

308909 28  
29.



**UNIVERSIDAD PANAMERICANA**

Facultad de Derecho  
Con estudios incorporados a la UNAM.

**"EL DERECHO DE RETENCION EN EL CODIGO  
CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL"  
(UNA PROPUESTA DE REFORMA)**

**T E S I S  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
ALFONSO GOMEZ PORTUGAL AGUIRRE**

MEXICO, D. F.

1997.

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**



Universidad Nacional  
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

**Biblioteca Central**



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

A mi *MADRE MARYDIANA AGUIRRE DE GOMEZ PORTUGAL*, por realizar con éxito la tarea más grande que una mujer puede tener a su cargo: "Ser madre y padre a la vez", por guiarme durante mi vida de estudiante y ahora en la profesional que comienzo, por impulsarme y ayudarme en los momentos difíciles enseñándome el camino correcto y principalmente por educarme y tenerme paciencia.

*ESTA TESIS ES TAMBIEN PRODUCTO DE SU ESFUERZO.*

Al Licenciado *FAUSTO RICO ALVAREZ*, por haberme enseñado lo  
que realmente es el derecho, por ser una persona  
de integridad plena, un buen abogado, un  
gran notario y un excelente maestro.

*"GRACIAS POR HABER DIRIGIDO ESTA TESIS".*

A mis *HERMANAS IVONNE Y PATRICIA GOMEZ PORTUGAL AGUIRRE*  
por el apoyo que cada una a su manera y en su momento me han dado.

A *ILIANA SALAZAR ESCOBAR*, por la valiosa ayuda que me brindó en la elaboración de esta tesis y por el tiempo que le tomé prestado.

## INDICE

### **CAPITULO I. ANTECEDENTES Y GENERALIDADES.**

#### **+ OBLIGACION, CONCEPTO Y EVOLUCION, DERECHO**

##### **REAL Y PERSONAL**

- 1. Derecho Romano 3
- 2. Derecho Actual 7

#### **+ ELEMENTOS DE LA OBLIGACION**

- A) Sujetos 10
- B) Objeto 13
- C) Relación Jurídica 15

#### **+ DERECHO DE CREDITO Y DERECHO REAL**

- 1. Teoría Clásica (dualista) 18
- 2. Tesis Monistas 19
- 3. Teoría Ecléctica 20
- + NOTAS AL PIE 21

### **CAPITULO II. ANTECEDENTES HISTORICOS, CONCEPTO, FUNDAMENTO Y CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO DE RETENCION.**

#### **+ ANTECEDENTES HISTORICOS** 23

#### **+ CONCEPTO DEL DERECHO DE RETENCION** 27

#### **+ FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETENCION**

- A.1 La voluntad del Legislador 35
- A.2 La voluntad presunta de las partes 36
- B. La excepción de contrato no cumplido 37
- C. El derecho natural 37
- D. Acto de justicia privada 38

E. La Equidad	38
+ <u>CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO DE</u>	
<u>RETENCION</u>	40
A) Autotutela	41
B) Autocomposición	43
C) Heterocomposición	45
- Nuestra opinión	46
+ NOTAS AL PIE	51

**CAPITULO III. NATURALEZA JURIDICA Y APLICACION  
EXTENSIVA DEL DERECHO  
DE RETENCION.**

+ <u>NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO</u>	
<u>DE RETENCION</u>	
I. Derecho de Retención como derecho especial	53
a) Derecho Sui Generis	54
b) Derecho Potestativo	54
c) Derecho Real Obligatorio	54
II. Derecho de Retención como derecho real	56
III. Derecho de Retención como Derecho Personal	
o de Crédito	59
IV. Facultad Especifica	61
- Nuestra Opinión	61
+ <u>APLICACION EXTENSIVA DEL DERECHO</u>	
<u>DE RETENCION</u>	
I. Teoría Restrictiva	67
II. Teoría Extensiva	68
- Nuestra Opinión	70

+ NOTAS AL PIE	74
----------------	----

**CAPITULO IV. CARACTERES, FIGURAS AFINES,  
REQUISITOS O ELEMENTOS, OBJETO  
Y EXTINCION DEL DERECHO DE  
RETENCION.**

+ CARACTERES DEL DERECHO DE RETENCION

A. Accesorio	76
B. Garantía	76
C. Indivisible	76
D. Derecho o Facultad Legal	77
E. La Ley como única fuente	77
F. Aspecto Procesal	78
G. Transmisión	78

+ FIGURAS AFINES DEL DERECHO DE RETENCION

A. La Prenda	80
B. La Hipoteca	83
C. La Anticresis	84
D. El Privilegio	85
E. La Compensación	86
F. La Excepción de Contrato No Cumplido	89
Conclusión	91
Nuestra Opinión	91
G. La Posesión	91

+ REQUISITOS O ELEMENTOS DEL DERECHO  
DE RETENCION

A. La Posesión	93
----------------	----

B. Existencia de un crédito a favor del retentor	98
1. Exigible	98
- Nuestra Opinión	99
2. Líquido	101
C. Conexión entre crédito y cosa	101
- Nuestra Opinión	103
+ <u>OBJETO DEL DERECHO DE RETENCION</u>	105
- Nuestra Opinión	108
+ <u>EFFECTOS DEL DERECHO DE RETENCION</u>	
A. Entre el retentor y el deudor	109
B. Entre el retentor y los herederos del deudor	113
C. Entre el retentor y terceros	114
- Nuestra Opinión	115
+ <u>EXTINCION DEL DERECHO DE RETENCION</u>	119
+ NOTAS AL PIE	123

**CAPITULO V. DERECHO COMPARADO, ANALISIS DEL  
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO  
FEDERAL, CONCLUSIONES Y PROPUESTA  
DE REFORMA.**

+ <u>DERECHO COMPARADO</u>	125
+ <u>ANALISIS DEL CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL</u>	133
+ <u>CONCLUSIONES Y PROPUESTA DE REFORMA</u>	150

En este estudio que gira en torno a solo una pequeña parte del Derecho Civil me propongo analizar el derecho de retención como una de las figuras por medio de las cuales la legislación busca proteger a los acreedores. Parto de la base de que a mi entender, no se da una correcta regulación del Derecho de Retención en nuestra legislación civil vigente, a diferencia de otra figuras jurídicas de protección al acreedor.

Así pues, pretendo demostrar la deficiente regulación legal de esta institución dentro de la legislación civil vigente en el Distrito Federal y por tanto realizar las propuestas respectivas.

¿ Porqué hacer una tesis sobre el derecho de retención y no acerca de otro tema ?

Dentro del derecho bastantes son los temas que durante la licenciatura me llamaron la atención, temas que iban desde cuestiones teoricas hasta cuestiones evidente y eminentemente prácticas, pero desde mis primeros cursos tuve una preferencia por el derecho civil, especialmente por el curso de Obligaciones y el de Contratos. Pero no solo la materia misma me despertó el interes por temas como este, sino también el método que los catedraticos utilizaron para impartir las respectivas materias.

Para mi fue muy valioso y productivo el tomar un curso de obligaciones que no fuera meramente expositivo y pasivo por parte de los alumnos, sino que nosotros mismos nos cuestionabamos sobre la regulación de cada una de las instituciones que abarcó el curso; fue ahí donde surgió mi inquietud sobre estos temas.

Por otro lado siendo objetivo, me parece que escribir sobre cualquier t3pico dentro del derecho que no tenga una regulaci3n adecuada o que simplemente encontremos en nuestra legislaci3n disposiciones dispersas que traten el mismo, es algo interesante.

Por estas razones considero que tengo los elementos necesarios para investigar, escribir, discutir y proponer sobre el derecho de retenci3n.

Finalmente, el m3todo que utilizare abarca los antecedentes y generalidades de las obligaciones.

**CAPITULO I.  
ANTECEDENTES Y GENERALIDADES.**

OBLIGACION. CONCEPTO Y EVOLUCION. DERECHO REAL Y PERSONAL.

I. Derecho Romano.

" Obligación -obligatio- es un vínculo jurídico por virtud del cual una persona -deudor- es constreñida frente a otra -acreedor- a realizar una determinada prestación." (1)

Dice Manuel Borja Soriano: "Según la Instituta de Justiniano... la obligación es un vínculo de derecho, por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad." (2)

Así pues, la obligación -en el derecho romano- se integra con dos elementos: el débito y la responsabilidad. El deber de cumplir y ante el incumplimiento la ligadura que implica la responsabilidad derivada de ese incumplimiento.

Pero no fué así desde el principio, ya que durante bastante tiempo permanecieron separados estos elementos. Al respecto dice el maestro Juan Iglesias: "... Así, el deber de restituir la suma recibida en préstamo arranca del simple mutuo, mientras que la correspondiente responsabilidad hubo de establecerse, en los primeros tiempos mediante nexum..." (3)

En un principio se coloca en un primer plano la responsabilidad, la obligación sujeta a la persona, por tanto, el obligado es una persona que está sometida al acreedor y sobre la persona misma del obligado el acreedor puede satisfacerse en caso de incumplimiento.

Es por ello, que en la antigua Roma las relaciones crediticias derivadas de los contratos no se consideraban en sentido estricto obligación, sino que esta atendía más bien en incumplimiento que al dare o al facere.

El procedimiento civil romano tuvo mucho que ver en el desenvolvimiento de los medios de protección y exigibilidad en favor del acreedor.

Este procedimiento atraviesa por tres épocas:

1a. Legis acciones o acciones de ley, hasta la mitad del siglo II a.C.

2a. Época del procedimiento formulario que se extiende desde la mitad del siglo II a.C hasta el siglo III d.C.

3a. Época del procedimiento cognitorio establecido en el siglo III con la desaparición del juicio privado y la unificación del mismo. (antes eran dos fases: in iure ante el pretor y fase apud iudicem ante el juez que era un particular).

Menciono lo anterior, ya que por medio del procedimiento de las legis acciones se estableció el carácter personal que tenía la responsabilidad. Las legis acciones no eran otra cosa sino acciones que la ley establecía de manera casuística, y eran acciones que se desenvolvían en el campo de la solemnidad y de las formas, es decir, el juicio se tenía que desenvolver, so pena de perderlo, por fórmulas rigurosamente establecidas por la costumbre o por la ley.

Las acciones de la ley éran cinco: Legis acciones per sacramentum, per iudicis postulationem, per conditionem, per manus iniectioem, per pignoris capionem (acciones de ley por apuesta sacramental, por petición de juez, por emplazamiento, por imposición de la mano y por toma de prenda). Estas acciones de ley desaparecieron con la lex aebutia del año 150 a.C., substituyéndose por fórmulas que no eran sino breves escritos presentados por las partes - asesoradas previamente por juristas- y donde se materializaba el derecho litigioso. Las tres primeras acciones buscaban solucionar las controversias en sentido estricto y las dos últimas no éran sino medios de ejecución de las sentencias.

De esas dos últimas acciones de ley me interesa solo la legis actio per manus iniectioem, sinónimo de ejecución personal, y que consistía en lo siguiente: "La ejecución de carácter normal o regular es la de la legis actio per manus iniectioem... si el condenado a sentencia a realizar una prestación, no la cumpliera, luego de transcurrir treinta días desde que aquella se pronunció, podía ser llevado ante el magistrado, quien lo entregaba al acreedor, salvo que saliese fiador por él -vindex-. Después de permanecer en prisión del acreedor por sesenta días, éra expuesto al público durante las tres últimas ferias de mercado, con objeto de saber si alguien ofrecía rescate. No mediando éste, el acreedor podía dar muerte al deudor, partirlo en pedazos -si concurría con otros acreedores- y venderlo..." (4)

También terceros ajenos a la relación jurídica soportaban la obligatio -responsabilidad- y respondían con su persona: fideipromisores que son el antecedente de los fiadores.

Las primeras manifestaciones de ejecución del patrimonio del deudor se dan en el derecho pretorio, a través de la *missio in bona*, o entrada en bienes a favor del acreedor favorecido en sentencia. Al frente del patrimonio se colocaba un *curator bonorum* designado por el pretor a instancia de los acreedores y el cual debía dar noticia de la venta mediante avisos al público a fin de que pudieran asociarse a la ejecución otros acreedores.

Transcurrido un plazo de quince días -si había muerto el deudor- o de treinta -en todos los demás casos- se nombraba un *magister* que era uno de los acreedores, y quien tenía el encargo de vender los bienes, tal venta se realizaba en subasta. El comprador del activo patrimonial -*bonorum emptor*- asume la obligación de pagar a cada acreedor un tanto proporcional. El *bonorum emptor* substituía al deudor condenado y por ello podía cobrar sus créditos y en su caso recurrir a un procedimiento análogo. Todo lo anterior se logró mediante la *lex poetelia papiria* del año 236 a.C., la cual abolió el *nexum*, substituyendo la atadura personal por una real, es decir, lo que ahora responde es el patrimonio del deudor: prenda general tácita. (artículo 2964 del Código Civil).

Hubo de establecerse un régimen más templado por medio de la *distractio bonorum* por la que se autorizaba la venta de cosas singulares, hasta alcanzar un precio bastante para cubrir las exigencias de los acreedores.

Más adelante se afecta un bien de antemano por medio de la *mancipatio cum fiducia* -que tenía relación con la *mancipatio* (rito), *in iure cesio* (juicio simulado) y la *traditio* (entrega) - ; el deudor entregaba la cosa al acreedor y éste prometía devolverla al deudor si se cumplía la obligación

(situación desfavorable para el deudor -sólo podía recurrir a las acciones in factum-).

Poco después aparece la prenda, que si bien es cierto implicaba una desposesión, también es cierto que le otorgaba al deudor la actio pignoratitia para recuperar la cosa.

En otro momento el pretor autorizó que la cosa quedara en poder del deudor en relación a los predios rústicos, ya que el arrendador era acreedor prendario -actio serviana-, pero aquí la inseguridad era para el acreedor ante una posible destrucción o dilapidación de los bienes.

Finalmente aparecen la prenda y la hipoteca, que en cuanto a su distinción aparecen opiniones contradictorias, cuestión que para nosotros es irrelevante y escapa de los objetivos del presente estudio.

Frente a estas figuras coexistieron otras tales como la Sponsio, y que consistía -según la obra del maestro Juan Iglesias- en lo siguiente: "...A más que es susceptible de inúmeras aplicaciones, ya que cualquier prestación puede encerrarse en su típica fórmula -spondes? spondeo-, su fuerza ejecutiva se subordina a una petición procesal, esto es, al ejercicio de la legis actio per iudicis postulationem..." (5)

## 2. DERECHO ACTUAL.

"Obligación es la relación jurídica entre dos personas en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, queda sujeta para con otra llamada acreedor a

una prestación o a una abstención de carácter patrimonial que el acreedor puede exigir al deudor". (6)

Varias son las definiciones que se han dado sobre la obligación pero en realidad todas nos dicen lo mismo y en todas ellas sólo cambia la palabra vínculo por relación jurídica o por necesidad jurídica.

En el Código Civil de 1884 (artículo 1326) se definía: "Obligación personal es la que solamente liga a la persona que la contrae y a sus herederos". El Código Civil actual no la define.

