

Nº 48
251



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

**ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
"ARAGON"**

**SISTEMATIZACION JURIDICA DEL DERECHO DE
RETENCION PARA EL CODIGO CIVIL VIGENTE EN
EL DISTRITO FEDERAL**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
MARIA MIRIAM CALETE DE LA O

Asesor: Lic. Cecilia Licona Vite

San Juan de Aragón, Edo. de México 1992

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**



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 está 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.

INDICE

Página

INTRODUCCION	1
OBJETIVO	4
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	4
HIPOTESIS	5

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO DE RETENCION

1.1. DERECHO ROMANO	6
1.2. DERECHO FRANCES	14
1.3. DERECHO ALEMAN	18
1.4. DERECHO ARGENTINO	20
1.5. DERECHO SUIZO	24
1.6. DERECHO JAPONES	27

CAPITULO II

GENERALIDADES DEL DERECHO DE RETENCION

2.1. CONCEPTO	31
2.2. ELEMENTOS	40
2.3. FUNDAMENTO	52
2.4. NATURALEZA JURIDICA	54
2.5. EXTINCION	62
2.6. VENTAJAS	63

CAPITULO III

CARACTERISTICAS Y EFECTOS DEL DERECHO DE RETENCION

3.1. CARACTERISTICAS	65
3.2. EFECTOS RESPECTO A LA COSA	68
3.3. EFECTOS CONTRA TERCEROS	70

CAPITULO IV

DISTINCION DE LA RETENCION CON OTRAS FIGURAS AFINES

4.1. FIGURAS AFINES	75
4.2. LA COMPENSACION	75
4.3. LA PRENDA	77
4.4. EL EMBARGO	78
4.5. LA EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO	79

CAPITULO V

DOMINIO DE APLICACION DE LA RETENCION

5.1. SISTEMA RESTRICTIVO O EXEGETICO	82
5.2. SISTEMA DE APLICACION FUERA DE LOS TEXTOS .	84
5.3. SISTEMA DE APLICACION DISCRECIONAL	85
5.4. SISTEMA QUE ADMITE LA RETENCION CUANDO HAY CONEXIDAD ENTRE EL CREDITO Y LA POSESION ..	86
5.5. NUESTRO CRITERIO AL RESPECTO	87

CAPITULO VI

REGLAMENTACION SISTEMATICA DEL DERECHO DE RETEN -
CION EN LA LEGISLACION MEXICANA

6.1. EL DERECHO DE RETENCION EN LA LEGISLACION - CIVIL DE LOS ESTADOS	89
6.2. CASOS QUE CONTEMPLA LA LEGISLACION CIVIL - DEL DISTRITO FEDERAL	102
6.3. NECESIDAD JURIDICA DE REGLAMENTAR ESPECIFI- CAMENTE EL DERECHO DE RETENCION	106
CONCLUSIONES	115
BIBLIOGRAFIA	120

INTRODUCCION

Frecuentemente se da la situación en que una persona se constituye en acreedor sin tener asegurado el crédito a su favor con una garantía real sobre un bien específico del deudor o de un tercero (acreedor quirografario), como sería por ejemplo, la prenda o la hipoteca, haciendo esto que ante la negativa del deudor a cumplir con sus obligaciones, el acreedor se enfrente a serios obstáculos para poder lograr el pago, ya que el deudor suele llegar al grado de utilizar diversas artimañas para evitar la ejecución forzada.

Para evitar lo antes señalado, la ley ha tratado de proteger a los acreedores quirografarios a través de diferentes medios, como es la acción pauliana, cuyo efecto es anular los actos celebrados por un deudor en perjuicio de su acreedor, si de estos actos resulta la insolvencia del deudor siempre que el crédito sea anterior a ellos; otro medio de protección es la acción declaratoria de simulación, la cual dispone que el acto absolutamente simulado (ficticio), no produce efecto jurídico alguno, y que está afectado de nulidad; así también la acción oblicua u subrogatoria, que faculta al acreedor

para ejercitar las acciones que competen a su deudor, cuando conste el crédito de aquel en título ejecutivo y, exitado éste para deducirlas, descuide o rehuse hacerlo; otro medio útil para proteger al acreedor quirografario es el derecho de retención, que le otorga la facultad para denegar la restitución de un bien propiedad del deudor hasta en tanto no le sea cubierto el crédito a su favor. Y, es precisamente esta figura jurídica la que trataremos en el presente trabajo.

Nuestro propósito principal, es hacer notar las ventajas que la retención brinda a los acreedores, haciendo conciencia sobre la problemática que representa la falta de un cuerpo legal que rija el derecho de retención, pues lamentablemente, la mayoría de legislaciones, únicamente se han limitado a mencionarlo, sin dar un esquema de elementos, y principios para su correcta aplicación.

Para poder llegar al punto que nos interesa, haremos alusión a algunas legislaciones que han dado un trato especial al derecho de retención, no dejándolo a la deriva como simple mención; asimismo, haremos un breve estudio sobre las controversias que dicha figura

para ejercitar las acciones que competen a su deudor, cuando conste el crédito de aquel en título ejecutivo y, exitado éste para deducirlas, descuide o rehuse hacerlo; otro medio útil para proteger al acreedor quirografario es el derecho de retención, que le otorga la facultad para denegar la restitución de un bien propiedad del deudor hasta en tanto no le sea cubierto el crédito a su favor. Y, es precisamente esta figura jurídica la que trataremos en el presente trabajo.

Nuestro propósito principal, es hacer notar las ventajas que la retención brinda a los acreedores, haciendo conciencia sobre la problemática que representa la falta de un cuerpo legal que rija el derecho de retención, pues lamentablemente, la mayoría de legislaciones, únicamente se han limitado a mencionarlo, sin dar un esquema de elementos, y principios para su correcta aplicación.

Para poder llegar al punto que nos interesa, haremos alusión a algunas legislaciones que han dado un trato especial al derecho de retención, no dejándolo a la deriva como simple mención; asimismo, haremos un breve estudio sobre las controversias que dicha figura

jurídica ha creado entre los doctrinarios; finalmente proponemos una reglamentación que podría adecuarse al código civil para el Distrito Federal, y venir a dar solución a su simple e insuficiente mención dentro del mismo.

OBJETIVO

El presente trabajo tiene como objetivo principal proponer un proyecto que pudiera dar solución a los problemas que plantea la no reglamentación del derecho de retención en el código civil vigente para el Distrito Federal, por lo que previamente pretendemos dar a conocer la figura jurídica desde sus orígenes, concepto, características y diversos criterios sobre la misma.

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La legislación civil para el Distrito Federal contempla el derecho de retención en pocos contratos, aludiendo unicamente a que lo tendrá el acreedor en una obligación de dar, hasta en tanto no le sea correspondida su contraprestación, pero no existe una parte que defina ni determine su aplicación, siendo una laguna que se traduce en las siguientes interrogantes:

¿En qué consiste el derecho de retención?

Quando la ley no establece expresamente el derecho de retención. ¿Se podrá ejercitar?

¿A quien es oponible?

¿Cuáles son sus alcances?

¿Por qué tiempo se podra retener el bien?

¿Cómo se extingue este derecho?, etc.

HIPOTESIS

Una eficiente reglamentación del derecho de retención da elementos suficientes al acreedor porque le brinda principios y bases fundamentales para hacerlo valer ante su deudor.

CAPITULO I

EVOLUCION HISTORICA DEL DERECHO DE RETENCION

1.1. DERECHO ROMANO

Para entrar al estudio del derecho de retención es necesario conocer sus orígenes, para lo cual debemos remontarnos al derecho romano, ya que generalmente en él encontramos los precedentes de nuestras actuales instituciones jurídicas. De esta manera, veremos los criterios que han seguido algunos estudiosos del derecho al tocar los antecedentes históricos del derecho de retención.

Algunos autores como López de Haro creen que el derecho de retención tuvo su origen en la manus in jectio y en la pignoris capio.

López de Haro hace una síntesis histórica del cobro de créditos justificando de esa forma el surgimiento

del derecho de retención, diciendo: "Nacieron en Roma las obligaciones con el sello de personales, y si el deudor no las satisfacía podía el acreedor apoderarse de él por mano privada -manus injectio- y conducirlo a tribunal". (1)

"La ley Petilia Papiria, suprimió la manus injectio, prohibiendo a los acreedores matar al deudor, permitiéndoles solamente utilizar su trabajo hasta cobrarse". (2)

Conforme fue evolucionando el derecho romano, nos comenta el autor mencionado, surgió la pignoris capio en el ius honorarium y ésta "se introdujo para el pago de créditos, unos de índole militar como el del soldado que no habiendo recibido su estipendio, podía apoderarse de una prenda, pignum capere, perteneciente al encargado de distribuir el aes militar, otros de materia religiosa, como el del que había comprado una res para el sacrificio

(1) López de Haro, Carlos, El Derecho de Retención, Ed. - REUS, S.A., Madrid, 1921, pág. 16.

(2) Romero, Ramón, El Derecho de Retención, Revista Foro de México No. 68, 1º Noviembre, 1958, México, pág. 18.

y no abonaba su precio; otros de carácter fiscal como la pignoris capio establecida por la Ley de las XII tablas en favor de los republicanos en contra de aquellos que no cumplían las vectigales". (3)

Así pues, explican el surgimiento del ius retentionis a través de una prenda sin pacto a la que se le dio el nombre de acción serviana, misma que concedía al propietario una especie de prenda sobre los aperos del cultivador y que, según sostienen algunos teóricos, ya era análoga al derecho de retención.

Sin embargo se cree que el antecedente más concreto del derecho de retención se encuentra en la introducción que hace el pretor de la exceptio doli, esto es, entre los siglos III y IV a.c., cuando al separarse el poder consular de la administración de justicia, misma que fué ejercida por una magistratura especial a través del pretor urbanus en la ciudad y más tarde cuando se desarrolló el comercio a través del pretor peregrino. (4)

(3) Ibid, pág. 28.

(4) El pretor peregrino era el que se encargaba de los procesos entre ciudadanos y peregrinos, así como de estos entre sí; éste surgió como una necesidad derivada del desarrollo del comercio. (por ejemplo problemas suscitados entre comerciantes provenientes de otras ciudades).

Como sabemos, antes de que existieran las excepciones, surgieron las acciones, cuya aparición se remonta a una época mucho más atrás de que entraran de lleno en vigor con las Doce Tablas y, en aquella época cada derecho tenía su respectiva acción y ésta era definida por Celso como el derecho de perseguir ante un juez lo que se nos debe, noción que fue tomada en el procedimiento formulario.

Las acciones eran civiles y honorarias o pretorias, las primeras eran las que otorgaba el derecho civil y las segundas eran las dadas por el magistrado en virtud de su iuris dictio.

Como se ha dicho, en el sistema de las acciones no se concedían excepciones al demandado, simplemente si al magistrado le parecía infundada la pretensión del actor, denegaba la acción.

La exceptio se desarrolla y se fortalece en el sistema formulario bajo la influencia del pretor, siendo establecidas para proteger a los demandados de aquellos que ejercitaban una acción con mala fe.

Las excepciones, no contradecían la pretensión del actor, teniendo éstas un carácter accesorio en la fórmula, pero eran una objeción que hacía el demandado frente a una circunstancia de hecho capaz, a veces, de neutralizar la acción.

La exceptio se hacía valer a petición del demandado y el juez tenía la obligación de no pronunciar condena si cualquier circunstancia alegada por el demandado se comprobaba; y si la exceptio se justificaba, se absolvía al demandado o se disminuía la condena.

De la misma forma que las acciones, las excepciones eran civiles o perentorias; entre las primeras, de las que se han considerado de gran importancia por su gran contenido de equidad y por ser de utilidad general están: La exceptio legis Cinciae, que permitía al donante se defendiera de cualquier reclamación del donatario que pretendiera obtener una cantidad mayor a la autorizada; la exceptio legis Plaetoriae, que protegía a los menores de veinticinco años de los engaños fraudulentos de terceros; la exceptio Macedoniani que deja sin eficacia los préstamos hechos a hijos de familia; estas excepciones eran civiles por tener íntima conexión con las normas

de derecho civil.

"Asimismo tenemos las introducidas por el pretor, que se caracterizan por su gran matiz de equidad, como por ejemplo la *exceptio metus causa*, que el perjudicado podía utilizar contra cualquier acreedor que reclamare el cumplimiento de un deber, derivado de un contrato celebrado con intimidación. Aún causahabientes de buena fe, que habían adquirido un derecho derivado de un acto viciado de intimidación, se encontraban con el obstáculo de esta excepción en el caso de ejercer una acción contra el deudor". (5)

Otra excepción introducida por el pretor fue la *exceptio doli*, "importante instrumento para la moralización del derecho" (6) y que ha llegado a convertirse como la más importante, pues "la flexibilidad de la *exceptio doli* transforma el derecho material romano y lo orienta en el sentido de equidad". (7)

(5) Floris Margadant, Guillermo. Derecho Romano, 4a. ed. Ed. ESFINGE, S.A., México, 1970, pág. 160.

(6) Idem.

(7) Romero, Ramón, ob. cit., pág. 28.

La exceptio doli en un principio era una -- defensa de carácter procesal en contra de un acreedor que tratara de aprovecharse de un contrarius actus (8), para obtener una vez más el cumplimiento de una obligación; posteriormente la aplicación de esta excepción se fue generalizando a más casos.

López de Haro sostiene que el derecho de retención es una excepción y que desde sus precedentes se empezó a manejar como tal y retoma algunos párrafos de la obra de Justiniano (9) como sigue:

Inst. Lib. II, Tit. I, Párr. 30"... Es en verdad constante que si, constituido el constructor en posesión, el dueño del suelo pretendiese que la cosa era suya y no pagare el precio de los materiales y los jornales de los trabajadores, puede ser repelido por la excepción de dolo malo..."

-
- (8) La contrarius actus era una forma de desatarse de la obligación en forma de pregunta, por ejemplo: ¿Reconoces que has recibido nueve mil sestercios?.
- (9) López de Haro, Carlos, ob. cit., pág. 74.

Dig. Lib. VI. I. Ley 48 "Los gastos hechos para un poseedor de buena fe en un predio que después apareció que era ajeno, no puede reclamarse... pero opuesta la excepción de dolo malo son recobrados por razón de equidad..."

Cód. Just. Lib. VIII. Tít. XXVII, ley única"... y si hubieses sido puesto en posesión -de la prenda- no serás obligado a restituirla por virtud de la excepción de dolo malo, a no ser que se te devuelva u ofrezca el deudor también el dinero que se te debe sin prenda..."(10)

Así como en los casos anteriores, existen muchas más dentro del Corpus Iuris Civilis donde el demandado podía hacer valer la excepción mencionada para el caso de que alguien tratara de aprovecharse dolosamente de un derecho, contraviniendo la equidad. (11)

Como podemos darnos cuenta, en Roma no encontra-

(10) Ibid, págs. 74-75.

