

Àrea de Dret Civil  
Universitat de Girona (Coord.)

# La codificació dels drets reals a Catalunya



Materials de les Catorzenes  
Jornades de Dret català  
a Tossa

---

21 i 22 de setembre de 2006



La codificació dels drets reals a Catalunya  
(Materials de les Catorzenes Jornades de Dret Català a Tossa)



**LA CODIFICACIÓ DELS DRETS REALS A CATALUNYA**  
**(MATERIALS DE LES CATORZENES JORNADES**  
**DE DRET CATALÀ A TOSSA)**

**ÀREA DE DRET CIVIL**  
**UNIVERSITAT DE GIRONA**  
**(Coord.)**



**Girona 2007**

## Dades CIP recomanades per la Biblioteca de la UdG

La codificació dels drets reals a Catalunya. Materials de les Catorzenes Jornades de Dret català a Tossa ;  
coord: Àrea de Dret Civil, Universitat de Girona. – Girona : Documenta Universitaria, 2007. (Acta; X) – 376 p. ;  
23,5 cm

ISBN 978-84-96742-24-6

I. Universitat de Girona. Àrea de Dret Civil 1. Dret i legislació -- Catalunya – Congressos 2. Dret i legislació --  
Espanya -- Congressos 3. Drets reals 4. Garanties reals

CIP 347.2(063)JOR

Reservats tots els drets. El contingut d'aquesta obra està protegit per la Llei, que estableix penes de presó i/o multes, a més de les corresponents indemnitzacions per danys i perjudicis per a aquells que reproduïssin, plagiessin, distribuïssin o comunicuessin públicament, en la seva totalitat o en part, una obra literària, artística o científica, o la seva transformació, interpretació o execució artística fixada en qualsevol mena de suport o comunicada a través de qualsevol mitjà, sense la preceptiva autorització.

© els autors

©Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona

©DOCUMENTA UNIVERSITARIA ®

[www.documentauniversitaria.com](http://www.documentauniversitaria.com)

[info@documentauniversitaria.com](mailto:info@documentauniversitaria.com)

Primera edició

ISBN: 978-84-96742-24-6

Imprès a

Girona, setembre de 2007

Les *Catorzenes Jornades* han estat organitzades per l'Àrea de Dret Civil de la Universitat de Girona, en col·laboració amb l'Ajuntament de Tossa de Mar i el suport de:

Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia

Universitat de Girona

Acadèmia de Jurisprudència i Legislació de Catalunya

Deganat autonòmic dels Registradors de la Propietat i Mercantils de Catalunya

Col·legi de Notaris de Catalunya

Facultat de Dret UAB (Deganat)

Facultat de Dret UdG (Deganat)

Facultat de Dret UPF (Deganat)

Col·legi d'Advocats de Barcelona

Col·legi d'Advocats de Girona

Diputació de Girona

Fundació PROGRUP





# SUMARI

## PONÈNCIES

### PRIMERA PONÈNCIA LA CODIFICACIÓ DELS DRETS REALS

#### LA REGULACIÓ DELS DRETS REALS EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

ANTONI MIRAMBELL I ABANCÓ

I. La Llei 5/2006, de 10 de maig: els precedents .....	21
II. La llei 5/2006, de 10 de maig: uns criteris de codificació .....	23
1. Regulació actualitzadora i innovadora .....	24
2. Principis bàsics .....	24
3. Caràcter de dret comú .....	25
III. La nova regulació: alguns aspectes destacables .....	26
1. Títol 1. Els béns .....	26
2. Títol 2. La possessió .....	30
3. Títol 3. L'adquisició, la transmissió i l'extinció del dret real .....	34
4. Títol 4. El dret de propietat .....	45
5. Títol 5. Les situacions de comunitat .....	48
6. Títol 6. Els drets reals limitats .....	53
IV. Bibliografia .....	57

#### ORIENTACIONES PARA UNA POSIBLE REFORMA DE LOS DERECHOS REALES EN EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

ÁNGEL CARRASCO PERERA

I. Ocasión y dos citas .....	59
II. Una propuesta de Principios de ordenación del sistema español de derechos reales .....	61
III. Los objetos de la regulación .....	73
IV. ¿Un Código civil para regular los derechos reales? .....	78

### SEGONA PONÈNCIA ADQUISICIÓ, TRANSMISSIÓ I EXTINCIÓ DELS DRETS REALS

#### ELS SISTEMES ADQUISITIUS DELS DRETS REALS EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

FERRAN BADOSA COLL

I. Introducció. Els dos "sistemes d'adquisició" dels drets reals de la llei 5/2006: el fonamentat en els "títols d'adquisició" i el fonamentat en la tradició .....	83
1. "Transmetre i adquirir" .....	84
2. "Constituir i transmetre" .....	85
3. Els objectes de l'adquisició .....	86
4. Altres supòsits adquisitius que no són títols .....	86
5. La doble presència de la tradició. En relació amb el "títol" i la "iusta causa traditionis" .....	87
6. Les diverses accepcions de la possessió en els drets reals .....	88

II. 1a part. El "sistema d'adquisició" fonamentat en els "títols d'adquisició" .....	90
1. El "títol d'adquisició" (art. 531-1). L'admissió de la seva possible insuficiència .....	91
2. La complementació i la integració del títol adquisitiu (art. 531-1).....	92
III. 2a part. El "sistema d'adquisició" fonamentat en la possessió adquirida per tradició .....	95
1. La tradició i les seves "justes causes" (art. 531-3) .....	95
2. L'adquisició de la possessió de bona fe de béns mobles a títol oneros i de bona fe (art. 522-8.1.3).....	96
3. La irreivindicabilitat (art. 544-2.1).....	99

## L'ACCESSIÓ IMMOBILIÀRIA EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

JOAN MARSAL GUILLAMET

I. Introducció.....	101
II. El supòsit de fet de l'accessió: la incorporació.....	103
III. L'accessió com a "títol adquisitiu exclusiu de la propietat" i com a regla de solució de conflictes entre propietaris .....	105
IV. Les classes d'accessió .....	106
V. Els principis de la regulació.....	107
1. La protecció de l'interès del titular del bé principal .....	107
2. La bona o mala fe dels subjectes .....	108
VI. Les plantacions i els conreus en sòl aliè .....	110
1. Amb bona fe de l'incorporador .....	111
2. Amb mala fe de l'incorporador .....	112
VII. Les construccions en sòl aliè.....	112
1. Amb bona fe del constructor .....	113
2. Amb mala fe del constructor.....	114
3. Amb mala fe del propietari del sòl .....	115
VIII. La incorporació amb materials aliens.....	115
IX. L'aplicació retroactiva de la nova regulació .....	116

