

El derecho de retención de inmuebles del usufructuario: el artículo 502 del Código civil

MARÍA DOLORES ARIAS DÍAZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Málaga

SUMARIO: I. *Introducción y Derecho comparado*: 1. Introducción. 2. Las reparaciones de la cosa usufructuada en el Derecho Comparado: 2.1 Derecho francés. 2.2 Derecho italiano. 2.3 Derecho alemán. 2.4 Derecho portugués.–II. *Presupuestos de aplicación del artículo 502 del Código civil*: 1. Introducción. Las reparaciones en el usufructo. 2. El derecho de retención en las reparaciones extraordinarias y sus presupuestos: A) Concepto. B) Realización de las mismas por el usufructuario como primer presupuesto de aplicación del artículo 502 del Código civil. C) Crédito del usufructuario como segundo presupuesto del derecho de retener. D) Negativa al pago del propietario.–III. *Teorías sobre la naturaleza jurídica de la retención del artículo 502 del CC y contenido del mismo*: 1. Tesis del usufructo legal. 2. Prórroga del usufructo. 3. Tesis de la anticresis. 4. Contenido del derecho del «retentor», ex artículo 502: A) Retención del inmueble por el acreedor. B) Reintegro con los productos.–IV. *La eficacia de la retención contenida en el artículo 502 del CC*: 1. Introducción. 2. Los intereses en juego en la retención del artículo 502 del CC: 2.1 La posición del retentor ex usufructuario *versus* la del propietario tercer adquirente: a) El argumento de la «garantía natural y de la lógica eficacia frente a terceros». b) La retención como autotutela. c) El principio *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet* aplicado a la posición del tercer adquirente. d) La eficacia del derecho de retención y el Registro de la Propiedad: d.1 Sobre la inscribibilidad o no en el Registro de la Propiedad del derecho de retención legal del artículo 502 del CC. d.2 Sobre la posibilidad de un derecho de retención convencional concedido al usufructuario por el negocio jurídico de constitución del usufructo. d.3 Sobre el valor de la retención no inscrita del ex usufructuario, frente al dominio (inscrito) del tercer adquirente. 2.2 La posición del retentor ex usufructuario frente a los acreedores del propietario del inmueble retenido y frente a los titulares de otros derechos reales: 2.2.1 El conflicto de intereses entre el retentor del artículo 502 y los otros acreedores del propietario deudor. 2.2.2 El conflicto entre retentor, ex

artículo 502, y otros titulares de derechos reales, inscritos o no (servidumbres, superficies, otros usufructos, etc.). 2.3 Conclusiones finales.

I. INTRODUCCIÓN Y DERECHO COMPARADO

1. INTRODUCCIÓN

Estudiar una figura tan compleja y difusa como el derecho de retención supone asumir desde el principio el riesgo de hacer un trabajo que se quede en la nada porque falle –o al menos sea dudoso– el planteamiento mismo de partida.

En este sentido, conviene tener presente que sobre esta institución jurídica todo o prácticamente todo ha sido puesto en tela de juicio. No sólo lo ha sido la cuestión de su naturaleza jurídica, eje central de la disputa doctrinal tradicional, así como –ya más recientemente– el tema de su eficacia personal o *erga omnes*, sino también muchos de sus elementos estructurales y su extensibilidad a otros supuestos similares o próximos. Doctrinalmente, las posturas también oscilan, con mayor o menor aproximación, entre dos polos contrapuestos, y así cabe encontrar dentro de nuestro país quienes sostienen que es absolutamente imposible reconducir los distintos casos de retención a una teoría unitaria¹, y quienes, por el contrario, consideran no ya que esto es perfectamente factible, sino además que todas las manifestaciones legales de este instituto giran alrededor del supuesto en abstracto más amplio de retención, el del poseedor de buena fe por los gastos necesarios, regulado en el artículo 453 CC².

A partir, pues, de las dificultades de iniciar sobre bases seguras cualquier trabajo sobre retención, hemos creído conveniente seguir los pasos de algunos de nuestros mejores estudiosos del tema³ y

¹ DEL POZO CARRASCOSA, «El derecho de retener en prenda del depositario», Barcelona, 1989.

La posición de este autor, aunque ha proporcionado a la doctrina una nueva perspectiva de análisis de la retención, no tiene una sólida fundamentación, y en cierto modo llega, para justificar su punto de vista, a forzar las diferencias existentes entre los distintos casos legales de retención, diferencias que muchas veces sólo son de matiz y que apenas tienen repercusiones jurídicas tangibles.

² Así, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, «La retención de cosa ajena», Barcelona, 1990.

³ Sobre todo, LÓPEZ LÓPEZ, «Retención y mandato», *Studia Albornotiana*, Bolonia, 1976 (sobre del derecho de retener del mandatario), obra que sigue siendo en nuestro país punto de referencia esencial en toda la polémica sobre el derecho de retención. En parte también el propio DEL POZO CARRASCOSA, «El derecho de retener...», cit., en relación a la retención del depositario.

plantearnos el modo de funcionamiento de la retención en un ámbito reducido, pero sin prejuzgar de antemano las cuestiones atinentes al derecho de retención en general, sin duda mucho más arduas.

Ese ámbito en el que nos vamos a mover será el de la retención de bienes inmuebles, sobre el cual nuestra doctrina no ha mostrado, salvo excepciones⁴, una gran preocupación. Pero como este ámbito sigue siendo todavía bastante amplio, y podríamos incurrir justamente en el defecto que se trata de evitar, hemos preferido examinar la hipótesis más clara de retención de inmuebles recogida en nuestro Código civil: la correspondiente al usufructuario sobre la finca del nudo propietario por razón de los gastos extraordinarios hechos en la cosa usufructuada. El estudio de este supuesto legal de retención puede servirnos como ayuda –y nada más que eso– a la hora de clarificar las condiciones y efectos del derecho de retención.

La elección del punto de partida no ha resultado, pues, demasiado difícil. Si se hace un repaso de los preceptos legales sobre retención, el artículo 502 CC, relativo al derecho de retener del usufructuario, constituye el único que específicamente se refiere a bienes inmuebles, excluyendo a los muebles. Dice al respecto dicho artículo:

«Artículo 502. Si el propietario hiciere las reparaciones extraordinarias, tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo.

Si no las hiciere cuando fuesen indispensables para la subsistencia de la cosa, podrá hacerlas el usufructuario; pero tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras.

Si el propietario se negare a satisfacer dicho importe, tendrá el usufructuario derecho a retener la cosa hasta reintegrarse con sus productos.»

Es verdad que este precepto legal no es el único que acoge en su seno la posibilidad de retener bienes inmuebles. Hay también otros que, por la generalidad de sus términos, admiten estar referidos tanto a muebles como a inmuebles. Entre ellos cabe citar el artículo 1730, sobre el derecho de retención del mandatario; el artículo 1886, respecto del acreedor anticrético (por remisión al art. 1866,2, sobre la retención en la prenda); así como el ya citado artículo 453, relativo al poseedor de buena fe⁵. Pero el hecho de

⁴ El propio LÓPEZ LÓPEZ, «Retención y mandato» *cit.*, pp. 43, ss., contiene interesantes alusiones a la problemática de la retención en los bienes inmuebles.

⁵ Quizás cabría incluir también en esta relación, el supuesto de «secuestro judicial», regulado en los artículos 1785 ss. CC, en cuanto puede estar referido tanto a muebles como a inmuebles. Si en el ejercicio de las funciones de administración del correspondiente

que ninguno de éstos alude específicamente a inmuebles o fincas como objeto de posible retención nos ha llevado a pensar en su idoneidad para servir como referencia a un estudio sobre retención de inmuebles.

Junto a estos datos conviene asimismo reflexionar sobre las restantes normas del Código civil reguladoras del derecho de retención. En ellas, la preservación de una posesión como medida condicionadora del pago de una deuda debida al retentor queda restringida al ámbito de los bienes muebles. Ello es debido unas veces a la propia configuración del tipo contractual, limitado a esta clase de bienes (v. gr., el art. 1780, sobre contrato de depósito). Pero otras obedece a una clara tendencia del legislador a tratar con ciertas prevenciones la retención de bienes inmuebles.

Ejemplo evidente de esto último, lo constituye el artículo 1600 CC, referido al contrato de obra, el cual explícitamente reduce la aplicación del derecho de retención a las obras en cosas muebles, sin que pueda encontrarse un motivo suficientemente fundado para la exclusión de los inmuebles. Parece, en principio, en una primera aproximación, que el legislador está vivamente preocupado por limitar los casos de retención de bienes de esta índole a los supuestos expresamente tasados por la propia Ley⁶.

La elección del artículo 502 del Código presenta además un especial interés por cuanto se trata de la concesión al usufructuario

inmueble surgen gastos a favor del administrador (sea el propio acreedor o un tercero), parece lógico concederle la posibilidad de retenerlo, del mismo modo que lo hace *mutatis mutandi* el depositario voluntario o necesario de bienes muebles.

Fuera de las normas de Derecho común, concretamente en el Derecho catalán, se ha incluido como caso peculiar de retención de bienes inmuebles el caso previsto en el artículo 278 de la Compilación de Derecho Civil de Cataluña. En él se concede tal facultad al que «con buena fe haya edificado, plantado o roturado en suelo ajeno», mientras el dueño no le reintegre, afiance o consigne el precio de los materiales, semillas o plantas, y el de los jornales de los operarios. *Vid.* sobre el tema recientemente MIRÓ Y GIL, «El dret de retenció d'inmobles a Catalunya. Àmbit d'aplicació», en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1992, núm.4, pp. 9 ss. Este derecho de retención es, sin duda, inaplicable en el Derecho común, ya que el precepto correlativo del Código civil, el artículo 361 CC, en absoluto otorga una simple facultad de preservar la posesión de construido, plantado o sembrado de buena fe, sino que concede al edificante, en opinión de la mayoría de la doctrina y de la jurisprudencia, un auténtico dominio de carácter temporal sobre la edificación (al menos, sobre ésta; quizás más dudosamente sobre la plantación o siembra) mientras no se pague el valor de lo realizado.

⁶ Lo cual en última instancia podría llevarnos a considerar, por un lado, que la retención de inmuebles no puede ser objeto de aplicación analógica en ningún caso, y, junto a ello, incluso a afirmar que los supuestos genéricos de retención (es decir, aquellos en donde no se alude a los bienes objeto de posesión: artículos 1730, 1886, 453 CC) deben ser interpretados en el sentido de acoger únicamente a los muebles, no a los inmuebles. Esto que decimos constituye solamente una hipótesis por el momento no totalmente descartable, aunque por supuesto tampoco demostrada.

de un derecho de retener muy peculiar⁷, pues se le otorga tal facultad de poseer –en palabras de la norma– «hasta reintegrarse con sus productos». Realmente, ningún otro precepto legal sobre retención, ya sea de muebles o de inmuebles, proporciona al acreedor que retiene un poder tan relevante sobre cosa retenida.

2. LAS REPARACIONES DE LA COSA USUFRUCTUADA EN EL DERECHO COMPARADO

Constituye el examen del Derecho comparado un punto de referencia imprescindible para averiguar el alcance de nuestro artículo 502 CC, y la retención consagrada en el mismo a favor del usufructuario a la conclusión del usufructo. Como se podrá comprobar en el breve repaso que se hace a este derecho en los ordenamientos de nuestro entorno, las regulaciones sobre reparaciones en el usufructo, gastos, reembolsos, extinción y posibles retenciones distan mucho de ser uniformes, ni tan siquiera parecidas. No obstante, pueden proporcionarnos una breve aproximación al problema, aunque en ningún caso definitiva, dado precisamente el alejamiento de nuestra normativa respecto de las de esos otros países. Nótese, en última instancia, que de los países seleccionados los preceptos legales de nuestro Código civil, exceptuando la normativa francesa, son los más antiguos y no han sufrido modificación alguna.

2.1 Derecho francés

Los artículos 501 y 502 de nuestro Código encuentran sus antecedentes en los artículos 605 y 606 del Code civil de 1804, señalándose en los mismos un reparto similar al español en la tarea de realizar las reparaciones en el bien usufructuado. Se distingue, en primer lugar, entre reparaciones ordinarias y extraordinarias sobre el mismo, encomendando la realización de la primeras en el artículo 605 al usufructuario⁸, mientras que, añade inmediatamente este

⁷ Que incluso nos podría llevar a la conclusión de que este supuesto estudiado nada tiene que ver con otros casos de retención, sino que por sus especiales características escinde tras de sí otra institución (anticresis, usufructo, etc.).

⁸ Señala el artículo 605 que: «L'usufruitier n'est tenu qu'aux réparations d'entretien. Les grosses réparations demeurent á la charge du propriétaire á moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparation d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit; auquel cas l'usufruitier est en aussi tenu.»

precepto, las reparaciones extraordinarias «demeurent à la charge du propriétaire»⁹.

El sistema es prácticamente idéntico, en principio, al que configura el Derecho español al respecto en sus artículos 500 y ss., estableciendo una obligación para el usufructuario respecto de las reparaciones ordinarias y no llegando, en cambio, a configurarse una obligación para el nudo propietario¹⁰ con respecto a las extraordinarias, cosa que se deduce del propio tenor literal del precepto, además de ser unánimemente aceptado por la doctrina de este país.

El artículo 606 hace una enumeración¹¹ de lo que son reparaciones extraordinarias, aunque, según la doctrina, es una enumeración abierta, lo que la propia jurisprudencia francesa se ha encargado de demostrar en numerosas sentencias, en las que incluye otros supuestos no reseñados en este precepto que son considerados a los efectos del usufructo como reparaciones extraordinarias.

Una vez enumeradas lo que son reparaciones extraordinarias, define lo que sean las ordinarias por exclusión: «Toutes les autres réparations sont d'entretien»¹².

Nada más dice el Código francés respecto a este tema, silenciando por completo el régimen jurídico aplicable caso de que el propietario no realice las reparaciones extraordinarias; si puede o no realizarlas en su lugar el usufructuario, y la posibilidad de exigir al propietario el reembolso de los gastos por las obras realizadas¹³,

⁹ Termina este precepto haciendo una salvedad en el sentido de ampliar la obligación del usufructuario también a las reparaciones ordinarias cuando éstas fuesen consecuencia de las reparaciones ordinarias defectuosamente realizadas por el mismo.

¹⁰ La doctrina francesa es unánime a este respecto. ATÍAS, «Droit civil, les biens», 2.^a ed., París, 1991, p. 141. DEMOLOMBE, «Cours de Code de Napoleon», tomo X, París, 1880, p. 496. DURANTÓN, «Cours de Droit civil», vol. II, 4.^a ed., traducc. de Parenni, Nápoles, 1854. HENRI CAPITANT, «Les grands arrêts de la Jurisprudence civile». WEILL, TERRÉ y LEQUETTE, «Droit civil», 8.^a ed., París, 1984, p. 273. MALURIE y L. AYNES, «Cours de Droit civil», «Les biens», París, 1990, p. 243. COLÍN Y CAPITÁN, «Curso elemental de Derecho Civil», 4.^a ed. (traducc. de Marín Pérez), tomo II, vol. II, Madrid, 1984, p. 367.

¹¹ Dice el artículo 606: «Les grosses réparations sont celles des gros murs et de voûtes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières.

Celui des digues et de murs de soutènement et de clôture aussi en entier.

Toutes les autres réparations son d'entretien.»

¹² Obsérvese cómo el legislador francés –igual que el italiano como después veremos– hace lo contrario en este punto que el español, ya que en nuestro Código el artículo 500 explica o define lo que son las reparaciones ordinarias (aunque no hace una enumeración de las mismas) y deja de nuestra cuenta que, por exclusión, deduzcamos cuales serán las extraordinarias.

¹³ En este tema la Jurisprudencia permite al usufructuario reclamar el importe de la plusvalía, una vez extinguido el usufructo, al nudo propietario. Esta Jurisprudencia, como apunta MAZEAUD-MAZEAUD, «Leçons de Droit civil», tomo II, vol. 2, 5.^a ed., París, 1976, p. 364., no encuentra apoyo en ningún texto legal, aunque se fundamenta en la teoría del enriquecimiento sin causa, al igual que ocurre, como ya veremos, en nuestro Derecho.

una vez extinguido el derecho de usufructo; nada dice tampoco del derecho a retener la finca el usufructuario y, mucho menos, del reintegro del crédito nacido, con los productos de la misma.

No encontramos, desde luego, en el Código de Napoleón los antecedentes legislativos del derecho que estudiamos, ya que no existe desde el punto de vista del legislador, en Francia, el derecho de retener el bien que fue objeto de usufructo una vez extinguido el mismo. No obstante, hemos de matizar que ello no significa la inexistencia del derecho de retención en el Code civil; éste sí se observó recogido por el legislador en algunos supuestos concretos¹⁴. A partir de estos casos recogidos por la ley, la doctrina y la jurisprudencia han favorecido en este país una ampliación de este derecho a supuestos no contemplados expresamente por el legislador, lo que ha llevado a una aplicación analógica del mismo que nos parece poco deseable desde el punto de vista estrictamente jurídico. La mayoría de los autores franceses actuales se muestran a favor de la admisión del derecho de retención fuera de los textos¹⁵, aunque siempre que se den unas determinadas circunstancias que especifica, más o menos, la misma doctrina¹⁶. La justificación a esta aplicación de manera generalizada de un derecho a supuestos no contenidos expresamente en las normas, la encuentran, en la argumentación de que este derecho es la manifestación de un principio general, implícito en el ordenamiento jurídico.

2.2 Derecho italiano

Son los artículos 1004 a 1006 del Codice civile de 1942 los encargados de regular el régimen jurídico de las reparaciones en el usufructo. El reparto, en principio, es idéntico al que hacía el legislador francés: reparaciones ordinarias a cargo del usufructua-

¹⁴ Por ejemplo, en materia de depósito, artículo 1948, o en la anticresis, artículo 2087 del Code civil.

¹⁵ Así lo señala CATALÁ-FRANJOU, «De la nature juridique du droit de rétention», *Rev. trim. de Droit Civil*, 1967, p. 16.

¹⁶ MARTY, RAYNAUD, JESTAZ, «Droit civil», «Les sûretés de la publicité foncière», tomo III, vol. 1.º, París, 1971, p. 18, que admite su aplicación a los supuestos en que se den las siguientes condiciones:

1. Necesidad de un crédito entre el que posee la cosa y el propietario de la misma.
2. Posesión de la cosa por parte del acreedor.
3. Conexión entre el crédito y la cosa. Este requisito es muy debatido por la doctrina, sobre todo en cuanto a si se debe tratar de conexión jurídica o material.

SCAPEL, «Le droit de rétention en Droit positif», *Rev. Trim. de Droit Civil*, 1981, p. 547. SIMLER y DELEBECQUE, «Droit Civil», «Les sûretés», «La publicité foncière», París, 1989, p. 385.

rio (art. 1004)¹⁷ y reparaciones extraordinarias a cargo del propietario (art. 1005)¹⁸.

Como en Derecho francés, se enumera lo que se consideran las reparaciones extraordinarias en el artículo 1005, aunque la doctrina italiana es unánime al interpretar que no se trata de una enumeración taxativa, sino que es una enunciación que, con respecto al Código anterior de 1865¹⁹, se ha flexibilizado por el legislador, admitiendo supuestos no citados en la misma para dar mayor libertad al intérprete a la hora de adaptar dicha norma a los avances de la sociedad industrializada y tecnológica en la que vivimos.

Tampoco es en este Derecho una obligación del propietario el realizar las reparaciones extraordinarias, y por ello no existe ninguna acción que legitime al usufructuario para exigir las; lo único que se le concede a éste es la facultad de realizarlas²⁰ si así lo desea, exigiéndole al propietario al fin del usufructo el importe de la totalidad de los gastos desembolsados por el usufructuario por este concepto, pero sin intereses²¹. Esta deuda, sin embargo, no tiene su explicación para la doctrina italiana en el enriquecimiento injusto del nudo propietario, y por ello no se configura como una deuda

¹⁷ Dice este precepto: «Le spese e, in genere gli oneri relativi alla custodia, amministrazione e manutenzione ordinaria della cosa sono a carico dell'usufruttuario».

Sono pure a suo carico le riparazioni straordinarie rese necessarie dall'inadempimento degli obblighi di ordinaria manutenzione».

¹⁸ Dice así: «Le riparazioni straordinarie sono a carico del proprietario».

Riparazioni straordinarie sono quelle necessarie ad assicurare la stabilità dei muri maestri e delle volte, la sostituzione delle travi, il rinnovamento, per intero o per una parte notevole, dei tetti, solai, scale, argini, acquedotti, muri di sostegno o di cinta.

L'usufruttuario deve corrispondere al proprietario, durante l'usufrutto, l'interesse delle somme spese per le riparazioni straordinarie».

¹⁹ DE MARTINO, «Comentario del Codice civile» a cura di A. SCIALOJA e G. BRANCA, «Proprietà», 4.ª ed., libro terzo, Bologna, 1982, p. 298, indica cómo el legislador de 1942 suprime del artículo 504, la frase «... tutte le altre riparazioni sono ordinarie», interpretándolo este autor como el deseo de eliminar el carácter de lista taxativa que tenían en el Código anterior las reparaciones extraordinarias.

²⁰ No son necesarios más requisitos, en principio, para exigir la suma desembolsada en las obras por el usufructuario, que son los siguientes: 1.º) que se trate de reparación extraordinaria, y 2.º) que se niegue a realizarla el propietario o retrase su ejecución sin justo motivo. En este sentido, BIGLIAZZI GERI, «Usufrutto uso e abitazione», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirig. por Cicu-Messineo, Milán, 1979, p. 251, señalando que la negativa del propietario a realizar las obras debe tener un justo motivo, y si carece de él, la defensa del usufructuario, ante este comportamiento abusivo, será la de realizar por sí las mismas, con los derechos de reembolso que señala después la ley.

Aunque no se halle expresamente señalado por el legislador, habría que añadir otro requisito que se sobrentiende del tenor literal del texto, y es el de la necesidad de dar previamente cuenta al nudo propietario del desperfecto existente en el inmueble para que éste decida si desea o no realizar las obras de reparación.

²¹ PUGLIESE, «Novissimo Digesto italiano» (voz usufrutto), tomo XX, Torino, 1975, p. 348. Este mismo autor, en «Usufrutto, uso e abitazione», 2.ª ed., Turín, 1972, p. 525, señala cómo el Código de 1865, e incluso el mismo Proyecto del actual, limitaban el reembolso a la utilidad que quedaba de tales reparaciones al terminar el usufructo.

referida al aumento de valor del inmueble, ya que, como señala Malpica²², no se trata de indemnizar un daño del usufructuario ni evitar un enriquecimiento del propietario, sino sólo de restituir una suma de dinero determinada, lo que conlleva, además, que ésta permanezca inalterada en caso de devaluaciones monetarias²³.

Se concede al usufructuario, en el artículo 1006, el derecho de retener «el inmueble reparado»²⁴ en garantía de este crédito; derecho a retener que se concede, además, pensando exclusivamente en los bienes inmuebles, ya que la inmensa mayoría de supuestos de usufructo se dan sobre bienes de esta categoría.

Observamos también que en la regulación del usufructo se vuelve a conceder el derecho de retener al usufructuario por las sumas que anticipó al nudo propietario por los conceptos recogidos en los artículos 1009 y 1110, que se refieren a las cantidades anticipadas por el usufructuario en concepto de impuestos sobre la propiedad en el usufructo, o a las efectuadas también por éste cuando el usufructo recaiga sobre una herencia o cuota hereditaria, determinando el artículo 1011 que por estos conceptos «... ha diritto di ritenzione»²⁵ sui beni che sono in suo possesso fino alla concorrenza della somma a lui dovuta»²⁶.

No aparece, sin embargo, en el Derecho italiano ningún indicio sobre la facultad de reintegro con los productos de la finca para el retentor, similar a la que se contempla en el artículo 502 de nuestro Código civil.

²² En «Nuova Rassegna di Giurisprudenza sul Codice civile» (C. RUPERTO-V. SGROI), Libro III, tomo I, Milano, 1994, p. 520.

²³ DE MARTINO, *ob. cit.*, p. 304. PUGLIESE, *ob. cit.*, p. 525, señala cómo el cambio producido a este respecto en el nuevo Código, respecto al anterior, obedece al deseo del legislador de establecer una perfecta simetría entre el derecho del nudo propietario a que el usufructuario le abone los intereses de la suma empleada en las reparaciones extraordinarias y el derecho del usufructuario al reembolso del capital íntegro y sin intereses.

PALERMO y PALERMO, «Giurisprudenza sistematica civile e commerciale», dir. de Bigiavi, Turín, 1978, p. 305, señala cómo esta obligación del nudo propietario prevista en el artículo 1006 constituye una deuda de valuta, y no de valor, y, por tanto, se encuentra sujeta al principio nominalístico sancionado en el artículo 1277 del Codice civile.

²⁴ Señala el artículo 1006: «Se il proprietario rifiuta di eseguire le riparazioni poste a suo carico o ne ritarda l'esecuzione senza giusto motivo, è in facoltà dell'usufruttuario di farle eseguire a proprie spese. Le spese devono essere rimborsate alla fine dell'usufrutto senza interesse. A garanzia del rimborso l'usufruttuario ha diritto di ritenere l'immobile riparato».

²⁵ Este derecho de retención no existía en el Código de 1865, aunque la doctrina estimaba que se aplicaba analógicamente el derecho de retención al usufructo, aun en defecto de precepto al respecto. En este sentido, GIORGI, «Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno», traducc. de la 7.ª ed. por la *Rev. Gen. de Leg. y Jurisprudencia*, vol. 2.º, Madrid, 1977, p. 447.

²⁶ CIAN e TRABUCHI, «Comentario breve al Codice Civile», Milán, 1988, p. 684, citando a De Martino, interpretan esta matización sobre el derecho de retener hasta la concurrencia de la suma debida, en el sentido de que los objetos retenidos excedan en la menor medida posible de la suma debida por el propietario. En el mismo sentido, BARBERO, «L'usufrutto e in diritti affini», Milano, 1952, p. 365.

2.3 Derecho alemán

El BGB alemán desarrolla el usufructo en sus §§ 1030 a 1089, pero en ninguno de ellos aparece referencia alguna a un posible derecho de retención en favor del usufructuario por reparaciones extraordinarias en la cosa usufructuada. Después de establecer el § 1037 que el usufructuario no está autorizado a transformar ni modificar esencialmente la cosa, y de imponerle en el § 1041 el deber de velar por la conservación de la cosa y realizar las reparaciones que correspondan a la conservación ordinaria, los §§ 1042 a 1044 recogen el régimen de las reparaciones extraordinarias («aussergewöhnliche Ausbesserungen»), régimen que debe considerarse común a los bienes inmuebles y a los muebles, pues la norma no hace distinción. Cuando sea precisa esta clase de reparación, el usufructuario lo comunicará al propietario, pudiendo también el propio usufructuario hacer él mismo la reparación, en cuyo caso podrá, «dentro de los límites de una ordenada economía, aplicar también a esta finalidad las partes integrantes de la finca que no correspondan a los frutos a él pertenecientes»²⁷.

Nada se dice, en la normativa dedicada al usufructo, acerca de un posible derecho de retención en favor del usufructuario por los gastos realizados. No obstante, puesto que en Derecho alemán el derecho de retención aparece regulado con carácter abstracto y general, habrá que examinar si la doctrina o la jurisprudencia alemanas son partidarias de otorgar a dicho usufructuario, en tales circunstancias, o en otras diferentes, la ventaja o garantía que supone ese derecho.

Los preceptos generales sobre retención («Zurückbehaltungsrecht») son los §§ 273 y 274 del BGB. El primero de ellos establece los presupuestos generales que deben concurrir para el reconocimiento de un derecho de este tipo. Se concibe la retención como una garantía del crédito del acreedor (retentor) y ofrece a la vez un medio de coacción indirecto²⁸. Suele utilizarse, dentro del ámbito del Derecho de Cosas, frente a la pretensión de un propietario de recuperar la cosa en la que se hicieron reparaciones o gastos.

Básicamente, para que proceda este derecho de retención en el BGB, es preciso que: *a)* existan dos créditos contrapuestos: un crédito y una deuda a cargo de las dos partes de una relación jurídica; *b)* que dichos crédito y deuda no sean estrictamente «recíprocos» y sean autónomos; *c)* que el crédito del retentor esté vencido; *d)* que

²⁷ Traducción de Melón Infante del párrafo 1043 del BGB.

²⁸ WOLF, en «Soergel Kommentar zum BGB», Band 2, Schuldrecht I, párrafos 241-432, 12. Auflage, Stuttgart-Berlin-Köln, 1990, p. 543.

exista conexidad entre uno y otro crédito²⁹. Es especialmente relevante a nuestros efectos el párrafo segundo del citado § 273, el cual dispone: «Quien está obligado a la entrega de un objeto tiene el mismo derecho (de retención) si le corresponde una pretensión vencida a causa de gastos –realizados– en el objeto o a causa de un daño que éste le haya causado, a no ser que haya obtenido el objeto por un acto ilícito dolosamente realizado».

En teoría, el usufructuario de los §§ 1042 a 1044 cumple las condiciones previstas en este § 2 del § 273 para gozar, cuando se dé el evento pertinente (realización de un gasto en la cosa que tiene deber de devolver, por haberse extinguido el usufructo), del «Zürückbehaltungsrecht». Sin embargo, la doctrina estudiosa del derecho de retención, en general, no se ha pronunciado a favor o en contra de que dicho sujeto ostente un derecho de retención sobre la cosa usufructuada.

Es, sin embargo, a la hora de comentar el § 1049 del BGB cuando pueden hallarse algunas opiniones al respecto. Dicha norma establece, sin más, el derecho de usufructuario de reclamar una indemnización al propietario por los gastos hechos en la cosa cuando no estaba obligado a ello. En estas circunstancias, podrá dicho usufructuario reclamarle la indemnización conforme a las reglas de la gestión de negocios sin mandato. La remisión a las disposiciones del BGB sobre la gestión de negocios sin mandato no es fructífera en cuanto al tema que nos interesa, ya que ninguna de ellas otorga al gestor un derecho de retención por gastos hechos en la cosa gestionada; ni siquiera la nueva remisión de estas últimas a las normas del mandato (§ 683, que implícitamente remite al § 670 BGB, sobre gastos del mandatario) soluciona el tema del posible derecho de retención, pues tampoco el BGB se lo asigna expresamente al mandatario. Así pues, ni por vía directa o indirecta encontramos apoyo legal para proporcionar al usufructuario un derecho de retención por las reparaciones extraordinarias; incluso habría algún inconveniente derivado del párrafo segundo del § 1049, el cual le concede un *ius tollendi* o facultad de retirar las instalaciones u obras aportadas, lo que podría hacer pensar en una cierta exclusión del derecho de retención.

A pesar de todo, la doctrina que comenta el citado § 1049 se muestra favorable a proporcionar al usufructuario un derecho de retención, en aplicación del § 273 BGB, pues se darían todas las

²⁹ KELLER, en «Münchener Kommentar BGB», Schuldrecht, Band 2, párrafos 241-432, München, 1979, pp. 431 ss.; MEDICUS, «Schuldrecht I», Allgemeiner Teil, 5. Auflage, München, 1990, pp. 104 ss.; SELB, en «Staudinger BGB», Zweites Buch, párrafos 255-327, 12. Auflage, Berlin, 1979 (com. párrafo 273 BGB); WOLF, *ob. cit.*, p. 545.

condiciones del mismo³⁰. También la jurisprudencia se ha manifestado a favor³¹.

En cuanto al tipo de créditos que generarían este derecho de retención, la doctrina alemana los admite en sentido muy amplio, incluyendo prácticamente todos los gastos por los que se puede obtener reparación conforme al § 1049 del BGB, y por supuesto, también las reparaciones extraordinarias de los §§ 1042 a 1044. Pero no sólo éstos, sino también todos aquellos respecto de los que no haya obligación de realizarlos por parte del usufructuario (v.gr., gastos por reparaciones ordinarias, por concertación de seguros sobre la cosa, por cargas públicas, etc.)³². No obstante, tratándose de reparaciones extraordinarias, para poder pedir su reparación conforme al § 1049, es preciso que no se haya usado por el usufructuario de la facultad —es sólo eso, una facultad, no una obligación— de aplicar a ese fin partes integrantes de la finca que no correspondan a frutos, conforme al § 1043 BGB, en cuyo caso no se podría lograr la reparación ni, en consecuencia, habría derecho de retener la cosa usufructuada.

En cuanto al momento a partir del cual es exigible la deuda (y por tanto se podría recurrir al medio coactivo que supone la retención), la doctrina considera que será el de su realización, sin que haya que esperar a la conclusión del usufructo³³, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos. Esa exigibilidad inmediata de la deuda objeto de retención constituye una *condictio sine qua non* para la procedencia del *ius retentionis*, tanto el del párrafo 1.º como el del 2.º, del § 273 BGB (éste último párrafo es el aplicable a las reparaciones extraordinarias), en cuanto exigen que se trate de deuda «vencida» siempre, para no tener que cumplir la obligación de devolución de la cosa que en todo caso corresponde al retentor.

³⁰ Cfr. MICHALSKI, en «Erman BGB Handkommentar», 2. Band, Münter, 1989, p. 368; PETZOLDT, en «Münchener Kommentar zum BGB», Band 4, párrafos 854-1296, München, 1981, p. 1129; PROMBERGER, en «Staudinger BGB», Drittes Buch, párrafos 1018-1296, 12. Auflage, Berlin, 1981 (com. párrafo 1049 BGB); STÜRNER, en «Soergel BGB», Band 6, Sachenrecht, párrafos 854-1296, 12. Auflage, Stuttgart-Berlin-Bonn, 1989 (com. párrafo 1049 BGB).

³¹ Cfr. jurisprudencia citada por los anteriores autores.

³² Cfr. STÜRNER, *ob. cit.*, *ibidem*; MICHALSKI, *ob. cit.*, p. 368 (quien excluye los gastos por reparaciones ordinarias del párrafo 1041 BGB, por tratarse de gastos respecto de los cuales el usufructuario sí tiene obligación de realizarlos).

³³ Cfr. PROMBERGER, *ob. cit.*, *ibidem*; STÜRNER, *ob. cit.*, *ibidem*. También, implícitamente, BASENGE-PALANDT, «Bürgerliches Gesetzbuch», 49. Auflage, München, 1990, p. 1192 (com. párrafo 1049 BGB), y JAUERNIG, en JAUERNIG-SCHLECHTRIEM-STÜRNER-TEICHMANN-VOLLKOMMER, «BGB Bürgerliches Gesetzbuch», 5.ª edic., revisada, München, 1990, p. 1168.

2.4 Derecho portugués

La regulación más vigorosa del derecho de retención se contiene en el Derecho portugués, cuyos artículos 754 a 761 del Código civil de 1966, especialmente el artículo 759 en relación a la retención de cosas inmuebles, otorgan a este derecho una eficacia *erga omnes*. El referido artículo 759 proporciona al retentor de inmuebles las mismas facultades de ejecución que al acreedor hipotecario, así como la preferencia de cobro sobre la finca retenida sobre cualesquiera otros acreedores del propietario de la misma, inclusive (núm. 2) sobre la hipoteca de inscripción anterior.

La duda surge en cuanto a la aplicabilidad del derecho de retención en el ámbito del usufructo y las relaciones entre usufructuario y nudo propietario. Dentro de la regulación dedicada a este derecho real (arts. 1439 a 1483 CC), apenas hay alusiones al derecho de retención, salvo la norma de remisión contenida en el artículo 1483, a la que ahora nos referiremos.

En cuanto a los gastos de reparación, el Código portugués sigue la línea de los Códigos latinos de imponer al usufructuario la obligación de realizar las reparaciones ordinarias (art. 1472), así como los gastos de administración, en la cosa usufrutuada, sea bien inmueble o mueble; el tratamiento es, pues, unitario. Respecto de las reparaciones extraordinarias, el artículo siguiente (art. 1473), impone al usufructuario el deber de avisar al propietario de su necesidad, pero sin que éste tenga una obligación de efectuarlas. Si no las hiciera, podrá hacerlas el usufructuario, teniendo en tal caso, si la utilidad de las mismas fuese real, la posibilidad de exigir al dueño, a elección de aquél, bien el importe de las mismas, o bien el valor que tuviesen al finalizar el usufructo, siempre que este valor sea inferior a su costo. De la norma se deduce con claridad que este crédito en favor del usufructuario normalmente se exigirá una vez concluido el usufructo, que es cuando se podrá saber con certeza una de las dos posibilidades concedidas al usufructuario³⁴.

No queda, en principio, claro en el Código si este tipo de gastos (reparaciones extraordinarias) lleva anejo un derecho de retención. Tan sólo el artículo antes citado, el artículo 1483, señala al efecto: «Findo o usufruto, deve o usufrutuário restituir a coisa ao proprietário, sem prejuízo do disposto para as coisas consumíveis e salvo o direito de retenção nos casos em que possa ser invocado».

³⁴ Por supuesto, como señalan PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, «Código civil anotado», vol. III, 2.ª edic. revisada, Coimbra, 1987, p. 527, el propietario, al poder optar por el menor de los dos valores tiene la facultad de esperar a la conclusión del usufructo, para elegir la opción que más le interese; pero, no obstante, siempre puede adelantar su elección y optar por pagar los gastos realizados, aun sin esperar a la conclusión de la relación usufructuaria.

Existe, pues, una remisión implícita a las reglas generales sobre retención contenidas en los artículos 754 y siguientes. del Código. Concretamente, el supuesto de realización de reparaciones extraordinarias por el usufructuario (art. 1473) entrará perfectamente en la hipótesis general de retención del artículo 754 al cumplir todas las condiciones por él exigidas: se trata de un crédito del que dispone un acreedor contra un deudor, frente al cual, a su vez, tiene la obligación de entregarle una cosa (devolución al finalizar el usufructo), por cuya causa ha tenido que realizar unos gastos; además, la cosa no habrá obtenido por medios ilícitos, en cuyo caso no tendría el derecho de retención, según el artículo 756.a). Así lo han sostenido los comentaristas Pires de Lima-Antunes Varela, quienes consideran innecesario incluir una referencia en el artículo 1473 al derecho de retención dados los términos amplios en que el artículo 754 recoge este derecho con carácter general³⁵.

II. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 502 DEL CÓDIGO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN. LAS REPARACIONES EN EL USUFRUCTO

La materia que va a ser objeto de nuestro estudio se encuentra incluida en el Título VI del Libro Segundo del Código, en la sección tercera, dedicada a las obligaciones del usufructuario; incluyéndose entre éstas la obligación de realizar reparaciones, a las que se refieren los artículos 500, 501 y 502.

Estos preceptos hacen alusión a una obligación que tiene su base en el propio concepto de derecho de usufructo; el artículo 467 del CC lo define como «derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y su sustancia...»³⁶. La conservación de forma y sustancia³⁷ que aparece como obligación del usu-

³⁵ PIRES DE LIMA-ANTUNES VARELA, «Código civil anotado», *ob. y vol. cit.*, p. 528.

³⁶ VILLAVICENCIO, «Salva rerum substantia» en el usufructo propio» *RDP*, marzo 1951, p. 201. BORREL MACÍA, «Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo» *RDP*, 1949, p. 1074.

³⁷ El fundamento de esta obligación ha sido objeto de estudio por la doctrina, a la que nos remitimos, ya que nuestra investigación va por otro camino. Entre otros, BORREL MACÍA, «Algunas consideraciones sobre la conservación de la cosa en el usufructo» *RDP*, 1949; GARCÍA VALDECASAS, «La idea de sustancia en el CC», *RDP*, 1951; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO, *ob. cit.*, pp. 190 ss. BELUCHE RINCÓN, «La relación obligatoria de usufructo», Madrid, 1996; LÓPEZ JACOISTE, «El arrendamiento notoriamente gravoso concertado con el usufructuario», *ADC*, 1956. REVERTE NAVARRO, «Pluralidad de titularidades en el usufructo», *RDP*, 1979, p. 1118.

fructuario se consigue por éste mediante la realización de reparaciones en la cosa usufructuada que le permitan continuar en el goce y disfrute de la misma. El modo en que ha de hacer dichas reparaciones ha sido recogido de forma muy general en estos artículos, aunque distinguiendo claramente el legislador entre lo que denomina reparaciones ordinarias y reparaciones extraordinarias. El artículo 500 hace alusión a las primeras, señalando que «el usufructuario está obligado a hacer las reparaciones ordinarias que necesiten las cosas dadas en usufructo». El artículo siguiente, en cambio, se refiere a las segundas: «Las reparaciones extraordinarias serán de cuenta del propietario».

Por último, el artículo 502 dice:

«Si el propietario hiciere las reparaciones extraordinarias tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo.

Si no las hiciere cuando fuesen indispensables para la subsistencia de la cosa, podrá hacerlas el usufructuario; pero tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras.»

El legislador hace una distribución, a la misma vez que una diferenciación entre ambos tipos de reparaciones, vinculando cada una de ellas a una de las partes de la relación obligatoria de usufructo, añadiendo después un tercer precepto que matiza distintas hipótesis de actuación, tanto del usufructuario como del nudo propietario, respecto a estas reparaciones.

Es obvio que, por lo que se refiere a las reparaciones ordinarias, el artículo 500 recoge³⁸ una verdadera obligación en sentido estricto, de tal forma que, caso de incumplimiento por parte del usufructuario, el propio precepto autoriza al propietario a hacerlas por sí mismo «a costa del usufructuario».

El estudio de este supuesto lo ha realizado recientemente, en un magnífico trabajo, Beluche Rincón³⁹, y a éste nos remitimos, dado que sería desviarnos de nuestro objeto el continuar con este tema.

³⁸ Al igual que hacía el Proyecto de 1851 en su artículo 456, y el posterior Anteproyecto de 1882-1888 en su artículo 502.

³⁹ *Ob. cit.*, pp. 152 ss., en los que defiende esta autora el nacimiento de un crédito en favor del propietario, una vez realizadas por él mismo las reparaciones ordinarias, contra el usufructuario «que podrá hacer efectivo inmediatamente, sin necesidad de esperar a la liquidación del usufructo. En la acción de reembolso podrá exigir no sólo el coste de las reparaciones, sino también, si los hubiera, los daños y perjuicios ocasionados por su demora».

Es abundante, no obstante, la doctrina en esta materia; así, por ejemplo, DEMOLOMBE, *ob. cit.*, tomo X, París, 1880, p. 488; LAURENT, «Principes de Droit civil», tomo VI, Bruxelles, 1876, p. 669. VENEZIAN, «Usufructo, uso y habitación», traducc. anotada por J. Castán, tomo II, Madrid, 1928.

No será, sin embargo, la última vez que hagamos alusión al tema de las reparaciones ordinarias, ya que el concepto que tengamos de las mismas condicionará, necesariamente, el concepto de reparaciones extraordinarias, importantísimo para nosotros, a la hora de delimitar el contenido de la figura que nos ocupa, pues será la realización de éstas por parte del usufructuario la que genere el crédito que dará lugar a la retención.

Si se trata de reparaciones extraordinarias, la normativa legal las deja «de cuenta del propietario», facultando, en ausencia de actividad del mismo, al usufructuario para acometerlas por sí, naciendo entonces un crédito a su favor al finalizar el usufructo.

A la luz de la regulación legal podríamos esquematizar las distintas posibilidades de actuación de las dos partes en la relación obligatoria, una vez que surge la necesidad de reparaciones extraordinarias, de la siguiente manera:

1. Que el nudo propietario realice las reparaciones extraordinarias, en cuyo caso nacerá en su favor un crédito contra el usufructuario por el importe del interés legal de la cantidad invertida en las mismas todo el tiempo que dure el usufructo (art. 502).

2. Que no las hiciera siendo absolutamente imprescindibles, en cuyo caso las realizará, si quiere, el usufructuario; pero en este supuesto, y a diferencia de lo que ocurría con las reparaciones ordinarias, no nacerá un crédito de efectividad inmediata contra el propietario, sino que, según el artículo 502, el usufructuario «tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las mismas obras».

Una vez esquematizado el planteamiento del legislador español en cuanto a las reparaciones extraordinarias en el bien usufructuado, vamos a centrarnos más en el tema que nos ocupa, contenido en el ya citado artículo 502, necesitando para ello, previamente, un estudio de los requisitos necesarios para configurar el supuesto de hecho que prevé la norma al facultar al usufructuario para retener la cosa si el propietario no paga su crédito.

2. EL DERECHO DE RETENCIÓN EN LAS REPARACIONES EXTRAORDINARIAS Y SUS PRESUPUESTOS

A) Concepto

Tal como hemos visto en el apartado anterior, el artículo 501 de nuestro Código civil establece que las reparaciones extraordinarias

«serán de cuenta del propietario». Esta expresión necesita de un profundo análisis, que realizaremos más adelante, pues será necesario, previamente, delimitar el concepto de las mismas.

La doctrina se ha ocupado poco de este tema, y aunque sí existen estudios destinados al supuesto de la liquidación de gastos con ocasión de la posesión de una cosa, en los que se analizan los desembolsos que realiza el poseedor en la misma con objeto de conservarla y hacerla productiva, no nos será fácil aplicar analógicamente⁴⁰ estas tesis debido a que, normalmente, no entran en la distinción entre reparaciones ordinarias y extraordinarias, entendiéndose ambas subsumidas dentro del concepto de gastos necesarios del artículo 453 del CC⁴¹.

Los gastos necesarios son aquellos, según deduce Manresa⁴² del artículo 455 del CC, realizados para la conservación de la cosa; desembolsos que se hacen para la subsistencia misma de la cosa. Dada la amplitud de esta definición, la doctrina ha matizado distinguiendo diversos gastos para la conservación de la cosa, a saber⁴³: 1. Cargas del goce, o gastos ordinarios, que son los que se derivan habitualmente del uso y disfrute de la cosa⁴⁴. Son desembolsos que necesariamente realizará el poseedor para conservar la cosa y percibir los frutos, respetando y manteniendo el destino y la función económica de la misma⁴⁵. 2. Gastos extraordinarios, que exceden de la simple reparación y conservación de la cosa, surgiendo su necesidad

⁴⁰ DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos del Derecho Civil patrimonial», vol. 3.º, 4.ª ed., Madrid, 1995, p. 676, señala que los artículos 451-458 de nuestro Código contienen un régimen jurídico general aplicable a todos los casos de entrega de la posesión de una cosa que no estén sometidos a una disciplina normativa especial. Incluso en los casos en que exista esa normativa, estas normas deben ser consideradas, según este autor, como principios generales del sistema y, por tanto, ser tenidas en cuenta para interpretar aquéllas.

⁴¹ La legislación extranjera, distingue también, en el Derecho alemán, BGB parágrafos 994 y 995, dentro de los gastos necesarios, los ordinarios de conservación y los extraordinarios. En el Derecho italiano se clasifica en reparaciones ordinarias y extraordinarias, artículos 1004, 1005 y 1150 del Codice civile. También el artículo 605 del Code civil francés lo hace en el mismo sentido, matizando entre reparaciones de conservación y reparaciones extraordinarias.

⁴² En «Comentarios al Código civil español», tomo IV, 7.ª ed., Madrid, 1972, p. 324.

⁴³ DÍAZ ROMERO, «Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio», Madrid, 1997, p. 18.

⁴⁴ Cfr. DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, p. 19. En este sentido, también DORAL Y SILLERO, «Análisis económico y jurídico del régimen de la liquidación en el Código civil», en Homenaje a Beltrán Heredia y Castaño, Salamanca, 1984, p. 159, señalando que las reparaciones ordinarias «se compensan con la utilidad extraída mediante el ejercicio del poder y así, las reparaciones ordinarias son cargo de los frutos, *in fructum*, mientras que las reparaciones extraordinarias lo son del capital, cargo de la propiedad, *in rem*».

⁴⁵ Dentro de éstos habría que distinguir entre los gastos de mantenimiento de la sustancia física de la cosa, y que se entienden compensados con los frutos percibidos; su necesidad surge del simple uso o disfrute (reparaciones ordinarias), y los llamados gastos de producción, que son también necesarios; pero éstos para la conservación de la función económica de la cosa, siendo también ordinarios, pues se realizarán de forma periódica y habitual por ser imprescindibles para la obtención de la utilidad de la cosa.

de causas de mayor importancia que el simple goce y uso habitual, y que tienen carácter excepcional⁴⁶. 3. También se incluyen dentro de los gastos necesarios los denominados por la doctrina gastos civiles, que son los originados para conservar jurídicamente la cosa, y quedan justificados por disposición legal o de autoridad legítima⁴⁷.

De otra parte, si atendemos al significado literal del término, reparar hace alusión a poner remedio a una alteración que se ha producido en el estado de la cosa, sea como consecuencia del uso, sea por causas naturales⁴⁸. Pero el problema sería el matizar cuando son estas reparaciones de carácter extraordinario, ya que el concepto reparar podría incluir las dos categorías distinguidas.

Lamentablemente, el legislador no nos ha proporcionado un concepto de lo que debemos entender por reparaciones extraordinarias; ni tan siquiera un listado, a modo de ejemplo, de lo que pudieran ser las mismas. La única pista que podemos encontrar a este respecto en el Código es la del artículo 500, en el que, sin embargo, el legislador sí define expresamente lo que se entiende por reparaciones ordinarias: «Se considerarán ordinarias las que exijan los deterioros o desperfectos que procedan del uso natural de las cosas y sean indispensables para su conservación». Partiendo de este concepto, por un criterio de eliminación, las reparaciones extraordinarias deben ser las que siendo igualmente indispensables para la conservación de la cosa usufructuada no sean resultado del deterioro o desgaste inherente al uso natural de la mismas⁴⁹.

Es curioso, sin embargo, cómo los precedentes históricos de este precepto sí enumeran y definen qué son las reparaciones extraordinarias; concretamente, es el Code de Napoleon el que en su artículo 606 las designa de forma específica⁵⁰. Sin embargo, en

⁴⁶ DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, p. 23. Dentro de éstos incluiríamos las reparaciones extraordinarias del artículo 502 del CC, que no son obligación del usufructuario, aunque puede éste realizarlas si no lo hace el propietario. MIQUEL GONZÁLEZ «Comentario del Código civil», tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 1220, señala que los gastos necesarios reembolsables a todo poseedor, aludidos en el artículo 453.1, son los gastos extraordinarios para la conservación, porque los ordinarios son disminución de los frutos.

⁴⁷ DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, p. 25, citando a Scaevola.

⁴⁸ DE MARTINO, en «Comentario...», *ob. cit.*, p. 298.

⁴⁹ DE MARTINO, *ob. cit.*, p. 298, establece como criterio diferenciador de las reparaciones extraordinarias frente a las ordinarias, señalando que éstas se refieren a la conservación de la cosa y sus cualidades no más allá de la duración de la vida humana, que puede ser el término de duración del usufructo, mientras que las reparaciones extraordinarias tienden a conservar por tiempo indefinido el rédito de la cosa, ya que de cargarlas al usufructuario, se produciría un injusto enriquecimiento del propietario. MARTÍN PÉREZ, «Comentarios al Código civil y Compilaciones forales», tomo VI, 2.ª ed., p. 380; PUIG BRUTAU, «Fundamentos de Derecho Civil», tomo III, Madrid, 1973, p. 316.

⁵⁰ Dice así este precepto: «Les grosses réparations sont celles des gros murs et des voutes, le rétablissement des poutres et des couvertures entières. Celui des digues et des murs de soutènement et de cloture aussi en entier».

nuestro país, el Proyecto de 1851 suprime dicha enumeración⁵¹, dejando, como señala García Goyena⁵², este punto a la jurisprudencia. Es de reseñar también que otros derechos de nuestro entorno han conservado, a pesar de los inconvenientes que ello pueda suponer, una enumeración de reparaciones extraordinarias, aunque sólo haya sido a título de ejemplo⁵³.

Al carecer de definición y de enumeración en nuestro Derecho, es evidente que, en la práctica, será frecuente encontrarnos con situaciones en las que sea difícil y dudoso calificar las obras realizadas como insertas dentro de alguna de las dos categorías estudiadas. Será entonces la autoridad judicial la que, en última instancia, decida si un supuesto concreto constituye o no reparación extraordinaria⁵⁴.

A pesar de lo razonable que pueda ser el no incluir un concepto y un listado de reparaciones extraordinarias, no deja de ser un grave

⁵¹ Señala en su artículo 456: «El usufructuario está obligado a hacer en las cosas los reparos menores y de conservación que éstas necesiten.

Los reparos mayores serán de cuenta del propietario; pero estará obligado el usufructuario a darle aviso cuando fuere urgente la necesidad de hacerlos».

⁵² GARCÍA GOYENA, «Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español», reimpresión de la ed. de Madrid, 1852, concordada por Lacruz Berdejo, Zaragoza, 1974, p. 239.

⁵³ Así el CC italiano, prácticamente idéntico, al antiguo artículo 504 del de 1865, señala en el actual artículo 1005: «Riparazioni straordinarie sono quelle necessarie ad assicurare la stabilità dei muri maestri e delle volte, la sostituzione delle travi, il rinnovamento, per intero o per una parte notevole, dei tetti solai, scale, argini, acquedotti, muri di sostegno o di cinta». La jurisprudencia de este país, sin embargo, ha interpretado dicha enumeración como no exhaustiva, definiendo estas reparaciones como «... todas aquellas indispensables, para evitar la pérdida total o parcial tanto de la cosa como de su utilidad, no siendo taxativa la enumeración contenida en el artículo 1005 del CC» (Trib. Venezia, 25 gennaio 1962, in Giust. Civ., 1962, I, 392), citado por PALERMO y PALERMO, «Giurisprudenza sistematica civile e commerciale» Usufrutto, uso-habitazione, 2.ª ed., Turín, 1978.

En el mismo sentido, MAURIZIO DE TILLA, «Il diritto Immobiliare», Milano, 1966, p. 989, citando otra sentencia (Cass. 11 gennaio 1968, núm. 62), en la que se plantea si la sustitución de un ascensor en un edificio objeto de usufructo sería catalogable como una reparación extraordinaria de las del artículo 1005, o, por contra, se trataría de una innovación en el sentido de los artículos 1120 y 1121 del CC, distinguiendo la reparación extraordinaria: comporta la sustitución de una entidad preexistente, pero ya ineficaz, por otra plenamente eficiente; mientras que la innovación consiste en un cambio en la cosa en la forma o en la sustancia, con adición de sustancia no preexistente, o transformación de alguna preexistente. Se trata, según el Alto Tribunal, de una reparación extraordinaria, ya que guarda gran similitud con la renovación de la escalera, contenida expresamente en el listado del artículo 1005.

⁵⁴ En el mismo sentido, BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 200, citando además la STS de 25 de enero de 1912, manifestando ésta que la declaración de si las reparaciones son ordinarias o extraordinarias es de apreciación de la Sala de instancia. También COLÍN Y CAPITÁN, «Curso elemental de Derecho Civil», 4.ª edic., tomo II, vol. 2.º, Madrid, 1984, p. 367; GARCÍA GOYENA, «Concordancias, motivos y comentarios al Código civil español», reimp. de la ed. de Madrid, 1852, nota prel. del prof. Lacruz Berdejo, Zaragoza, 1974, p. 238; MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, «Notas sobre el derecho de disfrute del usufructuario», en ADC, 1989, p. 838, y SANTOS CID, «Derecho civil», tomo II, Madrid, 1973, p. 420. También, con respecto a las reparaciones ordinarias o de conservación, RIEG, «Enciclopedia jurídica Dalloz», voz «usufructo», tomo VIII, París, 1992, p. 25, señala que la delimitación de las mismas es una cuestión de hecho.

inconveniente, desde el punto de vista práctico, para las relaciones entre propietario y usufructuario, y, sobre todo, a la hora de ejercitar el derecho de retención. Es obvio que el propietario que rehúsa realizar, en un primer momento, las reparaciones imprescindibles para el bien usufructuado y posteriormente se niega a abonar al usufructuario que las hizo una cantidad en concepto de plusvalía adquirida por las mismas, seguramente uno de los argumentos que esgrimirá en su defensa será el del carácter de ordinarias, y no extraordinarias, de las reparaciones efectuadas, alegando, por tanto, que son de cuenta del usufructuario; fácil argumentación, favorecida por el legislador al no enumerar, al menos, las más comunes y obvias de estas reparaciones.

Este será el motivo, en nuestra opinión, de que siempre, y no sólo en última instancia, sea el juez el que deba – supliendo la enumeración legal– decir si el supuesto concreto se trata o no de una reparación extraordinaria y si, por tanto, y suponiendo que exista aumento de valor de la cosa, nació la deuda para el nudo propietario.

B) Realización de las mismas por el usufructuario como primer presupuesto de aplicación del artículo 502-3.º

Este precepto señala que las reparaciones extraordinarias «serán de cuenta del propietario» una vez avisado éste por el usufructuario de la necesidad de las mismas. La expresión que utiliza nuestro legislador: «de cuenta» ¿qué significa? ¿Se crea una obligación para el propietario, en el mismo sentido que hacía el artículo 500 para el usufructuario con las reparaciones ordinarias? ¿Puede compeler el usufructuario al propietario para que las realice?

Ya vimos que este precepto viene casi literalmente copiado del artículo 605 del Código de Napoleón, que señalaba: «... les grosses réparations demeurent a la charge du propriétaire». La interpretación realizada por la doctrina francesa sobre esta frase⁵⁵, coincide

⁵⁵ ATÍAS, *ob. cit.*, p. 167. DEMOLOMBE, aplicado al Derecho francés, pero igualmente válido para el nuestro, señalaba cómo la forma literal de encomendar al legislador las reparaciones extraordinarias «serán de cuenta del propietario», a diferencia de la obligación claramente atribuida al usufructuario de las reparaciones ordinarias «está obligado a hacer las reparaciones ordinarias», constituye un argumento literal para defender que el propietario es libre de elegir si las realiza o no. *ob. cit.*, p. 497. COLÍN Y CAPITÁN, *ob. cit.*, p. 367. MAZEUD-MAZEUD, «Leçons de Droit Civil», tomo 2, vol. 2.º, 5.ª edic., París, 1976, p. 354. RIEG, en «Enc. Dalloz», *ob. cit.*, p. 25, señala que la justificación tradicional de esta distinción entre reparaciones ordinarias y extraordinarias es la de que las obras de conservación son una carga del goce, concernientes a cualquier buen padre de familia, mientras que las

plenamente con la que han hecho los estudiosos de nuestro país, consistente en interpretar que no existe obligación por parte del nudo propietario de realizar las reparaciones extraordinarias que precise el bien usufructuado⁵⁶.

Defienden esta tesis, en la actualidad, Díez-Picazo y Gullón, argumentando que las palabras «de cuenta» deben interpretarse, según su antecedente histórico, «en el sentido de no obligatoriedad para el usufructuario, y no en el de imposición al propietario del deber de realizarlas...»⁵⁷.

Doral García de Pazos estima que no existe obligación, puesto que «no se obliga a facilitar el goce al usufructuario, sino a no impedirlo ni obstaculizarlo...»⁵⁸.

Albaladejo, igualmente, en favor de la no obligatoriedad de las obras: «Quien no disfruta de la cosa no puede ser forzado a emplear dinero en ella»⁵⁹. Se trata, por otra parte, de evitar que se impongan al nudo propietario cargas excesivas e injustas, invirtiendo un capital –dice Marín García de Leonardo– que pudiera ser que no le aprovechara nunca...»⁶⁰.

reparaciones extraordinarias son deducidas del capital; son una carga de la propiedad. Defiende, no obstante, este autor la inexistencia de obligación por parte del propietario de realizar estas últimas, ya que lo contrario supondría una carga excesiva e injusta y le llevaría a la necesidad de emplear su capital en reparaciones que puede ser que no le aprovecharán jamás. En idéntico sentido, RIPERT y BOULANGER, «*Traité de Droit Civil d'après le Traité de Planiol*», VI (traducción española de García Daineraux), Buenos Aires, 1965. También al respecto, la jurisprudencia francesa señala que no se puede obligar al nudo propietario a realizar las reparaciones extraordinarias, S 10 de diciembre 1900, que cita HENRI CAPITANT, «*Les grands arrêts de la jurisprudence civile*», 8.ª ed., París, 1984. También MALAURIE y L. AYNÈS, «*Cours de Droit civil. Les biens*», París, 1990, p. 242.

En la doctrina italiana, VENEZIAN, «*Usufructo, uso y habitación*», traducción anotada por Castán Tobeñas, tomo II, Madrid, 1928, p. 659, señala que el precepto «no estatuye una obligación especial del propietario, sino que, afirmando una obligación impuesta a todos los miembros de la comunidad social con respecto al derecho real de usufructo, viene únicamente a señalar la forma en que el usufructo limita la propiedad». PUGLIESE, «*Usufrutto, uso e abitazione*», 2.ª ed., Turín, 1972.

En contra de estas tesis, LAURENT, «*Principes de Droit civil*», tomo VI, Bruselas, 1876. *cit.*, núm. 548, afirma que el propietario tiene obligación de realizar las obras de carácter extraordinario. En el mismo sentido, BIGLIAZZI GERI, «*Usufrutto, uso e abitazione*», en *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, dirigido por Ciccu-Messineo, Milán, 1979, p. 251, que califica de «abusivo» el comportamiento del propietario que suponga el retraso o la negativa injustificada a realizar las reparaciones extraordinarias, lo que conlleva –dice este autor– un derecho potestativo del usufructuario, de realizar dichas obras como respuesta a dicho comportamiento abusivo.

⁵⁶ BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 186. DORAL GARCÍA DE PAZOS, *ob. cit.*, p. 342. GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, p. 404, comentando el artículo 456.2 del Proyecto de 1851, análogo al artículo 501 actual. LACRUZ BERDEJO, «*Elementos de Derecho Civil*», tomo III, vol. 2.º, Barcelona, 1989, p. 30. MUCIUS SCAEVOLA, «*Código civil*», tomo IX, Madrid 1948, p. 395.

⁵⁷ «*Sistema de Derecho Civil*», vol. III, Madrid, 1977, p. 404.

⁵⁸ En «*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*», tomo VII, vol. 1.º, 2.ª edic., Madrid, 1992, p. 453.

⁵⁹ «*Derecho Civil III*», vol. 2.º, 7.ª ed., Madrid, 1991, p. 35.

⁶⁰ *Ob. cit.*, tomo XLII, julio-septiembre, 1989, p. 837

Muy bien argumentado actualmente en nuestra doctrina por Beluche Rincón⁶¹, y aun cuando algún sector minoritario disienta⁶², me parece razonable sostener que en nuestro Derecho las reparaciones extraordinarias no constituyen una obligación legal del nudo propietario (por supuesto, cabría establecer sobre las mismas obligación convencional⁶³ o derivarse del contrato, tratándose de un contrato oneroso⁶⁴) por ser, además, lo más razonable desde todos los puntos de vista, teniendo en cuenta los argumentos enumerados por esta autora y que suscribimos en su totalidad^{65 66}.

⁶¹ Enumera esta autora cuatro argumentos favorables a la tesis de que no suponen una obligación para el propietario:

En primer lugar, una argumento histórico, avalado por los orígenes franceses de la norma, interpretada en este sentido de forma indubitada por la doctrina francesa y española clásicas.

Un segundo argumento consistiría en la interpretación literal del propio artículo 501, ya que cuando el legislador quiere crear una obligación legal lo hace claramente, como ocurre con las reparaciones ordinarias del artículo 500.

En tercer lugar, es significativo, a juicio de esta autora, que no se conceda al usufructuario que realiza las obras extraordinarias una acción de reembolso contra el propietario, lo cual hubiese sido imprescindible caso de existir una obligación por parte de éste. Y en su lugar, y ya enlazando con el último argumento que se esgrime, se concede en el artículo 502 una acción de enriquecimiento contra «cualquiera que sea el nudo propietario en el momento de la liquidación del usufructo que es el que se enriquece». Si el legislador hubiese pretendido crear una obligación para el propietario del inmueble del momento en que nace la necesidad de realizar las obras, el sujeto pasivo de dicha acción sería el mismo, y no el que lo sea en el momento en que se extingue el usufructo, que es lo que señala el precepto indicado. *Ob. cit.*, p. 192.

En el mismo sentido, CAPITANT, *ob. cit.*, p. 273.

⁶² GARCÍA CANTERO, «Comentario del Código Civil», Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1991, p. 1335; DORAL, aunque este autor defiende la no obligatoriedad, sí matiza que, caso de impedir u obstaculizar el goce al usufructuario, sí serán obligatorias. *Ob. cit.*, p. 453. También DOMÍNGUEZ PLATAS, «Obligación y derecho real de goce», Valencia, 1994, p. 134.

⁶³ DEMOLOMBE, «Cours de Code de Napoleon», tomo X, París, 1880, p. 466; RIEG, *ob. cit.*, p. 25.

⁶⁴ En el supuesto de tratarse de un usufructo convenido a título oneroso, sería más razonable que la carga de las reparaciones extraordinarias recayese sobre el nudo propietario, ya que los razonamientos esgrimidos ya no serían aplicables. Así lo estima en la doctrina francesa ARIAS, «Les biens», I, 1980, p. 158.

⁶⁵ Podríamos hablar de otra excepción, que sería el supuesto en que, como dice DEMOLOMBE, *ob. cit.*, p. 465, las reparaciones extraordinarias hubiesen sido ocasionadas por una falta o una negligencia de parte del usufructuario; en este caso, serán de cuenta del mismo. Se está refiriendo este autor al caso contemplado en el actual artículo 605 del Code civil: «Les grosses réparations demeurent à la charge du propriétaire, à moins qu'elles n'aient été occasionnées par le défaut de réparation d'entretien, depuis l'ouverture de l'usufruit; auquel cas l'usufruitier en est aussi tenu». En este supuesto se trataría de una acción personal nacida como consecuencia de la negligente actuación del usufructuario y que permitiría al propietario reclamar el importe de las mismas en el mismo momento en que surge la necesidad de realizarlas. Nada tiene que ver, pensamos, con la facultad de elección por parte del propietario entre realizar o no estas reparaciones, que seguiría intacta incluso en este supuesto.

⁶⁶ No hay que confundir, no obstante, la inexistencia de obligación por parte del propietario de realizar las reparaciones extraordinarias frente al usufructuario, con la necesidad de que aquél cuide de su propiedad para que ésta no cause daño a terceros. A este respecto, comenta RIEG, «Enciclopedia ...» voz «usufruit», p. 27, un supuesto, en que la Jurisprudencia francesa declara la responsabilidad frente a terceros del usufructuario por

Una vez admitido que el legislador no pretende crear una obligación para el propietario, no podemos por menos que preguntarnos, ¿qué contenido hemos de darle a la expresión «de cuenta», entonces? No nos convencen aquí los intentos de justificación de la doctrina que mantiene que los términos del precepto son ociosos y se justifican por el espíritu didáctico del legislador⁶⁷; sino más bien pensamos que esta expresión tiene su justificación en un afán de dejar claro que, dado que el usufructo no supone la pérdida de todas las facultades inherentes al derecho del propietario, corresponde a éste la facultad de realizar las obras que puedan afectar el objeto de su propiedad; se trata de reparaciones que, por su importancia, puede preferir —y esto es a lo que hace alusión este precepto— realizarlas el propietario⁶⁸. El legislador deja elegir al propietario que es lo que conviene más a sus

los daños causados por la cosa, pues en él recae la responsabilidad civil extracontractual a que se refiere el 1386 del Code civile. Esta postura de la jurisprudencia francesa es criticada por la doctrina en el sentido de que los preceptos reguladores de las obligaciones entre propietario y usufructuario sólo atañen a ambas partes y no pueden alegarse frente a terceros, en este caso terceros perjudicados por la falta de realización de reparaciones extraordinarias que, lógicamente, se podrán dirigir contra el propietario del inmueble, ya que, el usufructuario sólo tiene obligación de realizar las reparaciones ordinarias en la cosa, dentro de la relación de usufructo, mientras que, como hemos visto, el propietario no tiene obligación de realizar reparación alguna.

No existe, pues, acción para que el usufructuario pueda exigir responsabilidad civil contractual frente al nudo propietario por no realizar las obras extraordinarias. No podemos, sin embargo, perder de vista que los artículos 500 a 502 del CC regulan el régimen jurídico de las relaciones entre las partes dentro del derecho real de usufructo. Es cierto también que dicho derecho real se caracteriza por su eficacia frente a terceros; es decir, el usufructuario podrá oponer su derecho de goce frente a cualquiera que, sin ampararse en un título válido, lo perturbe. La duda se plantearía a la hora de dilucidar si esa eficacia reconocida frente a terceros, del derecho a gozar una cosa, conlleva la responsabilidad del titular de dicho derecho frente a los mismos.

El propietario, por el simple hecho de serlo, y dado que sólo pierde como consecuencia del usufructo la facultad del goce y disfrute de su bien, conserva aun así un elenco de derechos y obligaciones, entre las que se encuentran, a nuestro entender, las de diligencia en el cuidado de su propiedad respecto de los daños que ésta pudiese causar a terceros. Por ello, y siempre que hubiese sido advertido previamente por el usufructuario (no debemos olvidar su desventaja consistente en la falta de inmediatidad o contacto directo con el bien usufructuado) de la existencia de la necesidad de reparaciones, el propietario responderá por negligencia de acuerdo al artículo 1902 de nuestro Código. Estimamos que, aunque frente al tercero responda siempre el propietario, dado que aquél no tiene obligación de saber quién ostenta la titularidad de la cosa que le ha producido el daño, en las relaciones internas derivadas de una acción, ex artículo 1902, entre propietario y usufructuario será imprescindible para exigir la responsabilidad de aquél la advertencia por parte del usufructuario del mal estado de la cosa, pues de lo contrario pensamos existiría, en las relaciones internas, responsabilidad del usufructuario, en virtud del artículo 501, que señala dicha obligación.

⁶⁷ BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 195. También algún autor, como POTHIER, planteaba la posibilidad, que no defendía, de que el legislador dejase estas reparaciones de cuenta del propietario, queriendo con ello poner de manifiesto que no existía obligación por parte del usufructuario de realizarlas, explicación absurda, como señala el propio autor, pues el legislador acababa de exponer las obligaciones del usufructuario, adjudicándole entre ellas sólo la de realizar las reparaciones ordinarias. *Ob. cit.*, p. 687.

⁶⁸ Como dice DEMOLOMBE, *ob. cit.*, p. 6777, las reparaciones extraordinarias conciernen a la propiedad más que al disfrute.

intereses: el reparar por sí mismo el inmueble o bien el no hacerlo y dejar el tema en manos del usufructuario, que podrá optar, a su vez, entre realizarlas él mismo o abstenerse de hacerlo.

En definitiva, y como señala Demolombe⁶⁹, si no está obligado a realizar las reparaciones extraordinarias, tiene, al menos, el derecho a ello.

Tras los artículos 500 y 501 de nuestro Código, el 502 viene a clarificar el panorama de la relación obligatoria existente entre usufructuario y propietario con respecto a las obras en el bien objeto de usufructo. Hemos visto con anterioridad cómo las reparaciones ordinarias constituyen una obligación para el usufructuario, que puede ser exigida por el nudo propietario, realizándolas, caso de negarse, a su costa el propietario, y existiendo una acción específica para ello (ex art. 500 del CC).

Las reparaciones extraordinarias constituyen una facultad para el propietario, que podrá optar entre realizarlas o no. No obstante, hay que hacer una matización a la hora de interpretar el artículo 502 del Código, y es que no tienen el mismo tratamiento las que sean urgentes⁷⁰ que las que no gocen de esta característica.

Las reparaciones no urgentes no generan para el usufructuario ningún tipo de carga, es más, no debe realizarlas, ya que entendemos que está reservada esta facultad al nudo propietario como parte de su derecho de propiedad limitado temporalmente⁷¹.

Por ello, dentro de la interpretación del artículo que nos ocupa, nos referiremos, en adelante, a esas reparaciones que el legislador denomina urgentes, y que en el artículo 502 el propietario puede optar entre realizar o no.

Un tercer requisito para que se dé el supuesto de hecho que nos interesa consiste en la puesta en conocimiento del propietario de la necesidad urgente de realizar las obras. Hemos de considerarlo como un presupuesto de exigibilidad del crédito que nacerá poste-

⁶⁹ *Ob. cit.*, p. 689.

⁷⁰ Hemos de identificar el término urgentes del artículo 501 con la descripción del artículo siguiente, de que fueren indispensables para la subsistencia de la cosa, estimando que en ambos preceptos el legislador se refiere a lo mismo, dándonos en el segundo artículo la definición de lo que debe entenderse por reparaciones extraordinarias urgentes. En el mismo sentido, BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 201. También MUCIUS SCAEVOLA, *ob. cit.*, tomo IX, p. 397, afirma que, a efectos del derecho de retención, «... el usufructuario sólo suplirá útilmente la obligación del dueño cuando las reparaciones extraordinarias sean de toda necesidad para la existencia de los bienes fructuarios, y sólo entonces florecerá el derecho de retener dichos bienes si el propietario se negare a satisfacer el importe de aquéllas».

⁷¹ Así lo afirma, con razón, BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 202, citando también las argumentaciones de Doral en el mismo sentido, «Comentarios...», t. VII-1.º, *cit.*, p. 450. Marín García de Leonardo matiza que si el usufructuario actuara en contra del nudo propietario, y llevara a cabo sin autorización reparaciones ordinarias que no son urgentes, traspasaría los límites de su derecho y el propietario podría exigirle responsabilidades; *ob. cit.*, p. 841.

riormente caso de realizarlas el usufructuario⁷². Para esta notificación, señala la doctrina, no existe ningún requisito especial; no obstante, también se apunta, será recomendable que la haga el usufructuario en cualquier forma admisible como medio de prueba en derecho para el caso de que hiciese falta la misma posteriormente⁷³.

Por otra parte, la falta de aviso del usufructuario genera para éste responsabilidad por los daños causados en el inmueble, pero sólo por aquellos daños que no se hubiesen producido, de haber comunicado la necesidad de las obras al nudo propietario⁷⁴.

Una vez que existan reparaciones de urgente necesidad y sea comunicada al nudo propietario la necesidad de realizarlas por el usufructuario, podrá aquél optar, como ya habíamos adelantado, entre llevarlas a cabo o no; y en base a ello podemos distinguir dos supuestos:

a) Si las realizare el propietario, tendrá derecho a exigir al usufructuario el interés legal de la cantidad invertida en ellas mientras dure el usufructo. Será el supuesto menos frecuente, pues como ya vimos anteriormente no será rentable para el nudo propietario el realizar unos desembolsos que posiblemente no lleguen a beneficiarle o lo hagan en una cuantía inferior a la cantidad desembolsada⁷⁵.

b) Si el propietario decide no efectuar las reparaciones, el artículo 502 autoriza al usufructuario –en segundo término⁷⁶, como vimos– a llevarlas a cabo. Pero estimamos que si éste no pudiere o no quisiere realizarlas no habrá responsabilidad por su parte, ya que no se configura legalmente una obligación para él en este sentido⁷⁷, ni podemos entenderla comprendida en su obligación de conservar la cosa como usufructuario (ex art. 467 del CC).

Si a pesar de todo decide efectuar las obras necesarias ante la pasividad del nudo propietario, puede hacerlo en virtud del artículo 502 que le autoriza para ello, señalando que «tendrá derecho a exigir del propietario, al concluir el usufructo, el aumento de valor

⁷² Aunque en este sentido, como matizaremos más adelante, será requisito de exigibilidad del crédito contra ese mismo nudo propietario, pues si la titularidad del inmueble cambiase de sujeto no se requerirá esta previa notificación.

⁷³ BEULUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 202; GARCÍA CANTERO, «Comentario del Código Civil», Ministerio de Justicia, tomo I, Madrid, 1995, p. 1336.

⁷⁴ Cfr. BEULUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 203.

⁷⁵ Resulta dudoso el estimar si podrá el usufructuario, caso de realizar las obras el propietario, reclamar indemnización por «defaut de jouissance», como decía LAURENT, *ob. cit.*, p. 689, concluyendo que estaba obligado a soportar dichas reparaciones y no podía exigir indemnización alguna por constituir un derecho del propietario.

⁷⁶ Coincidimos con BEULUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 201, en que esta obligación del usufructuario viene dada por la importancia que tiene para el legislador el proteger el derecho del nudo propietario, y el permitirle optar, en su caso, por realizar el mismo dichas reparaciones.

⁷⁷ Lo único que señala el artículo 502 es que «podrá» hacerlas el usufructuario.

que tuviese la finca por efecto de las mismas obras». Si se negare a satisfacer este importe, podrá el usufructuario rehusar la devolución del inmueble.

