

La constitución del derecho real de retención sobre bienes muebles

(Ley del *Parlament de Catalunya* 19/2002,
de 5 de julio, de *drets reals de garantia*)

SUMARIO: 1. PRELIMINAR.—2. LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE RETENCIÓN: LA COMUNICACIÓN NOTARIAL: 2.1. LA COMUNICACIÓN NOTARIAL COMO REQUISITO FORMAL DE CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA. 2.2. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA COMUNICACIÓN NOTARIAL. 2.3. LA «SITUACIÓN DE RETENCIÓN»; LA «DECISIÓN DE RETENER».—3. LA OPOSICIÓN A LA RETENCIÓN CONSTITUIDA: 3.1. LA OPOSICIÓN JUDICIAL. 3.2. LA CONSIGNACIÓN O AFIANZAMIENTO.

1. PRELIMINAR

El *Parlament de Catalunya*, en ejercicio de la competencia exclusiva que corresponde a la *Generalitat de Catalunya*, otorgada por el artículo 9.2 EAC en conexión con el artículo 149.1.8 CE, aprobó la Ley 22/1991, de 19 de noviembre, de *Garanties possessories sobre cosa moble* (LGP). Como su título indica, la LGP estableció el régimen normativo de los derechos reales de garantía sobre bienes de naturaleza mueble que implican un desplazamiento posesorio, para el ámbito territorial catalán. Los derechos que la LGP reguló son la prenda posesoria y el derecho de retención sobre bienes muebles, ámbito objetivo sobre el que se desarrolla el presente trabajo.

La inclusión de ambos derechos en un mismo cuerpo legal quedó justificada por la existencia de importantes puntos de conexión entre ellos, principalmente por su común naturaleza jurídica, por su proyección sobre bienes muebles y por la necesidad de transmisión posesoria. Estas circunstancias comunes no sólo permitieron, sino que aconsejaron el tratamiento conjunto de

ambas instituciones. Esta fue la opción que el legislador catalán consideró más adecuada al redactar la LGP, para conseguir la pretendida adaptación del régimen jurídico de las garantías posesorias sobre muebles a la situación del tráfico económico-jurídico, atendiendo a las demandas detectadas por la práctica; demandas que de otra forma no hubieran sido globalmente atendidas, habida cuenta de la relación existente entre ambas figuras, de su creciente importancia y del papel que actualmente desempeñan.

En un paso más en el proceso de actualización y expansión del Derecho privado catalán, el contenido de la LGP ha sido sustituido y ampliado por la Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía (LDRG), al objeto de proceder a la modificación de aquellos aspectos que la práctica aconseja y ampliar las modalidades de garantía real (Preámbulo, 1.º LDRG) (1). De forma específica, la LDRG amplía el objeto del derecho real de retención a los bienes inmuebles, otorgándole los efectos que son propios de los derechos de la misma naturaleza, lo que ha supuesto que «el centro de gravedad de las garantías que regula la presente Ley ya no sea la posesión de la cosa mueble, sino simplemente la posesión de la cosa objeto de la garantía» (Preámbulo, 4.º LDRG). Atendiendo al contenido de la LDRG, su título se modifica y se elimina toda referencia a los muebles del Capítulo I, dedicado a las «Disposiciones Generales», que propiamente habla de «derechos reales», explicitando la naturaleza de los derechos que regula (2).

La LDRG, igual que hizo su predecesora, configura el derecho de retención en Cataluña como un derecho de naturaleza real, al que atribuye los

(1) Concretamente, el impulso del legislador catalán en este ámbito ha considerado conveniente ampliar el derecho real de retención a los bienes de naturaleza inmueble, otorgándole los mismos efectos que el artículo 2 LGP había previsto para los derechos reales de prenda y de retención sobre muebles (Preámbulo, 3.º LDRG); incluir el derecho real de anticresis (Preámbulo, 5.º LDRG); mejorar los mecanismos de realización de valor de la cosa objeto de la garantía, con la finalidad de conseguir el máximo rendimiento económico al menor costo posible (Preámbulo 6.º LDRG); ampliar los presupuestos del derecho de retención sobre muebles (Preámbulo, 7.º LDRG); facilitar la constitución y el ejercicio del derecho de retención sobre bienes muebles «de poco valor» (Preámbulo, 8.º LDRG); eliminar el principio de especialidad de la prenda, de difícil concreción en la práctica, especialmente cuando la garantía pignoratícia se constituya sobre varios objetos (Preámbulo, 9.º LDRG); y establecer el principio de subrogación real cuando la garantía recaiga sobre un derecho de crédito (Preámbulo, 10.º LDRG). La Abogacía del Estado ha interpuesto recurso de inconstitucionalidad 50/02 contra la LDRG, en los artículos 1.c); 3, en cuanto a la expresión «o inmueble»; 4.1, en el inciso «si lo retenido es una finca que constituye la vivienda familiar, la notificación debe hacerse al cónyuge o a la persona conviviente»; 4.2; 4.3; 8; capítulo IV (arts. 21, 22 y 23) y Disposición Transitoria, en la expresión «y de anticresis», de la LDRG. Estos artículos, referidos exclusivamente a los inmuebles, resultan impugnados, básicamente, por considerarlos contrarios al régimen constitucional de distribución de competencias establecido en el artículo 149.1.8.ª CE.

(2) En cambio, la LGP sólo utilizaba el término «derecho real» en su Preámbulo, pero no en su articulado.

efectos propios de los derechos de la misma naturaleza (reipersecutoriedad, realización del valor y efecto anticrético —arts. 2, 6, 7 y 8 LDRG—). La atribución de naturaleza real al derecho de retención, con los efectos que ello conlleva, fue la novedad más significativa que la LGP aportó y la que más comentarios ha suscitado (3). El modelo de derecho de retención acogido por la LGP y mantenido en la LDRG se aparta 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 (4).

(3) Sobre la regulación catalana del derecho real de retención puede consultarse ABRIL CAMPOY, JUAN MANUEL, «El derecho de retención en el ordenamiento jurídico catalán», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1994, núm. 624, págs. 1885 a 1925; CAMPO VILLEGAS, ELÍAS, «En torno a la Ley catalana de garantías posesorias sobre cosa mueble», en *La Notaría*, julio-agosto 1996, núm. 7-8, págs. 93 a 134; FELÍU REY, MANUEL IGNACIO, «Garantías posesorias sobre cosa mueble en Cataluña (Ley 22/1991) y unidad de mercado», en *Revista de Derecho de los Negocios*, año 3, mayo 1992, núm. 20, págs. 13 a 20; FUENTES MARTÍNEZ, JESÚS JULIÁN, «El derecho de retención sobre bienes muebles en el Ordenamiento Civil de Cataluña, situación actual y perspectivas de reforma», en *La Notaría*, noviembre-diciembre 2001, núm. 11-12, págs. 242 a 262; FUGARDO ESTIVILL, JOSEP M.^a, «Consideraciones sobre la prenda y el *ius distrahendi* (en torno a la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble y el Anteproyecto de Ley de Derechos Reales de Garantía)», en *La Notaría*, noviembre-diciembre 2001, núm. 11-12, págs. 263 a 364; GIMÉNEZ DUART, TOMÁS, «Consideraciones en torno a la Ley catalana 22/1991, de grandes posesiones sobre cosa mueble, y a sus implicaciones en el Código Civil», en *El futur del Dret Patrimonial de Catalunya* (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa). Coordinador: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, págs. 397 a 421; LUCAS ESTEVE, ADOLFO, «El régimen jurídico del derecho de retención en la legislación catalana», en *La Notaría*, junio 1997, núm. 6, págs. 71 a 106; MIRALLES GONZÁLEZ, ISABEL, «Ley catalana 22/1991, de 29 de noviembre, sobre Garantías Posesorias de Cosa Mueble», en *La Llei de Catalunya i Balears*, 1992, núm. 2, págs. 712 a 717; POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL, «La retenció de béns mobles de poc valor», en *La Notaría*, noviembre-diciembre 2001, núm. 11-12, págs. 221 a 232; PUIG I FERRIOL, LLUÍS - ROCA I TRIAS, ENCARNA, *Institucions del Dret Civil de Catalunya*, vol. I, 5.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1998; SOLÉ RESINA, JUDITH, «La ejecución de la prenda y del derecho de retención en la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble», en *La Llei de Catalunya i Balears*, noviembre 1996, núm. 141, págs. 1 a 3.

