

**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO



LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE RETENCION

T E S I S

**QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A

Vidal Saldaña Alfaro

CIUDAD UNIVERSITARIA DE MEXICO

1 9 6 7



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

A MIS PADRES.

A LA MEMORIA DE MI HERMANO SALVADOR.

A MIS HERMANOS.

A LILA

A MIS MAESTROS.

A LOS SEÑORES LICENCIADOS GILDARDO RABAGO ALFARO,
ANDRES CRUZ MEJIA Y JAVIER SALGADO MUÑOZ.

A MIS PRIMOS Y AMIGOS.

I N D I C E :

| | Pág. |
|---|------|
| PROLOGO. | |
| CAPITULO I.- <u>CONCEPTO Y DEFINICION.</u> | 1 |
| A.- GENERALIDADES. | 1 |
| B.- ANTECEDENTES ROMANOS. | 2 |
| C.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS. | 7 |
| CAPITULO II.- <u>NATURALEZA Y ELEMENTOS.</u> | 10 |
| A.- CORRIENTES DOCTRINARIAS. | 10 |
| B.- ELEMENTOS DE LA INSTITUCION. | 20 |
| C.- DIFERENCIA DEL DERECHO DE RETENCION CON OTRAS INSTITUCIONES. | 24 |
| CAPITULO III.- <u>FENOMENOLOGIA DEL DERECHO DE RETENCION.</u> | 32 |
| A.- MODOS DE CONSTITUCION. | 32 |
| B.- CARACTERISTICAS Y EFECTOS. | 33 |
| C.- MODOS DE EXTINCION. | 37 |
| CAPITULO IV.- <u>REFERENCIAS CONCRETAS DEL DERECHO DE RETENCION EN NUESTRA LEGISLACION.</u> - - | 41 |
| A.- POSESION. | 41 |
| B.- COMPRA-VENTA. | 42 |
| C.- PERMUTA. | 46 |
| D.- ARRENDAMIENTO. | 47 |
| E.- MANDATO. | 49 |
| F.- CONTRATO DE OBRA. | 49 |
| G.- HOSPEDAJE. | 51 |
| CONCLUSIONES. | 53 |
| BIBLIOGRAFIA. | 54 |

PROLOGO.

PROLOGO.

Siempre he tenido inclinación para el estudio del Derecho Civil, y al terminar mis estudios surgió el problema de tratar un tópicó en el -- cual pudiera aportar algo novedoso á guisa de tesis profesional. Consideré que el derecho de retención es una institución de importancia dentro del Derecho Civil Mexicano, y del cual nuestros autores se ocupan -- muy brevemente sin lograr ponerse de acuerdo en los principios fundamentales. Por tal motivo acudí al maestro Iván Lagunes, quien orientó mi -- manera de pensar y ayudó a resolver los problemas que se me presentaron en el desarrollo de dicho estudio. No obstante advierto que no pretendo hacer responsable a dicho profesor de las críticas y conclusiones a -- que he llegado, porque responderé personalmente de ellas en la medida de mi capacidad. Tampoco anhele decir la última palabra sobre el tema referido, sino, repito, simplemente colaborar dentro de mis reducidas posibilidades, esperando sea benévolo el lector con quien por primera vez escribe en materia tan complicada.

--)(--

LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE RETENCION.

CAPITULO I.

CONCEPTO Y DEFINICION DEL DERECHO DE RETENCION.

A.- GENERALIDADES.

B.- ANTECEDENTES ROMANOS.

C.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

A.- GENERALIDADES.

Creo que la determinación de la naturaleza jurídica del derecho de retención, ha constituido un verdadero problema sin resolver pues pocos - autores se han ocupado de estudiar a fondo y con detenimiento éste importante tópicó jurídico, sin llegar a una conclusión satisfactoria.

En efecto, el derecho de retención ha dado origen a la elaboración de múltiples y contradictorias doctrinas, que en algunos casos le dan --- efectos desmedidos y en otros lo restringen en extremo. Así, varios autores con conciencia plena de la inestabilidad doctrinaria y ante el silencio de legislaciones como la nuestra, intentan sus estudios partiendo de normas positivas y serios análisis, como en el caso de Bonnacase quién -- textualmente expresa: "no es exagerado decir que el derecho de retención ha constituido un verdadero enigma" (1). Otros tratadistas se adhieren a doctrinas extrañas a su propio país, sin recapacitar siquiera en los efectos que tal actitud puede acarrear y llegan al grado de confundir el derecho de retención con otras instituciones jurídicas totalmente distintas.

Con tal motivo trataremos en este breve trabajo de despejar algunas incógnitas, analizando las teorías que consideramos más importantes a la luz de nuestros ordenamientos en vigor.

Vamos a iniciarlo con una lacónica exposición de las hipótesis congecidas en el Derecho Romano de dicha facultad de retener, con el objeto de disponer de elementos suficientes para poder criticar algunas posturas -- que pretenden basarse en dicho antecedente, y estar así en posibilidad de explicar algunos errores en que se incurre. Intentaremos también superar algunas de las confusiones desafortunadas que se sufren en este tema, analizaremos en doctrina la naturaleza, efectos y aplicabilidad del derecho de retención procurando agrupar los autores tratados por corrientes doctrinales y, finalmente, expondremos nuestra opinión.

(1).- BONNECASE JULIEN.- Elementos de Derecho Civil.- Traducción y Editorial de José M. Cajica Jr. Puebla, Pue. México, Pág. 144 T. II.

B.- ANTECEDENTES ROMANOS.

Antes de abordar el tema que nos ocupa, creemos pertinente referirnos a la connotación etimológica de la palabra "retención". Esta nos conduce a la raíz latina RETENTIO que está integrada por el verbo TENERE que significa: tener, mantener, sujetar y por el prefijo RE, que dá origen a los compuestos RETENERE que significa retener, detener, conservar para sí y RETENTIONIS expresivo de la acción y efecto de retener (2).

Este concepto etimológico de la expresión retener concuerda en el aspecto jurídico con lo que los tratadistas llaman derecho de retención. Entendiendo por tal el "derecho en virtud del cual el tenedor de una cosa que pertenece a otro, queda autorizado para retenerla hasta el pago de lo que el propietario de esta cosa le debe" (3).

Del estudio de la legislación romana se desprende, que no se conoció un sistema a propósito del derecho de retención, sino que se iba concediendo en determinados supuestos concretos.

Se otorgó este derecho al poseedor de buena fe que creyéndose erróneamente propietario de la cosa le unía algo que el dueño adquiriría por adquisición, a fin de que éste lo indemnizara, toda vez que de no hacerlo el poseedor sufría un empobrecimiento y el dueño de la cosa principal un enriquecimiento, por el importe de la cosa agregada. Era este el único medio de que gozaba el poseedor para que el propietario lo resarciera de esos gastos, pues si perdía la posesión, no se le daba ninguna acción. Posteriormente se atenuó este estado de cosas y se dió el derecho de retención al poseedor de mala fe a fin de que se le indemnizara por las construcciones o reparaciones necesarias efectuadas en la cosa poseída y respecto de las útiles se le permitió únicamente el JUS TOLLENDI, es decir,

(2).- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA.- Diccionario de la Lengua Española.- Décima Octava Edición.

(3).- COLIN AMBROSIO Y CAPITANT H.- Curso Elemental de Derecho Civil.- Traducción de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Con notas de Demófilo de Buen.- Madrid 1925.- Tomo V, Pág. 114.

el derecho de levantar sus materiales antes de entregar el inmueble, con tal de que lo haga sin deterioración (4).

Con la RETENTIO PROPTER LIBEROS, que era una acción que daba la ley al marido para retener los bienes cuando ocurría el divorcio por culpa de la mujer, también encontramos la FULIA ET POPPEA relativa al adulterio -- que daba derecho al cónyuge inocente para retener los bienes del cónyuge culpable.

Por otra parte la acción VENDITI, consistente en obligar al comprador a pagar el precio (5), como no ofrecía al vendedor ninguna garantía -- contra el comprador insolvente, hizo necesario que tuviera otros recursos para asegurarse contra el peligro de perder a la vez la cosa y el precio. El derecho romano puso entonces a disposición del referido vendedor los -- derechos de retención y de reivindicación.

El derecho de retención se daba cuando el vendedor había hecho tradición de la cosa vendida y podía negarse a entregar ésta mientras no hubiere sido pagado; era preciso, además, que las dos obligaciones fueran -- exigibles pues este medio de defensa se le escapaba al vendedor si había dado un término al comprador para pagar, sin reservarse el mismo plazo de entrega.

El derecho de reivindicación se daba si el vendedor hacía entrega -- de la cosa antes de ser pagado; también si era el propietario de la cosa vendida pues podía retener su derecho de propiedad y se le concedía la -- REI VINDICATIO como sanción. Tales son los casos en que se daba, cuando -- se trataba de una venta al contado. Sabemos además que la tradición de -- la cosa vendida no transfería la propiedad al comprador, sólo que éste pagara el precio; el vendedor permanecía, pues, propietario si el comprador no pagaba y podía reivindicar la cosa contra él o cualquier otro poseedor.

(4).- PETIT EUGENE.- Tratado Elemental de Derecho Romano.- Traducido de la novena edición Francesa y aumentado con notas originales por Don José Fernández.- Ed. Nal.-Edinal, S. de R. L. Méx.D.F. Pág. 204 y sig.

(5).- PETIT EUGENE.- Obra citada, Pág. 389 y siguientes.

También se daba cuando el vendedor había fiado al comprador concediéndole un término para el pago, pues ya hemos dicho que la tradición no transfería la propiedad ya que ésta dependía en suma de la intención de las partes; el vendedor podía impedir este resultado entregando la cosa a título de precario, es decir, no concediendo al comprador más que un disfrute. Si el comprador no pagaba, el vendedor podía hacerse devolver la cosa mediante el interdicto de precario, o ejercitando la *REI VINDICATIO* (6).

Este derecho de retención también lo encontramos plasmado en otras instituciones jurídicas. En la prenda, operaba como garantía que tenía el acreedor a la retención del bien hasta que se lo hubiese pagado. En la dote, cuando ocurría el divorcio había que distinguir quien era el culpable de él, si había sido motivado por el marido, la dote que él mismo hubiere tenido que restituir en un término ordinario de tres años, debía ser restituida inmediatamente si se trataba de adulterio, y en un término de seis meses en caso de faltas menos graves; si ocurría por culpa de la mujer, el marido estaba autorizado a retener para sí una porción mayor o menor de la dote, según la gravedad de la culpa. En el depósito, el depositante podía verse obligado a indemnizar al depositario: a) Del perjuicio que le hubiere causado la cosa depositada. A este respecto, el depositante era responsable de toda falta, pues el contrato era en interés suyo, y b) De todos los gastos que el depositario hubiere hecho con ocasión del depósito, aún de los gastos de conservación, el depositario podía obtener la ejecución de esta obligación, mediante el derecho de retención. Por último en el comodato, el comodatario podía usar el derecho de retención, es decir negarse a restituir la cosa en tanto el comodante no le indemnizara los gastos para la conservación de la cosa, el comodante no estaba obligado inmediata y necesariamente para con el propietario. Pero podía nacer a su cargo una obligación en dos hipótesis: a) Debía indemnizar al comodatario del perjuicio que le hubiere causado los vicios de la cosa prestada; pero sólo cuando había de su parte dolo o falta grave, pues no se podía imponer más que una responsabilidad muy limitada al que presta un servicio gratuito, y b) Debía reembolsar al comodatario los gastos ex-

(6).- PETIT EUGENE.- Obra citada. Pág. 398 y siguientes.

traordinarios hechos para la conservación de la cosa, pero no los gastos ordinarios o de conservación, que eran compensados por el uso y quedaban a cargo del comodatario (7).

Con lo anterior se desmiente lo afirmado por algunos comentaristas, en el sentido de que el derecho de retención tiene su origen en las instituciones romanas de la *MANUS INIECTIO* y de la *PIGMORIS CAPIO* las cuales -- consistían: La primera de estas figuras jurídicas es la acción de la ley -- más antigua. El procedimiento que da nombre a esta acción tiene todos los trazos característicos de la defensa privada; el acreedor prende a su deudor por el cuello en cualquier parte donde le halle a fin de vengarse de él por no haber sido pagado. En efecto, si el deudor no satisface su obligación en un cierto plazo o uno de sus parientes o amigos no paga por él, el acreedor se vengará, vendiéndolo como esclavo en el extranjero (es decir, del lado allá del Tiber) o matándolo. Cuando era la justicia privada el -- único medio de que disponía el acreedor, era suficiente la existencia de -- una deuda cualquiera para que fuera aplicada la *MANUS INIECTIO*, y los plazos que el acreedor podía conceder al deudor antes de ejecutar su venganza no se hallaban determinados más que por la probabilidad que tuviera de ser pagado. Su acción no estaba sujeta más que al control de la opinión pública, que, de otra parte, debió ser a este respecto muy exigente y jamás habría tolerado el sacrificio de un ciudadano cuya deuda no hubiera sido conocida públicamente (8).

Quando se encarga el Estado de la vigilancia de la realización por -- los particulares de sus derechos, sanciona la institución de la *MANUS INIECTIO*, pero la rodea de múltiples garantías; Exigía que el acreedor después de la aprehensión corporal, debía llevar al deudor ante el magistrado y pronunciar en el tribunal una declaración solemne susceptible de poner -- en conocimiento de todos, el título sobre el que se apoya su pretensión y la cuantía de su crédito. También había fijado un plazo que debía transcurrir entre el ejercicio de la aprehensión corporal y la ejecución de la -- venganza, suficiente para que el deudor pudiera cumplir, si ello fuere posible.