Queda examinado, pues, a efectos de nuestra investigación, el primer presupuesto necesario para el derecho de retención a favor del usufructuario, consistente en que él mismo haya realizado las reparaciones extraordinarias y urgentes sobre el bien objeto de usufructo. Pasamos a continuación a analizar, en el siguiente epígrafe, el crédito que nacerá como consecuencia de ello.

C) Crédito del usufructuario como segundo presupuesto del derecho de retener

Si el usufructuario realiza las reparaciones extraordinarias, hemos visto cómo el artículo 502 le concede acción para reclamar un crédito. Dicha acción le permitirá exigir al propietario, al concluir el usufructo, el importe del aumento de valor que tuviese la finca por efecto de las obras.

Nos plantea diversas dudas la existencia de dicho crédito; la primera de ellas se refiere al momento de nacimiento del mismo. ¿Nace desde el momento en que el usufructuario termina la realización material de las obras, constituyendo el plazo de finalización del usufructo el plazo de su vencimiento, o, por contra, el crédito nace en el momento mismo de conclusión del usufructo?

La respuesta a la anterior interrogante es clara en la doctrina, ya que tal como se encuentra configurado el crédito en el artículo 502, podemos afirmar que nacerá precisamente cuando se extinga el derecho de usufructo. Ello traerá repercusiones importantes sobre la identidad del deudor del crédito, pues si vence al extinguirse el usufructo será un crédito que hará efectivo el propietario, quienquiera que éste fuese en el preciso momento de la extinción, e independientemente de que coincida o no con el que constituyó el usufructo, o con el que lo era al tiempo de realizar las reparaciones extraordinarias, ya que pudo haber cambiado por diversos motivos durante el usufructo la titularidad de la finca.

Por lo que respecta a la naturaleza jurídica del crédito que se otorga al ex usufructuario –tema discutido en la doctrina–, predominan las tesis que sostienen la idea de que el acreedor podrá ejercitar una acción de enriquecimiento injusto, y no de reembolso⁷⁸ por los gastos efectuados en el inmueble.

⁷⁸ Según MANRESA, «Comentarios al Código civil español», tomo IV, 7.ª ed., Madrid, 1972, p. 593, debió de configurarse por el legislador como una acción de reembolso.

El hecho de que no se conceda un crédito al usufructuario por el importe mismo de las reparaciones extraordinarias que realiza sobre la cosa⁷⁹ tiene su razón en que las obras le beneficiarán también a él durante todo el tiempo que reste hasta el momento de extinción del usufructo, y, una vez extinguido éste, serán aprovechadas por el propietario cuando recupere la posesión de la finca. Siendo posible también que si el período que resta para que llegue a su fin el usufructo es muy largo, las reparaciones realizadas no le sean de utilidad en absoluto al nudo propietario, porque agoten su virtualidad durante el tiempo de usufructo⁸⁰. Y es por ello que el legislador, que en ningún momento ha pensado, según ya vimos, en configurar como obligación del propietario la realización de estas obras, no concede acción de reembolso de las mismas.

Por contra, sí se otorga al usufructuario una acción para exigir el crédito por el aumento de valor de la finca al terminar el usufructo. Esta acción, como apunta la mayoría de la doctrina, es una acción de enriquecimiento sin causa⁸¹. Una vez finalizado el usufructo, el propietario recibe la finca del usufructuario, que posiblemente aumentó su valor debido a las reparaciones de éste. El enriquecimiento que esto supondría no encuentra causa en los preceptos de nuestro Ordenamiento jurídico⁸², y es por ello que, el usufructuario podrá exigir el abono del importe del mismo, que se traducirá en el aumento de valor que haya experimentado el inmueble como consecuencia de las obras⁸³.

Mas esta acción no nacerá siempre que haya actividad de realización de obras por parte del usufructuario. Es *condictio sine qua non* el hecho de que al finalizar el usufructo la finca haya experi-

⁷⁹ Como vimos que hace el legislador italiano, ex artículo 1006.

⁸⁰ GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 1337.

⁸¹ En este sentido la mayoría de la doctrina. BEULUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 211; DEMOLMBOE, *ob. cit.*, p. 511; DORAL, *ob. cit.*, p. 345; CAVANILLAS MUGICA, en «Código civil, doctrina y jurisprudencia», tomo II, Madrid, 1991, p. 842. En contra, Marín García de Leonardo, argumentando, que, aun cuando ésta es la línea que sigue en la actualidad la jurisprudencia francesa, algún autor, Lerebours-Pigeonniere, estima que no se dan los requisitos del enriquecimiento injusto, ya que el empobrecimiento del usufructuario no es sin causa, porque realiza las reparaciones con el fin de conservar su derecho sobre la cosa, que podría desaparecer de no efectuarse las obras. También Mazeud-Mazeud argumenta que sólo se podrá ejercitar acción contra el propietario, al término del usufructo, por enriquecimiento sin causa si el empobrecimiento del usufructuario no ha sido en su propio interés; *ob. cit.*, p. 364.

Respecto a este tema, aunque referido al artículo 453 del CC, respecto a los gastos necesarios realizados en la cosa, que vemos incluían las reparaciones extraordinarias, DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, p. 35.

⁸² Téngase en cuenta que, como ya vimos, no existe tampoco una acción de reembolso por las reparaciones efectuadas, ya que el propietario nunca tuvo obligación de realizarlas y, por tanto, no tiene por qué pagar su importe al usufructuario si éste decidió hacerlo.

⁸³ Ahora cobra mayor sentido y se refuerza la postura de que el deudor de dicho crédito será el propietario al finalizar el usufructo, ya que será éste, en última instancia, el que se enriquezca con el aumento de valor experimentado por el inmueble.

mentado un aumento de valor como consecuencia de las reparaciones extraordinarias.

Será necesario resolver el tema del modo en que se realizará el cálculo exacto del aumento de valor del inmueble como consecuencia de las obras realizadas por el usufructuario.

Hasta ahora habíamos visto que de producirse un aumento de valor en el inmueble nacerá un crédito en cabeza del usufructuario por el importe de dicho aumento. Mas dicha deuda, por su propia naturaleza, esto es, por tratarse de una deuda de valor, no se encuentra en el momento de su vencimiento liquidada. El modo de hacer el cálculo, según la doctrina, será el de establecer la diferencia entre el valor que la cosa tendría sin la reparación y el que tiene a consecuencia de ella⁸⁴. El momento de realizar dicho cálculo será, en nuestra opinión, y al igual que estima la doctrina para supuestos en cierta medida similares⁸⁵, el de extinción del usufructo y consiguiente obligación de restituir la cosa (aunque no se lleve a cabo dicha restitución como consecuencia del derecho a retener del artículo 502).

Quién deba realizar ese cálculo presenta especial problema dentro del derecho a retener del artículo 502, ya que por su naturaleza de medida de coacción lo deseable sería que fuesen ambas partes en conflicto las que realizaran la operación liquidatoria. De lo contrario, solamente cuando alguna de ellas acuda a los Tribunales la realizará el Juez, asistido de peritos.

Es discutible también si el importe del crédito, una vez liquidado, puede ser superior al gasto realizado por el usufructuario en las mejoras. Pensamos que no existe límite a esta acción cualquiera que fuese su importe, ya que, como señala Beluche Rincón⁸⁶, «... si el usufructuario asume el riesgo es equitativo que los beneficios le sean atribuidos»⁸⁷. Nos parece totalmente razonable, pues, que el enriquecimiento, caso de existir, sea para el usufructuario diligente

⁸⁴ DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, p. 64; DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...», p. 574; LACRUZ, «Elementos...», p. 117, tomo III; MIQUEL GONZÁLEZ, «Comentarios del Código civil», tomo I, p. 1221, aunque refiriéndose al cálculo del aumento de valor de la cosa en los supuestos de mejoras útiles dentro de la liquidación del estado posesorio, creemos es perfectamente aplicable al supuesto que nos ocupa.

⁸⁵ DÍAZ ROMERO, *ob. cit.*, p. 89, señala que para el mismo cálculo referido a los supuestos de liquidación del estado posesorio, «... será dicho importe en el momento de la entrega, que será el tenido en cuenta para precisar el aumento de valor de la cosa, que determina la cuantía indemnizatoria del mejorante».

En el mismo sentido, MARTÍN PÉREZ, *ob. cit.*, p. 400.

⁸⁶ *Ob. cit.*, p. 213.

⁸⁷ Señala además esta autora una serie de argumentos que justifican esta tesis, con los que nos hallamos totalmente de acuerdo; *ob. cit.*, p. 212.

antes que para un propietario que no ha deseado reparar el bien usufructuado⁸⁸.

Los derechos de nuestro entorno, como ya se apuntó, han tratado la cuestión del crédito contra el propietario por expensas de forma diversa. Así, el CC italiano⁸⁹ concede al usufructuario una acción de reembolso de los gastos invertidos sin intereses. Lo que, a nuestro parecer, resulta del todo excesivo, ya que, como vimos, es muy probable que en nada aprovechen al nudo propietario esas reparaciones⁹⁰.

Por su parte, el Code francés nada dice al respecto, aunque la jurisprudencia admite que el usufructuario que haya realizado reparaciones extraordinarias pueda reclamar, solamente una vez terminado el usufructo, el montante de la plusvalía al nudo propietario⁹¹.

El BGB, en Alemania, cuando el usufructuario realiza gastos en la cosa, a los que no está obligado, remite la obligación del propietario a indemnizar a las normas de los negocios sin mandato⁹².

D) Negativa al pago del propietario

Ya vimos cómo se concede el derecho de retención al usufructuario para el supuesto en que el propietario se niegue a pagar el crédito derivado de la acción de enriquecimiento sin causa que puede ejercitar aquél.

No hay que perder de vista, sin embargo, el hecho de que una vez extinguido el usufructo vencen, todas simultáneamente, una serie de obligaciones relacionadas entre sí y que pueden aportar cambios a los efectos que nos ocupan. Nos estamos refiriendo, más en concreto, a la necesidad de realizar, al fin del usufructo, una

⁸⁸ Con referencia al artículo 453, que también contempla la posibilidad de retener, confiriendo para el supuesto de mejoras, al propietario, en este caso, una doble opción, la de pagar lo efectivamente gastado, o el aumento de valor de la cosa, MARTÍN PÉREZ, «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales», tomo VI, 2.ª edic., Madrid, 1993, p. 398, citando a Ricca-Barberis, aclara que si el valor de la cosa aumenta más que el gasto realizado entonces el propietario sólo tendrá que atenerse a éste, ya que el mayor provecho que obtiene el propietario no se apoya en un daño del poseedor.

⁸⁹ En su artículo 1006.2 : «Se il proprietario rifiuta di eseguire le riparazioni poste a suo carico o ne ritarda l'esecuzione senza giusto motivo, è in facoltà dell'usufruttuario di farle eseguire a proprie spese. Le spese devono essere rimborsate alla fine dell'usufrutto senza interesse. A garanzia del rimborso l'usufruttuario ha diritto di ritenere l'immobile riparato.»

⁹⁰ Este tema lo explica BIGLIAZI, *ob. cit.*, en el sentido del interés del legislador en configurar una situación en que hubiese equilibrio entre las obligaciones del usufructuario y el propietario. Nos remitimos a lo que ya dijimos sobre este supuesto al hablar del Derecho Comparado.

⁹¹ Cfr. MAZEUD-MAZEUD, *ob. cit.*, p. 364.

⁹² Así se señala en su párrafo 1049, remitiéndonos a lo ya dicho sobre el tema en el primer capítulo.

liquidación de cuentas entre usufructuario y propietario⁹³, que supondrá la posibilidad, caso de existir recíprocos créditos, de extinguirse éstos mediante compensación. Incluso será factible que ésta se lleve a cabo sin el beneplácito del nudo propietario.

Sin embargo, respecto al tema que nos atañe, esto es, el crédito por reparaciones extraordinarias, no será posible la compensación⁹⁴, ya que la falta de liquidez del crédito del usufructuario impedirá la extinción por este medio⁹⁵.

III. TEORÍAS SOBRE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA RETENCIÓN DEL ARTÍCULO 502 DEL CC Y CONTENIDO DEL MISMO

Una vez realizadas por el usufructuario las reparaciones extraordinarias, habrá de esperarse a que expire el plazo de su derecho para exigir el crédito, si es que existe aumento de valor de la finca, al nudo propietario. Llegado el momento, si éste se niega a satisfacer el importe de las mismas, el artículo 502 de nuestro Código reconoce que el acreedor tendrá derecho a retener la cosa hasta el reintegro con sus productos.

Este derecho de retención va a constituir el objeto más directo de nuestro estudio, por ser, como ya dijimos, una figura oscura y muy discutida por nuestra doctrina. Más oscura aún en el caso del precepto que nos ocupa, ya que, además, se faculta literalmente al acreedor a reintegrarse con los productos, cosa que no ocurre en ningún otro supuesto de retención recogido en nuestra legislación.

Estas peculiaridades han dado lugar a distintas interpretaciones sobre dicha institución, no siendo unánime la doctrina en admitir que nos hallemos ante un derecho de retención, habiéndose apuntado también otras hipótesis.

Estas hipótesis abogan por la tesis de que el artículo 502 determina una figura diferente al derecho de retención a pesar del tenor literal de dicho precepto. Anticiparemos a este respecto que no nos parecen convincentes estas teorías, y una vez analizadas las mismas llegaremos a la conclusión de que el «derecho a retener» del artícu-

⁹³ Así, BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 228, que citando por ejemplo cómo el usufructuario puede ser deudor de una indemnización por deterioro del bien usufructuado y, simultáneamente, ser acreedor por la cuantía del aumento de valor del mismo a causa de las reparaciones extraordinarias y urgentes.

⁹⁴ BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 229.

⁹⁵ Sí podrá extinguirse por otros medios como por ej. la confusión, la condonación, etc., siempre que se cumplan los requisitos legales para que sea posible dicha extinción.

lo 502 no es más que lo que parece a primera vista: un derecho de retención, aunque, eso sí, un tanto *sui generis*, como ya veremos.

La doctrina, respecto a este tema, como decíamos, ha elaborado distintas hipótesis, que podemos resumir en la siguiente enumeración:

1. La intención del legislador en el artículo 502 fue la de constituir un usufructo legal nuevo y diferente al anterior, pero con la finalidad de reintegro con el producto de los frutos para extinguir la deuda existente.

2. Se señala la posibilidad de que se trate de una continuación del usufructo ya existente. Se prorrogaría éste hasta tanto se haya satisfecho el crédito del usufructuario.

3. Se trataría de una anticresis creada por el legislador para que el acreedor pueda cobrar su crédito.

4. Por último, y esta es la tesis a la que nos adherimos, se trataría de un derecho de retención a favor del usufructuario, y funciona como tal, a pesar de tener la característica peculiar de poder obtenerse el reintegro del crédito con los productos de la cosa.

1. TESIS DEL USUFRUCTO LEGAL

La primera posibilidad que hemos citado, defendida por algún autor⁹⁶, apuntaba que lo que se configura en el artículo 502 es la constitución de un nuevo usufructo, de idéntico contenido al anterior, con la finalidad de satisfacer, con los frutos de la finca, el interés del usufructuario acreedor. Se trataría, pues, de un usufructo legal, creado por la propia norma, y que se extinguiría una vez fuese compensada la deuda existente.

Esta tesis no es, en nuestra opinión, acertada por los motivos que se exponen a continuación:

En primer lugar, si se tratase de un usufructo legal con función de garantía⁹⁷, serían exigibles todos los derechos y obligaciones recíprocos, correspondientes a propietario y usufructuario en dicha relación jurídica. Nos parece que esto es insostenible en el caso que estudiamos; serían numerosos los problemas que plantearía un usufructo legal al término de otro y sin una regulación concreta, surgirían numerosos conflictos sin apoyo legal de resolución; estaría la incertidumbre acerca del inventario, la fianza, etc.

⁹⁶ Cfr. CANO MARTINEZ DE VELASCO, *ob. cit.*, p. 53.

⁹⁷ CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *ob. cit.*, p. 54.

Aun tratándose del simple argumento interpretativo del tenor literal, no podemos tampoco dejar de mencionar aquí cómo el propio precepto en estudio no deja lugar a dudas en cuanto a lo que pretende consituir el legislador: un derecho de retención⁹⁸.

Por último, el mejor argumento en contra de esta posibilidad que analizamos es el lógico: si el legislador hubiese querido constituir un nuevo usufructo en el artículo 502, un usufructo legal distinto al que se extinguió, así lo habría dicho, puesto que la constitución de un derecho de carácter real no puede entenderse deducido de expresiones vagas e imprecisas. Un usufructo legal requeriría una especial regulación, resolutoria de los problemas de adaptación de las partes a la nueva situación creada legalmente, que para nada aparece en este artículo ni en los siguientes, y es por esto que nos parece descartable esta tesis.

2. PRÓRROGA DEL USUFRUCTO

La segunda posibilidad apuntada, esto es, que lo configurado por el artículo 502.3.º sea una prórroga del usufructo⁹⁹ ya existente, nos parece poco defendible, esta vez apoyándonos en la interpretación literal de otro precepto regulador del derecho de usufructo, concretamente, de su extinción. Dice al respecto el artículo 522 de nuestro CC: «Terminado el usufructo, se entregará al propietario la cosa usufructuada, salvo el derecho de retención que compete al usufructuario...»

Con ello indica el legislador que una vez terminado el usufructo, lo que en cualquier caso ocurrirá, puede que proceda la devolución de la cosa, o puede que el usufructuario, caso de tener un crédito contra el propietario, ejercite el derecho de retención y no la devuelva hasta que no se le satisfaga el importe del mismo; pero en ningún caso parece deducirse que con ello se prorrogue el usufructo¹⁰⁰, simplemente se ejercitará la retención, como dice literalmente el precepto.

Al igual que ocurría con la tesis que analizamos anteriormente, el mejor argumento para descartar que la institución analizada suponga una prórroga del usufructo ya existente, tal vez sea el de

⁹⁸ VIÑAS MEY, «El derecho de retención», *RDP*, 1922, p. 114.

⁹⁹ Así lo dice, sin justificarlo, CAVANILLAS MÚGICA, «Código civil, doctrina y jurisprudencia» (Albácar y Torres Lana), tomo II, Madrid, 1991, p. 841.

¹⁰⁰ O'CALLAGHAN «Código civil comentado y con jurisprudencia», Madrid, 1996, p. 514, dice, refiriéndose a este artículo que el que retiene en su virtud «...seguirá aprovechando los frutos de la cosa retenida, como si continuara (pero no lo continúa; se ha extinguido ya) el usufructo sobre ella, hasta hacerse pago del importe reclamado».

que si tal hubiese sido la intención del legislador, así lo hubiese manifestado, y hubiese incluido, además, algún régimen regulador de esa especial forma de prorrogar el derecho de usufructo.

3. TESIS DE LA ANTICRESIS

Una de las hipótesis más firmemente mantenidas por un sector doctrinal es aquella que defiende que la institución recogida en el artículo 502 es un supuesto de anticresis.

La anticresis se encuentra regulada en el CC a continuación de la prenda y la hipoteca, y como ellas, participa –según la tesis mayoritaria– de su naturaleza de derecho real de garantía¹⁰¹. El artículo 1881 del Código la define como el pacto por el cual «el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después, al del capital de su crédito».

Completando un poco la construcción legal de esta figura, el artículo 1884 alude al *ius distrahendi* que comporta, de una manera confusa, y muy criticada a causa de ello, por la doctrina, señalando que «el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido», lo que nos da a entender que la realización de valor se efectuará por otros procedimientos¹⁰². Continúa este precepto diciendo: «Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble».

A la luz de la regulación legal, los autores han estudiado las características de esta institución, intentando ver cuál sea su lugar dentro de los derechos reales de garantía¹⁰³, definiéndola como complejo derecho real de garantía que asegura el cumplimiento de una obligación dineraria y que atribuye a su titular un derecho de preferencia sobre el valor de un inmueble, y la facultad de perci-

¹⁰¹ Al menos esta parece ser la tesis dominante en la actualidad, aunque algunos autores lo nieguen. HERNÁNDEZ MORENO, de forma contundente, en «Comentario del Código civil», Ministerio de Justicia, tomo II, Madrid, 1991, p. 1928.

¹⁰² Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», vol 3.º, 6.ª ed., Madrid, 1997, p. 591.

¹⁰³ Es controvertido en la doctrina si los preceptos que desarrollan esta institución en nuestro Código pretenden establecer un derecho de naturaleza personal o real. Son muchas las tesis que se han expuesto sobre el tema, muy bien esquematizadas por GARCÍA GRANERO FEZ en RCDI, «Acerca de la naturaleza jurídica del Derecho de anticresis», 1945, pp. 457 ss. Al igual que este autor, nos decantaremos por la naturaleza real de la anticresis, no siendo el momento de entrar en las discusiones doctrinales sobre el tema, que se han producido, desde la introducción de esta figura en el Code de Napoléon hasta la actualidad.

bir los frutos del mismo, bien sea para aplicarlos a los intereses y el exceso al capital (anticresis extintiva), bien sea para compensarlos totalmente con los intereses (anticresis compensativa) ¹⁰⁴.

Si comparamos este derecho con la institución del artículo 502 del CC, no podemos negar que existen a primera vista ciertas similitudes, que han sido reiteradamente señaladas por los autores ¹⁰⁵, e, incluso, en algún caso han llevado a la afirmación, como ya anticipamos, de que el supuesto del 502 es una anticresis ¹⁰⁶.

No obstante, y a pesar de reconocer la cercanía de ambas figuras, sostendremos que no es una anticresis lo que recoge el artículo 502 del CC.

La base que ha llevado a los autores, sin embargo, a pensarlo es clara: hablamos de un derecho que la ley confiere al acreedor, en este caso el usufructuario, para retener el inmueble de su deudor —el nudo propietario— y liquidar, con los frutos que aquél perciba del inmueble, el crédito por la plusvalía originada en la finca a causa de las reparaciones extraordinarias. A primera vista, es cierto que se acerca bastante a la definición legal del artículo 1881 de nuestro Código. No obstante, y como vamos a defender la distinción entre ambas, será necesario hacer hincapié en las diferencias, que, a nuestro juicio, son básicas y suficientes para justificar nuestra postura.

Previamente será necesario dejar claro y delimitar lo más precisamente posible el concepto de anticresis para así compararla con la figura que estudiamos. Esta tarea, sin embargo, va a resultar ardua, ya que tanto el concepto como la naturaleza jurídica, e incluso el contenido de la anticresis, constituyen una creación del legislador oscura y difícil de matizar. Ello ha propiciado que la anticresis haya sido un objeto continuo de polémica en casi todos sus aspectos para la doctrina, desde su naturaleza real o personal, hasta si se trata o no de un derecho de garantía. Sin ánimo de dirimir cuál

¹⁰⁴ GARCÍA GRANERO FEZ, *ob. cit.*, p. 475.

¹⁰⁵ Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», vol. 3.º, 6.ª edic., Madrid, 1997, p. 411. CAMY SÁNCHEZ-CANETE, «Comentarios a la legislación hipotecaria», vol. 1.º, 3.ª edic., Pamplona, 1982, p. 150.

¹⁰⁶ PUIG BRUTRAU, «Fundamentos de Derecho Civil», tomo III, vol 2.º, 3.ª ed., Barcelona, 1979, p. 329, señala que «más que un verdadero derecho de retención se trata de la subsistencia de la estructura del usufructo puesta al servicio de otra función... pudo crearse, en forma de retención anticrética, para conseguir la extinción de un simple derecho de crédito». Y añade, «.. más que un usufructo reconoce un derecho de anticresis, y por cierto, en forma pura, esto es, sin el derecho de realización de valor que reconoce al acreedor el artículo 1884, párrafo segundo».

En el mismo sentido, MANRESA, «Comentarios al Código civil español», tomo IV, 7.ª ed., Madrid, 1972, p. 363. También MORELL Y TERRY, «Comentarios a la legislación hipotecaria», tomo I, Madrid, 1925, p. 417, en la que señala que la figura del artículo 502 debe asimilarse a la anticresis legal cuando se trata de bienes inmuebles.

sea la visión sobre este derecho más acertada, nuestro *modus operandi* será el de enumerar las distintas conceptualizaciones que mantiene la doctrina actual y ver si alguna de ellas, superponiéndola con la contenida en el artículo 502, coincide de tal forma que podamos hablar de identidad de las mismas.

Seguiremos, pues, en primer lugar, la visión que mantiene un sector doctrinal, según la cual la anticresis es un derecho real de garantía (tesis mayoritaria), dotada como tal de una facultad por parte del acreedor anticresista consistente en el llamado *ius distrahendi*¹⁰⁷, o derecho a la realización del valor del inmueble, caso de impago del crédito, y, además, de un derecho de preferencia para el cobro¹⁰⁸, caso de realizarse la venta del inmueble. Se trataría, pues, de un derecho real creado como accesorio de un contrato principal y cuya función sería garantizar el crédito del acreedor del mismo. El contenido de este derecho estaría integrado por la facultad del acreedor para poseer y disfrutar el bien inmueble entregado por el deudor y, cobrarse los intereses debidos con sus frutos. Una vez agotado el plazo fijado por las partes para el cumplimiento de la obligación principal, y caso de que ante el requerimiento de pago del acreedor exista incumplimiento por el deudor, entrará en funcionamiento la garantía que supone esta figura y podrá ser realizado el valor de la finca para pagar el crédito ex artículo 1884 del CC¹⁰⁹.

Si situamos esta figura frente a la que se describe en el párrafo tercero del artículo 502, llegamos a la conclusión de que no son semejantes. Al retentor usufructuario no podemos atribuirle, en ningún caso, la facultad de promover la venta del inmueble ni, por tanto, un derecho de preferencia para el cobro sobre el importe de

¹⁰⁷ ALBADALEJO, «Derecho Civil III. Derecho de bienes», vol. 2.º, 7.ª ed., Zaragoza, 1991, p. 285; Díez-PICAZO y GULLÓN, *ob. cit.*, p. 590; GARCÍA-GRANERO, *ob. cit.*, p. 475; CANO MARTÍNEZ DE VELASCO, *ob. cit.*, p. 52; LÓPEZ LÓPEZ, *ob. cit.*, p. 44.

¹⁰⁸ El derecho de preferencia sobre el producto de la venta, no viene recogido en ningún precepto, y por ello ha sido también fuente de discusión doctrinal. En este sentido, la doctrina se encuentra dividida, siendo clarificadora del estado de la cuestión la exposición que hace GARCÍA-GRANERO, *ob. cit.*, p. 471, que aboga por admitir un derecho de preferencia para el acreedor anticresista, argumentando que, caso contrario, resultaría absurdo el 1.884, y carente de sentido; incluso resultaría perjudicial para el acreedor, ya que si se permite, dice este autor, la venta del inmueble, y no se dota de una preferencia de cobro con respecto a los restantes acreedores, el anticresista podría quedarse sin el objeto de su garantía y sin la percepción de los frutos que podrían liquidar su crédito.

¹⁰⁹ ALBADALEJO, «Derecho Civil. Derecho de bienes», vol. 2.º, Madrid, 1989, p. 284. Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», vol. 3.º, Madrid, 1997, p. 590. LACRUZ BERDEJO, «Elementos... III», vol. 2.º, p. 216.

Hay que citar también cómo la propia DGRN ha reconocido el *ius distrahendi*, en caso de impago, a esta figura. Resol. 11 de marzo de 1932, que dice literalmente: «... y aún equiparada la anticresis con carácter de verdadero derecho real a la hipoteca, por la jurisprudencia de este Centro directivo en cuanto supone igualmente, aparte el característico derecho al percibo de los frutos, una potencial enajenación de la propiedad del inmueble...».

la venta del bien que el mismo conlleva. Sería impensable propugnar que el legislador ha pretendido conferir todas esas facultades al usufructuario acreedor sin haber dicho una palabra al respecto, esperando que el intérprete intuyera que todas estas facultades para el acreedor se sobrentendían o podían deducirse de la simple redacción del tercer párrafo del artículo 502.

No nos parece correcto, no obstante, descartar la identificación entre el derecho que estudiamos y la anticresis en base a la carencia del *ius distrahendi*. Ello es debido a que la doctrina discute el que este derecho de venta del inmueble para satisfacción del crédito configure una facultad del acreedor en la anticresis; y es por ello que no nos sirve como criterio en el que basarnos exclusivamente para descartar que se trate de figuras semejantes. Acudiremos, pues, a otros argumentos para llevar a cabo nuestra tarea.

Comparemos, en segundo lugar, el derecho a retener configurado por el legislador en el artículo 502 con otra visión distinta –y no por ello menos válida– de la anticresis, que, a diferencia de la tesis mayoritaria, niega no sólo el *ius distrahendi* y el derecho de preferencia de cobro, sino también su propia naturaleza de derecho real de garantía. Nos estamos refiriendo al meritorio esfuerzo que hace Hernández Moreno¹¹⁰ por dar algo de coherencia a los preceptos legales que regulan la anticresis, configurándola no como un derecho real de garantía¹¹¹, accesorio por naturaleza, sino como un contrato principal y autónomo¹¹². Distingue este autor dos supuestos de hecho diferentes:

1. La figura prevista en el artículo 1881 del Código, que contempla una anticresis de duración indeterminada e igual al período de tiempo que sea necesario para que el acreedor del capital perciba frutos suficientes para cobrar la deuda cuya satisfacción se convino en el contrato. De ello deriva, según el mismo autor, la consecuencia de que el acreedor no puede solicitar del deudor otro pago distinto de este pactado y que consiste en su derecho de goce y percibo de frutos sobre el inmueble. Dicho contrato es, pues, de duración indefinida¹¹³, dependiendo del tiempo que baste para la devolución del capital y, en su caso, también de los intereses¹¹⁴. Se trata de una

¹¹⁰ HERNÁNDEZ MORENO, «Comentario del Código civil», tomo II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.

¹¹¹ *Ob. cit.*, p. 1928.

¹¹² *Ob. cit.*, p. 1929.

¹¹³ Esta tesis contraría abiertamente la opinión de la Resolución de la Dirección General de los Registros de 8 de mayo de 1963, que declara la necesidad de fijar el tiempo por el que la anticresis se constituye, pues de lo contrario «daría lugar a un gravamen inmobiliario, de carácter indefinido, que no autoriza nuestra legislación».

¹¹⁴ *Ob. cit.*, p. 1933.

concepción de la anticresis como medio de pago de un crédito preexistente entre ambas partes ¹¹⁵.

2. Por contra, la segunda concepción de la anticresis, que constituye la hipótesis del artículo 1884, se parece bastante al anterior en su esencia, aunque con un matiz de variación en cuanto a su límite temporal, puesto que el acreedor anticrético, en este caso, debe cobrar su crédito dentro del plazo convenido al efecto por las partes. Ambas han debido pactar de antemano la duración del derecho de percepción de frutos, que, a juicio de las mismas, es suficiente para la cancelación de la deuda ¹¹⁶. Ello implica que transcurrido el plazo el contrato queda extinguido y habrá que proceder a la liquidación del saldo final resultante. Nos remitimos, a partir de este momento, a la interpretación que Hernández Moreno ¹¹⁷ hace de la remisión del artículo 1884 del CC a las normas de la LEC, ya que estimamos que no afectan a nuestra investigación y nos distraen del objeto principal de la misma.

De admitir esta particular configuración de la anticresis como contrato principal y no accesorio, y sin *ius distrahendi*, ¿podemos afirmar que el supuesto del artículo 502 estudiado constituye una anticresis?

De entrada, parece obvio que si tenemos que comparar el derecho de retención con la anticresis, la más parangonable de los dos supuestos que acabamos de distinguir —de un lado, la recogida en el artículo 1881 y, de otra parte, la del artículo 1884—, sería la del primero de ellos; esto es, la anticresis sin límite temporal, ya que éste no existe en la intención del legislador del precepto sobre el usufructo.

Pues bien, al centrarnos más en esta institución del artículo 1881 del CC, encontramos también algunas características que no se corresponden con las de la recogida en el artículo 502 de nuestro Código, y que van a motivar nuestro rechazo a la tesis de que éste contenga una anticresis; a saber:

a) En primer lugar, y como diferencia, en nuestra opinión, fundamental, la anticresis se concibe en nuestro Código como nacida de un contrato o acuerdo entre las partes ¹¹⁸, lo cual hace suponer

¹¹⁵ Podría ser, incluso, una novación de contrato ex artículo 120.3.ª del CC en lo que atañe a la forma de pago del mismo: en lugar de metálico se entrega la finca para cobrarse con los frutos.

¹¹⁶ Pensamos que ésta es una variante con bastante lógica y más práctica que la anterior, ya que impide la dilación de la tenencia del inmueble por parte del acreedor, privando así al deudor de su posesión o el retraso no previsto en el cobro del crédito por parte de éste debido, por ejemplo, a circunstancias no previstas en principio: malas cosechas, bajada de los precios en el mercado, etc.

¹¹⁷ *Ob. cit.*, tomo II, p. 1934.

¹¹⁸ Cfr. LACRUZ, *ob. cit.*, p. 399, señala y sobrentiende la constitución por voluntad de las partes. ALBADALEJO, *ob. cit.*, p. 281, dice que aunque el Código sólo ha tenido en cuen-

de ambas una voluntad de que el pago del capital o intereses debidos se realice, al menos parcialmente, según lo establecido y en el término prefijado. El plazo será, bien un día concreto o bien el que baste para pagar íntegramente la deuda de que se trate¹¹⁹. Ello hace que, en nuestra opinión, y a falta de normativa específica al respecto, le sean aplicables las normas generales en cuanto al cumplimiento del plazo que rigen para el resto de los contratos. El artículo 1127 de nuestro Código señala que «siempre que en las obligaciones se designe un término se presume establecido en beneficio del acreedor y deudor, a no ser que del tenor de aquellas o de otras circunstancias resultara haberse puesto en favor del uno o del otro». Siguiendo esta regulación general, en la anticresis el deudor no podrá liberarse anticipadamente de su deuda pagando al acreedor, ya que existe un pacto preestablecido al respecto y que se considera en beneficio de ambos^{120 121}; tendrá que esperar a que llegue el plazo acordado o a que se pague todo el crédito (dependiendo del tipo que pactaron) para recuperar su inmueble.

De otra parte, en el artículo 502 del CC, el legislador señala que «... tendrá derecho el usufructuario a retener la cosa hasta reintegrarse con sus productos».

Tal vez sea la dicción literal del artículo 502 lo que ha llevado a algún sector de la doctrina a manifestar que la facultad que concede este precepto al acreedor es una anticresis. Y es que si analizamos solamente el tenor literal que acabamos de reproducir, parecería que el acreedor puede retener la finca hasta que haya terminado de cobrar el crédito. Pero este plazo, que de un lado está claro que el legislador introdujo como plazo máximo para que el usufructuario que ya no lo es pueda seguir en posesión del inmueble en virtud de este nuevo título que le confiere la ley, podría ser también entendido como plazo mínimo, significando ello que hasta que no se liquide la deuda no podrá el propietario reclamar la finca, ni siquiera pagando la deuda en el acto.

ta la constitución por contrato, caben otras formas: testamento, usucapión, etc. PENA BERNALDO DE QUIRÓS, «Derechos reales. Derecho Hipotecario», Madrid, 1986, p. 382. PUIG BRUTAU, *ob. cit.*, p. 50. En contra de la opinión que mantenemos, Díez-Picazo y Gullón, «Sistema...», vol. 3.º, 6.ª ed., Madrid, 1997, p. 589, que estima que su constitución puede tener un origen voluntario o puede ser producto de una facultad que la ley otorgue al acreedor, como el artículo 502 del CC.

¹¹⁹ HERNÁNDEZ MORENO, *ob. cit.*, p. 1930 que señala que existe una obligación de cobrar en la forma establecida por la anticresis, lo cual incluye el plazo.

¹²⁰ Por supuesto, queda a salvo la posibilidad de que el acreedor acepte dicho pago anticipadamente o que se hubiese pactado de antemano que el plazo se estipulaba en beneficio exclusivo del deudor.

¹²¹ MANRESA, *ob. cit.*, tomo XII, p. 750, insiste en la idea de que este contrato se otorga exclusivamente en favor del acreedor.

No nos parece, sin embargo, que esto último sea posible. Defender que el único modo de pago que le queda al deudor, tras haber incumplido en el momento del vencimiento, es el de soportar que el acreedor posea y recoja los frutos de su inmueble durante el tiempo necesario para liquidar el crédito, sería entender que el legislador ha arbitrado un modo de pago distinto¹²² al que se considera normal dentro de cualquier relación obligatoria en nuestro ordenamiento jurídico; medio de pago que consistiría en privar al propietario por un tiempo indefinido de su facultad de goce directo sobre la cosa y los frutos de la misma, sin darle opción a rectificar su actitud de incumplimiento y recuperar en cualquier momento la finca. Estamos suponiendo, pues, que en la hipótesis que apuntamos el acreedor estaría facultado para negarse a entregarle la finca, aunque quisiese pagar la deuda¹²³ el deudor, lo cual nos parece, desde cualquier punto de vista, insostenible.

Y lo es por diversos motivos: en primer lugar, porque resulta antieconómico que se pueda privar de una forma indefinida en el tiempo al propietario del objeto de su derecho, impidiéndole así el mejor aprovechamiento de la finca e impidiendo también posibles enajenaciones, inversiones, etc., que se podrían haber realizado caso de darse una situación normal; y todo ello, además, en virtud de un crédito que puede ser ridículo en su cuantía si lo comparamos con el valor que puede llegar a alcanzar una finca.

De otra parte, también supondría esta interpretación el dejar todo el cobro de la deuda en manos del acreedor, que, caso de convenirle la situación, podría realizar actos para dilatar en el tiempo el percibo de productos para la liquidación de la deuda.

Pensamos que cualquier medida «confiscatoria», como podría ser ésta, debe ser entendida de un modo absolutamente restrictivo, y defender que la dicción literal del artículo 502 ampara esta facultad del acreedor, es, sin duda, interpretar el precepto en un sentido muy amplio.

Estimamos, a la luz de lo expuesto, que cualquier interpretación del párrafo tercero del artículo 502 del CC debe pasar por admitir que el deudor, cuyo inmueble retiene el acreedor como consecuencia del incumplimiento, puede en cualquier momento hacer efectivo el importe de su obligación y recuperar la posesión del inmueble, sin tener que esperar a plazo alguno, es decir, de forma

¹²² Ha arbitrado un modo, decimos, de pago distinto, pero ello sin el consentimiento del deudor.