Parece incorrecta la definición que daba el Código Civil de 1884, ya que toda obligación -en principio- es personal según la regla de que todo derecho de crédito es correlativo a una obligación y viceversa. Pero conforme a una interpretación armónica la definición es correcta ya que el legislador buscaba distinguir entre éstas obligaciones y las obligaciones ambulatorias o propter-rem, y por ello al recurrir al término "obligación personal" sólo buscaba definir a la obligación en sentido estricto, no siendo redundante la citada definición.

El maestro Borja Soriano citando a otros autores señala algunas definiciones: "... La obligación, en el sentido jurídico de la palabra puede definirse como un vínculo de derecho por el cual una o varias personas determinadas están civilmente comprometidas hacia una o varias otras, igualmente determinadas a dar, a hacer o a no hacer alguna cosa. Giorgi...La obligación es un vínculo jurídico entre dos o más personas determinadas en virtud del cual una o varias de ellas (deudor o deudores) quedan sujetas respecto a otra o a otras (acreedor o acreedores) a hacer o no hacer alguna cosa. Aubry et Rau... La obligación es el vínculo de derecho por el cual una

persona está sujeta a una prestación respecto de otra. Colin et Capitant..."

(7)

Planiol -según el maestro Borja Soriano- señalaba que la palabra obligación abarca toda una relación jurídica que vista desde el lado activo es un crédito y desde el lado pasivo es una obligación en sentido estricto.

El maestro Bejarano Sánchez señala: "Es como un escuchar que alguien diga 'yo tengo derecho a esto, tú tienes derecho a aquello'. Este derecho, como facultad de obtener algo, como poder de conseguir un resultado, se llama derecho subjetivo...per la voz derecho tiene otra connotación precisa que alude a las normas jurídicas, cuya especie más importante es el de las leyes, las cuales son reglas de conducta que deben ser respetadas por los seres humanos y que se imponen a todos (son generales) por decisión ajena (heterónomas), así como por el uso de la fuerza, de ser ésta necesaria (son coercibles). Este es el derecho objetivo..."

(8)

De estas ideas resulta que los derechos subjetivos pueden ser reales o personales. El derecho Real como la facultad o el poder para poder usar, disfrutar y aprovechar de una manera autónoma y directa una cosa.

El derecho personal -correlativo de la obligación- "...consiste en la facultad de obtener de otra persona una conducta que puede consistir en hacer algo, en no hacer nada o en dar alguna cosa." (9)

Pero la distinción entre derecho real y personal o de crédito no ha sido muy clara para la doctrina, posturas por demas interesantes que más adelante plantearé.

## ELEMENTOS DE LA OBLIGACION

De las definiciones expuestas anteriormente se desprende que la obligación tiene tres elementos, a saber: sujeto, objeto y relación jurídica.

### A) SUJETOS.

Necesariamente deben existir dos sujetos ya que el derecho es un producto social, nadie puede estar obligado o facultado consigo mismo.

“Los sujetos son las personas aptas para ser titulares de derechos y resultar obligadas. Para una obligación bastan dos sujetos...” (10)

Estos sujetos a los que hace referencia la doctrina son el sujeto activo y el sujeto pasivo. El primero es el titular del derecho subjetivo y por tanto es el facultado para exigir (acreedor); el segundo es quien soporta la deuda, es el obligado (deudor).

Al existir pluralidad de sujetos del lado activo como del lado pasivo hablamos de parte, que es sinónimo de un mismo interés jurídico en un acto. (parte material: Sujetos -otorgantes; parte formal: compareciente).

La doctrina se ha planteado si pueden existir obligaciones con sujeto indeterminado. La respuesta evidente es SI, ya que nada impide que se desconozca la identidad de uno de los sujetos sin que ésto sea impedimento para su existencia, ya que el sujeto puede ser indeterminado pero siempre determinable; como es el caso de una suscripción de un título de crédito al portador, promesa de recompensa, cuando un deudor fallece y no se sabe aún quienes son sus herederos o el mismo caso pero respecto del acreedor; etcétera.

El inconveniente de una obligación con tales características, es la imposibilidad de la comunicación entre los sujetos mientras estos no estén determinados. En el momento en que el sujeto sea determinable existe una obligación, cosa distinta a que sea indeterminable, ya que por la propia naturaleza de las cosas se caerían en absurdos tales como decir que de antemano estoy obligado aún sin haber realizado un acto o celebrado un negocio, so pretexto de que los sujetos pueden ser indeterminados.

En doctrina nos parece interesante la cuestión que resuelve el maestro Bejarano Sánchez:

"...¿ Está en crisis el concepto clásico de la obligación?. La obligación... es una liga entre ambos extremos de la obligación, de ahí que forzosamente deban existir los dos. Alguno podrá estar provisionalmente indeterminado, pero deberá ser determinado en su oportunidad, lo que ocurrirá a más tardar al momento de su cumplimiento... sin embargo, debe mencionarse que las obligaciones creadas por las declaraciones unilaterales de voluntad, han puesto en duda la propiedad del concepto... sigamos en este punto al jurista paraguayo Luis De Gásperi: La concepción romana de la obligatio (estar ligado en provecho de otro; de ob es decir, por y ligare, ligar) no explica otros estados de necesidad jurídica... si la obligación es el correlato del derecho subjetivo del acreedor... y no existiendo este acreedor, está ligado con sujeto indeterminado que sin embargo puede no llegar a existir. ¿ Podrá entonces haber obligación sin acreedor ?..." (11)

El maestro Bejarano Sánchez considera que en el caso en el que el sujeto activo o el pasivo estén indeterminados, más que existir una obligación existe un deber jurídico; toda obligación -continúa el autor- implica un deber jurídico, pero no todo deber jurídico es una obligación. El deber jurídico entendido como la realización de una conducta aún sin la exigibilidad de la

misma -de ahí que no sea obligación- debe existir en tanto no presupone la liga inter-partes sino un respeto a la norma de derecho, respeto que no está en beneficio de un sujeto concreto sino del orden jurídico o sea de la comunidad.

“En suma, recién emitida una promesa de recompensa, cuando nadie está aún en aptitud de cumplirla, no existe acreedor ninguno; pero, en tal caso, no hay todavía obligación (vínculo entre partes), sino solo un deber jurídico consistente en la necesidad de mantener la oferta. Ese deber se convierte en obligación desde el momento en que alguien está en posibilidad de cumplir la prestación solicitada, aunque lo ignore.” (12)

A propósito de este planteamiento Borja Soriano comenta lo siguiente: “...Tesis Objetivista. Levy-Ullman a propósito de su definición de obligación dice que ésta no es solamente una relación entre personas, sino que es también una relación entre patrimonios, que la obligación no implica solamente el deudor y el acreedor, sino también la deuda y el crédito... La obligación tiene un carácter objetivo, es decir, que lo que tiene valor en la obligación es la prestación misma que constituye su objeto, siendo en la generalidad de los casos indiferente quien sea el deudor o el acreedor... Bonnecasse critica la tesis objetivista diciendo: Es perfectamente verdadero que la obligación se ha despersonalizado más y más para patrimonializarse... La obligación puede considerarse objetivamente en su contenido, independientemente de la persona del deudor, por el intermediario del cual este contenido debe realizarse... Poco importa, en general al acreedor, que un nuevo deudor se substituya en el antiguo... pero esto no suprime la necesidad de un sujeto pasivo... El objeto de la obligación no es el patrimonio (éste es garantía) del deudor ni su persona sino la prestación por

suministrar...la ejecución sobre los bienes interviene solamente como sanción..." (13)

## B) OBJETO.

Dice el jurista De Castro y Bravo citado por Jorge Alfredo Domínguez Martínez: "...El objeto del derecho de crédito...no está en el patrimonio del titular. Tal derecho recae sobre y depende de la conducta del deudor, de su voluntad y de su posibilidad de dar, hacer o no hacer. La conducta del deudor queda vinculada u obligada respecto del titular del patrimonio; pero éste carece de facultades directas sobre el sujeto debido; sólo podrá pedir que se satisfaga un crédito o que judicialmente se tomen medidas para su aseguramiento y su pago." (14)

El objeto puede ser un hecho positivo y entonces se le llamará prestación, o puede ser un hecho negativo y entonces se le llamará abstención; por tanto:

+ Hecho positivo:

- a. Prestación de cosas: Obligación de dar (artículo 2011 del Código Civil)
- b. Prestación de Hecho: Obligación de hacer (artículo 2027 del Código Civil)

+ Hecho Negativo: Obligaciones de no hacer (artículo 2028 del Código Civil)

El objeto puede ser directo o indirecto:

- Directo: El dar, hacer o no hacer; es decir la prestación o abstención.
- Indirecto: La cosa o el hecho sobre el cual versa el anterior.

Distinto es el objeto de los contratos que puede ser :

- Directo: Creación o transmisión de derechos y obligaciones.
- Indirecto: La obligación de dar, hacer o no hacer, así como la cosa y el hecho mismo.

El objeto debe tener carácter patrimonial, es decir debe ser apreciable en dinero, o lo que es lo mismo, debe significar un aumento económico para el acreedor.

Al respecto existen tres posturas:

"1. Aubry y Rau: La prestación que forma el objeto de la obligación debe ser susceptible en sí misma y además debe representar para el acreedor alguna ventaja apreciable en dinero (interés económico y no solo de afección).

2. Ihering: No toda obligación debe tener un valor patrimonial.

La promesa debe tener un interés para aquel a quien se hace aunque ese interés no debe ser de naturaleza patrimonial...

3. Giorgi: La prestación de la obligación que constituye su objeto debe tener valor económico, debe ser valuable en dinero.

No significa que la prestación deba consistir siempre para el acreedor en un aumento efectivo de sus bienes económicos, sino que basta con que el objeto pertenezca a la esfera patrimonial

(susceptible de obtenerse con dinero)... " (15)

Incluso las obligaciones de no hacer tienen carácter patrimonial que se observa en el incumplimiento de las mismas, al imponerse como sanción el pago de daños y perjuicios. Nos parece pues, que la tesis correcta es la que sostiene Giorgi, ya que de lo contrario no tendrían cabida en nuestra

legislación las obligaciones de hacer y de no hacer, limitándose el campo de las obligaciones únicamente a las prestaciones de dar.

Curiosamente en el derecho de japon sucede lo contrario: "En el extranjero, el moderno Código Civil de Japon admite expresamente las obligaciones de objeto extra pecuniario. Su artículo 399 dice:

El derecho de crédito puede tener por objeto provechos que no se valúan en dinero" (16)

### C) RELACION JURIDICA.

Borja Soriano la define de la siguiente manera: "...Una relación jurídica, es decir protegida por el derecho objetivo, que dá al acreedor una acción que ejercitar ante el juez para obtener la prestación objeto de la obligación o su equivalente..." (17)

Es un vínculo ideal como bien señala Bejarano Sánchez, que ata al deudor respecto de su acreedor; pero recordemos que al derecho romano el vínculo no era imaginario sino real, materializándose en el ejercicio de la *legis actio per manus iniectioem*.

El problema hasta cierto punto, es que no solo la relación jurídica es ideal sino que existen otros vínculos -que no son jurídicos- que también son inmateriales o ficticios.

¿Cuál es la distinción entre aquél y éstos ?

Existen dos teorías:

a. Doctrina Francesa: "La característica peculiar de la relación jurídica es que se traduce en una necesidad de cumplimiento exigible coactivamente. La

relación jurídica consiste en la posibilidad de ejercer una acción para obtener la prestación debida o su equivalente, es un vínculo pues, que permite obtener el cumplimiento forzoso". Situación que no se da en otro tipo de relaciones tales como las afectivas.

b. Doctrina Alemana: "Para Kohler decir que el deudor está obligado significa simplemente que el derecho le manda alguna cosa; la relación obligatoria no es sino una relación de deber, en vista de cuya inejecución el poder público se apoderará de la persona o del patrimonio del deudor para obligarlo a ejecutar la obligación. Según Gierke hay que distinguir la noción de deuda (Schuld) de la coacción (Haftung). La deuda tiene por contenido un deber jurídico, en este sentido que si una de las partes efectúa la prestación que debe efectuar, ejecuta un acto válido, la deuda no contiene el poder de coacción, ésta no es sino un sucedáneo. En caso de inejecución aparece la otra noción, la de coacción, posibilidad cuando el deber no ha sido cumplido de apoderarse, no de la persona sino de lo que responde de la deuda, es decir, la mayor parte de las veces el patrimonio..." (18)

Es por ello que el vínculo jurídico no es otra cosa sino la posibilidad eventual de constreñir al obligado al cumplimiento por la fuerza.

En pocas palabras, la obligación tiene que estar compuesta por un vínculo o necesidad jurídica y no moral o social o tal vez religiosa; en base a esto se puede exigir jurídicamente. Las demás relaciones no son mas que deberes y no obligaciones. Así por ejemplo, el garante hipotecario (cuando es un tercero distinto al deudor principal) no está obligado frente al acreedor principal, de hecho la hipoteca no es un contrato que acepte la clasificación de bilateral o unilateral ya que su función es netamente jurídica generando el derecho real de hipoteca que le permite a su titular obrar sobre la cosa, para

los fines mismos de garantizar el cumplimiento de una obligación principal.

Me parece que con las ideas que se han expuesto a propósito de la obligación, es oportuno marcar la distinción entre el derecho real y el derecho personal, misma que será de utilidad para efectos del capítulo titulado "Naturaleza Jurídica del Derecho de Retención".

Al respecto seguiremos al maestro Antonio de Ibarrola que en su obra "Cosas y Sucesiones" señala:

"...El derecho de crédito se llama a veces derecho personal, idea que nos viene de Roma, donde se denominaba *actio in personam* la acción por cual el acreedor hace valer su derecho. Posteriormente se encontró que las palabras derecho personal forman felizmente la antítesis de derecho real. Debemos sin embargo tener cuidado de aplicar correctamente las dichas palabras derecho personal, pues éstas tienen algunas veces otras acepciones: 1. Se aplican a aquellos derechos que el autor de la herencia no puede transmitir a sus herederos, como el derecho de usufructo; a derechos inembargables como los que constituyen el patrimonio de familia ( art. 727)... En cuanto a los derechos reales, nos dicen Aubry y Rau que los hay cuando una cosa se encuentra sometida total o parcialmente al poder de una persona en virtud de una relación inmediata oponible a cualquiera otra..."

(19)

Existen diversas doctrinas que marcan las diferencias entre derecho real y personal, a saber son las siguientes:

1. *Teoría Clásica (dualista):*

a) La obligación no existe mas que en contra de una sola persona o personas, están limitativamente determinadas. El derecho personal es pues relativo. Para hacerlo efectivo el acreedor debe recurrir al deudor.

El derecho real en cambio es oponible a todo el mundo. Es absoluto ya que se dá erga omnes.

b) El derecho real nos impone una abstención y el personal es más complejo porque encierra una prestación o una abstención.

Así pues, para esta teoría existen dos derechos: el personal y el real. El primero implica una relación de persona a persona y el segundo una facultad o poder de la persona a la cosa; el sujeto pasivo en el primero es un intermediario entre el sujeto titular y el objeto del derecho (la conducta misma).