(4) La regulación de la retención que el ordenamiento estatal acoge, lejos de articularse de una manera general y orgánica, se encuentra totalmente fragmentada y dispersa. La posibilidad de ejercitar retención se establece de forma casuística, respondiendo a puntuales necesidades de justicia, como remedio concreto para situaciones determinadas o específicas y de diferente alcance y efectividad. Como consecuencia de ello resulta extremadamente difícil —cuando no imposible— determinar en este ámbito el verdadero ámbito, naturaleza y contenido de la retención, esto es, fijar de forma unánimemente aceptada la configuración jurídica de la institución. En este sentido, entre otros, ALBALA-DEJO, MANUEL, *Derecho Civil*, t. II, vol. 1.^o, séptima edición, Librería Bosch, Barcelona, 1983, pág. 230; Díez-PICAZO, LUIS - GULLÓN, ANTONIO, *Instituciones de Derecho Civil*, vol. I, Tecnos, S. A., Madrid, 1995, pág. 512; PUIG I FERRIOL - ROCA I TRIAS, *Institucions...*, pág. 387; POZO CARRASCOSA, PEDRO DEL, *El derecho a retener en prenda del depositario*,

En un intento de «ordenar» el derecho de retención en su ámbito, el legislador catalán acoge esta institución de una forma unitaria, otorgándole una única configuración jurídica y, en aras de una mayor seguridad jurídica, una única regulación y un único grado de efectividad, cualquiera que sea la obligación asegurada. Esta opción obedece, principalmente, al deseo de hacer del derecho de retención una garantía segura, a la vez que ágil y lo suficientemente flexible, capaz de ofrecer solución jurídica a las múltiples situaciones sobrevenidas que, en caso contrario, podían quedar desprovistas de la adecuada protección (cfr. Preámbulo, II LGP).

2. LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE RETENCIÓN: LA COMUNICACIÓN NOTARIAL

2.1. LA COMUNICACIÓN NOTARIAL COMO REQUISITO FORMAL DE CONSTITUCIÓN DE LA GARANTÍA

Según la LDRG, el poseedor de cosa ajena puede constituir derecho real de retención sobre la misma cuando concurren los presupuestos requeridos por los artículos 3 y 5. La constitución del derecho de retención supone un cambio en el concepto posesorio del acreedor y la extinción formal del título posesorio primitivo que hasta entonces le legitimaba en su posesión sobre la cosa que se sustituye por el que, con estos efectos, establece la LDRG. Por tanto, a partir de la constitución del derecho de retención el régimen jurídico que presidía la relación obligatoria de la que la garantía trae causa se sustituye por el establecido en la LDRG, con los efectos que en la misma se prevén.

La forma de constitución del derecho real de retención sobre bienes muebles viene establecida en el artículo 4.1 LDRG. Este precepto exige que el acreedor comunique notarialmente al deudor y al propietario si fueran personas distintas su decisión de retener, la liquidación practicada y el importe de las obligaciones en seguridad de las cuales decide constituir el derecho

PPU, Barcelona, 1989, *passim*; ALMAGRO NOSETE, JOSÉ, «Significación procesal de derecho de retención», en *Revista de Derecho Procesal*, 1968, núm. 3, págs. 113 a 140; VIÑAS MEY, JOSÉ, «El derecho de retención», en *Revista de Derecho Privado*, 1992, págs. 102 a 115; CAMPO VILLEGAS, *En torno...*, pág. 101; FERNÁNDEZ ARÉVALO, ÁNGELA, *Extinción del derecho de retención (Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial)*, Editorial Práctica del Derecho, S. L., Valencia, 1999, pág. 17; FELIÚ REY, *Garantías...*, pág. 14; FUENTES MARTÍNEZ, *El derecho...*, pág. 243; GARRIDO, JOSÉ M.^a, «Teoría general de la preferencia», en *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre 1998, págs. 1769 a 1863; LUCAS ESTEVE, ADOLFO, «El derecho de retención en Cataluña. Concepto y fundamento», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, núm. 671, págs. 1011 a 1039, pág. 1012.

de garantía. Por tanto, el derecho real de retención queda constituido cuando el acreedor emita una declaración de voluntad, expresada formalmente a través de la comunicación notarial, por la que haga pública su decisión de mantener la posesión del objeto como titular de un derecho de retención en garantía del pago de una deuda determinada.

La comunicación notarial es el único mecanismo formal general de constitución del derecho de retención que la LDRG admite expresamente (cfr. art. 10 LDRG). En consecuencia, parece que esta garantía real no puede constituirse por sentencia judicial ni por vía convencional. Sin embargo, un sector doctrinal entiende que el silencio de la LDRG en este punto no tiene por qué interpretarse necesariamente en el sentido de excluir que el derecho real de retención pueda constituirse por decisión judicial. Desde este punto de vista se considera que planteada una demanda judicial por causa del *hecho* de la retención, la garantía real correspondiente puede quedar constituida si en el curso del procedimiento contradictorio el acreedor justifica el crédito que la origina así como su liquidación y su importe (5). A mi juicio, la LDRG no permite esta opción alternativa, aunque lo deseable hubiera sido lo contrario. Porque la oposición judicial no sólo puede ser resultado de la comunicación notarial, sino que también puede existir con independencia de ella, en un momento previo, ante la negativa de devolución del acreedor. Entiendo que la LDRG no permite la constitución judicial del derecho real de retención (arts. 4.1 y 7.1). Pero también entiendo que debiera haberla permitido en el caso de que el deudor o el propietario reclamaran judicialmente la restitución de la cosa, con la consecuente denegación por parte del acreedor y la acreditación de la concurrencia de los presupuestos legalmente requeridos (arts. 3 y 5 LDRG). En definitiva, tal y como se expresa la LDRG, la decisión judicial no puede ser constitutiva, sino declarativa, porque el derecho real de retención sólo ha de reconocerse judicialmente cuando exista, y para que exista ha de haber nacido de acuerdo con las disposiciones legales que lo regulan, en concreto, de acuerdo con el artículo 4.1 LDRG, que requiere la comunicación notarial como única forma de constitución.

(5) PUIG I FERRIOL - ROCA I TRIAS, *Institucions...*, pág. 392: «sembla que el precepte és massa estricte quan preveu l'eficàcia del dret de retenció únicament des de la comunicació notarial adreçada al deutor i al propietari. Hauria estat oportú preveure la possibilitat que si el deutor o el propietari reclamen judicialment al posseïdor la restitució de la cosa, pogués el creditor oposar a la reclamació l'excepció derivada de la retenció i que en aquest cas produís tots els efectes el dret de retenció, si la formulació de l'excepció anava acompanyada de la liquidació practicada pel retenidor i la determinació de l'import de les obligacions precedents». Igualmente ABRIL CAMPOY, *El derecho...*, pág. 1919, quien añade que «el control judicial previsto por el artículo 4.2 para garantizar los derechos del deudor y del propietario se vuelven en esta hipótesis innecesarios, al ser la jurisdicción contenciosa la encargada de decidir la constitución de un derecho de retención y el reembolso que con él se garantiza».