(11) Consúltese Digesto de Justiniano, Libro XLIV Ley I, Traducción por A. D' Ors/et al./Ed. Aranzandi, Pamplona, 1968.

mos un cuerpo de leyes sobre el derecho de retención y no se daba como lo conocemos en la actualidad, pero podía oponerse la excepción de dolo ante una situación de hecho preexistente a una demanda (12), excepción a través de la cual una persona demandada podía defenderse de quien quisiera beneficiarse con el valor agregado a una cosa de su propiedad.

1.2. DERECHO FRANCES

Como sabemos, la influencia del derecho romano se ha dejado ver a través de la historia y hasta nuestros días, ya que su aplicación al paso de los siglos se extendió a varios países, primeramente europeos hasta llegar a las legislaciones latinoamericanas; es por esto que haremos una reseña de cómo la figura jurídica del derecho de retención fue regulada en el código de Napoleón, legislación que en forma más directa influyó en nuestro código civil actual.

De esta manera encontramos que el código de

(12) Nos referimos precisamente, al hecho de tener una cosa ajena y que alguien la pidiese sin reembolsar los gastos que se hicieron por razón de ella.

Napoleón al tratar de la expropiación en el art. 545 dice que "Nadie puede ser obligado a ceder su propiedad a no ser por causa de utilidad pública y previa justa indemnización" (13), concediéndose por lo tanto al expropiado por razones de utilidad pública la retención para obtener el pago de la indemnización, en este aspecto debemos entender que el expropiado puede oponerse a la ocupación del bien por parte del expropiante mientras no se le pague el precio, es decir, la indemnización.

Este artículo conserva un gran sentido de justicia, ya que si bien el propietario tenía la obligación de dar su propiedad para una utilidad de carácter público no sufría ningún menoscabo en su patrimonio, ya que prevee la justa indemnización, brindándole una gran protección para obtener lo más pronto posible dicha indemnización.

(13) Al respecto nuestra legislación civil vigente, omite tanto el derecho de retención, como la reglamentación de que la indemnización sea previa a la ocupación de la propiedad y, ni por lo menos menciona que sea justa dicha indemnización. Por lo tanto para el propietario de un inmueble representa un serio problema la expropiación, ya que se da generalmente el caso de que primero se ocupa el bien expropiado y con posterioridad se da una indemnización mínima, injusta, e inclusive hasta en parcialidades irrisorias, de esta forma el código civil vigente para el Distrito Federal, únicamente establece: "La propiedad no puede ser ocupada contra la voluntad de su dueño, sino por causa utilidad pública y mediante indemnización". (art. 321).

También es concedido el derecho de retención en el caso del artículo 2280 que dice: "Si el actual poseedor de la cosa perdida o robada la hubiere comprado en feria o venta pública o de un mercader que venda cosas semejantes no puede el dueño primitivo reivindicarla si no reembolsa su precio".

Igualmente se concede al vendedor que no se le entrega el precio de lo vendido cuando no hay plazo para el pago, de este modo el artículo 1612 dice: "No está obligado el vendedor a entregar la cosa, si el comprador no da el precio, en el caso de no haberle concedido un plazo para éste y, por lo que respecta a la compraventa cuando sí se concedió plazo para el pago, el artículo 1613 dice: "... no está obligado tampoco a hacer la entrega, aunque haya concedido un plazo para el pago, si después de la venta, quiebra el comprador o está en estado de ruina de modo que el vendedor esté en peligro inminente de perder el precio, a no ser que el comprador le de fianza para pagar al término".

Es obvio que este derecho también se concede

en el caso del contrato de cambio (14), ya que el artículo 1707 estipula la misma aplicación de las reglas prescritas del contrato de compraventa.

El artículo 1948 concede el derecho de retener lo depositado hasta el pago de lo que se debía por razones del mismo.

Por otro lado, también encontramos que en el caso del contrato de préstamo el ejercicio de la retención se encuentra reglamentado en sentido negativo, esto es, negándolo de la siguiente forma: artículo 1885.- "El que toma prestado, no puede retener la cosa en compensación de lo que le deba el prestamista".

Podemos observar que el código de Napoleón solo lo ha regulado en casos muy aislados, pero en ningún momento se ha establecido técnicamente su aplicación, defecto que ha sido superado por pocas legislaciones como veremos adelante.

(14) El código de Napoleón regula el contrato de cambio, lo que en nuestra legislación se conoce con nombre de contrato de permuta.

1.3. DERECHO ALEMAN

Como vimos en el punto anterior, el derecho francés solo faculta el derecho de retención en ciertos casos pero la ley omite muchos detalles para su correcta aplicación.

Por su parte el código alemán le ha dado mayor importancia regulándolo en disposiciones dispersas pero con mayor amplitud.

Los principios del derecho de retención en el derecho civil alemán se encuentran como sigue:

Artículo 273.- "El deudor que tenga un derecho vencido contra el acreedor por virtud de una relación, jurídica que se funde en su propia obligación, podrá negar la prestación por él debida hasta que se ejecute la que a él se le debe, a menos que de la obligación resulte lo contrario.

El que esté obligado a la restitución de un objeto, tendrá derecho, cuando haya hecho gastos en él o éste la haya ocasionado un perjuicio, a que se le abonen

dichos gastos, a no ser que se haya obtenido dicho objeto por medios ilícitos.

El acreedor podrá impedir el ejercicio del derecho de retención dando garantías, que podrán consistir en una fianza". (15)

Artículo 175.- "Extinguido el mandato, deberá restituir el apoderado el acta correspondiente, sin que exista derecho de retención". (16)

Artículo 202.- "La prescripción -de los derechos- quedará en suspenso durante el tiempo que tarde en expirar el término de la prestación, o que el obligado esté autorizado a rehusarla por otros motivos .

Esta disposición no será aplicable a la excepción que se derive del derecho de retención".

-
- (15) Como podemos darnos cuenta el artículo citado es de gran trascendencia para el derecho de retención, ya que no solo lo establece en obligaciones de dar, sino que le dá un sentido más amplio, extendiéndose al campo de las prestaciones, de hacer.
- (16) El artículo 175 del código civil alemán también regula el derecho de retención, prohibiendolo al apoderado en el caso del mandato.

Artículo 772.- "Si el acreedor tuviese un derecho de prenda o de retención sobre una cosa mueble del deudor principal, deberá hacerse el pago sobre esta cosa..."

Artículo 1000.- "El poseedor podrá negar la restitución de la cosa hasta que se haya satisfecho los gastos de que debe reemoblarse. El derecho de retención no le corresponderá cuando haya obtenido la cosa por acto ilícito e intencional".

De esta manera creemos que a pesar de la amplitud que el derecho alemán ha dado al derecho en cuestión, éste debe ser tratado con mayor amplitud y no de una forma dispersa sino en un apartado o capítulo dedicado a él.

1.4. DERECHO ARGENTINO

Pocas han sido las legislaciones que han dado, un trato especial al derecho de retención y entre ellas encontramos la legislación civil argentina, la suiza, así como la japonesa, como veremos en lo que resta de este capítulo.

Por lo que respecta al código civil argentino, el derecho que se trata ha sido establecido en forma concreta para algunos contratos.

El artículo 1956, lo otorga al mandatario para retener bienes o valores del mandante que se hallen a su disposición, hasta que sea pagado de los adelantos, gastos, retribución o comisión por el mandante; el artículo 1418, lo otorga al vendedor obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio; el artículo 1518, lo confiere cuando el locador hiciere o retardare en ejecutar las reparaciones o trabajos que le incumbe hacer; al locador para seguridad del pago, la retención se da para retener los frutos de la cosa arrendada, y todos los objetos con que se halle amueblada, guarnecida o provista, propiedad del locatario. (17) Pero no tan sólo lo ha mencionado en forma general para cada contrato sino que también se ha preocupado por regular el derecho de retención en un título especial.

Se ha afirmado que fue la primera legislación

(17) El contrato de locación es lo que nosotros conocemos como arrendamiento.

en regular la figura jurídica que se trata en una forma específica y de esta manera encontramos que el código mencionado, en su segunda sección que trata de los derechos reales y personales contra los bienes del deudor, en su título II, nos habla del derecho de retención de la manera siguiente:

Artículo 3939.- "El derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que se es debido por razón de la misma cosa".

Artículo 3940.- "Se tendrá el derecho de retención siempre que la deuda anexa a la cosa detenida, haya nacido por ocasión de un contrato, o de un hecho que produzca obligaciones respecto al tenedor de ella".

Artículo 4941.- "El derecho de retención es indivisible. Puede ser ejercido por la totalidad del crédito sobre cada parte de la cosa que forma el objeto".

Artículo 3942.- "El derecho de retención no impide que otros acreedores embarguen la cosa retenida y hagan la venta judicial de ella, pero el adjudicatario

para poder obtener los objetos comprados, debe entregar al tenedor el precio de ello, hasta la concurrencia de la suma por la que éste sea acreedor".

Artículo 3943.- "El derecho de retención se extingue por la entrega o abandono voluntario de la cosa sobre que debía ejercerse y no renace aunque la misma cosa volviese por otro título entrar en su poder".

Artículo 3944.- "Cuando el que retiene la cosa ha sido desposeído de ella en contra de su voluntad por el propietario o por un tercero puede reclamar la restitución por las acciones concedidas en este código al poseedor desposeído".

Artículo 3945.- "Cuando la cosa mueble afectada al derecho de retención ha pasado a poder de un tercero, poseedor de buena fe, la restitución de ella no puede ser demandada, si no en el caso de haber sido perdida o robada".

Artículo 3946.- "El derecho de retención no impide el ejercicio de los privilegios generales".

Como podemos darnos cuenta, la legislación civil argentina ya no deja a la deriva la simple mención del derecho de retener que tiene el manatario hasta el pago de los adelantos, gastos, retribución o comisión, por el mandante o el derecho de retener del vendedor cuando el comprador no hubiera pagado el precio; o el del locador para retener los frutos existentes de la cosa arrendada y los objetos con los que se halle amueblada, guarnecida o provista por el locatario para la seguridad de su pago en relación al mismo contrato, sino que además de especificar los casos en que este derecho será aplicable, enmarca la forma en que se aplicará, sus efectos y cuando.

1.5. DERECHO SUIZO

Por su parte el código civil suizo reglamentó el derecho de retención en el capítulo primero, parte B, que a la letra dice:

"895

B. Derecho de retención.-

I. Condiciones.-

El acreedor quien, con el consentimiento del

deudor, se encuentra en posesión de cosas muebles o valores que pertenezcan a este último, tiene el derecho de retenerlos hasta el pago, a condición de que su crédito sea exigible y que haya una relación natural de conexión en el mismo y la cosa retenida.

Dicha conexión existe para los comerciantes tan pronto como la posesión de la cosa y el crédito resulten de sus relaciones de negocios.

El derecho de retención se extiende aún a las cosas que no son de la propiedad del deudor, siempre que el acreedor las haya recibido de buena fe; quedan reservados los derechos que resulten para terceros de su posesión anterior".

"896

II. Excepciones.-

El derecho de retención no puede ejercerse sobre cosas que, por su naturaleza, no son realizables.

El derecho de retención queda excluido cuando es incompatible sea con una obligación asumida por el

acreedor, sea con las instrucciones dadas por el deudor en el momento de la entrega de la cosa o anteriormente, sea con el orden público".

"897

III. En caso de insolvencia.-

En caso de insolvencia del deudor, el acreedor puede ejercer su derecho de retención aun por la garantía de un crédito no exigible.

Si la insolvencia solo se verificó o solo llegó a conocimiento del acreedor posteriormente a la entrega de la cosa, puede aún ejercer su derecho de retención, no obstante las instrucciones dadas por el deudor o la obligación que el mismo hubiera asumido antes de hacer de la cosa un uso determinado".

"898

IV. Efectos.-

El acreedor que no hubiera recibido ni pago ni garantía suficiente puede proseguir, como en materia de prenda, con la realización de la cosa retenida, previo

aviso dado al deudor.

Si se trata de títulos nominativos, el encargado o el oficial de la oficina de quiebras procede, en lugar y representación del deudor, con los actos necesarios para la realización".

1.6. DERECHO JAPONES

El código civil del Japón también ha dado un trato especial a la retención, regulándola dentro del capítulo VII, como sigue:

Artículo 295.- "Si el poseedor de una cosa que pertenece a otra persona tiene alguna reclamación que se haya suscitado con respecto a dicha cosa, la puede retener hasta que la reclamación haya quedado satisfecha; sin embargo, lo anterior no se aplicará si la reclamación aún no es exigible."

2. Las disposiciones del párrafo anterior no se aplicarán cuando la posesión se haya originado en un acto ilícito".

(Indivisibilidad).-

Artículo 296.- "Una persona que tenga un derecho de retención puede ejercer su derecho sobre la totalidad de la cosa retenida hasta que su reclamación haya quedado plenamente satisfecha".

(Cobro de frutos).-

Artículo 297.- "Una persona que tenga un derecho de retención puede cobrar los frutos producidos por la cosa retenida y puede aplicarlos para satisfacer su reclamación en preferencia a otros acreedores.

2. Los frutos mencionados en el párrafo anterior se aplicarán primero al pago de intereses, y el sobrante, si es que lo hay, al pago del principal".

(Guarda de la cosa retenida).-

Artículo 298.- "Una persona que tenga un derecho de retención guardará la cosa retenida con el cuidado de un buen administrador.

2. Una persona que tenga un derecho de retención no podrá, sin el consentimiento del deudor, hacer uso de la cosa retenida ni arrendarla, ni darla como garantía; sin embargo, lo anterior no se aplicará al uso de la cosa según sea necesario para su preservación.

3. Cuando una persona que tenga un derecho de retención contravenga las disposiciones de los dos párrafos anteriores, el deudor podrá exigir la extinción del derecho de retención".

(Reembolso de gastos).-

Artículo 299.- "Cuando una persona que tenga un derecho de retención haya sufragado gastos necesarios con respecto a la cosa retenida, podrá exigir al propietario que los reembolse.

2. Cuando una persona que tenga un derecho de retención haya sufragado gastos útiles con respecto a la cosa retenida, podrá, mientras siga subsistiendo un aumento en el valor, exigir el reembolso bien sea de la cantidad sufragada o la cantidad por la cual su valor haya incrementado, a elección del propietario;

sin embargo, el tribunal podrá, a solicitud del propietario, permitirle un tiempo razonable para el reembolso".

(Prescripción de extinción de la reclamación).-

Artículo 300.- "El ejercicio de un derecho de retención no impedirá la prescripción de extinción de correr contra la reclamación".

(Extinción - garantía adecuada).-

Artículo 301.- "El deudor podrá exigir la extinción de un derecho de retención al proporcionar garantía adecuada".