Los elementos de los dos derechos son los siguientes:

- Derecho Real.- a) Persona (sujeto activo) y
  - b) La cosa objeto del derecho
- Derecho Personal.- a) Sujeto activo (acreedor)
  - b) Sujeto pasivo (deudor)
  - c) Objeto (conducta-prestación o abstención)

Dentro de la Teoría Dualista o Clásica se dá una variante que representa la teoría de Bonnecase. Al respecto dice Antonio de Ibarrola:

"... Esta teoría es una variante de la teoría dualista y contiene un gran fondo de realismo. Cataloga de un lado los derechos reales y del otro los personales. Remontándose a la economía dice que hay dos fenómenos económicos que constituyen el contenido de los derechos reales y el de los

personales. La ciencia del derecho traduce las dos nociones económicas siguientes:

1. La apropiación de la riqueza cuando la norma jurídica organiza dicha apropiación de la riqueza nace el derecho real;
- 2.- La prestación de servicios. Notemos que dar, hacer o no hacer son las tres formas en que el hombre puede servir al hombre. El derecho ha reglamentado este fenómeno económico.

Por lo mismo derechos reales y derechos personales forman dos categorías irreductibles, porque nacieron de los citados conceptos económicos..."

(20)

## 2. Tesis Monistas:

Antonio de Ibarrola en su citada obra "Cosas y Sucesiones" respecto a éstas teorías expone:

"Se llaman también unitarias y encierran a ambas clases de derechos dentro de una sola categoría.

Se subdividen en dos: *La personalista y la objetivista...La tesis personalista...* de Planiol y Demogue, sostiene que el derecho real es idéntico en esencia al derecho personal...

...Afirma Planiol que la teoría clásica es falsa en el fondo porque no puede existir una relación jurídica entre una persona y una cosa. Las relaciones jurídicas se establecen, por definición solo entre personas. El poder de hecho ejercido sobre una cosa tiene su nombre especial: es la posesión... El sujeto activo es el propietario, el pasivo somos, todos los demás que tenemos obligación de abstenernos de molestar y perturbar al propietario. Para Planiol en realidad el derecho real es una obligación pasivamente universal... Demogue afirma que el sujeto pasivo universal es potencial:

existe la posibilidad de que cualquiera llegue a ser sujeto pasivo respecto del derecho real (pero volvemos al mismo problema de determinar si hay o no una obligación o más bien un deber jurídico)... *La Teoría Objetiva* es también monista pero a la inversa. Sostiene que el derecho personal es en realidad un derecho real sobre el patrimonio... Puede haber cesión de crédito o cesión de deuda (y no una novación subjetiva como en el derecho romano, que al cambiar alguno de los dos sujetos se extinguía la antigua obligación y surgía una nueva) y eso indica que la deuda viene en realidad a recaer sobre el patrimonio del deudor, análoga a la que tiene sobre las cosas que forman su propio patrimonio... extreme la teoría diciendo que puede existir una obligación sin sujeto pasivo..." (21)

### 3.- *Teoría Ecléctica:*

Antonio de Ibarrola en su obra "Cosas y Sucesiones" comenta:

"Posteriormente Planiol y Ripert rectificaron su posición y adoptaron una posición ecléctica... Derechos reales son aquellos derechos privados que atribuyen un derecho de inmediata dominación de una cosa frente a cualquiera... El derecho real, definen es un poder jurídico que de manera directa e inmediata ejerce una persona sobre un bien determinado para aprovecharlo total o parcialmente (hasta aquí el aspecto interno), siendo oponible dicho poder a un sujeto indeterminado, que tiene la obligación de no perturbar al primero en el ejercicio de su derecho (aspecto exterior)." (22)

De ahí pues, que la obligación como tal no baste para diferenciar ambos derechos, sino más bien los aspectos mencionados con anterioridad.

## NOTAS AL PIE

- (1) CFR. Iglesias Juan. "Derecho Romano". Madrid, España. Editorial Ariel, 1990 (10a. edición) p. 355.
- (2) CFR. Borja Soriano Manuel. "Teoría General de Las Obligaciones". México. Editorial Porrúa. 1991. (12a. edición) p. 69.
- (3) CFR. Iglesias, Op. Cit. Supra Nota 1. p. 355.
- (4) IBIDEM. p. 213.
- (5) IBIDEM. p. 359.
- (6) CFR. Borja, Op. Cit. Supra Nota 2. p. 71
- (7) IBIDEM. p. 70
- (8) CFR. Bejarano Sánchez Manuel. "Obligaciones Civiles". México. Editorial Harla. 1992 (3a. edición) p. 5
- (9) IDEM
- (10) IBIDEM p. 7
- (11) IBIDEM p. 10
- (12) IBIDEM p. 11
- (13) CFR. Borja Op. Cit. Supra Nota 2 P.p. 75, 76
- (14) CFR. Dominguez Martínez Jorge Alfredo. "Derecho Civil". México. Editorial Porrúa. 1992. (3a edición) p. 219
- (15) CFR. Borja. Op. Cit. Supra. Nota 2 p. 74
- (16) CFR. Bejarano. Op. Cit. Supra. Nota 8. p. 13
- (17) CFR. Borja. Op. Cit. Supra. Nota 2. p. 72
- (18) IBIDEM p. 73.
- (19) CFR. Ibarrola, Antonio de. "Cosas y Sucesiones". México. Editorial Porrúa. 1991 (7a edición) p. 60.
- (20) IBIDEM. p. 64.
- (21) IBIDEM. p. 66.
- (22) IBIDEM. P.p. 68,69.

**CAPITULO II**

**ANTECEDENTES HISTORICOS**

**CONCEPTO DEL DERECHO DE RETENCION**

**FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETENCION**

**Y**

**CONSTITUCIONALIDAD DEL DERECHO DE RETENCION**

### ANTECEDENTES HISTORICOS.

Como es natural, los antecedentes del Derecho de Retención los encontramos en el derecho romano, si bien es cierto que los romanos no elaboraron una doctrina o teoría general y unitaria sobre el derecho de retención, limitandose a regular dicho derecho en casos aislados.

Dice Beltran de Heredia: "... el ius retentionis nació en Roma, con el fin de suplir un defecto de acción, en el procedimiento formulario..., una de las manifestaciones de equidad del pretor; una exceptio en el sistema formulario..." (1)

La idea expresada por este autor español es ciertamente correcta, ya que es por razones de simple equidad que el pretor concedía una excepción que más adelante evolucionaría y para demostrar tal afirmación baste el siguiente ejemplo:

"Supóngase el caso de un poseedor de buena fe que posee la cosa *aninus domini*, en la creencia absoluta de que es suya, y sobre la cual realiza gastos encaminados a su conservación; aparece el verdadero propietario y la reivindica, por principio de equidad se tiene que indemnizar al poseedor, ya que en el juicio de reivindicación no se podía resolver sobre la referida indemnización y además el poseedor no podía recurrir a la acción de mandato ya que este no existió, ni tampoco puede recurrir a la *actio negotiorum gestorum*, por que no hubo intención de gestionar negocio ajeno; careciendo por tanto de acción alguna para reclamar la indemnización."

*Todo esto motivó a que el pretor permitiera la interposición de una excepción por medio de la cual el poseedor no estaba obligado a devolver la cosa en tanto no se le dejara indemne.*

Es evidente que el derecho de retención en este momento histórico no surge como lo conocemos hoy, sino que por el contrario, además de no tener la actual denominación tampoco nace en un campo general de aplicación, sino en el limitado mundo del procedimiento formulario romano.

Una vez que se interponía con éxito la referida excepción, el efecto no era crear una garantía real ni mucho menos dar preferencia al retentor de cobrarse con el producto de la venta de la cosa. La única situación ventajosa para el acreedor era mantenerse en la tenencia de la cosa hasta la total satisfacción de su crédito.

Es por ello -insistimos- que la retención en un principio surge en el ámbito del derecho procesal y más adelante se convierte en una situación que entre otros orígenes reconoce cuestiones de hecho y se traduce en un derecho preexistente al proceso ya que hoy día no hay que esperar un juicio para recurrir a la supuesta garantía que representa el derecho de retención, y hasta entonces hacerlo valer vía excepción.

En Roma el retenedor no tenía los derechos propios que emanan de una garantía real sino que por el contrario tenía la obligación de conservar la cosa hasta el momento de su restitución.

La aplicación más frecuente del derecho de retención en Roma se daba en el ámbito de los poseedores de buena fe que realizaban mejoras

sobre una cosa con la creencia de que era de su propiedad; si bien es cierto que las mejoras voluntarias no eran título para hacer efectiva la retención, limitándose la causa de la retención a las mejoras necesarias y a las útiles.

El maestro Beltrán de Heredia nos refiere algunos casos en los que se concedía el derecho de retención en el derecho romano:

- a.* La concesión de la retención al procurador.
- b.* También en el comodato a favor del comodatario, con el fin de garantizar la satisfacción de lo que podía exigir con la *actio commodati contraria*, es decir, las mejoras necesarias y la indemnización por los daños ocasionados por los vicios de la cosa conocidos por el comodante.
- c.* En materia de depósito por las mejoras necesarias y para el reembolso de los daños sufridos.
- d.* En la compraventa a favor del vendedor hasta el pago del precio.
- e.* En el arrendamiento a favor del arrendatario por las mejoras necesarias que están a cargo del arrendador.
- f.* En el contrato de mandato a favor del mandatario por las expensas realizadas a propósito de la cosa del mandante.
- g.* En el derecho de echazón, los propietarios de las mercancías salvadas deberían contribuir a indemnizar a los propietarios de las mercancías arrojadas y para tal efecto el capitán del barco tenía un derecho de retención sobre las mercancías salvadas.
- h.* En la gestión de negocios el gestor goza de un derecho de retención para el caso de mejoras necesarias y útiles.

A grandes rasgos este es el origen y evolución del derecho de retención en Roma, todo ello así como los casos de procedencia del derecho de retención resultan de la cita de diversos juristas del derecho romano.

Más adelante -con el triunfo del ius naturalismo racionalista- con la codificación nos encontramos con el *código de Napoleón* y todas las legislaciones que en él se inspiraron, las cuales recogen el derecho de retención en casos aislados sin elaborar una teoría general sobre el mismo.

Por lo que toca al derecho castellano, el derecho de retención se regula por vez primera en las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio, en las cuales no se hace otra cosa sino seguir y copiar las opiniones de los juristas romanos.

Como consecuencia de esta recepción, en la actual legislación civil española y en los códigos civiles que nos han regido, el derecho de retención es una institución casuística respecto de la cual no se puede hablar de una teoría general recogida a nivel positivo.

### CONCEPTO DEL DERECHO DE RETENCION.

Etimológicamente los vocablos derecho de retención vienen del latín "ius" : derecho, "tenere" o tener, poseer, sujetar y del sufijo "re" que en unión forman "retinere" que significa retener, conservar, guardar en sí. En otras palabras, etimológicamente la palabra retener se refiere a "la facultad para conservar la tenencia de una cosa que se encuentra en poder de una persona".

Es más que evidente que el significado literal o etimológico de la palabra retener o retención no nos dice mucho en cuanto a los elementos, estructura y significado legal del derecho de retención. Es esta la labor que realiza la doctrina y en ella encontramos variedad de definiciones, algunas más afortunadas, otras menos, pero a diferencia del punto de vista legal que no se ocupa en lo más mínimo en dar una definición o por lo menos idea general de lo que es el derecho de retención.

Algunas de las definiciones en cuestión son las siguientes:

A) *"Derecho en virtud del cual, el que tiene una cosa que debe a otro, esta por ley autorizado para detenerla en su poder mientras que por el acreedor a su entrega no le sea satisfecha o asegurada al primero una deuda causada en relación con la misma cosa -creditum cum re junctum-". (2)*

Así lo define el magistrado Doctor Gustavo Fajardo Pinzón, catedrático de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá Colombia.

( Más adelante al tratar la parte relativa a la estructura y presupuestos del derecho de retención tendremos los elementos necesarios para determinar si esta y las definiciones más adelante expuestas cubren o abarcan a aquellos, por el momento solo haremos algunos comentarios)

No diferimos de esta definición, sino por el contrario creemos que de manera sencilla y clara conceptualiza lo que es el derecho de retención en nuestra legislación civil vigente. Cabe destacar, que el autor citado habla de una autorización de ley, lo que nos hace pensar si no se podría constituir el derecho de retención por la voluntad o convenio de las partes en un contrato determinado. La doctrina en relación a este problema se divide en dos posturas:

La primera considera que la única fuente del derecho de retención es la ley, pero no dan argumento alguno que sea del todo convincente, ya que se limitan a señalar que es la ley la que -aún de manera insuficiente- lo otorga a algún contratante ante el incumplimiento de su cocontratante; otros autores señalan que el derecho de retención puede nacer de la voluntad de las partes máxime el principio de la autonomía de la voluntad de las partes contratantes y que al no existir restricción legal alguna es posible que en un contrato dos sujetos convengan el derecho de retención.

La crítica que se puede y debe hacer a ambas posturas es que pretendan radicalizar, pero nosotros nos inclinamos por una posición intermedia ya que en la actual regulación legal -insuficiente por cierto- es más que evidente que el derecho de retención solo se contempla en algunos casos concretos que en capítulos posteriores analizaremos, lo cual no impide

que las partes -en aquellos casos en que la ley no lo otorga- pacten que alguno de ellos retenga un bien o cosa que tenga en su poder en virtud del contrato de que se trate, pero la situación sería la misma que en los casos autorizados expresamente por la ley.

¿Cuál sería la utilidad práctica?

Solamente ejercer presión en contra del deudor para que este cumpla con la o las obligaciones a su cargo derivadas del contrato de que se trate. La única utilidad del pacto por el que se autorice al cocontratante a retener un bien sería el que este no realizara una conducta

En pocas palabras, nos parece correcta la definición ya que -repetimos- contempla la regulación actual del derecho de retención ya que la ley se limita a *autorizar* la retención y solamente en los casos concretos en los que se considera necesario por el legislador.

*B) "El derecho de retención es el derecho de rehusar la entrega de una cosa que poseemos por otro, hasta ser pagados por aquel a quien la cosa pertenece o le es debida, de una obligación de que nos es deudor por razón de esa misma cosa" (3)*

Definición que es expuesta por el maestro Vélez Sarsfield, autor de derecho argentino y respecto a la cual deben tenerse por hechos los mismos comentarios que se hicieron a la anterior, con las salvedades de que aquí no se menciona la autorización de ley,

( dando cabida a la voluntad de las partes) ni tampoco se menciona que basta con que se tenga por asegurada la deuda que da origen al derecho de retención.

C) *"Es un recurso para obligar al deudor a ejecutar la obligación contraída; es un medio de vincular la cosa ajena al cumplimiento de la obligación relativa a esa misma cosa"* (4)

Definición que se maneja por Jorge Eugenio Castañeda en la Revista de Derecho y Ciencias Políticas de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Marcos, Lima Perú; completando este mismo autor su definición con un comentario que en si mismo por su profundidad nos atrevemos a calificar de definición: *"Se trata de la conservación de la posesión del bien que pertenece a otra persona, en tanto ella nos pague lo que nos debe por razón del mismo bien"* (5)

Las críticas que se pueden hacer a esta definición son meramente terminológicas ya que el autor utiliza la palabra recurso dándole al derecho de retención un matiz procesal que en si mismo no tiene. Y tal vez lo más desafortunado es el termino *...obligar al deudor...*, ya en el capítulo primero referimos lo que era la obligación y sus elementos y creemos que es más que evidente que el derecho de retención no implica una nueva obligación para el deudor retenido, por el contrario la obligación o deuda son preexistentes y en si mismas son lo que motivan el derecho de retención, pero este no es una obligación adicional a cargo del deudor ya que el cumplimiento de la obligación que lo origina se dara independientemente de la existencia o no del derecho de retención, es más, el derecho de retención no es una garantía real ni mucho menos, tampoco es un contrato como el de hipoteca o el de prenda y por tanto no genera obligaciones a cargo del deudor que no sean las propias del vínculo que originó la retención.