(7).-- PETIT EUGENE.- Obra citada. Pág. 384 y siguientes.
(8).-- ARANGIO RUIZ VINCENZO.- Las Acciones en el Derecho Privado Romano.- Editorial Revista de Derecho Privado.- Madrid. Pág. 19 y Sig.

sible, o para que sus parientes o amigos se pusieran en condiciones de pagar la deuda por él. Además la MANUS INIECTIO procedía cuando había sido probada en justicia o cuando su existencia era evidente o demostrada para todos. Por último, autorizaba a todos los ciudadanos y en determinadas hipótesis, al propio deudor, a oponerse a la MANUS INIECTIO intentada, si no estaba justificada, a partir del pronunciamiento de la sentencia o a raíz de la confesión, el deudor tenía de tregua treinta días, y una vez transcurrido ese plazo el acreedor estaba autorizado para efectuar la --- aprehensión corporal, aprehendiendo por el cuello a su deudor llevándole ante el tribunal del magistrado (9).

LA PIGNORIS CAPIO, era una acción ejecutiva, consistente en el hecho de que ciertos acreedores que no han obtenido lo debido estaban facultados para apoderarse de una cosa perteneciente a su deudor. Fuera de los supuestos de aplicación, se decía muy poco sobre esta acción. Era, se dice, una acción de la ley, porque el acreedor que se apoderaba de la prenda pronunciaba una declaración solemne, y, evidentemente, ante testigos. Pero --- había juristas que rehusaban comprenderla entre las acciones de la ley, -- porque se desarrollaba fuera del tribunal y no exigía la presencia del adversario.

Por lo demás, dice Arangio Ruiz: "no estamos documentados ni sobre el procedimiento posterior al embargo, ni sobre las consecuencias de un embargo injustificado" (10).

Así pues, repitiendo, estas instituciones eran acciones que otorgaba la ley y que se hacían valer ante los tribunales lo que va en contra del derecho de retención y por sí solo es suficiente para abandonar este modo de pensar. Tenemos los casos ya vistos, definidos y limitados, en donde se reconoce expresamente este derecho que forzosa y necesariamente constituye el antecedente de la actual regulación del mencionado derecho, mismos --- que son plenamente suficientes para no tener que ir a instituciones que solo tienen una semejanza en cuanto a sus efectos, el hecho de retener, y ninguna en cuanto a su naturaleza.

(9).- ARANGIO RUIZ VINCENZO.- Obra citada, pág. 45 y siguientes.

(10).- ARANGIO RUIZ VINCENZO.- Obra citada pág. 46.

En consecuencia estimamos que el citado antecedente de nuestro derecho de retención, nos proporciona la pauta para determinar su naturaleza y efectos pero no su campo de aplicación.

C.- ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.

Uno de los elementos esenciales de nuestra vida jurídica independiente lo instituyó nuestro primer código civil de 1870, y al efecto dice Borja Soriano, que "siendo presidente de la República el Lic. Dn. Benito Juárez, encomendó a una comisión a cuyo frente estuvo el Dr. Justo Sierra, para que formulara el primer proyecto del citado código, mismo que empezó a revisarse a partir del año de 1861, afirmándose que se tomó como modelo del proyecto de Código Civil Español de 1861, de don Florencio García Goyena; posteriormente se designó otra comisión para que terminara el proyecto que había quedado inconcluso, el cual, en la exposición de motivos de este código, se hace saber que se hizo teniendo en cuenta los principios del derecho romano, la antigua legislación Española, los Códigos de Francia, de Cerdeña, de Austria, de Holanda, de Portugal, así como los proyectos de Código formados en México y España (11).

El derecho de retención lo encontramos reglamentado en el Código de 1870, en sus artículos 939 y 940. El primero de ellos dice: "A todo poseedor deben abonarse los gastos necesarios; pero sólo el de buena fe tiene derecho a retener la cosa mientras no se hace el pago", y el siguiente artículo dice: "Los gastos útiles deben abonarse al poseedor de buena fe, quien tiene también derecho a retener la cosa mientras se hace el pago".

En los artículos 943 y 944 del citado código se determina que: "Son gastos necesarios los que están prescritos por la ley y aquellos sin los que la cosa se pierde o desmejora", mientras que "Son gastos útiles aquellos que, sin ser necesarios, aumentan el precio o producto de la cosa". El segundo de los códigos, que han estado vigentes en México, el de 1884, reglamentó el derecho de retención, en los artículos 842 y 847, cuyo texto es el mismo del código que le precedió.

(11).-- BORJA SORIANO TRUJUELO.- Teoría General de las Obligaciones.- Tomo II. Pág. 19 y 20.- 3a. Edición Porrúa, S. de México, 1953.

Por último, al referirnos al código civil vigente de 1928, mencionaremos que su elaboración fué una consecuencia de la transformación política y social del país en el año de 1917; por lógica jurídica se vió la necesaria evolución del derecho privado, para actualizarlo con nuestro nuevo código político. Confirmóse lo anterior con la nueva reglamentación que se hizo en materia de propiedad y de expropiación por causa de utilidad pública según los artículos 830 y 831 del código de 1928, que quedaron en -- concordancia con el artículo 27 de nuestra constitución de 5 de febrero de 1917.

Por lo que respecta al derecho de retención, la noción que se tuvo -- presenta en los códigos de 1870 y 1884, también sufrió modificaciones como se desprende del único supuesto que conoce nuestra legislación civil, en -- que se concede este derecho fuera de los casos contractuales. Lo encontramos consagrado en el artículo 810 frac. II, del código de 1928, que dice: "El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, tiene los derechos siguientes: Frac. II, el de que se --- abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que se le haga el pago".

Los conceptos de gastos necesarios y útiles lo dan los artículos 817 y 818, del código civil vigente, mismos que indican que: "Son gastos necesarios los que están prescritos por la ley y aquellos sin los que la cosa se pierde o desmejora" y "Son gastos útiles, aquellos que sin ser necesarios aumentan el precio o producto de la cosa".

La novedad que encontramos en el mencionado artículo es que se exige al poseedor para tener derecho a retener la cosa, que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, a diferencia de nuestros anteriores códigos y del artículo 453 del Código Civil Español, en que no se exige este requisito siendo suficiente la buena fe del poseedor. Así mismo -- como fundamento de la innovación citada nuestro código de 1928, el artículo 806 nos da el concepto actual del poseedor de buena fe al asegurar que: "es poseedor de buena fe, el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho a poseer, también es el que ignora los vicios de su título, que le impiden poseer con derecho. Entiéndese por título

lo la causa generadora de la posesión. En esta evolución que encontramos del artículo 810 del código civil vigente, resaltan dos situaciones: primera, una tendencia unificadora de los derechos del poseedor dentro del marco legal previsto; segunda, la nueva condición de que la posesión sea adquirida por título traslativo de dominio, surge como protectora de la posesión, así como para hacer nacer el derecho a ser indemnizado y poder evitar el enriquecimiento ilegítimo del propietario.

"LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE RETENCION"

CAPITULO II.

NATURALEZA Y ELEMENTOS DEL DERECHO DE RETENCION.

A.- CORRIENTES DOCTRINALES.

B.- ELEMENTOS DE LA INSTITUCION.

C.- DIFERENCIAS DEL DERECHO DE RETENCION CON -
OTRAS INSTITUCIONES.

A.- CORRIENTES DOCTRINARIAS.

Definir esta institución, fijar su esfera de aplicación, establecer los efectos que produce y determinar su naturaleza específica, son los principales problemas que presenta el estudio del derecho de retención y siendo fundamental en el desarrollo del tema la definición que se adopte, iniciaremos nuestra investigación procurando precisar lo mejor posible su concepto jurídico.

Al respecto existen diversas doctrinas que explican el derecho de retención como un derecho personal teniendo mucho de cierto pero a nuestro entender derivan esa naturaleza- si se quiere de supuestos verdaderos- con demasiada facilidad, confundiendo lamentablemente la relación jurídica entre retinente y acreedor de la cosa, que origina la facultad de retener, con este derecho, y finalmente no proporcionan todas las notas esenciales para determinar su naturaleza. Así pues, esta falta de solidez en sus posturas nos impide aceptarlas plenamente.

Principiaremos por exponer aquéllas que lo consideran como derecho personal puro y simple, para después estudiar las que lo califican de especial, "SUI GENERIS" y real, aprovechando de cada una, lo que nos parezca fundado.

La tesis del Derecho Personal Puro y Simple fué desarrollada por Laurent, Troplong, Rauter y Larombiere y seguida por muchos más. Dichos autores principian por censurar la postura que considera la facultad de retención como un derecho real, toda vez que no se concede al retinente el derecho de persecución de la cosa.

Para Laurent, el derecho de retención es un derecho personal que se opone tanto a los derechos privilegiados como a los derechos reales. Se expresa así: como los textos no decidan la dificultad, debe recurrirse a los principios, existe un principio que no se discute: Los derechos reales que afectan un inmueble conceden el derecho de persecución, dice Laurent "¿confiere el derecho de retención al derecho de persecución? ¡no! esto es evidente, puesto que el derecho que la ley confiere es precisamente en retener la cosa. Por tanto es necesario afirmar que el derecho de retención es un derecho real de naturaleza especial, pero ¿en qué se basa esta realidad imperfecta? ¿en los textos? ¡no los hay! ¿en los principios?. Se dice que

el derecho de retención es una garantía y que ésta, para que sea eficaz -- debe ser real. Quienes hacen este razonamiento deberían demostrar primeramente que la intención del legislador ha sido conceder una garantía absoluta a quienes gozan del derecho de retención; de ser esto así, les hubiera concedido un privilegio armado del derecho de persecución"; continúa el autor "unánimemente empero se reconoce que el retenedor no tiene -- ni un privilegio ni un derecho de persecución" (12). Por lo tanto son -- los intérpretes quienes suponen que la garantía debe ser completa y de eg to concluyen que debe ser real. Lo que equivale a olvidar su papel y a -- invadir el dominio del legislador, pues únicamente la ley puede determinar la extensión de las garantías que sólo ella puede conceder. A unos, conce de la ley una preferencia contra todos los terceros; a otros sólo contra -- los acreedores quirografarios; y por último, precisamente a los retenedo-- res, los protege sólo contra el propietario que reclama su cosa, y con mo-- tivo de ella, tiene obligación que cumplir con el poseedor, ¿con qué dere-- cho extienden los intérpretes a los terceros, una garantía que la ley limi-- ta a los contratantes?

Así concluye Laurent, afirmando que son los intérpretes los que sup-- nen que la garantía debe ser igual a la de los derechos absolutos, de don-- de deriva su naturaleza real.

Troplong considera que el derecho de retención es un derecho perso-- nal que dice: "el privilegio es el derecho de acreedor afirmándose respec-- to a los terceros; ADVERSUS CREDITORES EXTERIORES. En cambio, el derecho de retención es una excepción de acreedor a deudor. El derecho de reten-- ción ocupa un lugar principalmente en las relaciones de acreedor a deudor". (13).

Desde luego consideramos acertado el razonamiento de estos autores -- en el sentido de que la relación se da entre acreedor y deudor. Pero no -- lo consideramos suficiente para establecer su naturaleza, toda vez que la facultad de retención al operar de pleno derecho, carece de acción para ha-- cerla valer, y sobre todo, el ejercicio de este derecho requiere forzosa y necesariamente, el incumplimiento de una obligación y en ningún momento el cumplimiento de la misma, ni de ninguna otra, lo que va en contra de la --

(12).- LAURENT, F. T. *DIK* No. 292.- Citado por BONNECASE, *OB. CITADA*. ELEMENTOS DE DERECHO CIVIL.- Traducción.- Obra citada. Tomo III págs. 141 y sig.

(13).- TROPLONG M. Citado por Bonnecase, Ob. citada pág. 141.

esencia del derecho personal- aspectos fundamentales que no analizan estos tratadistas.

Por último, sólo a manera de precisión terminológica, diremos que no estamos de acuerdo con Laurent al hablar de "propietario" de la cosa retenida, pues no lo es siempre, bastando que sea acreedor de ésta, ni tampoco en que el crédito del retinente deba ser forzosamente originado por la cosa retenida.

Por otra parte Aubry y Rau, afirman que el derecho de retención es un derecho personal, pero cuya fisonomía es especial por virtud de ser oponible a terceros. Lacómicamente los dos profesores de Estrasburgo, enuncian el sistema cuya fórmula acabamos de dar, al decir que "aunque el derecho de retención no engendra el de persecución y no constituya un verdadero derecho real en el sentido íntegro de la palabra, puede sin embargo en atención a su fundamento y objeto oponerse a los terceros por lo menos en cierta medida, ya que tratándose de inmuebles puede oponerse al comprador y a los acreedores quirografarios o privilegiados del propietario de la cosa poseída y esto aún en el caso de quiebra. En materia inmueble puede ejercitarse no sólo contra el adquirente, sino también contra los acreedores hipotecarios posteriores. El derecho de retención no impide el embargo, por otros acreedores, y el remate de la cosa sometida a ese derecho, pero como continuará subsistiendo a pesar del remate, no podrá obligarse al acreedor que lo ejercita a que entregue el inmueble al adjudicatario, sino después de haber sido pagado, y éste hará que los acreedores demandantes consientan necesariamente que el crédito de aquel se pague del precio de la adjudicación. Los dos autores agregan: "Por lo general se reconoce que en la nueva legislación francesa, el derecho de retención no engendra un derecho de persecución, pero, a pesar de ello, algunos autores han pretendido calificarlo como un derecho real. Pensamos que este calificativo es inexacto. En efecto, por una parte el derecho real implica como característica propia un derecho de persecución y por la otra, no es real tan sólo porque en ciertas condiciones puedan oponerse a los terceros" (14).