## TERCERA PONÈNCIA LES SITUACIONS DE COMUNITAT

### LES SITUACIONS DE COMUNITAT EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

LLUÍS JOU MIRABENT

I. Les situacions de comunitat en el títol cinquè del Codi civil de Catalunya.....	121
1. La Llei 5/2006 i el Projecte de 2003 .....	121
2. El títol cinquè i els seus models de referència.....	123
3. Comunitats a les quals s'aplica la normativa del Codi.....	124
II. Les situacions de comunitat en general .....	125
III. La comunitat ordinària indivisa .....	126
1. Característiques bàsiques.....	126
2. Constitució i extinció.....	127
IV. Drets individuals sobre la comunitat .....	128
1. Disposició de la quota.....	128
2. Dret d'adquisició preferent en la transmissió.....	129
3. Renúncia a la quota.....	131

V. L'objecte de la comunitat i els qui en són titulars.....	132
1. L'ús i el gaudi de l'objecte en comunitat.....	132
2. L'administració.....	133
3. Els convenis per regular la comunitat indivisa.....	134
VI. La divisió de la cosa comuna.....	135
1. L'acció de divisió.....	135
2. El procediment de la divisió.....	137
3. Els efectes de la divisió.....	138

## LA REGULACIÓ DE LA PROPIETAT HORITZONTAL AL CODI CIVIL DE CATALUNYA

ANTONI GINER GARGALLO

I. Presentació i contingut de la ponència.....	141
II. Introducció.....	143
1. Què és una propietat horitzontal.....	143
2. Què pot constituir una propietat horitzontal.....	144
3. Quina naturalesa jurídica té la comunitat de propietaris.....	144
III. Constitució.....	145
1. Qui pot constituir un immoble en règim de propietat horitzontal.....	145
2. Quan es pot constituir un immoble en règim de propietat horitzontal.....	146
3. Què succeeix si s'han venut alguns departaments abans de la constitució o inscripció del règim de propietat horitzontal.....	146
4. Quin títol formal és necessari per a la constitució d'aquest règim.....	147
5. Quin és el contingut del títol de constitució.....	148
6. Requisits urbanístics per constituir un immoble en propietat horitzontal.....	150
7. Requisits per modificar la propietat horitzontal.....	150
8. Requisits per extingir aquest règim jurídic.....	151
9. Forma d'acreditar els acords de la comunitat per obtenir-ne la inscripció al Registre de la Propietat.....	152
10. Comunitats horitzontals de fet.....	152
IV. Elements de la propietat horitzontal.....	153
V. Despeses de la comunitat. Garantia. Deutes de la comunitat.....	156
VI. Govern de la comunitat.....	157
VII. Comunitats horitzontals amb règim especial.....	158

## ASPECTES PRÀCTICS DE LES URBANITZACIONS PRIVADES EN LA NOVA REGULACIÓ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

EMILI GONZÁLEZ BOU

I. Concepte i configuració de les urbanitzacions privades.....	163
II. Finques de titularitat privativa.....	167
III. Elements de titularitat comuna i limitacions.....	168
IV. Títol de constitució.....	170
1. Contingut civil del títol constitutiu.....	171
2. Contingut administratiu i urbanístic del títol constitutiu.....	173
3. Qui atorga el títol constitutiu.....	174
4. Constància registral.....	176
V. Extinció voluntària.....	178

**QUARTA PONÈNCIA  
ELS DRETS REALS LIMITATS**

**EL USUFRUCTO DE DINERO Y DE PARTICIPACIONES EN FONDOS  
DE INVERSIÓN Y EN OTROS INSTRUMENTOS DE INVERSIÓN COLECTIVA**

CARMELO AGUSTÍN TORRES

I. Introducción.....	181
II. Régimen aplicable.....	183
III. El usufructo de dinero .....	184
1. Régimen general.....	184
2. Usufructo de dinero con garantía.....	186
3. Usufructo de dinero sin garantía .....	187
4. Modificaciones respecto de la Ley 13/2000.....	188
5. Coste fiscal de la garantía.....	189
IV. El usufructo sobre participaciones en FI.....	189
1. Generalidades sobre los FI.....	189
2. Fondos a los que se aplica la regulación de la Ley 5/2006 .....	192
3. Estudio de la regulación legal .....	194
4. Modificaciones respecto de la Ley anterior 13/2000.....	203
V. Otros instrumentos de inversión colectiva. Las sociedades de inversión de capital variable (SICAV).....	205
VI. Algunas aplicaciones prácticas.....	207

**DERECHOS DE ADQUISICIÓN PREFERENTE**

ÁLVARO FERNÁNDEZ PIERA

I. Introducción.....	213
II. Disposiciones generales.....	214
1. Naturaleza jurídica.....	215
2. Constitución y eficacia.....	216
3. Ejercicio de todo derecho de adquisición .....	219
III. Derechos de adquisición voluntaria .....	219
1. Constitución.....	219
2. Objeto.....	220
3. Cotitularidad .....	221
4. Extinción .....	221
IV. La opción.....	222
1. Naturaleza jurídica.....	222
2. Plazo.....	223
3. Ejercicio de la opción .....	223
4. Transmisión del derecho de opción.....	224
5. Problemas.....	225
V. Derechos voluntarios de tanteo y retracto .....	226
1. Plazo.....	226
2. Ejercicio.....	227
VI. Derechos de retracto legales .....	228
1. El retracto de colindantes .....	228
2. La tornería.....	228
VII. Problemas de técnica notarial en las actas de notificación y requerimiento .....	229
VIII. Depósitos notariales .....	231
IX. Bibliografía.....	231

LA NOVA REGULACIÓ DEL DRET DE RETENCIÓ, LA PENYORA I  
L'ANTICRESI EN EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