Es por esta razón que no apoyamos esta definición, no corriendo la misma suerte la segunda definición dada por el referido autor ya que conceptualiza el derecho de retención tal cual lo que es: *La autorización que da la ley para que se presione al deudor en orden al cumplimiento de la obligación a su cargo y a lo único que nos autoriza este derecho es a mantener en nuestro poder una cosa que ya detentábamos como consecuencia de la misma relación o el mismo supuesto jurídico que ahora da lugar o nacimiento al multicitado derecho de retención.*

1) Alfonso García Orozco, abogado costarricense define al derecho de retención en la Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales de San José de Costa Rica de la siguiente manera: *"El derecho de retención es aquel en virtud del cual una persona se abstiene de entregar una cosa que esta en su poder, de manera directa o indirecta, y que le sirve de garantía para hacerse el pago de lo que se le adeuda en caso de no hacerlo el deudor, por haber faltado éste al cumplimiento de sus obligaciones"*

(6)

Esta definición adolece de un defecto: señala que el derecho de retención es una garantía para hacerse el pago. Esto en nuestra legislación es inconcebible ya que en primer lugar el derecho de retención no es una garantía efectiva sino una autorización para conservar un bien como medio de presión sobre nuestro deudor y en segundo lugar las únicas garantías - verdaderas garantías- que al descansar sobre un bien y ante el incumplimiento de la obligación principal dan lugar a la realización de las mismas para con el producto pagar al acreedor. Son la prenda y la hipoteca.

E) Bonnecase define el derecho de retención diciendo: "*Un derecho por virtud del cual una persona que posee o que detenta una cosa perteneciente a otra, esta autorizada para conservarla o retenerla en su posesión o detentación hasta que su propietario le pague lo que le deba con motivo de ella*" (7)

F) Planiol señala: "*Hay casos en que un acreedor, que detenta una cosa perteneciente a su deudor, puede negarse a devolverla mientras no haya sido pagado, aunque esta cosa no se le haya dado en prenda: se dice entonces que el acreedor tiene el derecho de retención.*" (8)

G) Castán Tobeñas define al derecho de retención así: "*El derecho de retención es garantía concedida por la ley a ciertos acreedores, que consiste en la facultad que estos tienen de retener la cosa del deudor, de que ya se encuentran en legítima posesión, hasta que sean satisfechos de ciertos créditos relacionados con la cosa misma.*" (9)

Lo único que nos preguntamos con esta definición es hasta que punto el derecho de retención es una garantía.

El maestro Juan Palomar de Miguel define a la garantía como la "*acción y efecto de afianzar lo estipulado, protegiendo y asegurando contra algún riesgo o necesidad...*" (10)

Es nuestra opinión el considerar que el derecho de retención no es una garantía ya que no esta protegiendo al acreedor retenedor del

incumplimiento de la obligación supuestamente garantizada ya que si así fuera al momento de incumplirse la obligación que origina el derecho de retención, el titular de este podría iniciar un procedimiento preestablecido para lograr la realización del bien y con el producto cobrarse. Esto no es lo que sucede con el derecho de retención -por lo menos en nuestra legislación- y por más que busquemos una seguridad efectiva en el susodicho derecho no la encontramos; así pues si le queremos llamar garantía tendrá que ser en el sentido más mediato e indirecto, ya que por la definición expuesta por el autor antes citado no es tal.

Es por todos nosotros sabido el que nuestro código civil vigente no define lo que es el derecho de retención, mucho menos lo regula de manera sistemática en un solo apartado, sino que por el contrario el legislador se conformó con dar algunas pinceladas de casos en los que operaría el derecho de retención. Lo lógico sería que la comisión redactora de nuestro actual código civil en la exposición de motivos del mismo algo dijera, pero desafortunadamente no es así. En el capítulo respectivo veremos el tratamiento que se le da al derecho de retención en el derecho comparado.

En relación a autores nacionales no encontramos a ninguno que haga un estudio exhaustivo, sino por el contrario y al igual que el legislador se limitan a comentarlo en los casos en los que la ley lo autoriza, y por si fuera poco quienes se atreven a definirlo lo hacen de una manera poco afortunada; así por ejemplo Gutiérrez y González lo define diciendo que es "*La facultad que la ley otorga al acreedor, víctima de un hecho ilícito o no, para conservar, hasta que el deudor cumpla su prestación, un bien que posee,*

*propiedad de éste, y el cual no entregó al acreedor en garantía del cumplimiento de su obligación." (11)*

Creemos que es más que evidente lo desafortunado de esta definición, los terminos que utiliza el autor no nos parecen los adecuados: *...víctima de un hecho ilícito o no...* el derecho de retención, por lo menos en su regulación actual -si así se le puede llamar- no tiene nada que ver con hechos ilícitos de manera exclusiva.

Tal vez la definición del maestro Bejarano Sánchez nos parezca rescatable: *"La facultad que tiene de resistirse -el autor se refiere al deudor- a devolver una cosa propiedad de su deudor, mientras este no le pague lo que le debe en relación a esa misma cosa" (12)*

La única crítica a esta definición es que habla de una cosa propiedad del deudor cuando el derecho de retención no esta sujeto actualmente a la distinción de si la cosa es o no del deudor retenido.

Finalmente no creemos conveniente dar una definición nuestra del derecho de retención en este apartado, ya que más adelante propondremos cambios en nuestra legislación civil vigente.

## FUNDAMENTO DEL DERECHO DE RETENCION.

Hablar del fundamento del derecho de retención es responder a la pregunta *¿Cuál es la razón de ser, motivo o causa del derecho de retención?*

Existen varias teorías en relación a cual es el Fundamento del derecho de retención:

### *I. LA VOLUNTAD DEL LEGISLADOR O PRESUNTA DE LAS PARTES.*

#### *A. La voluntad del legislador:*

Venegas Rodríguez en su obra Derecho de Retención señala que los autores que sostienen esta corriente *"consideran que el fundamento del derecho en estudio es la ley, como la voluntad expresa del legislador, por lo tanto, explican que este derecho constituye una excepción, un privilegio, y no existe la posibilidad de una interpretación extensiva para aplicarlo a situaciones no previstas en un texto legal, puesto que en caso contrario se desvirtuaría el principio de que nadie puede hacerse justicia por si mismo"* (13)

Las críticas que se han hecho a estas teorías, es que en ninguna parte de nuestra legislación, se prevee de manera expresa o por inducción que el derecho de retención sea una figura excepcional.

Por lo que a nosotros respecta, criticamos esta teoría por calificar al derecho de retención como un privilegio, ya que para que exista un

privilegio debe darse de manera previa una preferencia de ley; así por ejemplo: el que prevalezca el derecho de preferencia de un acreedor hipotecario respecto de otro por las fechas de inscripción de sus derechos en el registro público no es otra cosa sino un privilegio ya que la hipoteca en si misma representa una preferencia. En cambio en el derecho de retención no hay preferencia alguna sino un simple medio de presión.

*B. La voluntad presunta de las partes.*

Estos autores consideran que el derecho de retención obedece a la voluntad presunta del deudor retenido de afectar en retención el bien desde el momento mismo de celebración del contrato, ya que desde un principio el deudor retenido tiene conciencia o intención de dar en posible garantía el bien de incumplir con las obligaciones a su cargo.

Es más que evidente que esta teoría cae por su propio peso ya que no tiene elementos para explicar aquellos casos en que procede el derecho de retención sin que medie una relación contractual, demostrándose con esto que en esos casos el derecho de retención reconoce como única fuente a la ley.

Existen otras posturas doctrinales que más que referirse al fundamento del derecho de retención, buscan la razón de ser del mismo; dichas opiniones son las siguientes:

A. El fundamento del derecho de retención es la conexión existente entre el crédito y la cosa retenida y se dice que existe el derecho de retener siempre que haya una relación entre la cosa y el crédito.

La crítica a esta postura la hace el maestro Beltran de Heredia de la siguiente manera: *"La conexión que ha de existir entre el crédito y la cosa es, evidentemente, un requisito indispensable para que entre en juego el mecanismo de la retención, pero no fundamenta la existencia de este derecho."* (14)

**B. El fundamento del derecho de retención lo encontramos en la excepción de contrato No cumplido.** Esta teoría es del todo desafortunada ya que lo único común entre estas dos instituciones es ser figuras afines, además, sostener este punto de vista implicaría limitar de nueva vez el derecho de retención al mundo de los contratos. Al tocar el tema de las figuras afines del derecho de retención quedará más que clara la inexactitud de esta teoría, baste por ahora precisar que la excepción de contrato no cumplido es eso: una excepción, y por ello se hace valer en juicio, en tanto que el derecho de retención solo en sus orígenes era una institución evidentemente procesal, ya que nace antes de que se de inicio a cualquier juicio sin perjuicio de que se puede pedir su reconocimiento vía excepción pero no bajo el rubro de una excepción de contrato no cumplido.

**C. El derecho Natural.**

Estos autores sostienen que el derecho de retención descansa en el derecho natural ya que es por la propia naturaleza de las cosas el que todos cumplamos con las obligaciones a nuestro cargo y no dejar sin protección al acreedor.

Eugenio Castañeda considera -de manera adecuada- que no es oportuno citar al derecho natural ya que es de tal vaguedad que para cualquier conflicto o situación invoca los mismos razonamientos.

**D. Es un acto de justicia privada.**

No merece comentario alguna esta postura ya que dedicaremos todo un capítulo al hecho de demostrar que el derecho de retención no obedece a un acto de justicia privada y que por ello no significa el regreso a los tiempos anteriores al derecho a la jurisdicción.

**E. La equidad.**

Baudry-Lacantinerie señala que el derecho de retención no es una creación artificiosa de la ley, que esta solo lo ha admitido y regulado, siendo la única razón del legislador el evitar el enriquecimiento sin causa, por ello su fundamento se encuentra en la equidad; *"... A nadie es lícito enriquecerse en perjuicio de tercero, y otro, el hombre tiene derecho, por su propia naturaleza, a todo lo que en virtud de título lícito le pertenece, y en consecuencia de defenderse contra el desconocimiento de sus derechos por parte de los demás hombres, a la par que la sociedad tiene el deber de respetar y hacer respetar lo que a cada individuo corresponde manteniendo a los ciudadanos dentro de una esfera legal, impidiendo se extralimiten e invadan la de los demás..."* (15)

Dentro de esta misma teoría encontramos una segunda vertiente la cual señala que el derecho de retención tiene su fundamento en la equidad,

lo cual tiene como antecedente único y directo el mundo romano, tal y como lo dejamos asentado en la parte relativa a los antecedentes históricos.

Pablo Beltrán, de manera magistral argumenta el por qué lo correcto de esta tesis, de la cual nos mostramos partidarios:

*"...Quien pretende la satisfacción de sus derechos debe cumplir al propio tiempo sus obligaciones. Quien pide la entrega de la cosa, debe abonar los gastos realizados sobre ella. Y esto es por un evidente principio de equidad..." (16)*

Creemos convencidamente que la equidad y no otra cosa es la razón de ser del derecho de retención, ya que esta no solo se presenta en el mundo de los contratos sino prácticamente en todo el derecho, justificando así la procedencia del derecho de retención en algunos institutos extracontractuales.

Ahora bien, esta equidad se aprecia de mejor modo en el mundo de los contratos, donde uno de los principios fundamentales de contratación es la intención de dar desde un principio cumplimiento a nuestras obligaciones, conforme al viejo principio *pacta sunt servanda* (los contratos se hacen para ser cumplidos), de tal suerte que no es concebible ni tolerable el hecho de que una de las partes se desentienda del cumplimiento de sus obligaciones, pero por el contrario, exiga la entrega de una cosa vinculada con la relación jurídica contractual de que se trate. Y es por esto que más adelante propondremos una generalización del derecho de retención para abarcar la totalidad de los contratos como en el caso del derecho peruano por ejemplo.

CONSTITUCIONALIDAD  
DEL  
DERECHO DE RETENCION.

Existen diversos mecanismos para solucionar los conflictos que se presenten entre dos o más sujetos. Por regla general las obligaciones y derechos que surgen entre las personas en virtud ya sea de contratos o convenios o incluso de la misma ley son cumplidas de manera voluntaria por quien esté obligado a prestarlas; de tal suerte, que no sea necesaria la intervención de los tribunales ya que no se ha presentado conflicto alguno. Pero la excepción se da en el incumplimiento en el que incurre alguna de las partes cuando ante el requerimiento de su cocontratante se niega a cumplir la obligación que tiene a su cargo; ante esta situación el perjudicado puede recurrir al Estado en petición de justicia a través de la acción como un derecho subjetivo público.

Francesco Carnelutti fué uno de los primeros autores que formuló un concepto de litigio, entendido como el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y la resistencia del otro. El conflicto de intereses solo se convierte en litigio cuando una persona formula contra otra una pretensión, es decir, exige la subordinación del interes ajeno al interes propio y frente a esa pretensión, la otra parte expresa su resistencia.

El conflicto al que hace referencia el citado procesalista italiano, debe tener una trascendencia jurídica ya que no cualquier pretensión y resistencia entre dos o más personas configura un litigio. Así pues, una controversia de

carácter científica o económica no llamará la atención del derecho en tanto no se ataque el interés o bien jurídicos que se encuentran tutelados por la norma.

Como ya habíamos mencionado, la solución de una controversia se puede dar a través de tres grandes grupos de procedimientos que a saber son: *La autotutela, La autocomposición y La heterocomposición.*

#### A) AUTOTUTELA.

La autotutela o autodefensa consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno. Es, según Alcalá-Zamora en su obra *Proceso, Autocomposición y Autodefensa* un medio de solución egoísta en contraposición a la autocomposición que implica la renuncia a la pretensión propia o a la aceptación de la contraria, por lo que la califica de altruista.

En este medio de solución de controversias predomina una sola voluntad para dar solución al conflicto, de ahí que se le conozca como un instrumento parcial.

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala que ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho, confiriendo además a los particulares el derecho de dirigirse a los tribunales para pedir la administración de justicia. En virtud de este precepto, la autotutela en principio se encuentra prohibida a nivel constitucional y más aún existen diversos preceptos dentro del código penal para el Distrito Federal, que de manera secundaria si bien es cierto que no prohíben la autotutela si es cierto que imponen sanciones a todas aquellas personas que se hacen justicia por sí mismas, tipificándose en estos casos una conducta típica, antijurídica y punible. Así pues, por ejemplo, el artículo 226 del mencionado código penal para el Distrito

Federal a la letra dice: "Al que para hacer efectivo un derecho o pretendido derecho que debe ejercitar, empleare violencia, se le aplicará prisión de tres meses a un año o de treinta a noventa días de multa..." Este artículo basta para señalar de manera taxativa y limitativa que siempre que se use violencia para reclamar o exigir un derecho se comete un delito; de tal forma, que aún en el caso en el que el comprador que ya hubiere pagado el precio y que ya es propietario de la cosa vendida quisiera tomar por propia mano la misma aún encontrándose la misma en poder del vendedor cometería un delito si recurriera al uso de la violencia ante la negativa del vendedor.