Un tercer grupo de tratadistas pretenden encuadrar al derecho de retención (14).- AUBRY Y RAU.- Curso de Derecho Civil Francés. T. III, Pág. 119 citado por Bonnecase. Obra citada. Pág. 141.

tención como institución SUI GENERIS, por no encontrar su naturaleza en los derechos reales ni personales. Expondremos brevemente las teorías que fundamentan dicha tesis.

Para el tratadista Mucio Scaevola, el derecho de retención es un derecho accesorio de naturaleza mixta, siendo real por el crédito conexo con la cosa, y es personal porque perdida la posesión de ésta, desaparece el derecho de retención quien tiene los siguientes elementos: 1o.- La declaración judicial de un estado posesorio, bien sea a título de dueño o en virtud de otra relación posesoria. 2o.- Existencia actual de un estado posesorio. 3o.- La buena fe del poseedor. 4o.- Existencia de un crédito representativo de los gastos hechos en contemplación a la conservación o subsistencia de la cosa (15).

Ahora bien, estamos de acuerdo en que se trata de un derecho accesorio ya que implica la preexistencia de una relación jurídica entre el retinente y el acreedor de la cosa, pero no en que sea de naturaleza mixta. -- Por lo que se refiere a los elementos o requisitos que propone el mencionado autor, sólo consideramos exacto el segundo, pero no los restantes. En efecto el primero es falso, porque una de las notas esenciales del derecho de retención es precisamente que opera de pleno derecho, por lo que resulta erróneo pretender que primero existiera una declaración judicial del estado posesorio. Por lo que hace al tercer elemento la ley sólo exige la buena fe del retinente en el caso de la posesión y no en los restantes, -- por lo que estimamos innecesario este requisito, bastando que se cumplan los supuestos que se exigen en cada caso, aunados a la tenencia de la cosa, para que opere el derecho de retención. Por último el cuarto elemento no lo juzgamos esencial al derecho de retención pues en muchos casos en que se da éste, no existe este DEBITUM CUM RE JUCTUM, tales como los que se ven en la compraventa (artículos 2286, 2287 y 2299 del Código Civil vigente), permuta (artículo 2328), arrendamiento (artículo 2245) y hospedaje -- (artículo 2669).

Por estas razones consideramos inexacta por una parte e incompleta -- por la otra, la postura de este tratadista.

(15).- DE CASSO Y ROMERO IGNACIO.- CERVERA FRANCISCO Y JIMÉNEZ ALFARO.-
DICCIONARIO DE DERECHO PRIVADO.- Reimpresión.- Ed. Labor.S.A.T.II Pág.3456.

Louis Josserand, sostiene que el derecho de retención es: una denegación legítima de ejecución que opone el retenedor al acreedor de la cosa, hasta en tanto éste le cumpla a aquel su obligación, siempre que ambas se refieran a una cosa común y a la misma cosa; considera que "el derecho de retención viene a sancionar la idea de interdependencia de las obligaciones conexas; es la afirmación tangible, la consagración de esta idea directriz" (16).

De lo antes mencionado podemos concluir diciendo que se le puede objetar la existencia del DEBITUM CUM RE JUCTUM: que el retinente sea deudor de la cosa retenida, pero también acreedor de aquel a quien debe la cosa, con motivo de ésta; pues no es una nota común a todos los casos de derecho de retención. V.gr. en el mandato (artículos 2577, 2578 y 2579 del Código Civil) no se da necesariamente, y principalmente donde se aprecia con toda claridad es en el contrato de hospedaje con la cosa retenida, o sea el equipaje que retiene el dueño del establecimiento y del cual es deudor.

Para Marcel Planiol, la compensación, aún tratándose de deudas conexas, queda sujeta según la jurisprudencia a la condición de ser fungibles los objetos, ya que en derecho Francés, la compensación extingue la obligación. Cuando los objetos no son fungibles la jurisprudencia acude al derecho de retención para permitir al acreedor no pagado, negarse a su vez a pagar lo que adeuda su deudor, mientras éste no cumple.

Este autor dice: "Esa negativa provisional de cumplimiento tiene su origen en el derecho romano, para el cual podía ser alegada fundándola en la excepción de dolo, por el demandado condenando en una acción reivindicatoria y que tuviera créditos por impensas. La misma excepción permitía en los contratos sinalagmáticos de buena fe, en que funcionaba de pleno derecho, negarse al cumplimiento en favor del acreedor que fuera recíprocamente deudor en virtud de una misma relación sinalagmática, pero, prosigue el autor en nuestro derecho antiguo, en que la excepción de incumplimiento acabó por desaparecer vencida por la resolución por incumplimiento, la retención fué entendida como aplicable a la tenencia de un objeto corporal. Esa construcción ha seguido imperando con el Código Civil Francés, se ha (16).- LOUIS JOSSEBRAND.- Derecho Civil.- Traducción de Santiago Cuchillos y Manterola.- Ediciones jurídicas Europa-América.- Bosch y Cía. Editores - Buenos Aires, Argentina. Tomo II, Volumen II Pág. 404 y siguientes.

seguido teniendo el mismo derecho de retención en las acciones reivindicatorias y en los contratos sinalagmáticos, pero las controversias más vivas se han producido en cuanto a la esfera de aplicación, la índole y el alcance del derecho de retención.

Pero ¿cuáles son las condiciones de la retención?. No basta con que las partes sean recíprocamente deudora y acreedora por cualquier causa, como en la compensación legal; este sistema permitiría al deudor, para no pagar, alegar cualquier relación tenida con su acreedor. Se exige que el crédito se haya originado en relación con la obra retenida (CREDITUM CUM RE JUNCTUM), aún cuando este criterio pueda entenderse con mayor o menor extensión. Objetivamente, la conexidad solamente existiría en el caso de la indemnización por la fabricación, mejora o conservación de la cosa misma, hechas por cuenta del que las retiene, o por daños causados a éste por la cosa, pero también, puede darse la relación de conexidad en la comunidad de origen de dos deudas nacidas en el mismo contrato o, de modo más amplio, en una misma relación sinalagmática" (17).

En conclusión para este autor el derecho de retención no es otra cosa que la excepción de "NON ADIMPLETI CONTRACTUS". Indiscutiblemente la solución propuesta es de las más acertadas, estimando plausible esta postura -- respecto de los contratos, que son la mayoría en nuestro derecho, pero habiendo uno que establece la fracción II del artículo 810 del Código vigente que no se origina en un contrato, no podemos admitir la tesis de Planiol.

Julien Bonnecase es uno de los pocos tratadistas que más ha estudiado este tema con detenimiento, siendo su posición una de las más seguidas. Considera, en efecto que en derecho civil existen tres instituciones protectoras del derecho del acreedor quirografario o acreedor puro y simple sobre el patrimonio del deudor. Estas tres instituciones son: el derecho de retención, la acción pauliana y el ejercicio de los derechos del deudor por su acreedor o acción oblicua, que constituyen derechos sobre elementos concretos del patrimonio de su deudor y su importancia va en orden decreciente al enumerado. Aún cuando este autor no da propiamente una definición del derecho de retención, podemos decir que ha profundizado este tema, fundamen

(17).- MARCEL PLANIOL.- Tratado Elemental de Derecho Civil con la colaboración de Georges Ripert.- Traduc. a la 12a. ed. Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr. Puebla, Pue. México. Tomo II Pág. 181.

talmente por la interpretación y aplicación de la jurisprudencia francesa. Para mayor claridad de su doctrina, veremos que al derecho del acreedor pro y simple le designa con el término técnico de "acreedor quirografario". En consecuencia este término es la expresión tipo del sujeto activo de la obligación, clasificando en una segunda categoría a los acreedores quirografarios con garantía determinada a quienes les está afectada al cumplimiento de una obligación una parte alícuota del patrimonio, y una tercera categoría a los acreedores quirografarios con garantía individualizada estando en mejores condiciones que los de la segunda por tener un bien individualizado del patrimonio del deudor o de un tercero que asegura el pago de su crédito, con preferencia a los demás acreedores y coherederos, en la forma de un derecho de retención (18).

Muy pocas opiniones hemos encontrado al respecto tan completas y ninguna tan atrayente como ésta, pues se construye después de haber desechado, a nuestro entender atinadamente, el resto de doctrinas y parte de los preceptos legales que regulan esta institución, con apego extraordinario a la realidad objetiva.

En efecto, resulta incuestionable que el crédito que tiene el retinente en contra del acreedor de la cosa, es un crédito quirografario, un derecho personal, y que como una garantía de ese, tiene la facultad de retener la cosa debida. Sin embargo con todo esto no nos explica Bonnacase nada acerca de la naturaleza del derecho de retención, propiamente tal, sino únicamente de la del crédito que tiene el deudor de la cosa en contra del acreedor de ésta, o sea, analiza y determina perfectamente la naturaleza de la relación jurídica que da origen al derecho de retención, pero nada nos dice respecto del derecho de retención en sí mismo, de esa facultad de retener, de ese poder incumplir con una obligación, pues el predicarle una garantía especializada al crédito que tiene el retinente en contra del acreedor de la cosa en ninguna forma precisa la naturaleza jurídica de esa facultad.

En consecuencia, pensamos que este autor confunde lamentablemente la relación jurídica que origina el derecho de retención, con la facultad que concede la ley al deudor de la cosa para retener ésta, de incumplir con la (18).- BONNECASE JULIEN.- Obra citada. Pág. 144 y siguientes.

obligación de entregarla, que es lo que en doctrina recibe el nombre de "derecho de retención".

En la búsqueda de la naturaleza jurídica de este derecho, se ha considerado que necesariamente se debe tratar o de un derecho personal o de uno real, visto que a ellos se refiere el contenido del patrimonio.

Por último, algunos autores como Viñas Mey, Morell, Chironi (19) -- consideran que el derecho de retención forma parte de la categoría de los derechos reales, siendo, según Bonnecase, Guillouard en su "Traite du Droit de retención" el que lo ha sostenido en la forma más completa.

El tratadista Guillouard, considera al derecho de retención como un derecho real y esta exposición la desarrolla en forma de crítica pasiva de los otros pensadores vistos con antelación. Cree Guillouard que el derecho de retención debido a su realidad, es oponible a los terceros oponentes, a los acreedores hipotecarios o privilegiados y a la masa de acreedores de la quiebra. Rechazaremos primeramente, indica el autor, el sistema intermedio propuesto de Aubry y Rau por la siguiente razón: "Si el derecho de retención no es, como en el Derecho Romano, sino una excepción fundada en el dolo, sus efectos deben limitarse al acreedor y al deudor, o sus representantes universales, y no podrá oponerse a los terceros que como el adquirente, ningún dolo cometen al ejercitar sus derechos sobre la cosa retenida. El derecho personal, es por su naturaleza y como su nombre lo indica, inoponible a los terceros y limitado en sus efectos, a las personas entre las cuales existe; solamente el derecho real es oponible a los terceros, porque existe sobre la cosa y no contra la persona". Acéptense o no, dice Guillouard "Es necesario decidirse entre estas dos ideas: el derecho de retención nace, como en el Derecho Romano, del lazo jurídico existente entre acreedor, retenedor y el propietario de la cosa retenida, limitándose entonces sus efectos a la persona obligada y a sus representantes, o bien la creó una relación directa entre el retenedor y la cosa retenida, pudiendo ejercitarse ERGA OMNES, el derecho derivado de esa relación" (20).

La teoría antes referida se ha criticado diciendo que es desafortunada (19).- CASSO Y ROMERO.- Diccionario de Derecho Privado.-Obra citada.Pág. 3455.
(20).- L.GUILLOUARD.-Citado por Bonnecase. Obra cit.Pág.142. Tomo II.

da en su exposición debido a que aparentemente el autor se ve obligado a establecer la naturaleza real del derecho de retención al estimar que es oponible a terceros, tendencia quizá justificada ya que la sostienen la mayoría de los tratadistas galos como Jousserand, Bonnacase, Aubry y Rau. Por otra parte a pesar de que admite que el retinente no tiene el derecho de persecución de la cosa, lo adjudica al derecho de retención, naturaleza real, calificándola de "SUI GENERIS" por lo que le quita consistencia a su postura. También se ha dicho que analizando la teoría clásica de los derechos reales se entiende que los hay "cuando una cosa se encuentra sometida total o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata oponible a cualquier otra" (21), y añade Ibarrola: "La definición implica como carácter esencial del derecho real una relación entre una persona y una cosa, en la cual no existe intermediario"; y en el derecho de retención el retenedor no tiene un verdadero poder sobre la cosa retenida, ni menos aún la relación que se da entre ésta y el retinente, sino exactamente al contrario, entre el retenedor y el donador. Por último dicen otras críticas que el derecho de retención tiene su origen en obligaciones recíprocas, por y ante el incumplimiento de una de éstas por parte del acreedor de la cosa, que se funda en un principio de equidad y buena fe, de lo que se concluye que el derecho de retención se podrá oponer única y exclusivamente al deudor de la obligación correlativa del retinente de entregar la cosa, que es en contra del que se produce y ante el cual se fundamenta.

No obstante lo anterior, considero que el enjuiciamiento que se hace a la doctrina del derecho real es infundada por las siguientes razones:

Se confunde la causa que origina el derecho de retención que efectivamente es el incumplimiento de un derecho personal, con la naturaleza misma del derecho de retención. Es fácil observar como la mayoría de los derechos reales surgen de una relación de derecho personal; por ejemplo la propiedad se transmite por un contrato de Compra-Venta, Mutuo, Donación o Permuta y el Usufructo puede constituirse por contrato o por declaración unilateral de voluntad, como en el testamento, pero es un problema distinto el origen de la naturaleza propia del derecho.