(Idem - pérdida de posesión).-

Artículo 302.- "Se extinguirá el derecho de retención por pérdida de posesión; sin embargo, lo anterior no se aplicará a los casos en que la cosa retenida haya sido arrendada o dada en prenda de acuerdo con las disposiciones del Artículo 298, párrafo 2."

CAPITULO II

GENERALIDADES DEL DERECHO DE RETENCION

2.1. CONCEPTO

Varios autores han tratado de definir el derecho de retención, tornándose en ocasiones, algunos conceptos un tanto imprecisos y repetitivos a nuestra consideración, por lo que en este capítulo trataremos de conceptualizar y explicar en qué consiste el derecho mencionado según nuestro criterio, así como precisar el problema que genera su no reglamentación.

En la actualidad, aunque no mucho caso se ha hecho para regular el derecho de retención, éste es de gran utilidad práctica, porque garantiza la satisfacción de un crédito sin que la cosa que se retiene se afecte al pago de lo que se debe, como acontece con la prenda, la hipoteca, o el embargo, ya que el retenedor tan sólo conserva la cosa hasta que se le pague lo que se le debe,

siempre que el crédito esté relacionado con la cosa, o aunque no lo esté, cuando se cumplan las condiciones que la ley establezca.

Lacantinerie ha definido el derecho de retención como "un derecho por virtud del cual una persona que posee o que detenta una cosa perteneciente a otra, está autorizada para conservarla o retenerla en su posesión o detentación hasta que su propietario le pague lo que le debe con motivo de ella". (18)

El anterior concepto nos lleva a las cuestiones siguientes: primeramente parece indicarnos dos supuestos de quienes puede ejercitar el derecho de retención, esto es, el que posee (poseedor) o el que detenta (detentador) una cosa perteneciente a otra; respecto al primer supuesto resulta confuso, ya que se deja en duda a qué tipo de posesión se refiere, y si no se refiere a una posesión

(18) Baudri Lacantinerie, *Traité Theorique et Practique de Droit. Civile Des Obligations*. 3a. ed., T. 10, Gd. L. Larose & L. Tenin, Directeurs. Paris, 1967, pág. 145.

precaria, hay que aclarar que el retenedor jamás podrá actuar como un auténtico poseedor ni tampoco podrá en ningún momento constituirse como tal por virtud del derecho que se trata. (19) Por otro lado menciona al detentador de una cosa, término que a nuestro parecer resulta un tanto menos preciso. (20)

Ahora bien, el concepto anterior dice que a través de este derecho el que posee o detenta "está autorizado para conservarla", que más que una "autorización" o derecho como creemos trata de dar a entender, es una obligación como sería verbigracia la conservación en el depósito; y continúa el tratadista diciendo "...o retenerla", vocablo que es redundante ya que se está

-
- (19) Nuestra legislación civil respecto a la posesión dice que es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho y, como poseedor de un derecho el que goza de él.
- (20) Existe discrepancia de criterios sobre el término detentación; por una parte hay quienes consideran que es el ánimo injusto de tener un derecho, bien, a título de dueño o legítimo poseedor, criterio que por nuestra parte compartimos. Hay quienes consideran el término detentación como sinónimo de posesión o retención, pero visto desde este punto de vista, es a nuestro parecer tan solo una interpretación usual.

tratando de definir la retención.

Por otra parte, al tocar lo relativo al carácter en que el retenedor va a tener la cosa, nuevamente menciona "en su posesión" o detentación, haciéndonos caer en la misma interrogante, es decir, si pasa efectivamente la cosa retenida a su posesión. (21)

Finalmente Lacantinerie dice en su definición "...hasta que su propietario le pague lo que le deba con motivo de ella." (22) creemos que esto es correcto, solo que el crédito no precisamente debe ser pagado por el propietario de la cosa pues podría darse el caso del pago hecho por un gestor o asuntor, o el pago hecho por

(21) Nuestro derecho positivo mexicano clasifica a la posesión en derivada y originaria, siendo ésta la que se tiene a título de propietario y, la deriva da cuando por virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa concediéndole el derecho a "retenerla" temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo. (art. 791 c.c.v.)

(22) Creemos que este concepto es un poco restringido, ya que no se aplica tan solo cuando se debe algo con motivo de la misma cosa que se retiene, ejemplo de ello es el caso en que se concede la retención en el contrato de hospedaje en nuestra legislación civil. (art. 2669 c.c.v.)

cualquier tercero. (23)

"Esta definición a la vez que es sumamente general, es demasiado confusa. Con esto revela la incertidumbre que caracteriza los diversos conceptos que se tuvieron durante el siglo XIX sobre el derecho de retención". (24)

Para Giorgi el derecho de retención "es la facultad que sin convención de las partes, corresponde al poseedor y juntamente al acreedor de rehusar a su deudor la entrega de una cosa que se le debe, mientras que no haya satisfecho por su parte el débito correspondiente". (25)

(23) Nuestra legislación civil vigente en el Distrito Federal establece que el pago puede ser hecho por el mismo deudor, por sus representantes o por cualquier otra persona que tenga interés jurídico en el cumplimiento de la obligación (art. 2065 c.c.v.), así también podrá hacerse por un tercero no interesado en el cumplimiento de la obligación que obre con consentimiento expreso o presunto del deudor (art. 2066 c.c.v.); puede hacerse igualmente por un tercero ignorándolo el deudor (art. 2067 c.c.v.); puede por último hacerse contra la voluntad del deudor.

(24) Bonnacase, Julie. Elementos de Derecho Civil. Ed. GARDEWAS. Tijuana, B.C., 1985, pág. 116.

(25) Giorgi, Giorgi. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Moderno. V. II, Madrid, 1909, pág. 419.

Esta definición al aludir que "... corresponde al poseedor y juntamente al acreedor de rehusar a su deudor ...", parece hablar de tres diferentes personas, primeramente, el poseedor, que al parecer actúa junto con otra segunda que es acreedor, mismas que actúan conjuntamente, rehusándose a entregar una cosa a otra tercera persona que es el deudor; luego e inmediatamente dice: "... la entrega de una cosa que se le debe mientras no haya satisfecho por su parte el débito correspondiente", pareciendo de este modo como si se tratase del contrato de compraventa o del contrato de obra a precio alzado, ya que da a entender que la cosa se debe, dejando los casos en que el crédito se da en relación a ella y no por razón de la misma cosa, como sería por ejemplo el caso del contrato de transporte, o el de hospedaje.

Francesco Messinec da una definición muy explicativa diciendo "La retención es el derecho del acreedor a denegar o sea diferir legítimamente (y por tanto sin incurrir en mora) la entrega de cosa (determinada). a restituir al deudor (evitando así, perder la posesión de la cosa), mientras este último no cumpla la obligación que es conexa con la cosa cuya entrega él pide (contraprecs-

taciones conexas). (26)

Colín Ambrosie y Capitant dice que "es el derecho en virtud del cual el detentador de una cosa perteneciente a otra, está autorizado para retenerla hasta que se le haga el pago de una deuda que le es debida por el propietario de dicha cosa". (27)

El maestro Rojina Villegas, por su parte, opina que el derecho de retención "es un recurso creado por la Ley para garantizar al acreedor de un posible incumplimiento de las obligaciones por parte de su deudor, conservando determinadas cosas que obran en su poder y que están relacionadas con dichas obligaciones". (28)

-
- (26) Citado por Quintanilla García, Miguel A., Derecho de las Obligaciones. Ed. U.N.A.M. Impreso Talleres de Creatividad Tipográfica, S.A. México, 1979, pág. 147.
- (27) Colín y Capitán. Cours Elementari de Droit Civil Francais, T. II., 6a. ed. Ed. LIB DOLLOZ. Paris. 1934. pág. 116.
- (28) Rojina Villegas, Rafael, Compendio de Derecho Civil, Teoría General de las Obligaciones, T. II. Ed. Porrúa, S. A. México. 1976, pág. 424.

A nuestra consideración, el derecho de retención es la facultad que otorga la ley al acreedor quirografario, a negar la restitución de un bien propiedad de su deudor relacionado o conexo con un crédito a su favor, o bien, aunque no sea conexo cuando la ley lo autorice, hasta en tanto no le sea pagado o garantizado el crédito, siguiendo los lineamientos que la misma prevee. (29)

Ahora bien trataremos de explicar el concepto anterior:

a) Decimos que es una facultad legal, es decir, un derecho que libremente puede hacerse valer o no, con arreglo a lo que la ley establece. (30)

(29) Respecto a nuestra legislación "debería preverlo" ya que no hay un cuerpo de leyes que reglamente el derecho que se trata.

(30) Explicano García Maynes lo que es una facultad dice: "... Al afirmar que quien ha hecho un depósito "está facultado" para pedir su devolución, no nos referimos a una aptitud, sino a un derecho subjetivo. El derecho subjetivo es una posibilidad, porque la atribución del mismo a un sujeto no implica el ejercicio de aquel". García Maynes, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 36a. ed. Ed. Porrúa, S.A. México, 1984, pág. 17.

b) Mencionamos que está otorgada dicha facultad al acreedor quirografario, ya que éste carece de una garantía real sobre un bien para garantizar su crédito.

c) Hablamos de una negativa a la restitución del bien, ya que si el acreedor no se opone y restituye la cosa, pierde totalmente su derecho sin que el bien pueda ser extraído nuevamente del deudor.

d) También hacemos mención de que el bien esté relacionado o conexo con el crédito a su favor (a favor el acreedor), pues de lo contrario creemos que fácilmente un deudor podría ser objeto de actos de mala fe por parte de su acreedor. Pero también, se menciona por otro lado, que "o bien aunque no lo sea (relacionado o conexo)" pero esto creemos debe quedar claro, que sea siempre y cuando la ley lo autorice.

e) Finalmente decimos que la retención debe hacerse hasta en tanto no le sea pagado o garantizado dicho crédito, dando así dos alternativas, ya sea la de pago o la de garantizar; y si el deudor paga y el acreedor no cumple correlativamente su obligación de entregar la cosa, estaría incurriendo en un hecho ilícito;

por otra parte si el crédito está asegurado con una garantía real, no tiene objeto hechar mano del derecho de retención.

2.2. ELEMENTOS

Los elementos esenciales del derecho de retención son los siguientes:

- 1.- Retención de una cosa corporal;
- 2.- Existencia de un crédito vencido en contra del deudor y;
- 3.- Conexidad entre el crédito y la cosa retenida. (31)

Cada uno de los elementos anteriores deberá reunir los siguientes requisitos:

(31) A nuestro parecer no es requisito esencial, ya que en varias legislaciones se establece para algunos contratos, retener bienes aunque no estén relacionados con la deuda.

1.- Retención de una cosa corporal.

a) El acreedor deberá actuar como simple retenedor hasta en tanto sea cubierto su crédito sin poder gozar ni disfrutar de ella, ni poder detentar la posesión de la cosa, ya que el retenedor carece de protección posesoria y si pierde la tenencia de la cosa no tiene acción para poder ser restituido de ella. (32)

b) La posesión de la cosa debe tener un origen lícito, esto es, que jamás podrá ser adquirida por despojo, abuso, robo o cualquier otro delito, por ejemplo:

Vicente entrega a Juan la grabadora que éste le dio a componer y, no le paga la compostura.

Vicente muy indignado decide robarle la grabadora a Juan; entonces éste podría ejercitar acción penal en contra de Vicente sin poder argumentar Vicente que tiene derecho a retener por que no se le ha cubierto el crédito a su favor, ya que desde el momento en que hizo entrega

(32) Algunas legislaciones dan protección al acreedor cuando pierde la tenencia de la cosa, pero siempre que haya sido desposeído de ella contra su voluntad.

de la grabadora se extinguió su derecho.

Otro ejemplo sería, que Vicente se restituyera la tenencia de la cosa pidiendo la grabadora prestada a Juan, prometiendo devolvérsela al día siguiente, negándose después a devolverla hasta en tanto no le pague el crédito a su favor; pues en éste caso hubo dolo por parte de Vicente, pues prometió devolverla y, ya que ha tenido nuevamente la grabadora en su poder, se niega a regresarla.

En conclusión, tanto la obtención como la tenencia de la cosa deben ser carentes de dolo o mala fe.

c) La cosa debe ser corporea, según nuestro criterio, pero bien, "Dado lo dispuesto por el artículo 273 del código civil alemán, según el cual el derecho de retención es el derecho del deudor a denegar su prestación hasta en tanto que una prestación vencida que le compete contra el acreedor haya sido satisfecha. no hace falta allí el requisito de la corporalidad de la cosa retenida". (33)

(33) Gasperi, Luis de. Tratado de Derecho Civil. T. III, Ed. TEA. Buenos Aires, 1964, pág. 351.

Por su parte, nuestra legislación en todos los casos que admite la retención se deja ver la corporalidad de la cosa retenida, y para el caso de prestaciones de hacer o no hacer se otorga la excepción de contrato no cumplido del que más adelante hablaremos.

d) Los bienes retenidos deben ser muebles o inmuebles en casos muy limitados. Existe opinión de que solo debe recaer en bienes muebles. La legislación suiza (art. 895) lo acuerda sobre muebles o papeles de valor, pero establece la excepción a favor del poseedor de buena fe por las impensas necesarias y útiles. "El código civil peruano lo otorga no solo al poseedor de buena fe sino a cualquier poseedor por las mejores y gastos (art. 389). Asimismo, el código peruano permite el derecho de retención sobre toda clase de bienes ya que no distingue". (34)

En nuestro código civil el legislador concedió la retención para bienes muebles, como podemos observar en los casos que lo autoriza, e inclusive el artículo

(34) Castañeda, Jorge Eugenio. El Derecho de Retención Revista de Derecho y Ciencias Políticas, No. 1, Lima, Perú, 1957, pág. 7.

2644 especifica en el contrato de obra a precio alzado lo siguiente: "El constructor de cualquier obra mueble tiene derecho a retenerla mientras no se le pague...". lo que por interpretación nos muestra la exclusión del constructor de obra inmueble.

Respecto a bienes inmuebles nuestra legislación concede la retención de éstos solo en el caso de la compra venta al decir que "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". (art. 2286).

La mayoría de autores se han abstenido de hablar sobre este punto, pero por nuestra parte creemos que la retención debe darse en muebles y en casos limitados podrán ser inmuebles.