De igual manera el arrendador no puede por su propia mano, recurriendo a la violencia, a la amenaza o al engaño, desalojar a su inquilino argumentando la falta de pago de una o más rentas o aún el vencimiento del contrato, ya que de éste supuesto incurriría en el delito de despojo a que se refiere la fracción segunda del artículo 395 del ya citado código penal.

Con lo expuesto anteriormente, se entiende que existe una prohibición de la autotutela, pero es una prohibición que por la propia naturaleza de las cosas sólo lo es como un enunciado o regla general, ya que existen diversas situaciones recogidas en la ley que constituyen verdaderas excepciones a la prohibición general, sin que por ello se ataque al texto constitucional ya que lo que se protege es una situación de emergencia y un derecho que exige su defensa o ejercicio inmediatos, en estos casos pensar en la intervención de los tribunales sería entorpecer o en su caso afectar un derecho.

## B) AUTOCOMPOSICION.

Es un medio de solución parcial, porque proviene de una o ambas partes en conflicto. La autocomposición es unilateral cuando proviene de una de las partes y bilateral cuando tiene su origen en ambas partes. Pero a diferencia de la autodefensa, la autocomposición no consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno, sino por el contrario, en la renuncia a la propia pretensión o en la sumisión a la de la contraparte.

La autocomposición reconoce como especies al *desistimiento*, el *perdón del ofendido*, el *allanamiento* y la *transacción*, teniendo las tres primeras el carácter de unilaterales y la última el de bilateral.

Niceto Alcalá Zamora y Castillo en su libro de Proceso, Autocomposición y Autodefensa, dice que el desistimiento es "la renuncia a la pretensión litigiosa deducida por la parte atacante y en caso de haber promovido ya el proceso, la renuncia a la pretensión formulada por el actor en su demanda o por el demandado en su reconvención."

El artículo 34 del código de procedimientos civiles para el Distrito Federal contempla dos tipos de desistimiento:

1. El desistimiento de la acción, que extingue la misma aún sin consentirlo el demandado y que deja al actor en la imposibilidad de volver a intentar un procedimiento por esa misma causa contra el mismo demandado.
2. El desistimiento de la demanda o de la instancia, que no tiene otra naturaleza -como dice el maestro Ovalle Favela- sino la de una renuncia a los actos dentro del proceso, por lo que deja a salvo la acción intentada para un juicio posterior.

En cuanto al *perdón del ofendido*, solo debemos decir que este se presenta como un acto unilateral en materia penal, mediante el cual, el o los sujetos que resintieron los efectos de un delito que se persigue por querrela, exteriorizan su deseo de ya no sancionar al infractor.

*El allanamiento* es una conducta propia de la parte demandada mediante la cual se somete o acepta la pretensión de la parte actora; en este caso jamás se configuró un litigio ya que no se dió una resistencia por parte del demandado y aunque el juez cita de inmediato a sentencia y la dicta, ésta materialmente no lo es, únicamente es un reconocimiento o aprobación del allanamiento de la parte demandada ( Artículo 274 del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal: "*Cuando el demandado se allane a la demanda en todas sus partes o manifestando el actor su conformidad con la contestación de ella, se citará para sentencia, previa ratificación del escrito correspondiente ante el juez de los autos si se trata de juicio de divorcio...*" )

Por último, por lo que respecta a la *transacción*, dice el artículo 2944 del Código Civil para el Distrito Federal, que es un contrato por el cual las partes, haciéndose recíprocas concesiones, terminan una controversia presente o previenen una futura. Este medio de solución de controversias tiene el carácter de bilateral y la manera más segura de realizarlo es bajo la forma de convenio judicial que es aquel que las partes celebran dentro de un juicio o proceso, con aprobación del juzgador, teniendo la eficacia de cosa juzgada y por ello ante el incumplimiento de cualquiera de las partes basta

solicitar una medida de apremio o iniciar un juicio ejecutivo pero nunca tendrá que iniciarse un nuevo proceso en vía ordinaria.

### C) HETEROCOMPOSICION.

Es un medio de carácter imparcial, ya que la solución del conflicto no se deja a una de las partes sino a un tercero ajeno a ellas.

Como especies de este medio de solución nos encontramos con:

a) *La mediación* (tercero que se limita a propiciar la comunicación y los acuerdos entre las partes);

b) *La conciliación* (consiste en proponer a las partes alternativas de soluciones concretas al conflicto planteado por las partes);

c) *El arbitraje* ( El tercero no se limita a proponer alternativas de solución a las partes, sino que dicta una resolución obligatoria para las partes que se conoce como laudo, en el entendido de que este medio de solución solo es obligatorio si previamente las partes han convenido en el mismo.)

No debemos profundizar en las especies que integran la autocomposición y la heterocomposición ya que el derecho de retención no se ha identificado con estas, sino con la autodefensa o autotutela.

Como ya habíamos señalado el reconocimiento de la autotutela de manera excepcional en algunos casos, obedece a determinadas situaciones de emergencia en las que la intervención de los tribunales haría tardía e

ineficaz la defensa o el ejercicio de un derecho. Por el contrario, en la práctica, se ha considerado al derecho de retención como una forma de autodefensa, autotutela o defensa privada y por tanto violatorio del artículo 17 constitucional. Nosotros diferimos de dicha afirmación y por el contrario consideramos que el texto constitucional sólo prohíbe algunas formas de autotutela y por ello es defendible la constitucionalidad del derecho de retención.

Algunos de los argumentos que sostienen nuestra opinión son los siguientes:

**A.** El derecho de retención presupone la existencia de un derecho de crédito, es decir de una obligación a cargo del acreedor a la entrega de un bien y a favor de la persona que tiene la posesión o tenencia de la cosa.

**B.** El derecho de retención no es producto de una conducta activa del retenedor, sino que además de ser potestativo es resultado de una conducta negativa por parte de quien lo ejerce. Hablar del ejercicio del derecho de retención, no debe interpretarse de manera literal, de tal suerte que al hablar de ejercicio nos referimos más bien a una conducta negativa producto del requerimiento del cocontratante para recuperar el bien y que se materializa en la retención misma.

*El artículo 17 constitucional prohíbe la autotutela o autodefensa en conductas de carácter positivo, es decir, en un hacer por parte de quien se sienta perjudicado y que para reclamar su derecho recurra a la violencia.*

*En el derecho de retención, el retenedor únicamente se niega a devolver una cosa más no realiza actos tendientes a sustraer de su deudor una cosa o bien en garantía de su crédito, lo cual sí sería violatorio del primer párrafo del ya citado precepto constitucional.*

C. El derecho de retención no persigue de manera directa la satisfacción del crédito que tiene a su favor el retenedor, de ahí pues que éste no se haga justicia por sí mismo, ya que justicia sería el cobrarse el crédito mediante la disposición de la cosa. Por tanto, la retención no resuelve ninguna controversia ni tampoco permite al acreedor cobrar su crédito con el valor de dicha cosa; la retención por tanto, es solo un medio conservatorio legal que facilita el embargo, reiterando que solo sería inconstitucional si la pura y simple retención representara un pago para el acreedor.

D. Si el propietario de la cosa retenida no demandare la restitución de la misma, sino que por sí mismo la recobraré, estaría violando el artículo 17 constitucional y la sanción sería producto de la comisión del delito de ejercicio indebido del propio derecho a que se refiere el artículo 226 del Código Penal para el Distrito Federal ya que el objeto directo de su crédito es un dar a cargo del retenedor que se traduce en el pago de una cosa debida, es decir, en la restitución de la misma. Pero también, el interesado en la restitución puede demandar judicialmente la misma, de tal suerte que el retenedor puede oponer una excepción que obligue al juzgador a que en la sentencia respectiva no sólo condene a la restitución de la cosa sino que también a la satisfacción del crédito a favor del retenedor que deberá hacerse con anterioridad a la devolución de la cosa retenida.

Es por ello que el interesado en la restitución de la cosa no queda desprotegido, ya que la conducta del retenedor siempre será evaluada por los tribunales, ya sea como resultado de la promoción del propio interesado o de promoción del retenedor quien pretende exigir el pago de su crédito.

E. El derecho de retención no confiere una preferencia al acreedor para pagarse con el valor de la cosa que posee, a diferencia de lo que sucede por ejemplo en la compraventa a propósito de la falta de pago del precio por parte del comprador, situación que da una preferencia al vendedor de que en caso de concurso sea pagado con el valor del bien siempre y cuando el acreedor haga su reclamación dentro de los 60 días siguientes a la venta.

F. La sentencia en la cual se condene al propietario de la cosa a satisfacer el crédito en favor del retenedor es documento suficiente para iniciar un juicio ejecutivo, siendo título base la sentencia en la que se hubiere condenado a cumplir dicha obligación.

G. Aún en el caso en el que el retenedor sin justa causa y sin precepto legal que le autorice retener un bien propiedad de su cocontratante lo hiciera, no podría este tomar el bien sino que debería de iniciar un juicio de reivindicación de la cosa si es que ya fué privado de la posesión o en su caso, oponer en tiempo los interdictos que logren evitar la desposesión.

*En este sentido de ideas, creemos que es más que evidente que el derecho de retención no violenta el artículo 17 de nuestra Carta Magna. Si por el contrario, consideráramos que cualquier conducta positiva o negativa que tuviere la naturaleza de unilateral, y por esta razón ser una forma de autotutela o autodefensa y por ese sólo hecho no estar permitida, sería tanto como llegar a afirmar absurdos en los que se atacaran de inconstitucionales preceptos tales como:*

\*La legítima defensa que funciona como una réplica o respuesta a un ataque precedente (artículo 15 III del Código Penal).

\*El despido de los trabajadores por los patrones con fundamento en la fracción XXII del apartado A del artículo 123 constitucional, que de manera implícita permite a los patrones el poder despedir a los trabajadores sin tener que seguir un procedimiento previo ante las juntas de conciliación y arbitraje siempre y cuando exista causa legal de la rescisión del contrato o relación de trabajo. Esto no violenta los preceptos de la propia constitución, ni tampoco los artículos relativos de la Ley Federal del Trabajo, ya que el trabajador tiene medios de defensa que se materializan en las acciones de reinstalación y de indemnización a que se refiere la mencionada ley y el propio texto constitucional.

Es evidente que el despido que hace el patron de un empleado es una autotutela, pues a través de dicho despido el patron impone su pretensión en perjuicio del interes del trabajador, ya que decide por si, la rescisión del contrato o de la relación de trabajo.

\* Otro absurdo al que llegaríamos, si se interpretara el artículo 17 constitucional como una forma de prohibición absoluta de la autotutela sería considerar como inconstitucional la facultad disciplinaria que se confiere a la administración pública para imponer por sí misma sanciones administrativas (inhabilitación temporal, amonestación, apercibimiento y suspensión) a los servidores públicos que incumplan con sus obligaciones en terminos del artículo 113 constitucional y 47, 53 y 56 de la ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos; aclarando que dichas sanciones pueden ser impugnadas por parte del sujeto al que se le imponen en terminos de los artículos 70 y 73 de la citada ley.

\* El pacto comisorio expreso, que en caso de incumplimiento, la parte afectada puede declarar unilateralmente la rescisión de la obligación, bastando que lo comunique por escrito a la contraparte. En este supuesto estamos frente a una autotutela autorizada previamente por las partes, pues la rescisión se obtiene no de la decisión de un tercero imparcial -como ocurre cuando es declarada judicialmente-, sino de la determinación de una de las partes que se limita a comunicarla por escrito a la otra.

## NOTAS AL PIE.

- (1) CFR. Beltrán de Heredia de Onís, Pablo. "El Derecho de Retención en el Código Civil Español". Salamanca, España. Universidad de Salamanca, 1955, p.12.
- (2) CFR. "Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario". Bogotá, Colombia. Número 451, marzo-mayo 1960. "Naturaleza del Derecho de Retención". p. 103.
- (3) CFR. "Revista de Derecho y Ciencias Políticas", Universidad Nacional Mayor de San Marcos", Lima, Perú. Año XII número I, 1948. "El Derecho de Retención". p. 3.
- (4) IDEM.
- (5) IDEM.
- (6) CFR. "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales". San José, Costa Rica. Tomo V, enero-octubre 1945. "Derecho de Retención". p. 2.
- (7) CFR. Bonnecase, Julien. "Elementos de Derecho Civil". Tomo III. Editorial J.M. Cajica. Puebla, México. p. 114.
- (8) CFR. Planiol, Marcel. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Volumen III Tomo VI, Editorial Porrúa, México 1948. p. 81.
- (9) CFR. Castan Tobenas, José. "Derecho Civil Español Común y Foral". Tomo III, Derecho de Obligaciones, Duodécima edición. Editorial Reus S.A. Madrid, España. 1978, p. 261.
- (10) CFR. Palomar de Miguel, Juan. "Diccionario para Juristas". Ediciones Mayo, 1981, P.p. 626, 627.
- (11) CFR. Gutiérrez y González, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones". Editorial Cajica (6a. edición), Puebla, México. 1987. p.719.
- (12) CFR. Bejarano Sánchez, Manuel. "Obligaciones Civiles". Editorial Harla (3a. edición), México. 1992. p. 369.
- (13) CFR. Venegas Rodríguez, Ruben. "El Derecho de Retención". Editorial Nacimiento. Chile. 1949. p. 13.
- (14) CFR. Beltrán. Op. Cit. Supra Nota (1) p. 24.
- (15) Citado por Venegas Rodríguez. Op. Cit. Supra Nota (13)
- (16) CFR. Beltrán. Op. Cit. Supra Nota (1) p. 27.

**CAPITULO III**

NATURALEZA JURIDICA DEL DERECHO DE RETENCION  
APLICACION EXTENSIVA DEL DERECHO DE RETENCION

NATURALEZA JURIDICA  
DEL  
DERECHO DE RETENCION.

Hablar de la naturaleza jurídica del derecho de retención implica preguntarnos: ¿Qué tipo de derecho es, personal o real, o es un derecho sui generis?

Ya hemos señalado en el capítulo primero del presente trabajo la diferencia entre derecho personal y derecho real, ahora sólo debe importarnos considerar si el derecho de retención encuadra en la naturaleza de alguno de aquellos.

Existen muy diversas posturas al respecto, y como bien dicen algunos autores, muchas de éstas doctrinas han sido formuladas sólo en el afán de ser originales y con el ánimo de salir de las concepciones genereales.

El problema que nosotros vemos a cada una de éstas tesis es precisamente el querer excluir de manera tajante cualquier otra concepción que no sea relativa al derecho real o personal respecto a la naturaleza jurídica del derecho de retención.

De manera breve y concreta expondremos el contenido de cada una de éstas doctrinas y finalmente precisaremos nuestro punto de vista.

***1. Derecho de retención como derecho especial.***

Aún dentro de ésta postura nos encontramos con muy marcadas opiniones que a saber son:

**a)** El derecho de retención es un *derecho sui generis*, no es un derecho real ni personal ya que tiene naturaleza propia así como plena independencia de aquellos.