(21).- Dr. IBARROLA ANTONIO.- Cosas y Sucesiones.- Ed. Porrúa, S.A. México -- 1957.- Pág. 37.

Las características principales de todo derecho real son las siguientes: a).- Oponibilidad a terceros; b).- Facultad de retirar de la cosa el derecho que el título confiere; c).- Derecho de persecución; d).- Derecho de preferencia; e).- Deber general de abstención.

La primera característica se amolda al derecho de retención porque considero que la finalidad fundamental de este derecho es la posibilidad para el retinente de hacer efectivo su crédito en la cosa retenida, posibilidad que no podría efectuarse de no haber oponibilidad a los terceros ¿Cuál sería el objeto del derecho de retención si no pudiera oponerse a terceros?. En relación con la segunda característica el derecho de retención dá una facultad de aprovechamiento directo sobre la cosa y ese aprovechamiento es precisamente la facultad de retener materialmente la cosa, y en caso de incumplimiento disponer de ella. El aprovechamiento en este caso no consiste en el uso, disfrute o disposición de los derechos reales principales, sino en la utilidad que pueda representar para exigir el cumplimiento de una obligación principal como los derechos reales secundarios de prenda o hipoteca.

Si bien es cierto que el poder de disposición no es inmediato, también lo es que no en todos los derechos reales sucede así, pues en los de garantía la disposición solo se dá en caso de incumplimiento de la obligación.

Por lo que respecta al derecho de persecución también se presenta en el derecho de retención. En efecto, sabemos que la persecución se ejercita a través de la acción reivindicatoria y de las tercerías excluyentes de dominio y preferencia, así como en los interdictos de retener y recuperar la posesión, siendo en esta última forma como se concede la persecución dentro del derecho de retención. Adelante veremos como el retinente tiene una posesión derivada sobre la cosa retenida, misma que la ley protege con los interdictos antes señalados.

Por último el derecho de retención nos otorga una preferencia en el pago. Así el artículo 2993 del Código Civil relativo a la prelación de créditos, establece en sus fracciones III y VI que sean pagados con carácter preferente "Los créditos a que se refiere el artículo 2644, con el precio de la obra construida" y "El crédito por hospedaje, con el precio de los muebles del deudor que se encuentran en la casa o establecimiento

donde esté hospedado".

Los demás casos de derecho de retención, aún cuando no se encuentran expresamente establecidos dentro de los créditos del artículo 2993 citado, poseen también carácter preferente por tener la naturaleza de derechos reales; no obsta para esta consideración el que no se encuentren expresamente determinados por el capítulo III denominado "De algunos acreedores preferentes sobre determinados bienes" de la tercera parte del Código Civil, en que se encuentra el artículo referido ya que habla solamente de algunos -- acreedores preferentes sobre determinados bienes, pues no es limitativo de biendo considerarse como tales todos los derechos reales y, dentro de ellos el derecho de retención.

B.- ELEMENTOS DE LA INSTITUCION.

El derecho de retención consta de elementos constitutivos de tipo -- formal, personal y real, y son los siguientes:

Sabemos que el elemento formal lo constituyen los requisitos exigidos por la ley para que opere el derecho de retención, los cuales vamos a tratar de resumir.

Primeramente es menester que exista una obligación personal, o sea -- esa relación jurídica que se establece entre una persona llamada acreedor, que puede exigir, de otra llamada deudor, que debe cumplir una prestación -- patrimonial de carácter pecuniario o moral (22). A esta obligación que alg do suele llamársele también derecho de crédito y al referirnos a la existen -- cia de una obligación queremos decir que debe existir con sus elementos de esencia y sus requisitos de validez. Sin embargo se nos plantea el proble -- ma de determinar si realmente se requiere que sea precisamente un derecho -- personal, es decir, que pudiera existir un caso de derecho de retención en los derechos reales, pensamos que no porque nuestra legislación establece -- un número determinado de derechos reales, y en ninguno se encuentra el dere -- cho de retención.

Después de la existencia de una obligación, es necesario que haya un incumplimiento de la misma por parte del acreedor de la cosa, para que pua -- da darse origen al derecho de retención.

(22).- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO.- Derecho de las Obligaciones.- Editio -- rial Cajica. Puebla, Pue. Méx. Pág. 19.

También es elemento de tipo formal que la ley lo establezca expresamente para que pueda funcionar; aquí surge la interrogante de la doctrina, ¿el derecho de retención debe usarse cuando la ley no lo prohíbe? o ¿solamente puede ejercitarse cuando la ley lo confiere expresamente?. La respuesta, da lugar a dos corrientes doctrinarias que hablan de un uso extensivo y de un uso restringido.

La tesis del empleo restringido piensa que es lógico que los legisladores buscan que la persona no se haga justicia por sí misma, por su propia mano, pues de ello depende en gran parte la armonía y la estabilidad social. En consecuencia, si se permitiera que todas las víctimas de un hecho ilícito recurrieran al medio de retener cuantas cosas tuvieran de sus deudores para obtener el cumplimiento de sus derechos, daría por consecuencia que sin medida se ejerciera la autojusticia. Por ello, es consecuente resolver que el derecho de retención sólo se puede ejercitar en aquellos casos en que es la ley la que considera su procedencia, y no en otros casos.

En oposición al anterior criterio la tesis del empleo extensivo sostiene que por analogía se debe recurrir al empleo del derecho de retención en todos aquellos casos en los que se presenten situaciones similares a las previstas por la ley, de tal manera que el acreedor pueda obtener la garantía de su crédito con un bien propiedad de su deudor, y el que detenta (23).

Hay quienes agregan (24) que por el sólo hecho de que el acreedor detente una cosa que pertenezca al deudor, debe existir ese derecho, porque eso es lo equitativo, excepción hecha en dos casos: cuando haya un texto legal en contrario, esto es, que prohíba la retención, y cuando el acreedor tenga esa cosa con vista a un hecho ilícito.

Consideramos debe aceptarse la tesis del empleo restringido del derecho, pues de otra forma se infringiría el artículo 17 constitucional, en donde se establece la prohibición de hacerse justicia por sí mismo.

Además el fundamento de este derecho, radica en que la ley para ciertos y determinados casos, considera indispensable dar protección a la víctima de un hecho ilícito, a efecto de que le sea en el futuro más fácil obtener la indemnización a que tiene derecho; piénsese por ejemplo, si por muy

(23).- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO.- Derecho de las Obligaciones.- Editorial Cajica. Puebla, Pue. Méx. Pág. 493 y siguientes.

(24).- BONNECASE JULIEN, Obra citada. Tomo II. Pág. 74 y siguientes.

ilícito que sea el incumplir un contrato a título gratuito, sería justo --- otorgar al beneficiario con la liberalidad a más de ésta un derecho de retención respecto de bienes que tuviera, llegado el caso, de la propiedad de quien le hace la liberalidad y que ahora comete el hecho ilícito de no cumplirla.

En cambio si se acepta que este derecho sólo se otorgue cuando la ley lo autoriza de manera expresa, haciendo operar el dispositivo de la norma - en favor de la víctima del hecho ilícito, no se puede considerar violado el artículo 17 constitucional, pues ya se trata de una cuestión perfectamente prevista y autorizada por la ley.

Como último elemento formal tenemos, que una vez que se dá el supuesto normativo, el retinente está obligado a custodiar la cosa, hasta que se haga pago de su crédito.

Si el derecho de retención concede al acreedor retenedor la facultad de continuar detentando la cosa hasta que el deudor que reclama cumpla con su obligación, resulta para aquél la obligación de conservarla, impidiendo que se altere o destruya, para que pueda cumplir con una de sus obligaciones que consiste precisamente en entregarla a su deudor.

Cuando la cosa se altera o pierde estando en poder del deudor, en este caso acreedor retenedor, surge el problema de los riesgos, es decir, debemos determinar cual de los sujetos en esta relación jurídica sufre en su patrimonio el perjuicio que ocasiona la pérdida o deterioro de la cosa. Si la cosa se pierde por caso fortuito o fuerza mayor, siguiendo el aforismo que dice: "Las cosas producen y perecen para su dueño" debemos concluir que esa pérdida es para el propietario del bien retenido en primer término y para su acreedor en segundo término por efecto del artículo 2024 del Código Civil que dispone "En los contratos en los que la prestación de la cosa no importe la traslación de la propiedad, el riesgo será siempre de cuenta del acreedor, a menos que intervenga culpa o negligencia de la otra parte".

Con relación al elemento personal encontramos que el derecho de retención se concede exclusivamente al poseedor derivado de la cosa, objeto de la retención (excepción hecha del artículo 810 fracción II del Código Civil

en vigor que dice: "El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, tiene los derechos siguientes: II.- El que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho a retener la cosa poseída hasta que se haga el pago").

También es necesario señalar que en el derecho de retención el retinente deba tener una prestación incumplida que pueda exigir al acreedor de la cosa, y por último que el acreedor de la cosa pueda ser propietario o simple poseedor de la misma.

El elemento real está integrado por las cosas sobre las cuales recae el derecho de retención. Los bienes se pueden clasificar en corporales o incorporales, los primeros son aquellos susceptibles de captarse por los sentidos y de existencia física, y los segundos aquellos que solamente se pueden percibir por la inteligencia es decir, que carecan de entidad fáctica.

En nuestro derecho no existe autorización expresa para que el derecho de retención pueda recaer en bienes incorporales, por lo que pensamos que solamente los bienes corporales pueden servir de base al derecho de retención.

Los bienes corporales se clasifican comúnmente en fungibles y no fungibles; son fungibles aquellos que tienen un mismo poder liberatorio, que pueden substituirse unos por otros en el cumplimiento de las obligaciones; los no fungibles son los que tienen una individualidad característica y que por lo tanto no son intercambiables. Es indudable que estas dos especies de bienes pueden servir indistintamente de objeto al derecho de retención, al igual que los bienes muebles e inmuebles como se desprende de los casos previstos por la ley.

Por lo que respecta a las cosas futuras consideramos que pueden ser objeto del derecho de retención. Así se deduce de los artículos 1826, 2792, 2793 del Código Civil, que dicen respectivamente: "Las cosas futuras pueden ser objeto de un contrato. Sin embargo, no puede serlo la herencia de una persona viva, aún cuando ésta preste su consentimiento". "Se llama compra de esperanza al contrato que tiene por objeto adquirir, por una cantidad de

terminada, los frutos que una cosa produzca en el tiempo fijado, tomando el comprador para sí el riesgo de que esos frutos no lleguen a existir, o bien, los productos inciertos de un hecho que puedan estimarse en dinero. El vendedor tiene derecho al precio aunque no lleguen a existir los frutos o productos comprados". "Los demás derechos y obligaciones de las partes, en la compra de esperanza, serán los que se determinan en el título de --- compraventa". Es bien sabido que el objeto de los contratos de cosas futuras no existe en el momento de su celebración, tal como se desprende del artículo 2792 antes citado y de la compraventa condicional o cosa esperada, en consecuencia pensamos que en caso de existir el bien futuro éste sería objeto del derecho de retención, si el comprador no pagara el precio en los términos que establece el artículo 2286: "El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para el pago" donde se concede el derecho de retención al vendedor, y al cual deberán de remitirse los contratantes de cosas futuras.

Por último pensamos que el derecho de retención no procede sobre las cosas ajenas, en virtud de que solamente es concedido por la ley sobre bienes propiedad del deudor, de lo contrario la seguridad jurídica se vería --- afectada, pues los bienes de los particulares estarían sujetos al incumplimiento de las personas que por cualquier título los tuvieran e incumplieran contratos respecto de los cuales el propietario del bien resultaría RES INTER ALIOS ACTA.

C.- DIFERENCIA DEL DERECHO DE RETENCION CON OTRAS INSTITUCIONES.

Es conveniente establecer la diferencia que tiene el derecho de retención que estamos estudiando con otras instituciones, mediante un breve estudio comparativo con algunas figuras jurídicas que presentan ciertas analogías, dando motivo a confusiones con el tema a estudio.

Daremos principio a este tópico analizando la Compensación, ésta se --- presenta cuando dos personas reúnen la calidad de acreedores y deudores, recíprocamente, teniendo como consecuencia la extinción de las deudas por mi-

nisterio de ley hasta el importe de la menor y tiene lugar únicamente cuando ambas deudas consisten en bienes fungibles de la misma especie y calidad.

La compensación es una forma que extingue deudas por partida doble, y se puede admitir como la forma admitida o establecida por la ley, en virtud de la cual se extinguen por ministerio de ley, dos deudas, hasta el importe de la menor, y en las cuales los sujetos reúnen la calidad de acreedores y deudores recíprocamente.

El Código Civil no da una definición de la institución aludida, pero se obtiene igual resultado con el texto de dos de sus artículos: el 2185 que dice: "Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho" y el 2186 que manda: "El efecto de la compensación es extinguir por ministerio de ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor".

El fundamento de esta institución reposa sobre la idea de equidad y justicia, pues no se cumpliría ni con una ni con otra, si una persona que es deudora y acreedora de otra en forma simultánea, se le obliga a pagar lo que ella debe, para después dejarla que busque la forma de cobrar lo que a ella se le debe. Se le pondría al sujeto que paga y conserva su calidad de acreedor, en la situación injusta de no cobrar ni su deudor, antiguo acreedor, cae mientras en insolvencia, pues volvería su crédito inútil. De hecho, sirve la compensación como una garantía (25) que la ley da a quien es "deudor acreedor".

