importancia los derechos de garantía, tanto personales a través de la fianza, como reales por medio de la prenda o la hipoteca.

También puede darse el caso de la existencia de una cláusula penal, la cual es una cláusula añadida a ciertos contratos en virtud de la cual el deudor se compromete a satisfacer una prestación, generalmente pecuniaria, a favor del acreedor o de un tercero, en caso de incumplimiento de su obligación, por eso es que a esa prestación se le denomina pena convencional, la cual puede cumplir una función cumulativa, la cual, en caso de incumplimiento el acreedor podrá exigir la responsabilidad ordinaria del deudor y, además, la pena convencional, o bien una característica facultativa o de arrepentimiento, en donde el deudor se reserva el derecho a incumplir la obligación principal pagando la pena convencional, sin que el acreedor pueda exigirle otra cosa; así como sustitutiva, la cual funciona en caso de incumplimiento, en el cual el acreedor sólo puede exigir la pena convencional pactada, que sustituye a la responsabilidad ordinaria del deudor, sin necesidad de liquidar los daños, si existe duda se presume que la función de la pena convencional es ésta última.



Asimismo, las partes del contrato pueden convenir arras, las cuales consisten en una cantidad de dinero que una de las partes entrega a la otra en el momento de celebrar el contrato.

En la práctica se les suele denominar señal, porque también pueden cumplir distintas funciones, como el caso de las arras confirmatorias, las cuales sirven para garantizar la seriedad del compromiso adquirido por una de las partes mediante la entrega inicial de una cantidad que se considera como anticipo del precio, disuadiéndole de que se vuelva atrás en su decisión de contratar; las arras de desistimiento o penitenciales permiten a las partes liberarse del contrato mediante la pérdida de las arras entregadas o su devolución duplicada; por último, cuando se pactan las arras penales la parte que incumpla perderá las arras entregadas o deberá devolverlas duplicadas, sin perjuicio de que la otra pueda exigir, además, el cumplimiento forzoso de la obligación incumplida, pero en caso de duda, la jurisprudencia ha entendido que las arras tienen un carácter confirmatorio.

2.4. La excepción de contrato no cumplido

En las obligaciones sinalagmáticas, cuando una de las partes demanda a la otra el cumplimiento, sin cumplir u ofrecer simultáneamente el cumplimiento de su propia obligación, el demandado puede oponerse a la reclamación mediante el ejercicio de esta excepción, que no extingue el derecho del demandante, sino que sólo lo neutraliza temporalmente.

Ante esta realidad legal, Fernando Fueyo Laneri destaca que: “La Ley permite al acreedor ejercitar los derechos y acciones que su deudor tenga frente a terceros cuando la pasividad de aquél le impida cobrar su propio crédito, mediante el ejercicio de la llamada acción subrogatoria. Se trata de una acción de carácter subsidiario, ya que sólo cabe recurrir a ella cuando el acreedor no tenga otro modo de cobrar lo que se le debe. Cuando se ejercitan por esta vía los derechos del deudor, los bienes obtenidos ingresan en el patrimonio de éste y quedan expuestos a la acción de todos sus acreedores, lo que puede suponer un grave inconveniente para el acreedor que la ejercita si existen otros acreedores preferentes”.²⁷

Por otro lado, por medio de la acción revocatoria o pauliana, la Ley permite al acreedor rescindir los actos y contratos que haya podido realizar el deudor en fraude de los derechos de aquéllos, fundamentalmente con objeto de sacar los bienes de su patrimonio enajenándolos a terceros, evitando así su embargo y ejecución.

Se trata también de una acción subsidiaria, que sólo se puede ejercitar cuando el acreedor no tenga otra forma de cobrar, por lo que para que la acción sea acogida, el acreedor debe probar que entre el deudor y el tercero hubo un acuerdo fraudulento, aunque el fraude se presume en ciertos casos, fundamentalmente cuando se trate de enajenaciones gratuitas y cuando se trate de enajenaciones onerosas realizadas por un deudor que previamente hubiera sido ya condenado o embargado. La acción está sometida a un plazo de caducidad de cuatro años desde la enajenación.

²⁷ **Ibid.**

Si la acción es acogida, el acreedor podrá dirigirse contra los bienes enajenados de forma fraudulenta para cobrar su crédito, pese a no estar ya en el patrimonio del deudor y siempre que no hayan pasado a estar en poder de un tercero de buena fe. En este último caso, el acreedor sólo podrá pedir una indemnización de daños y perjuicios a quienes hubieran participado en el fraude.

Por eso es que Fernando Fueyo Laneri explica que: "En ciertos casos especiales, la Ley permite el acreedor dirigirse contra el deudor de su deudor para cobrar su crédito. La acción directa sólo se da cuando la Ley expresamente lo establece; normalmente lo hace en determinadas situaciones caracterizadas por la existencia de dos relaciones jurídicas conectadas entre sí, por ejemplo, en el seguro de responsabilidad civil, o en ciertos subcontratos".²⁸

2.5. Concurrencia y prelación de créditos

Cuando un mismo deudor tiene una pluralidad de acreedores por causas distintas y está en situación de insolvencia; es decir, carece de bienes suficientes para pagar todas sus obligaciones, debe procederse a declararlo en situación de concurso de acreedores. Se trata de un procedimiento judicial de ejecución colectiva y que tiene por objeto, en primer término, intervenir el patrimonio del deudor y someterlo a un régimen especial de administración en interés de los acreedores, que es asumida por un órgano llamado administración concursal y, en segundo término, llegar a un

²⁸ **Ibid**, pág. 528.



convenio entre el deudor y sus acreedores para satisfacer, al menos parcialmente, los derechos de éstos o, en defecto de acuerdo, proceder a la liquidación del patrimonio del deudor para aplicar el precio obtenido al pago de los acreedores.

A la hora de determinar de qué modo ha de repartirse el resultado de la liquidación entre los acreedores concurrentes, se debe partir del principio según el cual todos los acreedores tienen el mismo derecho a cobrar y, por tanto, todos tendrán derecho a que se les pague en proporción a la cuantía de sus créditos.

La regla anterior presenta determinadas excepciones, que vienen establecidas de forma taxativa por la Ley: a) Los créditos derivados de la propia administración del patrimonio durante el concurso y de los contratos que la administración concursal celebre con terceros durante éste, así como los créditos de los trabajadores por los salarios de los últimos treinta días, tienen la consideración de deudas de la masa y deben ser pagados conforme van venciendo, sin esperar a que se liquide el patrimonio. b) Una vez que se liquidan los bienes, tienen derecho a cobrar en primer término los acreedores que la Ley considera privilegiados.

Por eso es que René Abeliuk Manasevich señala que: "Los privilegios crediticios pueden ser de dos tipos: los privilegios especiales recaen sobre bienes concretos (por ejemplo, el que se reconoce a los acreedores cuyos créditos están garantizados con prenda o hipoteca), mientras que los privilegios generales recaen sobre el resto de los bienes del deudor (por ejemplo, los créditos de la seguridad social y otros). c)



Una vez que hayan cobrado los acreedores privilegiados, lo harán los acreedores ordinarios, en proporción a la cuantía de sus créditos, sobre el remanente que pueda quedar. d) Por último, cobrarán los llamados acreedores subordinados, calificados como tales por su relación con el deudor (por ejemplo, créditos de parientes), por su actuación fraudulenta o sospechosa o por la especial naturaleza de sus créditos (por ejemplo, créditos por intereses).²⁹

Hay que tener en cuenta que los privilegios crediticios también pueden actuar fuera del concurso de acreedores, aunque no hay una coincidencia absoluta entre los acreedores que tienen la condición de privilegiados en uno y otro ámbito.

Cuando un acreedor embarga bienes del deudor para cobrar su crédito, iniciando así un proceso de ejecución singular, los acreedores que tengan un carácter preferente respecto a aquél pueden hacer valer su derecho a cobrar primero sobre el resultado de la ejecución mediante el ejercicio de una acción especial llamada tercería de mejor derecho.

Es ante esta realidad que surge el derecho de retención, el cual funciona como un medio coactivo para garantizarle a los acreedores que el crédito o la obligación a su favor será satisfecha o resarcida con el bien retenido, lo cual se analizará en el capítulo tres de la presente tesis.

²⁹ Abeliuk. **Ob. Cit**, pág. 221.