Entre otros autores encontramos como partidario de ésta teoría a Aubry et Rau.

Para algunos, ésta teoría más que analizar y concluir sobre la naturaleza jurídica del derecho de retención sólo evade el problema ya que consideran que el decir que algo es sui génerois es no decir nada. Más adelante haremos ver la imprecisión de ésta crítica.

**b)** El derecho de retención es un *derecho potestativo*.

Afirmando éstos autores que se le considera derecho potestativo, no sólo en cuanto a su ejercicio, sino en cuanto a que no tiene caracteres de derecho real ni de derecho personal. Rompen pues, con la tradicional distinción de los derechos en reales y personales.

A ésta teoría se le hace exactamente la misma crítica que a la anterior.

**c)** El derecho de retención es un *derecho real-obligatorio*.

Estos autores sostienen que el derecho de retención no es un derecho real ni un derecho personal sino que es más bien una mezcla de ambos derechos.

La crítica a ésta teoría (crítica que apoyamos) la hace de manera clara, terminante y sencilla el maestro Beltrán de Heredia de la siguiente forma: "...Hablar de la existencia de un *derecho real obligatorio* es una incongruencia manifiesta. La expresión *derecho real obligatorio* contiene dos términos antitéticos que se excluyen y repelen mutuamente. Si se

*admittiera la existencia de ésta figura híbrida, la cosa retenida sería deudora..." (1)*

Es entendible la crítica del multicitado autor, ya que una institución no puede tener a un mismo tiempo dos o más naturalezas jurídicas, o es derecho real o es derecho personal pero no ambos.

Dentro de ésta corriente encontramos diversas posiciones que a saber son:

c.1) Es un derecho personal o real según la materia a que se refiera. Entre otros autores, Vivante sostiene que será derecho personal cuando se vincula con relaciones civiles y real cuando se refiera a relaciones comerciales.

Esta es una clara muestra de que existen algunos autores que sin bases técnicas ni jurídicas exponen una teoría por el sólo hecho de ser originales, ya que por más que buscamos razón de ser a ésta postura no la encontramos, máxime que tanto el derecho civil y el mercantil forman parte de un sólo bloque que es el derecho privado, además que varias instituciones civiles son reguladas también a la luz de la legislación mercantil, siendo la diferencia entre ambas regulaciones el carácter general o especial de las mismas.

c.2) En general es un derecho personal, pero excepcionalmente es un derecho real.

Estos autores sostienen de manera imprecisa que cuando el derecho de retención emane o se vincule con un derecho real deberá tener tal naturaleza y cuando emane de un derecho meramente personal deberá tener el carácter de personal.

La misma crítica que hicimos a la teoría anterior es aplicable a ésta, es decir, no encontramos argumentos o fundamentos técnico-jurídicos para sostener tales afirmaciones. Más bien, se desentienden del problema.

c.3) Es un derecho personal o real según el objeto.

Estos autores afirman que si el derecho de retención se refiere a cosas muebles tiene el carácter de real y si se refiere a bienes inmuebles tendrá el carácter de derecho personal.

Creemos que es mejor no hacer siquiera un comentario sobre ésta teoría, ya que apenas tiene relevancia el que la retención recaiga sobre bienes muebles o inmuebles para que con base en ello varíe su naturaleza jurídica.

## ***II. El derecho de retención como derecho real.***

En ésta escuela sí encontramos uniformidad de criterios siendo los más relevantes los siguientes:

1. Es el derecho de retención una relación directa e inmediata entre el titular y la cosa, situación que se despliega en el hecho de tener la misma.

A primera vista pareciera que ésta tesis es correcta ya que la nota principal del derecho real es el poder o señorío directo sobre las cosas. Más adelante criticaremos éstas teorías.

2. La retención es un derecho real por que es oponible a terceros. Se argumenta que el derecho de retención es oponible también a los herederos del deudor. Situación que a nuestro parecer no autoriza para darle el carácter de derecho real ya que al fallecimiento de una persona los herederos son causahabientes de la misma respecto de las operaciones pendientes, y si

como consecuencia de la muerte de una persona se transmiten las deudas también ha de continuar el derecho de retención.

Es por ello que nosotros creemos que éste no es argumento para darle el carácter de derecho real a la retención.

3. Salvat y Jacob consideran que la naturaleza jurídica del derecho de retención es la de un derecho real no sólo porque en virtud de él se establece una relación directa e inmediata entre el retenedor y la cosa retenida sino también porque el derecho de retención puede ser invocado erga omnes, señalan éstos autores que el derecho de persecución y de preferencia de éste derecho no opera como en otros derechos reales tales como la prenda e hipoteca. Esta misma postura la sostienen Guilloard y Medeiros Da Fonseca según refiere el jurista peruano Jorge Eugenio Castañeda.

Por lo que toca a ésta postura doctrinal, debemos advertir que conforme a nuestra legislación civil vigente no es aceptable ya que la misma no lo regula ni considera como derecho real. El problema es que ésta corriente considera que es oponible a todo el mundo -nota propia de los derechos reales-, pero nosotros nos preguntamos: ¿Acaso no puede el deudor retenido vender o transmitir la propiedad de la cosa retenida privando de la posesión al acreedor retenedor y con ello rompiendo la supuesta garantía que representa el derecho de retención ?

La respuesta es afirmativa ( salvo que mediere mala fe del adquirente) ya que consideramos que el deudor podría transmitir la cosa y el adquirente sólo tendría que ejercer la acción reivindicatoria en contra del retenedor para recuperar con ello el bien; ante esta situación, y en el juicio respectivo, el acreedor retenedor no podría negarse a la entrega de la cosa (salvo que demostrare mala fe y contubernio entre el deudor-vendedor y el comprador

que pretende reivindicar), quedando por tanto en una situación ordinaria de acreedor quirografario, teniendo las vías judiciales expeditas para ejercer su derecho de acción y demandar a su deudor el cumplimiento de la obligación a su cargo, situación que de igual forma debe darse aún cuando el retenedor se encuentre en posesión de la cosa retenida, ya que al no ser una garantía ni derecho real no está autorizado a venderla ni a cobrarse con ella.

Conforme a la legislación civil mexicana el acreedor retenedor al momento de retener un bien ante el incumplimiento de la obligación de su deudor puede iniciar el procedimiento civil ordinario para exigir el cobro de su crédito y la sentencia se limitará a declarar la procedencia o no de la retención, condenando además -en un sentido dual- al deudor demandado para que éste en un plazo de cumplimiento a la obligación a su cargo y a su vez el acreedor-retenedor tenga por reconocida la retención que viene realizando -si es que se adecúa a la hipótesis normativa- reconociéndose a sí mismo la obligación de restituir la cosa cuando se satisfaga su crédito.

Es nuestra opinión, que el derecho de retención no puede ser creado mediante una resolución judicial, aún cuando medie la pretensión de un actor ya que la sentencia del juez carecería de fundamentación siendo evidentemente inconstitucional por violar el artículo 16 de nuestra Constitución en perjuicio del deudor retenido, y porque además la retención opera -por lo menos actualmente- como una excepción y las excepciones se deben ceñir a la letra de la ley y a los casos que esta contempla en términos del artículo decimo primero del Código Civil para el Distrito Federal.

El maestro Beltrán de Heredia -autor que hemos venido siguiendo- critica a éstas teorías en base a los siguientes argumentos:

*"Se dice por los defensores del carácter real de la retención que, en éste se dá una relación directa e inmediata del titular con la cosa y, siendo ésta inmediatidad un carácter esencial y típico del derecho real, aquél derecho había de tener ésta estructura. El poder directo e inmediato del titular con la cosa, como criterio distintivo de los derechos reales, es un poder ideal o jurídico que no debe llevarse a sus últimos extremos y sentar que éste carácter implica una relación directa e inmediata en el sentido de contacto físico con la cosa. El ladrón y el usurpador ostenta un poder inmediato sobre la cosa robada y no por ello puede decirse que tiene un derecho real sobre ella. El arrendatario se encuentra en inmediata relación con la cosa arrendada y su derecho sobre ella, pese a su inscribibilidad en el Registro de la Propiedad... es un derecho personal..."*

(2)

*"Aún siendo la oponibilidad a terceros uno de los caracteres normales del derecho real, no por ello se puede razonar a contrario sensu y decir que todo derecho oponible a terceros es derecho real. Oponible a terceros es el arrendamiento, que siendo un derecho personal, puede oponerse al comprador de la finca arrendada".* (3)

### **III. Derecho de retención como derecho personal o de crédito.**

Laurent, Lafaille y Bibiloni consideran que el derecho de retención es personal, que sólo produce efectos contra el deudor y sus sucesores universales y que carece del derecho de persecución.

Nosotros diferimos de ésta postura ya que es incorrecto querer ver en el derecho de retención un derecho personal so pretexto de que hay una

relación o vínculo entre el retenedor y el deudor. El derecho de retención no se llama derecho por entrañar la facultad de un sujeto activo llamado acreedor de exigir a un sujeto pasivo llamado deudor un dar, hacer o un no hacer (idea de derecho de crédito), sino que se le denomina derecho en un sentido amplio, es decir: *la posibilidad o facultad de retener*.

Además, no puede ser considerado un derecho personal ya que en sí mismo no tiene autonomía sino que por el contrario está sujeto a la deuda que el deudor retenido tiene para con el acreedor retenedor, es éste vínculo y no el derecho de retención el que tiene el carácter de derecho personal, ya que de no existir éste -insistimos- no tendría razón de ser el derecho de retención.

Es más, consideramos que el derecho de retención no faculta al titular del mismo a exigir un dar, a hacer o no hacer; lo que lo faculta a exigir cualquiera de las prestaciones o abstención señalada es el vínculo jurídico que integra la obligación. El derecho de retención no concede más atributos que la tenencia de la cosa. El retenedor no podrá usarla ni obtener ningún aprovechamiento de la misma.

El maestro Beltrán de Heredia defiende la postura que otorga al derecho de retención el carácter de personal, argumentando que al no tener el derecho de retención el carácter de derecho real por exclusión debe identificársele con el derecho personal.

No apoyamos en lo más mínimo la opinión de tan ilustre jurista, ya que un tema tan delicado como lo es la naturaleza jurídica de una institución no puede confiarse a criterios negativos o de exclusión.

#### ***IV. Facultad específica.***

Bonnecase no se inclina por considerar al derecho de retención como personal o real, sino solamente afirma que el retenedor es un acreedor que tiene una facultad específica "la de retener".

#### **NUESTRA OPINION:**

Consideramos que debemos distinguir entre la regulación del derecho de retención en la legislación civil positiva mexicana y un aspecto propositivo.

1. Por lo que toca a nuestra legislación civil vigente, afirmamos que el derecho de retención no es un derecho real ya que carece de la facultad de persecución característica de los derechos reales, lo que lo hace una cuasigarantía primitiva (por llamarlo así).

2. El derecho de retención se extingue por la pérdida de la tenencia de la cosa y el retenedor no tiene una acción especial para obtenerla restitución real de la cosa.

3. El retenedor tampoco está provisto de un derecho de preferencia, la retención en sí misma no da ninguna preferencia, sino únicamente una ventaja material para facilitar un embargo sobre el bien de que se trate; en el entendido, de que el derecho de retención jamás da lugar a un embargo sino únicamente un título ejecutivo o una sentencia o una sentencia al promoverse ante el juez un incidente de liquidación de sentencia; pero esto no depende de la retención sino del crédito que antecede a la misma.

4. Por lo que toca al carácter de derecho personal que algunos autores le pretenden atribuir al derecho de retención nos oponemos rotundamente, ya que el derecho de retención no incrementa el patrimonio del titular y en cambio los derechos de crédito si lo hacen dado su contenido económico ( cuestiones que quedaron expuestas en el capítulo primero de la presente tesis)

Adeinás, si en realidad fuera un derecho personal existiría la correlativa obligación o deuda a cargo del deudor retenido, lo cual no sucede, y si le llamamos deudor retenido no es porque tenga ese carácter por el derecho de retención sino por la deuda u obligación que generó la retención.

El derecho de retención debe ser distinguido de su fundamento que es el derecho personal, se concede la facultad de retener al que ya es acreedor, más no se le da el estatus de acreedor al que retiene.

Todo esto se puede resumir en una frase del maestro Bejarano Sánchez: "*... es un derecho accesorio, que ayuda a hacer efectivo un derecho de crédito; carece de la fuerza y efectividad de un derecho real como la prenda y la hipoteca...*" (4)

En pocas palabras: *Sin lugar a dudas el derecho de retención en México no tiene el carácter de derecho real (el legislador no reconoce la oponibilidad erga omnes) o personal sino únicamente de derecho, es decir, de una facultad de retener y que se traduce únicamente en el resistirse a devolver la casa en tanto no sea cubierto o garantizado de manera suficiente su crédito.*

*El derecho de retención no tiene el carácter ni de derecho real ni de derecho personal sino que por el contrario creemos que es un derecho especial y de carácter facultativo. Criticamos a aquellos autores que pretenden ver como pobre este criterio sobretodo de que forzosamente debe catalogarse al derecho de retención como un derecho real o como un derecho personal, siendo que no le es propio al derecho de retención uno u otro carácter sino más bien al crédito que le da origen a la retención. Es decir, el crédito que a nivel contractual o extracontractual justifica la retención es el que debe ser calificado de derecho personal pero el derecho de retención es eso, un simple derecho o facultad potestativa tal y como en el apartado respectivo lo definimos.*

En este sentido el maestro José Castan Tobeñas se pronuncia al afirmar: "... ha hecho, sobre todo, surgir muchas dudas entre nosotros la circunstancia de que el código civil habla en ciertos casos de retener en prenda... lo que a juicio de algunos autores, significa que el derecho de retención, en tales casos, concede algo más que la simple facultad de no entregar la cosa que, de no existir ese derecho de prenda que debe surtir los efectos propios de esta figura jurídica, entre ellos el del privilegio o preferencia... creemos que no hay que dar esa trascendencia a la terminología imprecisa de nuestro código civil y que ni el derecho de retención es en el derecho español un derecho real, ni confiere a su titular facultades de persecución ni de preferencia..." (5)

Es pues -reiteramos- nuestra opinión el considerar que el derecho de retención, es un derecho con naturaleza propia que no faculta al titular a

*nada más sino únicamente el detentar o retener la cosa objeto de la retención.*

Por lo tanto, creemos que el carácter de personal solo le es propio al crédito base de la retención.

Ahora bien, conforme a la regulación actual del derecho de retención cabe hacernos dos preguntas: la primera de ellas es: ¿El derecho de retención es oponible erga omnes?

Angel López y López en su libro "Retención y Mandato" cita a una autora italiana que señala lo siguiente en respuesta a la pregunta antes formulada:

"...Según Franca Semiani-Bignardi... ni la enajenación a título singular de la cosa retenida, ni la ejecución sobre ella llevada por otros acreedores del mismo deudor (acreedor a la entrega, acreedor retenido) afectan al titular de la retentio, el cual sigue gozando de la facultad de tener y mantener bajo su mediata señoría la cosa, hasta la completa satisfacción del crédito con ella conexo..." (6)

López y López refuta - y con razón nos parece- esta teoría señalando que hay una confusión en aquellos que hablan de una retención privilegiada, pues cuando el que retiene una determinada cosa por motivo de un crédito se le concede un derecho de preferencia sobre la misma para satisfacer su crédito, no se debe ver en esa situación una cualidad del derecho de retención, porque el susodicho derecho no es la causa de la preferencia sino la ley misma, independientemente de que se hubiera otorgado o no el derecho de retención.