Tampoco parece posible constituir derecho de retención por la vía del acuerdo. La retención previamente acordada puede dar lugar a un derecho de prenda, pero no a un derecho real de retención. No obstante, podría pensarse que la no oposición judicial a la comunicación notarial (art. 4.1 LDRG) se acerca bastante a un «acuerdo» del deudor o del propietario con el contenido de ésta. Es posible, no obstante, que las partes en la relación obligatoria acuerden reflejar documentalmente la posibilidad de retener, la valoración del bien sobre el que se haya de ejercitar la garantía y cualquier otro extremo que estimen conveniente para facilitar este ejercicio, en previsión de la futura situación legalmente constituida. Pero estas estipulaciones se mantienen al margen del acto de constitución del derecho real de retención, que se lleva a cabo por la única iniciativa del acreedor, e incluso contra la voluntad del deudor, en las circunstancias y con las formalidades legalmente determinadas. En su consecuencia, carecerá de eficacia el pacto o la estipulación entre las partes que contradiga las disposiciones legales relativas a la constitución del derecho real de garantía (6).

La comunicación notarial la realiza el titular del derecho de crédito, quien establece su contenido de forma unilateral (7). Para cuantificar la deuda, en la comunicación han de constar los gastos necesarios y/o útiles efectivamente realizados en la cosa, los daños realmente sufridos por su causa y/o la retribución de la actividad pactada y realizada, con la determinación de la correspondiente cuantía —que puede haber sido previamente acordada con el deudor— y su justificación (cfr. art. 5 LDRG). También puede constar la voluntad del acreedor de retener en garantía de los intereses de los créditos asegurados que en lo sucesivo se devenguen, aunque no resulte necesario [cfr. art. 5.d) LDRG]. No obstante, será imposible realizar una liquidación definitiva o determinar el importe final del crédito generado por concepto de intereses, porque su cuantía dependerá del tiempo en que tarde el deudor en cumplir con su obligación de pago o el retenedor en realizar el valor de la cosa retenida. Si el acreedor lo estima conveniente, en la comunicación notarial

(6) LUCAS ESTEVE, *El régimen...*, pág. 75, también se muestra contrario a la posibilidad de constituir el derecho de retención por vía contractual, aunque entiende que «cualquier acuerdo para modificar la regulación de esta garantía tendrá eficacia *inter partes*, no *erga omnes*, y limitaría sus efectos a las partes que otorgaron el contrato».

(7) Esta forma de constitución notarial del derecho de retención no fue una novedad introducida por la LGP, dado que la legislación catalana ya la había previsto para algún supuesto, como en el caso del artículo 237.2 CS, donde se establece un derecho de retención en favor del fiduciario o de sus herederos, sobre los bienes de la herencia o del legado fideicomitido, por los créditos detallados en el artículo 240 del mismo texto que ostenten frente al fideicomisario. Según este precepto, «Si en dicho plazo el fiduciario o sus herederos requieren notarialmente al fideicomisario la constitución de un derecho de retención de conformidad con la Ley para alguno de los créditos a que hace referencia el artículo 240, y señalan su importe, pueden retener la dicha posesión».

puede incluir su propuesta de valoración del bien retenido, a los efectos previstos por los artículos 7.2 y 1.3.c) LDRG, y solicitar del propietario su conformidad.

El carácter unilateral inicial del acto formal de constitución hace que el contenido de la comunicación notarial, o alguno de sus extremos, sea provisional. El perjudicado por esta garantía puede formular oposición judicial no sólo a la retención constituida, sino al importe unilateralmente determinado o a la liquidación de la misma forma practicada (cfr. art. 4.1 LDRG). Aquietándose el deudor al contenido de la comunicación o rechazada su oposición por resolución judicial el contenido provisional de la comunicación se convierte en definitivo.

La declaración de voluntad que se manifiesta en la comunicación notarial es de naturaleza recepticia. La LDRG utiliza indistintamente, identificándolos, los términos «comunicación» [arts. 4.1, 4.2, 7.1 y 10.a)] y «notificación» (art. 4.1). Y según el artículo 202 RN, «Las actas de notificación tienen por objeto dar a conocer a la persona notificada una información o una decisión del que solicita la intervención». Por tanto, se trata de una voluntad que no despliega su eficacia en el momento en que se emite, se manifiesta o se declara, sino en el momento en que los destinatarios —deudor y/o propietario— tengan conocimiento, efectivo o debido (8), del contenido de la notificación [cfr. arts. 10.a; LDRG y 1262.2.º CC].

No obstante, la constitución de la garantía no depende de que el sujeto a quien se dirige la comunicación acepte su contenido (otra cosa serán los efectos de la oposición). El derecho real de retención nace cuando los destinatarios de la comunicación conozcan su contenido. A partir de ese momento, el acreedor, mero tenedor de la cosa pasa a ser titular de un derecho real sobre la misma, que será oponible no sólo frente a los sujetos comunicados, sino también *erga omnes* (art. 6.1 LDRG). En consecuencia, la declaración de voluntad expresada a través de la comunicación es constitutiva, porque determina el nacimiento de una situación jurídico-real antes inexistente.

La comunicación notarial interrumpe el plazo de prescripción del derecho personal del acreedor (cfr. art. 1.973 CC) que, a partir de ese momento empieza a contar de nuevo. Sin embargo, la inactividad posterior del retenedor

(8) No significa que el deudor y/o el propietario hayan de conocer efectivamente la comunicación y su contenido, sino que basta con que puedan hacerlo actuando de forma diligente, de manera que pueda presumirse. Al respecto, ALBALADEJO MANUEL, «Si la reclamación extrajudicial interrumpe la prescripción desde que se hace o cuando la recibe el prescribiente», en *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto 1996, págs. 523 a 534, pág. 532; COCA PAYERAS, MIGUEL, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ - BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN - SALVADOR CODERCH, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, págs. 4531 y sigs.

hace correr de nuevo el plazo, sin que pueda entenderse permanentemente interrumpido por el solo hecho de mantener la situación retenedora (9).

2.2. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA COMUNICACIÓN NOTARIAL

A tenor de lo dispuesto en el artículo 4.1 LDRG la comunicación notarial es un requisito de constitución del derecho real de retención. Esta tesis no es, sin embargo, la unánimemente admitida. Un sector de la doctrina sostiene que el derecho de retención se constituye por la concurrencia de las circunstancias establecidas en los artículos 3 y 5 LDRG. Para este sector doctrinal la comunicación notarial no es, pues, un requisito constitutivo de la garantía, sino un requisito de eficacia, únicamente preciso para que el derecho ya constituido despliegue todos sus efectos (10). Esta opinión ha quedado reflejada en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 4 de septiembre de 2000, dictada bajo la vigencia de la LGP y confirmada en casación por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de julio de

(9) Mantienen una posición contraria PUIG I FERRIOL - ROCA I TRIAS, *Institucions...*, pág. 394: «Mentre el creditor exerceix el dret de retenció, d'una forma o altra manifesta la voluntat d'extingir el crèdit garantit per la retenció, i per aquest motiu creiem que el dret de retenció es pot entendre com una reclamació extrajudicial del creditor, que segons l'article 1.973 CC determina la interrupció de la prescripció».