CAPÍTULO III

3. El derecho de retención de los bienes muebles

El derecho de retención ha sido una garantía controversial a partir de su naturaleza forzada. En este trabajo se entregan los lineamientos necesarios para avanzar hacia su reconocimiento general, dejando atrás su carácter legal y excepcional, dotándolo de una mayor eficacia, a través de una acción restitutoria, una eficacia jurídica y la realización y privilegio de la cosa para el pago del crédito conexo, asociado a los límites usuales del enriquecimiento a expensas de otro y el principio de la buena fe.

Por eso es que María Elena Lauroba argumenta que: “El derecho de retención es la facultad que tiene el acreedor de retener en su poder una cosa que pertenece al deudor mientras éste no cumpla su obligación. Aunque el derecho de retención puede configurarse por pacto entre las partes, en la mayor parte de los casos viene otorgado directamente por la Ley cuando se celebran ciertos contratos en virtud de los cuales una de las partes ha de realizar una obra o servicio respecto a una cosa perteneciente a la otra (contrato de depósito, contrato de aparcamiento, contrato de obra, contrato de mandato). En la práctica resulta una garantía muy eficaz para el cobro de créditos de escasa cuantía, que no justificarían el recurso a los tribunales”.³⁰

³⁰ Lauroba, María Elena. **Garantías reales inmobiliarias en Europa**, pág. 371.



Nadie discute la importancia de esta parcela del derecho donde aparece con nitidez cómo los hechos van antes que el derecho. La dispersión legislativa en la materia responde a la presión de los mercados que con mayor innovación han ido creando diversas formas de asegurar los créditos, sin que concurra una política global para afrontar el dilema.

Sin duda el derecho de garantías ha padecido el último tiempo una creciente atención en diversos sistemas jurídicos, principalmente sobre las formas de garantizar los créditos ha ocupado un lugar relevante.

Esa dinámica jurídica es analizada por María Elena Lauroba, quien expone que: “La última reforma significativa se realizó en Francia, modificándose de manera íntegra el derecho de garantías. Garantizar es, entonces, establecer un mecanismo jurídico eficaz para asegurar el eventual incumplimiento de una obligación propia o ajena. Entre esos mecanismos, encontramos al derecho de retención. Este derecho constituye una garantía a favor de un sujeto que detenta una cosa de su deudor, la cual se niega a restituir mientras no se le satisfaga, a su turno, su propio crédito. Se trata de una garantía inmemorial, que podríamos sostener que responde a un sentimiento atávico de negarse a restituir lo que debemos a aquél que, a su turno, no nos paga. No te entrego lo que te debo, mientras no me pagues aquello que me adeudas. La retención es un mecanismo brutal, que se intuye un concepto más fáctico que jurídico. No cabe duda que es una garantía simple y eficaz de reconocimiento general en el derecho comparado, aunque hoy se disputan los

ordenamientos que lo entienden como un principio general y otros, que lo limitan a determinados casos específicos. En los sistemas inspirados en el Código civil francés de 1804, que sólo reconocía la retención para hipótesis particulares, la institución se ha mirado con sospecha y distancia. De ahí una doctrina que hasta hoy le reconoce una aplicación restrictiva, excluyendo toda posibilidad de aplicación por analogía”.³¹

Por eso es que aun cuando se verifiquen las mismas condiciones para la retención vigentes en una norma legal, la falta de reconocimiento típico impediría su aplicación por vía analógica. sin embargo, los tiempos cambian y aquello que un autor pudo describir como una situación jurídica de técnica primitiva y carácter cuasi excepcional, hoy parece menos un dogma y no pocos autores y también ciertas legislaciones, han avanzado hacia una extensión de esta garantía para asegurar el pago de créditos.

El derecho de retención se ha mantenido arraigado en la excepción; sin embargo, renovar la institución para una mayor eficacia implica avanzar en dos sentidos. Por una parte, formular un principio general de retención y por otra, consagrar una acción de restitución en caso de despojo, a pesar que el derecho de retención no aparece recogido en la legislación en forma unitaria, es usual en la jurisprudencia, así como en la doctrina entenderlo como una excepción.

³¹ **Ibid.**

Una verdadera anomalía en el sistema de garantías que se acomoda mal a las otras de naturaleza tradicional, como la prenda o la hipoteca. Además, se le considera improcedente en todos aquellos casos en que no exista una disposición legal que así lo reconozca o que las partes lo hayan acordado por vía convencional. O es la ley o son las partes, estando vedado a los tribunales crear de manera pretoriana derechos de retención.

Ante esa realidad jurídica, la jurista María Elena Lauroba argumenta que: “Las fuentes del derecho de retención son el Código civil u otras leyes especiales. Se trata de una enumeración taxativa. No hay, entonces, más casos de retención que aquellos recogidos expresamente por la ley. El principio de excepción que inunda el derecho de retención arranca relativo a la prenda, según el cual no se podrá retener una cosa del deudor en seguridad de la deuda, sin su consentimiento, excepto en los casos que las leyes expresamente designan. De ahí que sea un lugar común afirmar la imposibilidad de extender el derecho de retención a situaciones en que, si bien se cumplen sus condiciones, no aparece una regla expresa que lo otorgue. No existiría legitimidad para retener una cosa ajena esgrimiendo como fundamento un crédito ejecutable respecto al dueño del bien quien, al mismo tiempo, reclama la restitución”.³²

La ausencia de un reconocimiento general del derecho de retención no ha impedido a sistemas jurídicos similares avanzar hacia una aplicación por analogía o, de

³² *Ibid*, pág. 373.

manera más osada, reconocer un principio de retención por vía jurisprudencial. Esta práctica se basa en un ejercicio judicial de reconocimiento de las condiciones esenciales de la retención.

Ante lo cual el jurista Fabián Elorriaga de Bonis, argumenta que: “Sin duda la jurisprudencia francesa ha sido más prolífica en la creación pretoriana de un principio general de retención hasta antes de la reforma de 2004. A partir de la segunda mitad del siglo XIX, en que comienza a decaer la denominada Escuela de la Exegesis, la Corte de Casación inicia un proceso paulatino y definitivo de construcción del principio general de retención. A mediados del siglo XX, la Doctrina francesa era unánime en la admisión de la retención como principio general”.³³

Estos ejemplos muestran que en ocasiones resulta necesario extender la aplicación del derecho de retención a fin de otorgarle una mayor eficacia. Pero, además, plantean la interrogante sobre la necesidad de avanzar hacia un principio general de retención, por lo que consagrar un principio de retención no debiera tener por objetivo dilucidar los fervientes y quizá un tanto inútiles debates, sobre la naturaleza jurídica del derecho de retención, pero sería una buena ocasión para delinear con claridad el régimen legal de la institución, teniendo en vista una mayor eficacia de esta garantía a favor del retenedor.

³³ Elorriaga de Bonis, Fabián. **La prenda de créditos nominativos en la nueva normativa de la prenda sin desplazamiento**, pág. 29.



De esta manera, es cierto, podrá sacrificarse la calificación exacta del derecho de retención, la cual ya se sabe que nunca ha quedado zanjada, puesto que no podrá dilucidarse si se debe de considerarlo un derecho personal o un derecho real o una simple forma de ejecución procesal.

De hecho, el debate acerca de la calificación del derecho de retención ha cedido a una visión más pragmática del mismo, tal como cita Fabián Elorriaga de Bonis: "El profesor Simler, quien comentando la reforma al derecho de garantías francés, con una radical sinceridad fáctica, plantea que debiera entenderse la retención como una situación de hecho a la cual la ley le reconoce bajo el cumplimiento de ciertas condiciones efectos de derecho que, en la práctica, son cercanos a una garantía. Este principio general de retención permitiría reconocer la facultad de retener a cualquier acreedor, bastando que se verifiquen las condiciones para su eficacia, con independencia que un texto legal lo reconozca o no en forma expresa. Esta forma de ver el derecho de retención evitaría situaciones inicuas, en que a sujetos en una situación análoga se les trate de manera distinta, al mismo tiempo abriría la posibilidad de forzar al deudor titular de la cosa retenida al pago de su deuda. En contraste con la jurisprudencia colombiana y francesa, en Chile no existe un movimiento jurisprudencial que favorezca el reconocimiento de un principio general de retención. Tampoco es probable que dicha realidad varíe por medio de la



interpretación o aplicación por analogía de los casos específicos de retención que consagra la legislación”.³⁴

En Guatemala, la ley no suele ir detrás de la jurisprudencia, sino que los tribunales para lograr quebrar una tradición arraigada requieren una reforma legal que así lo disponga. Por eso es difícil que la jurisprudencia nacional cambie el paradigma de considerar a la retención como una excepción, siendo necesario, entonces, una reforma legislativa para lograr un verdadero impacto en este ámbito.