2.- Existencia de un crédito vencido en contra del deudor

a) El crédito debe ser existente. Si una persona se rehusa a entregar una cosa a su propietario sin que exista un crédito, estará incurriendo en un ilícito, pues en ningún momento tiene derecho para retenerla.

b) El crédito debe ser exigible. No basta la existencia del crédito, porque un crédito puede ser existente, pero las partes pudieron haber convenido que el crédito se deba pagar a plazos, por lo tanto, aunque sea existente el crédito si no es exigible no se podrá ejercitar tal derecho, ya que al no vencerse los plazos no hay exigibilidad.

c) Que el crédito sea líquido (según algunos tratadistas). "En el derecho común fué efectivamente máxima enseñanza por muchos doctrinarios y aprobada no por pocos tribunales, de considerar como indispensable extremo de la retención ser líquido el crédito". (35) Esto se ha considerado en razón de que si el crédito no es líquido, podría sufrir el propietario de la cosa por el tiempo que tendría que esperar en la liquidación de su deuda, pero debemos considerar que las molestias sufridas por el deudor son consecuencia y culpa de su incumplimiento; por lo que por nuestra parte opinamos que no es necesaria la liquidez del crédito.

(35) Giorgio Giorgi, ob. cit., pág. 426.

3.- Conexidad entre el crédito y la cosa retenida.

La conexidad ha creado mucha controversia entre los autores, en primer lugar en determinar en qué consiste y, en segundo en cuanto su existencia como elemento esencial.

Bejarano Sánchez al hablar de los elementos del derecho de retención, dice que debe haber cierto vínculo o conexión entre el crédito y la cosa. (36)

"A partir del derecho romano esta interconexión ha determinado el establecimiento de los casos en que procede la retención. Se repite que, desde sus orígenes, la retención se concibió como una excepción enervante de la acción del dueño o del acreedor a la entrega o restitución de la cosa, excepción enderezada a asegurar el pago de la obligación a cargo de este último por razón de la misma cosa (debitum cum re junctum). En faltando esta interconexión, no hay lugar a la retención". (37)

(36) Bejarano Sánchez, Manuel. Obligaciones Civiles, Ed. HARLA, México, D.F. 1981, pág. 353.

(37) Ospina Fernández, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones. Ed. THEMIS, Bogotá, 1976; pág. 222.

Jorge Eugenio castañeda manifiesta que la conexi-
dad "es uno de los requisitos esenciales del derecho
de retención. La deuda debe haberse originado por razón
o causa del bien". (38)

El tratadista italiano Giorgi se pronuncia en
el sentido de que "la conexión es entre el crédito y
la obligación de entregar, cuando además de ser recíprocos
entre las dos personas, están ligados por razón de la
causa. O se necesita que el crédito y la obligación
de entregar sean efecto de la misma causa, o bien sea
uno efecto del otro. Es decir que el crédito reconozca
por propia causa la obligación de la entrega". (39)

"Aplicando este criterio -continúa diciendo el
mismo autor- se verifica la primera hipótesis en los contra-
tos bilaterales perfectos; porque mientras de un lado
incumbe al poseedor la obligación de la entrega de la
cosa al otro contratante, se obliga a este último a co-
rresponder al poseedor con prestación determinada...
Finalmente puede verificarse en cualquier otra fuente
de obligación, sea hecho ilícito, sea disposición de

(38) Castañeda, Jorge Eugenio, ob. cit., pág. 6.

(39) Bajarano Sánchez, Manual, ob. cit., pág. 353.

ley de la que deriven conjuntamente dos obligaciones recíprocas y una de las cuales tenga por objeto la entrega de la cosa o bien se verifica la segunda hipótesis cuando se trata de gastos necesarios o útiles, hechos legítimamente o por lo menos de buena fe sobre la cosa que el poseedor debía de entregar o restituir. Estos gastos forman para el poseedor un título de reembolso para quien pide la cosa, un *debitum cum re juctum*". (40)

Por lo que hace a la segunda hipótesis, expuesta por el autor citado, la obligación de entrega y el crédito que considera, no son efectos de la misma causa, ya que la obligación de entrega puede tener como causa un derecho real, o un derecho personal y el crédito en cuestión tiene por causa los gastos necesarios o útiles a que se refiere.

Al respecto, creemos por nuestra parte, que en el caso de ser considerada la conexidad como esencial, sería necesario ampliar su concepto, no sólo dándose entre el crédito y la cosa sino también cuando la causa de que las cosas lleguen al retenedor sea en razón del

(40) *Idem.*, pág. 433.

acto jurídico a que corresponde el crédito, sin que necesariamente esto sea en razón de las cosas mismas; de esta manera la causa por la que llegan las cosas al hotelero se da en razón del contrato de hospedaje, acto jurídico al cual corresponde el crédito vencido y no pagado, pero en ningún momento el acto jurídico corresponde a un acto relacionado concretamente con las cosas que se introducen al hotel.

Algunos códigos como el del Estado de Morelos establecen que existirá el derecho de retención cuando la ley autorice al detentador o poseedor de la misma hasta que el dueño de ella le pague lo que le adeude, bien sea por concepto de la cosa o por algún otro motivo; de esta manera si analizamos los casos en que lo autoriza la ley, encontramos que generalmente se da el nexo o conexión.

Posteriormente el artículo 2311 dice que "cuando la ley no establezca expresamente el derecho de retención podrá, no obstante, ejercitarse por el acreedor, si su crédito consta en título ejecutivo o ha sido reconocido judicialmente o ante notario, aunque no haya relación entre el crédito y la cosa del deudor que se encuentre

en poder del acreedor o entre dicho crédito y la causa de la posesión o detentación". Dejando, por lo tanto, de ser esencial el elemento conexidad para esta legislación.

En este caso creemos que teniendo un título ejecutivo en el cual consta un crédito, o si ya fue reconocido notarial o judicialmente muchas veces es necesario hechar mano a la figura jurídica en cuestión, pues al tener el acreedor en su poder el bien y contando con documentos que traén aparejada ejecución, se facilita el embargo sobre el mismo bien.

Tanto para la doctrina como para gran parte de legislación, la coneidad es requisito bien exigido y creemos que desde sus orígenes así lo era, pero como todo el derecho, la retención ha tenido la necesidad de cambiar, evolucionando paulatinamente.

Por otro lado, opinamos que la conexión no se da entre el crédito y la obligación de entrega, como afirma Giorgi, pues tanto la titularidad del crédito y la obligación de entregar la cosa se encuentran en una misma persona, que es el retenedor. En sí el alcance

que da este autor en nuestra opinión es demasiado confusa.

Enneccerus al tratar el tema apunta que "la conexión se dá si el obligado a entregar un objeto (cosa o derecho) ha hecho gastos por su causa". (41)

En nuestro régimen jurídico cabe mencionar que la amplitud de hablar sobre "objeto (cosa o derecho)" no es aplicable ya que preve solamente situaciones de cosas corporeas. Por otra parte, creemos que es limitativo hacer valer el derecho de retención sobre el objeto porque se hayan hecho gastos por su causa (opinión de varios autores), pues si nos damos cuenta, por ejemplo, en el contrato de hospedaje, al retenerse el equipaje por incumplimiento en el pago del servicio prestado, concluimos que no hay conexidad en el sentido estricto de haber hecho gastos respecto al equipaje.

En el mismo sentido que Enneccerus, Jorge Eugenio Castañeda dice "La deuda debe haberse originado por razón o causa del bien". (42)

(41) Enneccerus, Ludwing Derecho de Obligaciones, T. II, Vol. I., 2a. ed., Ed. BOSCH., Barcelona, 1954, pág. 135.

(42) Castañeda, Jorge Eugenio, ob. cit., pág. 6.

Argumentamos, por nuestra parte, que dicho requisito si bien ha de ser considerado como esencial, sí debe constituirse, como de gran importancia y exceptuar su exigibilidad cuando la ley lo permite, evitando así cometer arbitrariedades con la retención, pues se trata de un derecho que debe estar bien fundado en razones de equidad y buena fe.

2.3. FUNDAMENTO

Como ya vimos en el capítulo anterior el derecho de retención surge como una excepción en el derecho honorario, época en que surge la gran necesidad de suavizar el rudo derecho romano bajo la idea y el sentido de la equidad, es decir, surge con la humanización del derecho en los siglos II y IV a.c.

De esta manera, opinamos que el derecho de retención desde sus orígenes hasta la actualidad encuentra su fundamento en el principio de equidad.

En nuestra legislación, constitucionalmente hablando, el derecho de retención concretamente carece de reglamentación, lo cual hace que para poder llenar

aquella laguna sea necesario fundamentarse en la equidad, pues el código civil para el Distrito Federal sólo lo menciona en algunos contratos.

Respetadas opiniones encuentran el fundamento en el derecho natural, a lo cual Eugenio Castañeda considera que "el derecho natural es de tal vaguedad que no puede ni debe ser invocado". (43)

También hay quienes afirman que el derecho de retención es un acto de justicia privada, a lo cual nos oponemos, porque de ser así estaríamos en presencia de una cto violatorio al artículo 17 de nuestra constitución, pues éste consagra que nadie puede hacerse justicia por propia mano; y el acreedor en el caso del derecho de retención, no está ejerciendo justicia por propia mano, ya que al retener no obtiene el pago, y sería injusto que en una situación de hecho donde una persona tiene un crédito contra otra y aquella tiene una cosa de ésta, tuviera que devolverla quedándose totalmente deprotegida.

(43) Ibid., pág. 11.

Cabe mencionar que así como no constituye un acto violatorio de garantías individuales, tampoco es un hecho constitutivo de responsabilidad penal, ya que el artículo 15 fracción V del código penal para el Distrito Federal manifiesta que es excluyente de responsabilidad penal obrar en cumplimiento de un deber o en ejercicio de un derecho. (44)

Por otra parte, también se afirma que el fundamento de la figura en estudio, se halla en el principio de igualdad, a lo cual opinamos que no es más que confirmar nuestra postura, pues ésta pretende mantener el equilibrio entre las partes fundándose en la equidad.

2.4. NATURALEZA JURIDICA

Opinión de varios autores como Laurent, ha sido que el derecho de retención es un derecho personal que se opone tanto a los privilegios como a los derechos

(44) El análisis de la figura jurídica que estamos estudiando, podría conducirnos al error de pensar en la posible presencia de un delito reputado como abuso de confianza, previsto por el artículo 384 del código penal vigente en el Distrito Federal, pero no es así, ya que se está actuando en ejercicio de un derecho.

reales.

Para Laurent el derecho de retención "ha sido arbitrariamente señalado por los intérpretes como una garantía contra el propietario y terceros o los propietarios y los acreedores quirografarios" (45); asimismo, manifiesta que "es erróneo y arbitrario darle el carácter de real, ya que si se dice que el derecho de retención es una garantía y ésta para que sea eficaz debe ser real, quienes hacen este razonamiento deberían demostrar que la intención del legislador ha sido conceder una garantía absoluta, a quienes gozan del derecho de retención y de ser ésto el legislador hubiere dado al derecho de retención un privilegio armado de persecución". (46) Por lo tanto concluye, que son los intérpretes quienes suponen que la garantía debe ser completa y real, lo que equivale a olvidar su papel y a invadir el dominio del legislador.

Para Aubri y Rau el derecho de retención es

(45) F. Laurent. Principios de Derecho Civil Francés, T. XXIX. Ed. Barroso Hermanos y Compañía; Puebla, Pue. México, 1900, pág. 367.

(46) Ibid., pág. 369.

un derecho personal con fisonomía especial, subrayando que el derecho de retención no engendra un derecho de persecución.

Algunos autores han considerado al derecho de retener como real con efectos limitados y aún como un verdadero y completo derecho real de garantía. Guilluoard sostuvo que es un derecho real oponible a terceros adquirentes, a acreedores hipotecarios o privilegiados y a la masa de acreedores de la quiebra, diciendo: "Rechazaremos primeramente, el sistema intermedio propuesto por Aubri 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 adquirentes ningún dolo cometen al ejercitar sus derechos sobre la cosa retenida".(47)

"El derecho personal es, por su naturaleza, como su nombre lo indica, inoponible a los terceros y

(47) Ibid., pág. 369.

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... Por tanto el derecho de retención debe regirse por los principios ordinarios de los derechos reales o por los principios ordinarios de los derechos personales y es necesario declararlo personal e inoponible a terceros o real oponible a éstos, por nuestra parte intentaremos demostrar que es la última opinión la que debe aceptarse". (48) Pero bien si fuera así, "el derecho de retención no existiría ya como institución autónoma, pura y simplemente sería un privilegio, un derecho real perteneciente a las categorías de los privilegios y de los derechos reales". (49)

Bonnecase Julie propone una solución sobre la naturaleza del derecho de retención y dice "para nosotros el derecho de retención no es un derecho real y esto por la sencilla razón de que no se encuentra en él ninguno de los elementos de la naturaleza orgánica de los derechos

(48) Gillouard, citando por Bonnecase Julie, ob. cit. pág. 140.

(49) Ibid., pág. 141.

reales principales, o de los derechos reales de segundo grado...

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 ...

El derecho de retención corresponde a la noción de crédito quirografario con garantía especializada". (50)

El tratadista Gutiérrez y González por su parte dice "Considero a estos criterios equivocados por falta de análisis del problema, pues el derecho de retención no es real ni personal.

El derecho de retención es una facultad que se otorga a la víctima de un hecho ilícito, la cual reposa en un principio de defensa privada que la ley autoriza con una orientación de economía procesal y que implica una idea de compensación. No tiene nada de extraordina-

(50) Idem. Pág. 143.

rio la idea de una defensa privada". (51)

Por su parte Bejarano Sánchez dice que "No es un derecho real porque el titular del ius retentionis carece de la facultad de persecución característica de los derechos reales. El derecho de retención no le autoriza perseguir la cosa si ha sido privado de la posesión. Solo podrá ejercer las acciones posesorias generales pero su derecho de retención se habrá extinguido por la pérdida de la tenencia, pues no tiene acción especial para obtener la restitución de la cosa.

Por otra parte, no es un derecho personal o creditorio porque no obstante tener una cualidad económica, no incrementa el patrimonio del titular y los derechos de crédito, en cambio, sí figuran en el activo del patrimonio como un elemento económico que lo acredita (salvo los casos excepcionales de prestaciones de objeto no pecunario). Además si fuere derecho de obligación, frente

(51) Gutiérrez y González, Ernesto. Derecho de las Obligaciones, 5a. ed. Ed. Cajica, S.A., Puebla, Pue., México, 1974, pág. 565

No compartimos el criterio de este autor, en el sentido que implique una idea de compensación pues el acreedor solo retiene el bien, pero sin pasar éste a su patrimonio en virtud de lo que se le es debido.

a la facultad del retenedor, existiría la correlativa obligación del otro (el dueño de la cosa retenida) y éste no está técnicamente obligado a dejar su cosa". (52)

Al respecto, nos adherimos al criterio que manifiesta que no es real, el derecho de retención en virtud de que el elemento característico de los derechos reales principales, es el ius perseguendi y es el caso que este derecho carece de él; pues desde el momento en que el retenedor es sustraído de la cosa pierde su derecho quedando éste totalmente extinguido.