Esto lo podemos observar en nuestra legislación a propósito de la preferencia otorgada al vendedor que no ha recibido el pago del precio.

Con lo expuesto, reforzamos nuestra postura en el sentido de que el derecho de retención *no es un derecho real por carecer de los elementos típicos del derecho real, que a saber son: el uso, disfrute y disposición*, como en el caso de la propiedad o cualquier combinación que daría lugar a desmembramientos de la propiedad; tampoco encontramos en el derecho de

retención -en su regulación actual- el principio de ejecución propio de las garantías reales tales como la prenda y la hipoteca.

APLICACION EXTENSIVA  
DEL  
DERECHO DE RETENCION.

Según lo dicho, a propósito de la naturaleza jurídica del derecho de retención, es tiempo de preguntarnos si conforme a la regulación actual del derecho de retención éste se ha de conceder únicamente en los casos en los que la ley lo otorga de manera expresa.

Como era esperado, encontramos dos teorías opuestas: Una la restrictiva y otra extensiva o analógica.

En virtud de la primer teoría el derecho de retención sólo se puede aplicar en los casos que la ley de manera clara y taxativa señala. Conforme a la segunda teoría el derecho de retención ha de otorgarse en aquellos casos en los que independientemente de que el ordenamiento legal lo otorgue o no se dá en las mismas condiciones o presupuestos para el nacimiento del mencionado derecho.

***I. Teoría Restrictiva.***

Los partidarios de ésta teoría señalan que en ningún ordenamiento legal antiguo o moderno se ha otorgado o regulado el derecho de retención de manera general, y por tanto éste derecho sólo se entiende en una concesión expresa de ley en virtud de ser un beneficio excepcional. Es una excepción a la inmediata devolución de la cosa ajena.

En apoyo de éste criterio se dictó una sentencia por parte del Tribunal Superior de Justicia Español de fecha 24 de junio de 1941 (por cierto,

señalan algunos autores que ésta ha sido la única vez en que se han encargado de hablar de la referida cuestión), *en la que se dijo que la retención se dá aisladamente, sin que sea lícito autorizar una extensión interpretativa.*

## **II. Teoría Extensiva.**

Los partidarios de ésta teoría afirman que es posible la aplicación extensiva del derecho de retención a casos no previstos en la norma ya que si bien es cierto que el legislador no se ha ocupado de regular el mencionado derecho de manera general, también es cierto, que no encontramos una norma que constituya una prohibición a su aplicación analógica.

Es nuestra opinión, el considerar que éste argumento es poco convincente ya que no siempre debemos aplicar el principio de que lo no prohibido está permitido y mucho menos en un instituto respecto del cual es muy discutida su constitucionalidad (véase el capítulo respectivo). Es la propia naturaleza de la retención la que le dá el carácter de especial, al ser un derecho especial, y no la voluntad del legislador únicamente.

Estos autores sostienen (en una crítica a la postura anterior) que la retención no es una excepción a la inmediata devolución de una cosa debida, ya que dicha obligación sólo puede estar a cargo de quien teniendo obligación de hacerlo carece de un medio legal para negarse.

Además, señalan éstos autores que

*"...si es odiosa la posición de quien, sin negarse a cumplir sus obligaciones, pide que se le satisfagan sus derechos, ¿Cómo calificar la actitud de quien exige la realización de sus derechos sin querer cumplir sus obligaciones?..." (7)*

Es oportuno precisar que dentro de ésta corriente encontramos diversas teorías con diversos fundamentos a favor de la aplicación extensiva del derecho de retención, que a saber son:

a) Se ha de conferir al juez la facultad de conceder la retención, fuera de los casos previstos en la ley.

La crítica inmediata a ésta teoría es que resulta descabellado al juez conferir dicho derecho de manera discrecional en los casos no permitidos en la ley, ya que los jueces interpretan y aplican la ley, más no la crean.

b) Una segunda teoría fundamenta la aplicación analógica de la retención en la presunta voluntad de las partes.

Al hablar sobre el fundamento del derecho de retención en el apartado respectivo dejamos clara la insuficiencia de ésta teoría, más aún que no justificaría la existencia del derecho de retención en figuras extracontractuales, además de que no tiene argumento jurídico alguno y soporte suficiente para autorizar una aplicación general del derecho de retención.

c) Una tercer teoría señala que el fundamento de la aplicación extensiva del derecho de retención es la conexión entre el crédito y la cosa.

En nuestra opinión, es cierta la afirmación de ésta tesis pero sólo predica una verdad aislada. Y decimos aislada porque si bien es cierto que al hablar de retención tiene que haber conexión no es porque ésta sea el fundamento de la aplicación analógica sino porque es un requisito indispensable de la retención.

En pocas palabras ésta teoría dice que debe otorgarse el derecho de retención siempre que el retentor ostente un crédito en contra de su deudor y exista una conexión.

d) Una última teoría, sostenida por el maestro Beltrán de Heredia, se inclina a favor de la aplicación extensiva de la retención en base a las siguientes ideas o principios:

*"... El fundamento cierto del derecho de retención es la equidad..., prevalece y domina en materia de retención el principio de equidad natural, el cual, si no se basa exclusivamente sobre la voluntad del legislador, plasmada en el derecho positivo, surge y se concreta siempre que el crédito del poseedor sea conexo a la obligación de devolver la cosa..." (8)*

#### **NUESTRA OPINION:**

Todas las teorías expuestas son ciertas, es decir, no expresan ideas ajenas a los principios rectores del derecho de retención, pero el problema de las mismas, es que no exponen ideas sobre el verdadero problema que es determinar la procedencia o improcedencia del derecho de retención.

Consideramos que el derecho de retención tal y como está regulado en nuestro Código Civil vigente sólo debe aplicarse y reconocerse en los casos expresamente contemplados en la ley. Las razones en las que nos apoyamos son las siguientes:

a. Desde el origen del derecho de retención éste no se reguló de manera general, sino que por el contrario siempre se limitó a casos específicos.

b. No es posible concebir el hecho de que el juzgador pueda so pretexto de recurrir a los principios generales del derecho y entre ellos a la analogía, hacer nacer un derecho de retención en favor de una persona que tenga a su favor un crédito ya que dicha actuación sería inconstitucional, carente de

fundamentación y motivación y por tanto una violación flagrante al artículo 16 constitucional.

El derecho de retención aún con una naturaleza propia y especial, constituye una verdadera excepción a la obligación que se tiene de devolver una cosa y por tanto debe limitarse a los casos contemplados en ley, en términos de lo dispuesto por el artículo 11 de nuestro Código Civil vigente.

Es oportuno señalar que nos pronunciamos a favor de la aplicación extensiva del derecho de retención conforme a nuestra legislación actual, más no manifestamos nuestra conformidad con la misma sino que por el contrario proponemos una regulación general del derecho de retención, lo cual terminaría con éstos conflictos teórico-prácticos.

c. Las razones de equidad a las cuales recurren los partidarios de las tesis extensivas no son fundamento para permitir una aplicación analógica del derecho de retención, sino que más bien, son su fundamentación pero en los casos ya contemplados en la ley.

Recordemos el principio de que Dura Ley es Ley, por tanto, si toda norma tuviera que estar apoyada en la equidad o en los principios del derecho natural, muy pocas normas serían ley y por tanto obligatorias. So pretexto de la equidad fácilmente recurriríamos a una declaración judicial para desentendernos del cumplimiento de nuestras obligaciones.

En conclusión consideramos que ver en la equidad una razón para la aplicación extensiva del derecho de retención es una imprecisión absoluta, y tal y como se encuentra regulado el derecho de retención en nuestra legislación civil vigente *sólo procede en los casos en los que de manera*

*expresa la ley lo concede, de lo contrario daríamos lugar a una actuación inconstitucional por parte de nuestros juzgadores.*

Además, el hecho de que nuestra legislación civil en sus disposiciones generales autorice a los jueces para resolver conforme a los principios generales del derecho, o más aún, les obligue a resolver toda controversia que se les presente aún cuando no haya norma exacta aplicable al caso, no les autoriza para legislar, porque al otorgar de manera discrecional el derecho de retención estarían legislando, es decir, creando una institución en una relación o vínculo que por ley no tiene reconocimiento.

Los artículos 18 y 19 de nuestro Código Civil vigente, no son la base en lo más mínimo para que el derecho de retención tenga una existencia general. Dichos preceptos deben interpretarse de la siguiente manera:

Los artículos 18 y 19 hablan de manera clara de una controversia previa, si no hay controversia dichos preceptos no tienen razón de ser.

En el caso de que una persona como actor, demanda ante un tribunal que se le otorgue el derecho de retención o se excepciona pidiendo el otorgamiento de una retención, para no devolver una cosa y así presionar a su deudor, no hay controversia en esas acciones o excepciones, de hecho no las hay a menos que se reconozca dicho derecho en ley; la verdadera controversia (y por tanto el único ámbito de aplicación de los multicitados artículos), es el incumplimiento de las obligaciones a cargo de las partes y solamente aquél juez puede recurrir a la analogía o a los principios generales del derecho para determinar por ejemplo: lugares de entrega, tiempos de pago, etcétera. El derecho de retención no es una controversia.

*Por tanto, el juez no puede crear el derecho de retención, sino únicamente reconocer su procedencia en los casos expresos de ley.*

## NOTAS AL PIE.

- (1) CFR. Beltrán de Heredia de Onis, Pablo. "El Derecho de Retención en el Código Civil Español", Salamanca, España. Universidad de Salamanca, 1955. p. 12.
- (2) IBIDEM. p. 37.
- (3) IBIDEM. p. 39.
- (4) CFR. Bejarano Sánchez, Manuel. "Obligaciones Civiles", Editorial Harla (3a. edición). México, 1992. p. 376.
- (5) CFR. Castan Tobeñas, José. "Derecho Civil Español Común y Foral". Tomo III, Derecho de Obligaciones, Duodécima edición. Editorial Reus S.A. Madrid, España, 1978, p. 264.
- (6) CFR. López y López, Angel. "Retención y Mandato", Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1976. p. 53.
- (7) CFR. Beltrán. Op. Cit. Supra Nota (1) p.51.
- (8) IBIDEM. P.p. 54, 55.

**CAPITULO IV**

CARACTERES DEL DERECHO DE RETENCION.

FIGURAS AFINES

REQUISITOS O ELEMENTOS

OBJETO DEL DERECHO DE RETENCION

EFFECTOS DEL DERECHO DE RETENCION

EXTINCION DEL DERECHO DE RETENCION

### CARACTERES DEL DERECHO DE RETENCION.

A. Es un derecho *accesorio*. Este carácter es consecuencia inmediata de la preexistencia de un crédito. El derecho de retención se otorga por ley en orden a asegurar (de una manera negativa y por tanto muy peculiar) el cumplimiento de una obligación principal.

El maestro Jorge Eugenio Castañeda precisa: "...la retención se ejercitara en cuanto baste para satisfacer la deuda que lo motiva y cesará tan luego que el deudor la pague o la asegure... la retención debe estar subordinada al crédito, que es lo principal..." (1)

B. Es un derecho de *garantía*. Esto se demuestra en la finalidad del derecho de retención que es precisamente evitar que el deudor recupere la cosa sin antes haber satisfecho el crédito o en su caso sin antes haberlo garantizado con el consentimiento del acreedor retentor.

Es evidente que aún cuando se presente como un derecho de garantía, no es un derecho *real* como la prenda y la hipoteca que permiten la realización del valor de la cosa, es decir, no otorga el *ius distrahendi*, y por tanto el retentor no tiene una preferencia sobre el valor del bien.

Por tanto, la garantía que la retención otorga es solo la tenencia de la cosa.

C. Es un derecho *indivisible*. Esto significa que el derecho de retención no debe confundirse con el crédito que le sirve de base.

*"Hasta la íntegra satisfacción del crédito, el derecho de retención permanece indivisible conservando toda su potencialidad garantizadora. La cosa está en su totalidad, sujeta a la posesión del acreedor para asegurar su satisfacción..." (2)*

El único problema de la indivisibilidad es que nuestra legislación civil, al no regular al derecho de retención de manera general, no la declara de manera expresa, pero por la propia naturaleza de las cosas, es evidente que poco importa si se debe mucho o poco, basta la existencia de un crédito ya sea en su monto original o en alguna parte insoluta. Lo importante es la existencia del crédito y la conexión del mismo.

Por su parte el Código Civil de Japón dice: *"Artículo 1097. El derecho de retención es indivisible. Puede ejercitarse por todo el crédito o por parte del vigente, y sobre la totalidad de los bienes que estén en posesión del acreedor o uno o varios de ellos"* (3)

D. La retención es un derecho o facultad legal, que se adquiere por ley siempre que se den los requisitos positivos exigidos por ésta. No se requiere para el ejercicio de este derecho una previa autorización judicial, ya que la connotación procesal la tenía pero sólo en un principio a propósito de su gestación en el derecho romano.

E. La mayoría de los autores considera que es propiamente la ley la única causa o fuente del derecho de retención. La voluntad de las partes no puede crear ésta garantía.

Nosotros diferimos de ésta opinión de manera parcial por la siguiente razón: La retención o el derecho de retención tal y como se encuentra regulado hoy

En nuestra legislación civil sólo pueden nacer por ley en los casos expresos de la misma; pero nada impediría que mediante un acuerdo dos sujetos ya sea en virtud de una causa contractual o extracontractual crearan una figura análoga a la retención que permitiera a uno de ellos el retener un bien en tanto no se satisfaga su crédito. El problema sería determinar qué tipo de obligaciones generaría dicho acuerdo; pero esto no es lo interesante, sino más bien determinar *la utilidad o finalidad de esa supuesta retención, ya que si las partes convienen y exteriorizan su consentimiento en el sentido de dar derechos de preferencia y de cobro ante el incumplimiento del crédito garantizado, habría que ver si no se configura una prenda o hipoteca, en el entendido de que lo que importa es el contenido del contrato y no la denominación que le den las partes.*

Todo lo anterior es posible, ya que la retención es una facultad potestativa sujeta a la posesión de la cosa; además, si es posible un pacto comisorio expreso para evitar al órgano jurisdiccional ¿Porqué no se podría convenir una retención?

F. La retención -en su aspecto procesal- se hace valer vía excepción que de alguna manera tiene el carácter de dilatoria.

Es evidente que en el caso en el que el deudor exija la restitución del bien en juicio, se opondrá la excepción de la retención -más no la de contrato no cumplido- obligando con ello al juez a dictar una sentencia en la que por una parte reconozca la retención y en un segundo lugar condene al pago del crédito debido y a la correlativa restitución de la cosa una vez pagado o liquidado aquél.