¹²³ Incluso en un procedimiento ejecutivo se da una última oportunidad al deudor para que haga efectivo su crédito antes de privarle de la propiedad.

inmediata y sin facultad de oposición por parte del acreedor en virtud del precepto indicado.

Es por ello que el supuesto del artículo 502 no es un derecho de anticresis, sino algo bastante más simple, una facultad del acreedor que no deriva de convención alguna entre las partes, sino de la propia ley, y que le faculta a no devolver el inmueble mientras no sea restituido; pero dicha facultad desaparecerá de forma automática en el preciso momento en que el deudor pague el crédito, pues, como veremos más adelante, dejará de tener sentido.

Por último, podríamos mencionar algunas otras diferencias con la anticresis que ha señalado, aunque muy de pasada, la doctrina:

1) En nuestro ordenamiento jurídico se reconoce con carácter general ¹²⁴ la posibilidad de que exista la anticresis sin el requisito del traspaso posesorio del inmueble a manos del acreedor; ello significa que la posesión de la finca por el acreedor no es elemento constitutivo de la institución anticrética. Si acudimos ahora al artículo 502, comprobaremos que es absolutamente imposible imaginar esta retención sin que el acreedor tenga en su poder el inmueble, ya que perdería totalmente su sentido y eficacia práctica dicha figura.

2) El artículo 1882 del Código obliga al acreedor anticrético a pagar las cargas y gravámenes que pesen sobre la finca. No creemos ¹²⁵ se pueda predicar esta obligación del usufructuario que retiene en virtud del artículo 502 ¹²⁶.

4. CONTENIDO DEL DERECHO DEL *RETENTOR*, EX ARTÍCULO 502

Una vez delimitado el ámbito de los presupuestos necesarios para que el ex usufructuario pueda retener la posesión del inmueble, abordaremos el estudio del contenido y facultades de su derecho, dejando claro, una vez más, que nuestra intención es

¹²⁴ HERNÁNDEZ MORENO, *ob. cit.*, p. 1931. GUILARTE ZAPATERO, «Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales» (dirigida por M. Albaladejo), tomo XXIII, 2.ª ed., 1990, p. 645.

¹²⁵ Este tema lo abordaremos más adelante.

¹²⁶ Hay más diferencias esgrimidas por la doctrina; concretamente, MESSONEO, «Derecho Civil y Comercial» (traducc. de Sentis Melendo), tomo IV, Buenos Aires, 1979, p. 171, señala que la anticresis se da con independencia de que exista conexión entre el crédito y el inmueble a entregar, mientras que en la retención del artículo 502 es imprescindible dicha conexión.

No nos sirve, sin embargo, dicha argumentación para demostrar que no estamos ante una anticresis, ya que ésta no se puede utilizar a la inversa: el hecho de que exista conexión entre el crédito y la retención no excluye que pueda tratarse de una anticresis.

prescindir en lo posible de criterios ya elaborados y realizar nuestra investigación utilizando criterios de lógica pura, siempre en consonancia con los principios que informan nuestro ordenamiento, que es lo único que nos queda a la vista de las circunstancias.

Hemos de situarnos, para realizar nuestro cometido, en el preciso momento en que, una vez finalizado el usufructo, el ex usufructuario, y al hilo de las operaciones de liquidación subsiguientes a la extinción de su derecho, reclame el crédito, que nace en ese momento contra el propietario de la finca. Como hemos visto, si éste se niega al pago, el acreedor podrá retener la posesión del inmueble —posesión que ya no estaba justificada en virtud del título de usufructuario—, pero que adquiere sentido ahora a causa de la autorización que confiere el artículo 502.

La retención del ex usufructuario supone una tenencia material y directa de la finca, lo que generará algunas facultades sobre la misma, aparte del mero hecho de retenerla, máxime cuando nos estamos refiriendo al artículo 502, en el que, junto a la retención, se predica la posibilidad de reintegro del crédito con los productos que genere la cosa retenida.

Trataremos de delimitar cuáles sean esas facultades del que retiene, aunque hemos de confesar la dificultad existente en este propósito dada la ausencia casi total de estudio por parte de la doctrina sobre este tema ¹²⁷, sumado, además, a la falta de desarrollo normativo del mismo por parte del legislador. Además, este derecho de retención del usufructuario es nuevo dentro de nuestro Derecho histórico. Si nos remontamos a «Las Partidas», varios son los casos de retención que se conceden, pero ninguno de ellos es referido al usufructo ¹²⁸. Posteriormente, en época de codificación, ninguno de los Proyectos de Código civil lo recogió. En el Proyecto de 1851, en su artículo 456, que encomienda la reparación del bien usufructuado, no hace la más mínima alusión al tema; sin embargo,

¹²⁷ Tampoco existe demasiado desarrollo por parte de la doctrina extranjera. Ya vimos en el primer capítulo cómo en el Código civil francés no se encuentra en sede de usufructo ninguna norma que faculte al usufructuario para utilizar esta garantía al término del usufructo. No obstante, también señalamos cómo la doctrina y la jurisprudencia admitían la aplicación analógica a este supuesto del derecho de retención.

Por su parte, en el Derecho italiano, en el Codice civile de 1965 no aparecía dicho derecho, pero sí, por contra en el actual, en su artículo 1006, aunque como un derecho de retención simple, y no privilegiado respecto de los bienes inmuebles; sin mencionarse tampoco un derecho de reintegro con los productos del bien.

¹²⁸ Se contempla derecho de retención para el poseedor (Leyes 41 y 44, Título XXVIII, Partida 3); también lo tendrá el comodatario (Ley 9, tomo II, Partida 5); el acreedor prendario (Ley 22, tomo XII, Partida 5); el cónyuge sobre la dote inestimada de su mujer (Ley 32, tomo XI, Partida 4), y el arrendatario, (Ley 24, tomo VIII, Partida 5).

hemos de mencionar que García Goyena ¹²⁹ señala, en el comentario de este precepto, que las reparaciones extraordinarias son gastos necesarios, remitiéndose a lo regulado para los mismo en el artículo 432 del mismo Proyecto –hoy art. 453 de nuestro Código–, que configuraba el derecho de retención del poseedor. Posteriormente, y como consecuencia de una enmienda propuesta por el propio García Goyena ¹³⁰, en el Anteproyecto de 1882-88 se redactó el artículo 502, tal como aparece en la actualidad. Ello supone no sólo una interpretación histórica de cómo nació el artículo 502 actual, sino también un argumento para defender, desde este momento, que el legislador no pretendió en ningún momento configurar en este precepto una institución distinta a la misma que se recoge en el artículo 453 del Código; nos referimos, como acabamos de decir, al derecho de retención del poseedor de buena fe. No se pensó, a la vista de la elaboración del precepto, en prórrogas del usufructo, ni en nuevos usufructos, ni tampoco en anticresis, sino solamente en un derecho de retención equiparable al del régimen de liquidación del estado posesorio, aunque con características peculiares, como veremos a continuación, debido a que el supuesto de hecho no es idéntico en ambos preceptos.

Distinguiremos, a efectos de nuestra investigación, entre las dos fases recogidas en el artículo 502, caso de que el propietario deudor no pague su crédito, a saber:

1. Retención del inmueble por el acreedor.
2. Reintegro con los productos de la finca.

A) Retención del inmueble por el acreedor

Una vez extinguido el derecho de usufructo por vencimiento del plazo, existe una obligación de devolución de la finca por parte del usufructuario, aunque, como ha señalado de forma reiterada la doctrina, no sea necesaria dicha devolución para que se extinga el usufructo ¹³¹.

El que retiene, ex artículo 502 del CC, es un poseedor, aunque su título posesorio ya no sea el de usufructuario, sino el de retentor por virtud de la ley; pero dicho título sólo le autoriza a eso: a retener; no comporta ningún atributo positivo, ningún derecho aparte

¹²⁹ GARCÍA GOYENA, *ob. cit.*, p. 239.

¹³⁰ Así lo señala LASSO GAITE, «Crónica de la codificación española. Codificación civil», vol. 1.º, Madrid, 1970, p. 405.

¹³¹ DORAL, «Liquidación de la gestión posesoria», en *Revista de Derecho Privado*, 1977, p. 400, COLÍN Y CAPITÁN, «Curso...», *ob. cit.*, p. 418.

de este mismo de rehusar la devolución de la cosa¹³² como tal; no tiene, por tanto, derecho a usarla ni disfrutarla.

Genera, sin embargo, este derecho un deber de conservación de la cosa. Pero éste no se identifica con el que corresponde al usufructuario, sino que se trata de un deber más general, el deber de todo poseedor de cosa ajena, que debe conservarla con la diligencia de un buen padre de familia¹³³, ya que llegará un momento en que deba restituirla a su propietario. Responderá, pues, de su posesión como retentor en el sentido de cuidar, durante el tiempo que la finca se halle en su poder, de que ésta no se perjudique en ningún sentido.

Es necesario aclarar que este deber de cuidado del inmueble no es asimilable al deber de conservación de la cosa del usufructuario en el sentido de que no se le puede exigir, al que retiene la finca con la finalidad de obligar al deudor a pagar un crédito, que realice todas las gestiones conducentes a que el inmueble conserve su forma y su sustancia, como ocurría en el derecho de usufructo¹³⁴ ya extinguido. Este deber de cuidado del inmueble es, pues, más general, limitándose el ex usufructuario a cuidar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia; a no realizar actos que la perjudiquen y evitar que otros lo hagan, pero sin que ello, signifique, ni mucho menos, que tenga obligación de gestionarla¹³⁵.

Existe dentro del deber de cuidar la finca un tema relevante que complica un poco esta visión de la actuación del acreedor que retiene, y es su relación con los frutos que produzca.

¹³² CABRILLAC-MOULY, «Droit des sûretés», París, 1990, p. 431; CATALÁ-FRANJOU, «De la nature juridique du droit de rétention», *Rev. Trim. Dr. Civ.*, 1967, p. 40; D'AVANZO, Voz «Ritenzione», «Novissimo Digesto italiano», tomo XX, Torino, 1969, p. 178; PUIG PEÑA, «Compendio de Derecho Civil español», tomo III, 3.ª ed., Madrid, 1976, p. 204; SANCHO REBULLIDA, «La facultad de retención posesoria», *Estudios de Derecho Civil I*, Pamplona, 1978, p. 256; SIMLER ET DELEBECQUE «Les sûretés. La publicité foncière», París, 1989, p. 394; VIÑAS MEY, *ob. cit.*, p. 112.

¹³³ Conforme señala el artículo 1094 de nuestro Código. En este sentido, BELUCHE RINCÓN, *ob. cit.*, p. 240; VIÑAS MEY, *ob. cit.*, p. 112.

¹³⁴ Así, señala reiteradamente la doctrina, cómo el usufructuario tiene obligación de conservación de la forma y la sustancia de la cosa dada en usufructo, realizando para ello todo tipo de actos tendentes a que la cosa no sea perjudicada. Incluso, tratándose del usufructo de empresa, la obligación de conservación incluiría la de renovar la misma y procurar que no pierda el prestigio y la clientela con que la entregó el nudo propietario. En este sentido, BORREL MACÍA, «Algunas consideraciones sobre la conservación de la sustancia en el usufructo», en *Revista de Derecho Privado*, 1949, p. 1081. LATOUR BROTONS, «Estudio del usufructo», *RCDI*, 1956, p. 615 señalando que no basta que el usufructuario conserve la cosa y goce como un buen padre de familia; es necesario que la dedique a los usos que el propietario la dedicaba y que se sirva de ella; en definitiva, dice este autor, que «debe gozar como el propietario». También F. VILLAVICENCIO, «Salvar *rerum substantia* en el usufructo propio», en *Revista de Derecho Privado*, marzo, 1951, p. 202.

¹³⁵ Téngase en cuenta, aunque lo veremos enseguida, que la gestión y la conservación de la cosa son términos que llegan a confundirse, pues para conservar una finca, esto es, para que no pierda sus cualidades esenciales, será necesario tomar una serie de medidas encaminadas a este propósito.

Pensamos que la obligación de cuidar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia también será aplicable a los frutos que ésta produzca. Ello significa que el contenido de este derecho a retener recogido en el artículo 502 supondría, caso de que la cosa produjera frutos, que éstos quedarían retenidos también por el acreedor, ampliándose a ellos el deber de cuidado de éste, ya que, dada su tenencia material sobre el bien inmueble, al propietario no le será posible percibirlos.

La doctrina, aunque en su mayoría no se refiera al artículo en concreto que estudiamos, sí se ha ocupado de dilucidar cuáles son los derechos y obligaciones del retentor –aunque, repito, se refieren sus soluciones al derecho de retención en general–, siendo mayoritarias las tesis defensoras de que la retención se extenderá también a los frutos ¹³⁶, aunque, matizan, se extenderá a éstos mientras se hallen pendientes y no se perjudiquen por no separarlos, o una vez separados se conserven en buen estado. El problema surge en el momento en que sufran deterioro o se pierdan si no se venden o se utilizan. ¿Qué debe hacer con ellos el retentor en este caso? Las posturas doctrinales en este punto son diversas y señalan distintas posibilidades, a saber:

1. Que el retentor los ponga en posesión del propietario para que éste los venda o consuma, y posteriormente, en su caso, entregue el precio obtenido al retentor ¹³⁷.
2. Consumirlos el retentor, con imputación de su valor al crédito ¹³⁸.
3. Consumirlos el retentor sin imputación al crédito, ya que la consumición de los frutos derivaría de los principios generales aplicables a todo poseedor de buena fe ¹³⁹.
4. Gestionar la venta de los frutos y rendir cuentas de ello al propietario ¹⁴⁰.

¹³⁶ BELTRÁN DE HEREDIA DE ONÍS, «El derecho de retención», *RDP*, 1952, p. 1024, señala que la única obligación del retentor será la de percibirlos y retenerlos, y, posteriormente, entregarlos junto con la cosa retenida al propietario. Justifica este régimen señalando:

1. El crédito crece por el aumento de intereses, y por ello ha de aumentar también la garantía, lo que se consigue reteniendo también los frutos que produzca la cosa.

2. Teniendo en cuenta que la retención supone un mecanismo de coacción, ésta será mayor si, además, se retienen los frutos.

SANCHO REBULLIDA, «Estudios de Derecho Civil I», Pamplona, 1978 p. 256; VIÑAS MEY, *ob. cit.*, p. 112, también propugnan la retención de los frutos.

¹³⁷ VIÑAS MEY, *ob. cit.*, p. 112.

¹³⁸ MANRESA, *ob. cit.*, tomo IV, p. 364.

¹³⁹ SANCHO REBULLIDA, *ob. cit.*, p. 256.

¹⁴⁰ NATOLI, «Il possesso», Milano, 1922, p. 219.

Vemos cuán diversas son las posiciones de la doctrina a este respecto, muchas de ellas no referidas específicamente al artículo 502, sino al derecho de retención en general. Sin embargo, por lo que a nuestra investigación atañe, hay un supuesto de hecho más cualificado que los demás que aborda esta figura del Código en el artículo 502. Se apunta por parte del legislador algo especial respecto de los productos del bien retenido: «hasta reintegrarse con sus productos». Cuál sea el alcance de esta expresión es lo que vamos a estudiar a continuación.

B) Reintegro con los productos

El artículo 502 configura un supuesto especialmente curioso por su referencia a la posibilidad del reintegro con los productos de la cosa que retiene el ex usufructuario. Citábamos hace un momento cómo ni siquiera el derecho a retener ha sido tradicional en temas de usufructo. Mucho menos el derecho al reintegro con los productos, que no sólo no aparece hasta el Proyecto de 1888, sino que en ninguno de los países de nuestro entorno se contempla así configurado ¹⁴¹.

En el apartado anterior, al hacer un estudio histórico de este precepto, llegábamos a la conclusión de que el legislador lo único que quiso configurar fue un derecho a retener; pero además, y en atención a que el usufructuario ha explotado con anterioridad la finca ¹⁴², que precisamente por ello conoce su uso y manejo, que ha percibido anteriormente los frutos y se encuentra familiarizado con el mecanismo de los mismos, ha estimado que los productos de la finca seguramente podrían menoscabarse con la simple posesión del ex usufructuario, y le ha concedido a éste la posibilidad de reintegrarse con esos frutos, cuyo percibo será posible gracias a su situación posesoria.

Sin embargo, antes de profundizar en la detentación que realiza el antiguo usufructuario sobre el inmueble vamos a plantearnos cuál es el objeto con el que podrá reintegrarse el poseedor y cuáles,

¹⁴¹ Ya hemos visto cómo ni en el Derecho francés, ni italiano hay referencia alguna al tema del pago con los frutos de la cosa.

¹⁴² El usufructuario, en virtud de su derecho real, tiene la posesión de la cosa, que le va a permitir el goce material de la misma y que lleva ligado, además, una facultad de administración sobre ella, tendente a obtener del bien usufructuado los frutos y rendimientos que es susceptible de producir para hacerlos de su propiedad. Al extinguirse su derecho, aunque no pierde la posesión, sino que la conserva en virtud de otro título diferente, sí podemos considerar extinguido su derecho de uso y disfrute, que no era inherente a la posesión sino al usufructo.

en definitiva, esos «productos de la cosa» que recoge el artículo 502 de nuestro Código.

Que el tenor literal de este precepto no hable de frutos, sino de productos, supone que, para la exégesis del mismo, hayamos plantearnos si se trata de términos sinónimos o, por contra, existe alguna diferencia significativa entre ambos ¹⁴³.

García Cantero ¹⁴⁴ parte de la clasificación del término frutos en un sentido tradicional, distinguiéndolos en naturales, civiles e industriales ¹⁴⁵, para después compararlos con otras voces que de forma arbitraria utiliza el legislador al designar, a veces, a los mismos frutos. Entre otras, se pueden encontrar las de aprovechamientos, rentas, productos, etc. Habla este autor de los «productos» dentro de nuestro Código ¹⁴⁶, afirmando que este término, en el artículo 502 del CC, se utiliza en idéntico sentido a la palabra «frutos» ¹⁴⁷; por lo tanto, dice, a la alusión del artículo 502 del reintegro con los productos de la cosa, debemos darle el mismo significado que si el legislador hubiese hablado de reintegrarse con sus «frutos».

Consideraremos, pues, que en el artículo 502 se está haciendo alusión al reintegro del crédito del retentor con los frutos que produzca la cosa ¹⁴⁸, aunque dejando claro que no prejuzga dicha expresión si se trata de un cobro de los mismos «en especie», o por

¹⁴³ LEIVA FERNÁNDEZ, «Derecho de retención», Buenos Aires, 1991, p. 212, por ejemplo, distingue entre unos y otros, matizando que los productos de la finca son «... los objetos que se separan o sacan de ella y que, una vez separados, la cosa no los produce, y que no se pueden separar de ella sin disminuir o alterar su sustancia, y a los que no tiene derecho el usufructuario aún durante el ejercicio del derecho real». *Ob. cit.*, p. 227. MAZEAUD-MAZEAUD, «Leçons de Droit Civil», tomo II, vol. 2.º, 7.ª edic., Montchrestien, 1989, p. 374, distingue también entre frutos y productos a efectos de usufructo. Igualmente, RIEG, *Enciclopedia Dalloz*, tomo VI, p. 8.

¹⁴⁴ GARCÍA CANTERO, «Concepto de frutos en Derecho Civil español», *RDN*, 1955, pp. 123 ss.

¹⁴⁵ Ver a este respecto LÓPEZ VILAS, «Comentario del Código civil», tomo I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991; MARTÍN RETORTILLO, «Clases de frutos en el Código civil», *RDP* 1951, p. 139. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho civil», vol. 1.º, 9.ª ed., Madrid, 1997, p. 408.

¹⁴⁶ *Ob. cit.*, p. 180. Distinguiendo entre distintos contenidos de lo que son productos para el legislador, según la norma concreta. Unas veces, utiliza el término *lato sensu*, en que puede tener un significado muy amplio, incluyendo, además de los frutos, las accesorias a la cosa (art. 1770 CC); otras veces los productos son algo equivalente a los frutos, y, por último, los productos *stricto sensu*, como algo diverso de los frutos.

¹⁴⁷ GARCÍA CANTERO, *ob. cit.*, p. 163. Argumentando cómo es imposible deducir diferencias entre ambos conceptos, dada la indistinción con que el legislador utiliza estos términos, en supuestos semejantes. En el mismo sentido, CARRASCO PERERA, «Restitución de Provechos», *ADC*, 1987 y 1988, p. 1079.

¹⁴⁸ No obstante, y siendo conscientes de la falta de intención concreta del legislador al utilizar la palabra «productos», creemos que es la palabra más correcta, ya que al hablar de producto se piensa más en un «producto líquido», como hace el artículo 520, y que da a entender que se trata no de los frutos que materialmente produzca la cosa, sino de una liquidación de los mismos, deducidos gastos de producción y dado en términos monetarios exclusivamente.

una cantidad de dinero equivalente a los productos que haya reportado la finca. De este tema nos vamos a ocupar a continuación.

No tenemos base legal para delimitar el derecho de usar que tiene el retentor del inmueble. Dado que el legislador no nos especifica cuáles serán las obligaciones y facultades de éste, habremos de deducirlas por nuestra cuenta, realizando una interpretación lógica de la norma, pero siempre atendiendo a criterios restrictivos, ya que no hemos de perder de vista que se está facultando a un no propietario a poseer un inmueble en virtud de un título del que no conocemos más que lo que el propio precepto dice: «retener», en perjuicio de un propietario deudor. No es un modo usual de proceder del legislador, ya que cuando arbitra una medida de este tipo en favor de un acreedor, normalmente le da la calificación de derecho real y específica perfectamente en las normas jurídicas su contenido y límites.

El legislador, al facultar al que fue usufructuario a retener el inmueble y reintegrarse con sus productos intenta, además de reforzar su crédito con una medida de coacción, atribuirle un derecho para que realice su crédito; hemos de tener en cuenta que al privarse, mediante el mecanismo de la retención, al propietario de su inmueble pierde el disfrute directo de éste¹⁴⁹ y, por lo tanto, la posibilidad de percibo directo y separación de los frutos de la cosa. Ello propiciará que sea el poseedor inmediato, es decir, el que retiene, el facultado para recoger directamente los productos de la misma. Pero la duda estriba ahora en saber qué destino dará a esos frutos y hasta qué punto tiene no ya una facultad, sino un deber de recogerlos.

Si atendemos a lo que la doctrina ha señalado como facultades del retentor en el supuesto del artículo 453 del CC, que ha sido el más estudiado respecto a este tema, hemos visto en el apartado anterior cómo el que es vencido en la posesión y no puede cobrar su crédito se encuentra facultado para ejercer un derecho de retención sobre la cosa, que comprende, además, la facultad de retener también los frutos que produzca y que el acreedor, dada su relación material directa con la misma, pueda coger y percibir. Pero no sig-

En contra, CATALÁ ROS, «El abuso del usufructuario: Análisis del artículo 520 del Código civil», Madrid, 1995, p. 93, señalando que, en el supuesto del artículo 520, aunque se hable por el legislador de «producto líquido», el propietario podrá entregar al usufructuario los frutos en especie si es que así lo elige, ya que, según esta autora, se le confiere la facultad de elección entre dar al usufructuario todos los productos y rentas de la finca en especie o bien una suma de dinero equivalente a los rendimientos producidos por el bien usufructuado. En el mismo sentido, y referido también a este precepto, MORENO QUESADA, en «Comentarios del CC», Ministerio de Justicia, tomo I, artículo 520, p. 1377.

¹⁴⁹ Aunque el propietario conserva la posesión mediata de la cosa, igual que ocurría antes de la extinción del usufructo.

nifica por ello que pueda hacerlos de su propiedad. Es sabido que, en virtud del artículo 354 del Código, los frutos pertenecerán al propietario de la cosa. Una vez concluida la retención tendrá el usufructuario obligación de devolverlos a su propietario.

Trasplantando estas tesis al supuesto de retención que nos ocupa, no encontramos ninguna razón, ni argumento legal ni título suficiente —ya que el usufructo se extinguió— que legitime —tampoco en este caso— al acreedor para hacer de su propiedad los frutos, a pesar de que sea éste el que los alce o separe de la cosa madre. Se refuerza esta afirmación con la idea de la función de garantía propia de la retención. Resultaría muy grave admitir una apropiación directa e inmediata de los frutos cuando tal prerrogativa está en principio prohibida por la ley a los titulares de derechos de garantía teóricamente más poderosos, como la prenda o la hipoteca, a no ser que exista pacto expreso en contrario.

Por lo tanto, creemos razonable mantener que los frutos pertenecerán durante todo el tiempo que dure la retención al propietario, que podrá exigir responsabilidad al retentor, una vez extinguido ésta, por el destino que haya dado a los mismos.

Además, el precepto que estudiamos plantea más diferencias respecto a este artículo 453; en aquél, añade el legislador la posibilidad del reintegro con los productos; tal vez por ello la respuesta a cuáles sean las facultades del retentor en el artículo 502 sean diferentes en base a la distinta redacción de los artículos.

Hemos de partir de la idea de que, como consecuencia de la extinción del usufructo, automáticamente todas las facultades inherentes al derecho de propiedad del que hasta ese momento veía su inmueble gravado por el derecho real revierten al mismo, que vuelve a ser propietario de la finca con plenas facultades. No es así cuando se ejercita el derecho a retener del artículo 502, ya que la posesión inmediata de la finca quedará en manos del ex usufructuario, y el derecho de propietario, aunque íntegro en sus facultades, supondrá solamente la posesión mediata de la misma.

Parece que, en la medida de lo posible, lo deseable sería que fuese el propietario el que, aun a pesar de estar excluido de la posesión inmediata, y sin contacto material con ésta, gestionase los negocios de su propiedad y se encargara del percibo de los frutos, ya que la retención del acreedor no tendría por qué impedirlo necesariamente. No obstante, si pretendemos ser un poco realistas, no podemos ignorar que, en un gran número de supuestos, esto va a ser altamente improbable. El propietario, privado de su inmueble, no será partidario de invertir su trabajo de gestión de la cosa sabiendo que no le reportará beneficio alguno. De otra parte, tampoco el que retie-

ne estará muy predispuesto a dejar entrar en la propiedad que posee a nadie, ni al propietario, ni tampoco a ningún extraño que trabaje al servicio o bajo la dependencia de éste, ya que la fuerza de su garantía reside precisamente en no devolver la finca ni dejar que la posea su propietario; en definitiva, tiene que guardarse el retentor de perder la posesión, evitando actos permisivos por su parte que pudieran ser interpretados como una entrega material del objeto poseído, lo que supondría la pérdida o extinción del derecho a retenerlo (no se olvide que, según opinión mayoritaria de la doctrina, el derecho de cualquier retentor desaparece y no puede volver a recuperarse ¹⁵⁰ cuando se desvanece la tenencia material de la cosa ¹⁵¹).

Todo lo anterior no significa que neguemos la posibilidad de que, existiendo entendimiento entre retentor y propietario, no sea viable un acuerdo entre ambos sobre el presupuesto de la retención de aquél ¹⁵²; es decir, sin que el acreedor pierda la posesión de la finca. Se trataría de que el retentor se limitase a retenerla, el propietario se encargaría del percibo de los frutos y, junto o con el beneplácito del retentor, se venderían los mismos para así ir pagando el crédito de éste hasta su total extinción.

Dado que esta posibilidad, por los motivos antes apuntados, no será la más frecuente en la práctica, hemos de seguir interpretando el contenido del derecho del retentor y sus relaciones con el derecho de propiedad del deudor.

Habíamos visto cómo el artículo 502, al permitir el reintegro con los productos ¹⁵³, no crea ninguna obligación nueva ¹⁵⁴ para el retentor, sino que lo único que hace es facultar a éste para controlar

¹⁵⁰ Queda a salvo, no obstante, caso de perturbación o arrebato de la posesión por el propietario, el ejercitar las acciones inherentes a cualquier poseedor por parte del retentor.

¹⁵¹ Díez-PICAZO y GULLÓN, «Sistema de Derecho civil», vol. 3.º, 6.ª ed., Madrid, 1997, p. 47. A pesar de ello, existen algunas sentencias del Tribunal Supremo en que se permite reclamar la posesión de la finca, una vez que ésta se había perdido, para ejercitar sobre ella el derecho de retención. Concretamente, las SSTs de 8 de julio de 1897 y 21 de mayo de 1928, señalando ésta última que «... no se puede retener aquello que anteriormente ha salido de nuestro poder, no obstante lo cual, como quiera que este derecho de retención es una especie de garantía que la ley concede al poseedor hasta que se le abonen los gastos que se le reconocen en la sentencia, es incuestionable que si una vez liquidado el importe de los mismos no le fueren satisfechos, puede exigir que se le restituya la posesión de las obras en que consiste la mejora hasta quedar pagados de ellas...». A este respecto, estimamos, con Díez-Picazo y Gullón, que son sentencias criticables en el sentido de no ser congruentes con la propia naturaleza del derecho de retención.

¹⁵² Cualquier acuerdo para el cobro que excluyera la posesión de la finca por el retentor ya no entraría dentro del ámbito de el precepto que estudiamos y supondría un contrato o una novación en cuanto a la forma de pago de la obligación.

¹⁵³ Obsérvese cómo el legislador no ha dicho que podrá hacer suyos los frutos. Parece que al emplear el término productos puede haber querido hacer alusión, más bien, al producto de la venta de los frutos.

¹⁵⁴ Ya que la de conservar la cosa con la diligencia de un buen padre de familia ya existía como consecuencia de la retención.

el destino que se dé a los frutos. Podrá gestionar su venta y con el producto de ésta realizar las operaciones liquidatorias oportunas al propietario y reintegrarse así su crédito, pero teniendo en cuenta siempre que los frutos no son de su propiedad y no podrá hacerlos suyos o disfrutarlos directamente¹⁵⁵; siguen perteneciendo al propietario, que no ha perdido su derecho de propiedad sobre los mismos, pues ninguna norma así lo dispone.

Pasemos ahora, una vez aclarado cuál es el destino de los frutos que produce el bien retenido, a ocuparnos de otro tema importante referido al derecho de retención sobre un bien inmueble. Dicho bien puede necesitar, a fin de producir económicamente, de una dirección. En muchas ocasiones, la gestión o dirección del inmueble será imprescindible para conservarlo productivo y evitar el deterioro que una paralización pudiese suponer. De otra parte, es necesario recordar la situación de ambas partes en conflicto respecto a la posesión del bien. El retentor ostenta una posesión material y directa en base a su título otorgado por el artículo 502; sin embargo, el propietario recupera y conserva una posesión mediata, además de todas las facultades inherentes a su derecho dominical. Mientras dure la retención el propietario se encontrará imposibilitado para realizar actos de gestión y dirección del inmueble, que, sin embargo y dada la tenencia material que posee, sí podría realizar el retentor.

Esta circunstancia, unida a la autorización del legislador en el precepto tantas veces citado permitiendo el reintegro con los productos, hace pensar que se trata de una autorización al retentor para asumir la gestión, en cierta medida, del inmueble, realizando actos de administración e, incluso, algunos de disposición¹⁵⁶. No debemos perder de vista que el retentor es un poseedor y se encuentra en

¹⁵⁵ Podríamos apreciar una cierta similitud entre este supuesto y el previsto en el artículo 1885 para la anticresis, diciendo el legislador en este caso que «los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis». Este precepto se interpreta por la doctrina en el sentido de que las partes pueden estimar globalmente, y sin necesidad de liquidar un importe exacto, que sea resarcido el acreedor con los frutos que produzca el inmueble, por los intereses que el capital debido generase a su favor, durante el tiempo de duración pactado para la anticresis. Y ello sin liquidar una vez transcurrido dicho período de tiempo.

No se trata, ni mucho menos, del caso previsto en el artículo 502, pues, de una parte, éste no procede de un contrato o acuerdo entre las partes, sino más bien de un desacuerdo entre las mismas, siendo además imprescindible la liquidación del valor de la deuda para así concretar el período por el cual podrá ejercitarse el derecho de retención de la finca, caso de que no pague antes el deudor propietario de la misma.

Por último, tampoco en el artículo 502 se contempla, a diferencia del artículo 1885, la posibilidad del retentor de hacerse con la propiedad de los frutos de la cosa, como se sobreentiende en este artículo, al tratarse de un supuesto de anticresis, y aplicándose por ello el artículo 1881 del CC.

¹⁵⁶ No es el momento de entrar en las discusiones doctrinales acerca de la distinción entre lo que son actos de administración, disposición y conservación. Para ello nos remiti-

una situación privilegiada para conocer y hacerse cargo de la administración del inmueble; y no nos referimos ya a la mera recolección de productos a efectos de cobrar su crédito, sino a la posibilidad de realizar actos de gestión beneficiosos para la misma y su propietario¹⁵⁷, a fin de evitar la pérdida de productividad y precaver el perjuicio que ello supondría para el mismo¹⁵⁸. En definitiva, nos referimos al caso de que el retentor decida, por voluntad propia, realizar actos de gestión en beneficio de su deudor —que sin duda, pueden repercutir también en su propio beneficio—, pero no como consecuencia de una facultad concedida *ex lege* por el artículo 502, ni por un apoderamiento del propietario, sino como decisión tomada por propia iniciativa y amparada en los artículos 1888 y siguientes de nuestro CC, quedando su actuación comprendida dentro de lo que la doctrina alemana denomina la gestión de un negocio «también ajeno»¹⁵⁹, en el que el gestor, aparte de los intereses de otro, gestiona al mismo tiempo otros intereses propios.

En el supuesto de que el retentor decida realizar actuaciones como gestor de negocios del propietario, quedará sujeto, como es lógico, a la responsabilidad que se derive de su gestión, ex artículo 1889 del CC.

Vamos a pensar ahora en el supuesto más común, y ajustado a lo que la norma autoriza como derecho de retención para el ex usufructuario acreedor por reparaciones extraordinarias, consistente en la posibilidad, además de retener la posesión de la cosa, de recoger los frutos que la misma produzca. Esta tarea, que parece simple y clara, plantea también algunas dudas, atendiendo, sobre todo, a la clase de frutos de que se trate¹⁶⁰.

mos a los estudios realizados sobre el tema de CUADRADO IGLESIAS, «La gestión en el Código civil», *AAMN*, tomo XXXII, pp. 377 ss., GITRAMA GONZÁLEZ, «El acto de administración en el código civil», *AAMN*, tomo XIX, 1976.1, pp. 330 ss., AGUILERA DE LA CIERVA, «Actos de administración, de disposición y conservación», Madrid, 1973, pp. 158 ss.

¹⁵⁷ Véase el concepto que da CUADRADO IGLESIAS de la administración. *Ob. cit.*, p. 387, como aquellos actos jurídicos que tienden a conservar la fortuna de una persona y a «explotarla» de una manera «normal» sin comprometer su existencia ni modificar su composición.

¹⁵⁸ Piénsese que, como admite la doctrina (véase al respecto el trabajo de MARTÍN REYES, «El usufructo de empresa», Málaga, 1998, en prensa, se trate de un derecho de retención ejercitado sobre un usufructo de empresa. La empresa retenida necesitará de una dirección para seguir produciendo frutos o para no sufrir graves riesgos en caso de parar la cadena productiva (máquinas, obreros, clientela etc.).

¹⁵⁹ Véase al respecto el magnífico trabajo de CAÑIZARES LASO, «Tipología de la gestión de negocios ajenos sin mandato (Estudio comparado de los derechos alemán y español)», en *ADC*, tomo XLVIII, 1995, p. 716.

¹⁶⁰ Siempre, sin perjuicio del artículo 472 de nuestro Código, según el cual «los frutos naturales o industriales, pendientes al tiempo de comenzar el usufructo, pertenecen al usufructuario.

Si produjera frutos naturales o industriales ¹⁶¹, el retentor los percibirá normalmente, conforme a su naturaleza, y, como ya vimos, con facultad de optar entre retenerlos junto al inmueble ¹⁶² o gestionar su venta, en su caso, rindiendo siempre cuentas de ello al propietario de los mismos.

El tema plantea mayor problema si pensamos en los frutos civiles del inmueble. Éstos son definidos como los producidos por la cosa fructífera, «pero no directamente o procediendo de ella misma, sino como consecuencia de haberla hecho objeto de una relación jurídica de la que nace el derecho a obtener el fruto» ¹⁶³. El modo más usual de obtención de estos frutos consiste en dar en arrendamiento la finca, ya sea rústica o urbana, y cobrar la renta mensual. También incluiríamos en este apartado las pensiones por censos. Se aplicaría lo mismo que a las rentas; el acreedor de los mismos, como consecuencia de la extinción del usufructo, sería no ya el usufructuario, sino el propietario del inmueble.

Mientras dura el usufructo, el titular de este derecho se encuentra facultado para arrendar la cosa y percibir el producto en que consisten las rentas por este concepto ¹⁶⁴; así lo señala el artículo 480 del CC: «Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito; pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considera subsistente durante el año agrícola».

No obstante, esta referencia a la extinción del arrendamiento ha de entenderse referida únicamente a los arrendamientos sometidos

Los pendientes al tiempo de extinguirse el usufructo pertenecen al propietario.

En los precedentes casos el usufructuario, al comenzar el usufructo, no tiene obligación de abonar al propietario ninguno de los gastos hechos; pero el propietario está obligado a abonar al fin del usufructo, con el producto del los frutos pendientes, los gastos ordinarios de cultivo, simientes y otros semejantes, hechos por el usufructuario...».

¹⁶¹ Nótese la dificultad que existe en la práctica para distinguir entre ambas clases de frutos, a pesar de la separación que realiza el artículo 354 de nuestro CC.

¹⁶² Caso de que no sean percederos, pues de serlo tendrá la carga de disponer de ellos para evitar su menoscabo, conforme al artículo 1094 del CC y así no incurrir en responsabilidad frente a su verdadero dueño (el deudor propietario de la finca).

¹⁶³ ALBADALEJO, «Derecho Civil», tomo I, vol. 2.º, Madrid, 1991, p. 122. DELGADO ECHEVARRÍA, «Adquisición y restitución de frutos por el poseedor», en *ADC*, 1975, p. 585. A este respecto, CARRASCO PERERA, *ob. cit.*, p. 1098, señalando una ampliación del concepto de fruto civil: «si se admite que todo fruto es renta y toda renta en dinero es fruto civil, todo provecho industrial en el sentido del artículo 355 del CC está tendencialmente destinado a convertirse en un fruto civil irregular.»