(10) A juicio de PUIG I FERRIOL - ROCA I TRIAS, *Institucions...*, pág. 393, el requisito de la notificación notarial no se exige para la constitución del derecho de retención, que queda constituido si el acreedor lo ejerce de acuerdo con los presupuestos establecidos por los artículos 3 y 5 LDRG; la comunicación es la formalidad que la Ley establece para dotar de cierta publicidad a la garantía para que se pueda oponer a terceros y proceder a la venta de la cosa retenida por subasta pública. En el mismo sentido, FELÍU REY, *Garantías...*, pág. 15, para quien la comunicación se establece para posibilitar la ejecución y determinar el *dies a quo* del cómputo del plazo del procedimiento de realización; ABRIL CAMPOY, *El derecho...*, pág. 1918, también cree posible «que el derecho de retención se constituya unilateralmente, mas no se lleve a cabo la comunicación notarial. Al faltar el medio que la ley requiere para dotar de publicidad a este derecho frente a terceros, muchas de las facultades que la citada ley le confiere no le corresponderán en este caso». Según CAMPO VILLEGAS, *En torno...*, pág. 113: «A nuestro juicio la eficacia de este derecho frente a terceros no se produce hasta aquella notificación notarial que lo reviste de la autenticidad y publicidad propios de los derechos y situaciones jurídicas que han de afectar a terceros. En su defecto el retenedor tan solo ostenta la mera facultad de conservar la posesión de la cosa y de oponerse a su reclamación pero únicamente *inter partes*». Siguiendo a este último autor, FUENTES MARTÍNEZ, *El derecho...*, pág. 250, defiende «la exigencia *ad solemnitatem* de la notificación notarial que examinamos, la cual guarda coherencia con la precisión de instrumento público que para la prenda prevé el artículo 8.2 en concordancia con el artículo 1.865 del Código Civil». No obstante, respecto de esta última afirmación cabría puntualizar que así como en la prenda el instrumento público es un requisito de eficacia, porque la garantía puede constituirse privadamente, en el derecho de retención la comunicación notarial es un elemento constitutivo, que determina la existencia y la plena oponibilidad de la garantía.

2001. Así, según la sentencia de la Audiencia Provincial, «Esta garantía queda establecida cuando se retiene la cosa por causa de impago, de modo que la exigencia de la comunicación notarial impuesta en el artículo 4.2 de la Ley no es de carácter constitutivo; pero en cuanto tiende a asegurar el conocimiento por el deudor de la retención y de la deuda originada, determina el momento para la efectividad de los derechos que comporta esta garantía» (FD segundo, 2.º). En el mismo sentido se expresa la sentencia del Tribunal Superior, según la cual, «El hecho es que el artículo 4 de la ley sobre garantías posesorias en su párrafo segundo no determina en qué término el retenedor ha de comunicar notarialmente al deudor y al propietario de la cosa (si fuera otro) la decisión de retener, la liquidación practicada y la determinación de las obligaciones precedentes. Esta indeterminación juega a favor de la tesis de la Audiencia ya que, nada se dice en el sentido que no sea válido el derecho de retención hasta el momento en que se haga realidad la notificación notarial» (FD Segundo, 14.º) (11).

Según este criterio el derecho real de retención quedaría constituido por la concurrencia de los presupuestos relacionados en los artículos 3 y 5 LDRG, pero en tanto no se produjera la comunicación notarial ninguna de las partes podría ejercitar las facultades que le corresponde (oposición judicial, sustitución de la garantía, imputación de los frutos, extensión de la garantía a los intereses y a los gastos de conservación, realización del valor, oponibilidad a terceros). A mi juicio, con esta tesis se está afirmando la posibilidad de constituir un derecho personal de retención al amparo de la LDRG, dado que, antes de la comunicación notarial, el acreedor sólo podría mantenerse en la posesión de la cosa retenida.

Pero, además, la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona añade que, «Si bien no cabe privar de virtualidad a la retención por falta de notificación notarial cuando consta la otra parte (12) conoció todas sus condiciones, tampoco puede prescindirse de esta formalidad para la efectividad de los derechos que derivan de la constitución de tal garantía y, especialmente, para computar el plazo de ejercicio de la oposición «a contar desde la fecha de la notificación» (FD Segundo, 5.º). Con ello parece que se está supeditando la existencia del derecho real de retención —ineficaz— al efectivo conocimiento de la situación de hecho y de «sus condiciones» por «la

(11) Traducción de la autora. STSJC de 19 de julio de 2001, FD segundo, 14.º, «El fet és que l'article 4 de la llei sobre garanties possessòries en el seu paràgraf segon no determina en quin termini el retenidor ha de comunicar notarialment al deutor i al propietari de la cosa (si fos un altre) la decisió de retènyir, la liquidació practicada i la determinació de les obligacions precedents. Aquesta indeterminació juga a favor de la tesi de l'Audiènciaja que, res és diu en el sentit que no sigui vàlid el dret de retenció fins el moment en que es faci la notificació notarial».

(12) Así en el original.

otra parte» (13). En este mismo sentido la sentencia del Tribunal Superior de Justicia, por entender que, «De hecho, se desprende de la lectura del precepto cuestionado que, la notificación notarial tiene por objetivo el conocimiento por parte del deudor de los hechos que han conducido a la retención de la cosa mueble de su propiedad (o de un tercero en su caso). Este conocimiento ha de permitirle oponerse a la deuda y, obviamente a la retención efectuada, o, si procede, sustituir la cosa retenida. Pero si el deudor es conocedor del importe de la deuda y de las circunstancias de la retención de la que habla el artículo 4, y no hay motivos para pensar que el deudor se ha visto privado ya de defenderse de la retención, ya de sustituir la cosa retenida, y, nada justifica la exigencia de la notificación notarial con efectos constitutivos del derecho» (14) (FD Segundo, 15.º y 16.º). Así pues, como se aprecia, en ambas instancias se entiende que la finalidad de la comunicación no es otra que el conocimiento de la situación por parte del perjudicado, de forma que aquélla no resulta necesaria cuando quede demostrado que éste ya conocía por otros medios el ejercicio de la garantía.

Sin embargo, según entiendo, el derecho real de retención previsto y regulado en la LDRG no nace por la sola concurrencia de los presupuestos detallados en los artículos 3 y 5. De ser así, ante un mismo supuesto, cabrían dos derechos de retención: el comunicado y el no comunicado, con efectos diferentes; situación que parece oponerse al deseo de homogeneidad que la regulación de la garantía pretende. La LDRG regula el derecho de retención de naturaleza real, que desde su constitución permite a su titular oponerlo *erga omnes*. En-

(13) Esta misma contradicción en PUIG I FERRIOL - ROCA I TRIAS, *Institucions...*, pág. 393, quienes, después de afirmar que «el requisit de la notificació notarial no s'exigeix per a la constitució del dret de retenció», consideran que «En aquests casos la decisió unilateral del posseïdor de la cosa, comunicada notarialment als efectes esmentats al deutor i, en el seu cas, al propietari, determina la creació del dret de retenció». En el FD segundo, 4.º de la sentencia comentada de la Audiencia Provincial de Tarragona se pone de manifiesto que «La deudora tuvo pleno conocimiento de ejercicio de la garantía, así como de sus circunstancias y condiciones, mostrando su oposición, ya que reivindicaba su mercancía pero poniendo objeciones al pago del trabajo efectuado sobre ella; y en tal sentido existieron comunicaciones entre ambas partes mediante las cuales se especificó el importe del precio reclamado y la liquidación correspondiente e incluso se le dio oportunidad de recuperar el aceite pagando una cantidad inferior (1.400.000 ptas.) a cuenta del precio definitivo».