Como se puede apreciar, la doctrina coincide en gran parte al explicar las condiciones de la retención, porque explica la necesidad de una regla expresa que la consagre el derecho del acreedor ante la tenencia de la cosa por el deudor que se resiste a la entrega, un crédito del deudor de la restitución con el acreedor de ésta, siendo exigible una conexión entre dicho crédito y la cosa que se retiene.

Este conjunto de condiciones habilita al retenedor para diferir el plazo de entrega hasta la ejecución del crédito a su favor, por lo que hay una importante homogeneidad en los elementos constitutivos.

Ahora bien, la principal condición radica en entender que para que se verifique, el que retiene debe tener una cosa de su deudor, por lo que para retener hay que tener la cosa.

³⁴ **Ibid.**

Auxiliándose nuevamente de Fabián Elorriaga de Bonis, se entiende que esta condición del derecho de retención puede ser revisada, también en dos sentidos. Hay dos palabras relevantes en la exigencia de tener una cosa.

Por eso el autor citado argumenta que: “El verbo tener, lo cual implica determinar qué debe tenerse y por otra, la cosa, qué cosas pueden ser susceptibles de retención. La primera y fundamental consecuencia de la cosificación del derecho de retención exige tener para retener. Si el acreedor pierde la cosa dejaría de ser titular del derecho de retención. Esto no admite ninguna dificultad si el desprendimiento es voluntario, pues de esa forma se pone término a la retención. En efecto, el titular del derecho de retención al dejar las cosas en manos de su deudor consiente en la extinción de la retención. Se trata de una renuncia al derecho generando la extinción de pleno derecho. Eso sí, aún la renuncia voluntaria a la retención al entregar la cosa, no implica la extinción del derecho personal o crédito contra el dueño de la cosa, salvo remisión o condonación de la deuda. La interrogante radica en determinar si el sujeto titular del derecho de retención, al perder la tenencia de la cosa, se produce la extinción de su derecho en forma irremediable con independencia de las circunstancias en que ocurrió el desprendimiento o; en cambio, cabría la facultad de aquel para exigir la restitución por vía de acción judicial”.³⁵

Esta controversia se asocia con la calificación jurídica de la institución porque si se le considera un derecho real parece difícil justificar la ausencia de una acción para

³⁵ *Ibid*, pág. 31.



recuperar la cosa, al mismo tiempo que al entenderlo como un derecho personal no queda sino excluir toda acción restitutoria, porque de acuerdo a la doctrina, todo el que violentamente ha sido despojado, sea de la posesión, sea de la mera tenencia y que por poseer a nombre de otro o por no haber poseído bastante tiempo o por otra causa cualquiera, no pudiere instaurar acción posesoria, tendrá sin embargo derecho para que se restablezcan las cosas en el estado que antes se hallaban, sin que para esto necesite probar más que el despojo violento, ni se le pueda objetar clandestinidad o despojo anterior.

Sin duda esta regla permitiría al que retiene la cosa recurrir ante la justicia para la restitución de la cosa, cumplidas las condiciones exigidas. Eso sí, quedará sometido al régimen especial de la querrela de amparo quedando excluidos los bienes muebles.

Es por eso que Fabián Elorriaga de Bonis, sostiene que: “Es la forma en que ha ocurrido, aunque sin unanimidad, en la jurisprudencia colombiana. Ésta asume la necesidad de proteger al retenedor del despojo de la cosa. Lo hace consagrando la acción restitutoria o a través de la acción de amparo. Sin embargo, este espacio de duda debiera excluirse determinando de manera general la procedencia de la acción real en caso de despojo sin la restricción de la naturaleza del bien inmueble, ni el plazo breve de prescripción de seis meses. No parece posible, al menos en el estado actual de nuestra jurisprudencia, avanzar hacia un reconocimiento de la acción



restitutoria sin un precepto legal que así lo establezca. Por consiguiente, sólo quedaría conformarse con la posibilidad de recurrir al Código Civil".³⁶

Aunque es un hecho que el derecho de retención se pierde por el desprendimiento voluntario realizado por el acreedor, lo cual confirma, a contrario, que debe perdurar en la hipótesis de despojo involuntario, dando lugar a la acción reivindicatoria y así se reconoce el derecho de persecución.

En suma, parece necesario dotar a la retención del derecho de persecución en la hipótesis de despojo involuntario; en este sentido, la importancia de la retención es mayor tratándose de bienes muebles, porque la acción reivindicatoria daría un vigor necesario para el amparo del retenedor frente al despojo del bien cualquiera sea su naturaleza.

Asimismo, la discusión relativa al elemento de tenencia de la cosa, se refiere a qué cosas pueden ser objeto del derecho de retención, porque se podría agregar que las hipótesis de retención no siempre exigen la tenencia de la cosa. Así ocurre en materia de arrendamiento, en donde el arrendador para asegurarse el pago de la renta e indemnizaciones de cargo del arrendatario puede retener todos los frutos existentes de la cosa arrendada y todos los objetos con que el arrendatario la haya amueblado o provisto y que le pertenecieren, existiendo una presunción legal a este respecto, por lo que en este caso, no cabe duda que existe una situación particular,

³⁶ *Ibid*, pág. 32.



en donde el arrendador nada tiene, salvo el derecho de retención sobre bienes que no están en su poder.

Con estos argumentos, se pretende incluir, en el ámbito de aplicación de la retención, las cosas incorporales, excluyendo así, el elemento de materialidad tradicional de la retención.

Ante esa realidad, la jurista Marcela Castro de Cifuentes dice: "La condición esencial de la retención no estaría en la tenencia material, sino en la conexión de la cosa y el derecho o crédito involucrado. Se propone de una vez acoger el derecho no sólo sobre bienes corporales, sino también sobre bienes incorporales. En su opinión, la retención tendría su esencia en el poder de bloqueo del retenedor, más que en la tenencia de la cosa. Se trata de una opinión osada que rompe con la tradición de una de las condiciones más compartidas de la institución. Sin embargo, si bien la retención responde a la naturaleza humana como mecanismo primitivo de coerción para el cumplimiento de las obligaciones, este derecho sobre cosas incorporales ya sería una pura construcción jurídica. Estos argumentos, en principio, deberían justificar el rechazo a la extensión de la retención sobre bienes incorporales. En efecto, esta posición, en mi opinión, va demasiado lejos, al desnaturalizar a la retención de su elemento más humano y atávico, la retención material de la cosa. Por eso la condición para ejercer el derecho de retención es que se trate de una cosa corporal mueble o inmueble. Existe una clara materialidad necesaria para poder ejercer este derecho. Esta condición ha sido establecida a partir de las hipótesis

dispersas en que se recoge el referido derecho de retención. Así, entonces, quedó escrito con rigor la necesidad de una cosa corporal”.³⁷

De acuerdo a lo expuesto, para que una garantía sea satisfactoria debe ser eficaz, por lo que al derecho de retención se le atribuye este atributo al quedar en manos del acreedor gestionar la garantía con la retención de la cosa; sin embargo, ciertos aspectos dispersos y confusos de su régimen legal le restan eficacia.

3.1. Los efectos del derecho de retención del bien mueble

Un primer aspecto que permite al derecho de retención una real eficacia es su oponibilidad legal contra todos. Si bien algunas dudas se suscitaron sobre la oponibilidad en el evento de transferencia de la cosa a un tercero, hoy existe consenso que dicho tercero debe respetar el derecho de retención, pudiendo recuperar la cosa sólo en el evento que pague el crédito pendiente.

3.1.1. Los efectos sobre el dueño del bien mueble

Si fallece el dueño de la cosa o la transfiere, tantos los herederos como el sucesor por causa entre vivos deberá respetar el derecho de retención. No existe como condición del mismo que tenga que ejercerse contra el dueño primigenio de la cosa al momento de nacer el crédito que los justifica y con el cual se conecta.

³⁷ Castro de Cifuentes, Marcela. **El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles**, pág. 421.