¹⁶⁴ Sin necesidad de pedir autorización, ni siquiera notificarlo al nudo propietario; en este sentido AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, «El principio de subsistencia de responsabilidad del usufructuario cedente del artículo 498 del CC», *RDP*, 1992, pp. 314 ss.

al CC y no a los realizados al amparo de leyes especiales ¹⁶⁵, ya que en éstas encontramos normas específicas para este supuesto, que serán aplicables en virtud del principio de especialidad que rigen en nuestro sistema jurídico.

Así, la referencia a los arrendamientos rústicos hay que estudiarla en consonancia con la LAR de 31 de diciembre de 1980, en cuyo artículo 13 se dispone que «los arrendamientos otorgados por usufructuarios(...) se resolverán al extinguirse el derecho de arrendamiento, subsistiendo el arrendamiento durante el correspondiente año agrícola; también podrán subsistir durante el tiempo concertado en el contrato, cuando éste excediere de la duración de aquellos derechos, si a su otorgamiento hubiere concurrido el propietario».

La legislación especial de arrendamientos urbanos de 1964 señala, sin embargo, y en contra del artículo 480 del CC, que el arrendamiento no se extinguirá como consecuencia de la extinción del usufructo, como regla general, en su artículo 57, salvo el caso de que el nudo propietario pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario fueron notoriamente gravosas para la propiedad (art. 114.12). Este tema, sin embargo, ha sido modificado en la nueva LAU de 1994, al señalar que los arrendamientos destinados a vivienda otorgados por el usufructuario se extinguirán al término del derecho del arrendador; es decir, se extinguirán con el término del usufructo; y los que sean para uso distinto del de vivienda, se sujetan al CC en este punto (remisión, pues, al art. 480 de este cuerpo legal), salvo que las partes acordaren algo distinto (art. 4.3.º).

Llegado pues a su fin el derecho de usufructo, y con independencia de que se produzca o no extinción del arrendamiento concertado, como consecuencia de la aplicación al mismo de las normas anteriores, hemos de considerar que automáticamente, y por el mero hecho de la extinción del usufructo, revierten al nudo propietario todas las facultades inherentes al dominio —excepto la de posesión inmediata en el supuesto de retención. Si se da la circunstancia, además, de la continuación de la vigencia del contrato de arrendamiento, en base a los preceptos especiales citados, hemos de preguntarnos qué ocurre con las rentas, una vez extinguido el usufructo. Responder a esta pregunta puede resultarnos algo complicado. Si estimamos que, como acabamos de ver, la extinción de este derecho conlleva la recuperación de facultades dominicales por el propietario, aunque el arrendatario hubiese contratado con el

¹⁶⁵ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, *ob. cit.*, p. 328. Díez-PICAZO, «Sistema...», p. 398.

usufructuario¹⁶⁶, está claro que los frutos civiles o renta del arrendamiento serán de propiedad de aquél, ex artículo 354.3.º del CC; y ello con independencia de la persona que reciba el pago del arrendatario. Si por error éste pagare al ex usufructuario, se trataría de un cobro de lo indebido, aplicándose a este supuesto el artículo 1164 de nuestro Código, y también el 1865 y siguientes.

No obstante, también nos parece razonable sostener que el retentor, que recibe el pago del arrendatario, una vez extinguido el usufructo pueda retener esas rentas en aplicación de la tesis generalmente aceptada de extender el derecho de retención a los frutos que produce la finca como frutos civiles de la misma, para después computarlas a la hora de la liquidación que efectuará al propietario para el cobro de su crédito.

En el supuesto, distinto del anterior, de que el arrendamiento se extinga como consecuencia de la extinción del usufructo, ex artículo 480 del CC, la duda es si el retentor, poseedor directo e inmediato del inmueble, estará facultado, en virtud de su derecho de retención, para volver a arrendarlo, con la finalidad de percibir los frutos civiles que genere el arrendamiento, y así imputarlos al cobro de su crédito mientras dure el período de retención. En este caso la respuesta ha de ser necesariamente negativa¹⁶⁷.

¹⁶⁶ DELGADO ECHEVARRÍA, *ob. cit.*, p. 586, matiza que la titularidad del crédito no afecta para nada a la pertenencia de los frutos. Dicha titularidad pertenecerá a quien haya contratado con el arrendatario sobre ella, sin perjuicio de que sea el propietario al que, en definitiva, correspondan aquéllos.

¹⁶⁷ Con respecto a esta cuestión, cfr. CUADRADO IGLESIAS, *ob. cit.*, p. 460, al hablar de la actividad del gestor oficioso, o sea el individuo que no siendo *dominus* se encuentra en una situación tal respecto a la propiedad de otro, y decide realizar una serie de actividades encaminadas a la conservación y administración de la misma, defiende que si la actuación del gestor va encaminada a favorecer a quien no puede actuar, no debe negársele la posibilidad de realizar actos dispositivos. Y dentro de éstos, defiende este autor que estará facultado, como gestor oficioso (ex art. 1888), para otorgar escritura pública de transmisión de la propiedad siempre que se den los presupuestos de necesidad u oportunidad que justifiquen la enajenación de la finca.

Podríamos ver en este supuesto analogía con el del arrendamiento de finca que no es propia del retentor. Plantearnos si, de admitir que el que gestiona un asunto ajeno se encuentra facultado para enajenar, no sería perfectamente admisible el aceptar que pudiese realizar un contrato de arrendamiento con su correspondiente inscripción registral. Nos decantamos, sin embargo, por desechar tal posibilidad y ello en base a que, aun admitiendo –tema bastante dudoso– que el retentor se erigiese en gestor de negocios ajenos y arrendase el inmueble, lo que no tenemos ningún reparo en rechazar, sería la posibilidad de inscripción, y, por lo tanto, de eficacia respecto de terceros, de dicho arrendamiento.

El mencionado autor defiende la facultad del gestor para inscribir los actos realizados en el ejercicio de sus funciones en el Registro de la Propiedad, basándose en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, en su último inciso, defendiendo que el gestor sería inculible entre las «... demás personas que, con carácter temporal, actúen como órganos de representación y dispongan de intereses ajenos en la forma permitida por las leyes», *ob. cit.*, p. 463. Nos mostramos en total desacuerdo con este tema, y nos adherimos a la sensata posición de la DGRN que deniega la inscripción (R. de 25 de noviembre de 1919).

El argumento fundamental para defender la imposibilidad por parte del retentor de arrendar la finca es el que deriva de la naturaleza misma del derecho a retener del artículo 502 del CC. Dicho derecho, como ya hemos afirmado, es un modo de coacción y autotutela del acreedor como garantía de su cobro, y tiene su base en la posesión material y directa de la cosa. Si admitiésemos la posibilidad de que el retentor concertase un arrendamiento sobre la misma, estaríamos permitiendo que éste cediese al arrendatario la posesión inmediata, lo cual provocaría la pérdida del derecho de retención mismo. Podría aprovechar esta circunstancia el propietario para desahuciar y reivindicar la entrega de su propiedad en cualquier momento, alegando la falta de validez del contrato de arrendamiento realizado.

IV. LA EFICACIA DE LA RETENCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 502 DEL CÓDIGO CIVIL

1. INTRODUCCIÓN

Comenzamos a continuación el examen del tema crucial de la eficacia de la retención concedida al usufructuario en el artículo 502 CC. Las diversas opciones oscilan entre una eficacia limitada al deudor de la obligación nacida como consecuencia del aumento de valor del inmueble al extinguirse el usufructo, esto es, el sujeto propietario de la finca al momento de nacer la deuda; y una eficacia extensible *erga omnes*, sea o no consecuencia de la ostentación por el retentor de un verdadero derecho real sobre el inmueble; pasando, obviamente, por una eficacia extensible a otros –aunque no a todos– sujetos distintos del propietario originario (tercer adquirente, otros acreedores del deudor, titulares de otros derechos reales, inscritos o no en el Registro de la Propiedad).

A la hora de abordar el estudio de los efectos del derecho de retención, es necesario recordar cómo, a pesar de la dificultad de catalogación del mismo, nos hemos inclinado por defender que la facultad conferida por el artículo 502 del Código civil –a diferencia de otras opiniones doctrinales que defienden que se trata de una anticresis–, es un verdadero derecho de retención, al que se ha añadido la posibilidad o facultad del retentor de irse cobrando con los productos, una vez enajenados, el crédito pendiente por reparacio-

Trasladando esta posibilidad al supuesto que nos ocupa, o sea, el de la posible inscripción de un arrendamiento realizado por el retentor, creemos correcto mantener que la postura del Registrador sería negativa, no constando la legitimación del arrendador.

nes extraordinarias. Aun cuando los datos expuestos en el capítulo anterior en parte condicionan éste en cuanto a la eficacia de dicho derecho de retención, partiremos de nuevo desde cero, sin criterios apriorísticos, e intentaremos examinar las razones que apoyan unas y otras posiciones.

Los efectos del derecho de retención del usufructuario deben ser estudiados, por lo pronto, a la luz, precisamente, de las peculiaridades del mismo. Una de ellas concierne al hecho de que el precepto que lo crea, a diferencia de la mayoría de los referidos al derecho de retención en nuestro Código civil, se refiere expresamente a la retención de un bien inmueble. En nuestro Ordenamiento, como en cualquier otro, el derecho que una persona ostenta sobre un bien inmueble admite muy diversos grados de intensidad, entre ellos el que estudiamos, que se da por encontrarse el usufructuario no en el goce de su derecho real de usufructo —que, como vimos, se extinguió—, sino ejercitando un así llamado «derecho de retención» derivado precisamente de las normas referidas a dicho derecho real de disfrute. Este derecho de retención, que resulta del impago por parte del propietario de un crédito vencido y exigible, está previsto para ser ejercitado justamente contra dicho propietario como medio para obligarle a cumplir su deuda lo más rápido posible ¹⁶⁸.

El problema surge cuando el propietario deudor enajena la finca a un tercero por cualquier título, cuando la grava o en el momento en que los acreedores de aquél pretenden ejecutarla para saldar sus créditos amparándose en la garantía que constituye para los mismos cualquier bien que se encuentre en el patrimonio de su deudor (art. 1911 CC). ¿Qué ocurre con el derecho de retención del usufructuario? ¿Subsiste y es oponible frente a todos éstos, o deberá el usufructuario verse privado de la defensa efectiva en tales circunstancias? ¿Qué trascendencia tendrá, en este ámbito de la retención de inmuebles, el Registro de la Propiedad, y la constancia o ausencia de datos relativos a la retención, o a la adquisición de derechos reales por terceras personas, cuando constan inscritos en el Registro?

Por otro lado, y como ya vimos, la segunda y quizás más importante particularidad del supuesto de retención del usufructuario, en relación a los demás casos legales en que se tiene derecho de preservar en la órbita propia un bien inmueble ajeno por

¹⁶⁸ De hecho, toda la doctrina admite que el *ius retentionis* puede ser justamente esgrimido contra la demanda de reivindicación planteada por el propietario deudor contra el retentor. *Vid.* al efecto, a título de ejemplo, NÚÑEZ LAGOS, «Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles», *RGLJ*, 1953, p. 271.

impago de créditos del propietario contra el retentor, reside en la facultad de este último de cobrarse el crédito con los productos que dé la finca. Esto otorga al usufructuario que retiene una posición más cualificada que la del simple detentador temporal de un inmueble, ya que, además, está cobrando su crédito con preferencia a otros acreedores del propietario. El artículo 1922 y siguientes no recogen ningún privilegio para este supuesto. ¿Se podrán reclamar y embargar los frutos por terceros acreedores, o no podrán hacerlo mientras no sea satisfecho el titular del derecho de retención (el ex usufructuario)? Aunque, como ya se vio en el capítulo anterior, la expresión contenida en el tan citado artículo 502 CC («... hasta reintegrarse con sus productos») poco añadía en cuanto a las facultades de uso, disfrute y disposición por parte del retentor; respecto de los supuestos legales de retención en que nada de eso se dice, aún podemos plantearnos si la referida expresión puede no obstante tener su reflejo en el ámbito de la eficacia *erga omnes* del derecho de retención.

Llegados a este punto, es cuando la doctrina, refiriéndose casi siempre al derecho de retención en general, comienza a plantearse el tema de su eficacia, haciéndola depender unas veces sí, y otras no, de la previa solución al tema de su naturaleza jurídica. El planteamiento clásico del tema ha consistido en admitir que si el derecho de retención era un derecho real, participará de la oponibilidad *erga omnes* que caracteriza a los derechos reales (eficacia), es decir, será oponible frente a cualquiera que sea en cada momento el propietario de la cosa y frente a cualquier acreedor que la reclama para poder cobrar sobre ella su crédito. Caso de ser un derecho de naturaleza personal, su eficacia consistirá —siguiendo este primer planteamiento— en su oponibilidad solamente frente al deudor en la obligación constituida (y sus herederos), y, por tanto, no será oponible frente a cualquier tercero ajeno a la obligación.

Pero en los últimos tiempos este planteamiento ha sido, sin embargo, desmontado por parte de cierta doctrina¹⁶⁹. La crisis de la distinción tradicional entre derechos reales y derechos de crédito o personales ha ejercido su influjo en esta polémica¹⁷⁰ y ha llevado a los autores a considerar que no es decisivo resolver si la retención constituye un

¹⁶⁹ JORDANO FRAGA, «Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil», comentario a sentencia de 7 de julio de 1987, núm. 14, pp. 4767 ss.

¹⁷⁰ Cfr. A. SATURNO, «Diritto di ritenzione legale e convenzionale: natura e estensibilità», *Rassegna di Diritto Civile*, núm. 1, 1991, pp. 52 ss.

Sobre la distinción entre derechos reales y de crédito, en nuestro país y fuera de él, y la discusión doctrinal al respecto, *vid.*, entre otros, RAGEL SÁNCHEZ, «Protección del tercero frente a la actuación jurídica ajena: la inoponibilidad», Valencia, 1994, pp. 156 ss.; VALLET DE GOYTISOLO, «Estudios sobre derecho de cosas», I. Temas generales, 2.^a edic.,

derecho de naturaleza real o personal para, a partir de ahí, decidir sobre sus efectos, sino que, habida cuenta la cada vez más difícil separación entre derechos reales y de crédito¹⁷¹, la catalogación de un derecho (v.gr., el de retención) como «personal», en absoluto prejuzga la cuestión de su eficacia, por cuanto hay derechos «personales» (o «no reales») que pueden ser oponibles *erga omnes*¹⁷².

Por lo que se refiere a este aspecto, existe una absoluta carencia de desarrollo por parte del legislador del derecho de retención previsto en el artículo 502 CC en favor del usufructuario. Dicha norma no proporciona base legal alguna para abordar los problemas de la eficacia general o limitada de la retención del usufructuario. Por otro lado, como ya se dijo al inicio del trabajo, tenemos la firme intención –y muy especialmente en este decisivo capítulo– de evitar al máximo acudir al empleo de cualesquiera criterios apriorísticos acerca de los efectos del derecho de retención. Partiremos, pues, a efectos metodológicos –si se quiere, forzados por la indeterminación legal–, de la última de las citadas posiciones doctrinales, y asumiremos que, sea cual sea la naturaleza del derecho concedido al usufructuario en el artículo 502, su eficacia personal o *erga omnes* va a venir condicionada por otros factores¹⁷³.

ampliada, Madrid, 1973, pp. 217 ss.; GUARNESI, «Diritti reali e diritti di credito: valore attuale di una distinzione», Padova, 1979.

¹⁷¹ DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial», Madrid, 1993, vol. 1.º, p. 62 ss., pone de manifiesto la dificultad que encuentra la doctrina actual a la hora de distinguir entre derechos reales y derechos de crédito, sin saber los límites exactos de separación entre los mismos ni el lugar en que se deben encuadrar determinadas situaciones intermedias entre ambos. En opinión de este autor, sin embargo, se trata de un problema económico y social.

¹⁷² Cfr. JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, p. 4772, en donde cita como supuesto en el que un derecho personal es oponible frente a terceros, el del derecho arrendaticio, en los casos del artículo 1571 del CC, sin que por ello podamos afirmar que el arrendatario tenga un derecho real frente los adquirentes de la cosa arrendada.

¹⁷³ Conviene aclarar, no obstante, que la tesis de quienes defienden que la eficacia de la retención no depende de la naturaleza que ese derecho tenga en cada caso, no está, a nuestro juicio, suficientemente demostrada. Los argumentos expuestos hasta ahora por la doctrina seguidora de esta tesis (básicamente, Jordano Fraga) son susceptibles de crítica. Veamoslos someramente:

1. El primero se funda en el hecho de que hay derechos «personales» que tienen eficacia *erga omnes*, y se pone el ejemplo –el único citado– del arrendamiento. Desde luego, si pensamos en este derecho tradicionalmente considerado como de crédito, el motivo no es válido. Y ello porque dicho derecho –si exceptuamos la oponibilidad procedente del mero hecho posesorio– no es en sí mismo oponible frente a terceros distintos del arrendador. Esa oponibilidad procede de la inscripción registral, no del solo derecho arrendaticio. Esto que decimos se ve reforzado además por la reciente Ley de Arrendamientos Urbanos de 25 de noviembre de 1994, la cual ha reconocido implícitamente, con la modificación del artículo 2.5 de la Ley Hipotecaria, que un arrendamiento urbano no inscrito no será eficaz frente a terceros adquirentes del inmueble.

2. El segundo de los argumentos se apoya en la interpretación «finalista» de las normas sobre retención, en el sentido de que, limitada la eficacia de tal derecho a la relación retentor-propietario deudor, resultaría vana la garantía del acreedor que retiene. Este pri-

Cuáles sean esos factores es precisamente lo que hemos de determinar. Los mismos, sin embargo, no se desprenden de los datos e interpretaciones extraídos de los apartados anteriores sobre el contenido del artículo 502, como en principio se pudiera pensar. Al menos, de manera definitiva.

Por lo pronto, dichos datos no nos permiten encontrar apoyo para propugnar que el derecho otorgado por dicha norma al usufructuario posee una eficacia *erga omnes*, o una limitada a quien era el propietario de la cosa (deudor de los gastos) cuando se extinguió el usufructo¹⁷⁴. El hecho de que la facultad de retener se concede a quien es titular de un derecho «real» (usufructo), así como el que dicho sujeto tenga una cierta facultad relativa a los «productos» que dé la finca (art. 502, *in fine*), en absoluto condiciona la cuestión de la eficacia en favor de una *erga omnes*. El primero de estos datos (el carácter «real» del primitivo derecho del retentor) pierde su valor desde el momento en que la retención, como vimos, adquiere su verdadera virtualidad tras la extinción del usufructo (arg. ex art. 522), es decir, que en el momento que comienza a ser efectiva la retención ya ha desaparecido del mundo jurídico el derecho real de usufructo en favor del acreedor. El segundo dato de interés (el de la facultad del retentor de reintegrarse con los frutos) tampoco es especialmente significativo en el campo de la eficacia, por cuanto esa facultad de pagarse con los frutos no llevaba aneja, como se pudo comprobar, la de tener el control sobre los posibles destinos «fructíferos» de la finca, control que es inmediatamente recuperado por el propietario tras la «extinción» del usufructo; no obstante, sí

mer motivo bien podría tratarse de una petición de principio: se utiliza como argumento justamente lo que se trata de demostrar. Por un lado, decir que la garantía se vanifica constituye un fácil modo de despachar la cuestión, cuando se pueden encontrar en el Ordenamiento jurídico los mecanismos precisos para evitar la desprotección –si es que se da realmente– del retentor (acciones de rescisión o de simulación). Pero además, es posible dar mayor relevancia a la retención, entendida como mecanismo de eficacia limitada al propietario deudor, a través de la mera interpretación de otros preceptos legales (por ej., entendiendo –lo que quizás no es incorrecto– que la transmisión que aquél efectúe del inmueble exige entrega o *traditio* material del mismo para transferir la propiedad al tercero, con lo que se impediría defraudar las expectativas del retentor mediante la enajenación del inmueble a tercero). Por lo demás, no parece razonable decir que la garantía se vanifica con la enajenación, por cuanto un propietario de un inmueble rara vez tendrá de hecho interés en enajenar –con urgencia, casi siempre– su finca, obteniendo un precio bastante inferior al de mercado, para evitar el pago de una deuda (por gastos extraordinarios de conservación), también con frecuencia, de escasa cuantía.

Sobre todo esto volveremos más adelante en el texto.

¹⁷⁴ En la hipótesis de que antes de la extinción del usufructo (pero después de la realización de las reparaciones) el nudo propietario hubiese enajenado a un tercero, por negocio *inter vivos* o *mortis causa* la nuda propiedad del inmueble, el problema se resolverá aplicando el mismo criterio de solución al que llegaremos más adelante respecto de la enajenación efectuada una vez finalizado el usufructo por el –ya– pleno propietario de la finca.

habrá que matizar que la posibilidad del retentor de reintegrarse con los frutos puede ir unida de forma indisoluble al derecho de retención, de manera que, ejercitado éste de forma legítima y válida, llevaría siempre consigo esa posibilidad de reintegrarse con los frutos.

A pesar de todo, el que los datos antes señalados no sirvan por sí solos para apoyar la eficacia general y frente a todos de la retención del usufructuario, no significa que no se pueda defender ese punto de vista. Téngase en cuenta que la no asimilación del retentor a la situación previa de titular de un derecho real de usufructo lo único que hace es excluir una eficacia *erga omnes* basada en un título posesorio semejante al del usufructo, pero acaso podría encontrarse una similitud —que no identidad, pues ya ha sido descartada— con otros derechos de disfrute de esa misma efectividad. Por ejemplo, podríamos considerar la del retentor como una situación cercana a un derecho de garantía oponible frente a cualquiera.

Ahora bien, la metodología que estamos siguiendo a lo largo de este trabajo, y más concretamente en este capítulo, según la cual prescindiremos de cualquier apriorismo sobre la naturaleza del derecho del retentor, ex artículo 502 CC, nos lleva examinar desde cero la posición que ocupan los distintos sujetos susceptibles de verse implicados en relación al citado retentor, indagando todos los intereses en juego y buscando cuál o cuáles de esos intereses deben considerarse especialmente primados o protegidos. Esta es la manera, entendemos, más apropiada para resolver el problema de la eficacia de una retención concreta como la prevista en el artículo 502, prescindiendo —idealmente— de todo el bagaje doctrinal que desde tantas décadas se ha expresado y ha polemizado acerca del derecho de retención en general. Sólo así los resultados podrán considerarse obtenidos correctamente y sin apriorismos.

2. LOS INTERESES EN JUEGO EN LA RETENCIÓN DEL ARTÍCULO 502 DEL CC

Para un examen minucioso de todos los intereses que rodean la aplicación práctica de un derecho de retención como el regulado en el artículo 502 CC, hay que delimitar, en primer lugar, los terceros que, además del retentor (ex usufructuario) y el deudor de los gastos (ex nudo propietario de la finca), pueden verse afectados por aquel derecho.

Parece obvio, en primer lugar, que el conflicto de intereses puede surgir cuando el deudor propietario enajene el inmueble a un

tercero, quien por tanto pasará a ser lo que suele llamarse el tercer adquirente de la finca. A este respecto, conviene señalar que ese conflicto se producirá únicamente cuando la enajenación se produjo después de extinguirse el usufructo y, por tanto, en fase o período de retención por el acreedor ex usufructuario. En caso de que la transmisión se hiciese con anterioridad a la extinción, el conflicto no se planteará, ya que el nuevo propietario se habría convertido, al menos durante un lapso de tiempo, en nuevo titular dominical y habría asumido las obligaciones propias de la relación jurídica de usufructo, entre ellas la de, llegado el término del mismo, liquidar el aumento de valor de la cosa producido por los gastos extraordinarios realizados por el usufructuario. Tal como ya se señaló en su momento, la deuda no nace —es más, ni siquiera se sabe si va a nacer finalmente o no— hasta que no concluye el usufructo; por lo tanto, es en ese momento cuando se sabrá si hay o no deuda, y en consecuencia ese efecto o consecuencia sólo puede afectar a quien sea propietario al extinguirse el usufructo, aun cuando el gasto extraordinario se hubiese realizado durante el dominio de un anterior propietario. El nuevo dueño asume *ope legis*, al adquirir el dominio, la posible carga futura que puede surgir tras la desaparición de la relación usufructuaria ¹⁷⁵.

Junto al nuevo propietario o tercer adquirente de la finca, también van a ser posibles sujetos afectados, cuyos intereses conviene también ponderar en este momento, los acreedores del deudor (acreedores del ex nudo propietario), en especial aquellos que tengan algún privilegio de cobro afectante a la finca. Finalmente, y solapándose en ocasiones con los sujetos antes reseñados, nos encontramos con los titulares de derechos reales sobre el inmueble, ya sean titulares de derechos de servidumbre, inscritos o no en el Registro, ya acreedores hipotecarios. En última instancia, habría que pensar en titulares de derechos de arrendamiento sobre la finca, constituidos por el usufructuario o por el propietario tras cesar el usufructo. Aunque un elenco tan amplio de sujetos, con intereses tan diversos, puede dificultar el estudio que se pretende, creemos que el análisis de sus respectivas posiciones, tomadas de forma individualizada, es, lo repetimos una vez más, la única forma de

¹⁷⁵ Cuestión diferente sería que si el usufructo surgió originariamente por consecuencia de un contrato entre anterior propietario y usufructuario, subistan entre ellos determinadas obligaciones surgidas del mismo; pero la relación obligatoria de usufructo, en su conjunto, se establece entre el titular del derecho de goce y el propietario (actual) del inmueble o cosa usufructuada. Cfr. al respecto ENNECCERUS-KIPP, -WOLF, *ob. cit.*, p. 97 (en cuanto a las relaciones usufructuario-concedente y usufructuario-propietario).

conseguir resultados provechosos acerca de la eficacia del derecho de retención del artículo 502 CC .

Parece correcto comenzar por conocer la posición que ocupa en todo este asunto el retentor, sus intereses y argumentos, desde luego propensos a una eficacia generalizada de su derecho de retención, siendo, pues, oponible a los restantes sujetos afectados.

2.1 La posición del retentor ex usufructuario versus la del propietario tercer adquirente

Para poder analizar el conflicto de intereses susceptible de presentarse entre estos dos sujetos, es preciso que concurra una condición previa ineludible: que la enajenación realizada al tercer adquirente no suponga en ningún caso una asunción (interna: entre transmitente y adquirente) de deuda por parte de este último. A pesar de que la práctica jurisprudencial muestra una cierta tendencia a ampliar la eficacia de los contratos más allá de los sujetos previstos en el artículo 1257 CC, incluso hablando de una cierta eficacia refleja, no parece en modo alguno generalizable la tesis de que el adquirente de la finca retenida, conozca o no conozca el origen de la retención, se subroga automáticamente en la posición deudora que tenía su transferente (internamente), haciéndose efectiva con el consentimiento tácito del acreedor retentor (consentimiento que se daría, v. gr., al reclamar el pago al nuevo dueño de la finca u oponerse a la restitución exigida por éste aduciendo su condición de nuevo deudor). Partiremos, pues, de que no se produce tal asunción, ni interna ni frente al acreedor, y de que el crédito ha de seguir ejercitándose contra el deudor originario (el ex nudo propietario).

Veamos a continuación los términos en que se planteará la disputa de intereses, los argumentos y su adecuada solución.

a) EL ARGUMENTO DE LA «GARANTÍA NATURAL» Y DE LA LÓGICA EFICACIA FRENTE A TERCEROS

Como claramente se desprende de la norma analizada, el retentor es acreedor frente al propietario por el aumento de valor generado en la finca tras las reparaciones extraordinarias hechas en ella por el primero durante la vigencia del usufructo. La ley le otorga en tales circunstancias una facultad excepcional de continuar deteniendo el inmueble. La retención responde de este modo, así ha sido dicho, a una cierta lógica, la de que, habiendo deuda y recayendo

sobre la finca, ésta sirva como «garantía natural»¹⁷⁶, evitando así al acreedor –y por derivación, al propio deudor o al propietario actual– gastos innecesarios por procesos judiciales o por adopción de otras medidas aseguratorias del cobro (v. gr., anotaciones preventivas de embargo, etc.). Resulta, pues, antieconómico conceder una facultad retentoria al ex usufructuario por gastos hechos en la cosa inmueble y no hacerla acompañar de unas repercusiones que puedan alcanzar a todos los demás interesados, pues de no ser así, al menos frente a ellos, habría que invertir cantidades adicionales para forzar y condicionar el pago de la deuda.

El corolario de este razonamiento no es otro que el argumento más tradicionalmente esgrimido por los defensores de la eficacia *erga omnes* de cualquier clase de retención reconocida legalmente. A saber: si el legislador proporciona al ex usufructuario, como una medida excepcional, el poder de conservar materialmente la cosa en determinados casos, no tiene sentido limitar su eficacia a las relaciones entre acreedor y deudor, pues la efectividad de tal derecho quedaría fácilmente desvirtuada mediante la transmisión de la finca a un tercero (después de extinguido el usufructo), quien entonces no sería ya deudor del retentor y podría reclamar la restitución de la cosa mediante una acción reivindicatoria¹⁷⁷.

Sin embargo, la idea de la retención como «garantía natural» y lógica, y su consiguiente eficacia general como medio de darle un contenido, presenta importantes inconvenientes.

Por lo pronto, el hecho de hablar de una garantía natural con una consiguiente eficacia *erga omnes* no deja de ser un apriorismo sin demasiado fundamento. Puede parecer, por un lado, sensato y razonable evitar gastos elevados al acreedor que retiene la finca, gastos que tendría que hacer de otro modo si quiere asegurarse el cobro de su crédito. Pero, frente a ello, se olvida que el crédito que fundamenta la retención puede no ser de elevada cuantía, sino que con frecuencia tendrá un valor poco importante en relación al del inmueble retenido, condenando de ese modo al propietario (suponiendo, como partimos, de que es un tercer adquirente) a una situación de pérdida del control sobre la finca y de buena parte de su contenido patrimonial. En este estado de cosas, la paralización

¹⁷⁶ Vid. en esta línea, entre otros muchos, a VIÑAS MEY, «El derecho de retención», *Rev. Derecho Privado*, 1922, p. 108; LEIVA FERNÁNDEZ, «Derecho de retención», *cit.*, p. 106; D'AVANZO, voz «Ritenzione (diritto di)», en *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, pp. 178-179; CABRILLAC-MOULY, «Droit des sûretés», París, 1990, p. 436.

¹⁷⁷ Son de esta opinión, y utilizan este argumento con las mismas o parecidas palabras, los autores antes citados, y además: MEZZANOTTE, «Il diritto di ritenzione dall'autotutela alla pena privata», Napoli, 1995, p. 33; CATALÁ-FRANJOU, «De la nature juridique du droit de rétention», *cit.*, p. 38.

de la explotación económica del inmueble será casi siempre un hecho, y las consecuencias resultarán absolutamente insatisfactorias desde el punto de vista de la creación de riqueza. Así pues, el resultado antieconómico al que puede conducir esta interpretación del alcance de la facultad retentoria, ex artículo 502, lleva a una conclusión contraria, en lugar de favorable, a las posturas partidarias de la eficacia generalizada de aquélla.

Por otra parte, el argumento negativo tradicionalmente esgrimido, relativo a la poca efectividad de la retención si se permitiese hacer inoponible al tercer adquirente la retención contraída con el anterior propietario transmitente, también merece ser puesto en tela de juicio. Y resulta muy curioso que prácticamente ningún jurista se haya planteado la más mínima duda acerca de la certeza de esa clásica afirmación, muy especialmente en la doctrina española, la cual, quizás, se ha dejado guiar demasiado de los argumentos de autores extranjeros.

La enajenación de la finca que ha sido objeto de usufructo (ya extinguido) puede ser perfectamente concluida a título oneroso o gratuito a quienquiera que la desee adquirir. No hay obstáculo legal que prohíba la enajenación del inmueble y, por tanto, la transferencia del dominio con los requisitos exigidos por la ley en cada caso. Pero en nuestro país, la transmisión *inter vivos* y a título oneroso —la más frecuente— exige el título y la entrega material de la finca. Si ésta se encuentra materialmente en poder del retentor, por ordenarlo así la propia ley, es obvio que difícilmente un tercero podrá convertirse en nuevo dueño de la cosa retenida. En definitiva, a donde queremos llegar es a la idea de que, en Derecho español, la retención material impedirá con frecuencia la adquisición por un tercero de la finca retenida, por ser así nuestro sistema transmisivo. Luego este sistema adquisitivo peculiar incide en la eficacia asignada por el legislador a la retención del artículo 502: si normalmente no será posible la adquisición, los conflictos con este hipotético tercero que es el tercer adquirente no se plantearán; luego, en suma —podrá concluirse, aunque de forma provisional—, la retención juega puramente *inter partes*, en un ámbito personal del retentor-acreedor y el propietario (deudor, al mismo tiempo). Es verdad que, como es de todos sabido, la *traditio* no sólo se produce mediante entrega material, sino también a través de otorgamiento de escritura pública notarial (art. 1462.2 CC)¹⁷⁸, y que por tanto nuestro razonamiento no puede quedarse ahí, sino que debe centrarse primor-

¹⁷⁸ No entramos en este momento en la jurisprudencia que restringe fuertemente el valor de esta clase de *traditio*, por los posibles abusos a que pudiera conducir. *Vid.* al res-

dialmente en estas situaciones de *traditio* instrumental. Pero ello no enturbia en absoluto la conclusión teórica que se ha obtenido: la retención del artículo 502 debe tener eficacia meramente personal, justamente porque el legislador español debió partir del presupuesto de que el conflicto entre retentor y tercer adquirente —que, por demás, es el conflicto central en este asunto de la eficacia de la retención— normalmente no se va a producir, porque no habrá tal adquirente (por falta de *traditio* normal o material) mientras el acreedor ex usufructuario mantenga la cosa bajo su poder.

A partir de ahora, pues, y en esta progresiva delimitación de la eficacia de la facultad retentoria en las distintas situaciones susceptibles de presentarse, restringiremos el examen del conflicto de intereses entre retentor y tercer adquirente a los casos en que efectivamente puede presentarse, y que se reducen a las hipótesis en que el propietario deudor haya transferido la finca al tercero a través de una *traditio* instrumental (escritura pública). Por lo demás, hasta ahora nos hemos cuidado de eludir cómo encaja la retención posesoria del artículo 502 dentro del engranaje registral, o sea, la influencia que sobre esta polémica puede ejercer la normativa sobre el Registro de la Propiedad a la vista de la naturaleza «inmobiliaria» de la cosa objeto de retención, sobre lo cual aludiremos a continuación.

Un último apunte acerca de ese «topos» común de nuestra doctrina de dotar a la retención de una cierta eficacia frente a terceros adquirentes de la cosa retenida, si no se la quiere dejar vacía de contenido: Acaso este clásico argumento se puede enfocar desde un punto de vista distinto del usual. Veamos: ¿es que un retentor en modo alguno puede, si se acepta una eficacia de la retención ex artículo 502 limitada al deudor propietario, oponerse o defenderse de alguna manera frente a un tercer adquirente de la finca para evitar verse privado de la detentación de la cosa, que es precisamente el arma proporcionada por el Ordenamiento para forzar el cobro de su crédito?

Por supuesto que sí puede defenderse. No sólo a través de la acción del artículo 41 L. Hipotecaria, como se verá más adelante, sino también mediante acciones posesorias. No puede olvidarse que la retención de inmueble ajeno, ante la grave indeterminación

pecto, recientemente, NAVARRO CASTRO, «La tradición instrumental», Barcelona, 1997, especialmente pp. 149 ss.

Sobre la adquisición por título y modo, *vid.* con carácter general DÍEZ-PICAZO, «La tradición y los acuerdos traslativos en el Derecho español», *ADC*, 1966, p. 555; FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSORIO, «Compraventa de cosa ajena», Barcelona, 1994, entre otros.

legal de su contenido y extensión, tiene un campo de actuación sobre el que no cabe dudar: el puramente posesorio. La retención ex artículo 502 otorga al acreedor un título válido (de origen legal) para la detentación material de una cosa, y es en ese ámbito posesorio en el que deben moverse sus poderes jurídicos. Como tal poseedor puede defenderse frente a cualquier intromisión material realizada por cualquier otro sujeto, aunque sea el dueño (nuevo dueño) del inmueble retenido. No es, por tanto, descartable que el legislador haya querido limitar la eficacia de la retención –que es, no se olvide, un caso de *ius possidendi*– a las disputas meramente posesorias protagonizadas entre el acreedor retenedor y el propietario que pretende arrebatarse por la fuerza, por sus propios medios, y sin intervención de la autoridad, la finca objeto de disputa. Siendo la retención en todo caso, como suele destacarse, un modo específico de «autotutela», basado en la posesión, es posible que sus efectos *erga omnes* se reduzcan a rechazar cualquier pretensión de autotutela, venga de quien venga, por los cauces puramente posesorios¹⁷⁹. Y sin que ello suponga un medio de oponerse a quien, teniendo un derecho más poderoso que el retentor (por ej., el nuevo propietario), pretenda hacerlo valer ante los Tribunales, v. gr., a través de una reivindicatoria.

b) LA RETENCIÓN COMO AUTOTUTELA

Siendo en todo caso la retención una manifestación admitida legalmente de autotutela de un acreedor de su posición frente al deudor, consistente en poder mantener una detentación preexistente como modo de coaccionar al pago por el deudor, podría sostenerse que ese medio especial de autotutela no debe quedarse en una mera eficacia frente a ese deudor, y mientras sea dueño de la cosa retenida, sino que debe extenderse más allá, hasta alcanzar a cualquier tercero, sea subadquirente, acreedor o titular de derechos reales.