PEDRO DEL POZO CARRASCOSA

I. Presentació.....	234
II. Una qüestió prèvia: gènere i nombre.....	235
III. Article 569-1. Garantia d'una obligació "principal" .....	236
IV. Article 569-2. Eficàcia general.....	236
1. Apartat 1. Realització del valor de la garantia.....	237
2. Apartat 1 i apartat 2. Eliminació de l'efecte anticrètic a la penyora i al dret de retenció.....	237
V. Article 569-4. Obligacions que poden originar el dret de retenció.....	238
1. Apartat a). Despeses necessàries.....	238
2. Apartat c). Retribució de l'activitat.....	239
VI. Article 569-5. Constitució del dret de retenció.....	240
1. Apartat 1. Notificació i oposició.....	240
2. Apartat 2. No-oposició dels cònjuges .....	241
VII. Article 569-6. Extinció del dret de retenció.....	241
VIII. Article 569-7. Realització del valor del bé moble retingut.....	242
1. Modificació d'alguns terminis.....	242
2. Apartat 3.c. Tipus de la subhasta .....	242
3. Apartat 5. Documentació.....	243
IX. Article 569-8. Realització del valor de la finca o del dret retinguts.....	243
1. Apartat 1: necessitat d'inscripció en el registre.....	243
2. Apartat 2. Termini per a la venda directa.....	244
3. Apartat 3.b. Problemes greus de redacció.....	245
4. Apartat 3.d: habitatge familiar .....	246
5. Apartat 3.f. Remissió incorrecta.....	246
6. Apartat 3.g. Termini.....	247
7. Apartat 3.i. Eliminació de la designació de mandatari.....	247
8. Article 569-9. Destinació de l'import de l'alienació.....	247
X. Article 569-10. Retenció de béns mobles de poc valor .....	248
1. Apartat 1. Exercici.....	248
2. Apartat 2. Comunicació.....	249
3. Apartat 3. Error de concepte i de redacció.....	250
XI. Article 569-11. Substitució del bé retingut .....	251
1. Apartat 1. Terminologia incorrecta.....	251
2. Apartat 2. Preu de mercat.....	251
XII. Article 569-12. Concepte de penyora.....	251
XIII. Article 569-13. Requisits de constitució de la penyora .....	252
1. Apartat 1. Possessió i poder de disposició.....	252
2. Apartat 2. Data de la penyora.....	252
3. Apartat 3. Document públic i notificació .....	253
XIV. Article 569-14. Supressió de la "penyora flotant" .....	253
XV. Article 569-15. Pluralitat de penyores.....	255
XVI. Article 569-16. Règim de la penyora amb relació a l'objecte empenyorat .....	256
XVII. Article 569-17. Substitució del bé empenyorat .....	256
1. Apartat 1. Béns fungibles.....	256
2. Apartat 2. Valors.....	257
3. Apartats 3 i 4. Manteniment de la data de l'empenyorament.....	257
XVIII. Observacions a l'article 569-19. Possessió del bé empenyorat.....	258
1. Apartat 1. Restitució .....	258
2. Apartat 2. Conservació.....	259
XIX. Observacions a l'article 569-20. Realització del valor del bé empenyorat.....	260
1. Apartat 4, incís inicial. No-oposició judicial.....	260
2. Apartat 4.a. Notaria.....	260
3. Apartat 4.e. Romanent.....	261
4. Altres apartats.....	261

XX. Article 569-21. Destinació de l'import de l'alienació.....	261
XXI. Article 569-22. Penyora de valors cotitzables .....	262
XXII. Article 569-23. Concepte de dret d'anticresi .....	262
XXIII. Article 569-24. Constitució .....	263
1. Apartat 1.A. Poder de disposició .....	263
2. Apartat 2. Escriptura pública .....	263
XXIV. Article 569-25. Règim .....	264
1. Apartat 1. Remissions.....	264
2. Apartat 3. Divisió i segregació .....	264
3. Apartat 4. Efectes.....	265

## COMUNICACIONS

### COMUNICACIONS A LA SEGONA PONÈNCIA

#### EL CULTIVADOR DE MALA FE I LA MTR DE LA PAC

ANDRÉS MIGUEL COSIALLS UBACH

I. Introducció.....	271
II. El cultivador de mala fe: aproximació a les seves característiques .....	272
III. Conseqüències jurídiques de l'acció del cultivador de mala fe previstes al llibre cinquè.....	274
IV. La <i>mid-term review</i> de la política agrícola comuna.....	276
1. Una nova realitat: els drets de pagament únic.....	276
2. La clàusula del benefici inesperat.....	279
V. Transcendència de l'assignació al cultivador de mala fe dels drets .....	279
1. Respecte del cultivador de mala fe.....	279
2. Respecte del propietari de la finca.....	280
VI. La indemnització per danys i perjudicis de l'article 542-11.1 CCCat.....	281
VII. Conclusió.....	282

#### LA ADQUISICIÓ DE BUENA FE DE BIENES MUEBLES EN EL CÓDIGO CIVIL DE CATALUNYA

SANTIAGO ESPIAU ESPIAU

I. Introducció.....	285
II. La regla general del art. 522-8 CCCat .....	286
III. La excepció a la regla general.....	289
IV. La excepció a la excepció .....	292

### COMUNICACIONS A LA TERCERA PONÈNCIA

#### L'EVOLUCIÓ DEL RÈGIM DE LES SERVITUDS I EL LLIBRE CINQUÈ DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA: L'ESTAT D'ALGUNES QÜESTIONS PROBLEMÀTIQUES

M. ROSA LLÁCER MATAÇAS

I. Presentació: la construcció d'un règim català de les servituds en l'àmbit del principi de llibertat de la propietat .....	297
II. Observacions generals sobre el dret de servitud en la Llei 5/2006.....	298

III. L'estat de la constitució del dret de servitud.....	301
1. Qüestions de legitimació. Les implicacions de l'art. 566-2.2 CCcat.....	301
2. El signe aparent i la nova jurisprudència del Tribunal Superior de Justícia.....	302
3. La no-usucapibilitat de les servituds. La transitorietat en la Llei 5/2006.....	304
IV. Les modificacions en el contingut del dret de servitud. La servitud de llums i vistes i l'ordenació de les restriccions del dret de propietat.....	307
V. L'extinció de les servituds: causes. En particular, perspectives de la consolidació en el llibre cinquè del Codi civil català com a causa extintiva.....	311
VI. Les conseqüències de la nova sistematització de les servituds forçoses en el llibre cinquè del Codi civil català.....	313
VII. El tractament de les accions confessòria i negatòria en el llibre cinquè.....	318

## VALORACIÓ CRÍTICA DE L'ARTICLE 553-45.4 DEL CODI CIVIL DE CATALUNYA

TERESA ROSELL I GAIROLES

I. Introducció.....	321
II. Antecedents.....	322
III. Limitació al dret de propietat. Discriminació per l'exercici d'activitat professional o empresarial.....	323
IV. Quota de propietat - quota de participació.....	324
V. Àmbit de les despeses sobre les quals es pot aplicar el doble de la quota corresponent.....	325
VI. La càrrega de la impugnació judicial.....	326
VII. Cessament o canvi de l'activitat.....	327
VIII. Enriquiment injust.....	328
IX. Conclusió.....	328