(14) Traducción de la autora. STSJC de 19 de julio de 2001, FD segundo, 15.º y 16.º: «De fet, és després de la lectura del precepte qüestionat que, la notificació notarial té per objectiu el coneixement per part del deutor dels fets que han conduït a la retenció de la cosa moble de la seva propietat (o d' un tercer si s'escau). Aquest coneixement li ha de permetre oposar-se al deute i, òbviament a la retenció efectuada, o, si escau, substituir la cosa retinguda. Però, si el deutor es coneixedor de l'import del deute i de les circumstàncies de la retenció de que parla l'article 4, i no hi ha motius per pensar que el deutor s'ha vist privat ja de defensar-se de la retenció, ja de substituir la cosa retinguda, i, res no justifica l'exigència de la notificació notarial amb efectes constitutius del dret».

tiendo que la comunicación notarial es requisito de constitución del derecho real de retención, porque, a diferencia de lo que ocurre en la misma LDRG con el derecho real de prenda, donde el artículo 12.2 expresa claramente que el derecho ya constituido por la concurrencia de los requisitos enumerados en el apartado primero de este artículo no desplegará todos sus efectos —nosólo entre las partes constituyentes, sino también frente a terceros— mientras no conste en instrumento público, el precepto correspondiente del derecho de retención no dice nada semejante e integra la comunicación como requisito de existencia, en contrapartida a la iniciativa unilateral del acreedor.

Es decir, a diferencia de la prenda, en el derecho de retención la transmisión posesoria ya se ha llevado a cabo en un momento previo: el retenedor era previamente el poseedor de buena fe de cosa ajena (art. 3 LDRG). Además, el acreedor cambia unilateralmente su concepto posesorio cuando «decide retener» (art. 4.1 LDRG) (15). Por tanto, el traslado de la posesión no desempeña, en este caso, una función de publicidad, como mecanismo para que los terceros acreedores del mismo deudor o los futuros adquirentes del objeto retenido conozcan la afección de la que la cosa responde; siquiera sirve para que el sujeto pasivo de la obligación asegurada o el propietario del bien afectado conozcan su nueva situación jurídica (16).

La comunicación notarial es un requisito necesario no sólo para el nacimiento y la completa efectividad del derecho de retención, sino también para dar a conocer la nueva situación unilateralmente creada a aquellos directamente afectados por la misma. Es decir, al igual que los terceros, y con mayor motivo, el deudor y el propietario del bien retenido han de conocer de forma indubitada la situación jurídica actual del bien, el régimen jurídico que al mismo corresponda, para poder actuar en consecuencia protegiendo sus intereses. Por tanto, la notificación notarial de la retención cumple esta doble función de publicidad —frente a la otra parte y frente a los terceros—, y proporciona al acreedor un documento que acredita frente a cualquiera

(15) Aspecto éste que se remarca en la citada STSJC, FD segundo, 18.º

(16) El desplazamiento posesorio de la cosa gravada con prenda desempeña, en este derecho, las funciones de control patrimonial y de publicidad. De control patrimonial porque el acreedor se asegura que el pignorante, que ha perdido la posesión de la cosa gravada, no la enajene como libre de cargas a terceros de buena fe (cfr. art. 464 CC). De publicidad porque supone un medio para que los terceros acreedores del mismo deudor o los adquirentes del objeto de prenda conozcan la afección de la que responde la cosa empeñada. Así, lo expresa SANCHO REBULLIDA, FRANCISCO DE ASÍS, en LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS y otros, *Elementos de Derecho Civil*, t. III, vol. 2.º, segunda edición, José María Bosch Editor, S. A., Barcelona, 1991, pág. 299, para quien esta doble función del desplazamiento posesorio en la prenda explica la antigüedad e importancia histórica de la figura. En el mismo sentido, GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, en AA.VV., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por ALBALADEJO, MANUEL, t. XXIII, segunda edición, Edersa, Madrid, 1990, pág. 495.

—también frente a la otra parte— la existencia de un derecho real sobre la cosa retenida y la fecha de su constitución. Cuando se entiende que la prenda no formalizada en instrumento público no despliega más efectos que entre partes es porque se parte del hecho de que éstas ya conocen la existencia del derecho real que de mutuo acuerdo constituyen (cfr. art. 12 LDRG) (17). En cambio el derecho de retención, de origen legal y de constitución unilateral, no puede perjudicar a quien desconozca su existencia, y la comunicación notarial es la forma requerida por la LDRG para dar a conocer la existencia de la garantía.

Desde esta última perspectiva, todavía queda más claro, a mi juicio, la necesidad de dar publicidad a la nueva situación que presenta la constitución del derecho real de retención a través de la comunicación notarial prevista en el artículo 4.1 LDRG. Es del todo evidente que constituyendo el derecho de retención una carga real y objetiva que, además de limitar y gravar el dominio de los bienes muebles sobre los que se constituye, tiene su origen en la ley y en la voluntad unilateral del acreedor, necesita ser comunicado de una manera expresa, para que todos, especialmente el propietario del bien gravado, puedan conocer con la debida seguridad el verdadero estado de la propiedad de esos bienes. Se trata, en definitiva, de atender y cumplir con el principio de seguridad jurídica en la publicidad de los gravámenes impuestos sobre el dominio, base esencial de los derechos reales, cuya necesidad se hace más patente cuando estos derechos se constituyen sin contar con la voluntad del perjudicado.

De lo contrario, si el derecho real de retención quedara constituido por la simple concurrencia de los requisitos y presupuestos demandados por los artículos 3 y 5 LDRG, nos encontraríamos ante un derecho legal de constitución tácita, aunque supeditado para su efectividad al requisito de la notificación notarial. En este último caso, el derecho real se constituiría automáticamente, *ope legis*, sin necesidad de un determinado acto constitutivo que, de alguna manera, dotara de publicidad a la existencia de la garantía y sus circunstancias, lo que provocaría una inseguridad frente a los terceros adquirentes y frente a acreedores posteriores, que quedarían sin protección (18). La

(17) El requisito de forma *ad solemnitatem* establecido por el artículo 12.2 LDRG persigue exclusivamente la protección de los terceros, que, según GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, pág. 518, son «quienes han adquirido algún derecho concreto de carácter personal sobre la cosa gravada. Es decir, fundamentalmente los acreedores del pignorante que por la existencia de la prenda ven frustradas sus expectativas actuales de cobrar su crédito con cargo a la cosa empeñada al sustraerse del patrimonio del deudor a los efectos de la responsabilidad general».

(18) Y esto fue, precisamente, lo que trató de evitar la Ley Hipotecaria de 1861, que se encontró con una gran variedad de hipotecas legales tácitas cuyo mantenimiento consideró contrario al principio de publicidad que, junto con el de especialidad, conformaba

existencia de este derecho requiere, como se ha dicho, que su constitución conste fehacientemente, de forma que puedan ser conocidas sus circunstancias, especialmente la fecha de su constitución, por aquellas personas cuyos intereses pueden verse por ello perjudicados.

Por todo ello, en contra de lo que se afirma en la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 4 de septiembre de 2000, y se confirma en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 19 de julio de 2001, no valen otras formas de conocimiento fuera de la comunicación notarial a la que se refiere el artículo 4.1 LDRG. La habilitación legal para que el acreedor constituya unilateralmente un derecho real e imponga las facultades que en el mismo se integran, no sólo frente a terceros sino incluso frente al deudor y al propietario, no puede suponer ausencia de protección, por