Pero también esta idea choca con importantes inconvenientes. Y así, si se admite la concepción de la retención en general, y la del artículo 502 en particular, como un medio especial o excepcional

¹⁷⁹ Surge, no obstante, una duda en la aplicación a la posesión del retentor de los medios de defensa típicamente posesorios. Es indiscutible que aquél puede ejercitar interdictos posesorios frente a cualquiera, incluido el propietario, que le despoje de la tenencia de la cosa contra la voluntad del retentor (arts. 446 CC y 1651 LEC). Ahora bien, la especial configuración de la retención como medio de autotutela frente al dueño de la finca puede llevar a sostener que, si éste último recupera la tenencia de la finca sin realizar ningún acto violento o de despojo, sea inadmisibles entonces el interdicto contra el dueño, dada la configuración especial de la posesión «en concepto de retentor». La retención, pues, se extinguirá y perderá toda su eficacia si el retentor pierde materialmente y de forma no violenta la posesión a manos del *dominus*.

de autodefensa concedido frente al impago de una deuda recayente sobre la misma cosa retenida ¹⁸⁰, lo más lógico hubiera sido que, precisamente por esa misma especialidad o excepcionalidad, el legislador marcase con toda contundencia el alcance y los límites precisos de esa facultad. No ha sido así. Si hay algún derecho o facultad en nuestro Ordenamiento con unos contornos imprecisos, ése es el derecho de retención, en cualquiera de sus expresiones legales. Luego esa excepcionalidad del derecho concedido no debe, por lógica, extenderse a cualquier clase de situación y frente a cualquier sujeto interesado en la finca. Habrá que darle un ámbito, un alcance lo más restrictivo posible. No ya propiamente por tratarse de un supuesto excepcional, del que haya que excluir una aplicación extensiva o analógica, sino más bien porque, si es una forma de autotutela, el legislador debe mirar con total desfavor cualquier posición jurídica que permita a un sujeto defenderse u oponerse a las pretensiones de otro haciendo ineficaz cualquier recurso a la autoridad judicial ¹⁸¹.

¹⁸⁰ Esta idea del *ius retentionis* como manifestación excepcional de autotutela lo han defendido multitud de autores fuera de nuestras fronteras, especialmente en Italia.

En este país, autores de la talla de BETTI, voz «Autotutela», en *Enciclopedia del Diritto* IV, Varese, 1959, p. 531, han catalogado a la retención como un medio legal de autotutela de carácter «pasivo» (frente a medios de carácter activo). Igualmente, BARBA, voz «Ritenzione», en *Enciclopedia del Diritto*, XL, Varese, 1989, pp. 1373 ss. Por su parte, MEZZANOTTE, «Il diritto di ritenzione...», Napoli, 1995, pp. 14 ss. y 36 ss., mantiene la idea de la retención como forma legalmente reconocida de tutela privada de determinados derechos, pero con un componente sancionador, en cuanto se concede para supuestos concretos de incumplimiento o impago de algunas deudas. Vid. también BONGIORNO, G., «Profili sistematici e prospettive dell'esecuzione forzata in autotutela», *Riv. Trimm. Dir. e Proc. Civile*, 1988, pp. 448 ss.; D'AVANZO, voz «Ritenzione (diritto di)», en *Novissimo Digesto Italiano*, tomo XVI, pp. 169-170; SATURNO, «Il diritto...», *cit.*, pp. 81 ss.

También en Francia, un autor especialista en este tema DERRIDA, «La "dématerialisation" du droit de rétention», *Mélanges offerts a Ms. Le Professeur Voirin*, París, 1966, p. 178, afirma que tal derecho constituye «un acto de justicia privada superviviente de la época lejana en donde la fuerza constituía la única regla que gobernaba las relaciones entre los hombres». También usa la misma expresión de «acto de justicia privada» para referirse a la retención, CABRILLAC-MOULY, «Droit des sûretés», *cit.*, p. 421.

En España, cabe al respecto recoger algunas manifestaciones de SANCHO REBULLIDA, «La facultad de retención posesoria», en *Estudios de Derecho Civil*, I, Pamplona, 1978, pp. 245-247: «... Esta autotutela cautelar (propia de la retención) —dice el autor en un cierto tono crítico— no explica la naturaleza jurídica de la retención, como tampoco sus límites y contenido, pero sí, acaso, su significado y finalidad».

Vid. también en Derecho argentino, LEIVA FERNÁNDEZ, «Derecho de retención», Buenos Aires, 1991, p. 112, quien, sin embargo, matiza que «el retenedor no se hace justicia por propia voluntad porque no satisface su crédito, sólo obsta temporariamente a la satisfacción del derecho del acreedor de la cosa, cautelando el propio».

¹⁸¹ De hecho, es usual en la doctrina estudiosa de la retención otorgar un campo restrictivo de actuación al retentor. Así, se suele decir que la actitud de éste no puede ser más que pasiva, defensiva, de preservar la cosa en su poder, y de no iniciar actividades tendentes a cobrar por otra vía el crédito, pues ello puede acarrearle la pérdida del derecho. Vid. al respecto DERRIDA, «La "dématerialisation" ...», *cit.*, pp. 178-180 (aunque su posición resulta quizás demasiado radical).

En realidad, la retención, desde esta perspectiva, se erige en un medio de autodefensa caracterizado por la posesión de una cosa, pero esa posesión, y su continuidad, estarán en función del fin perseguido por esa autotutela. Si éste consiste en coaccionar indirectamente al deudor para que pague su deuda al acreedor, lo coherente es que ese mecanismo de oposición o de excepción (en palabras de algunos autores) en que consiste la retención no tenga un alcance ilimitado, sino sólo en función de lograr ese objetivo¹⁸². Ello automáticamente nos lleva a concluir que su eficacia únicamente afectará al propietario deudor y mientras siga siendo propietario. Cuando deje de serlo, caso de que ello suceda –lo que auguramos poco frecuente–, perderá su sentido como autodefensa con fin de cobro si se enfrenta al nuevo propietario, que en modo alguno es deudor de la obligación. Dicho con otras palabras: la lógica de la autodefensa excluye la eficacia *erga omnes*, por cuanto los sujetos, distintos del deudor, frente a los cuales quiera oponerse el retentor y denegar la restitución o ejecución de la finca, nunca llegarán a satisfacer a dicho retentor su interés por cobrar la deuda, dado que ellos no son sujetos obligados; siendo entonces la retención –si se la aplica ampliamente– un simple modo de entorpecimiento de las relaciones jurídicas con la cosa de los demás sujetos interesados en ella.

c) EL PRINCIPIO «NEMO PLUS IURIS TRANSFERRE POTEST QUAM IPSE HABET» APLICADO A LA POSICIÓN DEL TERCER ADQUIRENTE

Tampoco resulta válido ni clarificador un argumento, utilizado a veces por un sector de la doctrina¹⁸³, basado en la máxima o principio *nemo dat quod non habet* o *nemo plus iuris transferre potest quam ipse habet*. De seguirse esta máxima y aplicarse al retentor y

¹⁸² Cfr. en sentido muy parecido, y en todo caso contrario a su configuración como derecho real con eficacia *erga omnes*, BETTI, *ob. cit.*, p. 531. Señala este autor que «... en la retención, el rechazo a restituir sirve de coacción para inducir a la contraparte a satisfacer una obligación conexa con la cosa por restituir». Más adelante, considera las distintas formas de autotutela, entre ellas la retención, como «poderes-medio», coordinados con el derecho que se tutela. «Así –concluye– el derecho de retención, lejos de configurarse como derecho real..., no tiene otro contenido que el de justificar, por parte del detentador de la cosa ajena, el rechazo a la restitución debida».

¹⁸³ Cfr. al respecto BARBA, *ob. cit.*, p. 1383, quien propugna la eficacia de la retención frente al tercer adquirente, no en la naturaleza presuntamente real del derecho, sino en el carácter «derivativo» de la adquisición de ese tercero, quien no podrá recibir el dominio en condiciones distintas de su causante o transmitente a título particular. También MEZZANOTTE, *ob. cit.*, p. 77; SATURNO, «Diritto di ritenzione...», *cit.*, p. 7, quien utiliza este conocido adagio para hacer oponible la retención no sólo al tercer adquirente, sino también al resto de acreedores del propietario deudor, a quienes –erróneamente, a nuestro juicio– cataloga como «sucesores a título particular» del deudor cuando éste es ejecutado, en cuanto que la ejecución del bien conducirá a la venta en subasta y la adjudicación del mismo a un adqui-

a las relaciones de este con el tercer adquirente del inmueble, habría que entender que éste último en modo alguno puede adquirir una propiedad libre de la «carga» (entendida por ahora en sentido genérico o no propio) en que consiste la retención, pues su transferente carecía de la facultad posesoria sobre aquél al estar en manos del retentor, quien tiene por ley derecho a preservarla mientras no cobre la deuda.

Tal argumentación adolece de un grave defecto, que no es otro que constituir una petición de principio. Decir que la adquisición de un inmueble afectado por la retención ex artículo 502 impide al nuevo propietario recuperar materialmente la cosa, implica considerar la facultad retentoria como una «carga» inherente a la finca, de tal entidad que, a pesar de no estar inscrita –lo que es muy difícil por tratarse de un poder concedido por la ley en determinadas circunstancias–, es oponible al tercer adquirente. Y es eso precisamente lo que hay que demostrar, a saber, que una facultad nacida como medio de compeler y coaccionar al deudor propietario de la cosa usufructuada es concebida por el legislador de tal modo que tenga una virtualidad más allá de la persona del deudor¹⁸⁴. Con la ley en la mano, no hay datos ni razones para considerar que cuando se transfiere el dominio de una cosa cumpliendo todos los requisitos legales, esto es, se otorga un contrato transmisivo por quien es dueño y con facultades para transmitir, sin restricciones o cargas registrales, y además otorga escritura pública (*traditio* instrumental), ese dominio que adquiera va a estar limitado por el poder del retentor y, por tanto, va a hacer ineficaz una reclamación planteada por el nuevo dueño relativa a la restitución de la posesión de la cosa adquirida.

Por su parte, López y López sitúa también las críticas a este argumento tan «aparatoso» –en palabras suyas– explicando el campo en que dicho principio se mueve. A su juicio, el mismo «desenvuelve su valor explicativo y su posible valor institucional dentro de un campo sustantivo, no en el posesorio», como sucede con la retención. «La no posesión de la cosa –añade– no implica

rente que sucederá en la misma e idéntica posición que la del anterior propietario. D'AVANZO, voz «Ritenzione», *cit.*, pp. 178-179.

En España, VIÑAS MEY, «El derecho...», *cit.*, p. 108, para quien los adquirentes de la cosa o de derechos reales no son verdaderos terceros sino causahabientes suyos (del anterior propietario deudor), subrogados en su posición y facultades; por lo cual siendo el derecho de retener oponible al deudor lo será a ellos igualmente. MORELL Y TERRY, «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», tomo I, Madrid, 1925, p. 418 (en relación a la inscripción registral del tercero de un inmueble «gravado» con derecho de retención). También, LEIVA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 160, respecto del Derecho argentino.

¹⁸⁴ Cfr. al respecto LÓPEZ LÓPEZ, «Retención y mandato», *cit.*, pp. 58-59, quien sigue también este mismo razonamiento.

limitación alguna del derecho que sobre ella se tenga; queremos decir que en modo alguno afecta a la legitimación como requisito del acto traslativo. El haz de facultades que un titular puede con eficacia transmitir no está, en línea general, conectado con la situación posesoria». (Como es obvio, parte dicho autor de los casos en que la transmisión del dominio se produce mediante *traditio* instrumental).

d) LA EFICACIA DEL DERECHO DE RETENCIÓN Y EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

Como ya veníamos avanzando, se trata éste de un aspecto crucial que conviene examinar, a la vista de que nos encontramos ante un derecho de retención que afecta a quien ha sido usufructuario de un bien inmueble, pudiendo el deudor propietario haber tenido inscrito su dominio en el Registro de la Propiedad, y consecuentemente, al transmitirlo a un tercer adquirente, éste también ha podido inscribir la propiedad adquirida, sin que conste en aquél la existencia de una facultad retentoria como la del artículo 502 CC. Una manera de afrontar el conflicto de intereses que estamos analizando entre retentor y tercero propietario de la finca retenida consiste en hacerlo apoyándonos en las normas hipotecarias¹⁸⁵. Sólo analizando hasta qué punto una posesión en concepto de «retención» tiene valor y es oponible a titulares registrales que no sean el primitivo nudo propietario (o los sujetos de quienes traía causa), o, en última instancia, si es factible que la retención del usufructuario tenga acceso al Registro, se podrán obtener conclusiones correctas sobre su eficacia que complementen nuestros anteriores razonamientos. Téngase en cuenta, finalmente, que el examen del juego registral del derecho de retención ex artículo 502 no sólo será útil en relación al conflicto entre retentor y tercer adquirente, sino que podrá ser relevante también en relación a los otros conflictos (entre retentor y acreedores, entre retentor y titulares de otros derechos reales inscritos); por tanto, la solución que se dé a este importante tema influirá de modo considerable en la manera de resolverse esos otros conflictos de intereses.

¹⁸⁵ En buena medida, este es el criterio que utiliza el propio JORDANO FRAGA, *ob. cit.*, pp. 4772-4773, para dilucidar la cuestión (en favor concretamente de la eficacia *erga omnes*). Señala al respecto: «... La cuestión de la opinibilidad/inoponibilidad no depende, por tanto, necesariamente de la naturaleza del derecho o facultad que se opone, sino de la existencia o no de un adecuado mecanismo de publicidad que haga o no plausible su beligerancia ofensiva frente a los terceros, según el criterio de la Ley en cada caso».

d.1 *Sobre la inscribibilidad o no en el Registro de la Propiedad del derecho de retención legal del artículo 502 CC*

Siguiendo un hilo lógico, quizás lo primero que convenga aclarar es la posibilidad de que el derecho de retención establecido por la ley misma en favor del ex usufructuario pueda tener acceso de algún modo al Registro de la Propiedad. Si tal derecho tuviera fácil acogida en los Libros del Registro, se habría dado un paso importante en favor de la eficacia *erga omnes* de la retención inmobiliaria del artículo 502 CC.

Formalmente, ni esta *facultas retentionis* del artículo 502, ni ninguna otra reconocida legalmente en el Código civil en relación a bienes inmuebles, son recogidas ni aludidas por la legislación hipotecaria como un derecho –real o personal– susceptible de ser inscrito en el Registro de la Propiedad¹⁸⁶. Pero ello no puede ser un inconveniente insalvable habida cuenta de que nuestro sistema registral es de *numerus apertus*, y la retención acaso pudiera tener cabida entre esos otros «derechos» de que habla la ley y la doctrina hipotecarista como inscribibles.

Muy escasas son las referencias doctrinales acerca de la inscribibilidad de un derecho *ex lege* de retención cualquiera, no ya del recogido en el artículo 502 CC. Destaca en nuestro país, por su claridad y contundencia, Camy Sánchez-Cañete¹⁸⁷, quien señala que la posibilidad o no de inscripción registral dependerá de la naturaleza jurídica que tenga el derecho que analizamos. Y así distingue:

1. Si se trata de un derecho real, será posible su inscripción, que se realizará mediante un documento entre el titular y el propietario o por sentencia firme en que reconozca dicho derecho de retención.

2. Que se trate de una situación con eficacia real, en cuyo caso, según este autor, no sería inscribible.

¹⁸⁶ No puede considerarse un ejemplo contrario a nuestras tesis, y por tanto susceptible de inscripción registral, la previsión contenida en la Ley 473 del Fuero Nuevo de Navarra, conforme a la cual «las obligaciones también pueden garantizarse mediante el acuerdo de que el acreedor retenga hasta el cumplimiento la posesión de la cosa... Este derecho –añade– podrá inscribirse cuando la naturaleza del objeto lo permita». Sobre el tema, *vid.* SABATER BAYLE, «La facultad de retención posesoria», *Rev. Jurídica de Navarra*, núm. 13, enero-junio 1992, p. 88.

A nuestro juicio, se trata de un supuesto de retención convencional, y no legal. Este asunto de la inscribibilidad de la retención convencional será examinado en el epígrafe siguiente.

¹⁸⁷ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *ob. cit.* vol. 4.º, p. 463.

También parece ser esta la tesis de VIÑAS MEY, *ob. cit.*, p. 112, quien afirma, después de defender su naturaleza real, que tratándose de inmuebles, es opinable a terceros en los términos establecidos por el sistema inmobiliario, esto es, por los principios relativos a la inscripción.

3. Que se trate de una mera facultad aneja a un derecho real, en cuyo caso lo que será inscribible es el derecho real, v.gr. el de usufructo, pero en ningún caso la facultad de retención ¹⁸⁸.

Aun admitiendo que fuese posible, tal como considera este autor, la inscripción del derecho de retención del usufructuario en el Registro —por documento entre propietario y retentor, o por sentencia firme en que se reconociera dicho derecho—, hemos de reconocer que no siempre sería posible obtener alguno de estos dos documentos, a saber:

En primer lugar, ese documento firmado por propietario y retentor, a que hace alusión Camy, resultará muy difícil de obtener en la práctica por el normal enfrentamiento que se producirá entre propietario y retentor como consecuencia del impago de aquél y la consecuente coacción ejercitada por el que retiene. Excepcionalmente, si se tiene la precaución de prever por anticipado, al constituir el usufructo, la posibilidad de un derecho de retener en favor del usufructuario para el caso de impago de los gastos extraordinarios, realmente nos encontraríamos ante un supuesto de retención convencional, y no legal, sobre cuya eficacia trataremos más adelante, y a ese apartado nos remitimos ¹⁸⁹.

En segundo lugar, por lo que respecta a la sentencia en que presuntamente sea reconocido el derecho de retención por el juez, pensamos que, en tales casos, lo normal será que se sustancie a la vez el procedimiento de fondo relativo al cobro del crédito con todos sus trámites procesales, por lo que ya no sería precisa su inscripción por haber sido ya cobrado el crédito. En suma, resulta obvia la inutilidad de intentar el acceso al Registro de la sentencia referida, pues lo lógico es que el procedimiento haya concluido con el pago voluntario o, en caso contrario, la sentencia misma servirá de título de ejecución inmediata, pudiendo ser objeto de anotación preventiva de embargo (del inmueble objeto de retención, o de cualquier otro, si lo hubiera). Pero entonces lo que por lógica accederá al Registro será el embargo, y no la sentencia declarando el derecho (de retención).

¹⁸⁸ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *ob. cit.* vol. 1.º, p. 150.

¹⁸⁹ MORELL Y TERRY, «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», I, *cit.*, p. 457, considera admisible la inscripción mediante un documento en el que, además del acreedor (retentor) el deudor (propietario) preste voluntariamente su conformidad con ese derecho de retención como medio de acceso al Registro. Lo que sucede es que ese documento seguramente contendrá, siguiendo las reglas interpretativas elementales (arts.1281 a 1289 CC), un pacto de constitución de una garantía real, ya sea hipoteca (con pacto anticrético), o una anticresis con alguna particularidad.

En cualquier caso, la existencia de una sentencia declarativa reconociendo validez al derecho de retención legal del artículo 502 (o cualquier otro) no es garantía suficiente de un automático acceso al Registro, pues el Registrador tiene libertad para calificar tal derecho como susceptible o no de inscribirse según su eficacia real o personal. En relación a este tema, cabría cuestionar la inscribibilidad o no de dicha sentencia según quiénes intervengan en ese juicio declarativo acerca del derecho de retención mismo. Si la *litis* se plantea entre acreedor retentor y deudor, habiendo un tercer adquirente que haya inscrito en el Registro su adquisición, seguramente la sentencia no podría en modo alguno tener acceso a los Libros registrales, aun cuando lo ordenase el juez, pues habría al menos que haber demandado al titular registral actual. Si se demandó también al tercer adquirente, entonces la sentencia le alcanzaría, y aun cuando el juez considerase que tal retención es también efectiva frente a él, todavía el Registrador seguiría teniendo libertad para decidir sobre la consideración real o personal del derecho declarado judicialmente. Es difícil prever de antemano qué haría el Registrador correspondiente con un mandamiento judicial de inscripción de tal derecho, pero es bastante probable que rechazase la inscripción, entre otras consideraciones¹⁹⁰ en base a que al Registro sólo acceden derechos reales (o derechos personales tipificados) y el de retención no lo será, pues la ley no lo incluye entre ellos, siendo como es un derecho «tipificado» en distintos textos legales, anteriores o coetáneos a la Ley Hipotecaria, debiendo haberse previsto en esta normativa su inscribibilidad si se así se hubiese querido por el legislador¹⁹¹.

En otro orden de cosas, conviene preguntarse por la eficacia registral de un derecho de retención legal como el del artículo 502 CC, en un ámbito concreto: el del procedimiento especial del artículo 41 de la Ley Hipotecaria.

A este respecto, dicha norma, como es sabido, faculta al propietario inscrito –en nuestro caso, el tercer adquirente de la finca retenida– a instar un procedimiento especial basado en la publicidad

¹⁹⁰ Por ejemplo, cuando el Registrador tenga que examinar el fin perseguido por tal derecho de retención, que no es otro que la coacción al deudor para que pague lo adeudado, y no tanto el concederle un poder directo para el disfrute de alguno de los provechos o potencialidades de la finca, seguramente encontrará un fuerte obstáculo para la inscripción de ese derecho declarado por resolución judicial.

¹⁹¹ En contra de la transcripción del *ius retentionis* en general, en el Registro, se muestra MEZZANOTTE, *ob. cit.*, p. 80, respecto del Derecho italiano, pues no está prevista dicha transcripción en el artículo 2643 del «Codice», ni su nacimiento procede de un «acto jurídico» en sentido estricto, susceptible de acceder al Registro, sino que nace automáticamente, por preverlo la ley, cuando se dan las condiciones exigidas para ello.

registral para recuperar la posesión del inmueble de quien lo detenta, en teoría de forma indebida. Pero también recoge dicha norma una serie de excepciones que la ley permite utilizar al demandado en su oposición al titular registral. La duda que nos planteamos es si la retención ex artículo 502 CC puede constituir o no uno de esos supuestos excepcionales. Siendo así, la propia Ley Hipotecaria estaría otorgando eficacia frente a terceros (el tercer adquirente, en concreto) a una *facultas retentionis* legal, no inscrita, lo que serviría de indicio importante en favor de la eficacia *erga omnes* del derecho que se analiza.

En relación a esta cuestión, aun cuando hay autores¹⁹² que han defendido recientemente la inclusión del *retentor*, en cualquiera de sus modalidades, dentro de la excepción del número 2.º del artículo 41 («poseer el contradictor la finca o disfrutar el derecho discutido por contrato u otra cualquiera relación jurídica directa con el último titular, o con titulares anteriores...»), estamos de acuerdo con López y López¹⁹³ en que esta interpretación se da de bruces con la lógica jurídica de nuestro sistema registral, que debe en teoría primar siempre al titular registral frente a cualquier otro sujeto con un derecho o facultad no inscritos, evitando así a aquél «un fracaso clamoroso contra tan débil barrera». De todos modos, sobre esta cuestión volveremos más adelante.

d.2 *Sobre la posibilidad de un derecho de retención convencional concedido al usufructuario por el negocio jurídico de constitución del usufructo*

Rechazada la inscribibilidad de una retención legal, nos queda por examinar, a la vista del sistema de *numerus apertus* que rige en nuestro Ordenamiento a la hora de crear nuevos derechos reales inscribibles no tipificados, si es posible la creación negocial de un derecho de retención de naturaleza convencional, con eficacia *erga omnes*, y por tanto, si el Registro puede estar o no abierto a él.

Si tal derecho convencional o negocialmente estipulado fuese inscribible, podríamos encontrar un cierto apoyo en favor de su eficacia *erga omnes*. Ya que se estaría reconociendo que merece considerársele como derecho con un valor superior al meramente personal, erigiéndose en una especial modalidad de garantía de pago de deudas de naturaleza, si no real, sí al menos de eficacia generali-

¹⁹² LÓPEZ FRÍAS, A., «La posesión con título y la prescripción “contra tabulas” como causas de oposición a la acción real registral», *Rev. Derecho Privado*, mayo 1995, pp. 440 ss. (en especial, pp. 445-446, respecto de la retención en el usufructo).

¹⁹³ LÓPEZ LÓPEZ, «Retención y mandato», *cit.*, p. 52.

zada, con alcance frente a terceros, v. gr., el tercer adquirente de la finca objeto de retención, quien entonces se vería vinculado y limitado por esa restricción de su dominio de origen negocial.

Por el momento, partiremos de la hipótesis de que, mediante contrato constitutivo de un usufructo, se incluyera como cláusula específica del mismo la concesión al usufructuario (o a sus herederos) de un derecho de retener la finca (con posibilidad de cobrarse con los productos de la misma) cuando, al concluir el usufructo, se hubiesen realizado por aquél reparaciones extraordinarias urgentes en la finca y el propietario no hubiese pagado el crédito surgido como consecuencia de las mismas. En suma, nos planteamos el supuesto más simple de todos: una cláusula contractual que reproduzca sin más e incorpore al contrato el mismo y exacto contenido del artículo 502 del Código civil. A nuestro juicio, en esta hipótesis, no habría una mera remisión a las normas vigentes del usufructo¹⁹⁴, sino una clara voluntad de generar entre las partes una forma concreta de garantizar el pago de una determinada clase de deudas, sólo que incorporando como modelo de garantía el previsto legalmente en la citada norma.

Entrando ya en materia, parece poco dudoso que las partes que intervienen en un contrato de constitución de un derecho real de usufructo pueden introducir los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente. No encontramos razón alguna de ilegalidad, inmoralidad o contradicción con el orden público que impida la validez de una estipulación como la que se examina, máxime si se trata de reproducir con los mismos o similares términos las palabras del artículo 502. Ahora bien, el problema surge cuando el titular del usufructo acude al Registro de la Propiedad con la escritura pública de constitución y pretende inscribir su derecho real de disfrute con todas las cláusulas negociales, incluida la de la retención. En teoría, el Registrador ante el que se presente tal documento deberá ir cláusula por cláusula y examinar qué clase de derechos se conceden en ellas y si tienen eficacia real¹⁹⁵.

Sobre la posibilidad de constituir derechos reales especiales o «atípicos» –que en eso consistiría este hipotético derecho de rete-

¹⁹⁴ Salvo quizás cuando el texto del contrato simplemente señalase que la relación usufructuaria se regirá «por los artículos ... y 502 del CC», en cuyo caso habría más bien una voluntad de no alterar lo regulado con carácter dispositivo en el Título dedicado al usufructo. En tal caso, la retención aplicable, si a ello hubiese lugar, sería la «legal» del artículo 502, y no una convencional, a imagen y semejanza de dicha norma.

¹⁹⁵ Por supuesto, el tema se plantea en términos de si tal retención convencionalmente establecida tiene la consideración o no de un «derecho real» (atípico), o si forma parte indisoluble del derecho real de usufructo que se constituye, hasta el punto de hacer inevitable su constancia registral. Desde luego, no se plantea en términos de admitir tal «retención» como derecho personal susceptible de inscripción.

ner la finca con fin de garantía ¹⁹⁶— susceptibles de inscripción registral, se han manifestado ampliamente la doctrina y la jurisprudencia registrales. Nuestro Ordenamiento sigue el sistema de *numerus apertus*, aunque, entre los matices existentes, creemos más acertada la tesis de quienes, como Díez Picazo, consideran que tal sistema no ha de entenderse de manera ilimitada, sino con restricciones ¹⁹⁷. Estas restricciones vendrán dadas por la necesidad de que el derecho que se crea satisfaga una función económico-social propia y diferenciada de los demás derechos reales tipificados. Caso de no ser así, se rechazaría su creación y por tanto su inscripción, dada la eficacia frente a terceros no intervinientes que tendría ese contrato, lo cual acarrea una admisibilidad excepcional de nuevos derechos reales ¹⁹⁸. Parece, pues, trascendente examinar en cada caso, cuando se pretenda la creación de un derecho atípico susceptible de inscripción, tener en cuenta esas ideas.

Hechas estas consideraciones, procede examinar hasta qué punto el derecho que se constituye mediante contrato o negocio responde a estas exigencias.

Haciendo en primer lugar un repaso de nuestra jurisprudencia registral, que es la que principalmente nos interesa en este tema relativo a la constitución y posible inscripción en el Registro de un derecho de retención como «derecho atípico» convencionalmente creado, podemos señalar una Resolución de la Dirección General de Registros, la de 4 de marzo de 1993, que admite la inscripción de una cláusula en la que se crea un derecho de retención convencional ¹⁹⁹. La Resolución de 4 de marzo de 1993 no es otra que la

¹⁹⁶ Hablamos de tal «retención» como «derecho real atípico» puesto que, como ya se dijo antes en nota anterior, la inscribibilidad de ese derecho se presenta en cuanto «derecho real», y no personal, y es obvio que no hay tipificado ningún derecho real con fin de garantía que se denomine «retención».

¹⁹⁷ DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial», vol. 3.º, Madrid, 1995, pp. 115 ss., considera decisivo delimitar la autonomía privada en materia de derechos reales, señalando al respecto diversas restricciones, derivadas de, por ejemplo, las prohibiciones legales, la necesidad de determinar con claridad el contenido y alcance del mismo, la temporalidad, etc., atendiendo de manera especial a la función económico-social que va a cubrir ese hipotético derecho que se pretenda crear.

En contra, y por tanto a favor de una casi total autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales, recientemente, GORDILLO CAÑAS, A., «Bases del Derecho de Cosas y Principios Inmobiliario-Registrales: Sistema español», *ADC*, 1995, II, pp. 549 ss..

¹⁹⁸ Cfr. NATUCCI, «La tipicità dei diritti reali», II; Padova, 1985, pp. 20 ss.

En contra, recientemente, de la limitación en la constitución de derechos reales atípicos, y a favor de la libertad absoluta con base en el artículo 1255 CC, RODRÍGUEZ ROSADO, «Fiducia y pacto de retro en garantía», Barcelona, 1998, pp. 174 ss.

¹⁹⁹ Aparte de esta Resolución de la DGRN, y a título indicativo de las transformaciones que se están produciendo en la jurisprudencia de la Dirección General de Registros acerca de la posibilidad de inscribir derechos o facultades teóricamente «personales», conviene también traer a colación en este lugar las Resoluciones relativas a las «cláusulas

famosa en la que se acoge con carácter general el «time-sharing» o derecho de aprovechamiento por turnos como figura real atípica, en su modalidad de multipropiedad inmobiliaria propiamente tal, y se permite la inscripción de los estatutos de la multipropiedad como modalidad diferenciada de la propiedad horizontal. En esos estatutos se incluye una cláusula por la que se permite a la sociedad de servicios encargada del mantenimiento del conjunto inmobiliario retener el tiempo de disfrute de aquellos apartamentos cuyo titular no hubiese satisfecho las cuotas respectivas.

Vistas las cosas con objetividad, el ejemplo jurisprudencial no es demasiado ilustrativo como para sacar una conclusión definitiva sobre la inscribibilidad de derechos de retención convencional, pues es indudable que nos hallamos ante una hipótesis verdaderamente excepcional. Y esa excepcionalidad viene dada por dos datos fundamentales. El primero, que se trata de una retención convencional aplicable en el ámbito de la multipropiedad o derecho de aprovechamiento compartido o por turnos, de manera que la vigencia temporal de la retención pactada no se extiende más que durante una semana al año o un lapso de tiempo no mucho mayor, desapareciendo su eficacia en los restantes períodos de tiempo pertenecientes a titulares que pagan religiosamente sus cuotas. Se hace bastante difícil extender el criterio seguido por esta Resolución de la DGRN a otras retenciones susceptibles de crearse, como por ejemplo la que aquí nos estamos planteando, esto es, una retención en favor del ex usufructuario, por el impago de reparaciones, y durante todo el tiempo preciso —que puede ser mucho— para cobrar o hacerse pago con los productos del inmueble. Los inconvenientes van a ser, por fuerza, mucho mayores a la hora de admitir y dar entrada en el Registro a un «derecho real» de esta naturaleza, por todo lo que ello supondría de dejar abierto el tiempo de duración de la detentación de la finca, sin posibilidad de que su dueño pueda obtener frutos de la cosa al estar simplemente «retenida» por el

penales», las cuales recientemente han tenido acogida registral a pesar de tratarse de garantías indudablemente «personales» (RR. DGRN 5 febrero 1990 y 8 octubre 1991). En favor de su acceso al Registro se ha esgrimido primordialmente la idea de «unidad negocial», en el sentido de no poderse partir artificialmente el contenido de un negocio dejando fuera todos los aspectos «personales».

La argumentación sostenida por la DGRN ha sido fuertemente criticada por los hipotecaristas, con argumentos poderosos basados en la concepción general de nuestro Registro, como de inscripción y no de transcripción de títulos, en la imposibilidad de otorgar carácter privilegiado al crédito nacido de dicha cláusula penal y en las graves dificultades de circulación de los bienes inmuebles si se admiten en el Registro estas cláusulas penales. Sobre el tema, *vid.* GARCÍA GARCÍA, J. M., «La función registral calificadora, la protección de los consumidores y la cláusula penal en los Autos del Presidente del TS Justicia de Cataluña», *RCDI*, mayo-junio 1992, pp. 1339 ss..

deudor (aparte de los inconvenientes derivados de un posible atentado al principio de especialidad hipotecaria). El segundo de los datos es que realmente, si bien se piensa, una «retención» como la contenida en los Estatutos de esa multipropiedad no sería propiamente una retención, sino un derecho más amplio de disfrute del apartamento por período de duración del turno, lo que nos llevaría a su catalogación técnica como derecho de usufructo, y no como derecho atípico con el mero contenido de «denegación» u «oposición» a la entrega o devolución de la finca, que en eso consiste primordialmente cualquier supuesto de retención²⁰⁰.

En cuanto a las opiniones doctrinales sobre la eficacia e inscribibilidad de una retención convencional, han sido bastante escasas y de poca enjundia, al menos en Derecho español. Resulta curioso, por ejemplo, comprobar cómo la doctrina que ha analizado la antes citada Resolución de la DGRN apenas si se ha preocupado de analizar este asunto desde un punto de vista mínimamente crítico, deslumbrada seguramente por las aportaciones novedosas de la misma en materia de multipropiedad²⁰¹. Fuera de este ámbito, también han sido poco relevantes las opiniones acerca de su admisibilidad, siendo habitual entre quienes han examinado este asunto mostrarse favorables sobre la base del carácter *apertus* de nuestro sistema de creación de derechos reales, con acceso al Registro de la Propiedad sin problemas²⁰².

Excepcionalmente, Camy, con la tradicional franqueza que le ha caracterizado, hace hincapié en este tema, y lo plantea en sus justos términos, al indagar en la posición que realmente ocupará ese «retentor convencional» respecto de la finca retenida. En con-

²⁰⁰ El hecho de que la estipulación convencional aparezca redactada en términos de que, por ejemplo, la sociedad de servicios «... podrá rechazar la entrada en el apartamento y disfrutar del mismo, arrendándolo a terceros, hasta el pago íntegro de lo debido», no impide mantener esa misma conclusión de que se trata de un verdadero usufructo convencional condicionado al impago de la deuda, ya que la denegación del uso del inmueble a su titular por parte del retentor sería precisamente un efecto natural del otorgamiento de un derecho de disfrute en exclusiva durante ese período de tiempo (el turno), al igual que ocurre en cualquier usufructo, en que su titular puede denegar el uso de la cosa al nudo propietario, y a cualquier otro sujeto que lo pretenda.

²⁰¹ Cfr. al respecto, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, «La multipropiedad: su problemática ante el Registro de la Propiedad», *Rev. Crítica Der. Inmobiliario*, marzo-abril 1996, pp. 279 ss.; GARCÍA MÁZ, F. J., «En torno a la multipropiedad (Análisis de la Resolución de la DGRN de 4 de marzo de 1993 relativa en su esencia al tema de la multipropiedad)», *Rev. Crítica Der. Inmobiliario*, julio-agosto 1994, p. 1683 (quien se muestra crítico con la legalidad de un pacto de retener contenido en los estatutos); HERNÁNDEZ ANTOLÍN, «La multipropiedad en la práctica notarial. Estudio de derecho vigente, de la proyectada legislación y de la normativa comunitaria», *Actualidad civil*, núm. 21, 1995, pp. 434-435; TORRENS SÁNCHEZ, «Extracto sobre la multipropiedad y su Anteproyecto», *Rev. Crítica de Der. Inmobiliario*, noviembre-diciembre 1997, p. 2117.

²⁰² CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *ob. cit.*, vol 1.º, p. 462.

creto, cuestiona si no habría debajo de esa aparente «retención» creada, en la que el retentor se puede cobrar con los frutos o productos que proporcione la finca, un derecho de los considerados como típicos –con alguna variante–, tal como una anticresis o –añadimos nosotros– un usufructo.

A nuestro juicio, esto es precisamente lo que debemos examinar, máxime con la tendencia existente en la práctica registral a mirar con disfavor nuevos derechos reales –en especial derechos de garantía²⁰³– que pudieran crearse, dado el amplio margen que al respecto proporciona nuestro Ordenamiento, al permitir casi indefinidas posibilidades de configurar alguno de los derechos reales «típicos». Pues bien, si se sigue esta línea, seguramente habría que llegar a la conclusión de que la facultad de retener convencionalmente otorgada a un ex usufructuario por el cobro de las reparaciones (u otros gastos que pudieran pactarse) hechas en la finca encierra en su interior prácticamente siempre un derecho de anticresis, con determinadas particularidades^{204 205}.

En este sentido, y pensando ahora en un pacto un poco más complejo que el de partida, en el que las partes manifiesten su intención de constituir un derecho con eficacia generalizada, las similitudes con la anticresis pueden llegar a ser importantes. En primer lugar, hablamos de un derecho creado con finalidad de garantía, en el que su titular goza del derecho de obtener los frutos e irse cobrando con ellos la deuda o deudas pendientes. Además, será un derecho recayente sobre bienes inmuebles, con detentación del mismo por parte del acreedor-retentor, al igual que algunos casos de anticresis; incluso, muy probablemente se conceda al acreedor un *ius distrahendi* en caso de incumplimiento de la obligación, etc.²⁰⁶.

²⁰³ Cfr. al respecto RUBIO GARRIDO, «La propiedad inmueble y el mercado hipotecario (Itinerario histórico y régimen vigente)», Madrid, 1994, p. 135, nota núm. 242, quien señala como inconvenientes básicos para admitir nuevos derechos reales de garantía la prohibición del pacto comisorio y la imposibilidad de alterar el orden legal de prelación de los créditos.

²⁰⁴ Cfr. SATURNO, *ob. cit.*, p. 92, quien distingue entre retención pactada mobiliaria o inmobiliaria, asimilándola casi siempre a la anticresis en este segundo caso, con las particularidades de carecer de *ius distrahendi* y de *ius praelationis*.