Una cierta atenuación se verifica tratándose de derechos reales constituidos sobre la cosa con anterioridad al crédito del cual se prevalece el titular del derecho para retener la cosa. En este caso debe primar el derecho real constituido con anterioridad.

Es cierto que puede ocurrir que el nuevo titular de la cosa no pague una deuda propia, pudiendo entonces subrogarse en los derechos del retenedor para exigir el reembolso, según las reglas generales del derecho.

Por eso es que Marcela Castro de Cifuentes argumenta que: “La eficacia erga omnes dice relación, también, con la quiebra del dueño de la cosa. En relación a la quiebra, el titular del derecho de retención de un bien de propiedad del fallido no puede ser privado del bien en cuestión sin pagarle o garantizar dicho pago. Incluso, la retención, puede declararse con posterioridad al auto de quiebra, a partir de lo cual un aspecto relevante de la retención en cuanto a sus efectos estriba en dilucidar la facultad de realización y privilegio que otorga esta especie de garantía. Esta cuestión que es una usual controversia la resuelve el Código de Procedimiento Civil al asimilar la retención según el tipo de bien, a la prenda o a la hipoteca. La asimilación a estas garantías una vez declarado judicialmente el derecho de retención deja a su titular en vías de realizar el bien para el pago del crédito con la preferencia atingente. En efecto, el proceso civil indica que los bienes retenidos serán considerados, según su

naturaleza, como hipotecados o constituidos en prenda para los efectos de su realización y de la preferencia a favor de los créditos que garantizan”.³⁸

Con todo, la retención, como es obvio, no impide al acreedor que ejerce ese derecho ejercer la ejecución de la prenda general con el fin de rematar la cosa, no en virtud de la retención, sino de su derecho de crédito.

3.1.2. Los efectos sobre el legítimo poseedor del bien mueble

Es necesario resaltar que el derecho de retención debe cumplir en cuanto a su ejercicio ciertas condiciones, porque no puede ser fuente de enriquecimiento ni puede contradecir la buena fe.

En otros términos, el retenedor queda impedido de obtener lucro a partir de la retención o realización de la cosa. Es por eso que los frutos que produzca la cosa pertenecen al dueño de la misma y no al retenedor. En este caso el rechazo al enriquecimiento a expensas de otro sin una causa justificada impide un beneficio para el retenedor que exceda el crédito que detenta contra el dueño del bien.

El retenedor tampoco puede abusar del derecho de retención contraviniendo el principio de la buena fe. Aunque aquí se entre en un terreno difuso que por regla

³⁸ **Ibid.**



general queda entregado a la discreción judicial bajo ciertas pautas elaboradas por la doctrina y la jurisprudencia.

Como cualquier derecho, su titular no puede ejercerlo de manera contraria a un estándar de conducta exigible a un contratante racional, a partir de que son conocidas las manifestaciones del principio de la buena fe que a estas alturas se ha transformado en el principio de principios al justificar directrices de comportamiento de los contratantes durante todo el proceso contractual.

Como señala Marcela Castro de Cifuentes: “Para la hipótesis específica del derecho de retención puede sostenerse que la buena fe impide a un sujeto de derecho retener una cosa cuyo valor excede en forma significativa el crédito contra el dueño, por lo que el derecho de retención debe quedar amparado por una acción de restitución en caso de pérdida de la cosa de manos del retenedor sin su voluntad. Este derecho debiera, también, tener una consagración legal. Con independencia de la naturaleza jurídica que se le otorgue al derecho de retención su régimen legal debe contemplar dicha acción persecutoria. Esta reforma legal evitaría abusos contra el retenedor por vía de despojos del bien. Sin perjuicio de la necesidad de promover dicha reforma legal, debe concluirse que en la actualidad el Código civil admite el recurso a la querrela de amparo del Código civil como una forma alternativa para perseguir el bien inmueble en el evento de un desposeimiento violento. Sin embargo,

esta vía legal no cumple el objetivo general de reconocimiento de una acción persecutoria a favor del retenedor dadas las restricciones previstas en la Ley”.³⁹

La reforma legal, en este sentido, evitaría el debate sobre la naturaleza real para dotar de dicha acción, ni tampoco sería necesario discutir sobre el carácter cerrado del listado de derechos reales del Código civil, puesto que el efecto sobre terceros, no admite discusión aunque exista sucesión de la cosa de las manos del dueño de la misma, lo cual sumado a la facultad de realización y privilegio permite la construcción de una forma de ejecución forzada de la obligación eficaz y adecuada. En caso contrario sería fácil burlar el derecho de retención mediante la enajenación del bien a un tercero.

Este régimen legal del derecho de retención tiene como complemento los límites establecidos por el principio que veda el enriquecimiento a expensas de otro y aquel de la buena fe, en donde el ejercicio del derecho de retención no puede significar un enriquecimiento para el retenedor quedando sujeta la realización del bien al límite del crédito detentado por el retenedor, porque la buena fe impide un abuso del derecho de retención quedando sometido el retenedor a pautas de comportamiento de un sujeto normal y leal.

³⁹ **Ibid**, pág. 424.

CAPÍTULO IV

4. La retención del bien mueble por el legítimo poseedor

Cuando una persona asume una obligación adquiere compromisos que debe cumplir aunque sea de manera coactiva. Asimismo, el acreedor de dicha obligación tiene el derecho legal de requerirle garantías al deudor sobre el cumplimiento de su obligación, para lo cual la misma Ley le plantea al sujeto activo de la deuda la posibilidad de establecer garantías prendarias, fiduciarias o hipotecarias.

En un sentido genérico, las garantías constituyen manifestaciones jurídicas de protección del derecho de crédito, cuya finalidad es reforzar la tutela general que el ordenamiento le dispensa y, de esta manera, hacer más probable su satisfacción. Desde esta perspectiva, la garantía es un mecanismo que adiciona un nuevo derecho subjetivo al crédito, para reforzar su seguridad de realización.

Para la jurista Paula Gitman: "Esta tutela adicional puede conseguirse mediante la constitución de derechos de garantía de distinta naturaleza. Por un lado, el acreedor puede garantizar el cobro de su crédito mediante la constitución de un nuevo derecho de crédito, un derecho subjetivo de naturaleza personal, que tenga un sujeto pasivo distinto al de la obligación que se pretende asegurar, contra el patrimonio del cual también pueda dirigirse el acreedor, lo cual implica garantías personales. Por otro lado, el acreedor puede asegurar la satisfacción de su crédito mediante la

constitución de un derecho de naturaleza real, que le permita dirigirse directamente contra un bien determinado, con independencia de quien sea su propietario a través de las garantías reales. En este último caso, la tutela adicional del crédito no descansa en la diversidad de patrimonios responsables del cumplimiento de la obligación garantizada, sino que se basa en la vinculación absoluta e inmediata que existe entre el bien o los bienes específicamente afectados en garantía de un crédito, sobre los que el acreedor puede dirigirse para satisfacerse con el valor de los mismos. A esta segunda categoría pertenecen los derechos de prenda y de retención, derechos subjetivos de naturaleza real que ofrecen al titular del crédito garantizado la posibilidad adicional de resarcirse con cargo al valor del objeto afectado”.⁴⁰

Lo que importa destacar de las garantías personales es que en ninguna de ellas se da un fenómeno de preferencia, ya que el acreedor no adquiere un derecho ejercitable frente a otros acreedores, como sucede por definición en la preferencia, sino que adquiere un derecho de crédito contra un nuevo sujeto obligado, pero tal derecho no le confiere ninguna posición de superioridad frente a los acreedores del deudor original ni frente a los acreedores del garante.

Con ello se pone de manifiesto que la regulación del derecho de prenda sigue el esquema clásico tradicionalmente establecido en los textos positivos, que lo configuran como derecho real de garantía, por el que, a través del traslado

⁴⁰ Gitman, Paula. **Derechos posesorios y bienes muebles**, pág 54.



posesorio, uno o determinados bienes de naturaleza mueble del deudor o de un tercero, que se adscriben para la satisfacción de un crédito determinado, con carácter preferente teniendo eficacia ante terceros.