En cuanto a las legislaciones que otorgan persecución al derecho en cuestión decimos es incorrecto, toda vez que la retención debe ser ininterrumpida ya que si se deja de retener por ende se pierde el derecho, puesto que éste se deriva de la situación de hecho de tener la cosa bajo el poder del retenedor.

Consideramos que no es personal, pero antes

(52) Bejarano Sánchez, Manual, ob. cit., págs. 355-356.

de explicar este punto, debemos tomar bien en cuenta que el derecho de retención debe ser plenamente distinguido del derecho creditorio que es su fundamento, es decir, del derecho por razón del cual existe (siendo éste si personal); pues el derecho de retención se concede al acreedor que tiene un objeto de su deudor, para facilitar su cobro. (53)

Es conveniente recordar en forma breve los elementos de los derechos personales, siendo estos los sujetos (acreedor y deudor), la obligación, esto es el vínculo jurídico entre acreedor-deudor, y el objeto de la misma que se traduce en un dar, hacer, o no hacer.

Ahora bien, en el derecho de retención podríamos decir que existe un deudor y una acreedor pero esto en razón de la dependencia y sujeción de este derecho a otro de crédito, pero no respecto del mismo derecho de retención, ya que afirmar lo contrario (esto es que hay acreedor y deudor respecto del ius retentionis), sería

(53) El crédito se extinguirá con el pago, es decir con el cumplimiento de la prestación por parte del deudor y al extinguirse el crédito ya no hay derecho a retener.

de explicar este punto, debemos tomar bien en cuenta que el derecho de retención debe ser plenamente distinguido del derecho creditorio que es su fundamento, es decir, del derecho por razón del cual existe (siendo éste sí personal); pues el derecho de retención se concede al acreedor que tiene un objeto de su deudor, para facilitar su cobro. (53)

Es conveniente recordar en forma breve los elementos de los derechos personales, siendo estos los sujetos (acreedor y deudor), la obligación, esto es el vínculo jurídico entre acreedor-deudor, y el objeto de la misma que se traduce en un dar, hacer, o no hacer.

Ahora bien, en el derecho de retención podríamos decir que existe un deudor y una acreedor pero esto en razón de la dependencia y sujeción de este derecho a otro de crédito, pero no respecto del mismo derecho de retención, ya que afirmar lo contrario (esto es que hay acreedor y deudor respecto del ius retentionis). sería

(53) El crédito se extinguirá con el pago, es decir con el cumplimiento de la prestación por parte del deudor y al extinguirse el crédito ya no hay derecho a retener.

tanto como confundir la retención con el crédito preexistente.

También existe una obligación que en este caso sería de dar, pero insistimos, esta obligación se da en relación al crédito preexistente, mas no en relación al derecho de retener, ya que ni el retenedor tiene la obligación de dar la cosa mientras no sea pagado el crédito a su favor, ni existe la obligación por parte del deudor de dar en retención su cosa.

Por lo tanto, consideramos que no es un derecho real pero tampoco se constituye como un derecho personal por lo que decimos que es un derecho de naturaleza especial dependiente de un derecho de crédito.

2.5. EXTINCIÓN

El derecho de retención se extingue en los siguientes casos:

- 1.- Por la entrega o abandono del bien. (54)
- 2.- Por pérdida de la cosa retenida. (55)
- 3.- Por extinción del crédito, ya que es un derecho accesorio. (56)

2.6. VENTAJAS

Para el acreedor quirografario que constantemente se enfrenta a serios problemas para hacer valer sus derechos ante su deudor es de gran utilidad. "Por una parte ejercer presión sobre el deudor, porque se le está privando de la cosa retenida y de los beneficios o provechos que le pueda proporcionar, mientras no pague la deuda.

-
- (54) El derecho de retención se pierde por la entrega del bien, o también se pierde por abandono del mismo ya que de esta manera se entiende que el retenedor reusa al derecho que tiene sobre el bien.
 - (55) La pérdida de la cosa por cualquier forma, implica también perder la posesión del bien y, con esto, el derecho que se tenía.
 - (56) La retención deja de existir cuando se ha cubierto totalmente el crédito por el acreedor, pues de lo contrario se incurre en un ilícito previsto por nuestra legislación penal vigente que a la letra dice -- ART. 384.- "Se reputa como abuso de confianza la legítima posesión de la cosa retenida, si el tenedor o poseedor de ella no la devuelve a pesar de ser requerido formalmente por quien tenga derecho, o no la entrega a la autoridad para que ésta disponga de la misma conforme a la ley".

Por la otra, la posesión de ella -de la cosa-
da al acreedor una mayor seguridad al facilitarle el
embargo y el remate para obtener el pago". (57)

(57) Bejarano Sánchez, Manuel, ob. cit., pág. 350.

CAPITULO III

CARACTERISTICAS Y EFECTOS DEL DERECHO DE RETENCION

3.1. CARACTERISTICAS

Entre los caracteres del derecho de retención tenemos los siguientes:

1.- Es indivisible.- Esto en razón de que el derecho de retener subsiste hasta en tanto no se verifique el pago total de la deuda. "Sin embargo el acreedor que haya perdido la posesión de una parte de la cosa poseída, o de alguna de entre las diversas cosas poseídas, puede ejercitar la retención por todo un crédito entero, sobre aquella sola parte, o sobre aquellas únicas cosas que quedan en sus manos. Y reciprocamente el acreedor, después de haber percibido parte del crédito, puede retener por entero la cosa poseída, mientras no se pague

lo restante". (58)

2.- Es transmisible.- Es preciso admitir que si bien es cesible, solo lo es junto con la posesión material de la cosa y con el crédito de la obligación de la que emanó el derecho de retención.

Desde luego al ser transmisible, también lo será para los herederos del acreedor, pues nuestra legislación civil establece que la herencia será la sucesión en todos los bienes del difunto y en todos sus derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte, por lo tanto será también transmisible por herencia.

3.- Es un derecho derivado naturalmente de la obligación.- Esto es, que nace aunque las partes no lo hayan estipulado, pero siempre y cuando concurren los requisitos existenciales para que se dé el derecho de retener.

4.- Es imprescriptible. Algunos autores consi-

(58) Giorgio Giorgi. ob. cit., pág. 450.

deran que mientras el acreedor retenga en su poder la cosa, no podrá el deudor oponer la prescripción, ya que al dejar en poder del retenedor la cosa, está reconociendo de manera tácita y pro ese hecho en forma indudable el derecho que tiene su acreedor, por lo tanto no prescribe el crédito y tampoco el derecho de retención. (59)

Sin embargo a nuestro parecer, por cuestiones de aplicación práctica en cuanto a que pudiera darse el caso de que hecha la notificación del ejercicio del Derecho de retención el deudor dejara por mucho tiempo de cobrar la deuda principal por ejemplo diez, veinte, treinta años o indefinidamente creemos necesario una reglamentación al respecto poniendo un límite de tiempo razonable para ejercer acción en contra del deudor respecto de la deuda principal después de hecha la notificación del ejercicio del derecho que tratamos, sopena de que quede sin efecto la retención.

(59) La prescripción se interrumpe porque la persona a cuyo favor corre, reconozca expresamente de palabra o por escrito, o tácitamente por hechos indubitables, el derecho de la persona contra quien prescribe.

5.- Es accesorio.- Esto en virtud de que nace con la deuda exigible, es decir, con una obligación principal y cesa cuando el deudor la pague o la asegure.

6.- "Funciona como excepción". (60)

3.2. EFECTOS RESPECTO A LA COSA

Como ya hemos mencionado el retenedor solo podrá conservar la cosa hasta en tanto no le sea pagado su crédito, pero también estará obligado a protegerla contra despojos violentos y daños ocasionados por su culpa; a este respecto es limitada la reglamentación y la doctrina, pero consideramos que dicha obligación debe desprenderse de los preceptos que regulan las instituciones que traen aparejada la posesión derivada de la cosa, de esta manera tenemos que el artículo 2522 del código civil para el Distrito Federal dice:

"El depositario está obligado a conservar la cosa objeto del depósito según la reciba".

(60) Castañeda, Jorge Eugenio, ob. cit., pág. 14.

De la misma manera, respecto a la conservación de la cosa en el depósito, el depositario responderá de los menoscabos, daños y perjuicios que las cosas depositadas sufran por su malicia o negligencia.

El artículo 2877 del código civil, para el Distrito Federal, en relación a la prenda dice:

"El acreedor está obligado:

I.- A conservar la cosa en prenda como si fuera propia y a responder de los deterioros y perjuicios que sufra por su culpa o negligencia;

II.- A restituir la prenda luego que esten pagados íntegramente la deuda, sus intereses y los gastos de conservación de la cosa, si se han estipulado los primeros y hecho los segundos".

De esta manera en el derecho de retención deberá estar obligado el retenedor a restituir el bien luego de haberse pagado íntegramente la deuda.

Otro efecto sería no usar la cosa y, el artículo

2878 por lo que hace a la prenda dice:

"El acreedor abusa de la cosa empeñada cuando usa de ella sin estar autorizado..."

Por otro lado pasando al caso fortuito, si la cosa se pierde por una fuerza mayor, creemos que el cargo debe correr a cuenta del deudor, ya que la tenencia de la cosa se prolonga por culpa y mora del mismo, por lo tanto deberá sufrir las consecuencias que estas le originen.

3.3. EFECTOS CONTRA TERCEROS

Algunos doctrinarios sostienen que la retención produce efectos contra terceros, otros sostienen lo contrario, es decir, que no los produce y, así mismo encontramos quienes opinan que solo produce la retención efectos contra terceros quirografarios.

"Josserand, por su parte, opina que en el derecho de retención, la denegación a la entrega puede oponerse:

1° Evidentemente, al deudor mismo...;

2° Al propietario, suponiendo que sea distinto del deudor;

3° A los acreedores quirografarios de ese deudor y de ese propietario, porque no tienen derecho real que oponer a la denegación de quien retiene;

4° Según la opinión dominante, tanto en doctrina como en la jurisprudencia, la denegación de entrega puede ser opuesta igualmente a los terceros, es decir; bien a un adquirente, bien a los acreedores hipotecarios o privilegiados..." (61)

Así mismo el autor citado dice que lo anterior es en virtud de que quien retiene "no se presenta como el causahabiente de nadie; el derecho de que prevale ha nacido directamente y por primera vez en su persona; es un derecho en cierto modo originario y no derivado; debe ser oponible a todos, sin distinción". (62)

(61) Josserand, Louis. Derecho Civil. T. II, V. II, Ed. BOSCH y Cia.- Editores; Buenos Aires, 1951; pág. 402.

(62) Josserand, Louis. Ob. Cit., pág. 403.

En el mismo sentido que Jossierand, Aubry y Rau sostienen que "Tratándose de inmuebles puede oponerse al comprador y a los acreedores quirografarios o privilegiados del propietario de la cosa poseída y esto aun en 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 esto hará que los acreedores demandantes consientan necesariamente que el crédito de aquél se pague del precio de la adjudicación". (63)

"Bueno es advertir que en opinión de Troplong, de Larombiere y de Laurent, el derecho de retención sólo puede ser opuesto contra el deudor, pero no contra terceros". (64)

(63) Citado por Bonnecase, Julie, ob. cit., pág. 141.

(64) Citado por Gasperi, Luis de, ob. cit., pág. 542.

Por nuestra parte, estimamos que el derecho de retención sí debe producir efectos contra terceros, aún hipotecarios y pignoratícios, pues de lo contrario, esta figura jurídica no implicaría gran seguridad para el acreedor, constituyéndose en un derecho casi inútil, deficiente y carente de protección, pudiendo el propietario de la cosa quebrantarlo vendiéndola o gravándola.

Trataremos pues, de explicar nuestro punto de vista al respecto:

Primeramente debemos distinguir si los terceros tienen un derecho hipotecario o pignoratício, o bien si son acreedores quirografarios; asimismo, si sus derechos son anteriores o posteriores al derecho de retención.

Por lo que hace a los acreedores quirografarios, consideramos desde luego, que surte efectos contra ellos, dada la situación privilegiada del retenedor de tener en su poder determinado bien.

Ahora bien, el problema se presenta cuando los terceros son acreedores hipotecarios o pignoratícios, anteriores o posteriores a la retención, a lo cual creemos

que debe surtir efectos aunque sean limitados (65) en contra de terceros posteriores, o anteriores pero siempre y cuando el crédito sea en relación a mejoras o reparaciones de la cosa, ya que a través de éstas se le estará agregando mayor valor al bien en beneficio del acreedor hipotecario o prendario. Por otro lado, tratándose de un crédito que no sea por mejoras, creemos que sólo tendrá efectos contra terceros acreedores prendarios o hipotecarios posteriores, siempre y cuando el acreedor haya notificado al deudor el ejercicio del derecho de retención.

(65) Consideramos efectos limitados contra terceros, ya que sólo podrá retener la cosa hasta en tanto no se pague el crédito, pero no podrá subastarla para obtener el pago de su crédito.

CAPITULO IV
DISTINCION DE LA RETENCION CON
OTRAS FIGURAS AFINES

4.1. FIGURAS AFINES

Frecuentemente la retención es confundida con otras figuras jurídicas, ya sea por su justificación y fundamento, como sería el caso de la compensación o por traer aparejada la tenencia de la cosa, como es el caso de la prenda y el embargo, o bien, suele confundirse con la excepción de contrato no cumplido, que se inspira en el mismo principio que el derecho de retención, motivo por el cual en este capítulo nos proponemos diferenciarlo de éstas instituciones con las que pudiera parecerse.

4.2. LA COMPENSACION

La compensación podría ser confundida con la retención ya que las dos reposan sobre la idea de equidad

y justicia, sirviendo de igual manera como garantía, asimismo ambas se basan en la confrontación de dos obligaciones.

No obstante las mencionadas figuras se distinguen en que "la compensación consume créditos, mientras que el derecho de retención no. Por su naturaleza la compensación es una forma de extinguir las obligaciones" (66). "La retención no teniendo como fin la satisfacción de un crédito sino inducir a ella se admite en los casos en los cuales la compensación no sería admisible; ...es tópicamente incluir la compensación entre los denominados medios satisfactorios de extinción de las obligaciones, mientras que el derecho de retención es encuadrado por la doctrina como un caso de tutela preventiva del derecho creditorio". (67)

-
- (66) J.W. Hedeman. Derecho de Obligaciones. V. III., última ed. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1958. pág. 139.
- (67) López López, Angel. Retención y Mandato. Ed. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976.-- pág. 17.

Por su parte, nuestro código civil establece que el efecto de la compensación es extinguir dos deudas hasta la cantidad que importe la mayor, y señala que procede cuando ambas deudas consisten en dinero o, cuando son fungibles, de la misma especie y calidad. (68)

Por otro lado, en la retención es indispensable para mayoría de casos el elemento de conexión, mientras que para la compensación este elemento es indiferente.

4.3. LA PRENDA.

Hay quienes ven en el derecho de retención una prenda tácita; e inclusive una prenda incompleta.