la base del sistema inmobiliario que se pretendía implantar. La Ley Hipotecaria de 1861 convirtió la mayor parte de las hipotecas legales tácitas en hipotecas legales expresas, requiriendo el otorgamiento de un acto expreso de constitución, que debía ser inscrito en el Registro. Estas hipotecas legales tácitas eran contrarias, además, al principio de especialidad, porque en la mayoría de ocasiones afectaban a varios bienes a la vez, dando lugar a hipotecas generales o solidarias. MANRESA Y NAVARRO, JOSÉ MARÍA, *Comentarios al Código Civil español*, t. XII, sexta edición, revisada por JUSTO J. GÓMEZ YSABEL, Instituto Editorial Reus, S. A., Madrid, 1973, pág. 659, relata que «antes de la publicación de la Ley Hipotecaria, las hipotecas legales se caracterizaban por su cualidad de tácitas, de necesarias y generales, las cuales, sin constar en ningún documento propio ni referirse a bienes determinados, ni aún ciertos y conocidos, sujetaban todos los de una persona en favor de otra, constituyendo un privilegio odioso y altamente perjudicial para la contratación, pues con dicho sistema el comprador o el acreedor hipotecario estaban siempre expuestos a la aparición de una hipoteca oculta cuya existencia no había medio de conocer, pero que con la promulgación de la indicada ley se rompieron las antiguas tradiciones, si bien con especial cuidado se procuraron conservar los beneficios concedidos por las antiguas leyes a las personas en cuyo favor establecieron dichas hipotecas, sin perjudicar por ello la publicidad que la propiedad debe tener para que se cumplan los fines de la legislación hipotecaria. Consecuencia de ello fue la subsistencia de las hipotecas legales, pero con un nuevo carácter, pues de afecciones ocultas y generales debían pasar a convertirse en públicas y especiales, mediante el ejercicio del derecho concedido para ello a los poseedores de aquéllas». Según PUIG BRUTAU, JOSÉ, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, vol. III, tercera edición actualizada, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1983, pág. 282: «No hay que esforzarse para demostrar que estas hipotecas eran incompatibles con una correcta política de favorecer el crédito territorial, pues existían al margen de toda publicidad y determinación exigible en todo gravamen». En el mismo sentido, SÁNCHEZ ROMÁN, *Estudios...*, t. III, pág. 830; ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a - ROCA-SASTRE MUNCUNILL, LUIS, *Derecho Hipotecario*, t. IX, octava edición revisada, ampliada y puesta al día, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1998, pág. 3; CHICO Y ORTIZ, JOSÉ M.^a, *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, cuarta edición actualizada, Marcial Pons, Madrid, 2000, pág. 1660; BLASCO GASCÓ, FRANCISCO DE P., *La hipoteca inmobiliaria y el crédito hipotecario*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 67; GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, pág. 587; GARCÍA GARCÍA, JOSÉ MANUEL, en AA.VV., *Comentario del Código Civil*, dirigido por PAZ-ARES RODRÍGUEZ - BERCOVITZ - Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN - SALVADOR CODERCH, t. II, Ministerio de Justicia, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 1900.

desconocimiento, ausencia de publicidad o de fehaciencia, de los derechos e intereses directamente afectados.

Tratándose de una facultad que el ordenamiento jurídico pone al alcance del acreedor, que invierte su concepto posesorio de forma unilateral, éste tiene la opción de devolver la cosa o, si lo prefiere, retenerla conforme al derecho constituido con la publicidad precisa para que conste de manera fehaciente. Si el deudor o el propietario reclaman la devolución del bien antes de que el acreedor haya efectuado la comunicación notarial, éste no tiene más remedio que devolverlo o constituir formalmente derecho de retención. Si el acreedor se niega a la devolución y no comunica notarialmente su decisión de retener, entrará en mora con las responsabilidades propias de esta situación (19). Los perjudicados por la negativa del acreedor a la devolución pueden oponerse iniciando el procedimiento judicial correspondiente para la defensa de su derecho. En este caso, de producirse posteriormente la comunicación requerida —no para que el deudor o el propietario conozcan la situación, que ya conocen, sino para que el derecho se constituya formalmente— no debería hacer falta que expresaran de nuevo su oposición judicial en el plazo de un mes previsto por la LDRG (arts. 4.1 y 7.1).

En definitiva, el derecho de retención no se constituye por la sola concurrencia de los presupuestos demandados por los artículos 3 y 5 LDRG, quedando, entonces, su eficacia *erga omnes* supeditada al requisito de la comunicación (cfr. art. 12 LDRG). Para que el derecho de retención se constituya como derecho real de garantía es preciso, además, la notificación notarial. Sólo si concurren todos estos presupuestos y requisitos nace el derecho real de retención, con los efectos que para el mismo prevé la Ley. Esto es, la garantía nace a partir de la comunicación notarial y desde ese momento despliega todos sus efectos, tanto entre las partes de la obligación cuyo cumplimiento se asegura, como frente a cualquier tercero (Preámbulo II, 3.º LGP y arts. 6.1 y 7.1 LDRG). Por tanto, el derecho de retención no existe hasta el momento en que el contenido de la comunicación notarial sea conocido por sus destinatarios.

Esta última postura, que aquí se defiende, es la que igualmente mantiene la Audiencia Provincial de Barcelona, en la sentencia de 16 de marzo de 1999 y en el auto de 31 de enero de 2000. Según la sentencia de 1999, que atiende al carácter legal y unilateral de la constitución del derecho real de retención (FD Segundo, 2.º), «Esta enérgica garantía exige rigor formal en su constitución y a tal efecto, el artículo 4 de la ley señala en su apartado segundo que

(19) La válida constitución del derecho de retención impide que el acreedor caiga en morosidad por el incumplimiento de la obligación de restituir (cfr. art. 1.100 CC) y que se le puedan reclamar responsabilidades por la destrucción fortuita de la cosa que sigue poseyendo (cfr. art. 1.096 CC).

«el retenedor comunica (20) notarialmente al deudor y al propietario, si fuera distinto, la decisión de retener, la liquidación practicada y la determinación del importe de las obligaciones precedentes» (...) Tan clara dicción legal sobre la necesidad de comunicación notarial de la retención conduce a la desestimación del recurso, pues evidentemente resulta que la notificación por telegrama que se efectuó no cumple el requisito de forma que, con su carácter *ad solemnitatem*, regula la ley mencionada» (FD Segundo, 3.º y 4.º). En este mismo sentido se expresa el citado auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, de enero del 2000: «La enérgica garantía que el mismo comporta, llegando incluso a la posibilidad de ejecución forzosa del bien retenido, exige que se cumplan rigurosamente las formalidades que la Ley establece para su constitución (...) A tal efecto, el artículo 4.2 exige la comunicación notarial al deudor y al propietario, si fuere distinto, de la decisión de retener, la liquidación practicada y la determinación del importe de la obligación, momento a partir del cual aquéllos podrán oponerse judicialmente en el plazo de tres meses» (FD Tercero, 2.º y 3.º).

2.3. LA «SITUACIÓN DE RETENCIÓN»; LA «DECISIÓN DE RETENER»

Distinto del título legal de adquisición del derecho de retención es el título legal de adquisición de la posesión en un concepto determinado. El acreedor, desde que decide retener, ya ha modificado su concepto posesorio: ya no posee la cosa en virtud del título que hasta entonces le justificaba para hacerlo, sino que la posee en concepto de retenedor, amparado por el título posesorio que la LDRG establece (21); cambio que caracteriza al derecho de retención aportándole sustantividad y autonomía propia respecto de otras figuras que también permiten la negativa del acreedor a la entrega de la cosa, como pueda ser la prenda o la *exceptio non adimpleti contractus* (22).

Ocurre, sin embargo, que el título que justifica la posesión del acreedor en concepto de retenedor se encuentra condicionado a la efectiva constitución

(20) Así en el original.

(21) La decisión de retener supone la extinción del derecho a poseer correspondiente al concepto posesorio previo y su sustitución por un nuevo *ius possidendi*, cuyo justo título se encuentra en la propia LDRG, correspondiente con el nuevo concepto posesorio de retenedor. Por el contrario, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, JOSÉ IGNACIO, *La retención de cosa ajena*, Bosch, Casa Editorial, S. A., Barcelona, 1990, pág. 31, entiende que desde que llega el término final marcado para que el acreedor entregue la cosa hasta que el destinatario de la comunicación conozca su contenido se produce «un alargamiento del título posesorio original (p. ej., depósito o usufructo)».