Para que la figura de que tratamos pueda operar, precisa de: a).- Reciprocidad de obligaciones, entre personas que se consideran deudoras-acreedoras, b).- Que el objeto de ambas obligaciones sea fungible, c).- Las deudas sean líquidas, d).- Sean expeditas, e).- Sean exigibles y f).- Sean embargables (26).

Como sucede en el derecho de retención, hay una doble calidad de acreedor y deudor recíprocamente, tanto del poseedor de la cosa como de

(25).-SALVAT RAYMUNDO.- Tratado de Derecho Civil Argentino.- 6a. Ed., 1a. reimpresión. 1957. Obligaciones en General T.III. Pág.86 No. 1746.

(26).- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO.- Obra cit. Pág.859 y sig.

quien tiene derecho de reclamarla y además el hecho material de la retención, pero no por estas analogías es permitido decir que se trata de figuras jurídicas iguales, o por lo menos susceptible de confusión atendiendo a los efectos que producen, a la clase de bienes que pueden constituir su objeto mediato y a la forma de hacerlas valer.

En la compensación opera IPSO JURE un efecto liberatorio de la deuda mayor hasta el importe de la menor, resultando por esto necesario que se trate de bienes fungibles de la misma especie y calidad, principalmente dinero que es el bien fungible por excelencia, pudiendo ejercitarse por vía de acción o de excepción.

Por el contrario, en el derecho de retención solamente se faculta al acreedor para diferir el cumplimiento de su obligación hasta el pago de la deuda por parte de quien tiene derecho a que se le entregue la cosa retenida, efecto dilatorio, pudiendo recaer este derecho indistintamente sobre bienes muebles o inmuebles, y se actualiza en presencia de la acción ejercitada por el reclamante de la cosa retenida, como un verdadero medio de defensa legal como excepción dilatoria.

Además, como ya hemos analizado, para que opere del derecho de retención no es menester que se trate de bienes fungibles ni que sean líquidas ni exigibles las deudas, por último para los partidarios de la concisión entre el crédito y la cosa retenida cabría una diferencia más, ya que en la compensación no se requiere de la condición del DEBITUM CUM RE JUCTUM.

También se ha confundido al derecho de retención con la excepción NON ADIMPLETI CONTRACTUS que procede de los contratos bilaterales cuando una de las partes no ha cumplido con su obligación, entonces el otro contratante, al verse demandado al cumplimiento de su obligación podrá oponer esta excepción, evitando temporalmente el pago de su deuda hasta que el otro contratante haya cumplido debidamente con la prestación que le corresponde.

Este derecho es de los que se le confieren a la víctima de un hecho ilícito y consiste en solo negarse a cumplir con las obligaciones que ella asumió, mientras su contraparte no cumpla con las que le corresponden, es una defensa para no ejecutar el contrato, mientras el otro contratante no

re dicho título, siendo suficiente la buena fe del poseedor, que igualmente determina la propia ley en su artículo 806 del Código en vigor, que dice: "Es poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer con derechos..... Entiéndese por título la causa generadora de la posesión". Es de observarse -- que este precepto fué tomado de los artículos 927, 928, 830 y 831 de los Códigos de 1870 y 1884 respectivamente.

Es notorio que nuestro legislador para evitarse problemas jurídicos, optó por omitir la definición de la posesión que estamos estudiando. A diferencia de los Códigos de 1870 y 1884 en sus artículos 919 y 822 respectivamente que sí la definieron, el Código actual únicamente nos da el concepto de lo que es el poseedor, artículo 790 que dice: "Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto -- en el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él".

Ahora bien, refiriéndonos concretamente al derecho de retención, el único caso que conoce nuestra legislación vigente como ya lo mencionamos, en que por virtud de la posesión de buena fe y demás requisitos, se otorga este derecho independientemente de las formas contractuales, lo encontramos plasmado en el artículo 810 frac. II que dice: "El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, -- tiene los derechos siguientes: Frac. II, el que se le abonen todos los -- gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho a retener la cosa poseída que se haga el pago".

Vamos a tratar de analizar, los elementos esenciales que señala el artículo antes citado, para que se den los derechos que se desprenden del mismo, incluyendo el de retención. Encontramos que el primer requisito: que el poseedor sea de buena fe. Este concepto nos lo da el artículo 806, primer párrafo del Código vigente que reza: "Es poseedor de buena fe el que entra en posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer. También es el que ignora los vicios de su título que le -- impide poseer con derecho".

También encontramos como segundo requisito, que haya adquirido la --

cumple.

El fundamento legal de esta excepción se encuentra en el artículo 1550 del Código Civil de 1870 que dispuso: "En las obligaciones recíprocas, ninguno de los contratantes incurre en mora, si el otro no cumple o no se allana a cumplir debidamente la obligación que le corresponde". El anterior texto lo reprodujo el artículo 1434 del Código Civil de 1884. En el Código vigente no lo encontramos en forma expresa, aunque sí se llega a la misma conclusión que los anteriores de la lectura del artículo 1949 interpretado bajo el principio lógico-jurídico de que quien tiene lo más tiene lo menos.

En efecto el mencionado artículo 1949 que dice: "La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos. También podrá pedir la resolución aún después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible", le otorga lo más, el derecho a exigir el cumplimiento o a declarar la rescisión, lo menos sobre este supuesto, es el no cumplir hasta que no se le cumpla, sin que pueda estimarse en mora.

Si bien es cierto que el ejercicio de esta excepción sobreentendida en todos los contratos bilaterales, tiene como consecuencia necesaria la retención de la prestación debida a otro, mientras éste no cumpla con la obligación correlativa, no es correcto asimilar la retención derivada de esta excepción con el derecho de retención, por que éste supone la existencia de créditos recíprocos, independientes entre sí por cuanto que uno no es la causa jurídica del otro. Vamos a analizar un ejemplo: la fracción II del artículo 810 del Código Civil en vigor para el Distrito y Territorios Federales de 1932 establece que "el poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio tiene los derechos siguientes: Frac. II. El que se le abonen todos los gastos necesarios lo mismo que los útiles, teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que se haga el pago". Por una parte tenemos el derecho del poseedor de buena fe a que se le restituyan los gastos hechos en la cosa o con motivo de ---

ella que la ley señala; por otra parte el derecho del reclamante del bien retenido a que se le entregue, pero estos créditos recíprocos son totalmente independientes entre sí, porque el derecho del acreedor retenedor no tiene por origen o causa la obligación del deudor reclamante al pago de los gastos con que se conservó o mejoró la cosa, ni tampoco el crédito del deudor reclamante de la cosa tiene por causa la obligación del acreedor retenedor de entregar el bien, en cambio, en la excepción NON ADIMPLETI CONTRACTUS que presupone una relación bilateral en la que cada una de las partes se obliga en razón de que el otro contratante quede también obligado, se presentan créditos recíprocos, de los cuales el uno es causa jurídica del otro: porque si en estos créditos faltare la relación de causalidad no existiría la relación sinalagmática y por lo mismo esta excepción no sería aplicable. A este respecto Coviello expresa: "el que ejercita el derecho de retención se aprovecha de un beneficio que le ha otorgado la ley y que no sería una consecuencia del derecho de crédito que se asegura de ese modo, en cambio el que recurre a la excepción NON ADIMPLETI CONTRACTUS se aprovecha de un efecto del contrato, y por ende de una consecuencia de su crédito, el cual por la naturaleza de la relación sinalagmática, debe satisfacerse al tiempo en que se cumpla su propia obligación, la cual constituye su equivalencia"(27).

La palabra prenda tiene tres acepciones principales según Lozano Noriega (28) pues con ella denominamos al contrato, al derecho real a que da nacimiento el contrato y, por último, nos sirve para designar la misma cosa sobre la que se constituye ese derecho real de garantía llamado prenda.

La prenda la define nuestro Código Civil en vigor en el artículo 2856, haciendo alusión a la segunda acepción que dimos de ese vocablo: "La prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago". Las cosas que pueden ser objeto del contrato de prenda deben ser bienes muebles, enajenables, cedibles y que estén en el comercio.

La prenda antiguamente podía recaer sobre bienes inmuebles junto con -

(27).- COVIELLO NICOLAS.-Doctrina General del Derecho Civil, traducción de la 4a. ed. Italiana por Felipe Tena.-Méx.1949.-Pág.573 y sig.

(28).- LOZANO NORIEGA FCO.- Apuntes de Contratos.- México,D.F. T. III, Pág. 618 y sig. tomados de su cátedra.

la hipoteca, es decir, en un principio eran instituciones que se encontraban confundidas; no había una distinción neta, clara, entre la prenda y la hipoteca, pues aquella, doctrinalmente recaía sobre bienes muebles y producía el efecto de desposeer al deudor prendario, y en cambio la hipoteca -- por regla general recaía sobre bienes inmuebles y no impedía la desposesión para el deudor hipotecario.

Actualmente la prenda sólo recae sobre bienes muebles que deben ser enajenables, o sobre los frutos pendientes de bienes raíces que deben ser recogidos en tiempo determinado. Por el derecho real de prenda el acreedor no adquiere el dominio o una desmembración de la propiedad de la cosa sobre la cual recae el derecho real de prenda no es una desmembración del dominio como aquellos otros derechos reales, como servidumbres, usufructo, uso y habitación. Es un derecho real de segundo grado (29) y por qué, en tences, se exige que el bien mueble sea enajenable si el efecto de contrato de prenda, creando al derecho real del mismo nombre no es transmitir -- en beneficio del acreedor prendario el dominio de una desmembración del dominio? porque el objeto del contrato de prenda, la finalidad, la función misma que desempeña, es la de servir de garantía para el cumplimiento de una obligación; si la obligación garantizada no es cumplida, el acreedor prendario tiene derecho para hacer vender la cosa dada en prenda y aplicar su producto, su valor, su precio, al pago de la obligación; de aquí que se exija, pues, que ese bien pueda ser destinado a ser vendido, porque si nó, no podría cumplir su función que es la de garantizar el cumplimiento de la obligación y su preferencia en el pago.

Así pues, entendida la prenda como un derecho real constituido sobre bienes muebles enajenables o sobre los frutos pendientes de bienes raíces -- que deben ser recogidos en tiempo determinado para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago y para que se tenga por -- constituida la prenda deberá ser entregada al acreedor real o jurídicamente. De lo anterior se desprende que en la prenda también se presenta la retención de la cosa debida a otro, sólo que como una garantía real derivada del acuerdo de voluntades y que recae únicamente en bienes muebles enajenables o sobre frutos pendientes de bienes inmuebles que deben ser recogidos en --

(29).--PLANIOL MARCEL Y RIPERT JORGE.--Tratado práctico de Derecho Civil.--Francia. Traduc. Española del Dr. MARIO BLAN CRUZ.--La Habana 1940. Tomo VII. Pág. 914 y siguientes.

tiempo determinado.

Como ha quedado expuesto, la prenda engendra un verdadero privilegio, con derecho de preferencia unido al de rematar el bien sobre el cual recae. Todos estos elementos y características nos obligan a establecer una separación tajante entre la prenda y el derecho de retención.

El origen del contrato de anticresis es griego, análogo al de la prenda y raramente se menciona en los textos antiguos. Se comprendía a la anticresis como una simple convención relativa a las rentas y entonces la situación era muy clara. En el Derecho Romano había dos formas de garantías reales; la prenda para los muebles y la hipoteca para los inmuebles. La anticresis, servía únicamente para asegurar el pago de los intereses de la deuda en los casos en que un acreedor de sumas de dinero podía cobrarlos sin cometer el delito de usura, pero no resultaba de esto ningún privilegio sobre el precio del inmueble.

La anticresis era un derecho real constituido sobre inmuebles del deudor para asegurar el cumplimiento de su obligación, autorizando al acreedor para disfrutarlos por cuenta de los intereses debidos o del capital si no se debían intereses. En otras palabras, se facultaba al acreedor para retener el inmueble hasta que la deuda fuera pagada íntegramente, salvo el derecho especial adquirido por un tercero sobre el inmueble por efecto de hipoteca anteriormente registrada.

La retención que aquí se presenta por parte del acreedor anticrético constituía el ejercicio mismo de su derecho, porque si no se le hubiere permitido continuar en la posesión del inmueble dado en anticresis hasta el vencimiento del término convenido, quedaría desprovisto de la garantía real otorgada y además se le impediría el uso y el goce de la cosa que es el elemento esencial sin el cual no podría hablarse de dicha existencia.

En conclusión, hemos procurado establecer el concepto del derecho de retención y diferenciar esta institución de algunos casos que también se presenta la retención de una cosa debida a otro, pero no como un derecho autónomo que deviene exclusivamente de la ley, sino como una consecuencia necesaria para el ejercicio de otros derechos muy distintos originado casi --

siempre en el acuerdo de voluntades.

LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE RETENCION.

CAPITULO III.

FENOMENOLOGIA DEL DERECHO DE RETENCION.

A.- MODOS DE CONSTITUCION.

B.- CARACTERISTICA Y EFECTOS.

C.- MODOS DE EXTINCION.

Después de haber comentado la naturaleza jurídica, concepto y campo de aplicación del derecho de retención, nos ocuparemos ahora de señalar los modos de constitución, efectos y formas de extinción de éste derecho.

A.- MODOS DE CONSTITUCION.

En nuestra legislación civil en vigor se presenta el derecho de retención cuando "el acreedor de la cosa no cumple con su obligación ya sea ésta proveniente de un contrato o del caso del artículo 810 frac. II correspondiente a la posesión". En el primer caso, el ejercicio del derecho de retención está condicionado por su propia naturaleza jurídica, al incumplimiento de una obligación que como ya dijimos puede derivar de cualquiera de los contratos a que nos hemos referido anteriormente, en razón del principio de NON ADIMPLETI CONTRACTUS; en el segundo caso nace como antes citamos cuando se está dentro del marco legal previsto por el artículo 810 frac. II del Código en vigor, en este caso el retinente simple y llanamente retiene la cosa, sin pedir su consentimiento del acreedor de la cosa, así como tampoco necesita ninguna autorización judicial, pues una de las características esenciales del derecho de retención es el operar de pleno derecho, y únicamente se basa en la posesión de la cosa, dejando de cumplir con su obligación hasta en tanto no se le pague su crédito.