Desde luego como ya se mencionó al hablar de la naturaleza jurídica del derecho en estudio, para nosotros este es un derecho de carácter especial, sin constituirse como real ni como personal, mientras que la prenda

(68) Así lo estipulan los artículos 2186 y 2187 de nuestro código civil. Ahora bien, en el derecho de retención no se trata de deudas en dinero, sino una en dinero y la otra, consistente en entregar un bien corpóreo (sin ser dinero).

indiscutiblemente es un derecho real y se le conceden, por lo tanto, todos los derechos inherentes a los derechos reales, como es la persecución para recuperarla de cualquier detentador. (69)

Además la prenda presupone un convenio previo, mientras que en la retención no lo hay.

La prenda puede constituirse para garantizar cualquier obligación, aún cuando todavía no sea exigible, mientras que la retención, solo garantiza el crédito cuando ya es exigible.

La prenda por su naturaleza concede el derecho de rematar la cosa si no es pagada la obligación garantizada, mientras que la retención no lo concede.

4.4. EL ENBARGO.

"El embargo es la afectación decretada por una

(69) 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.

autoridad competente, sobre un bien de propiedad privada, la cual tiene por objeto asegurar cautelarmente (embargo provisional) o realizar directamente (embargo definitivo) la satisfacción de una pretensión ejecutiva". (70)

Dada la definición del embargo difícilmente podría confundirse con el derecho de retención, pues difiere en que aquél es un medio de ejecución de carácter judicial, mientras que la retención tiene tan solo como fin tener la cosa hasta en tanto se cubra el crédito.

4.5. LA EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO.

Manifiesta José Ovalle Favela, que hay autores que no establecen distinción entre retención y exceptio non adimpleti contractus, pero la mayoría de las legislaciones aunque no lo establece en forma concreta, si llevan una distinción implícita en cuanto a la aplicación de una y otra. (71)

(70) Ovalle Favela, José. Derecho Procesal Civil. Ed.- HARLA, México, 1983, pág. 237.

(71) Infra., pág. 42.

Ahora bien, pese a su gran semejanza como lo es obedecer a un mismo principio de igualdad y equidad "contra una pretensión ajena de entrega, o cumplimiento de alguien que ha violado su propio deber jurídico", (72) son diferentes en primer lugar porque el derecho de retención opera en obligaciones de dar cosas corporales, mientras que la excepción de contrato no cumplido opera en obligaciones de hacer o no hacer; y en segundo lugar el derecho de retención funciona fuera de juicio y la excepción de contrato no cumplido se da únicamente dentro de un procedimiento.

Otra diferencia es que la retención se dá aunque no haya un contrato bilateral, del cual emane en forma directa, mientras que la excepción de contrato no cumplido obedece a una bilateralidad de obligaciones emanadas de un convenio.

Un ejemplo muy claro podría ser el derecho de retención otorgado al que captura un animal salvaje (artículo 873 del código civil vigente).

(72) Bejarano Sánchez, Manuel., ob. cit., pág. 355.

Por último, al respecto daremos la opinión del Maestro Gutiérrez y González, quien por su parte dice que se trata de género y especie, siendo la excepción de contrato no cumplido el género y, la especie el derecho de retención y afirma que "la diferencia de género y especie radica en ésto: El derecho de retención se refiere solo a obligaciones con el objeto de dar y de dar cosa cierta, en tanto que la exceptio "non adimpleti contractus" se opone en todo tipo de obligaciones recíprocas, sea cual fuere su objeto". (73)

(73) Gutiérrez y González, Ernesto., ob. cit., pág. 561.

CAPITULO V

DOMINIO DE APLICACION DE LA RETENCION

5.1. SISTEMA RESTRICTIVO O EXEGETICO

Muy variadas son las opiniones en cuanto al dominio aplicativo del *ius retentionis*, habiendo criterios desde una aplicación restrictiva, limitada a los textos legales, hasta los que sostienen que solo basta que el acreedor tenga una cosa de su deudor.

Así pues trataremos de explicar el sistema restrictivo o exegetico.

Señala Julie Bonnecase:

"Este sistema sobre el dominio del derecho de retención fué aceptado por Moulon, Pont, Larombiere y personificado por Laurent" (74) y así como estos otros (74) Bonnecase, Julie., ob. cit., pág. 126.

tantos opinan que la retención solo puede existir en los casos en que el legislador lo ha concedido, pues afirman que "si el legislador quisiera hacer de él un principio general lo habría hecho en términos expresos, aclarando sus efectos y demás condiciones en que habría de ejercitarse". (75)

Por nuestra parte creemos que tal omisión del legislador, esto es, el no haber establecido los términos y condiciones en que el derecho en estudio había de establecerse, no es más que una laguna de la ley y el hecho de que gran parte de legislaciones no han reparado este error, no es porque exista semejante criterio, sino por que hay que recordar que muchas de ellas no han sido más que réplicas de otras y, que éstas históricamente han obedecido a diferentes derogaciones y abrogaciones que han tendido a subsanar deficiencias y errores repetidos en ellas y, que inclusive han subsistido por mucho tiempo y así es cómo varios códigos han establecido lo necesario para subsanar la laguna a que hacemos mención.

(75) Ibid., pág. 126.

De esta manera, aunque lo correcto sea lo establecido por el criterio que se expone, es decir, que el derecho de retención solo se debe aplicar en los casos que la ley menciona, es indispensable saber los términos, condiciones y efectos con que tal derecho debe operar.

5.2. SISTEMA DE APLICACION FUERA DE LOS TEXTOS

Este sistema de aplicación se basa en un criterio más amplio, siendo sus principales exponentes Aubri y Rau, para quienes la retención cabe fuera de los textos legales, si además de la existencia de un crédito conexo con la cosa, la detención se liga a una convención o al menos a un cuasi-contrato y que la deuda conexas a la cosa detenida, haya tenido nacimiento con ocasión de esta convención o de este cuasi-contrato.

Así, afirman que "Reunidas esas condiciones la posesión respectiva de las partes, presenta analogía con los casos expresos de la ley, previstos en ella para la retención, ésta debe ser aplicable por el principio de que los contratos deben ejecutarse de buena fe". (76)

(76) Aubri y Rau, citado por López de Haro, ob.cit., pág. 128.

5.3. SISTEMA DE APLICACION DISCRECIONAL

Demolombe, es el principal sostenedor de este sistema, otorgando facultades al juez, para negar o conceder el derecho de retención, aunque no exista lazo contractual entre las partes.

"Este tercer sistema señala una etapa más en la vía progresiva de la ampliación del dominio de aplicación del derecho de retención". (77)

"...debido a que el derecho de retención no se basa, actualmente en ningún texto y como tampoco está fundado en principio, en la verdadera causa eficiente del derecho de retención, es decir, el origen común de las dos obligaciones, admitimos que los tribunales tienen facultad para ordenar a los poseedores la restitución del inmueble aún antes de que se les haya pagado su crédito y para conceder un plazo al propietario teniendo en consideración todas las circunstancias del caso, la buena o la mala fe del poseedor y la menor o mayor garantía

(77) Bonnecase, Julie., ob. cit., pág. 128.

que el propietario puede proporcionar por el pago del crédito, etc. En una palabra admitimos en este caso el poder discrecional, que en general pertenece a los Magistrados, en todo lo que se refiere a la reglamentación de las medidas provisionales y conservatorias". (78)

5.4. SISTEMA QUE ADMITE LA RETENCION CUANDO HAY CONEXIDAD ENTRE EL CREDITO Y LA POSESION.

El principal exponente de este sistema fue Guillaouard; y admite el derecho de retención a condición únicamente de que exista conexidad entre el crédito y la posesión de la cosa y esto aún cuando no medie entre las partes, un lazo que se derive de un contrato o de un cuasicontrato.

Guillaouard rechaza la opinión de Demolombe, diciendo que el derecho de retención "no es simplemente una medida provisional y conservatoria, que a este título quede comprendida en las facultades ordinarias del juez; si no es un derecho de preferencia entre acreedores,

(78) Demolombe, citado por Bonnacase, Julie. ob. cit., pág. 128.

sí por lo menos un medio indirecto para que pueda el acreedor obtener el pago de lo que se le deba, aunque los otros acreedores no sean pagados o solo sean en parte y no puede depender del juez conceder o negar un derecho tan importante según las circunstancias". (79)

5.5. NUESTRO CRITERIO AL RESPECTO

Como ha quedado anotado en los puntos anteriores, variados han sido los sistemas adoptados por la doctrina sobre la aplicación del derecho de retención y éstos como podemos observar, se pueden separar en dos grupos: los que sostienen una aplicación limitada como un derecho taxativamente enunciado por la ley y los que sostienen una aplicación fuera de los textos legales, basándose en la equidad, hasta que el crédito sea satisfactorio.

Respecto al primer grupo, esto es, los que sostienen una aplicación restrictiva, no estamos de acuerdo, ya que creemos que el legislador consagra deficientemente la retención poniéndola como un derecho citado para

(79) Guillouard, citado por Julie Bonncase., ob. cit., pág. 130.

casos excepcionales, dejando fuera aquellos en los cuales pudiera darse la interpretación analógica en la equidad, por lo cual opinamos que este criterio es excesivamente riguroso.

Por otro lado, como hemos visto, el segundo grupo de tesis sostiene en general una aplicación extensiva, tomando cada una diferentes matices.

Por nuestra parte creemos que la retención debe aplicarse en los casos previstos por la ley, pero no olvidándonos de sus deficiencias, ésta misma debe ser reformada y admitir un horizonte más amplio permitiendo la retención en los casos que escapen a la misma, pero siempre dentro de un marco de elementos y presupuestos que la misma ley debe contemplar.

CAPITULO VI
REGLAMENTACION SISTEMATICA DEL DERECHO DE RETENCION
EN LA LEGISLACION MEXICANA

6.1. EL DERECHO DE RETENCION EN LA LEGISLACION CIVIL
DE LOS ESTADOS.

El derecho de retención en la legislación civil mexicana, solo se ha reglamentado en forma específica dandosele la importancia que tiene por su gran trascendencia, en pocos Estados de nuestra República, como son el Estado de Morelos, el de Sonora, Quintana Roo, Tamaulipas, Puebla y Tlaxcala.

Los códigos civiles de los dos primeros Estados mencionados en el párrafo anterior regulan en los mismos términos el derecho de retención, diferenciándose únicamente en la numeración de su articulado; el código civil sonorense lo hace del artículo 2379 al 2394 y el de Morelos lo hace del artículo 2310 al 2325.

El derecho que venimos estudiando, en la ley civil de Sonora se ubica dentro del libro quinto "De las obligaciones"; primera parte "De las obligaciones en general": título cuarto "Efectos de las obligaciones con relación a tercero", capítulo V "Del derecho de retención".

Por lo que toca a la legislación civil de Morelos, observa el derecho de retención dentro del libro quinto "De las obligaciones"; título cuarto "Efectos de las obligaciones"; subtítulo III "Efectos de las obligaciones con relación a tercero"; capítulo V "Del derecho de retención". (80)

-
- (80) El subtítulo marcado con el número III "Efectos de las obligaciones con relación a tercero", en su capítulo I contiene tan solo un artículo esto es el 2273 que a la letra dice: "Se reconoce como instituciones protectoras del acreedor para el caso de incumplimiento del deudor, la acción pauliana, la acción de simulación, la acción oblicua y el derecho de retención". Esto a nuestro criterio, es el subtítulo el que debería llamarse "Instituciones Protectoras del acreedor para el caso de incumplimiento del deudor; acción pauliana, acción oblicua, y derecho de retención", - siendo inecesario el artículo 2273, pues al ponerlo en un capítulo aparte, es como si se fuera a hablar de alguna institución diferente de las que se habla en los capítulos subsecuentes, siendo que se trata de las mismas, hablando cada capítulo subsecuente de ellas por separado.

El código civil de Quintana Roo contempla la retención dentro del libro segundo "De las obligaciones"; título cuarto "De los efectos de las obligaciones con relación a terceros que indirectamente intervienen en el incumplimiento de aquellas, y del derecho de retención", este título a su vez se encuentre dividido en tres capítulos como sigue: capítulo I "De las instituciones protectoras del acreedor contra actos y omisiones del deudor tendiente al incumplimiento"; capítulo II "De la acción oblicua"; capítulo III "Del derecho de retención". (81)

La legislación civil de Tlaxcala prevee el derecho de retención dentro del libro cuarto "DE LAS OBLIGACIONES"; título decimo "De las instituciones protectoras

(81) Mas que de los "efectos de las obligaciones con relación a terceros que indirectamente intervienen en el incumplimiento de aquellas...", en este título se habla de las instituciones que protegen a los acreedores contra las obligaciones en las que intervienen terceros en el incumplimiento de las obligaciones -- con aquellos, pero lo hace poniendo ésto dentro de un capítulo como si en los subsecuentes se tratara de algo diferente, incurriendo en el mismo error que el código de Morelos.

del acreedor para el caso de incumplimiento del deudor"; capítulo IV "Del derecho de retención".

Por lo que hace a la legislación poblana, regula la institución de que se trata dentro del libro "Obligaciones", capítulo vigésimo "Reparación del daño por hecho ilícito"; sección cuarta "incumplimiento de contrato"; letra C. "Instituciones protectoras del acreedor para el caso de incumplimiento". (82)

El código civil de Tamaulipas comprende el derecho de retención dentro del libro tercero "De las obligaciones": título primero "Reglas comunes"; capítulo VI "De las instituciones protectoras del acreedor para el caso de incumplimiento del deudor; sección IV "Del derecho de retención".

(82) A diferencia de las legislaciones de Morelos, Sonora y Quintana Roo, que tratan de la retención en un título comprendiéndola como efectos de las obligaciones con relación a terceros, la legislación del Estado de Puebla y un poco mejor la de Tlaxcala, ven al derecho de retención como una institución protectora del acreedor en caso de incumplimiento del deudor siendo esto lo correcto.

El artículo 2310 del código civil de Morelos, y en su artículo respectivo, el código civil de Sonora dicen que "Existirá el derecho de retención cuando la ley autorice al detentador o poseedor de una cosa ajena a conservar la tenencia de la misma hasta que el dueño de ella le pague lo que le adeude, bien sea por concepto de la cosa o por algún otro motivo".

Las legislaciones civiles de Tlaxcala, Quintana Roo y Puebla en lugar de decir "...conservar la tenencia ...", se refieren a "... conservar en su poder ..." como sigue:

"Existirá el derecho de retención cuando la ley autorice al detentador o poseedor de un bien ajeno, a conservarlo en su poder hasta que el dueño de él le pague lo que le adeuda por concepto del bien o por algún otro motivo.

Más acertada es la legislación de Tamaulipas porque además de prever que el bien se conserve hasta que el dueño pague lo que adeuda, dice que si no se paga, al menos se asegure suficientemente su pago.