(22) Al respecto, véase VIÑAS MEY, *El derecho...*, pág. 104, quien establece la distinción entre el derecho de retención y «otras figuras, también consistentes en la negativa del acreedor de entregar la cosa hasta el pago de una deuda de que es responsable».

de la garantía, de manera que una vez constituida ésta formalmente, su efectividad se proyecta con efectos retroactivos al momento de la intervención del concepto posesorio, para justificarlo. Esta idea parece apoyarse en el propio texto del artículo 4.1 LDRG y en el párrafo inicial del artículo 7 LDRG. El artículo 4.1 LDRG requiere que el acreedor comunique al deudor su «decisión de retener», pero no puntualiza si se trata de una decisión ya tomada o de una simple advertencia; con lo cual puede interpretarse que el acreedor ya detenta el objeto en concepto de retenedor a la espera de que su situación adquiera la eficacia jurídica que con la notificación se atribuye. Durante este tiempo intermedio, dado que el poseedor ya ha cambiado su concepto posesorio, el régimen de la posesión es el que establece la LDRG: el poseedor no puede utilizar la cosa retenida más allá de su uso conservativo y los gastos o los daños que por este concepto o en su consecuencia se generen se acumulan a su crédito, así como los intereses que desde ese momento se devenguen (cfr. art. 5 LDRG).

Como consecuencia, no se puede calificar como derecho de retención, ni real ni personal, a la situación provisional preparatoria de la existencia de la garantía real que a estos efectos LDRG justifica. El acreedor que decida retener en garantía de las obligaciones descritas en la LDRG dispone en todo momento de la defensa que como poseedor le corresponde contra la perturbación o el despojo de su posesión en cuanto tal (cfr. art. 250.1, 4.º LEC) (23). Y sólo constituida la garantía, el ya retenedor dispondrá, además, de la defensa real que la LDRG pone a su alcance y que le permite mantenerse en su situación jurídica, como titular de un derecho real, reteniendo la posesión—inmediata o mediata—del bien afectado frente a cualquiera y persiguiéndolo allá donde se encuentre. En ninguno de los casos, el futuro retenedor, por la sola intervención de su concepto posesorio, puede retener frente a cualquiera, y mucho menos asistido por una acción real; acción que nacería en un momento previo a la existencia del derecho del que proviene, y sin la necesaria publicidad que su beligerancia demanda. Lo contrario supondría atribuir al simplemente poseedor un mecanismo de defensa desproporcionado en perjuicio no sólo de los intereses de los terceros, sino también de la seguridad jurídica y agilidad procesal por principio perseguidas (24). En otras palabras, no es que hasta el momento de la notificación exista un derecho de retención cuyo único efecto sea el mantenimiento de la posesión como mé-

(23) Es decir, la resistencia del acreedor a la entrega de la cosa que retiene, así como el ejercicio de las acciones posesorias que le permitan mantenerse pacíficamente en su posesión o recobrarla si de la misma fue despojado son conductas que se encuentran legitimadas no por el derecho de retención, sino por el derecho que en general asiste a todo poseedor (cfr. arts. 441 y 446 CC y 250.1.4.º LEC).

(24) En este sentido, ABRIL CAMPOY, *El derecho...*, págs. 1917 y sigs.

todo compulsivo al pago, y que, tras ella, el derecho real constituido despliegue toda su eficacia. Como ha quedado dicho, el derecho real sólo existe desde que se constituye con arreglo a la LDRG y, entonces, despliega toda su eficacia. Pero mientras tanto, el ordenamiento ha de arbitrar medidas que posibiliten la existencia efectiva de ese derecho, dotándolas de la eficacia precisa para ello. El acreedor que decide retener ha de poder mantener la posición que la LDRG demanda como presupuesto para la constitución de la garantía, concretamente, ha de poder mantener la posesión sobre la cosa retenida, que sólo será posible si puede ejercitar un poder directo e inmediato sobre la misma, oponible frente a cualquiera en cuanto paso previo a la constitución del derecho. En definitiva, la eficacia defensiva de la «retención», antes de la constitución del derecho real, debe quedar limitada a la defensa posesoria. El acreedor que ante cualquier reclamación quiera asegurar su derecho no tiene más que constituirlo (25).

La LDRG no determina plazo alguno para que el acreedor que decida retener —y que, por tanto, ha cambiado ya su concepto posesorio— constituya formalmente derecho de retención. En principio, atendiendo a los artículos 4.1 y 7.1 LDRG, que respectivamente establecen un plazo de un mes para formular oposición judicial a la retención constituida y para proceder a la realización de la cosa, podría pensarse en un mismo término. Sin embargo, en la mayoría de los casos lo habitual será que el acreedor persista en su negativa a la devolución pero sin constituir derecho real (eficacia «psicológica» de la retención); y entiendo que el acreedor podrá mantenerse en esta situación en tanto el deudor o el propietario del bien afectado no le reclamen formalmente para que cumpla con su obligación de devolución o entrega, con los límites de la prescripción extintiva (26).

Por otra parte, según el artículo 7.1 LDRG, el retenedor puede proceder a la venta de los bienes muebles retenidos transcurrido un mes desde que el derecho de retención conste de manera fehaciente, «de acuerdo con el artículo 4». De ello puede deducirse que, hasta que la retención conste «de acuerdo con el artículo 4» no despliega los efectos que le son propios, no existe como

(25) De otra manera se ofrece, además, un sencillo mecanismo de fraude para burlar los intereses de los terceros, sin las mínimas garantías. Pensemos, por ejemplo, en el tercero que embargue la cosa por deudas de su propietario o en el tercero que se la adjudique en subasta pública judicial. Frente a estos sólo puede retener el titular de un derecho real pero no quien por negligencia o por mala fe no haya constituido todavía su derecho.

(26) Así lo entiendo por considerar que ambas partes tienen a su alcance la posibilidad de acabar con esta situación interina: el acreedor constituyendo formalmente su derecho, y el deudor reclamando en forma la devolución del bien retenido de hecho; y porque, ante la pasividad del perjudicado —del deudor o del propietario— y por el transcurso del tiempo el acreedor puede, por ejemplo, cambiar de nuevo su concepto posesorio y llegar a adquirir la propiedad del objeto por usucapión.

derecho real, lo que no obsta para que exista una situación provisional de retención, preparatoria para la constitución del correspondiente derecho que, como cualquier otra posesión, se encuentre amparada por los mecanismos de defensa que le son propios (especialmente, por las acciones que pretendan la tutela sumaria de la posesión —cfr. art. 250 LEC).

3. LA OPOSICIÓN A LA RETENCIÓN CONSTITUIDA

Comunicada notarialmente la retención, el deudor y, en su caso, el propietario «pueden oponerse a la retención judicialmente durante el plazo de un mes, a contar desde la fecha de la notificación» (art. 4.1 LDRG). La oposición judicial no conlleva como efecto la imposibilidad de proceder a la realización de la garantía (art. 7.1 LDRG), excepto que vaya acompañada «de la consignación o el afianzamiento por una entidad de crédito del valor de la deuda principal más el 20 por cien para gastos» (art. 4.1 LDRG) (27).

3.1. LA OPOSICIÓN JUDICIAL

La posibilidad de formular oposición judicial a la retención constituida se encuentra prevista en el artículo 4.1 LDRG (cfr. art. 7.1 LDRG), que establece para ello el plazo de un mes, a contar desde la fecha en que se produjo la notificación. El plazo legalmente establecido es de caducidad, por lo que una vez agotado se cierra la posibilidad de impugnar la garantía (28).