## COMUNICACIONS A LA QUARTA PONÈNCIA

### COMENTARIO CRÍTICO SOBRE LA EFICACIA DE LA NOTIFICACIÓN NOTARIAL EN LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE RETENCIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

REYES BARRADA ORELLANA

I. Naturaleza real del derecho de retención.....	333
II. La comunicació notarial. ¿requisito de constitució o de eficacia del derecho de retenció?.....	334
III. El valor de la notificació notarial en las decisiones del TSJC.....	335
1. Sentencia 24/2001, de 19 de julio, del TSJC.....	335
2. Sentencia 25/2006, de 19 de junio, del TSJC.....	336
3. Líneas fundamentales de la postura jurisprudencial.....	338
IV. Crítica a la postura jurisprudencial. Interpretación del artículo 569-5.1 CCCat.....	338
1. Interpretación literal y su relación con los antecedentes legislativos de la norma.....	338
2. Interpretación contextual.....	339
3. Interpretación según el espíritu y la finalidad de la norma.....	340
4. Interpretación lógica.....	341
5. Conclusión.....	342
V. La situación de retención.....	343

**EL DRET DE RETENCIÓ DE L'EDIFICI PER PART DE LES PERSONES  
QUE INTERVENEN EN EL PROCÉS D'EDIFICACIÓ: CONTRACTISTES,  
SUBCONTRACTISTES I TREBALLADORS ASSALARIATS**

**JORDI MEDINA ORTIZ**

I. Introducció.....	345
II. Element objectiu: el crèdit per a la construcció o reparació d'un bé.....	347
1. El crèdit de naturalesa refaccionària com a pressupòsit del dret de retenció.....	350
2. Supòsits de crèdit refaccionari que donen lloc al dret de retenció.....	353
III. Elements subjectius.....	353
1. La persona que encarrega l'execució d'una obra.....	353
2. Altres persones que intervenen en el procés de construcció, lligades contractualment amb el contractista i no pas amb el propietari de l'immoble.....	360
IV. L'adequació de l'activitat executada al pressupost o al pacte.....	366
1. Contractes sotmesos a la LOE.....	367
2. Contractes administratius d'obres.....	370
3. Contractes d'obra no sotmesos ni a la LOE ni a la legislació administrativa.....	371
4. Paper del tercer que hagi d'apreciar el compliment o no de l'execució de l'obra.....	373
5. Conservació de l'obra executada.....	374
V. Conclusions.....	375



# COMENTARIO CRÍTICO SOBRE LA EFICACIA DE LA NOTIFICACIÓN NOTARIAL EN LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE RETENCIÓN SEGÚN LA JURISPRUDENCIA

REYES BARRADA ORELLANA

PROFESORA DE DERECHO CIVIL  
UNIVERSITAT ROVIRA I VIRGILI

## SUMARIO

I. Naturaleza real del derecho de retención.....	333
II. La comunicación notarial. ¿requisito de constitución o de eficacia del derecho de retención?.....	334
III. El valor de la notificación notarial en las decisiones del TSJC.....	335
1. Sentencia 24/2001, de 19 de julio, del TSJC.....	335
2. Sentencia 25/2006, de 19 de junio, del TSJC.....	336
3. Líneas fundamentales de la postura jurisprudencial.....	338
IV. Crítica a la postura jurisprudencial. Interpretación del artículo 569-5.1 CCCat.....	338
1. Interpretación literal y su relación con los antecedentes legislativos de la norma.....	338
2. Interpretación contextual.....	339
3. Interpretación según el espíritu y la finalidad de la norma.....	340
4. Interpretación lógica.....	341
5. Conclusión.....	342
V. La situación de retención.....	343

## I. NATURALEZA REAL DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Los artículos 569-1. a 569-11. CCCat, incluidos en el capítulo IX, están dedicados a la regulación del derecho de retención. En este texto, lo mismo que en las leyes que sobre la misma materia le precedieron, el derecho de retención se configura como derecho real de garantía, al que se le otorgan los efectos que son propios de los derechos de tal naturaleza, especialmente, la posibilidad de realizar el valor del bien retenido por los procedimientos legalmente establecidos y siempre que concurren los presupuestos y requisitos igualmente determinados.

La configuración del derecho de retención como derecho real fue una de las novedades más significativas de la Llei 22/1991, de garanties possessòries sobre cosa moble (LGP) que, entre otras cosas, evitó que trascendiera a su ámbito el desconcierto que existe en torno a la naturaleza jurídica del derecho de retención previsto por el ordenamiento estatal. La regulación fragmentada y dispersa del derecho de retención en el Código civil estatal y el carácter casuístico de sus

supuestos, en los que se prevé como remedio específico para situaciones concretas y con diferente alcance y efectividad, hace extremadamente difícil, cuando no imposible, determinar de forma unánimemente admitida la configuración jurídica de la institución. Esta misma naturaleza real del derecho de retención es la que se mantuvo en la Llei 19/2002, de drets reals de garantia (LDRG) y la que se mantiene en la legislación vigente.

## II. LA COMUNICACIÓN NOTARIAL, ¿REQUISITO DE CONSTITUCIÓN O DE EFICACIA DEL DERECHO DE RETENCIÓN?

Para la válida constitución del derecho real de retención el artículo 569-5. exige literalmente que los retenedores notifiquen

*“notarialment als deutors, als propietaris si són unes altres persones i als titulars dels drets reals, si escau, la decisió de retenir, la liquidació practicada i la determinació de l'import de les obligacions que estableix l'article 569-4.”*

De ello se deduce que el derecho de retención queda constituido cuando el “*posseïdor de bona fe d'un bé aliè*” al que se refiere el artículo 569-3 CCCat. emita una declaración de voluntad expresada formalmente a través de la comunicación notarial, por la que haga pública su voluntad de mantenerse en la posesión del objeto como titular de un derecho de retención, en garantía del pago de una deuda de las descritas en el artículo 569-4 CCCat. En definitiva, y a mi juicio, según el artículo 569-5 CCCat. la notificación notarial es la única forma legalmente admitida para la válida constitución de esta garantía.