Lo anterior es refrendado por Pablo Beltrán, para quien: “Esta configuración real del derecho de prenda tiene su proyección positiva en diferentes preceptos legales, que establecen los efectos tradicionalmente inherentes a esta garantía y que le atribuyen los caracteres propios de los derechos de naturaleza real. Por tanto, la ley civil regula el derecho real de prenda con desplazamiento a partir de la idea general de inherencia del gravamen al objeto dado en garantía, cualquiera que sea el patrimonio donde se encuentre. Esta idea de vinculación real se proyecta y concreta por el establecimiento de los efectos derivados de la prenda, por la posibilidad que tiene el acreedor pignoraticio, titular del derecho real, de retener la posesión de la cosa hasta el completo pago del crédito asegurado, como forma de proteger su garantía y de instar la realización del valor de la cosa en los casos legalmente previstos, para cobrarse con su precio”.⁴¹

En definitiva, la prenda destaca por su carácter de carga o gravamen, puesto que la garantía afecta directa e inmediatamente al bien o bienes sobre los que recae al cumplimiento de la obligación en seguridad de la cual fue constituida, cualquiera que sea su propietario o el titular de la garantía.

⁴¹ Beltrán de Heredia de Ons, Pablo. *El derecho de retención en el código civil español*, pág. 11.



Esta vinculación del bien pignorado a la satisfacción o pago de un crédito proporciona al acreedor, titular de la garantía, mayor seguridad de cobro, dado que cuenta con la posibilidad de instar la venta forzosa de la cosa gravada si el deudor no cumple en su momento.

4.1. Constitución de las garantías mobiliarias

Para constituir la garantía mobiliaria, el Artículo 10 de la Ley de Garantías Mobiliarias estipula que: “La garantía mobiliaria se constituye mediante contrato de garantía, celebrado entre el deudor garante y el acreedor garantizado o por disposición de la ley”.

La eficacia, validez y obligatoriedad de la garantía mobiliaria, del formulario registral de dicha garantía, así como de cualquier otro documento, título o recibo relacionado con la inscripción, modificación, certificación, transferencia o cancelación de una garantía mobiliaria en forma electrónica será para todos los efectos legales, igual que la de su equivalente en papel.

Este Artículo 10 de la misma Ley regula que: “Cuando se requiera que un documento, formulario, título, recibo o certificación sea presentado al Registro o expedido por éste, en forma auténtica o con firma autenticada, tal requisito se cumplirá: a) Cuando deban presentarse al Registro, la autenticación de la firma podrá hacerse: por notario, en forma manuscrita o electrónica, o de cualquier otra



forma electrónica que permita la legislación aplicable y b) Cuando deba ser emitido por el Registro de Garantías Mobiliarias, la autenticación podrá ser expedida, en forma manuscrita o electrónica, por el funcionario o funcionarios autorizados por esta ley o el reglamento del Registro.

Este Artículo, con el que se inicia la regulación especial de la prenda, se encuentra fundamentado en que la válida constitución de este derecho real se da a partir que el pignorante pueda disponer libremente de la cosa que ofrece en prenda y que la posesión del objeto que se afecte en garantía se entregue al acreedor o a un tercero, de acuerdo con el pignorante, por cualquiera de los mecanismos de transmisión posesoria legalmente admitidos; además, por su propia naturaleza, la prenda ha de constituirse siempre en garantía de una obligación determinada, para asegurar su cumplimiento.

Como señala el jurista Pablo Beltrán: “Las garantías posesorias pueden constituirse en seguridad de todo tipo de obligaciones, ya supongan una prestación de dar, de hacer o de no hacer. No obstante, cuando la garantía asegure el cumplimiento de obligaciones de naturaleza no dineraria, es decir, cuando la obligación garantizada consista en una prestación de dar no dineraria, de hacer o de no hacer, la prenda no asegura el cumplimiento exacto y específico de la obligación que garantiza, por lo que cuando el deudor no cumpla voluntariamente con su obligación no pecuniaria y el acreedor decida realizar su garantía, ésta se extingue, no como consecuencia de un pago en su sentido estricto, sino porque el dinero obtenido de la venta del objeto



se aplica a la satisfacción del crédito asegurado. En estos casos, la garantía no asegura más que el pago de una cantidad de dinero, la que se obtenga como resultado del ejercicio del ius distrahendi que permite al acreedor cobrar su crédito a costa de la cosa. Es decir, en estos casos, la garantía asegura el éxito de la realización forzosa de la obligación incumplida. Por tanto, si bien la obligación garantizada no tiene por qué ser necesariamente pecuniaria, la garantía siempre lo es, dado que lo único que asegura en último término es el cobro de la cantidad de dinero obtenida de la realización".⁴²

Lo anterior significa que la imposibilidad de forzar al deudor al cumplimiento de la obligación no dineraria asegurada aconseja que, al constituir la garantía, las partes determinen preventivamente la cifra de responsabilidad por incumplimiento, de lo contrario, si las partes no convienen al respecto, habrán de estar a lo que judicialmente se declare sobre el alcance de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento específico.

4.2. La accesoriidad de la garantía

La prenda es un derecho real de garantía que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación, aún cuando ésta no exista todavía, como consecuencia, el derecho real de prenda siempre presupone la existencia de un crédito, al que se vincula en régimen de accesoriidad y del que dependen su

⁴² Ibid.



existencia y subsistencia, su validez y licitud, así como sus vicisitudes, porque la función de garantía que corresponde a la prenda exige que la obligación que se asegure sea necesariamente válida.

Por eso es que cuando la obligación es nula, como pueda ser por la no concurrencia de alguno de los requisitos requeridos por el Código de Notariado o las demás leyes civiles, la prenda no llega a nacer. En este caso puede haber una apariencia de prenda, pero el derecho real de garantía no llega a existir, porque no existe su presupuesto que es la obligación a garantizar.

Cuando la obligación es anulable la prenda produce sus efectos a pesar del riesgo de su naturaleza no pecuniaria, porque no es éste sino la garantía la que se convierte en pecuniaria; sin embargo, si finalmente la obligación se impugna, la prenda pierde también su presupuesto y se extingue.

Por la misma razón, cuando la obligación garantizada se extinga por cualquier causa también se extingue la prenda y, si la obligación o el crédito es variable, la prenda responde de aquello en que consista en cada momento, excepto pacto en contra, porque la accesoriedad de la garantía respecto de la obligación asegurada también trae como consecuencia que ambos derechos, crédito y garantía, correspondan a un mismo titular y, por ello, la imposibilidad de transmitir ésta de forma aislada e independiente del crédito cuyo cumplimiento asegura.



Igualmente, el carácter dependiente de la garantía conlleva la determinación de la obligación que asegura así como de los bienes gravados, al efecto de proteger a las partes y, principalmente, a los terceros, que han de tener la posibilidad de conocer cómo y de qué responde el objeto gravado.

Haciendo una comparación doctrinaria, el jurista Pablo Beltrán, establece que: “La ley catalana atiende a la accesoriedad de la prenda, cuando dice que la prenda puede garantizar cualquier obligación, lo cual implica que contempla la garantía real pignoratícia desde la perspectiva de la obligación asegurada y establece la validez de la prenda constituida en seguridad de cualquier tipo de crédito, siempre que sea lícito o tenga fuerza civil para obligar, independientemente de la naturaleza de la prestación y de la naturaleza de la propia obligación. Lo ordinario será que la garantía se constituya en seguridad de una obligación presente y dineraria, pero pueden asegurarse con prenda todo tipo de obligaciones, presentes o futuras, de dar -dinerarias o no dinerarias-, de hacer o no hacer, ya sean puras o sometidas a plazo o condición. A modo de ejemplo y, por tanto, sin ánimo de exhaustividad, la ley catalana se refiere a las obligaciones presentes o futuras, propias o ajenas del pignorante, a las obligaciones de las que se desconozca el importe en el momento de constituir la prenda y al supuesto en que se garanticen diversas obligaciones, ya contraídas o por contraer, en forma simultánea o sucesiva, entre el mismo deudor y el mismo acreedor”.⁴³

⁴³ *Ibid*, pág. 13.

Estos argumentos son los que explican que la específica clase de algunas de las obligaciones susceptibles de ser garantizadas con prenda posesoria influye en el derecho real, trasladándole ciertas modalidades, dado el carácter accesorio y auxiliar de éste.