En cuanto a las prohibiciones para ejercer el derecho de retención las seis legislaciones que tratamos coinciden determinando que no se podrá ejercer el derecho de retención cuando se ha obtenido del deudor un bien a base de engaños, maquinaciones o artificios, o con la promesa de devolverlo inmediatamente, tampoco cuando haya obtenido que un tercero, sin consentimiento del deudor, le entregue un bien de éste, ni cuando posea o detente el bien de su deudor por virtud de un hecho ilícito.

El artículo 2314 del código civil de Morelos al tratar sobre la oponibilidad del derecho de retención cuando el propietario del bien es distinto del deudor, expresa:

"Cuando el deudor haya entregado al acreedor un bien, respecto del cual no se haya transmitido el dominio al primero, pero sí el uso o goce, podrá el acreedor retener los frutos que legalmente correspondan al deudor, y en cuanto a la cosa, sólo podrá hacerlo entre tanto no se perjudiquen los derechos del propietario o poseedor originario, en cuya contra no será oponible el derecho de retención".

Las legislaciones civiles mexicanas coinciden sustancialmente con el artículo antes citado, pero la legislación civil de Puebla es un tanto más explícita previendo lo anterior en dos artículos como sigue:

Artículo 2064.- "El derecho de retención sólo puede recaer sobre bienes que sean propiedad del deudor de quien ejercita tal derecho".

Artículo 2065.- "Cuando un deudor tiene respecto de un bien, únicamente el derecho temporal de uso o goce, y entrega tal bien a su acreedor, éste sólo puede ejercitar el derecho de retención respecto a los frutos de ese bien, que pertenezcan al deudor".

Tlaxcala y Puebla en su código civil integran dentro de su articulado en forma concreta que "El dueño de un taller de reparaciones puede ejercitar el derecho de retención sobre el bien que se le entregó para su arreglo, hasta que se le pague su importe, si el presupuesto de la reparación consta por escrito, con la firma de quien la encargó".

Por lo que hace a la oponibilidad del derecho

de retención contra terceros, el código civil de Quintana Roo, dice:

Artículo 2359.- El derecho de retención es oponible al deudor y a los terceros que no tengan adquirido un derecho real sobre el bien, anterior a la fecha en que se ejercita el citado derecho. Los que tengan derechos reales anteriores, podrán perseguir el bien para asegurarlo o tomar posesión del mismo según la naturaleza de tales derechos.

Artículo 2363.- El derecho de retención es oponible a los acreedores que sin garantía real, embarguen o secuestren el bien u obtengan el remate del mismo. Comprobada la existencia de tal derecho, el juez no podrá dar posesión al adquirente en remate.

Artículo 2364.- En los casos de concurso o liquidación judicial del deudor, el derecho de retención será oponible para que el acreedor no sea privado del bien, y para que obtenga en su caso pago preferente, según los artículos que anteceden.

Las demás legislaciones coinciden en lo esencial en cuanto a la oponibilidad del derecho de retención, así mismo coinciden al decir que por virtud del derecho de retención el acreedor no puede obtener el remate del bien independientemente de la ojecusión de su crédito por sentencia.

Para resolver los conflictos de preferencia en el pago, el código civil del Estado de Morelos y el de Sonora dicen que "Si el acreedor desea que conste de manera indubitable la fecha en que comience a ejercer el derecho de retención, deberá notificar al deudor, en jurisdicción voluntaria o por conducto de notario el momento a partir del cual lo ejercitará. Una vez hecha la notificación al deudor, la fecha de ésta o en el momento en ella señalado servirán para resolver los conflictos de preferencia que se presentaren con terceros".

El código civil de Quintana Roo trata los conflictos de preferencia exacatamente en la misma forma que el código de Morelos; la legislación tamaulipeca lo hace igual pero en términos mas reducidos.

La legislación de Tlaxcala previene además de lo anterior que tratándose de un bien susceptible de inscribirse en el Registro Público de la Propiedad, se inscribirá en éste el acto de la notificación y, en este caso, la fecha de la inscripción será la base para resolver los conflictos de preferencia.

Por su parte la legislación poblana para dar solución a los conflictos de preferencia establece:

Artículo 2071.- El acreedor deberá interpelar al deudor requiriéndole el pago de su deuda. La interpe-lación se hará como lo disponen los artículo 2011 y 2012.

Artículo 2072.- Hecha la interpelación a que se refiere el artículo anterior, se aplicarán las siguientes disposiciones:

I. Si el deudor no hace el pago, deberá el acreedor demandarlo dentro de los veinte días siguientes a la interpelación;

II. Si el acreedor no presenta su demanda en tiempo, quedará sin efecto la retención y deberá aquél

entregar al deudor el bien retenido. (83)

Artículo 2073.- La fecha de presentación de la demanda a que se refiere la fracción I del artículo anterior, y en su caso la anotación de la misma en el Registro Público de la Propiedad, establecerán su preferencia frente a otros acreedores.

Con respecto a la interpelación el artículo 2011 de la legislación antes citada señala que "Se llama interpelación el acto por el cual el acreedor intima o manda intimar al deudor que cumpla con su obligación". Y el artículo 2212 dice: "El actor puede hacer la interpelación ante notario o en jurisdicción voluntaria".

Al tratar sobre la persecución del bien, Quintana Roo, Tlaxcala, Morelos y Sonora en su código civil mani-

(83) El artículo 2072 viene a aliviar el cuestionamiento de que si no paga el deudor ¿por que tiempo podrá retener el acreedor el bien? pues según este artículo, al no presentar el acreedor su demanda dentro del plazo señalado su derecho queda sin efecto, por lo que viene a ser necesario adecuarlo a las demás legislaciones, sin embargo, consideramos que el plazo de veinte días a que se refiere la fracción I es muy corto y debería ampliarse.

fiestan que "El que ejerza el derecho de retención puede entablar los interdictos, tratándose de inmuebles, o perseguir la cosa mueble, cuando haya sido despojado de ella" y; la legislación de Tamaulipas no contempla nada al respecto. (84)

Con excepción del código civil de Tamaulipas los demás códigos estipulan que "Si se remata la cosa en ejecución de la sentencia que obtenga el acreedor, por razón de su crédito, su derecho de retención le otorga preferencia sobre los demás acreedores que no tengan garantía real, anterior a la fecha en que se hizo valer la retención".

"El derecho de retención no tendrá lugar cuando se demuestre, por quien tenga interés jurídico en él, que ha existido un acuerdo fraudulento o simulado entre acreedor y deudor o cuando este último hizo entrega de la cosa al primero en perjuicio de acreedores", esto disponen las legislaciones mexicanas que regulan la figura

(84) Infra. pág. 60.

jurídica que tratamos.

Los códigos civiles Sonorense y Morelense establecen:

Artículo 2323.- El derecho de retención no tendrá lugar cuando se demuestre, por quien tenga interés jurídico en ello, que ha existido un acuerdo fraudulento o simulado entre acreedor y deudor, o cuando este último hizo entrega de la cosa al primero en perjuicio de acreedores. (código civil de Morelos).

Artículo 2324.- Se considerará que existe perjuicio de acreedores, cuando el importe de los bienes del deudor, sin tomar en cuenta los que haya entregado al acreedor, sea inferior al valor de sus deudas. (código civil de Morelos).

Artículo 2325.- Son aplicables a los casos mencionados en los dos artículos anteriores, las presunciones de fraude o simulación establecidas por este código, para los casos de actos ejecutados en perjuicio de acreedores o de actos simulados. (código civil de Morelos).

Las legislaciones de Tlaxcala, Puebla y Quintana Roo coinciden con los artículos antes citados, pero la legislación de Tamaulipas no contempla nada al respecto en el capítulo que habla del derecho de retención, sin embargo, queda comprendido lo anterior al tratar de los actos celebrados en fraude de acreedores, y de la simulación de los actos jurídicos, diciendo que tales son nulos si de ellos resulta la insolvencia del deudor (sección I "Actos celebrados en fraude de acreedores" y sección II "De la simulación de los actos jurídicos").

6.2. CASOS QUE CONTEMPLA LA LEGISLACION CIVIL DEL DISTRITO FEDERAL.

Como se ha señalado, el código civil vigente, para el Distrito Federal contempla el derecho de retención en casos muy aislados y sin arreglo a un criterio orgánico.

De esta manera el artículo 816, fracción II dice: "El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, tiene los siguientes derechos:

II.- El que se le abonen todos los gastos necesarios

rios, lo mismo que los útiles teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que se le haga el pago".

Respecto al contrato de compra-venta, el artículo 2280 prevee: "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"; y el artículo 2287 dice: "Tampoco está obligado a la entrega, aunque se haya concedido un término para el pago, si después 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 de fianza de pagar en el plazo convenido". (85)

Creemos que por analogía también se aplica al contrato de permuta, en el sentido de que si uno de los permutantes se opone a la entrega de su cosa, el otro

(85) El artículo señalado viene a ser una excepción a la esencialidad de los requisitos del derecho de retención, tomando de esta forma un matiz especial, por que aunque el crédito aún no es exigible, el legislador protege al vendedor que ha celebrado el contrato de compraventa, y sin éste derecho protector se le podría al vendedor obligar a hacer la entrega del bien, aún a sabiendas de que corre el riesgo inminente de sufrir un menoscabo en su patrimonio, por la posible insolvencia del comprador.

no estará obligado a entregar la suya, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para la entrega, y éste no se haya vencido.

El artículo 2533 respecto al depósito señala: "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 sí podrá, en este caso si el pago no se le asegura, pedir jurídicamente la retención del depósito".

En cuanto al mandato el artículo 2579 establece que "El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y el reembolso de que tratan los dos artículos anteriores". (86)

Este artículo cae en un grave error, a nuestro juicio, ya que por una parte menciona que "podrá retener"

(86) En el mandato se otorga el derecho de retención cuando no se haya hecho el reembolso o la indemnización por los daños o perjuicios causados al mandatario por el cumplimiento de sus funciones, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario y cuando el mandante no hubiere anticipado las cantidades necesarias para la ejecución del mandato, si el mandatario las anticipó.

y, luego anota "en prenda", siendo de esta forma ambiguo, ya que la retención y la prenda son diferentes (87), y debería especificar si se trata de una o de otra figura jurídica. (88)

También el derecho en estudio se encuentra contemplado para el caso del contrato de obra a precio alzado, en el artículo 2644 señala: "El constructor de cualquier obra mueble tiene derecho a retenerla mientras no se le pague, y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra".

Asimismo, la ley prevee en el artículo 2666 la retención para el caso en que el huésped no pague el hospedaje, pudiendo el dueño del establecimiento retener el equipaje, hasta que obtenga el pago de lo adeudado; este artículo al igual que el 2579 habla de "retener en prenda" lo cual a nuestro parecer se refiere simplemente al derecho de retención, y no a la prenda.

(87). Infra., pág. 77.

(88) Creemos que se trata del derecho de retención, en virtud de que en la prenda es necesario que las partes la convengan.

El derecho de retención también está implícito en el contrato de transporte y, el artículo 2662 del código civil para el Distrito Federal al respecto establece "El crédito por fletes que se adeuden al porteador, serán pagados preferentemente en el precio de los efectos transportados si se encuentran en poder del acreedor".

6.3. NECESIDAD JURIDICA DE REGLAMENTAR ESPECIFICAMENTE EL DERECHO DE RETENCION

El derecho de retención en el código civil vigente para el Distrito Federal debe ser regulado en un capítulo especial y, a nuestro parecer ese encaja en el libro cuarto "De las obligaciones; título cuarto "Efectos de las obligaciones"; subtítulo II que en vez de llamarse "Efectos de las obligaciones con relación a terceros" debería llamarse "Instituciones protectoras del acreedor para el caso de incumplimiento del deudor"; capítulo IV "Del derecho de retención", para lo cual los capítulos que le anteceden deberían ser: capítulo I "De la acción pauliana" en vez de ser "De los actos celebrados en fraude de los acreedores; capítulo II "De la acción contra la simulación" en vez de llamarse "De la simulación de los actos jurídicos": capítulo III "De la acción oblicua"

que incorrectamente se encuentra reglamentada en el código de procedimientos civiles; capítulo IV, como ya se mencionó, "Del derecho de retención".

En seguida mencionaremos los artículos que a nuestro criterio deberían reglamentar el derecho de retención, pero en razón de que anteponeamos, a nuestra consideración, un capítulo que debería existir para la acción oblicua (figura jurídica que debe ser cuestión de otro estudio) antes de la retención, nos abstendremos de poner la numeración que debería corresponder de acuerdo al articulado del código civil vigente, para el Distrito Federal dándole a cada artículo de nuestro proyecto un número provisional como sigue:

Artículo 10.- La retención es el derecho que otorga la ley al acreedor, a negar la restitución de una cosa propiedad de su deudor, relacionada o conexas con un crédito a su favor, o bien, aunque no sea conexas, cuando la ley lo autorice, hasta en tanto no le sea pagado o garantizado el crédito.

Artículo 2o.- Cuando la ley no establezca expresamente el derecho de retención, podrá no obstante ejercitarse por el acreedor, si su crédito consta en título ejecutivo o ha sido reconocido judicialmente o ante notario, aunque no haya relación alguna entre el crédito y el bien del deudor que se encuentre en poder del acreedor, o entre dicho crédito y la causa de la posesión o detentación.

Artículo 3o.- Cuando el deudor haya entregado al acreedor un bien, respecto del cual un tercero no haya transmitido el dominio al primero, pero sí el uso y goce, podrá el acreedor retener los frutos que legalmente correspondan al deudor, pero en contra del propietario no será oponible el derecho de retención.

Artículo 4o.- Cuando se haya entregado un bien para reparar, se podrá ejercer el derecho de retención sobre el mismo hasta que al acreedor le haya sido pagado el importe si el presupuesto de la reparación consta por escrito, con la firma de quien la encargó, dando su conformidad sobre el éste.

Artículo 50.- El acreedor deberá notificar al deudor en jurisdicción voluntaria o por conducto de notario, el momento a partir del cual ejercita el derecho de retención. Una vez hecha la notificación al deudor, la fecha de ésta servirá para resolver los conflictos de preferencia que se llegaren a presentar con terceros. Si se trata de un bien susceptible de inscribirse en el Registro Público de la propiedad, se inscribirá en éste el acto de la notificación y, en este caso, la fecha de la inscripción será base para resolver los conflictos de preferencia.

Artículo 60.- Hecha la notificación indubitable del derecho de retención el acreedor deberá demandar a su deudor dentro de los 30 días siguientes a aquella, de lo contrario se perderá el derecho a retener y el acreedor deberá restituir el bien al deudor una vez sea exigido por este.

Artículo 70.- Por virtud del derecho de retención el acreedor no puede obtener el remate del bien independientemente de la ejecución de su crédito por sentencia.