No obstante, la tesis que considera la comunicación notarial como requisito esencial de constitución del derecho real de retención no es la comúnmente admitida, sino, más bien, al contrario. La opinión mayoritaria considera que la notificación notarial a la que se refiere el artículo 569-5 CCCat. no es un requisito de constitución del derecho real de retención, sino un requisito de eficacia o de ejercicio. Se entiende que el derecho de retención queda igualmente constituido cuando se demuestre que el deudor conoce la situación de retención y las condiciones de la deuda que la causa, si bien la garantía sólo despliega su completa efectividad en el momento en que se notifique notarialmente, con carácter recepticio. En consecuencia, según esta línea, el acreedor puede constituirse en retenedor al margen de la comunicación notarial. En este caso, al retenedor se le reconoce la facultad de mantenerse en la posesión de la cosa retenida, como mecanismo de compulsión pasivo al pago de su crédito, pero nada más. El resto de los efectos legalmente previstos para el derecho real de retención sólo se desplegarán a partir de que el retenedor decida cumplir con el requisito de la comunicación notarial, lo que significa que hasta que esto suceda no le será posible extender la garantía a los intereses que el crédito genere (art. 569-4. d CCCat.), proceder a la realización del valor del objeto retenido (art. 569-7. y 8. CCCat.), ni oponer la garantía a terceros (art. 569-5. 1.,

2. y 3. CCCat.), de la misma manera que ni el deudor, ni el propietario ni, en su caso, los titulares de derechos reales sobre el bien retenido podrán oponerse a la retención constituida, ni los dos primeros sustituir la retención por otra garantía suficiente (art. 569-11. CCCat.).

### III. EL VALOR DE LA NOTIFICACIÓN NOTARIAL EN LAS DECISIONES DEL TSJC

Esta última tesis, que considera prescindible la comunicación notarial para la válida constitución del derecho real de retención, es la que ha quedado plasmada en las sentencias que el TSJC ha dictado al respecto, concretamente el 19 de julio de 2001, bajo la vigencia de la LGP, y, recientemente, el 19 de junio de 2006, bajo la vigencia de la LDRG. En ambas se resuelven en casación contra sendas sentencias dictadas en grado de apelación por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona (en el mismo sentido resolvió también la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona en la Sentencia de 5 de marzo de 2004, FD Tercero).

#### I. Sentencia 24/2001, de 19 de julio, del TSJC

En la sentencia de 19 de julio de 2001, el Tribunal consideró oportuno mantener la tesis seguida por la Audiencia, que apreciaba la existencia de derecho real de retención a pesar de no haber sido notificado notarialmente, básicamente por dos motivos. En primer lugar, se entendió que la indeterminación del artículo 4.2 LGP, que no especificaba plazo alguno para que el acreedor procediera a notificar notarialmente, y el hecho de que en el mismo precepto no se dijera expresamente que la validez del derecho real de retención quedaba condicionada a la existencia de notificación notarial, permitía deducir que, efectivamente, esta última no era necesaria para la existencia de la garantía (FD Segundo, par. 14). Y en segundo lugar el Tribunal consideró que de la lectura del artículo 4.2 LGP quedaba claro que la notificación notarial tenía como objetivo

“el coneixement per part del deutor dels fets que han conduït a la retenció de la cosa mòble de la seva propietat (o d'un tercer se s'escau) (...) Però, si el deutor és 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, res no justifica l'exigència de la notificació notarial amb efectes constitutius del dret” (FD Segundo, pp. 15 y 16).

En su consecuencia, habiendo quedado acreditado que el deudor conocía tanto el origen como el importe de su deuda y pudo reaccionar haciéndola efectiva, el derecho de retención quedó constituido cuando el acreedor invirtió su concepto posesorio y pasó a poseer en concepto de retenedor (FD Segón, pp. 17 y 18).

Llama la atención en la sentencia que ahora se comenta que, no obstante asegurar que el deudor, en tanto conocedor de la situación, no “*s'ha vist privat ja*

*de defensar-se de la retenció, ja de substituir la cosa retinguda*”, el Tribunal atiende y fundamenta su decisión en el criterio doctrinal que transcribe y según el cual

“l'exercici del dret de retenció sense observança dels requisits previstos en l'article 43.2 de la LGP, suposa la privació de la plenitud dels efectes que dispensa el legislador, ja que no gaudiria d'eficàcia en front a tercers ni es donaria la facultat de realització del valor del bé” (FD Segundo, p. 19).

En este caso, como se puede apreciar, el Tribunal consideró que el derecho de retención constituido al margen de la comunicación notarial desplegaba ciertos efectos, además de la mera retención posesoria.

## 2. Sentencia 25/2006, de 19 de junio, del TSJC

La reciente sentencia del TSJC de 19 de junio de 2006 también confirma íntegramente la Sentencia de la Audiencia provincial contra la que se formula casación y que deniega la existencia de derecho real de retención con base a lo dispuesto por la hoy derogada LDRG. En este caso, al contrario que en el anterior, el derecho de retención pretendido se refería a un inmueble. En esta Sentencia, igual que en la anterior, el Tribunal considera que la notificación notarial es un requisito, no de constitución, sino “*per l'exercici del dret de retenció*” (FD Quinto, par. 11). Pero, aún así, tampoco queda claro si la comunicación notarial es necesaria en todo caso para el ejercicio del derecho o es simplemente una de las formas que puede utilizar el acreedor para poner al deudor en conocimiento fehaciente de la situación y demostrar ese conocimiento. Así, se dice que

“En el supòsit debatut es procedent afirmar que no s'ha acomplert la reclamació notarial regulada en l'article quart de la Llei 19/2002, requisit per l'exercici del dret de retenció que, o bé es pot considerar com a exigència ineludible, o simplement entendre que cerca un coneixement fefaent per part del propietari, del deute que se li reclama i de les conseqüències del seu impagament” (FD Quinto, par. 11).

No obstante, a pesar de lo anterior, parece que el Tribunal se decanta por el segundo de los criterios, es decir, por entender que la notificación notarial no es preceptiva tampoco para el ejercicio del derecho, sino que es una forma más de poner al deudor en conocimiento de la situación. Eso es lo que a mi juicio se desprende cuando el argumento o justificación de la decisión atiende al hecho de que

“en el supòsit que ara tractem els requeriments del demandant als demandats cercaren només la declaració del dret de propietat de la finca litigiosa, i en cap cas posaven de manifest l'exercici d'un dret de retenció que es podria alçar amb el pagament d'una determinada quantitat” (FD Quinto, par. 11).

lo que podría ser interpretado, a *sensu contrario*, que si los requerimientos hubieran puesto de manifiesto el ejercicio de un derecho de retención que pudiera alzarse con el pago de la deuda hubieran servido para constituirlo o, incluso, para ejercitarlo.