El establecimiento de este plazo de un mes tiene en la Ley dos funciones u objetivos esenciales. Por una parte, se pretende reservar un espacio temporal suficiente para que los destinatarios de la comunicación por la que unilateralmente se constituye el derecho real tengan tiempo de reaccionar oponiéndose a la misma (art. 4.1 LDRG). Por otra parte, se pretende asegurar la normalidad en el desenvolvimiento de la fase final de la garantía al hacer coincidir el final de este plazo con un término inicial a partir del cual el retenedor puede instar el procedimiento de realización del valor del objeto retenido (art. 7.1 LDRG), siempre que no se haya formulado oposición judicial, que ésta no vaya acompañada de la consignación o fianza requerida

(27) Por el hecho de que se impugne la garantía a través de la oposición judicial el retenedor no tiene que devolver la cosa, porque su situación se mantiene, como mínimo, hasta que se dicte resolución judicial dirimiendo la controversia. Otra cosa será que el Juez estime oportuno señalar otro régimen jurídico para asegurar la ejecutabilidad de la sentencia (p. ej., depósito en manos de un tercero).

(28) En el mismo sentido, LUCAS ESTEVE, *El régimen...*, pág. 80.

(art. 4.1 LDRG) o que haya sido resuelta positivamente declarando la existencia de derecho de retención.

Sin embargo, entiendo que ambas funciones u objetivos se hubieran conseguido igualmente aunque no se hubiera limitado el plazo en que el perjudicado por la garantía puede formular oposición a la misma. Entiendo que el final del plazo podría haberse fijado coincidiendo con el momento en que efectivamente el retenedor iniciara el procedimiento de realización de la garantía, de manera que fuera posible formular oposición en tanto esa facultad no se ejercitara. La LDRG no permite que el acreedor inicie el procedimiento de realización sino transcurrido un mes a partir de la comunicación notarial, pero en ningún momento le obliga a realizar la garantía en un plazo determinado. Por ello considero que el perjudicado por el derecho de retención, equilibrando sus posibilidades jurídicas con las que la LDRG concede a la otra parte, debiera poder formular oposición en tanto no se iniciara el procedimiento de realización de la garantía.

La oposición judicial es el único mecanismo de que disponen los sujetos directamente perjudicados por el derecho de retención para la defensa de sus intereses (29). A pesar de ello, la LDRG se muestra, en este punto, mucho más estricta que su predecesora. La LGP establecía un plazo de tres meses para que los perjudicados formularan oposición judicial a la retención constituida (30); oposición que, por sí misma, suponía la imposibilidad de realizar la garantía (arts. 4.2 y 6.1). En cambio, la LDRG reduce a un mes el plazo para oponerse a la retención (arts. 41 y 7.1); y requiere la consignación o el afianzamiento para impedir el inicio de la realización del valor de la garantía (art. 4.1, final).

En la demanda por la que se formula la oposición, los actores han de alegar los fundamentos de hecho y jurídicos que estimen pertinentes para que su pretensión resulte admitida. Así, pueden oponerse a la existencia del crédito del que resulta el derecho de retención o, reconociendo su deuda, pueden negar la existencia de la garantía por la falta de concurrencia de algunos de los presupuestos legales o mostrar su disconformidad con la liquidación resultante o con el importe de las obligaciones determinado. Cuando la oposición se refiera a la existencia del derecho de retención, en la demanda probablemente se reclamará la restitución de la cosa indebidamente retenida. Por tanto, la sentencia que resulte de la oposición puede tener sólo un efecto declarativo, cuando reconozca la existencia del derecho real, o, además, un efecto restitutorio, cuando se entienda lo contrario.

(29) LUCAS ESTEVE, *El régimen...*, pág. 79: «Este es el único momento de fiscalización del derecho de retención por los Tribunales de Justicia, ya que esta garantía está pensada para iniciarse, desarrollarse y concluir sin intervención judicial».

(30) El plazo, a estos efectos, establecido por la LGP ha quedado reducido a un mes para agilizar el desenvolvimiento de la garantía.

Si la decisión judicial resultado de la oposición desestima la petición del actor, lo mismo que si la estima parcialmente —obligando al demandado a rectificar alguno de los extremos, pero considerando la existencia de la garantía— el acreedor podrá continuar reteniendo. Pero si la decisión judicial estima la inexistencia de la garantía el poseedor, que retuvo sin poder hacerlo, habrá de resarcir al demandante por el perjuicio que hubiera podido sufrir (31).

3.2. LA CONSIGNACIÓN O AFIANZAMIENTO

La sola oposición a la constitución del derecho de retención no paraliza la facultad del titular de la garantía para proceder a la realización del valor. Para producir ese efecto resulta necesario que la oposición judicial vaya «acompañada de la consignación o el afianzamiento por una entidad de crédito del valor de la deuda principal más el 20 por 100 para gastos» (art. 4.1 LDRG).

La consignación o el afianzamiento representa una garantía adicional en beneficio del acreedor, que demuestra la predisposición de la parte deudora a cumplir con su compromiso en el caso de que éste realmente exista y en las circunstancias finalmente determinadas, no obstante su oposición. Por ese motivo, cuando la oposición vaya acompañada de la consignación o del afianzamiento requeridos no será posible proceder a la realización del valor de la garantía en tanto no se conozca el resultado de la decisión judicial que, según su sentido, declarará la viabilidad o no del procedimiento (32).

(31) El retenedor es quien lleva la iniciativa, sin perjuicio de las comprobaciones posteriores, tanto respecto de la liquidación del crédito como de su existencia. Sin embargo, esta facultad puede ocasionar abusos, puesto que permite al acreedor determinar un crédito inexistente, o un importe elevado de la obligación que no se corresponda con el realmente adeudado, lo que obligará al deudor a formular la oposición judicial que la LDRG pone a su disposición. Como indica ABRIL CAMPOY, *El derecho...*, pág. 1092, comentando el artículo 278 CDCC, «Si ello acontece, el retenedor que obra con abuso de su derecho de retención incurrirá en la responsabilidad que determina la ley (art. 7.2 CC)».

(32) Pozo CARRASCOSA, PEDRO DEL, «Els drets reals de garanda», en *Boletín Servicio de Estudios Registrales de Cataluña*, núm. 105, mayo y junio 2003, t. I, págs. 221 a 231, pág. 222, discrepa de la medida adoptada por el legislador en este punto, ya que, entiende que si bien la consignación o el afianzamiento pretende, sin duda, evitar una oposición a la realización meramente dilatoria y temeraria por parte del deudor o del propietario, resulta ser un requisito excesivo, especialmente cuando se trate de una retención injustificada. Este autor entiende que la introducción de esta norma se debe al mimetismo del legislador, que también la ha previsto para la prenda (art. 19.1 LDRG), aunque difieran tanto las situaciones a las que se refiere así como la justificación de las respectivas medidas. Este autor considera que en el caso de la prenda, garantía previamente constituida por acuerdo de voluntades, la medida puede tener su justificación, porque se trata de dar al deudor una última oportunidad de evitar la realización. Sin embargo, a su juicio,

La consignación o el afianzamiento se encuentran igualmente previstos en sede de prenda, con la misma finalidad (art. 19.1 LDRG). No obstante, en el caso de la garantía pignoraticia, la LDRG sólo exige que la oposición judicial «vaya acompañada de la consignación o el afianzamiento por una entidad de crédito del valor de la deuda, pero no exige que a la cantidad adeudada se adicione un 20 por 100 de la misma, para el pago de los gastos de procedimiento que se puedan originar. Esta diferencia de trato entre el derecho de retención y el derecho de prenda no está, a mi juicio, justificada, dado que en ambos casos previsiblemente se han de generar gastos de procedimiento.

Dra. REYES BARRADA ORELLANA
Profesora de Derecho Civil
de la Universitat Rovira i Virgili

en el caso del derecho de retención, garantía de constitución unilateral por parte del acreedor, la situación es muy diferente, precisamente por esta circunstancia, ya que el deudor, no sólo se puede oponer a la realización del valor de la garantía, sino también a su constitución. Y en este último sentido considera excesivo que su oposición deba necesariamente de ir acompañada de la consignación o del afianzamiento al que la LDRG le obliga.