4.3. El carácter accesorio del derecho real de retención

El derecho de retención, como derecho real de garantía, es siempre accesorio de una obligación. Esta garantía parece estar principalmente pensada para asegurar el cumplimiento de obligaciones dinerarias, pero no tiene por qué ser así porque ni la retribución de la actividad realizada ni el hecho por si mismo prejuzga la naturaleza de esa otra deuda a la que la ley otorgue expresamente esta garantía. Por consiguiente, igual que en la prenda, el derecho real de retención puede constituirse en seguridad de todo tipo de obligaciones, ya supongan una prestación de dar, de hacer o de no hacer, aunque lo que en definitiva asegura la garantía es el pago de una cantidad de dinero, la que se obtenga como resultado del ejercicio de la facultad de realización del valor.

Para constituir derecho de retención la Ley no exige que el acreedor demuestre la existencia del crédito que pretende asegurar. Como se verá más adelante, para constituir la garantía el acreedor tiene la obligación de comunicar notarialmente al deudor y al propietario si fuera persona distinta su decisión de retener, la liquidación unilateralmente practicada y el importe total de su crédito.



Con el cumplimiento de estos requisitos el derecho de retención queda formalmente constituido, sin necesidad de que el acreedor demuestre la existencia del crédito que se asegura, porque ni la Ley de Garantías Mobiliarias ni el Código de Notariado, establece requisito alguno en este último sentido ni el notario que elabore la comunicación tiene la obligación de indagar sobre la existencia del crédito que se alega. Seguramente el notario demandará la acreditación que considere necesaria, un principio de prueba de que el crédito existe, como mínimo, para practicar la liquidación, pero no es responsabilidad del notario si quien pretende retener actúa con la creencia errónea de que el crédito existe o, conociendo su inexistencia, actúa dolosamente.

Nuevamente se cita a Pablo Beltrán, para quien: "El deudor o el propietario del bien que consideren la inexistencia del crédito por el que frente a ellos se retiene o la inexactitud del contenido de la comunicación disponen de un mes para oponerse judicialmente. Pero, para entonces, el derecho de retención ya constituido habrá comenzado a desplegar su eficacia. El acreedor puede proceder, incluso, a la realización de la garantía cuando la oposición judicial al contenido de la comunicación no se formule en el plazo establecido o, formulada ésta, no se consigne o afianze el importe de la deuda más un veinte por ciento en concepto de gastos de procedimiento. De todo ello resulta que si bien el derecho de retención es siempre accesorio del crédito al que garantiza, no es imposible que esta garantía se



constituya y su ejercicio se lleve hasta sus últimas consecuencias en seguridad de un crédito inexistente”.⁴⁴

Como se aprecia, es indiferente que la relación obligacional causa de la retención sea o no de tipo contractual o sea de naturaleza recíproca o unilateral, porque el derecho de retención puede constituirse siempre que concurren las circunstancias previstas por la Ley, por lo que tampoco importa que el ordenamiento jurídico prevea cualquier otro tipo de mecanismo de defensa del crédito al que el acreedor pueda recurrir. Es decir, resulta indiferente que el acreedor disponga también, por ejemplo, de una excepción de incumplimiento de contrato, dirigida a evitar que el acreedor recíproco le exija su propio cumplimiento, pero que le autorice indirectamente para mantenerse en la posesión.

El acreedor que lo prefiera puede optar por constituir derecho de retención, cuyo ámbito efectivo excede de la simple facultad de mantener en la posesión del bien, de la mera compulsión al pago a través de la resistencia, porque el derecho de retención es un derecho real que permite a su titular realizar el valor de la cosa retenida para cobrar su crédito, como efecto más significativo.

No obstante, Teresa Lauroba, argumenta que: “Aunque la Ley no lo prohíba expresamente, entiendo que no habría de ser posible constituir derecho de retención –que tampoco resultaría útil- cuando el crédito se encontrara suficientemente

⁴⁴ *Ibid*, pág. 16.



garantizado por otro derecho real de realización de valor o por una fianza solidaria de entidad de crédito. En principio nada parece oponerse a lo contrario –a que, además, se pueda constituir derecho de retención. Sin embargo, dado que la Ley permite imponer al retenedor la sustitución de la cosa retenida por una garantía real o por la concreta garantía personal, siempre que resulte suficiente en los términos legales y que en caso de sustitución –a la que el acreedor no puede negarse ni oponerse– el derecho de retención se extingue, considero que, de existir previamente esa garantía de pago no habría de poder constituirse derecho de retención en seguridad del mismo crédito, suficientemente garantizado. En cambio, podrá constituirse derecho de retención en garantía de un crédito insatisfecho con independencia de la existencia de cualquier garantía que asegure su pago, incluso cuando ésta se trate de una fianza solidaria de entidad de crédito, si no fuera suficiente para cubrir el importe total del crédito”.⁴⁵

En concreto, no será posible constituir derecho de retención sobre un bien determinado cuando el cumplimiento de la obligación ya estuviera suficientemente garantizado por una prenda con desplazamiento de la posesión.

La posibilidad de que el acreedor pignoraticio retenga la posesión de la cosa empeñada hasta el cumplimiento total de la obligación asegurada es uno de los efectos propios del derecho real de prenda. En este caso la retención no actúa independientemente, sino como contenido del derecho real de prenda cuya función

⁴⁵ Lauroba y Echavarría de Rada, Teresa. **En torno al derecho de retención**, pág. 1721.



específica consiste, también, en asegurar el cumplimiento de la obligación de la que es accesorio, pero la función y el contenido de ambas retenciones son idénticos, lo que impide o hace totalmente innecesario constituir, además, un derecho de retención.

Por otra parte, no todo crédito existente, vencido y exigible puede asegurarse con derecho real de retención, porque la ley puede permitir la constitución del derecho de retención en seguridad de ciertos créditos, aquellos a los que la ley atribuya este efecto de forma expresa, por lo cual el denominador común de todos ellos se encuentra en la especial vinculación que ha de existir entre el incumplimiento de la obligación que se garantiza y la cosa poseída sobre la que se ejercerá la garantía.

Esta vinculación objetiva, refleja la idea primaria según la cual el fundamento y el límite del derecho de retención se encuentra en la relación directa que ha de existir entre el crédito y la cosa, de manera que el primero ha de haber sido generado por razón de la segunda o encontrarse inmediatamente relacionado con la situación de la misma, aunque es posible que la cosa retenida responda del cumplimiento de más de una obligación, la constitución de un único derecho de retención en garantía de distintas obligaciones es posible siempre que todas ellas queden integradas en la relación y que hayan sido contraídas por razón de la misma cosa, entre los mismos sujetos ocupando idéntica situación jurídica y sean vencidas y exigibles.



4.4. La retención del bien mueble por el legítimo poseedor

Hasta el momento, ninguno de los textos positivos que se han ocupado del derecho de retención lo han definido. Salvo en la idea primera, que considera el derecho de retención como mecanismo legalmente establecido que faculta al acreedor insatisfecho para mantener su situación posesoria mientras el deudor no cumpla, en casi todo lo demás existen opiniones y matices dispares que comprometen y dificultan la posibilidad de definir de forma generalmente admitida el contenido esencial del derecho de retención.

La Ley de Garantías Mobiliarias de Guatemala tampoco define el derecho real de retención sobre bienes muebles; sin embargo, con independencia de criterios subjetivos, no es difícil extraer el concepto de retención, dado que en la misma se determina de forma clara y homogénea la naturaleza jurídica del instituto así como los efectos que se le atribuyen. Atendiendo a ello, la retención puede ser definida como aquel derecho real de origen legal y constitución unilateral que, recayendo sobre cosa mueble ajena, faculta a su titular para continuar poseyéndola, promover su enajenación y cobrarse con su precio.