El Tribunal también considera en esta Sentencia la posibilidad de constitución judicial del derecho real de retención, prescindiendo del trámite notarial, pero

no aporta ninguna argumentación que permita deducir claramente su postura al respecto. En este punto, la Sentencia se limita a poner de relieve que

“Tampoc es podria considerar que en aquest litigi, el dret de retenció s’ha volgut constituir judicialment prescindint del tràmit notarial de l’article 4 de la Llei catalana reguladora dels drets realde garantia, ja que la demanda no dona satisfacció a les exigències d’aquest precepte legal, és a dir: ni és concreta suficientment l’import del deute, ni s’exerceix amb contundència el dret a cobrar el mateix ni, finament, es comunica l’exercici d’un pret de retenció, sinó que en realitat el que es fa palès en ella es l’interès del posseïdor de continuar amb la possessió pacífica d’un immoble que pertany a un tercer” (FD Quinto, par. 12).

De ello no se puede deducir que si en la demanda se hubieran hecho constar los extremos a los que la Sentencia se refiere la decisión del Tribunal hubiera sido la opuesta, es decir, considerar la existencia de derecho real de retención a favor del demandante.

Tampoco queda claro en la Sentencia que ahora se comenta si la notificación notarial es absolutamente imprescindible para que el derecho de retención sobre un inmueble pueda ser inscrito en el Registro de la Propiedad. El texto legal dispone que,

*“Els retenidors, una vegada notificada notarialment la decisió de retenir, si el dret de retenció recau sobre una finca o un dret inscrit sobre una finca, poden exigir als seus titulars l’atorgament de l’escriptura de reconeixement del dret d retenció, als efectes de la inscripció d’aquest en el Registre de la Propietat” (art. 569-5.3. CCCat).*

Por lo tanto, a tenor de lo dispuesto en este precepto entiendo que los retenedores sólo pueden exigir la escritura de reconocimiento una vez ya sean titulares del derecho de retención, que habrá nacido por la correcta notificación, cualquiera que sea la forma en que se admita. Sin embargo, en la sentencia se dice que

“la nova declaració del dret de retenció en la regulació actual només té sentit en cas de poder ésser inscrit en el Registre de la Propietat, per tal de protegir al retenidor en front de qualsevol actuació en contra seva per part de la propietat, i, aquesta inscripció només es podria practicar en cas que el demandant hagués acomplert les exigències de l’article 4 de la Llei 19/2002” (FD Quinto, par. 13).

lo que, a mi juicio, no es del todo correcto. Considero, como he dicho, que el derecho de retención sobre inmuebles se constituye cuando se cumplen los requisitos que demandan los artículos 569-3. CCCat. y 569-5. 3. CCCat. y, desde ese momento ya es oponible, como mínimo, entre las partes. La inscripción del derecho en el Registro pretende la completa oponibilidad del derecho de retención sobre inmuebles también frente a los terceros que desconocieran la existencia del derecho. Pero desde el momento en que la escritura de reconocimiento ha de solicitarse al propietario actual, éste, aunque sea persona distinta del deudor, queda enterado no solo por la notificación que debe de recibir -requisito de constitución o de eficacia, según se entienda- (art. 569-5.1. CCCat.), sino también por la solicitud de reconocimiento del derecho de retención (art. 569-5.3. CCCat.), con lo que la garantía le es oponible desde el

principio. Lo que sí podría suceder es que no hubiera sido posible notificar al actual propietario del bien, porque su identidad y su titularidad sobre la finca retenida no constara en el registro, pero entonces la notificación se hubiera dirigido a quien apareciera como titular registral, aunque éste no pudiera otorgar la escritura de reconocimiento de la garantía, en cuyo caso podría aplicarse por analogía lo dispuesto en el artículo 569-8.3.i) CCCat., y acudir a la autoridad judicial.

### 3. Líneas fundamentales de la postura jurisprudencial

En definitiva, de la línea seguida por el TSJC en esta materia se deduce lo siguiente, en cuanto a la constitución del derecho de retención se refiere:

1. que la comunicación notarial sólo tiene como objetivo el conocimiento fehaciente de la situación por parte del deudor,
2. que el derecho real de retención se constituye cuando quede demostrado que el deudor conoce la situación de retención, esto es, que se ha producido el cambio en el concepto posesorio del acreedor, quien ha pasado a retener como garantía del pago de una obligación determinada, y
3. que la notificación notarial en ningún caso tiene un carácter constitutivo del derecho real de retención, sino que únicamente puede resultar necesaria para que la garantía despliegue su completa eficacia.

## IV. CRÍTICA A LA POSTURA JURISPRUDENCIAL. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 569-5.1 CCCAT

La línea seguida hasta el momento por el TSJC, que considera que la notificación notarial a la que se alude en el artículo 569-5 CCCat. no es un requisito esencial de constitución del derecho real de retención no es correcta, a mi juicio, por los motivos que a continuación se exponen.

### 1. Interpretación literal y su relación con los antecedentes legislativos de la norma

La subsección primera de la Sección segunda, del Capítulo IX del CCCat se titula “*Dret de retenció*” (arts. 569-3 a 569-11). El artículo 569-5 CCCat, integrado, por tanto, en la regulación del derecho de retención, lleva como título “*Constitució*”. Este mismo título es el que encabezaba el artículo 4 LDRG, que sustituyó al artículo 4.2 LGP. Con el artículo 4.2 LGP podía haber surgido la duda en cuanto no se especificaba la eficacia que debía reconocerse a la comunicación notarial. Es decir, el precepto se integraba en un segundo párrafo de un artículo, sin título alguno que mencionara la funcionalidad de la notificación notarial. Pero con la primera reforma, el artículo 4 LDRG debería haber solucionado esa cuestión al titular el precepto “*Constitució*”, sin que nada se dijera en el Preámbulo del cambio de eficacia de la notificación notarial. La misma fórmula se repite en el vigente artículo 569-5.1. El derecho real de retención ha sido regulado en los últimos 15

años por tres cuerpos normativos diferentes (LGP, LDRG y CCCat.), y en los tres se ha repetido la misma fórmula de constitución de la garantía, aunque con mayor claridad y contundencia en los dos últimos. Entiendo que si el legislador hubiera querido decir otra cosa, esto es, si hubiera querido que la notificación notarial sólo fuera necesaria para la efectividad del derecho y no para su constitución, no tenía más que haberlo dicho. Y decirlo le hubiera resultado fácil, aprovechando las dos modificaciones que en pocos años se han sucedido, la última este mismo año.