²⁰⁵ La estipulación de la que partíamos, esto es, una que simplemente tuviese un contenido idéntico (o casi) al de la norma del artículo 502 CC, probablemente sería catalogada como derecho de naturaleza personal, con eficacia *inter partes*, por cuanto no constaría, con su sola redacción, voluntad alguna de las partes de otorgar al *ius retentionis* un alcance mayor que el de las propias partes contratantes, debiendo expresarse de algún modo la intención de que el derecho se extienda más allá de quienes contratan.

²⁰⁶ En esta misma línea, MORELL Y TERRY, «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», I, *cit.*, p. 457, quien lo asimila a una anticresis o a una hipoteca –se entiende que con pacto anticrético.

No obstante, si se analiza este presunto derecho con eficacia real desde el punto de vista de la función económico-social que puede cumplir, los resultados que se alcanzarán con esa «retención» convencional serán seguramente muy desfavorables, al menos en comparación con el derecho de hipoteca, cuya constitución podía haberse previsto negocialmente si se buscaba asegurar al usufructuario el cobro de determinadas deudas. Básicamente, será la retención convencional una garantía que permitirá al acreedor mantener bajo su poder un inmueble, acaso de mucho valor, para asegurar el cobro de una deuda quizás poco cuantiosa en relación a ese valor, impidiendo de hecho la obtención o generación de riqueza, ya sea el retentor, ya el propietario, quien tome la iniciativa para gestionar la finca y obtener sus productos. Todos estos inconvenientes, que están en la base del auge adquirido por el derecho de hipoteca en los últimos siglos, serán insalvables en el derecho convencional que se analiza una vez admitida su licitud. De ahí, en última instancia, que el propio Camy, claro defensor de su licitud, afirme el escaso uso que en la práctica tendrá un derecho como el que se analiza²⁰⁷.

Para terminar este apartado, conviene hacer una última reflexión, de gran trascendencia, que además enlaza con las afirmaciones anteriores. Como han puesto de manifiesto certeramente algunos autores de la doctrina italiana²⁰⁸, no son en modo alguno parangonables un derecho de retención legal y una «retención convencional» creada por los particulares en negocio jurídico. La primera constituye una facultad excepcional concedida por el Ordenamiento jurídico, fruto seguramente de un residuo histórico, con la cual el retentor (acreedor) puede rechazar la pretensión del deudor, propietario de la cosa retenida, de recuperar la misma, impidiéndolo tanto extrajudicialmente como a través de cauces judiciales. En cambio, una retención pactada en contrato no puede ser equiparada a la anterior, por cuanto los particulares no pueden crear medios de

²⁰⁷ No obstante, dicho autor trata de circunscribir la utilización de esta retención convencional a los arrendamientos, como forma de prever el aseguramiento del cobro por las mejoras realizadas en la cosa, y cuya realización se previera ya en el mismo contrato de arrendamiento.

Sin embargo, en nuestra opinión, tales contratos serían «arrendamientos *ad meliorandum*», en los cuales habría que reconocerse implícitamente al arrendatario que hiciera esas mejoras un derecho de retención, sin necesidad de pacto, como derecho derivado de la buena fe contractual (art. 1258 CC), quizás por analogía con el poseedor de buena fe. El pacto entonces sería inútil. Sobre esta clase de arrendamientos, *vid.* IGLESIA MONJE, «El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales», Madrid, 1996, pp. 132 ss.

²⁰⁸ Concretamente, aquel sector de la doctrina italiana que defiende que la retención (legal) constituye un medio de autotutela otorgado por el Ordenamiento a determinados acreedores. *Vid.* al respecto de modo especial MEZZANOTTE, «Il diritto di ritenzione...», *cit.*, p. 15, recogiendo la tesis de D'AGNINO («Contributo allo studio della autotutela privata», Milano, 1983); SATURNO, «Il diritto di ritenzione», *cit.*, p. 83.

autotutela distintos de los establecidos legalmente²⁰⁹, sino, si acaso, derechos de garantía o de disfrute, típicos o atípicos, cuya función dependa de lo que los particulares hayan querido al constituirla²¹⁰. Eso automáticamente invita a su equiparación o asimilación a algunos de los derechos reales tipificados.

A la vista de lo anterior, el examen de las posiciones doctrinales y jurisprudenciales sobre la retención convencional en general, en su traslación al caso de un usufructuario al que negocialmente se le proporciona la facultad de continuar detentado la finca, tras la extinción del usufructo, para conseguir el cobro de determinados gastos o reparaciones hechos en ella, no aporta argumento alguno favorable a una eficacia *erga omnes* de la retención (legal) del artículo 502. No hay duda de que una cláusula convencional que otorgue a un usufructuario la *facultas retentionis* del inmueble usufructuado puede ser inscribible en el Registro de la Propiedad, con las debidas cautelas derivadas de la prohibición del pacto comisorio, de la imposibilidad de alterar el orden de prelación de los créditos y, muy particularmente, del principio de especialidad, de enorme relevancia en este campo y no suficientemente ponderado^{211 212}. Ahora bien, la calificación registral que de tal pacto se haga no debe, a nuestro juicio, dar lugar a su catalogación como derecho real atípico de «retención», sino mas bien como derecho «típico» de garantía, en concreto, de anticresis²¹³ (con posibles peculiaridades). Pero, lo que es más importante, su aptitud para ser inscrito no condiciona ni influye de ningún modo en la posible eficacia *erga omnes* del derecho de retención legal ex artículo 502 CC,

²⁰⁹ Como ha dicho BETTI, *ob. cit.*, pp. 535-536, cuanto más se afirma en un régimen moderno la autoridad de los poderes públicos y el monopolio estatal de la tutela jurídica, tanto menos posibilidades tienen los particulares de establecer medidas de autotutela convencional.

²¹⁰ La autotutela constituye un fenómeno típicamente unilateral, nunca bilateral, que exige una admisión taxativa de la ley, y que no guarda ninguna relación con la autonomía privada, cuyo campo de actuación se limita a la creación, modificación o extinción de los derechos. *Vid.* MEZZANOTTE, p. 15. También en contra de una autotutela convencional en sentido estricto, LEIVA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pp. 120 ss., quien prefiere considerar que ese pacto encerraría en su interior un derecho real de garantía, como la prenda.

²¹¹ Como el propio CAMY afirma en otro lugar («Comentarios...», vol. 4.º, 3.ª edic., Pamplona, 1983, p. 108) en relación a la inscripción de un usufructo con unas facultades o derechos distintos de los tipificados legalmente, en esos casos, «... será inexcusable la expresión detallada de cuáles sean aquéllas o éstos, dado que ésta será la única forma de conocer la extensión del derecho que se va a inscribir, pues en otro caso puede llegar a ser imposible su inscripción».

²¹² En Italia, es frecuente sostener que este tipo de pactos constituyendo una especial garantía como ésta de permitir al acreedor retener o preservar bajo su poder una cosa de su deudor que previamente ha poseído, sólo tiene eficacia *inter partes*. Así lo defienden, por ejemplo, MEZZANOTTE, *ob. cit.*, p. 63, o MONTESORI (citado por MEZZANOTTE, p. 63), para quien si la «retención» convencional recae sobre inmuebles, sólo será eficaz entre las partes contratantes.

²¹³ Así, BUTERA, «Del diritto di ritenzione», pp. 69-70, citado por MEZZANOTTE, p. 64.

por tener éste un fundamento y una naturaleza bien diversa a la de una hipotética retención convencional en favor del usufructuario.

d.3 *Sobre el valor de la retención no inscrita del ex usufructuario frente al dominio (inscrito) del tercer adquirente*

Visto, pues, que el derecho de retención del artículo 502 CC no va a tener acceso al Registro de la Propiedad, y que una retención de este tipo pactada en el negocio constitutivo del usufructo no incide en la posible eficacia *erga omnes* de aquél, procede plantearse un nuevo asunto: qué valor, qué efectividad real tendrá esa facultad retentoria establecida legalmente, y no inscrita, frente a un dominio del tercer adquirente, éste sí inscrito en el Registro tras el negocio transmisivo celebrado entre el deudor propietario y ese tercero. En concreto, conviene plantearse la cuestión en términos estrictamente hipotecarios y preguntarse si, a pesar de la inscripción practicada por el tercero que adquiere la propiedad de la finca retenida, puede de algún modo prevalecer el derecho del ex usufructuario. Aun cuando el tema pudiera parecer sencillo de responder, en cuanto fácilmente podría pensarse en una clara superioridad de lo inscrito en el Registro frente a lo no inscrito (el derecho de retención), no se puede olvidar que los principios y reglas hipotecarios no siempre tienen aplicación, ya que se exigen para que ello sea posible una serie de condiciones, que acaso no se cumplan en el caso que se analiza, y además existen supuestos excepcionales, admitidos por la doctrina y la jurisprudencia, en los que aquella idea de prevalencia de lo inscrito pudiera no tener vigencia. La disputa se plantea básicamente en la aplicación de las reglas y principios hipotecarios, de modo que sólo aclarando si la propiedad inscrita del adquirente tiene un valor jurídico-hipotecario superior al de un derecho de retención legal no inscrito podremos conocer, ya de manera definitiva, los resultados de ese conflicto de intereses que analizamos entre el retentor y el tercer adquirente, y dar por lo tanto un paso decisivo en la cuestión de la eficacia de la retención del artículo 502 CC .

En relación, pues, con ese asunto, los argumentos básicos van a girar alrededor de los siguientes puntos:

d.3.1 *La eficacia «erga omnes» de un derecho de retención publicado legalmente: la ley como modo de publicidad, y sus efectos frente a terceros*

Un argumento que el usufructuario puede esgrimir en defensa de la eficacia generalizada de su derecho, y por tanto oponible al

tercer adquirente inscrito de la finca retenida, es que nos encontramos ante un precepto legal, el artículo 502 del Código, que concede al retentor el derecho de retener la finca sin ningún tipo de limitación, ni temporal ni personal, y mientras no le sea reembolsado su crédito puede oponerse a la restitución del inmueble, aunque el que lo reclame sea un nuevo propietario, distinto de aquel que constituyó el usufructo. En suma, el retentor –cabría decir– dispone de una facultad concedida por la Ley misma, cuya publicidad viene dada por el hecho mismo de aparecer en los textos legales, no siendo precisa por tanto la constancia registral de ese derecho para ser oponible a terceros adquirentes que inscriban en el Registro su adquisición²¹⁴. La posición del retentor será entonces asimilable *mutatis mutandi* a los titulares de derechos reales o a los beneficiarios de restricciones del dominio (en provecho ajeno) dispuestos legalmente, tales como hipotecas legales, limitaciones legales del dominio («servidumbres legales», en terminología del Código) o prohibiciones de disponer de naturaleza legal²¹⁵, cuya virtualidad alcanza, según doctrina unánime, a todos, incluyendo a quienes inscriban en el Registro.

Sin embargo, esta manera de enfocar la cuestión no resulta acertada, a nuestro juicio. No son de ningún modo equiparables los supuestos antes citados de hipotecas o servidumbres legales, limitaciones legales del dominio o del condominio, etc., con la hipótesis que estamos analizando del derecho de retención reconocido legalmente. Cuando hay una «servidumbre legal» o una prohibición de disponer de carácter legal, su publicidad viene dada por la ley misma, y eso es así porque se trata de limitaciones de alcance general aplicables a toda clase de inmuebles; en suma, se trataría de restricciones o cargas inherentes al dominio de ese tipo de bienes, formando parte de su configuración legal. Por el contrario, la publicidad, en un caso dado, de una concreta deuda por gastos de reparación extraordinarios urgentes (art. 502 CC) hechos por el usufructuario no afecta a todo tipo de inmuebles objeto de usufructo, no es una limitación inherente a esos bienes y, por tanto, no se puede decir en sentido estricto que sea una carga que publica la ley. El conocimiento público de su existencia no será fruto de la propia ley, sino de la información que, en su caso, le proporcione el anti-

²¹⁴ Cfr. al respecto MORELL Y TERRY, «Comentarios a la Legislación Hipotecaria», I, *cit.*, p. 418, quien considera que el tercer adquirente que pretenda inscribir su adquisición en el Registro como libre de la «carga» que supone la retención, no podrá hacerlo porque la propiedad la habrá adquirido «con una limitación impuesta por la ley».

²¹⁵ CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, *ob. cit.*, vol. 1.º, p. 150, señala que cuando el derecho de retención lo atribuye la ley, requiriéndose solamente la situación de hecho descrita en la misma, no procederá la inscripción, y de permitirse, sería ésta innecesaria.

guo propietario al nuevo adquirente; luego no son dos modelos parangonables²¹⁶.

Junto a ello, todos los autores que han defendido la eficacia generalizada de las llamadas «servidumbres legales», incluso frente a lo inscrito y publicado por el Registro, lo han hecho refiriéndose exclusivamente a limitaciones o cargas impuestas legalmente por razón de su utilidad pública o comunal²¹⁷. No parece, pues, que esa eficacia pueda ser trasladable a un derecho de retención establecido legalmente en interés o provecho de un sujeto particular, como es el ex usufructuario. Por lo demás, la ley lo que hace en el artículo 502 es conceder a ese ex usufructuario una «facultad» de retener, que se podrá utilizar o no, por lo que la norma legal señalada no puede nunca dar publicidad de algo que no se sabe si se va a emplear o si está ya empleado²¹⁸.

En cuanto a la asimilación a, por ejemplo, las hipotecas legales tácitas, cuya eficacia viene marcada por la ley misma, y en donde es posible y frecuente que el nuevo dueño desconozca de hecho el gravamen legal (pues no todo inmueble estará gravado con estas hipotecas: puede que no haya gastos de comunidad impagados, o impuestos o seguros también sin pagar), tampoco parece factible, a pesar de su mayor proximidad. En las hipotecas legales nos hallamos ante casos absolutamente excepcionales de prevalencia de lo no inscrito (pero «publicado» legalmente) frente a lo inscrito, cuyo reconocimiento obedece a la intención del legislador de privilegiar a determinados acreedores, como casos extraordinarios que se salvan de la regla general de proscripción absoluta de las hipotecas no inscritas. Es altamente improbable que el legislador hipotecario (y civil) haya querido añadir una excepción más, y concebir a la retención inmobiliaria como una «carga» real más, que no precisa de inscripción, y que en consecuencia será oponible a terceros adquirentes. Nada más lejos de la realidad.

²¹⁶ Como certeramente ha señalado LÓPEZ LÓPEZ, «Retención y mandato», *cit.*, pp. 48-49, no se puede sostener que la retención tiene eficacia *erga omnes* por el hecho de venir atribuido por ley a determinados sujetos, ya que, en el fondo, todo fenómeno jurídico tiene su origen, más próximo o más remoto, en la ley; luego no se dice gran cosa con ese modo de razonar. Lo importante, a su juicio, es averiguar hasta dónde se extienden los efectos de ese reconocimiento normativo, y aquí es donde, pensamos, la ley peca por defecto, no pudiéndose llegar a la conclusión, sin otros datos favorables, de que se ha querido conceder a tal facultad una eficacia generalizada.

²¹⁷ *Vid.* a título de ejemplo, LACRUZ SANCHO, «Elementos de Derecho Civil, III bis», Derecho Inmobiliario Registral, Barcelona, 1984, p. 198-199.

²¹⁸ Téngase en cuenta que la mera tenencia de la finca tras la extinción del usufructo puede no ser debida a uso de la *facultas retentionis* concedida por el artículo 502, sino obedecer simplemente a una fase transitoria de no entrega o devolución de aquella, ya que no siempre que se extinga el usufructo, automáticamente y de manera inmediata, se va a devolver la finca. Nos estamos ya introduciendo en materia que será objeto del siguiente apartado (relaciones entre Registro y publicidad posesoria con detentación en concepto de retentor).

Este dato es muy importante por cuanto automáticamente lleva a la conclusión de que, cuando menos tratándose de retención de bienes inmuebles, y aun cuando al retentor se le otorguen facultades especiales de reembolsarse la deuda con los productos de la finca, no puede en modo alguno considerarse que el legislador haya querido proporcionar al titular de tal derecho una posición jurídica inatacable por cualquier otro sujeto interesado. Es poco coherente que se cree un Registro de la Propiedad para evitar los gravámenes ocultos sobre las fincas y se deje luego la puerta abierta, a la más mínima ocasión –como ésta de la retención–, para saltarse ese objetivo creando cargas o derechos reales que no precisen inscripción para ser eficaces frente a los titulares de derechos inscritos.

Por otro lado, admitir que la ley actúa como medio cualificado de publicidad de la garantía inherente al derecho de retener supone afectar gravemente al tráfico jurídico y provocar graves incertidumbres en el ámbito de la adquisición de inmuebles y de las garantías inmobiliarias. Como es de todos sabido, en materia hipotecaria rige el principio de especialidad, lo que acarrea que, por ejemplo, tratándose de hipotecas legales tácitas (v. gr., en favor del Estado, las Comunidades de Propietarios, etc.), la ley marque un tope máximo –aunque variable– de responsabilidad hipotecaria. Este principio básico no se daría si considerásemos el derecho de retención del usufructuario como una «garantía» –real o personal– con eficacia *erga omnes*, por cuanto no habría ni un plazo de duración prefijado²¹⁹ ni un tope determinado o determinable de responsabilidad recayente sobre la finca, de modo que podría resultar ilimitada la afección del inmueble por los gastos de conservación, en perjuicio de terceros, ya sean terceros adquirentes o acreedores o titulares de derechos reales inscritos. Resultaría absurdo que un sistema hipotecario como el nuestro, tan preocupado por proporcionar absoluta claridad a posibles terceros acerca de la situación jurídica y de las restricciones referentes a los inmuebles, permitiese, con eficacia *erga omnes*, la existencia de una afección real por cuantía ilimitada que no se encuentra reconocida por la Ley Hipotecaria como derecho o garantía especialmente preponderante respecto a otras garantías, éstas sí inscritas registralmente.

²¹⁹ Cfr. al respecto LÓPEZ LÓPEZ, A., «Retención y mandato», *cit.*, p. 44, quien se pregunta respecto del derecho de retención en general: «¿Qué entorpecimiento para el comercio no supondría la existencia, como derecho real nada menos, de una afección de la cosa a deudas generalmente accesorias, de negocios ya cumplidos y ejecutados en sus líneas principales, sujeción sin necesidad de forma solemne alguna, y sin limitación de tiempo...? Ello implicaría una desmesurada tutela del interés de los derechos frente al interés del tráfico».

Conviene terminar este apartado con una breve referencia a las situaciones en que el Registro de la Propiedad publica, por haberse inscrito en su momento, el derecho de usufructo sobre la finca retenida cuando tal usufructo, ya extinguido, no ha sido cancelado. Aquí la retención legal no aparece directamente publicada por el Registro, pero sí indirectamente en cuanto que la inscripción del usufructo en favor del usufructuario acreedor bien puede suponer publicar *erga omnes* todo el régimen legal del usufructo, incluido por tanto la retención inherente a él, por razón de reparaciones extraordinarias. Habría una especie de combinación de la publicidad registral (indirecta) y de la publicidad legal.

Sin embargo, tampoco en estos casos goza el retentor de una posición privilegiada y preponderante frente al tercer adquirente. Nos parece que, en esta situación, el tercero que adquiere del propietario deudor no puede ampararse en los preceptos registrales para alegar la inoponibilidad de la retención. Desde el momento en que el Registro informa de la subsistencia de un derecho real de usufructo sobre una finca, el sujeto que pretenda adquirirla sabe o debe saber que la propiedad está limitada por un usufructo. La publicidad del usufructo inscrito conlleva, como ha dicho Roca Sastre²²⁰, la de su correspondiente estatuto jurídico, incluyendo, por supuesto, dentro de él la facultad retentora del inmueble por los gastos extraordinarios de conservación (art. 502). Así pues, parece coherente sostener que el adquirente de la finca, aun no siendo deudor –por ser imposible que pudiese asumir la deuda sin consentimiento del acreedor–, sí se considere afectado por la garantía inherente al derecho de retención²²¹.

Ahora bien, hemos partido de que el usufructo se encuentra inscrito en el Registro sin haber sido cancelado. Pues bien, no hay que olvidar que conforme al artículo 82.2 de la L. Hipotecaria, el asiento en el que consta el usufructo podría ser cancelado en cualquier momento por el titular inscrito del derecho de propiedad sobre la finca, habida cuenta que el usufructo quedó extinguido automáticamente por la llegada del término previsto (que, normalmente, suele ser el de la muerte del usufructuario). Por tanto, el nuevo adquirente de la finca, una vez que ha accedido al Registro su derecho de propiedad, podría libremente cancelar el usu-

²²⁰ ROCA SASTRE, «Derecho Hipotecario», tomo I, 7.ª edic. Barcelona, 1979, pp. 351-352.

²²¹ Cabe, no obstante, la posibilidad de que el acreedor (retentor) acepte expresa o tácitamente el cambio de deudor en el caso de que el nuevo adquirente le ofrezca pagar la suma debida. De cualquier forma, habrá que estar al caso concreto, para determinar si el adquirente ha obrado como nuevo deudor, por existir consentimiento tácito del acreedor, o si, por contra, se trata de un pago hecho por tercero, a nuestro juicio, tercero interesado en el pago de la obligación del artículo 1210.3 del CC.

fructo a pesar de la existencia de la retención, en cuyo caso nos encontraríamos ante la segunda hipótesis posible, que analizamos a continuación. Junto a ello, conviene tener en cuenta que la retención ex artículo 502 CC no forma parte estrictamente del estatuto jurídico del usufructo, por ser la retención (y el crédito al que ésta va unido) un derecho que nace siempre después de extinguirse el usufructo.

d.3.2 *La publicidad inherente a la «posesión» (v. gr., la del retentor, poseedor de un inmueble) y la pugna entre la publicidad posesoria y la publicidad registral*

Cuestión distinta a la publicidad meramente legal derivada del mandato del artículo 502 CC sería lo concerniente a la eficacia de la publicidad inherente a la retención misma, esto es, la posesión pública de un inmueble. A este respecto, se podría considerar que cuando un tercero adquiere un bien inmueble que se encuentra en poder de alguien con un derecho a poseer (*ius possidendi*), v. gr., el retentor del artículo 502 CC, debería verse afectado por la publicidad que conlleva esa posesión en cuanto que conoció o debió conocer de su existencia²²². Planteando la cuestión en términos más técnicos, y pensando en un tercer adquirente que ha inscrito en el Registro su adquisición, consistiría en defender la oponibilidad frente al titular inscrito de una posesión externa y susceptible de ser conocida por terceros²²³.

Este punto de vista vendría abonado por la extensa línea doctrinal²²⁴ y jurisprudencial que, por ejemplo, en un ámbito tan próximo a éste como el de las servidumbres aparentes postula la oponi-

²²² Cfr. a título de ejemplo LEIVA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, p. 160, quien expone esta misma idea de que la retención goza de la publicidad posesoria, razón por la que es oponible a terceros, quienes no podrán alegar desconocimiento.

²²³ Cfr. al respecto la opinión favorable a esta idea de VALLET DE GOYTISOLO, en «Estudios sobre derecho de cosas», *cit.*, p. 439, nota núm. 57.

²²⁴ Cfr. LACRUZ SANCHO, «Elementos...», *Derecho Inmobiliario Registral, cit.*, p. 198. En esta misma línea, ARECHEDERRA ARANZADI, L. I., «Propiedad y constitución de servidumbres», Madrid, 1993, pp. 50 ss.; CRISTÓBAL MONTES, A., «Introducción al Derecho Inmobiliario registral», Zaragoza, 1986, p. 247; SANZ FERNÁNDEZ, «Instituciones de Derecho Hipotecario», tomo I, Madrid, 1947, p. 468. Por su parte, GUILARTE GUTIÉRREZ, V., «La constitución voluntaria de servidumbres en el Derecho español», Madrid, 1984, pp. 428 ss., al tratar de la constitución de servidumbres por signo aparente es partidario de considerar que la existencia de tales signos debe hacer presumir el conocimiento por el adquirente del derecho real limitado, salvo prueba en contrario. Igualmente, DEL ARCO TORRES-PONS GONZÁLEZ, «Régimen jurídico de las servidumbres», Granada, 1994, p. 178 (quienes asimilan y ponen al mismo nivel de eficacia la publicidad de los signos aparentes a la publicidad registral).

bilidad frente al titular inscrito del correspondiente derecho de servidumbre (aparente) no inscrito en el Registro, incluso habiendo éste actuado de buena fe (esto es, con creencia equivocada acerca de la veracidad de lo publicado en el Registro). Cuando el Registro no publique una servidumbre de esta clase pero existan «signos aparentes e indubitados» de la misma, tendrá aquélla, a juicio de dicha jurisprudencia, una «publicidad equivalente» a la inscripción (SSTS 27 junio y 23 octubre de 1980), hasta el punto de ser oponible al nuevo adquirente incluso si cumple las condiciones del artículo 34 L. Hipotecaria²²⁵. En realidad, esta doctrina jurisprudencial sobre la situación del titular de una servidumbre aparente no inscrita, aunque no idéntica a la derivada de una posesión con título (no inscrito), como es el caso aquí planteado con la retención ex artículo 502, se asemeja mucho a ella en cuanto que su razón de ser no es otra que la prevalencia de la publicidad material frente a la puramente formal del Registro, y dentro de la primera cabría incluir también, cómo no, a la posesoria. Así pues, tiene su lógica que la prevalencia de una posesión retentoria sobre una adquisición del dominio inscrita (aunque no acompañada de posesión efectiva) pretenda apoyarse, como lo hace la antes citada doctrina jurisprudencial, en datos reales más que formales.

Respecto a la cuestión de la pugna entre la publicidad posesoria y la publicidad formal o registral, recientemente se ha manifestado Álvarez Caperochipi²²⁶, quien ha propugnado la preponderancia de los datos materiales publicados por la posesión sobre lo publicado por el Registro. Apoyándose en una abundante cita jurisprudencial, ha sostenido que un sistema registral eficiente debe fundarse en la realidad material (la posesión), ya que con frecuencia se preconstituyen o preparan títulos para defraudar a los titulares reales de los derechos, de modo que no puede prevalecer lo inscrito, ya que en cualquier caso faltaría la necesaria diligencia del adquirente en la averiguación de los datos materiales (posesorios)²²⁷.

²²⁵ Esta conexión entre la jurisprudencia sobre la eficacia de las servidumbres aparentes respecto de la adquisición registral del tercero, por un lado, y la posesión como expresión de publicidad, la ha puesto de manifiesto el propio VALLET, *ob. cit.*, p. 444.

²²⁶ ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, «El Registro de la Propiedad y el sistema de preferencias crediticias», Granada, 1995, pp. 57 a 98.

²²⁷ Dice concretamente este autor: «... Por muchos títulos de propiedad fehacientes o indubitados que presente una persona, y por muy *a non domino* que sea su adquisición tabular, su derecho se enfrenta a la justicia de la protección del poseedor actual de la tierra, si su derecho está avalado por la detentación efectiva. El Registro es inadecuado para resolver por sí solo el conflicto entre títulos; las reglas formales de resolución de los conflictos entre títulos de propiedad tal como resultan de un derecho registral «puro»... conducen a injusticias notorias, porque el título puede preconstituirse en daño de terceros...» (p. 83). Y en otro lugar (p. 98) añade: «... Lo que se ve y se muestra pública y socialmente no puede

A nuestro juicio, sin embargo, una argumentación basada en esa doctrina jurisprudencial, y encaminada a propugnar una eficacia *erga omnes* de la retención posesoria ex artículo 502, no puede ser asumida en su totalidad, sino, en su caso, ser objeto de algunas matizaciones.

Partimos de una situación en donde el adquirente de la finca ha inscrito, al igual que en el caso anterior, su derecho de propiedad, pero con la particularidad de que en ese momento (inscripción del dominio) el usufructo o no estaba ya inscrito, porque el anterior propietario procedió previamente a su cancelación, o nunca llegó a acceder al Registro. Ahora se plantea en toda su crudeza el conflicto entre la publicidad registral y la publicidad exclusivamente posesoria. El adquirente tiene a su favor, y puede por tanto alegar, el principio de fe pública o, en su caso, el de inoponibilidad de lo inscrito, para defender que la posesión del retentor no le afecta y que tiene plena facultad para excluirle de la posesión de la finca. Por contra, el retentor alegará que en el momento de la enajenación del inmueble (así como en el de la inscripción del dominio) ostentaba una posesión pública sobre el mismo, susceptible de ser efectiva y oponible al adquirente a pesar de su falta de inscripción; ésta quedaría suplida por la publicidad posesoria, hasta el punto de hacer quebrar la buena fe del adquirente —quien ya no sería tercero hipotecario— o de impedir en general la eficacia de la publicidad registral.

En la pugna entre estos dos intereses, en principio protegibles en abstracto, creemos que la balanza se debe inclinar del lado del adquirente, al menos cuando reúna las condiciones para ser tercero hipotecario.

En primer lugar, las opiniones de A. Caperochipi respecto a la preponderancia de la posesión o realidad material sobre la registral no nos parecen convincentes. Si se analiza la tesis de este autor, se llega fácilmente a la conclusión de que su único y verdadero apoyo es una doctrina jurisprudencial, la cual por cierto es difícilmente trasladable a nuestro ámbito, ya que más bien afecta a las hipótesis de doble venta, y poco más. No convence tampoco dicho autor cuando afirma que la funcionalidad del Registro no es la prueba en la adquisición de la propiedad, sino la ordenación del crédito, contradiciendo abiertamente las afirmaciones vertidas por los legisladores en ese prodigio que fue la Exposición de Motivos de la Ley

ser desconocido... La realidad material puede ser conocida empleando una mínima diligencia porque la tierra clama por su dueño, y por ello no puede alegar buena fe quien no llegó a preocuparse de la realidad material».

Hipotecaria de 1861²²⁸. Pero, sobre todo, creemos que este autor confunde lo que es, por un lado, la necesaria conexión del Registro con la realidad material, para lo cual existen una serie de medidas que pueden adoptarse, y, por otro, la preponderancia de la publicidad posesoria sobre la registral: una cosa es que se procure aquella adecuación y conformación del Registro a la realidad fáctica, y otra muy distinta que sea designio claro del legislador hipotecario dar prioridad a los datos posesorios frente a lo publicado por los Libros del Registro. Sobre este asunto volveremos un poco más abajo.

Por otro lado, volviendo a la doctrina jurisprudencial sobre las servidumbres aparentes y su posible traslación al ámbito posesorio (y en consecuencia, también al de la retención ex artículo 502), creemos que se trata de una jurisprudencia bastante dudosa y que debe ser objeto de revisión²²⁹. Coincidimos con García García en que una cosa es la buena fe exigida por la Ley Hipotecaria en el artículo 34, y otra muy distinta añadir *ex novo* y sin base segura, como hace esa jurisprudencia, una excepción más al principio de fe pública registral, representado por las servidumbres aparentes. Además, la publicidad de estas servidumbres se basa en hechos o datos imprecisos, si no siempre —como afirma García García—, sí en la mayoría de las ocasiones, en cuanto que la presencia en la finca de, por ejemplo, un camino, un hueco en la pared o una acequia no son prueba palmaria e incontestable de la existencia de la servidumbre, pues pudieran haber sido dispuestos por el propietario mismo para el mejor servicio del fundo o bien constituir un hueco de mera tolerancia no constitutivo de derecho real. En última instancia, y como señala certeramente el autor citado, además de los peligros de esta orientación debe tenerse en cuenta que la realidad física en la que se basa esa apariencia siempre es imprecisa en cuanto al contenido y los efectos de ese presunto derecho de servidumbre²³⁰.

Por otra parte, quizás esta jurisprudencia no tenga directa aplicación al campo en el que nos movemos. No resulta del todo correcto equiparar una servidumbre aparente (piénsese en una servidumbre de acueducto, o en una de luces y vistas, por citar los

²²⁸ Exposición de Motivos que contiene afirmaciones tan claras como ésta: «... El crédito territorial... no puede prosperar y desenvolverse allí donde la propiedad, por efecto de las leyes que la rigen, no es una garantía indefectible de los préstamos. La propiedad no puede llenar cumplidamente este fin, mientras sea posible ocultar su verdadero estado; mientras no tengan completa y necesaria publicidad todas las cargas que pesan sobre ella; mientras duren en fin, las hipotecas tácitas y los gravámenes escondidos que afectan hoy al dominio de la tierra...».

²²⁹ Así lo defiende GARCÍA GARCÍA, J. M., «Derecho inmobiliario registral o hipotecario», tomo II, Madrid, 1993, pp. 223-224, quien considera que dicha jurisprudencia atenta contra el artículo 13 de la Ley Hipotecaria.

²³⁰ GARCÍA GARCÍA, «Derecho inmobiliario...», *cit.*, p. 224.

casos más usuales) a una situación posesoria como la del retentor del artículo 502²³¹. El retentor es un mero poseedor (con *ius possidendi* ciertamente, concedido por la ley), pero hay muchas modalidades de posesión, tantas como derechos reales o personales o situaciones fácticas con detentación física de una cosa, y la simple tenencia no manifiesta al adquirente el concepto en que posee, ... salvo que conste registralmente el título del poseedor²³². Aquí, el adquirente del inmueble ha obrado con diligencia, ya que no sólo ha confiado en el contenido del Registro (que era negativo en cuanto a la existencia de cargas), sino además en las informaciones facilitadas por el transmitente, quien también ha negado la presencia de las mismas²³³. El hecho de que el nuevo propietario hubiese comprobado sobre el terreno que en la finca se hallaba una persona ocupándose de ella no puede servir para destruir su posible buena fe, ya que razonablemente podría considerar que se trataba de un sujeto autorizado *ad hoc* por el transmitente, pero sin ninguna vinculación con el inmueble. Sobre esto volveremos más adelante.

Como puede comprobarse, la disputa de fondo es, en realidad, entre dos formas de publicidad (publicidad registral y publicidad posesoria). Lo cual nos lleva inexorablemente a profundizar un poco más en un tema general, como es el del fundamento último de nuestro sistema hipotecario, y en el valor que nuestro legislador ha querido realmente atribuir a la publicidad registral.

A este respecto, procede retroceder, aunque sea brevemente, a los orígenes de nuestro sistema hipotecario. Es cierto, como ha señalado Vallet de Goytisoló²³⁴, que originariamente «... el fin esencial del Registro fue dar publicidad a las limitaciones del domi-

²³¹ A juicio de MORENO TRUJILLO, «El régimen jurídico de las luces y vistas en el Derecho común español», *RDP*, febrero 1993, p. 154, «la apariencia (en las servidumbres) ... se ha de cifrar en la concurrencia de datos visibles permanentes y, además, que sean reveladores del uso de la servidumbre, apreciables éstos con una normal diligencia. Pero, aun así —añade—, es difícil de precisar la diferenciación, ya que la apariencia o inapariencia de la servidumbre no es un carácter intrínseco, permanente, rígido, invariable de cada uno de los tipos de servidumbre, lo que en esencia depende de las condiciones ambientales, espaciales, de circunstancias, en las cuales se disfruta su utilidad...».

²³² Como el propio A. CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 95, reconoce, «...el título es un elemento decisivo en la prueba de la posesión...; y por otra parte, no puede haber posesión sin título porque la mera apariencia es una entidad abstracta que carece de contenido». Luego la posesión sin más, no proporciona certeza ni publica datos absolutamente fiables, siendo el título y su conocimiento público lo que da seguridad; de ahí, pues, la importancia del Registro y la razón de su preponderancia sobre la publicidad posesoria.

²³³ No entramos en este momento en si hubo o no ocultación dolosa de información por parte del transmitente, lo que podría repercutir, en su caso, en la posible nulidad del negocio por dolo (incluso por error) o en la responsabilidad por gravámenes ocultos (art. 1483 CC), aunque esto último podría ser bastante más dudoso.

²³⁴ VALLET DE GOYTISOLO, «La buena fe, la inscripción y la posesión en la mecánica de la fe pública», en *Estudios sobre derecho de cosas, cit.*, p. 409.

nio no dotadas intrínsecamente de visibilidad (censos, hipotecas, vinculaciones, fideicomisos...)», pero, como a continuación señala este autor, «se pretendió extender –y en muchas legislaciones se extendió– el Registro mucho más allá de lo que reclamaban las necesidades que provocaron su existencia», hasta el punto de convertirse en «el único órgano de publicidad». Quizás este objetivo último, que afectaría, por tanto, a cualquier carga que pesase sobre la propiedad inmobiliaria, incluidas todas las formas de posesión, no se logró plenamente al plasmarse en nuestros textos legales hipotecarios. Sin embargo, ello no puede ser, a nuestro juicio, un obstáculo para resolver la pugna entre el titular registral (tercer adquirente, normalmente de buena fe) y el poseedor no inscrito, haciendo caer de lado del primero la protección del Ordenamiento jurídico.

Como ha señalado recientemente el profesor Gordillo Cañas, nuestro sistema registral ha pretendido, siguiendo la inspiración originaria del modelo germánico, hacer del Registro una especie de duplicado de la antigua «Gewere», un elemento normalmente manifestador de la realidad, pero que cuando no coincide con lo que la realidad es configura una apariencia jurídicamente protegible²³⁵. «En relación con los inmuebles –sigue diciendo– se considera que la posesión pierde gran parte de su elocuencia manifestadora, y siendo aquí más hacedera la publicidad registral, se confía al Registro la función de hacer artificialmente cognoscibles por todos las situaciones jurídicas existentes»²³⁶. En nuestro sistema, la práctica de la inscripción no es elemento necesario de oponibilidad de los derechos reales, sino vehículo normal u ordinario de la misma; sin ella, la natural oponibilidad del derecho real se detiene ante el tercero de buena fe...²³⁷. Como el propio Prof. Gordillo ha dicho en otro lugar²³⁸, con el Registro se evita algo tan importante como la necesidad de efectuar comprobaciones del estado de los inmuebles, casi siempre difíciles y a veces prácticamente imposibles, propor-

²³⁵ GORDILLO CAÑAS, A., «La peculiaridad de nuestro sistema hipotecario frente a los modelos latino y germánico: La publicidad registral como apariencia jurídica», *Anuario de Derecho Civil*, II, 1994, p. 29.

²³⁶ GORDILLO CAÑAS, *ob. cit.*, pp. 77-78. Cita dicho autor en nota la opinión de J. González, para quien: «La posesión basta para legitimar a su autor, de suerte que es la forma reveladora de los derechos reales sobre los muebles. No pasa lo mismo con los inmuebles en los que la posesión no puede tener la misma importancia porque su ejercicio, exteriormente, no representa más que una parte mínima de la potestad de hecho que se puede adquirir sobre un predio... Y si la idea de la manifestación exterior de los derechos reales ha de ser consagrada, esto no es realizable más que instituyendo formas especiales por las cuales los derechos reales sobre los inmuebles pueden ser percibidos por los sentidos...».