En reciprocidad a los derechos del retinente, encontramos sus obligaciones, que nacen como consecuencia del incumplimiento de la obligación correlativa, cuando la obligación a cumplir tenga por objeto la entrega de una cosa, la ley concede al acreedor el derecho de obtener la entrega de la posesión de la misma, y no cumpliéndose con esta obligación en forma voluntaria, el retinente incurrirá bajo ciertas condiciones en mora en el cumplimiento de su obligación, situación que genera diversas consecuencias jurídicas en su contra, facultando en este caso la ley al acreedor para exigir del deudor el cumplimiento de lo pactado, así como los daños y perjuicios que se le causaren, para lo cual la norma positiva le concede el derecho y los medios para pedir la intervención del órgano jurisdiccional, que comprobará su derecho, hecho lo cual el estado en ca-

so necesario, hará uso de los medios de apremio, para procurarle el cumplimiento efectivo de su derecho.

B.- CARACTERÍSTICAS Y EFECTOS.

Las principales características del derecho de retención son: que constituye una causa de preferencia, concede a su titular el derecho de persecución, otorga una garantía y como efecto secundario apremia al deudor al cumplimiento de su obligación.

Vamos a tratar de explicar cada una de las características antes mencionadas, a fin de poder completar este breve estudio.

Nuestro Código Civil en vigor dispone respectivamente en sus artículos 2964 y 2993 que: "El deudor responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes, con excepción de aquellos que, conforme a la ley, son inalienables y no embargables", y "Con el valor de los bienes que se mencionan serán pagados preferentemente: fracción III los créditos a que se refiere el artículo 2964, (relativo al derecho de retención en el contrato de obra) con el precio de la obra construida y frac. VI El crédito por hospedaje, con el precio de los muebles del deudor que se encuentren en la casa o establecimiento donde esté hospedado". Por lo que se desprende que el patrimonio del deudor es prenda común de sus acreedores.

Pero por diferentes razones el legislador ha considerado dar mayor protección a ciertos créditos, estableciendo para éstos causas de preferencia que son los privilegios y las hipotecas. De esta manera no todos los acreedores hacen efectivos sus respectivos créditos a prorrata, como lo hacen los acreedores quirografarios sino atendiendo a la graduación que corresponde a cada crédito, según su causa de preferencia.

Ahora bien, las causas de preferencia son de estricto derecho y se dice que no pueden ampliarse por analogía a créditos distintos de aquellos que la ley protege expresamente, porque las causas de preferencia constituyen excepciones a la regla, sin embargo nuestro Código Civil en vigor nos habla de algunos acreedores preferentes sobre determinados bie-

nes en su capítulo tercero del título primero en la tercera parte que trata "De la concurrencia y la prelación de los créditos", debiendo concluir que el derecho de retención constituye un privilegio y por lo mismo está provisto de preferencia en relación con los demás acreedores.

En relación con la segunda característica podemos decir que: cuando el acreedor retenedor ha perdido la posesión de la cosa retenida puede pedir su restitución a terceros en cuyo poder se encuentre a través de los interdictos de retener y recuperar la posesión tal como podría hacerlo el acreedor garantizado con prenda o hipoteca, por esto decimos que el derecho de retención confiere a su titular el derecho de persecución.

Aquí se nos presentan dos situaciones; primera: cuando el acreedor retenedor abandona voluntariamente la posesión de la cosa retenida, automáticamente desaparece el derecho de retener, pues, ya dijimos que el derecho de retención tiene como base la posesión de los bienes retenidos, es decir que los pierda por roto, despojo o por cualquier motivo ajeno a su voluntad. También en este caso tiene acción persecutoria derivada del derecho de retención propiamente dicho, teniendo también a su favor las acciones específicas de todo poseedor. Excluyendo a la acción pauliana o plenaria de posesión, reservada para los poseedores originarios, el retenedor como ya dijimos, puede ejercitar todas las demás acciones posesorias provisionales como los interdictos de mantener la posesión cuando ésta no se ha perdido pero está próxima a perderse por maniobras encaminadas en tal sentido o de simple perturbación, o de recuperar la posesión en caso de despojo.

Consideramos que una vez recuperada la posesión de la cosa el retenedor está en aptitud de ejercer el derecho de retención cuando concurren los demás requisitos referidos.

Pasando a la tercera característica diremos que: haciendo referencia a los derechos accesorios o de garantía en cuanto a su constitución, vigencia, exigibilidad, validez y duración dependen del derecho principal garantizado, exceptuándose las obligaciones condicionales o futuras que también pueden ser garantizadas, pero de todas maneras los derechos accesorios o de garantía siguen siempre la suerte del derecho principal garan

tizado.

Creemos justificada esta equiparación atendiendo al fin que persiguen tanto el derecho de retención como las diversas formas de garantía. En efecto, los derechos accesorios o de garantía tienen por objeto asegurar el cumplimiento de una obligación principal y en ocasiones su preferencia en el pago, como sucede en la hipoteca y en la prenda que además tiene asignado un procedimiento especial.

Como hemos visto en el derecho de retención, se asegura o garantiza el crédito en favor del retenedor, y se le confiere derecho para hacer efectiva la obligación con el producto de los bienes retenidos, sacándolos a remate. Es por esto que llegamos a considerar cierta hasta cierto punto la postura de Bonbecase cuando dice: "El crédito provisto del derecho de retención permanece por tanto, como un crédito quirografario, dotado de una garantía especializada, en el seno del patrimonio del deudor" (30).

Por último, para completar lo expuesto podemos afirmar como ya lo dijimos, el efecto secundario consiste en apremiar o forzar al deudor para que cumpla con la obligación que le compete y mientras esto no se realice, el retenedor podrá diferir sin limitación de tiempo la entrega de la cosa retenida.

Pasaremos ahora a estudiar los efectos jurídicos a que da lugar el derecho de retención, los cuales recaen en el titular, en la cosa y en los terceros.

En el titular, los podemos reducir a tres: primero, el que se le considere como acreedor privilegiado, cuya garantía especial es el patrimonio del deudor representado por la cosa retenida. Segundo: se le faculta a no entregar la cosa sino después de haber sido pagado su crédito. Tercero: se le faculta igualmente a oponer dicho derecho en el caso de expropiación por causa de utilidad pública.

En la cosa, como efecto principal tenemos, el de garantizar con la misma el pago del crédito que existe en favor del retinente, después, limitar el derecho de disponibilidad del propietario, hasta en tanto no cumpla con su obligación de pagar los gastos útiles y necesarios, y, por último, (30). - BONBECASE JULIAN, - Obra cit. Pág. 143.

el derecho del retinente no puede quedar su ejercicio al arbitrio del propietario, por lo tanto como sanción a su morosidad de pagar la deuda, el retinente con el transcurso del tiempo y bajo ciertas condiciones establecidas por la ley, puede cambiar su calidad de retinente a propietario.

Por lo que se refiere a los terceros, como por terceros debemos entender toda persona física o moral, ajena a los titulares de los créditos recíprocos, no intervienen propiamente en la celebración de un acto. Sin embargo, ya hemos visto que el derecho de retención es oponible al deudor reclamante de la cosa y consiguientemente lo es también a sus causahabientes universales, puesto que éstos adquieren los derechos y obligaciones del deudor primitivo sometidos a las mismas reglas.

En ocasión a los acreedores y los causahabientes a título particular, surge el problema de determinar si el derecho de retención es oponible ERGA OMNES es decir, contra todo el mundo, o si por el contrario este derecho es solamente oponible al deudor indicado y a sus sucesores a título universal.

Este problema de la oponibilidad del derecho en estudio ha sido ampliamente discutido en la doctrina y los autores que se han ocupado de ella han llegado a soluciones diametralmente opuestas.

Ya estudiamos en el capítulo correspondiente, que para Aubry y Rau el derecho de retención en atención a su fundamento y objeto, puede oponerse a los terceros por lo menos en cierta medida.

Por otra parte Laurent niega totalmente los efectos del derecho de retención en relación con los terceros en la siguiente forma: "También hubiera sido necesario establecer cuales son los terceros contra los que pueden prevalecerse el acreedor de su derecho de retención; esta cuestión tan importante como difícil, no puede ser resuelta por el intérprete, solamente la ley puede separar a tales o cuales terceros, si esto procede, y admitir otros. Por último, el legislador debería haber precisado los efectos del derecho de retención; se refieren a terceros, y por lo tanto el interés general. También habrían determinado con qué condiciones puede el acreedor oponer a terceros su derecho de retención, pues esta conduce a una preferencia para el acreedor que los ejercita; ahora bien, según el espíritu de la

nueva legislación, deben estar en posibilidad de informarse de la existencia de los derechos reales que pueda oponérseles" (31).

Por otra parte Josserrand admite la oponibilidad absoluta de este derecho del siguiente modo: "Por lo demás, y aún cuando no constituye un derecho real, el derecho de retención como se ha visto, no deja de ser poderosamente eficaz; a condición de no desprenderse de lo retenido, el que retiene está seguro de ser pagado, su fuerza es la fuerza de inercia, de la cual -- puede disponer contra todos, frente a un adquirente lo mismo que frente a los acreedores, aún hipotecarios o privilegiados, a toda demanda de entrega, en cualquier forma, responderá con el mismo estribillo: "págume usted primero". Se convierte en un inoportuno, de quien habrá que desembarazarse un día y esto no podrá hacerse más que pagándole; por eso hemos visto en el derecho de retención una vía de ejecución privada" (32).

Como ya lo hemos hecho notar, consideramos que el derecho de retención es un derecho real secundario y por lo mismo oponible ERGA OMNES.

C.- MODOS DE EXTINCIÓN.

Las causas de extinción del derecho de retención las podemos dividir en dos grupos: internas y externas; las primeras se dan cuando falta alguno de los elementos esenciales, suponiendo desde luego que en un momento existieron dichos elementos, porque de no ser así, nunca hubiera llegado a tener existencia la retención.

Por lo que se refiere a las segundas, como su nombre lo indica, hacen que el derecho de retención pierda su eficacia por razones externas al mismo.

Principiaremos por enumerar las causas internas de extinción. Primero: cuando se destruye o deteriora la cosa retenida; Segundo: cuando se pierda la posesión de la tenencia de ella y último, cuando se extingue por cualquier circunstancia el crédito a favor del acreedor retenedor.

Quando la cosa objeto material de la retención desaparece porque se destruya, o porque se deteriore en tal forma que pierda todo valor económico

(31).- JOSSEBRAND LEIS.- Derecho Civil.- Obra cit. Pág. 401 y sig.

(32).- LAURENT.- Citado por Bonnacase. Pág. 126. Obra citada.

co, desaparece automáticamente la eficacia jurídica del derecho de retención; ya hemos hecho notar que la pérdida de la posesión de la tenencia de la cosa puede ser con la voluntad del acreedor retenedor o sin ella, también dijimos que cuando la pérdida es involuntaria y el acreedor retenedor, titular del derecho de retención, recobra dicha posesión o tenencia sobre el bien, puede legalmente hacer valer su derecho; pero que sin embargo, la retención en sí misma considerada le da derecho de persecución. Por la misma razón apuntada en el inciso anterior debemos admitir que el derecho de retención pierde su eficacia normal en esta situación sin necesidad de mandato expreso de la ley.

Otro de los elementos internos que sirven de base al derecho de retención es la existencia de créditos recíprocos, independientes entre sí, por cuanto que uno no constituye la causa jurídica del otro. Si desaparece por cualquier circunstancia uno de los créditos IPSO FACTO desaparece el derecho de retención, por hipótesis debe admitirse la existencia del crédito en favor del actor reclamante de la cosa cuyo contenido de la acción intentada es precisamente la entrega de la cosa; en cuanto al crédito en favor del acreedor retenedor podemos decir que debe ser actual y por lo mismo exigible, porque si se ha extinguido por alguno de los medios legales como pago, remisión, etc., el derecho de retención carece de fundamento.

Las principales causas externas de extinción del derecho de retención son: la expropiación por causa de utilidad pública, la confusión y la renuncia.

La expropiación por causa de utilidad pública, como ya lo mencionamos, es una forma de extinguir el derecho de retención, pues grava la propiedad en cuanto que afecta el dominio y limita la facultad de disposición del titular de ese derecho.

Esta institución es relativamente moderna y su estudio queda comprendido dentro del marco del Derecho Administrativo, sin embargo no es ignorada por el Derecho Civil, encontrando en efecto regulada dicha institución en el artículo 331 del Código Civil vigente que dice: "La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa de utilidad

pública y mediante indemnización".

De esta disposición se desprende que al realizarse la expropiación -- por causa de utilidad pública del bien poseído por el retinente, se extingue el objeto de su derecho, más no el derecho de ser indemnizado con motivo de su crédito que tiene en contra del propietario, en consecuencia procede legalmente que éste le pague su crédito evitando su enriquecimiento ilegítimo o bien ser indemnizado también por el Estado, en caso contrario se violarían en su perjuicio las garantías individuales consagradas en nuestro máximo código.