La expresión literal contenida en el 569-5.1. CCCat. tampoco admite dudas en cuanto a su interpretación. El precepto dice que los retenedores *“han de notificar notarialment”*. Queda, pues, claro que el acreedor tiene que notificar y que esa notificación ha de ser “notarial”. El carácter notarial de la notificación no puede ser puesto en duda puesto que, además de que en el precepto que comentamos es la que nominalmente consta, la misma expresión se repite en varias partes del articulado dedicado a reglamentar el derecho real de retención. Así, se alude a la notificación notarial en el artículo 569-5.3. CCCat., según el cual el retenedor, *“una vegada notificada notarialment la decisió de retenir”*, puede exigir el otorgamiento de la escritura de reconocimiento de su garantía sobre la finca retenida. La misma fórmula se emplea también en el artículo 569-7.1. CCCat., que faculta al retenedor a iniciar la realización del valor del bien retenido *“una vegada transcorreguts dos mesos des de la notificació notarial de la decisió de retenir”*.

Queda igualmente claro que cuando el legislador quiere referirse a otro tipo de notificación, que pueda articularse de diferentes formas, utiliza otras expresiones. De esta manera, en el artículo 569-7.2. CCCat., que impone la obligación de *“notificar fefaentment”* el acuerdo de venta directa a los titulares de derechos reales conocidos sobre el bien mueble cuyo valor se pretende realizar. La misma expresión, esta misma fórmula es la que se utiliza en el artículo 569-8.2. CCCat. cuando el bien a enajenar por venta directa es de naturaleza inmueble.

## 2. Interpretación contextual

Dice el artículo 569-10.2. CCCat., que:

*“La comunicació de la decisió de retenir a què fa referència l'article 569-5. es pot substituir, en el cas de béns mobles de poc valor, per una notificació feta per burofax, per correu certificat amb avís de recepció o per qualsevol altre mitjà que n'acrediti suficientment la recepció”.*

El precepto se refiere al requisito de constitución del derecho real de retención cuando la cosa retenida es un bien mueble de valor inferior al importe de tres meses de salario mínimo interprofesional (art. 569-10-1. CCCat.).

En estos casos, y por un fundamento de equivalencia económica, la ley prevé un mecanismo alternativo para la constitución y el ejercicio del derecho real de retención cuando recaiga sobre un bien mueble de “poco valor” económico (p.e. por la reparación de un electrodoméstico, de un aparato de telefonía móvil o de una joya). En estos supuestos, la constitución y el desenvolvimiento del derecho real de retención, aunque técnicamente posible, supone un esfuerzo económico

para el acreedor que no se corresponde con el valor de la cosa. Atendiendo a lo anterior se brinda la posibilidad legal de constituir la garantía por un sistema sencillo, prescindiendo, si se quiere, de la notificación notarial que, sin duda, encarece el proceso constitutivo. Tan sólo se exige una comunicación que acredite suficientemente la recepción.

La interpretación contextual del artículo 569-5.1. CCCat., especialmente en su relación con el artículo 569-10.2. CCCat., permite deducir en sentido contrario que cuando la ley prevé la sustitución de la forma ordinaria y general de constitución de la garantía en un solo supuesto, al que menciona y describe expresamente, eso significa que los demás supuestos quedan siempre sometidos a la norma general. En el caso que nos ocupa, el artículo 569-10.2. autoriza expresamente al acreedor a constituir el derecho de retención al margen de la comunicación notarial, atendiendo a un supuesto de hecho concreto. Fuera de este supuesto y ante la ausencia de autorización legal, el acreedor se encuentra obligado a constituir su garantía según lo dispuesto en las normas generales o, lo que es lo mismo, notificando notarialmente su decisión de retener, la liquidación practicada y el importe del crédito insatisfecho por el que se retiene.

### 3. Interpretación según el espíritu y la finalidad de la norma

El derecho real de retención fue configurado en Cataluña, desde un inicio, en la LGP, como una institución autónoma y unitaria, a la que se otorga una única naturaleza jurídica, una única regulación y el mismo grado de efectividad cualquiera que sea la obligación que asegura. El derecho de retención es, en Cataluña, un derecho de garantía de naturaleza real al que corresponden los efectos propios de los derechos de la misma naturaleza.

La ordenación completa, unitaria y homogénea del derecho real de retención, evitando la situación de desconcierto que caracteriza esta institución en el ámbito del Código Civil estatal, dotó de seguridad a la garantía, que en todo supuesto tiene el mismo contenido y efectividad.

Pero si se considera que el derecho de retención nace por el simple cambio de concepto posesorio del acreedor o cuando quede demostrado que el deudor conoce por cualquier medio la situación de retención, si bien la garantía sólo adquiere su plena eficacia una vez realizada la notificación notarial, nos encontramos, en la práctica, con una duplicidad de derechos de retención: el notificado y el no notificado, con efectos diferentes, lo que se opone al espíritu y a la finalidad perseguidos por la norma. Es decir, si es posible que en garantía de una misma obligación exista un derecho de retención que únicamente permita a su titular mantenerse indefinidamente en la posesión del bien retenido, mientras no le sea satisfecho su crédito, pero que no le faculta para el ejercicio del resto de las acciones legalmente previstas; y un derecho de retención notarialmente comunicado y, por ello, plenamente efectivo, nos encontramos ante una situación que se opone frontalmente al deseo de homogeneidad y seguridad que la regulación de la garantía pretende.



En cambio, si se entiende que, tal y como reclama el artículo 659-5. CCCat., la notificación notarial es un requisito esencial de constitución del derecho real de retención, nos encontramos con una garantía homogénea, con el mismo contenido y efectividad en cualquiera de los supuestos y que, desde su constitución permite a su titular ejercitar todas sus facultades con carácter *erga omnes*.