²³⁷ GORDILLO CAÑAS, *ob. cit.*, p. 72.

²³⁸ GORDILLO CAÑAS, «Bases del Derecho de Cosas...», *cit.*, p. 559.

cionando un medio de publicidad más perfecto y creíble para la constatación de las situaciones jurídico-inmobiliarias a quienes adquieran de buena fe, que —añadimos nosotros— otras formas más rudimentarias e inseguras de publicidad, como la publicidad posesoria²³⁹.

Inexorablemente, procede, pues, referirse al concepto de «buena fe» como eje decisivo en la aplicación del artículo 34 L. Hipotecaria, y en admisión de excepciones al principio de fe pública.

Son diversos los conceptos de buena fe que utiliza la normativa hipotecaria. Teóricamente, el regulado en el artículo 34 L. Hipotecaria sigue una concepción meramente cognoscitiva de la inexactitud registral (téngase en cuenta la presunción posesoria del art. 38, aneja a cualquier derecho real inscrito, y que en caso de retención no se cumpliría), sin componente ético (o de diligencia exigible) alguno²⁴⁰.

Pero es que inclusive acogiendo el concepto más exigente de buena fe, el que se desprende del artículo 36 LH en relación a la usucapición *contra tabulas*, puede resultar difícil su infracción por el adquirente del inmueble retenido, cuando lo hace además a título oneroso e inscribe su adquisición en el Registro. ¿Qué nivel de diligencia cabe exigir a un adquirente en el conocimiento de las cargas y gravámenes preexistentes que pesan sobre la finca retenida? En primer lugar, cabe que el titular inscrito (el deudor propietario) no manifieste al adquirente la existencia de una retención: En estas circunstancias, la diligencia exigible al tercero que contrata con el propietario deudor para poder cumplir la exigencia legal es muy probable que se cumpla²⁴¹. Por lo pronto, se supone que debe haber

²³⁹ En esta misma dirección, DE ÁNGEL YAGÜEZ, R., «Apariencia jurídica, posesión y publicidad inmobiliaria registral», Univ. de Deusto, 1982, p. 31, ha dicho. «El hecho es que nuestro Código civil no contiene, respecto de los bienes inmuebles, una regla semejante a la que el artículo 464 formula para los muebles. Pero parece claro que los mismos argumentos que justifican las reglas legales de protección de la apariencia en el caso de los muebles bastan para mostrar la necesidad de alguna fórmula orientada a crear una "apariciencia" digna de tutela en lo que se refiere a los inmuebles y su tráfico. Esta fórmula, desechada como insuficiente la simple posesión, no puede ser otra que la de un Registro en el que se puedan inscribir, para conocimiento público, los acontecimientos real o potencialmente determinantes de un cambio en la titularidad de derechos reales u otras situaciones jurídicas que versen sobre los bienes inmuebles».

²⁴⁰ Así, entre otros muchos, RAGEL SÁNCHEZ, «Protección del tercero...», *cit.*, p. 168; SANZ FERNÁNDEZ, «Instituciones...», *cit.*, pp. 456 ss.

²⁴¹ De hecho, es perfectamente imaginable un desconocimiento excusable, y por tanto diligente, del adquirente o comprador cuando el propietario vendedor no informa u oculta la existencia de un gravamen, incluso inscrito en el Registro, dado que éste no proporciona conocimiento, sino una cognoscibilidad legal; ante la confianza generada por las informaciones dadas por el vendedor o enajenante. Esto es así —o puede serlo, según los casos—, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad por saneamiento de gravámenes ocultos. Cfr. al respecto COUTO GÁLVEZ, M. de, «Venta como libre de finca gravada», Madrid, 1996, p. 113, quien por cierto en ningún momento incluye al *ius retentionis* dentro de las posibles

examinado físicamente el inmueble, y, en principio, debería haberse percatado de que la finca estaba en manos de un tercero. Ahora bien, no siempre ese examen material del inmueble arrojará el resultado del conocimiento de la presencia de un tercero, pues puede que éste no se halle en ese momento detentándolo físicamente, con lo que habría buena fe al cumplirse el estándar de diligencia exigible.

Supongamos ahora que el tercer adquirente, en el examen de la finca anterior a la celebración del contrato, tiene conocimiento de que hay un tercero ocupando la misma²⁴². ¿Desaparece por ello la buena fe del adquirente? A nuestro juicio, no. Primordialmente porque la posesión puede darse en muchos conceptos, y el mero dato material de que la finca esté siendo detentada por un sujeto distinto del dueño no resuelve el problema jurídico de conocer el derecho que realmente se ostenta, y únicamente genera en el adquirente un estado de duda, de incertidumbre sobre una posible serie de cuestiones: *a)* duda sobre si se ostenta un derecho o se trata de una mera tenencia material transitoria, o en concepto de precario o de acto tolerado; *b)* si se ostenta algún derecho, duda sobre cuál es el derecho que se tiene²⁴³; y finalmente *c)* duda sobre el alcance, contenido y facultades del derecho, caso de conocerse de la existencia de un derecho de determinado tipo²⁴⁴. Ante esta perspectiva, ¿cuál será entonces la actitud diligente, exigible al tercero para poder considerarlo como de «buena fe», en esta concepción ética de la misma seguida en el artículo 36 LH? Básicamente consultar con el dueño, quien puede responder con evasivas, con falsedades o diciendo la verdad. La actitud dubitativa del tercero que adquiere el inmueble sólo puede resolverse, en última instancia, de un solo modo: acudiendo al lugar que proporciona la información más completa y presuntamente cierta de que disponen los particulares en nuestro Ordenamiento, a saber: el Registro de la Propiedad Inmobiliaria. Por tanto, la diligencia exigible al tercero que pretende adquirir una finca retenida termina con el acceso al Registro de la Propiedad y concluye con la publicidad inmobiliaria. Pero como

cargas o gravámenes a que se refiere el artículo 1483 CC, sobre saneamientos por vicios ocultos, recogiendo jurisprudencia del TS restrictiva al respecto (pp. 185-192).

²⁴² Por supuesto, se parte de la base de que ese «conocimiento» no pueda interpretarse, en un caso dado, como asentimiento o aceptación a la deuda pendiente de pago, es decir, como consentimiento tácito o por silencio a la asunción de deuda por el tercer adquirente; lo cual podría ocurrir en alguna ocasión.

²⁴³ Como ha señalado claramente NATOLI, «Il possesso», Milano, 1992, pp. 59-60, identificar los límites de relevancia de la situación posesoria no siempre es fácil, dada la posibilidad de que la actividad considerada entre en el esquema de este o aquel derecho.

²⁴⁴ Cfr. COUTO GALVEZ, *ob. cit.*, pp. 199-200, en relación al conocimiento del comprador en el artículo 1483 CC, opinión que no hay inconveniente en trasladar a este campo, en principio un tanto alejado del llamado saneamiento por gravámenes ocultos.

éste, el Registro, no va a publicar el derecho de retención legalmente reconocido al ex usufructuario en el artículo 502 CC, por las razones más arriba expuestas –salvo que se haya producido una anotación de embargo sobre la finca por el crédito que sirvió de causa a la facultad retentora–, resultará que, agotándose la diligencia del tercero en el acceso al Registro, su buena fe será indiscutible e irrefutable prácticamente siempre ²⁴⁵.

A la vista de lo anterior, lo que no se puede es, como ha hecho algún autor (Vallet) siguiendo esa concepción ética o diligente de la buena fe, situar el conflicto entre propiedad inscrita por tercer adquirente y posesión no inscrita, en unos términos muy restrictivos: cuando la posesión tiene publicidad –ha dicho Vallet–, es conocida o debe ser conocida por el tercero, y por tanto es oponible al mismo; sólo cuando el titular inscrito, por la índole de su derecho, no tropieza con la posesión y disfrute del poseedor extrarregistral, la ley le declara ileso y, por tanto, le permitiría oponer su buena fe ²⁴⁶. Está pensando claramente este autor en servidumbres muy concretas (no inscritas), acompañadas de una cierta posesión parcial de la cosa, que el adquirente pudo no haber conocido en la fase previa a la adquisición, por lo que respecto de ellas sí funcionaría la fe pública registral. Pues bien, a nuestro juicio, esta forma de plantear y resolver el antes señalado conflicto de intereses no es la más adecuada. No sólo en los casos de imposibilidad material de conocer la existencia de la servidumbre aparente, la pugna de intereses se resuelve en favor del titular inscrito, sino también en todos los casos antes señalados en los que la posible duda o incertidumbre sobre una situación posesoria con título (*ius possidendi*) y su posible eficacia real no pueda ser resuelta por el tercero diligente de otro modo que acudiendo a los datos registrales. No se puede olvidar que es al titular del derecho no inscrito –en nuestro caso, al

²⁴⁵ En esta misma línea, RUIZ-RICO RUIZ, J. M., «Las garantías del contratista de inmuebles», Jaén, 1995, p. 59, para quien funcionaría el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, siendo prioritario el dominio inscrito frente a la hipotética «carga», no inscrita, que supone la retención.

Vid. también MORELL Y TERRY, *ob. cit.*, p. 457.

²⁴⁶ VALLET DE GOYTISOLO, «Estudios...», *cit.*, p. 417. No son por lo demás relevantes, a pesar del énfasis que se pone en ellas, las palabras del autor en las que defiende a ultranza el dato posesorio frente a la publicidad registral de la adquisición por el tercero. «El propietario que posee y cultiva sus tierras, pero olvida su inscripción –afirma–, es diligente en lo sustancial, aunque negligia lo formal. En cambio, el tercer adquirente del titular inscrito y que a su vez inscribe, pero no se preocupó de examinar la finca, ni se interesó de su estado posesorio, será muy diligente en lo formal, pero habrá descuidado lo sustancial... No cabe duda que merece mil veces mayor protección el campesino que cultiva sus tierras, que las hace producir incorporándolas a la economía nacional..., que no aquel adquirente, probablemente especulador, que ...ni tan siquiera se ha dignado dar una mirada de comprensión al pedazo de la madre tierra que va a adquirir» (p. 413).

retentor ex artículo 502 CC— a quien le incumbe la carga de probar fehacientemente el conocimiento efectivo por el tercer adquirente de la existencia de aquella situación posesoria y —añadimos nosotros— de su exacto alcance y contenido; mientras esa prueba no se produzca habrá que presumir la buena fe del tercero y, en consecuencia, la inoponibilidad de la retención desde el punto de vista hipotecario²⁴⁷.

Pero, en última instancia, la tesis de la eficacia *erga omnes* de la retención (ya sea la del art. 502 o cualquier otra) contra el tercer adquirente que inscriba su adquisición en el Registro se topa con un obstáculo que, en el fondo, no es sino un prejuicio; y es precisamente eso lo que estamos tratando de evitar a lo largo de todo este trabajo. Nos referimos a que se está presuponiendo que un *ius retentionis* constituye una carga efectiva que pesa sobre el inmueble y que, por tanto, quien adquiere éste tiene un cierto deber de averiguar si la finca está o no limitada por tal derecho. Aun suponiendo que el tercer adquirente supiese que hay en la finca un poseedor (ex usufructuario), que su posesión procede justamente por una deuda impagada derivada de reparaciones extraordinarias, y que tal poseedor lo hace en concepto o con en título de «retentor», cabe imaginar que no haya mala fe del adquirente por ese motivo. Porque ante la inconcreción legal acerca de la figura del derecho de retención, bien puede entender o concebir ese tercero adquirente inscrito dicho derecho o facultad del retentor como algo distinto a una carga que grave la finca adquirida, esto es, en términos estrictamente personales, limitada, pues, su eficacia a las relaciones debitorias entre retentor y propietario enajenante, sin que por tanto afecte al tercer adquirente.

Como puede comprobarse, si se traslada toda la polémica al campo estrictamente hipotecario la conclusión que se obtiene es muy clara: el legislador no puede primar al retentor, sino que, en el conflicto de intereses entre éste y el tercer adquirente, ha de prevalecer la posición de este último, en tanto en cuanto haya cumplido los requisitos del artículo 34 LH, es decir, adquisición a título oneroso del titular registral, seguida de su inscripción en el Registro. Y en cuanto a la buena fe, habrá que presuponerla en todo caso, pues aun cuando sepa con certeza que hay en la finca un poseedor en concepto de retentor, su buena fe persistirá, ya que siempre podrá

²⁴⁷ Como ha dicho el T. Supremo en sentencia de 17 octubre 1989, la oponibilidad de un negocio jurídico o de una relación jurídica frente a terceros exige, o bien que dicho negocio (o acto) se acoja a la publicidad registral (cognoscibilidad legal), o bien que sea efectivamente conocido por los terceros y que se pruebe el hecho de ese conocimiento. *Vid.* RAGEL SÁNCHEZ, «Protección del tercero...», *cit.*, p. 101.

interpretar su posesión, ante las insuficiencias legales, como una posesión que no es oponible a terceros, sino únicamente al propietario deudor.

Claro que esta afirmación nos lleva a una conclusión última de mayor calado: la de la inoponibilidad de una posesión en concepto de retención a cualquier tercero adquirente de la finca retenida, tenga o no buena fe, haya adquirido o no a título oneroso. Dicho de otra manera, que a la vista de que no se ha demostrado que la retención sea oponible a terceros distintos del deudor (propietario, y mientras lo sea), hay que propugnar una prevalencia absoluta de la adquisición inscrita frente a la posesión retentoria. Quien adquiere confiando en lo que el Registro publica, debe ser defendido frente a un poseedor retentor no inscrito, no alcanzándole los efectos paralizadores de la retención sobre el inmueble adquirido. En realidad, tenemos en nuestra legislación civil e hipotecaria un ejemplo claro y significativo, aunque en un ámbito distinto, de lo que decimos. Se trata de la normativa sobre el arrendamiento y su inscripción en el Registro de la Propiedad. Tanto antes de la reforma de la LAU de 1994, que ha venido a dar acceso al Registro a todo tipo de arrendamientos de inmuebles, sin mayores exigencias, como antes de la misma, el legislador hipotecario ha venido regulando el conflicto de intereses entre el tercer adquirente que inscribe el dominio y el arrendatario de la finca. Aunque es cierto que se han dado en la jurisprudencia ciertas tendencias a priorizar al arrendatario, de lo que no cabe duda es de que, especialmente después de la LAU de 1994, el hecho de que la Ley Hipotecaria disponga la inscribibilidad de cualquier arrendamiento inmobiliario, sea o no urbano (y con la principal excepción de los arrendamientos de vivienda durante el período de los primeros cinco años: art. 14 LAU), es una prueba palpable de la incertidumbre derivada de la posesión arrendaticia (para nosotros, la posesión en concepto de retención) y, en consecuencia, acredita la intención del legislador de resolver esa duda o incertidumbre en favor siempre de lo inscrito, y nunca en favor de la apariencia generada por la posesión, la cual, por tanto, será inoponible a cualquier adquirente mientras no haya accedido al Registro el derecho que la sustenta ²⁴⁸.

²⁴⁸ A este respecto, son significativas las recientes palabras de PAU PEDRÓN, «La protección del arrendamiento urbano», Madrid, 1995, pp. 60-61, quien, centrándose en la posición de quien adquiere de buena fe —es decir, cumpliendo las condiciones del artículo 34 LH— una finca gravada con arrendamiento no inscrito, señala: «Una adecuada valoración del Registro... exige un extremado rigor en apreciar únicamente el conocimiento seguro y pleno de situaciones jurídicas que existen al margen del Registro. Si se ha creado el Registro para simplificar y suplir las investigaciones jurídicas, no es lógico exigir investigación alguna al margen del Registro, ni siquiera cuando se tienen sospechas de que una

Volviendo ahora a la retención, hay que concluir que esa prevalencia de lo inscrito debe darse, a diferencia de lo que ocurre con el arrendamiento, inclusive aunque el adquirente conozca que el poseedor de la finca lo hace en concepto de retentor por el impago de las reparaciones extraordinarias, en virtud del artículo 502 CC; inclusive también aunque la adquisición se haya producido a título gratuito, pues no hay razón para dar primacía en estos casos a un poseedor en concepto de retentor frente a un adquirente gratuito que confió en que nada gravaba el inmueble²⁴⁹, ni siquiera un *ius retentionis* de muy incierta eficacia legal, que además no estaba inscrito²⁵⁰.

2.2 La posición del retentor ex usufructuario frente a los acreedores del propietario del inmueble retenido y frente a los titulares de otros derechos reales

Vistas las conclusiones extraídas del examen del conflicto entre el retentor ex usufructuario y la posición del tercero adquirente del inmueble retenido, procede a continuación un examen, aunque sea breve, del conflicto de intereses entre ese retentor y los demás sujetos susceptibles de verse afectados por una eficacia mayor o menor del *ius retentionis* regulado en el artículo 502 del Código civil. Sólo

determinada situación puede existir al margen del mismo. Permitir que se deposite la confianza en el Registro y a la vez se sospeche de su exactitud sería una incongruencia de la legislación hipotecaria y del sistema en su conjunto. En el caso de los inmuebles arrendados, la prueba frente a la presunción de buena fe del artículo 34 no debe considerarse simplificada o facilitada por el hecho de que el arrendamiento pueda tener una cierta publicidad por el contacto posesorio... La sospecha del adquirente sobre la existencia de arrendatarios no desvirtúa su buena fe ni —como se ha dicho— le obliga a realizar investigación alguna».

²⁴⁹ Excepcionalmente, habría que admitir la oponibilidad de esa retención posesoria ex artículo 502 frente a los adquirentes *mortis causa* a título universal como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1257 CC y habida cuenta el hecho de la idea generalizada de que todo heredero pasa a ocupar exactamente la misma posición jurídica que tenía su causante. Dado que el heredero o herederos suceden en la titularidad de la deuda que ostentaba el anterior propietario de la finca retenida, sus herederos se convertirán en nuevos deudores y, por tanto, en nuevos propietarios de aquella, a los que les vinculará y será oponible la retención ejercida por el acreedor.

En la sucesión *mortis causa* a título particular, el sujeto que haya recibido el inmueble en concepto de legado no se verá afectado necesariamente por la retención ejercida por el ex usufructuario a menos que el título sucesorio le imponga la carga de asumir las deudas pendientes por reparaciones extraordinarias, lo cual se hará efectivo si el acreedor así lo consiente (pues, en caso contrario, el heredero o herederos serán los nuevos titulares de la deuda, aunque podrían luego, en las relaciones internas, reclamar su reembolso al legatario de la finca retenida).

²⁵⁰ Con esto no estamos defendiendo la aplicación de la llamada «tesis dualista» en relación a los artículos 32 y 34 de la Ley Hipotecaria, pues nuestra postura no conduce necesariamente a ella. Somos firmes partidarios de la tesis monista clásica, a pesar de que existen autores de gran prestigio que defienden aquella.

de este modo, y de nuevo siguiendo un estudio que prescindiera de criterios apriorísticos de solución, podremos extraer conclusiones ya sí definitivas sobre si la retención inmobiliaria del citado precepto legal tiene o no eficacia *erga omnes*, aun cuando pueda ser considerado como derecho puramente personal.

Analizaremos a continuación supuesto por supuesto, viendo qué principios informan nuestro ordenamiento en cada caso, a la hora de proteger unos u otros intereses, o de admitir una determinada eficacia a la retención de una finca, autorizada por la Ley en el artículo 502 del CC.

2.1.1 *El conflicto de intereses entre el retentor del artículo 502 y los otros acreedores del propietario deudor*

En este campo, la mayoría de los autores, estudiosos de la retención en general, no han dudado en otorgar al retentor una posición no preeminente respecto de los demás acreedores del propietario deudor. El argumento general es obvio: el derecho de retención no constituye un verdadero privilegio de cobro que sea por tanto oponible a los restantes acreedores del propietario de la finca retenida (el deudor)²⁵¹. El carácter restrictivo de los privilegios contenidos en los artículos 1921 ss. del Código civil impide incluir dentro del elenco a un derecho tan poco preciso como la retención. Ésta, en consecuencia, no puede jugar en las situaciones de quiebra del propietario como causa de separación del bien de la masa de la quiebra. Tampoco se le prohíbe, por el solo hecho de la retención, el embargo de la cosa retenida por cualquiera de los demás acreedores, con la subsiguiente ejecución y venta en subasta del inmueble²⁵².

Todos estos efectos de la retención constituyen una consecuencia lógica de las tesis hasta aquí defendidas, siendo en realidad su corolario. Resulta, por contra, incomprensible el ímprobo esfuerzo de los partidarios de la eficacia *erga omnes* de la retención, quienes llevados por la inercia de defender que el *ius retentionis* debe tener como efecto natural su oponibilidad frente a cualquier tercero, sea un nuevo adquirente, sea el resto de los acreedores del deudor pro-

²⁵¹ Cfr., a título meramente indicativo, SANCHO REBULLIDA, «La facultad...», *cit.*, p. 256; BONET RAMÓN, «Anotaciones a la STS 24 de junio de 1941», en *Rev. Derecho Privado*, 1941, p. 418; SATURNO, «Diritto di ritenzione...», *cit.*, p. 45; DERRIDA, *ob. cit.*, p. 181.

En contra, SABATER BAYLE, *ob. cit.*, p. 99.

²⁵² Cfr. DERRIDA, *ob. cit.*, p. 182, respecto del Derecho francés (aunque considera que no por eso podrá ponerse en poder y posesión de la cosa al adjudicatario de la misma tras la ejecución y venta en pública subasta).

pietario, fuerzan su eficacia hasta el punto de sostener el carácter privilegiado del derecho e incluso el de servir de obstáculo a cualquier ejecución singular o colectiva del inmueble.

En realidad, la defensa a ultranza de la eficacia de la retención ex artículo 502 (o cualquiera otra) frente a cualquier acreedor del propietario de la finca retenida se apoya en la idea más arriba criticada de la «garantía natural» del derecho, que debe conducir, para no desvirtuarlo, a hacerlo oponible a todos, impidiendo por tanto el embargo y subsiguiente ejecución por los otros acreedores a menos que se le satisfaga su crédito. Pero como ha puesto de manifiesto Saturno²⁵³, una tal ilimitada eficacia consentirá al deudor sustraer fácilmente un bien propio a la ejecución forzosa constituyendo sobre él un crédito asistido del derecho de retención, burlando las expectativas de los restantes acreedores.

No hay base legal en nuestro Ordenamiento para sostener una eficacia de la retención frente a la posible ejecución forzosa de los restantes acreedores. La idea abstracta de la retención como derecho que debe tener una virtualidad más allá de las relaciones personales retentor-deudor no sirve por carecer de apoyatura legal. En cambio, sí que existe una base legal clara para que los restantes acreedores del propietario, como cualquier otro acreedor, puedan embargar y ejecutar un bien que siempre ha sido de propiedad de su deudor común, en uso de los preceptos procesales pertinentes, pues la retención no implica en ningún caso –ni siquiera en aquellos ordenamientos en que dicho derecho lleva aparejado un privilegio– «la sustracción del bien retenido del patrimonio del deudor ni determina la inexpropiabilidad (inembargabilidad)» del mismo²⁵⁴. Así pues, en tales circunstancias, la forma normal de oposición del retentor a esta actitud no será otra que la de ejercitar una tercería. Pero siendo tercería de dominio debería demostrar la propiedad sobre la cosa, lo que en ningún momento podrá hacer. Tratándose de la otra opción, la tercería de mejor derecho tendrá que acreditar el carácter preferente de su derecho de crédito, siendo en este asunto obvio que los artículos 1921 ss. del Código civil –a salvo de lo que a continuación se dirá– no otorgan preferencia de cobro al titular de un derecho de retención²⁵⁵. Luego la eficacia de la retención ex artículo 502 CC no puede alcanzar a los demás acreedores del propietario deudor, por no existir ni un cauce procesal oportuno

²⁵³ SATURNO, «Diritto di ritenzione...», *cit.*, p. 45.

²⁵⁴ BONGIORNO, «Profili sistematici...», *cit.*, p. 458.

²⁵⁵ En la misma línea de rechazar el uso por el retentor de las tercerías, de dominio o de mejor derecho, se expresa LÓPEZ LÓPEZ, «Retención...», *cit.*, p. 63, recogiendo la opinión de Almagro Nosete.

para esgrimir el *ius retentionis* ni un apoyo sustantivo en el Código que le otorgue preferencia para el cobro.

Algún autor²⁵⁶ ha sostenido que la retención es eficaz frente a los acreedores del deudor en cuanto el embargo y subsiguiente ejecución que éstos realicen de la finca retenida no le afectará, pues aquéllos, a la hora de ejecutar, no podrán sustraerse al hecho mismo de que el inmueble está siendo retenido por otro y la ejecución no le podrá afectar. Esta tesis, sin embargo, además de constituir una petición de principio en cuanto que presupone, como más arriba se dijo, otorgar un valor a la posesión retentoria que habría de probar con apoyo en la ley, implica una consecuencia inaceptable: la de otorgar al retentor una posición jurídica absolutamente preeminente e inatacable, superior incluso a la de titulares de derechos reales inscritos (v. gr., hipotecas posteriores al crédito –preferente– que sirve de base a aquella ejecución), lo cual parece un efecto altamente improbable en nuestro Ordenamiento jurídico.

Si el tema se analiza desde la perspectiva de la retención ex artículo 502 como modo o manifestación de autotutela del acreedor, la conclusión será la misma. Como ha destacado Bongiorno al analizar los distintos supuestos de autotutela ejecutiva –siendo la retención un caso de autotutela llamada preventiva pasiva, y no ejecutiva–, y habida cuenta de que el Estado ostenta el monopolio de la justicia, inclusive en el caso de que la realización de los derechos es confiada a los particulares, los medios de autotutela no deben acarrear de ningún modo –ni siquiera los «ejecutivos»– perjuicio a aquellos acreedores concurrentes dotados de mayor preferencia en relación a quien ostentaba esa autotutela²⁵⁷. Resulta, por tanto, coherente con ese monopolio estatal de la tutela de los derechos que los excepcionales y residuales supuestos de autotutela subsistentes en nuestra legislación no lleguen a tener una eficacia tan ilimitada que se ocasione con ello una lesión de los restantes acreedores, quienes tienen derecho a que el Estado les proteja y tutele siguiendo los criterios generales (privilegios o *par conditio*), sin hacer excepciones por razón de autotutela. Ésta debe, pues, quedar reducida al ámbito de las relaciones personales entre acreedor y deudor.

Señalar, en última instancia, que no hay tampoco base legal ninguna que permita a un retentor dejar fuera de la masa de la quiebra el bien objeto de retención. Al respecto, López y López, a quien

²⁵⁶ SATURNO, «Il diritto di ritenzione...», *cit.*, pp. 74-75, quien usa el conocido adagio *nemo plus iuris in alium transferre...* para hacer oponible a los acreedores la carga o limitación del dominio que supone cualquier retención legal de bienes.

²⁵⁷ BONGIORNO, «Profili...», *cit.*, p. 453.

nos adherimos una vez más, ha sostenido una postura negativa por la comparación con la posición mucho más relevante y poderosa del acreedor pignoraticio, quien sólo puede separar el bien pignorado y ejecutarlo por separado si la prenda se constituyó por escritura pública o en póliza intervenida por Agente o Corredor²⁵⁸. Por lo demás, una cuestión tan crucial como ésta debería haberla resuelto de forma clara y contundente nuestro legislador. La ausencia de tal apoyatura legal debe inclinarnos por la solución negativa ante la índole absolutamente restrictiva de las excepciones a la ejecución universal.

Hay, no obstante, un aspecto en el que no ha pensado la doctrina (española) estudiosa de la retención, en cuanto a la eficacia del derecho del retenedor frente a otros acreedores del deudor común (el propietario de la finca), en especial en el campo de la retención en el usufructo (art. 502 CC). Se trata del origen del crédito del retenedor, que no es otro que la realización de obras de conservación sobre la finca. Ello hace pensar casi inmediatamente en que el crédito del ex usufructuario bien podría ser considerado como un crédito refaccionario, y en consecuencia gozar frente a los restantes acreedores del privilegio inherente a esta clase de derechos, tal como dispone el artículo 1923.3 y 5 CC²⁵⁹.

Para aceptar esta idea habría antes que argumentar sobre su consideración como crédito refaccionario, pues es sabido que, históricamente, tal denominación estaba restringida a los préstamos de dinero para la refacción de inmuebles. Sin embargo, no cabe ocultar que la jurisprudencia más reciente ha consolidado ya la tesis de que dentro de ese concepto se incluyen también los gastos hechos, por ejemplo, por el contratista de inmuebles para «rehacer» o simplemente «construir» donde antes no había nada²⁶⁰. Esta línea jurisprudencial amplia apoyaría fácilmente el criterio favorable a incluir también al usufructuario que hizo obras de reparación necesarias y urgentes en la finca²⁶¹.

²⁵⁸ LÓPEZ LÓPEZ, «Retención...», *cit.*, p. 66-67.

²⁵⁹ Como ha dicho recientemente MEZZANOTTE, *ob. cit.*, p. 76, «a través de la retención se procura tutelar la posición de quien ha aportado a la cosa mejoras o adiciones de los cuales se aprovechará el titular del derecho sobre la cosa...». Si bien se piensa, este fundamento es el mismo utilizado clásicamente para justificar la concesión a los constructores o a quien prestan para la refacción, del conocido privilegio por «créditos refaccionarios».

En España, ha defendido esta postura, aunque referida a la retención del artículo 453 CC, y sólo respecto de bienes muebles, DÍAZ ROMERO, «Gastos y mejoras en la liquidación del estado posesorio», *cit.*, p. 99-100.

²⁶⁰ *Vid.* entre otras las sentencias del T. Supremo de 26 de marzo de 1976, 30 de marzo de 1990.

²⁶¹ *Vid.* al respecto el clásico trabajo de DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Los créditos derivados del contrato de obra», Madrid, 1977, iniciador de la tendencia doctrinal favorable a la consideración como refaccionarios de los contratistas de obras. Igualmente, GULLÓN BALLE-

La defensa de esta postura partidaria de considerar al retentor ex artículo 502 como acreedor refaccionario, y por tanto privilegio, ha de ser matizada. En primer lugar, en el sentido de que el privilegio de que gozaría tal retentor no sería demasiado potente en cuanto que, al no haberse inscrito su derecho (lo que será lo más normal, como vimos), ocuparía una posición secundaria en relación a otros acreedores más privilegiados (los acreedores hipotecarios, anticre-sistas, embargantes —con algunos matices— y los refaccionarios inscritos).

Pero, sobre todo, de nuevo surge un dato relevante que echa por tierra la pretendida eficacia de la retención frente a terceros, en este caso los acreedores del deudor propietario, a saber: que esa presunta posición de privilegio del ex usufructuario ha nacido del crédito mismo por las reparaciones extraordinarias urgentes y no por el hecho de ser retentor. Así pues, el ex usufructuario gozará de tal privilegio, caso de admitirse, incluso aunque no ostente un *ius retentionis* sobre la cosa, pues, como es sabido, será facultativo para él el uso de tal derecho concedido por el artículo 502 CC. Luego parece obvio que la retención legal ex artículo 502 no otorga al retentor una posición preeminente frente a los demás acreedores, fuera del hecho de que, al ser hipotéticamente «acreedor refaccionario», goce frente a aquéllos del privilegio propio de estos créditos, utilice o no la retención prevista en la norma.

2.1.2 *El conflicto entre retentor ex artículo 502 y otros titulares de derechos reales, inscritos o no (servidumbres, superficies, otros usufructos, etc.)*

Se trata ahora de dilucidar qué solución dar al problema planteado en el caso de que exista sobre el inmueble objeto de retención, algún otro derecho real distinto del propio usufructo que legitimó la retención. Sería, por ejemplo, la existencia de un nuevo usufructo, algún derecho de censo o superficie, etc., siendo estos derechos reales inscritos en el Registro. El problema sólo se plan-

TEROS «La prelación de créditos en el Código civil», Barcelona, 1962, p. 87; DEL ARCO-PONS, «Derecho de la construcción», Jaén, 1980, pp. 347 ss.; ROJO AJURÍA, comentario a la STS 21 mayo 1987, en *CCJC*, núm.14, abril-agosto 1987, pp. 4642 ss.; CORDERO LOBATO, «La jurisprudencia relativa a los privilegios del crédito salarial. En particular el crédito salarial refaccionario del artículo 32.2 del Estatuto de los trabajadores», *ADC*, 1993, IV, pp. 1923 ss.

Vid. también, recientemente, RUIZ-RICO RUIZ, «Las garantías del contratista de inmuebles», *cit.*, pp. 13 a 45, quien sin embargo ha defendido la postura contraria a la seguida por la jurisprudencia reciente, propugnando la exclusión de los contratistas de inmuebles para la erección de un edificio nuevo, del ámbito de los créditos «refaccionarios» (art. 1922.3 y 5 CC).

teará, en principio, cuando se trate de derechos reales que conlleven posesión de la cosa, siendo, por tanto, incompatibles con la retención.

Caso de encontrarse el derecho de usufructo inscrito en el Registro, y aún no cancelado, el Registrador denegaría la inscripción de otro derecho real incompatible con el inscrito, y la cuestión se saldaría a favor del retentor.

No hallándose inscrito en el Registro el derecho real de usufructo, o habiendo sido ya cancelado pero existiendo retención, ¿qué ocurre con los derechos reales incompatibles con el mismo que se inscriban con posterioridad?

Se debería aplicar la misma solución que cuando analizábamos el caso de que un tercero adquiriese la finca sin constar inscrito el derecho de retención. Se trata aquí de la adquisición de un derecho real (aunque no sea el de propiedad) por un tercero que, amparado en la fe pública registral de que la finca consta como libre de cargas, adquiere un derecho real sobre la misma.

2.3 Conclusiones finales

A la vista de lo expuesto a lo largo de este último bloque, no cabe sino llegar a la indiscutible conclusión de que la retención de inmuebles, y en concreto su manifestación legal más clara en el Ordenamiento español, la del artículo 502.3 del CC, carece de eficacia *erga omnes*, como han venido sosteniendo diversos autores sobre la base de concepciones diversas y variadas acerca de su naturaleza jurídica. Nosotros hemos querido prescindir de juicios apriorísticos, basados justamente en esa presunta «naturaleza jurídica», para, partiendo de un derecho no clasificado en ninguno de los dos grandes bloques de derechos subjetivos patrimoniales, examinar con toda libertad —toda la que permite la metodología investigadora, en un asunto como éste, en el que la doctrina se ha explayado desde hace muchos años— el verdadero contenido y eficacia de ese derecho otorgado al ex usufructuario por las reparaciones extraordinarias urgentes hechas en la finca y no satisfechas por su propietario a la extinción del usufructo.

La conclusión última que podemos extraer es que dicha facultad de retener no puede ser oponible a terceros distintos del propietario deudor (y sus causahabientes a título universal *mortis causa*). Nos hemos movido todo el tiempo en el ámbito de la retención de bienes inmuebles, y especialmente en el de los inmuebles inscritos en el Registro de la Propiedad por terceros adquirentes, y en éste, hemos concluido que la prevalencia absoluta de la publicidad regis-

tral sobre la puramente posesoria conduce al resultado de rechazar la oponibilidad de la retención inmobiliaria frente a cualquier tercero que adquiera la finca y la inscriba en el Registro. Del mismo modo, los acreedores del deudor (propietario de la finca) no deben verse afectados por la retención del ex usufructuario más de lo que se pueden ver afectados por la posición que respecto de la finca ocupa el crédito mismo con base en el cual se otorga por ley el derecho de retener. En este sentido, y siempre y cuando se admita la consideración como «refaccionarios» de los créditos de quienes rehacen o construyen edificios o partes de los mismos, se podrá otorgar al retentor ex artículo 502 una posición relativamente privilegiada frente a los demás acreedores del deudor: la preferencia del artículo 1923.5 de los acreedores refaccionarios no inscritos ni anotados en el Registro.

Estas conclusiones no tienen que verse empañadas por el hecho de que los terceros afectados, ya sean el tercer adquirente de la finca, u otros acreedores o titulares de derechos reales sobre el inmueble, no hayan inscrito su derecho en el Registro de la Propiedad. Las reglas y principios que rigen la inscripción registral y la eficacia de esta forma de publicidad sirven para reforzar argumentalmente la posición de aquellos sujetos frente al titular del derecho de retención, pero la conclusión defendida es prácticamente igual de válida si no hubo inscripción registral. Son válidos a tal fin todos los argumentos expuestos en su momento en los que no se aludía a la eficacia registral, y que en definitiva demuestran que en el Derecho español, a diferencia de otros ordenamientos de nuestro entorno, que han dado un mayor realce y efectividad al *ius retentionis* (en todo caso, o en supuestos especiales), hay al menos un dato incontestable: que no existen razones o argumentos *de lege lata* para sostener la eficacia *erga omnes* del derecho de retención concedido al ex usufructuario (y probablemente, de cualquier otro derecho de retención legal reconocido en nuestras leyes civiles comunes). En suma, la razón más poderosa para defender que la retención carece de eficacia generalizada y que, por tanto, es eficaz sólo *inter partes*, es justamente su carencia total de argumentos válidos para apoyar la eficacia *erga omnes*. El hecho de situarnos, como hemos intentado hacer, en un campo como el de las garantías reales o con eficacia real o *erga omnes*, obligaba a buscar apoyos y argumentos, del tipo que sea (históricos, lógicos, sistemáticos, etc.), para propugnarla en el derecho de retención del artículo 502. Al no encontrarlos, o al desecharlos por apriorísticos, ilógicos o insuficientemente asentados, no cabe otro remedio que construir ese derecho como un derecho o facultad con alcance puramente pose-

sorio, y limitado al deudor propietario y sus causahabientes universales (art. 1257 CC).

El precepto analizado –art. 502 CC– emplea el término «finca», y nos hemos limitado a ese objeto a la hora de tratar acerca de la eficacia de la retención allí concedida. No creemos, en última instancia, que nuestras conclusiones deban de variar por el hecho de que se admita, utilizando la analogía, que también la retención del ex usufructuario puede afectar a bienes muebles al poder recaer un derecho de usufructo también sobre bienes muebles concretos y determinados. Las razones son las mismas, aunque obviamente no las concernientes a la eficacia de la publicidad registral.