La confusión tiene origen cuando los derechos y obligaciones de los sujetos que intervienen en una relación jurídica se transmiten a uno sólo de ellos; así por ejemplo, el usufructuario, el arrendatario o el acreedor anticrético que adquieren la propiedad de la cosa objeto material de su derecho, por esa sola circunstancia hacen desaparecer todos los derechos y obligaciones que se deriven o pudieran llegar a derivarse de las relaciones jurídicas de que se trata. En análoga situación queda colocado el acreedor retenedor -- que adquiere la propiedad de la cosa objeto material de la retención, porque como se ha dicho ha operado la confusión que es una de las formas de extinción de los derechos y que en el caso se traducen en una imposibilidad material para que surta efectos normales el derecho de retención.

Por último tenemos la renuncia de los derechos que puede ser tácita o expresa y es perfectamente permitida cuando no se trata de disposiciones de orden público, las que consagran dichos derechos. Ahora bien, el demandado que no acude a juicio, constituyéndose en rebelde, o que acudiendo al mismo no opone su excepción de retención, a pesar de tener derecho a ello, tácitamente está renunciando a su derecho, perdiendo la oportunidad de anular los efectos de la instancia del actor, que en última instancia se traducen en evitar sentencia condenatoria que lo obligue al cumplimiento de su obligación, difiriendo o aplazando por tiempo indefinido ese cumplimiento.

Este aspecto de la renunciabilidad no lo encontramos estudiado en doctrina, como estimamos que es de incuestionable importancia, aquí le tratamos muy brevemente.

Desde luego advertimos que ninguno de los preceptos que conceden esta facultad es prohibitivo, ni con su renuncia se afectan derechos de tercero, antes al contrario, al no ejercitarlo se benefician todos los que pudieran tener algún interés en la cosa retenida. Por otra parte, la renuncia a la retención en nada afecta al interés público, toda vez que tan sólo implica volver a la observancia de la regla general de que las obligaciones deben ser cumplidas, y tratándose en todos los casos de derechos entre particulares, estimamos plenamente procedente la renuncia a este derecho de retención, y la misma ley lo reconoce en el artículo 2299 que dice: "Cuando el comprador a plazo o con espera del precio fuere perturbado en su posesión o derecho, o tuviere justo temor de serlo, podrá suspender el pago si aún no lo ha hecho, mientras el vendedor le asegure la posesión o le dé fianza, -- salvo si hay convenio en contrario".

LA NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE RETENCION.

CAPITULO IV.

REFERENCIAS CONCRETAS DEL DERECHO DE RETENCION
EN NUESTRA LEGISLACION.

A.- POSESION.

B.- COMPRA-VENTA.

C.- PERMUTA.

D.- ARRENDAMIENTO.

E.- MANDATO.

F.- CONTRATO DE OBRAS.

G.- HOSPEDAJE.

Ahora nos vamos a ocupar del derecho de retención en nuestro Código Civil de 1928, tratando de relacionarlo con los anteriores de los años de 1870 y 1884.

Jamás en nuestros ordenamientos citados han regulado de una manera unitaria o conjunta el derecho de retención, pues sólo tratan esta materia en los supuestos concretos en que se concede este derecho al deudor, y en forma casuística van mencionando los casos en que se dá tal derecho.

Con el objeto de seguir un orden en la exposición, tomaremos el del Código vigente, para ir exponiendo las situaciones en que se concede.

1.- POSESION.

En esta figura jurídica encontramos que, el único supuesto del derecho de retención fuera de los casos contractuales es el que consagra el artículo 810 frac. II del Código de 1928, en concordancia con los artículos 838, 842, 843 del Código de 1884 y 935, 939, 940 del de 1870, otorgándolo al poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio. Dicha definición establece textualmente: "El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, tiene los derechos siguientes: II.- El que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho a retener la cosa poseída hasta que se le haga el pago". Los conceptos de gastos necesarios y útiles nos los da la propia ley vigente, en sus artículos 817 y 818, respectivamente, que rezan: "Son gastos necesarios los que están prescritos por la ley, y aquellos sin los que la cosa se pierde o desmejora" y "Son gastos útiles aquellos sin los que, sin ser necesarios, aumentan el precio o producto de la cosa".

Lo novedoso que encontramos en el referido artículo 810 frac. II, es que exige al poseedor para que pueda gozar del derecho de retención, que haya adquirido la posesión por título de traslación de dominio, a diferencia de nuestros Códigos Civiles anteriores, en los que no se requie-

posesión por título traslativo. Este concepto nos lo dá el mismo artículo 806, último párrafo: "Entiéndase por título la causa generadora de la posesión". Lo que se trata de proteger es principalmente el derecho de preferencia del poseedor con título contra aquel que no lo tiene. Es in cuestionable, que el legislador de 1928, aplicó este concepto de título traslativo además, al hecho jurídico en razón del cual se adquiere la posesión, o sean los elementos formales previstos legalmente y que son: -- por medio de un negocio jurídico, por un hecho originado por la voluntad del hombre, o bien derivado de una fuerza de la naturaleza, como es el caso de la accesión. Por lo que respecta a los gastos necesarios y útiles ya nos referiremos a ellos.

Ya hemos dicho hasta la saciedad, que el derecho de retención que se concede en la posesión no tiene como fuente un contrato, sino el enriquecimiento ilegítimo. Ahora trataremos algunas formas en que el derecho de retención nace como consecuencia del incumplimiento a lo pactado en un contrato, creyendo indispensable citar, aún cuando sea en forma concreta las definiciones que del contrato encontramos en nuestros anteriores Códigos.

El Código de 1870 definía en su artículo 1388 como contrato, a todo "convenio por el que dos o más personas se transfieren algún derecho o -- contraen alguna obligación". También en los mismos términos lo reguló el Código de 1884, en su artículo 1272.

En nuestro Código de 1928 encontramos que el legislador tomando como base los conceptos de Pothier, del Código de Napoleón, Portugués y nuestros Códigos de 1870 y 1884, define específicamente el concepto de convenio y contrato, en los artículos 1792 y 1793, que dicen respectivamente: "Convenio es el acuerdo de dos o más personas para crear, transferir, modificar o extinguir obligaciones" y "Los convenios que producen o transfieren las obligaciones y derechos toman el nombre de contratos".

B.- COMPRAVENTA.

El Código en vigor establece en su artículo 2248 que: "Habrá compra

venta cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro a su vez se obliga a pagar por ---ellos un precio cierto y en dinero". Así pues la compraventa es un contrato translativo de dominio, bilateral, oneroso, conmutativo, aleatorio y definitivo.

La obligación primordial para el vendedor es la entrega de la cosa. Sin embargo, la ley establece expresamente una excepción a dicha obligación al concederle el derecho de retención de la cosa enajenada, en las ventas al contado para el caso de que el comprador no pague el precio, -según se desprende del artículo 2286 del Código en vigor que dice: "El -vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para el pago". Este ordenamiento está en concordancia con los artículos 2937 y 2856 de los Códigos de 1870 y 1884 respectivamente. El Lic. Luis Muñoz (33) encuentra el antecedente de estos preceptos en las Institutas de Justiniano, Libro II, Título Primero. Esta facultad de retención que se le concede al vendedor, no altera la existencia del contrato ya que -no implica necesariamente su resolución, como advierte Planiol (34); "Re-tendrá pues, la cosa a título de garantía, permaneciendo el contrato in-tacto y esperará a que el comprador le ofrezca el precio".

El derecho que se consagra a favor del vendedor, sólo se da cuando la venta ha sido al contado, puesto que supone la ejecución inmediata del contrato, atentos los términos del artículo 2294. "Si no se han fijado -tiempo y lugar, el pago se hará en el tiempo y lugar en que se entregue -la cosa".

Después de haber negado la ley este derecho en las ventas a plazo, se establece una excepción en el artículo 2287 del Código en vigor que -reza: "Tampoco está obligado a la entrega aunque haya concedido un térmi-no para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador se -halla en estado de insolvencia, de suerte que el vendedor corra inminente riesgo de perder el precio, a no ser que el comprador le dé fianza de pa-

(33).- MUÑOZ LUIS.- COMENTARIOS al Código Civil de 1928 citados por él, Vol. I. Pág. 186. Ed.- Lex, México, 1946.

(34).- PLANIOL MARCEL.- Ob. cita. Vol. VIII Pág. 244.

gar al plazo convenido", en concordancia con los artículos 2988, 2877, - de los Códigos de 1870 y 1884 respectivamente.

Por otra parte, conocida la obligación del vendedor de prestar el saneamiento para el caso de evicción, según los artículos 2120 y 2283 -- frac. III del Código en vigor que dicen: "Todo el que enajena está obligado a responder de la evicción, aunque nada se haya expresado en el contrato" y "El vendedor está obligado Frac. III: A prestar la evicción", respectivamente. El comprador goza del derecho de retención del precio en el artículo 2299 del citado ordenamiento cuando afirma: "Cuando el -- comprador a plazo o con espera del precio fuere perturbado en su pose-- sión o derecho, o tuviere justo temor de serlo, podrá suspender el pago si aún no lo ha hecho, mientras el vendedor se asegure la posesión o le dé fianza, salvo si hay convenio en contrario". Esta disposición concuerda con los artículos 3031 y 2898 de los Códigos de 1870 y 1884 respectivamente.

De los artículos citados se concluye, que para que se admita el derecho de retención al comprador se requiere: que la venta sea a plazo o con espera de precio. Acerca de las perturbaciones éstas deben derivar de un gravamen constituido o una obligación real, y no ser materiales, - ni posteriores a la venta toda vez que en estos supuestos el comprador - como propietario (tratándose de inmuebles goza de los interdictos) y no afectan en nada a la obligación del enajenante de prestar el saneamiento para el caso de evicción, ni menos aún le son imputables para que tuviera obligación de responder por éstos.

También es necesario que el comprador tenga justo temor de sufrir perturbaciones, temor que debe fundarse en una situación objetiva y no - simplemente en una creencia caprichosa. Al efecto Rojas Villegas (35), expresa: "Hay un fundamento objetivo para considerar que exista un justo temor, cuando descubre el comprador que hay un gravamen oculto, de tal - manera que si no se ha llevado a cabo la perturbación es posible que en el futuro se realice". Pero pensamos por nuestra parte que en última -- instancia son los tribunales los que resolverán si es o no justo el te--
(35).- ROJAS VILLEGAS RAFAEL.- Derecho Civil Mexicano.- Contratos, Pa. Ed. Vol. I. Pág. 239.

mor. Ahora bien, el derecho de retención no opera cuando el vendedor -- afianza la posesión del comprador, tampoco si el comprador ha renunciado a este derecho y por último, es preciso distinguir: si el comprador tiene la certidumbre de no haber adquirido la propiedad por no tenerla el vendedor, disfrutará de la acción de nulidad; y cuando únicamente es perturbado en su posesión o tiene justo temor de serlo, gozará del derecho de retención.

A manera de ejemplo el Código Español, también reconoce este derecho, sólo que lo restringe en la siguiente forma: "Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que se afiance la devolución del precio en su caso, o se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase el comprador estará obligado a verificar el pago", es decir, sólo puede darse el derecho de retención cuando el peligro procede de las dos acciones citadas, según el artículo 1502 del ordenamiento citado.

C.- PERMUTA.-

Este contrato lo encontramos regulado en el artículo 2327 de nuestro Código en vigor cuando dice: "La permuta es un contrato por el cual cada uno de los contratantes se obligar a dar una cosa por otra. Se observará, en su caso, lo dispuesto en el artículo 2250".

Por el concepto mencionado se desprende que se trata de un contrato bilateral y oneroso, que desempeña la misma función jurídica que la compraventa, es decir, jurídica y económicamente. Como una consecuencia de la obligación que tienen los copermutantes de transferirse mutuamente la propiedad de las respectivas cosas y de la facultad de que goza el -- que sufre evicción del bien recibido, de reivindicar el que transfirió, -- el artículo 2329 del Código Civil ordena: "El permutante que sufra evicción de la cosa que recibió en cambio, podrá reivindicar la que dió si se halla aún en poder del otro permutante, o exigir su valor o el valor

de la cosa que se le hubiere dado en cambio, con el pago de daños y perjuicios" y el 2330 del propio ordenamiento afirma: "Lo dispuesto en el artículo anterior no perjudica los derechos que a título de oneroso haya adquirido un tercero de buena fe sobre la cosa que reclame el que sufrió la evicción". Por último, el artículo 2328 al tenor sostiene que: "Si uno de los contratantes ha recibido la cosa que se le da en permuta y acredita -- que no era propia del que la dió, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio, y cumple con devolver la que recibió", resultando -- igual dicho precepto al 2932 del Código de 1884 y al 3064 del de 1870.

Concluimos afirmando que la hipótesis del artículo 2329 del Código Civil se trata de un derecho de retención, otorgado al copermutante que recibió la cosa cuya propiedad no pertenecía al que se la dió.

D.- ARRENDAMIENTO.

El Código Civil en vigor nos habla del contrato de arrendamiento en su artículo 2398 al decir: "Hay arrendamiento cuando las partes contratantes se obligan recíprocamente, una a conceder el uso o goce temporal de -- una cosa, y la otra, a pagar por ese uso o goce un precio cierto...". Este precepto está acorde con los artículos 3068 y 2936 de los Códigos de 1870 y 1884 respectivamente, lo clasificamos principalmente como bilateral, oneroso y translativo de uso.

Algunos autores sostienen que el derecho de retención que se otorga en este contrato está consagrado en el artículo 2422 que textualmente establece: "Si al terminar el arrendamiento hubiere algún saldo a favor del arrendatario, el arrendador deberá devolverlo inmediatamente a no ser que tenga algún derecho que ejercitar contra aquél; en este caso depositará judicialmente el saldo referido". Este precepto está tomado de los artículos 2958 y 3090 de los Códigos de 70 y 84 respectivamente. Se dice que se trata de una tonalidad especial del derecho de retención (36), pues no es el acreedor quien directamente retiene lo que es de su deudor, sino que debe entregarlo a la autoridad judicial.