Artículo 8o.- En virtud del derecho de retención el acreedor no puede de propia autoridad apropiarse del bien, o de sus frutos, o disponer jurídica o materialmente de tales bienes. En todo caso, sólo está facultado a conservarlos en su poder, hasta que sea pagado directamente o por remate en ejecución de sentencia.

Artículo 9o.- El derecho de retención es oponible al deudor y a quienes no tengan adquirido un derecho real sobre el bien, anterior a la fecha en que se ejercita el citado derecho.

Artículo 10.- Los titulares de derechos reales sobre el bien respecto al cual se ejercita el derecho de retención, anteriores a este ejercicio, podrán hacerlos valer sin que les sea oponible éste.

Artículo 11.- Si se remata el bien en ejecución de la sentencia que obtenga el acreedor, por razón de su crédito, su derecho de retención le otorga preferencia sobre los demás acreedores que no tengan garantía real, anterior a la fecha en que se hizo valer la retención.

Artículo 12.- El derecho de retención es oponible a los acreedores que sin garantía real, embarguen o secuestren la cosa, u obtengan el remate de la misma. Comprobada la existencia de tal derecho, el juez no podrá dar posesión al adquirente en remate.

Artículo 13.- En los casos de concurso o liquidación judicial del deudor, el derecho de retención será oponible para que el acreedor no sea privado del bien, y para que obtenga en su caso pago preferente, según los artículos que anteceden.

Artículo 14.- Será oponible la retención a acreedores con prenda real anteriores al derecho de retención, siempre y cuando el crédito sea en relación a mejoras hechas al bien.

Artículo 15.- El acreedor no podrá ejercer el derecho de retención, si ha obtenido del deudor el bien a base de engaños, maquinaciones, o artificios, o con la promesa de devolverlo inmediatamente.

Tampoco podrá ejercitarlo cuando la causa de su posesión o tenencia sea ilícita, cuando haya obtenido

que un tercero, sin consentimiento del deudor, le entregue un bien de éste.

Artículo 16.- El derecho de retención no produce los efectos establecidos en los artículos anteriores:

I. Si se demuestra, por quien tenga interés jurídico, que hubo acuerdo fraudulento o simulado entre acreedor y deudor; o

II. Si el deudor entregó el bien a uno de sus acreedores en perjuicio de los demás.

Artículo 17.- Se considera perjuicio para un acreedor cuando el importe de los bienes del deudor, sin tomar en cuenta los que haya entregado al acreedor, sea inferior al valor de sus deudas.

Artículo 18.- Son aplicables a los casos mencionados en los artículos anteriores, las presunciones de fraude o simulación establecidas por este código para los actos ejecutados en perjuicio de acreedores.

Artículo 19.- Si el acreedor perdió parte de la cosa poseída, o alguna de entre las diversas, puede ejercitar la retención por todo un crédito entero, sobre aquella sola parte o sobre aquellas únicas cosas que quedan en sus manos.

Artículo 20.- Si la cosa se pierde por fuerza mayor, el cargo deberá correr a cuenta del deudor, toda vez que la retención se da por culpa y mora de éste.

Artículo 21.- La retención podrá ser transmisible, siempre y cuando se transmita el crédito principal con la entrega material de la cosa retenida.

Artículo 22.- El retenedor está obligado a conservar la cosa en las mejores condiciones posibles, y responderá de los daños y perjuicios que el bien sufra por su culpa.

Artículo 23.- El acreedor deberá restituir el bien tan luego sea pagada o garantizada la totalidad de la deuda, y en ningún momento podrá hacer uso de ella.

Artículo 24.- Son formas de extinguir la retención: la entrega o abandono del bien, la pérdida por causa del acreedor, y la extinción del crédito principal.

Sin lugar a duda, el derecho de retención es de suma importancia para los acreedores y, de no existir bien regulado, el acreedor ve desvanecer entre sus manos la posibilidad de poder ejercer de alguna forma una presión a su deudor, para hacer que éste le pague el crédito exigible y vencido, pues fuera de los contratos que hacen referencia a la retención del bien no puede hacerlo valer, pues de lo contrario, esto es, si no restituye el bien cuando le es solicitado por el deudor cae dentro de un ilícito penal.

Por otra parte, cuando lo ejerce en virtud de los contratos que prevee nuestra ley, existe la problemática de que no tenemos un concepto que de la clave de sus elementos esenciales, su forma de aplicación, sus efectos contra terceros, sus formas de extinción y demás situaciones inherentes, por lo que reiteramos que es necesaria la integración de una parte especial que lo reglamente.

CONCLUSIONES

El derecho de retención tuvo sus orígenes en el antiguo derecho romano hacia los siglos III y IV a.c. con la aparición de las excepciones.

El código de Napoleón concedió el derecho de retención en casos muy aislados, como por ejemplo: en el contrato de compraventa; y para el caso de la expropiación, hasta en tanto no se indemnizara al propietario.

Entre las legislaciones que se han preocupado por tener un cuerpo sistemático que trate el derecho mencionado son la argentina, la suiza y la del Japón entre otras.

El derecho de retención, es la facultad que otorga la ley al acreedor quirografario, a negar la restitución de un bien, propiedad de su deudor, relacionado o conexo con un crédito a su favor, o bien, aunque no sea conexo, cuando la ley lo autorice, hasta en tanto no le sea pagado o garantizado el crédito.

Por otra parte, la conexidad no debe considerarse como elemento esencial, pero sí como requisito importante,

y a falta de ésta, la ley debe autorizar la retención.

Son elementos esenciales del derecho de retención que la cosa este en poder del que retiene, la existencia de un crédito, que la cosa sobre la cual se ejerce el derecho mencionado sea corpórea y que no esté garantizado el crédito.

El derecho de retención encuentra, desde sus orígenes más remotos hasta la actualidad, su fundamento en el principio de equidad.

La entrega o abandono del bien, la pérdida de la cosa, o bien la extinción del crédito son formas de extinguir la retención.

Son características importantes del derecho de retención: la indivisibilidad, la transmisibilidad, y su nacimiento se dá sin pacto previo entre las partes.

Para una ampliación correcta no dejando que la retención sea indefinida en cuanto a tiempo y agilizar el cobro del crédito en razón del cual se dá, es necesario fijar un tiempo límite, valiéndonos de una notificación

induvitable (a través de notario o de jurisdicción voluntaria) mediante la que se hagan saber el ejercicio del derecho tratado, siendo aquel razonable para que sea pagado o en su caso demandar el crédito y en su defecto, esto es, si no se demanda el crédito en el plazo fijado, el derecho de retención debiera quedar sin efectos.

El retenedor está obligado a conservar la cosa retenida en las mejores condiciones posibles, responderá de los daños y perjuicios que sufra por su culpa, también está obligado a restituirla tan luego le sea pagada la deuda, y no podrá hacer uso de ella.

El derecho de retención surtirá efectos contra terceros como sigue:

a) Acreedores quirografarios sin importar si son anteriores o posteriores a la retención.

b) Acreedores hipotecarios o pignoratícios posteriores, o anteriores al derecho de retención pero, en este caso siempre y cuando el crédito sea en relación a mejoras hechas al bien.

El derecho de retención es una figura jurídica de naturaleza singular, por lo que no debe ser confundida con otras.

En nuestro país sólo seis legislaciones reglamentan en un título especial el derecho de retención, esto es, la legislación civil del Estado de Morelos, la del Estado de Sonora, Quintana Roo, Puebla, Tlaxcala y Tamaulipas; nuestra legislación vigente en el Distrito Federal, sólo lo contempla en casos muy aislados, sin arreglo a un criterio orgánico.

Las legislaciones mexicanas que lo regulan no contemplan diferencias sustanciales, sin embargo, la legislación de Puebla contiene una diferencia importante en cuanto a que pone un límite después de hecha la interpelación para que el acreedor demande el crédito sino le fue satisfecho después de aquella y, de no ser así deja sin efecto su derecho a retener, debiendo entregar al deudor su bien, con lo cual viene a solucionar el problema de que la retención pueda ser por tiempo indefinido.

Dada la importancia del derecho de retención, por los beneficios que aporta a los acreedores, es neces-

rio reformar la legislación civil del Distrito Federal de tal forma que se incremente una parte especial que finque las bases y principios para su correcta aplicación.

El código civil para el Distrito Federal debe regular la retención dentro de un capítulo que sería el cuarto, del subtítulo segundo, del título cuarto, contenidos en el libro cuarto "De las obligaciones".

El capítulo cuarto "Del Derecho de Retención", debe contemplar veinticuatro artículos los cuales deberían contener: su concepto, casos de aplicación; sus efectos contra terceros; la forma de resolver conflictos de preferencia que se pudieran presentar; si se puede rematar el bien por virtud del derecho tratado; las obligaciones del retenedor; los casos en que no se podrá ejercitar; cuando no produce efectos; los casos de perdida por caso fortuito; a cuenta de quien corre la pérdida por culpa del retenedor, y sus formas de extinción.

BIBLIOGRAFIA
FUENTES BIBLIOGRAFICAS

- BAUDRY, LACANTINERIE. Traité Theorique et Practique de Droit Civil Des Obligations, tercera edición, editorial L. Larose & L. Tenin, Directeurs, París, 1907, 831, págs.
- BEJARANO SANCHEZ, MANUEL. Obligaciones Civiles, editorial Harla, México, 1981, 599 págs.
- BONNECASE, JULIEN. Elementos de Derecho Civil, traducción por José M. Cajica, editorial Cárdenas, Tijuana Baja California, 1985, 678 págs.
- BORJA SORIANO, MANUEL. Teoría General de las Obligaciones, octava edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1982, 730 págs.
- BRAVO GONZALEZ, AGUSTIN Y BRAVO VALDEZ, BEATRIZ. Derecho Romano Primer curso, quinta edición, editorial Pax México, Librería Carlos Cesarman, S.A., México, 1980, 329 págs.
- GASTAN TOBENAS, JOSE. Derecho Civil Español, décima edición, editorial REUS, S.A., Madrid, 1982, 690 págs.
- COLIN Y CAPITANT. Cours Elementari de Droit Civil Francais tomo II, sexta edición, editorial LIB DLOSZ, París, 1934, 751 págs.

- ENNECCERUS LUDWING Y KIPP. THEODOR WOLF MARTIN. Derecho de Obligaciones, tomo II, volumen I, segunda edición, editorial BOSCH, Barcelona, 1954, 504 págs.
- FLORIS MARGADANT S., GUILLERMO. El Derecho Privado Romano, cuarta edición, editorial Esfinge, S.A., Puebla, 1900, 671 págs.
- GARCIA MAYNEZ, EDUARDO. Introducción al Estudio del Derecho, trigésima sexta edición, editorial Porrúa, S.A. México, 1984, 444 págs.
- GASPERI, LUIS. Tratado de Derecho Civil, tomo III, editorial TEA, Buenos Aires, 1964, 867 págs.
- GIORGIO, GIORGI. Tratado de las Obligaciones en el Derecho Moderno, V. II, editorial REUS, S.A., Madrid, 1909, 576 págs.
- GUTIERREZ Y GONZALEZ, ERNESTO. Derecho de las Obligaciones, quinta edición, editorial CAJICA, S.A., Puebla, Puebla, 1974, 964 págs.
- HEDEMANN, J.W. Derecho de obligaciones, volumen III, Traducción por Jaime Santos Briz, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, 612 págs.
- IGLESIAS, JUAN. Derecho Romano, sexta edición, ediciones Ariel, S.A., Barcelona, 1972, 752 págs.

- JOSSERAND, LOUIS. Derecho Civil, Tomo II, volumen II, ediciones Jurídicas Europa-América, BOSCH y Cía, Buenos Aires, 1951, 783 págs.
- LAURENT, E. Principios de Derecho Civil Francés, tomo XXIX, editorial BARROSO, Puebla, 1900, 671 págs.
- LOPEZ DE HARO, CARLOS. El Derecho de Retención, editorial REUS, S.A., Madrid, 1921, 217 págs.
- LOPEZ LOPEZ, ANGEL M. Retención y Mandato, publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976, 134 págs.
- OSPINA FERNANDEZ, GUILLERMO. Régimen General de las Obligaciones, editorial TEMIS, Bogotá. 1976, 65 págs.
- OURLIAC, PAUL. Derecho Romano y Francés Histórico, traducción por Manuel Fairen, tomo I, editorial BOSCH, Barcelona, 1960, 619 págs.
- OVALLE FAVELA, JOSE. Derecho Procesal Civil, editorial Sagitario, S.A. de C.V., México 1983, 371 págs.
- PINA, RAFAEL DE. Elementos de Derecho Civil Mexicano, volumen III, segunda edición, editorial Porrúa, S.A., México 1966, 384 págs.
- PLANIOL, MARCEL Y RIPET, JORGE. Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, traducción por el Dr. Mario Díaz Cruz, tomo VI, editorial Cultural, S.A., Habana, 1948, 480 págs.

- PETIT, EUGENE. Tratado de Derecho Romano, traducción por - José Fernández González, novena edición, editorial Saturnino Calleja, S.A., Madrid, 1919, 766 págs.
- QUINTANILLA GARCIA, MIGUEL A. Derecho de las Obligaciones, ENEP, Acatlán-UNAM, México, 1979, 241 págs.
- ROJINA VILLEGAS, RAFAEL. Compendio de Derecho Civil, tomo III, Teoría general de las Obligaciones, editorial Porrúa, S.A., México, 1976, 531 págs.
- RUGGIERO, ROBERTO DE. Instituciones de Derecho Civil, traducción por Ramón Suner y José Santacruz, volumen II, cuarta edición, editorial REUS, S.A., Madrid, 1932, 517 págs.
- VENTURA SILVA, SABINO. Derecho Romano, cuarta edición, editorial Porrúa, S.A., México, 1978, 437 págs.
- Enciclopedia Jurídica OMEBA. Tomo XXIV, editorial CRISICILL, S.A., Argentina, 1981, 810 págs.

FUENTES HEMEROGRAFICAS

- CASTAÑEDA, JORGE EUGÉNIO. El Derecho de Retención, Revista de Derecho y Ciencias Políticas, No. 1, Lima, Perú, 1957, 134 págs.
- ROMERO, RAMON El Derecho de Retención, Revista Foro de México, No. 68, México, D.F., 1958, 75 págs.

CODIGOS Y LEYES

Código Civil Alemán.

Código Civil Argentino.

Código Civil para el Distrito Federal.

Código Civil Francés.

Código Civil del Japón.

Código Civil del Estado de Morelos.

Código Civil del Estado de Puebla.

Código Civil del Estado de Quintana Roo.

Código Civil para el Estado de Sonora.

Código Civil Suizo.

Código Civil del Estado de Tamaulipas.

Código Civil del Estado de Tlaxcala.

Código de Napoleón.

Código Penal para el Distrito Federal.