Estos elementos son corroborados por la jurista Paula Gitman, por la cual: "La posesión, como poder efectivo que se ejerce sobre una cosa, es un requisito indispensable para la existencia del derecho real de retención. Cuando no existe posesión no se puede retener. El constituyente del derecho de retención puede



haber adquirido previamente la posesión de la cosa mueble por cualquiera de los medios legalmente admitidos. No es imprescindible que quien decida retener tenga la posesión corporal ni la inmediata del bien. Lo imprescindible es que la cosa sea poseíble y que el acreedor tenga la posesión del objeto que pretende retener, por el concepto que le fue atribuido por el justo título de su posesión, que genera su derecho a poseer correspondiente. Pero no es imprescindible que ese ius possessionis se ejercite de forma inmediata ni sobre cosa corporal. Lo que importa, como se ha dicho, es que la posesión del acreedor le permita crear una situación de sujeción o control sobre el objeto que decide retener, de forma que le permita incumplir legítimamente su obligación de restituir. No obstante, los efectos típicos del derecho de retención”.⁴⁶

La postura de la autora significa que se requiere que el poseedor que haya de constituir derecho de retención ostente de buena fe la posesión de la cosa. Esta actitud subjetiva en el poseedor puede ser entendida en su sentido concreto o específico, buena fe referida a la posesión o en su sentido amplio o genérico, como principio general del derecho, pues la buena fe referida a la posesión en general tiene como función primera atribuir a ésta el carácter de debida y, como consecuencia, reconocer en beneficio del poseedor la existencia de un derecho de posesión que se corresponda al concepto posesorio en el que se posee, porque como principio general, la buena fe representa, en su sentido negativo, un límite generalmente admitido al ejercicio de los derechos subjetivos y los deberes jurídicos.

⁴⁶ Gitman. **Ob. Cit.**, pág 59.



Esto implica que el derecho de retención se puede ubicar como garantía de naturaleza real y de acuerdo con ello, tiene los caracteres y efectos propios de los derechos de tal naturaleza, lo cual determina que el derecho de retención es autónomo, independiente, encuadrado en la categoría de los derechos reales y al que correspondían todas las prerrogativas y facultades de los derechos de esa naturaleza.

Se concibe, entonces, que el derecho de retención no sólo como una medida coercitiva, de compulsión, para obligar al deudor a satisfacer el crédito que contra él tuviera el retenedor, a través de la oposición al deber de restituir la cosa vinculada a ese crédito, por lo que el derecho de retención funciona como un gravamen que actúa sobre la cosa retenida, afectándola directamente al pago de la deuda insatisfecha cualquiera que sea el patrimonio donde se integre, es decir, con independencia de quien sea su actual propietario y como un derecho que faculta a su titular para realizar el valor de la garantía, mediante un procedimiento específico de realización forzosa.

Ante esta condicionante jurídico-legal, la jurista Marcela Castro, plantea que: "De esta manera, el legislador catalán se apartó de la tesis derecho de retención-derecho de garantía personal, e hizo del derecho de retención una garantía de naturaleza real y, por tanto, de mayor eficacia, capaz de ofrecer los instrumentos adecuados para satisfacer el interés del acreedor, reforzando sus facultades y ampliándolas respecto del derecho de crédito de la que es accesoria, en previsión de la insuficiencia de la

responsabilidad patrimonial universal del deudor. No obstante, este claro posicionamiento en favor de la naturaleza real del derecho de retención no fue adoptado, se podría decir, sin más, por los redactores de la Ley. En beneficio de la seguridad jurídica, y con la pretensión de delinear los presupuestos y los elementos necesarios que perfilaran con mayor claridad este derecho y su eficacia, la Ley estableció una serie de medidas precautorias, una serie de requisitos a través de los cuales quedaban garantizados los derechos e intereses de las partes en la relación obligatoria que origina la garantía, así como los de los terceros eventualmente implicados”.⁴⁷

Aunque el derecho de retención posesoria sobre bienes muebles es objeto de una detallada regulación en la legislación comparada, lo cual no es así en el caso guatemalteco, porque ni siquiera en la Ley de Garantías Mobiliarias, Decreto Número 51-2007, es amplia sobre este tema, pues da por hecho su existencia, aun cuando la regulación de las garantías reales sobre bienes muebles, genera diferenciación entre lo que son derechos reales de garantía y retención de la propiedad o reserva de dominio, porque esa distinción se aplica en la constitución y la ejecución de la garantía, su eficacia frente a terceros, así como las reglas aplicables antes del incumplimiento y la extinción de la garantía.

En este caso, los derechos reales de garantía se orienta a justificar que cuando en virtud de un contrato o de una norma legal una persona está autorizada para retener

⁴⁷ Castro. *Ob. Cit.*, pág. 427.



la posesión de un bien frente a su propietario en garantía de un crédito, ese derecho de retención da lugar a un derecho real de garantía posesoria; aunque las mismas son fundamentalmente las de origen contractual, no obstante también se prevé su aplicación a algunas de origen no contractual, el derecho de retención puede derivar tanto de un contrato como de una norma legal.

Con ello se está ante un derecho real limitado que legitima al acreedor para la satisfacción preferente del crédito garantizado con el bien gravado; esto es, ante un derecho real en cosa ajena de realización del valor, destacando en este punto cómo la preferencia es la esencia de cualquier derecho real de garantía, en la medida que la garantía sólo cumple su función de asegurar al acreedor si le permite satisfacer el crédito asegurado antes que cualquier otro acreedor o al menos que la mayoría; tal preferencia debe respetarse tanto en caso de venta del bien gravado para realizar su valor, como en las hipótesis de ejecución singular o colectiva; no obstante, la preferencia no debe considerarse absoluta, porque en caso de concurrencia con otros acreedores titulares de una garantía sobre el mismo bien, hay que estar a las reglas de prioridad, las cuales confieren una especial relevancia al derecho de retención, al que dotan de una particular prioridad; por lo demás, su ejecución se sujeta a las normas que se establecen en las leyes, tanto las generales como las específicamente referidas a los derechos reales de garantía.

Es por lo expuesto que María Lauroba, considera que: "Con la configuración del derecho de retención como un derecho real de garantía, los autores han perseguido



dos objetivos básicos: de un lado, reforzar su eficacia, de otro, conseguir uniformidad entre los Estados, incluso más allá de los derechos de origen contractual; en este sentido, se constata cómo por regla general los ordenamientos protegen a quienes reparan una cosa ajena, a los depositarios, a los hoteleros y personas que se hallan en una situación similar, permitiéndoles utilizar como garantía los bienes del otro contratante; mas, esa protección se configura de formas muy distintas, a veces por medio de derechos legales de garantía que permiten realizar el valor del bien, a veces mediante derechos de retención posesoria que únicamente legitiman a su titular a no restituir el bien; elevando estos a la categoría de derechos reales de garantía, se persigue privar de relevancia a tal distinción y uniformar los efectos del derecho de retención. El Libro IX del derecho civil francés no entra tanto a regular cuándo existe un derecho de retención como a regular sus efectos, tratando de armonizar las muchas variantes que se registran en el derecho de los estados miembros, porque la constitución del derecho de retención de la posesión se contempla específicamente en la subsección 4 de la misma sección, integrada por un único artículo. La regulación específica de cada uno de los métodos de constitución de los derechos de garantía viene precedida por una subsección 1, que contiene unas disposiciones generales al respecto. En el texto me refiero a ellas en cuanto afectan al derecho de retención y, además, al régimen específico de éste”.⁴⁸

Actualmente, el régimen jurídico del derecho de retención se encuentra establecido por la Ley de Garantías Mobiliarias, que mantiene la configuración real de la

⁴⁸ Lauroba, María Elena. **Derecho de retención y prenda gordiana**, pág. 117.

garantía; asimismo, también califica abierta y claramente el derecho de retención como derecho real de garantía, tal como se encuentra regulado en el Artículo 6 en donde se regula que: “También gozarán del derecho preferente inherente a una garantía mobiliaria: a) Los acreedores que ejercen legítimamente derecho de retención, en los casos siguientes y sin que sea necesario el registro para que surta efectos...”

Como cualquier otro derecho real de garantía, el derecho de retención que la Ley de Garantías Inmobiliarias acoge proyecta su efectividad en dos momentos o fases, tradicionalmente diferenciadas por la doctrina, siendo la primera la fase de seguridad y la segunda la fase de realización. Sin embargo, en el derecho de retención la llamada fase de seguridad opera en un momento distinto respecto de otros derechos reales de garantía, como pueda ser la prenda o la hipoteca. En estos últimos derechos la fase de seguridad opera, fundamentalmente, con anterioridad al eventual incumplimiento de la obligación asegurada y su principal finalidad se encuentra en estimular al deudor al pago de lo debido, en el momento acordado.