#### 4. Interpretación lógica

El derecho real de retención regulado en el CCCat. es una garantía de constitución unilateral y de origen legal. La forma de constitución del derecho de retención distingue a esta garantía de otras similares en sus efectos, como pueda ser la prenda, precisamente por el carácter unilateral de su constitución. La constitución del derecho de retención no requiere pacto alguno entre las partes de la relación obligacional de la que trae causa, ni pacto de constitución con el propietario del bien, si fuera persona distinta del deudor. Es el acreedor insatisfecho quien decide cambiar su concepto posesorio por el de retenedor y constituirse en titular de una garantía real que, entre otros efectos, le permite no sólo mantenerse indefinidamente en posesión de la cosa retenida, sino proceder a la enajenación de la misma, incluso con la oposición de su propietario -como efecto más característico de este tipo de garantías- (arts. 569-7. y 569-8. CCCat.), para cobrarse con el precio obtenido.

El acreedor que decide retener es ya, además, poseedor del bien sobre el que recaerá la garantía. Es decir, en la constitución del derecho de retención no existe transmisión posesoria -que en la prenda se considera requisito de constitución de la garantía (569.13.1. a) CCCat. y desempeña una función de publicidad frente a terceros. En el derecho de retención la transmisión posesoria se produce un momento previo y por una causa previa (reparación, depósito,...), con lo que no desempeña en este caso una función de publicidad que permita a los terceros conocer el cambio en la situación jurídica del bien que ha sido afectado en garantía del pago de una deuda determinada.

Dado que el derecho real de retención se constituye por la sola voluntad del acreedor sobre un bien cuya posesión de buena fe ya detenta, tanto el deudor como el propietario pueden desconocer la decisión del acreedor y, por consiguiente, la carga real y objetiva que limita y grava el dominio de los bienes sobre los que recae.

Atendiendo a lo anterior y, especialmente, a la beligerancia de la garantía real, resulta absolutamente necesario que el derecho real de retención se constituya de la forma más cierta, segura y fehaciente que sea posible, y que se comuniquen de igual manera a las personas interesadas, para que reaccionen como consideren necesario en la defensa de sus intereses. Y la forma de constitución cierta, segura y fehaciente que garantiza en mayor grado el conocimiento de la situación es la notificación notarial, que es la única a la que la ley se refiere.

En definitiva, se trata 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. Atendiendo

a ello, considero que la ley integra la notificación notarial como requisito de existencia del derecho real de retención, en contrapartida al carácter legal de la garantía y a la iniciativa unilateral del retenedor.

## 5. Conclusión

Por todas las anteriores consideraciones, concluyo que en el ámbito del CCCat., y en desacuerdo con lo resuelto por el TSJC en la Sentencia de 19 de julio de 2001 y en la reciente Sentencia de 19 de junio de 2006, que confirman en apelación lo resuelto por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Tarragona, para la válida constitución del derecho real de retención no valen otras formas de conocimiento o comunicación al margen de la notificación notarial.

El derecho de retención es de naturaleza potestativa, esto es, es un derecho que el ordenamiento pone al alcance del acreedor insatisfecho que unilateralmente modifique su concepto posesorio. El acreedor que así lo considere, y siempre que concurren los presupuestos legalmente establecidos (art. 569-3. y 569-4. CCCat.), puede constituir derecho real de retención mediante la notificación notarial. De otro modo, si el deudor o el propietario reclaman la devolución del bien antes de que el acreedor les haya notificado notarialmente, éste no tiene más remedio que devolverlo o constituir formalmente la garantía. Si el acreedor se niega a la devolución y no constituye formalmente el derecho de retención, entrará en mora con las responsabilidades propias de esa situación.

La postura formalista que aquí se defiende, aunque minoritaria, es, no obstante, la que se acogió y mantuvo por la Audiencia Provincial de Barcelona en dos ocasiones. Así, en la Sentencia de 16 de marzo de 1999, según la cual

“Esta enérgica garantía exige rigor formal en su constitución y a tal efecto, el art. 4 de la ley señala en su apartado segundo que «el retenedor comunicar 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, par. 3 y 4).

Y, también en el auto de 31 de enero de 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 art. 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, par 2 y 3).

El motivo de falta de coincidencia en este punto puede venir motivado por una falta de atención de lo que la ley llama la “decisión de retener” que, a mi juicio, supone una fase previa y necesaria para la existencia del derecho real de retención y que podría llamarse la “situación de retención”.

## V. LA SITUACIÓN DE RETENCIÓN

El acreedor que decide retener modifica unilateralmente su concepto posesorio, de forma que ya no posee la cosa en virtud del título que hasta entonces le justificaba para hacerlo, sino que pasa a poseer en concepto de retenedor, amparado por el título posesorio que la Ley establece.

Sin embargo, el título que justifica la posesión del acreedor en concepto de retenedor se encuentra condicionado a la válida constitución de la garantía, de manera que una vez constituida formalmente, ésta se proyecta con efectos retroactivos al momento de la inversión del concepto posesorio, para justificarlo.

Esta situación provisional, preparatoria de la existencia de la garantía real, esta “situación de retención” no se puede calificar como derecho de retención, ni real ni personal. En ninguno de los casos, el futuro retenedor, por la sola interversión de su concepto posesorio, puede retener frente a cualquiera y mucho menos asistido por una acción real, que nacería previamente a la existencia del derecho del que dimana y sin la necesaria publicidad que su beligerancia demanda. En otras palabras, no es que hasta el momento de la notificación notarial exista un derecho de retención cuyo único efecto sea el mantenimiento de la posesión, como mecanismo de compulsión al pago, y que por la comunicación notarial el derecho real constituido despliegue toda su eficacia. El derecho real de retención sólo existe desde que se constituye con arreglo a lo dispuesto en el artículo 569-5. CCCat., esto es, desde que se notifica notarialmente, y desde entonces despliega su completa eficacia.

Pero mientras tanto, mientras se mantenga esta situación provisional de retención, el ordenamiento ha de arbitrar medidas que posibiliten la existencia efectiva del derecho de retención, dotándolas de la eficacia precisa para ello. En este sentido, la eficacia defensiva de la “retención” antes de la constitución del derecho ha de limitarse a la defensa posesoria. El acreedor dispone en todo momento de la defensa que como poseedor le corresponde contra la perturbación o el despojo de su posesión (cfr. Art. 250.1, 4º LEC). El acreedor que ante cualquier reclamación quiera asegurar su posición con las facultades propias del derecho real de retención sólo tiene que constituirlo.

Hasta que la “retención” se notifique notarialmente no existe derecho real de retención y, por tanto, no se despliegan los efectos propios de la garantía, lo que no obsta para que exista una “situación de retención” provisional, preparatoria para la válida 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 pretenden la tutela sumaria de la posesión.