También Borja Soriano considera que el artículo antes citado es el -
(36).- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO.- Obra citada. Pág. 492.

fundamento del derecho de retención (37).

No estamos de acuerdo con lo anterior en virtud de que una de las principales características del derecho de retención es el operar de pleno derecho, y resultaría inexacto que se acudiera a los tribunales, para que operara el derecho de retención.

Consideramos que el derecho aludido está plasmado en el artículo -- 2445 de nuestro Código Civil que a su vez dispone: "El arrendatario que por causa de reparaciones pierda el uso total o parcial de la cosa, tiene derecho a no pagar el precio del arrendamiento, a pedir la reducción de ese precio o la rescisión del contrato, si la pérdida del uso dura más de dos meses en sus respectivos casos". Fundándonos en la exposición de motivos del Código Civil en vigor, que inspirado en los principios de justicia social expresa: "Cuando el arrendador no cumple sus obligaciones para mantener la cosa en buen estado, su morosidad puede causar daños de consideración, por lo que se previene que si el arrendador no lo hiciere o retardare en ejecutar las reparaciones que tiene obligación de hacer, el arrendatario está autorizado para retener de la renta el costo probable de esas reparaciones, fijado por peritos, y si se tratan de reparaciones que no admitan demora, podrá hacerlas por cuenta del arrendador". Aún cuando no hay disposición que expresamente recoja estas ideas, sí podemos decir que el artículo 2445 antes citado, es un efecto de las mencionadas orientaciones.

También se ha dicho que este artículo es una novedad en nuestra legislación, por no reglamentarlo los Códigos de 70 y 84. No estamos de acuerdo con dicha novedad porque los citados códigos sí hablan de ello en sus artículos 3101, 3102, 3116, 3150, 3151 y 2969, 2970, 2984, 3016, 3017 respectivamente; lo que sucedía, era que no estaba como ahora implícito en un sólo precepto, sino que se desprendía de varios.

Así pues, concluimos que el derecho de retención se consagra en el artículo 2445 y no en el 2422 del Código mencionado por las razones que antes expusimos.

(37).- BORJA SORIANO MANUEL.- Obra citada.- Pág.213 No. 1104.

E.- MANDATO.

Este contrato lo define nuestro Código Civil en su artículo 2546 al rezar: "El mandato es un contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga". Igual que los demás contratos estudiados es bilateral y oneroso, gratuito excepcionalmente cuando así se haya convenido, artículo 2549 del Código Civil en vigor, el derecho de retención que se concede en el artículo --- 2579 que dice: "El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores". No tiene precedentes en ninguno de los Códigos anteriores por lo que constituye una novedad en -- nuestra legislación.

Aquí se otorga el derecho de retención a favor del mandatario, como consecuencia de la obligación del mandante impuesta por los artículos --- 2577 y 2578 del Código Civil, dicen respectivamente: "El mandante debe anticipar al mandatario, si éste lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato. Si el mandatario las hubiere anticipado, debe --- reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario. El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo - el anticipo", y "Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el incumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario".

F.- CONTRATO DE OBRA A PRECIO ALZADO.

El Código en vigor no nos da una definición de este contrato, por lo que tenemos que acudir al concepto de Lozano Noriega (38) que dice: - "Es aquel contrato en virtud del cual una de las partes llamada empresa-- rrio a cambio de una remuneración que se obliga a cubrirle la otra, se com promete a realizar una obra en un bien inmueble o mueble poniendo los ma- teriales necesarios y tomando a su cargo el riesgo de la ejecución de la obra".

(38).- LOZANO NORIEGA FRANCISCO.- Obra cit, Pág.476 y sig. Tomo II.

Ahora bien, se presenta el problema de saber si el contrato a estudio pertenece al Derecho Civil o al Derecho del Trabajo, pues se afirma que la Ley Federal del Trabajo, en su artículo 17 define al contrato de trabajo diciendo: "Es aquél por virtud del cual una persona se obliga a prestar a otra, bajo su dirección y dependencia, un servicio personal - mediante una retribución convenida". Dos elementos fundamentales existen en toda relación de trabajo relacionada por la Ley Federal: la prestación de un servicio, es decir, poner la actividad personal al servicio de otro, y una situación de dependencia, pues el trabajador no dirige, sólo recibe órdenes, está bajo la dependencia material técnica y también económica - del patrón. Vamos a ver si esos elementos que vienen a caracterizar el contrato de trabajo se presentan también en el contrato de obras a precio alzado.

Desde luego, vemos que falta uno de esos requisitos, la dirección, no corresponde al dueño de la obra; éste contrató la ejecución de ella; - el aspecto técnico, la dirección técnica de la obra corresponde al empresario, que es quien pone los materiales; es decir, el dueño de la obra pagará los materiales, pero éstos son puestos por el empresario, luego está ejecutando la obra con medios propios, no con medios que le proporciona - el patrón. Por tanto se concluyó que no estando reunidos los requisitos que la Ley Federal del Trabajo, considera como indispensables para considerar una relación de tipo contractual regulada por dicha ley, el contrato de obra a precio alzado todavía forma parte del Derecho Civil.

Las características de este contrato son: bilateralidad, onerosidad y consensualidad porque como ya hemos dicho engendra obligaciones recíprocas para las partes, para el empresario, la obligación fundamental - consistente en realizar la obra, poner su actividad, sus conocimientos al servicio del dueño o de la obra y para éste, la obligación fundamental es la de cubrir al empresario una remuneración por los servicios que le presta. Es oneroso porque hay reciprocidad en cuanto a los provechos y gravámenes. Por regla general es también consensual, IN TUTTU PERSONARUM porque está basado en la confianza de los contratantes. Con lo antes dicho creamos haber dado una simple noción del contrato de obra. Ahora pasamos a -

nuestro tema principal, diremos que el único caso en que se autoriza al empresario a no entregar la cosa objeto del contrato, es cuando el dueño no le pague su precio otorgándole el derecho de retención en el artículo 2644 del Código Civil en vigor que reza: "El constructor de cualquiera obra mueble tiene derecho a retenerla mientras no se le pague, y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra". Este artículo está tomado del 2627, 2508 de los Códigos de 1870 y 1884 respectivamente.

G.- HOSPEDAJE.

Nuestras legislaciones anteriores no se habían ocupado de reglamentar este contrato, como tampoco lo habían hecho las Legislaciones Francesa y Española, a diferencia del Código Civil en vigor, en su artículo 2666 - que dice: "El contrato de hospedaje tiene lugar cuando alguno presta a otro albergue, mediante la retribución convenida, comprendiéndose o no, según se estipule, los alimentos y demás gastos que origine el hospedaje". - Este contrato también es bilateral y oneroso.

De este concepto se desprende por una parte implica prestación de servicios y por la otra transmisión de uso y goce de dominio de la cosa, - mediante retribución convenida, por lo que lo clasificamos como de naturaleza compleja, esencialmente bilateral y oneroso como ya lo dijimos, concediendo a los dueños de los establecimientos dos derechos para obtener el pago de lo que les adeude el huésped: uno de preferencia para ser pagados con el importe de los equipajes de aquél, reconocido por el artículo 2993 Frac. VI del Código en vigor y que concuerda con el 2085 del de 1884 y el 1951 del de 1870 y el otro derecho es el de retención sobre dicho equipaje hasta que tales dueños obtengan el pago de lo adeudado; como ordena el artículo 2669 del Código Civil en vigor: "Los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje; a ese efecto, los dueños de los establecimientos donde se hospeden podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado". Por lo que asegura este ordenamiento y el que otorga la ley al mandatario se ha confundido el derecho de retención con el de prenda, tema que ya discutimos y dejamos aclarado en el pasado capítulo.

Para dar por terminado el presente capítulo diremos que hay otros --

actos, en que se pretende incluir el derecho de retención, tales como: el depósito, la accesión y el legado. El depósito en el artículo 2533 de nuestro Código Civil establece: "El depositario no puede retener la cosa, aún cuando al pedírsela no haya recibido el importe de las expensas a que se refiere el artículo anterior; pero si podrá, en este caso, si el pago no se le asegura, pedir judicialmente la retención del depósito". La accesión en el artículo 929 a saber: "El que de buena fé empleó materia ajena en todo o en parte, para formar una cosa de nueva especie, hará suya la obra, siempre que el mérito artístico de éste exceda en precio a la materia, cuyo valor indemnizará al dueño". El legado en el artículo 1409 que dice: "Si la cosa legada estuviere en poder del legatario, podrá éste retenerla, sin perjuicio de devolver en caso de reducción lo que corresponda conforme a derecho".

En nuestra opinión los actos acabados de mencionar no constituyen derechos de retención porque en el depósito no se cumple con el elemento esencial del derecho de retención que es el de operar de pleno derecho, además si el depositario teme que su crédito esté inseguro la ley lo facultada para ejercitar las medidas precautorias determinadas expresamente por nuestra legislación Procesal Civil, pidiendo la intervención del órgano jurisdiccional, en garantía de su crédito. Por lo que respecta a la accesión no encontramos la facultad de retener un bien que no es de su propiedad hasta que el deudor cumpla con su obligación, y por último el legado que no constituye un caso más de la institución que estudiamos, toda vez que el legatario adquiere la cosa legada a título particular y al momento de la muerte del de CUJUS, por lo que no tiene derecho a entregarla.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El derecho de retención es una facultad legal que se da al acreedor retinente para conservar un bien, que debió entregar a un deudor incumplido.

SEGUNDA.- No se ha logrado establecer en la doctrina un criterio uniforme sobre el derecho de retención y como consecuencia, tampoco se ha fijado su naturaleza jurídica.

TERCERA.- El derecho de retención es un derecho real en el que es esencial la posesión de la cosa por el acreedor retinente, sabiendo que tendrá que devolverla cuando se extinga su derecho.

CUARTA.- Las acciones de la Ley en el Derecho Romano, nunca fueron antecedente del derecho de retención, sino las hipótesis que el mismo derecho confería.

QUINTA.- La ley es la única fuente del derecho de retención.

SEXTA.- Los actos jurídicos que dan origen al derecho de retención los encontramos en los artículos 810 frac. II, 2286, 2287, - 2299, 2328, 2445, 2579, 2644 y 2669 de nuestro Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.

SEPTIMA.- El derecho de retención se concede exclusivamente al poseedor derivado de la cosa, objeto de la retención, con excepción del caso previsto en la frac. II del artículo 810 del Código Civil vigente.

OCTAVA.- El derecho de retención es renunciable y por lo mismo puede ser previsto por las partes.

NOVENA.- El derecho de retención opera de pleno derecho.

BIBLIOGRAFIA.

B I B L I O G R A F I A.

- AUBRY RAU.- Curso de Derecho Francés.- París 1900-1902.
- AUGE CLAUDE.- Pequeño Larousse Ilustrado.- Librería Larousse.- París, - 1925.
- BONNECASE JULIEN.- Elementos de Derecho Civil.- Traducción del Lic. José M. Cajica Jr. Puebla, Pue. 1944.
- BORJA SORIANO MANUEL.- Teoría General de las Obligaciones, 3a. Edición. Porrúa, S. A. México, 1953.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1870.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1884.
- CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1928.
- COLIN AMBROSIO Y CAPTANT E.- Curso Elemental de Derecho Civil.- Traducción con notas de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia con notas de Demétilo de Buen.- Madrid 1925.
- CASO Y ROMERO IGNACIO y DR. FRANCISCO CERRERA Y JIMENEZ ALFARO.- Diccionario de Derecho Privado.- Editorial Labor, S.A. reimpresión 1954.
- COVIELLO NICOLAS.- Doctrina General del Derecho Civil, traducción de la 4a. edición Italiana por Felipe J. Tena.- México, 1949.
- DE IBARROLA ANTONIO.- Cosas y Sucesiones.- Editorial Porrúa, S.A. México 1957.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ ERNESTO.- Derecho de las Obligaciones.- Editorial - Cajica. Puebla, Pue., México. 1962.
- JOSSEPRAND LOUIS.- Derecho Civil.- Traducción de Santiago Cuchillas y Mantarola.- Ediciones Jurídicas Europa-América.- Bosch y Cía. Editores. Buenos Aires.- Argentina 1951.
- LAURENT F. T.- Citado por Bonnecase.- Elementos de Derecho Civil.
- LOZANO NORIEGA FRANCISCO.- Apuntes de Contratos, tomados de su cátedra en la Facultad de Derecho, México, 1947.
- MUÑOZ LUIS.- Comentarios al Código Civil para el Distrito y Territorios Federales.- Editorial Lex. México, D.F. 1946.
- PETIT EUGENE.- Tratado Elemental de Derecho Romano.- Traducción de la - 9a. edición Francesa por Luis Fernández González.- Editora Nacional, S. A. México, D.F. 1953.
- FLANJOL MARCEL Y GEORGES RIPERT.- Tratado Elemental de Derecho Civil.- Traducción de la 12a. edición Francesa por el Lic. José M. Cajica Jr. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla Pue. México.
- ROGINA VILLEGAS RAFAEL.- Derecho Civil Mexicano.- Contratos 2a. edición Antigua Librería Robredo, México. 1954.
- RUIZ V. ARANGIO.- Las acciones en el Derecho Privado Romano.- Traducción de Faustino Gutiérrez.- Editorial Revista de Der. Priv. Madrid, España.
- SALVAT RAYMUNDO.- Tratado de Derecho Civil Argentino 6a. edición reim- presión 1957.- Obligaciones en general.