María Castro insiste que: “El derecho de retención nace, precisamente, como consecuencia de un incumplimiento, como mecanismo de defensa que la ley pone a disposición del titular de un crédito ya insatisfecho, en determinadas circunstancias. La fase de seguridad del derecho de retención opera sólo en un momento posterior al incumplimiento, en el periodo de tiempo que media entre la constitución del derecho real y el cumplimiento tardío de la obligación o la realización forzosa del bien

afectado por la garantía. La Ley configura la retención sobre muebles en Cataluña como un derecho de naturaleza real. La atribución de naturaleza real al derecho de retención, con los efectos que ello conlleva, fue la novedad más significativa que la Ley aportó y la que más comentarios ha suscitado. El derecho de retención sobre muebles que la Ley acogió se apartaba notablemente del derecho -o de los derechos- de retención previsto por el Código Civil, tanto por lo que se refiere al esquema positivo tradicionalmente mantenido como por lo que respecta a la naturaleza jurídica de la garantía”.⁴⁹

No obstante, a pesar de evidenciarse la ausencia de un concepto unitario del derecho de retención en el Código Civil, que no le otorga desde el principio, un sentido propio o específico y de evidenciarse, también, la existencia de retenciones con contenido y efectividad diferente.

En sentido contrario, se puede tomar en cuenta la imposibilidad de elaborar una construcción unitaria de la institución, cualquiera que sea la naturaleza jurídica que se le atribuya, basándose, precisamente, en las diferencias existentes entre el fundamento, la función y el contenido de los diversos tipos de retención existentes.

Por eso es que el derecho de retención por más de un crédito se encuentra particularmente justificado cuando las relaciones obligatorias de las que el derecho real trae causa se hayan dado entre personas vinculadas simultánea o

⁴⁹ Ibid.

sucesivamente por distintas operaciones, en donde todas estas circunstancias y la propia finalidad de la garantía justifican la posibilidad. Sin embargo, constituido ya derecho de retención en seguridad de un crédito o créditos insatisfechos, la garantía no se puede ampliar o extender en seguridad de ninguna otra obligación independiente, por lo que poco importa que esta otra obligación tenga como partes a los mismos sujetos que la asegurada con derecho de retención ni que se haya generado por razón de la misma cosa ya retenida; tampoco importa que el nacimiento de esta otra obligación sea anterior o posterior al del crédito asegurado y lo mismo respecto de su exigibilidad.

Lo que importa es que el objeto afectado por el derecho de retención constituido tiene asignada una concreta responsabilidad que ha quedado determinada en el momento del nacimiento de la garantía. Es decir, el derecho de retención se constituye para asegurar el cumplimiento de un crédito o unos créditos determinados, de los que responde el objeto retenido, sin que pueda extenderse la garantía o, lo que es lo mismo, la responsabilidad de ese objeto retenido, en seguridad de ningún otro crédito, independientemente de lo que hayan sido sus circunstancias, excepto que la Ley disponga lo contrario.



CONCLUSIONES

1. El patrimonio de una persona se integra por los bienes muebles e inmuebles que posee, con los cuales puede realizar las operaciones comerciales que mejor considere, tanto para incrementar su patrimonio como para cubrir sus deudas, a través de que ha pignorado o hipotecado un bien mueble o inmueble como garantía en sus transacciones civiles o mercantiles.
2. Las transacciones civiles o mercantiles son la base o fundamento del derecho crediticio, porque a partir de la existencia de las mismas, las partes logran garantizarse el reconocimiento de la obligación de la cual se es acreedor o deudor, permitiendo con ello fomentar la actividad económica, aun cuando su regulación en Guatemala es escasa.
3. Como resultado lógico del derecho crediticio surge el derecho de retención, porque el mismo permite al acreedor garantizarse el cumplimiento de la obligación adquirida por el deudor, aun cuando éste busque evitar responder su responsabilidad, pero a pesar de su importancia la legislación guatemalteca todavía es limitada para desarrollar esta figura contractual.



4. La creación, aprobación y vigencia de la Ley de Garantías Mobiliarias se llevó a cabo como un medio para fomentar entre los guatemaltecos la creación de actividades económicas que permitieran fomentar la actividad productiva del país a partir de utilizar como respaldo de los préstamos los bienes muebles de las personas; sin embargo, su utilización ha sido limitada en Guatemala.

5. La doctrina y la legislación civil y mercantil le otorgan al legítimo poseedor el derecho de retener el bien mueble dado en garantía de un derecho crediticio, en tanto el deudor no le satisfaga el crédito del cual es titular; sin embargo, la Ley de Garantías Mobiliarias es muy vaga en la regulación de este derecho.



RECOMENDACIONES

1. Al Registro Mercantil, para que promueva entre los guatemaltecos campañas de divulgación orientadas hacia la importancia de utilizar los bienes muebles e inmuebles como medios de garantía en sus transacciones civiles o mercantiles, con lo cual contribuirá a fomentar la actividad económica del país, al fomentar que los bienes pasivos se vuelvan activos y productivos.
2. La Cámara de Comercio a través de su escuela de negocios, debe promover entre sus afiliados cursos formativos, para que estos comprendan la importancia de los derechos crediticios para la realización de transacciones civiles o mercantiles, con lo cual los comerciantes puedan brindarles créditos a los guatemaltecos teniendo como garantía los bienes que adquieran.
3. Que el Instituto Guatemalteco de Derecho Notarial, fomente con sus asociados la discusión acerca de la mejor manera de utilizar el derecho de retención, para que puedan promover a través de la Comisión de Legislación del Congreso de la República reformas a las leyes que regulan los negocios jurídicos, para fortalecer legalmente esta figura contractual.



4. Es necesario que el Colegio de Abogados y Notarios, para que en el congreso académico anual que realiza, promueva entre sus colegiados las ventajas de la Ley de Garantías Mobiliarias para que estos informen a sus clientes las opciones legales para promover actividades económicas garantizando las mismas con los bienes muebles de las personas.

5. A la Comisión de Legislación del Congreso de la República para que discuta con los representantes de bancos y empresas de préstamos prendarios reformas a la Ley de Garantías Mobiliarias, para consolidar el derecho de retención, que le asegure al legítimo poseedor la satisfacción del crédito del cual es titular, con lo cual se evitará que éste tenga pérdidas por falta de pago.



BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René. **Las obligaciones**. Chile: Ed. Jurídica, 2005.
- BARRERA TAPIAS, Carlos Darío. **Las obligaciones en el derecho moderno**. Colombia: Ed. Pontificia Universidad Javeriana, 1995.
- BELTRÁN DE HEREDIA DE ONS, Pablo. **El derecho de retención en el Código Civil Español**. España: Ed. Universidad de Salamanca, 1998.
- CASTRO DE CIFUENTES, Marcela. **El derecho de retención en las obligaciones civiles y mercantiles**. Bogotá: Ed. Ediciones Uniandes, 2004.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián. **La prenda de créditos nominativos en la nueva normativa de la prenda sin desplazamiento**. Chile: Ed. Carlos Pizarra Wilson, 2009.
- FUEYO LANERI, Fernando. **Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones**. Chile: Ed. Jurídica, 1991.
- GITMAN, Paula. **Derechos posesorios y bienes muebles**. México: Ed. Mc Graw-Hill, 1998.
- LAUROBA, María Elena. **Garantías reales inmobiliarias en Europa**. España: Ed. Marcial Pons, 2006.
- LAUROBA Y ECHAVARRIA DE RADA, Teresa. **En torno al derecho de retención**. España: Ed. Thompson Aranzadi, 2006.
- LAUROBA, María Elena. **Derecho de retención y prenda gordiana**. España: Ed. Idemsa, 1998.
- SENTÍS MELENDO, Santiago. **Manual de derecho civil y comercial**. Buenos Aires: Ed. Ejea, 1954.
- TAMAYO LOMBANA, Alberto. **Manual de obligaciones**. Bogotá: Ed. Temis, 2006.
- URIBE HOLGUÍN, Ricardo. **Curso de obligaciones**. Bogotá: Ed. Temis, 1994.
- VÁSQUEZ LÓPEZ, Luis. **Todo sobre títulos de crédito recopilación de separatas**. El Salvador: Ed. Lues, 1984.



Legislación:

Constitución Política de la República de Guatemala, Asamblea Nacional Constituyente, 1986.

Código Civil, Jefe de Estado y de Gobierno, Decreto Número 106, 1963.

Código de Comercio de Guatemala, Congreso de la República, Decreto Número 2-70, 1972.

Ley de Garantías Mobiliarias, Congreso de la República, Decreto Número 51-2007, 2007.

Ley del Mercado de Valores y Mercancías, Congreso de la República, Decreto 34-96, 1996.