G. *“La retención es activa y pasivamente transmisible y cedible a título oneroso o gratuito, en acto inter vivos o mortis causa. Se precisa*

*cederlo o transmitirlo juntamente con la posesión material de la cosa y con el crédito..." (4)*

Por supuesto que la transmisión de la retención sólo se entiende con la transmisión misma del crédito que le sirve de base, pensar otra cosa sería absurdo. Al transmitirse el crédito también se transmiten los derechos accesorios, entre ellos el derecho de retención. Así resulta del artículo 2032 del Código Civil que a la letra dice: "*La cesión de un crédito comprende la de TODOS los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio,...*"

Creemos que no es necesario hacer más comentario que el considerar que la enumeración de garantías que hace el referido precepto es enunciativa y no limitativa ya que habla de derechos accesorios y más adelante utiliza el término *como* que demuestra enunciación y no limitación. Por tanto, al darse la cesión del crédito válidamente se transmite el derecho de retención.

Ya en su oportunidad habíamos dejado claro que la retención no limita en lo más mínimo la facultad o posibilidad del deudor para disponer del bien retenido. Puede -por tanto- el deudor transmitir la propiedad del bien ya sea a título gratuito u oneroso, ya *intervivos* o ya *mortis causa*. La cuestión es si el nuevo propietario podría reivindicar la cosa sin más o si más bien también frente a él se puede hacer valer la retención.

**ESTA TESIS NO DEBE  
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

### FIGURAS AFINES DEL DERECHO DE RETENCION.

Naturalmente la retención presenta similitudes con algunas figuras jurídicas. Como diría algún autor, esto no es consecuencia de su dudosa naturaleza jurídica sino por el contrario, todos los institutos del derecho se relacionan de tal forma que conforman un todo. Es lógico que entre las diversas instituciones jurídicas haya relaciones y similitudes.

El problema se complica si tomamos en consideración la dudosa naturaleza jurídica que algunos autores le atribuyen al derecho de retención; pero partiremos de la base de que el derecho de retención tiene una naturaleza propia e independiente distinta de la clásica distinción entre derechos reales y personales tal y como se precisó en el apartado respectivo.

Estudiemos ahora las similitudes y diferencias del derecho de retención con algunas figuras afines:

#### *A. LA PRENDA.*

Las similitudes de este derecho con la retención son las siguientes:

1. La prenda al igual que la retención, constituye un derecho accesorio y de garantía. Es decir, tanto la retención como la prenda duran en tanto no se satisfaga en su totalidad el crédito garantizado.
2. La indivisibilidad, entendida como la subsistencia de la garantía en tanto no se liquide en su totalidad el crédito que les sirve de base. Ambas son garantías que aseguran el cumplimiento -en formas variadas- de una obligación independientemente de su monto o cuantía y hasta en tanto no se liquide la misma.

3. El principio de publicidad propio de la prenda es la desposesión que sufre el deudor prendario en favor del acreedor, salvo que hablemos de una entrega jurídica en virtud de la cual el deudor o un tercero conserven la posesión del bien y entonces la publicidad se logre mediante el efecto registral.

En esta misma forma el acreedor retenedor de un bien, goza del derecho de retención en tanto se encuentre en posesión de la cosa, y para proteger dicha posesión podrá hacer valer los interdictos de posesión. Es decir, la prenda - por regla general- y el derecho de retención se materializan mediante la posesión del bien por parte del acreedor.

Esta similitud no es del todo convincente, pero hay que tenerla presente porque mira a la manifestación material de ambas figuras.

Las diferencias entre la prenda y el derecho de retención son las siguientes:

1. La prenda, en una de sus acepciones se entiende -y así lo es- como un derecho real. El derecho de retención es un derecho o facultad legal especial.

2. El acreedor pignoraticio como titular de un derecho real de garantía goza de los beneficios propios de una garantía real que son: puede promover la venta de la cosa pignorada y cobrarse con su precio, puede reivindicar la cosa en tanto que el retentor no y éste, solo podrá protegerse mediante interdictos de posesión.

La prenda le confiere un privilegio al acreedor, y de hecho este, no necesita entrar a concurso para lograr el cobro de su crédito con el valor del bien, según lo dispone el artículo 2981 del código civil del Distrito Federal.

Además, en la retención el valor de la cosa es indiferente para el retentor, quien No tiene más garantía que la detentación de la cosa, es decir, es una garantía de tipo negativo en la que sólo se ejerce presión sobre el deudor.

3. La prenda se origina por la convención o voluntad de las partes, mientras que el derecho de retención nace por ministerio de ley al colocarnos en alguna de las hipótesis normativas.

4. Por lo que respecta a los bienes objeto de ambas garantías, la prenda forzosa y necesariamente recae sobre bienes muebles -de entre otros fundamentos encontramos el artículo 2856 de nuestro Código Civil que al definirla lo hace de manera taxativa respecto de los bienes muebles-, en tanto que la retención puede recaer indistintamente sobre bienes muebles o inmuebles.

El maestro Beltrán de Heredia señala: "... *mientras que la retención recae, indistintamente, sobre bienes muebles o inmuebles. La cosa mueble que se pignora puede pertenecer al deudor o a una tercera persona, mientras que en la retención, necesariamente se ha de ejercitar sobre la misma cosa en la que se realizaron los gastos que originaron el crédito o que guarda conexión con el crédito... Para constituir el contrato de prenda... se necesita poner la cosa en posesión del acreedor. En la retención, el retentor no toma posesión de la cosa, continua, comenzando a retener, en la previa tenencia de la cosa. Lo único que puede llegar a ocurrir es que cambie el título de posesión, y de poseedor animus domini se convierta en poseedor nomine alieno...*" (5)

Por su parte Angel López y López señala: "... *se ha querido ver a la retención como una especie de prenda tácita. Dejando*

*aparte que la prenda implica normalmente preferencia y reipersecutoriedad, y ello no lo discute nadie, que el acreedor pignoraticio tiene el ius distrahendi, la facultad que nadie atribuye al retentor. La confusión entre las figuras,... y falsa asimilación ha llegado incluso a manifestarse en los códigos..."*

(6)

### **B. LA HIPOTECA.**

La afinidad entre ambas figuras se limita o reduce a que ambos institutos son derechos accesorios, garantía de una obligación.

En cambio sus diferencias son evidentes:

1. La hipoteca es un derecho real, mientras que la retención es un derecho o facultad legal especial.
  
2. La hipoteca es un derecho -que al igual que la prenda- que permite al titular la realización del valor del bien para lograr el cobro o satisfacción del crédito; en cambio en la retención, sólo se construye al deudor al pago del crédito.
  
3. En la hipoteca, la cosa -aún cuando se trate de un derecho de garantía- no sale de la posesión del deudor, en cambio, en la retención la posesión necesariamente le es propia al acreedor ya que de lo contrario No hay retención.
  
4. En la Hipoteca al no tener la posesión el acreedor, y como se trata de un derecho real, goza aquel de una acción para perseguir la cosa. En la retención no se goza de esta acción y en el ámbito procesal de lo que se

goza es de una excepción para resistir la entrega de la cosa al deudor hasta la entera satisfacción del crédito.

5. La hipoteca recae sobre bienes inmuebles -con varias excepciones-, la retención puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles.

El maestro López y López, hace los mismos comentarios sobre la hipoteca y el derecho de retención que los hechos en el apartado anterior a propósito de la prenda, pero añadiendo lo siguiente:

*"... idéntica distinción cabe hacer con respecto a la hipoteca a la que hay que sumar la no necesidad de posesión y la necesidad de inscripción..."*

(7)

### C. LA ANTICRESIS.

Juan Palomar De Miguel en su diccionario para juristas define a la anticresis de la siguiente manera: *"contrato por el que el deudor consciente en que su acreedor disfrute de los productos de la finca que le entrega, hasta que la deuda sea cancelada"* (8)

Tal y como señala Beltrán de Heredia, la similitud entre ambas figuras podría presentarse cuando la retención recae sobre bienes fructíferos; con la clarísima distinción de que el retentor jamás hace suyos los frutos del bien retenido ni mucho menos los puede aplicar al pago del crédito como si fuera una dación en pago.

En nuestra legislación tampoco se da tal similitud -que no la hay- y más aún que la anticresis ha desaparecido y sólo encontramos una disposición transitoria que hace referencia a la misma en nuestro Código Civil vigente.

Así pues, concluye Beltrán de Heredia: "... el acreedor anticretista tiene derecho a hacer suyos los frutos del inmueble aplicándolos al pago de los intereses, primero, y al capital, después..., el retentor no tiene ningún derecho sobre los frutos de la cosa retenida que le son debidos al verdadero propietario..." (9)

Creemos que a este respecto, los frutos quedan afectos al derecho de retención, ya que de lo contrario -y de por sí- sería ilusoria la supuesta garantía que representa el derecho de retención.

#### D. EL PRIVILEGIO.

El privilegio supone una referencia al valor de la cosa independientemente de la idea de posesión, elemento -este último- que es indispensable en la retención.

*El privilegio configura una excepción al principio de igualdad de los acreedores sobre los bienes del deudor.* El privilegio confiere una prelación sobre el valor o precio del bien, situación que no sucede con el derecho de retención, ya que para el retentor poco importa el valor del bien retenido.

Juan Palomar de Miguel define al privilegio de la siguiente manera: "...civil. Derecho que otorga en forma exclusiva la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otro..., convencional. El que se da o concede mediante un pacto o convenio con el privilegiado..." (10)

Independientemente del significado que se le dé al término privilegio, es evidente que la retención no es tal ; además, ni siquiera la prenda o la hipoteca son privilegios, más bien, otorgan o confieren una preferencia por ley a los acreedores y/o titulares de tales derechos, para ser pagados -aún fuera de concurso- con el valor de las garantías.

### *E. LA COMPENSACION.*

El hecho de que en la retención quien retiene tenga el carácter de deudor y acreedor a un mismo tiempo y respecto de la misma persona, ha creado confusión entre el derecho de retención y la compensación. El retenedor tiene derecho de cobrar su crédito pero también tiene la obligación de entregar la cosa. Si las dos prestaciones, la del retentor y la del deudor, fuesen susceptibles de compensación, el acto de retener no sería tal sino más bien una materialización de la compensación que sólo en apariencia parecería una retención.

Las diferencias -que son substanciales- entre la compensación y la retención son las siguientes:

1. La compensación primordialmente es un medio de extinguir las obligaciones, en la cantidad concurrente de quienes son recíprocamente acreedores y deudores, en tanto que la retención es una forma o medio de garantía.

2. El acreedor retenedor al retener la cosa no trata de extinguir la obligación, sino que por el contrario, busca reforzar el cumplimiento o liquidación del crédito a su favor.

Pretender extinguir la obligación con la retención en el entendido de que ésta no le dá derecho al retentor para cobrarse con el valor de la cosa, sería un absurdo inconcebible.

3. Para que la compensación tenga lugar se requiere que las dos deudas sean fungibles.

A este respecto vale la pena reproducir algunos preceptos de nuestro código civil:

Artículo 2185.- Tiene lugar la compensación cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho.

Artículo 2187.- La compensación no procede SINO cuando AMBAS deudas consisten en una cantidad de dinero, o cuando siendo FUNGIBLES las cosas debidas son de la misma especie y calidad, siempre que se hayan designado al celebrarse el contrato.

Creemos que es más que evidente, con base en estos preceptos, que la diferencia entre la compensación y le retención es única pero absolutamente clara.

4. La conexión que debe existir entre el crédito y la cosa retenida es extraña -y así debe ser- a la compensación.

Por tanto, sólo si fueren deudas compensables, más que retención hay materialización de la compensación, extinguiéndose los créditos involucrados.

Por su parte, el maestro Angel López y López señala lo siguiente:

*"... la analogía estructural es evidente si se hipotiza una retención de numerario con finalidad de aseguramiento de una deuda pecuniaria... Más las figuras se distinguen: la retención, no teniendo como fin la satisfacción, sino el inducir a ella, se admite en casos en los cuales la compensación no sería admisible... Es a propósito de DEUDAS NO FUNGIBLES, o sea, fuera del campo de la compensación, cuando se desenvuelve el derecho de retención... de ahí que sólo los cuerpos ciertos pueden sustentar un derecho de retención..." (11)*

El mismo autor precisa, -citando en su libro Retención y Mandato, una sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia - lo siguiente:

*"... La autorización al mandatario para aplicar cosas objeto del mandato, cuando estas son dinero, a la consecución de la gestión, no suponen derecho de retención, sino un modo peculiar de hacer anticipos (sobre un dinero que el mandatario ya tiene en su poder); y si los gastos han sido previos y el mandatario los ha suplido, la autorización para retener no es tal sino ejercicio de la compensación..."* (12)

Conforme a esta sentencia y a propósito del mandato, hay que distinguir si las cantidades que supuestamente se retienen son anticipos o cantidades percibidas en ejecución del mandato; todo ello dependerá de los acuerdos entre las partes.

Es por ello, -en conclusión- más que claro el hecho de que si el mandatario anticipa cantidades en ejecución del mandato y posteriormente obtiene otras tantas de la ejecución del mismo, no se dará la retención sino más bien la compensación; además el mandatario jamás podrá retener montos que obtiene en concepto de anticipos, ya que estos no son debidos al mandante, sino que son medios para lograr la ejecución del propio mandato.

Por todas las ideas expuestas con anterioridad, es más que claro que cuando se deba una suma de dinero casi siempre operará la compensación - más no la retención- si es que se cumplen los requisitos del artículo 2187 del Código Civil para el Distrito Federal.

#### *F. LA EXCEPCION DE CONTRATO NO CUMPLIDO.*

Tal y como señalan varios autores, ambas instituciones se basan en la equidad. Este criterio es cierto pero un poco endeble y falto de técnica jurídica para afirmar una identidad plena entre ambos institutos.

*López y López, considera que la identidad que se atribuye a ambas figuras se debe a la postura del que se niega a cumplir cuando el obligado frente a él no lo hace, postura que se observa tanto en el retentor como en quien opone la excepción de contrato no cumplido.*

Por su parte, las diferencias más importantes entre ambas figuras son las siguientes:

1. La excepción de contrato no cumplido presupone el cumplimiento o ejecución simultánea de las obligaciones, mientras que la retención no es más que una supuesta ventaja para el acreedor.

2. La excepción de contrato no cumplido, tiende a destruir -de ahí que sea una excepción perentoria- el derecho de la otra parte, mientras que la retención tiene un carácter dilatorio y por ello sólo retarda el cumplimiento de la obligación.

Cuando se interpone a una acción la excepción de contrato no cumplido, se puede contrademandar o reconvenir la rescisión del contrato por incumplimiento.

3. La excepción de contrato no cumplido sólo tiene aplicación y cabida en el mundo de los contratos, en tanto que la retención tiene cabida tanto en los

contratos como fuera de ellos, de hecho su origen se encuentra en el mundo de las obligaciones extracontractuales.

4. La excepción de contrato no cumplido no presupone la posesión de una cosa, elemento que es esencial en el derecho de retención.

*5. En la retención debe darse la conexión entre el crédito y la cosa retenida, pero las obligaciones son independientes entre sí en el sentido de que una no es causa jurídica de la otra, requisito indispensable en la excepción de contrato no cumplido.*

En la excepción de contrato no cumplido debe haber un contrato bilateral sinalagmático perfecto y en la retención no, baste ver el caso del poseedor de buena fe.

6. La excepción de contrato no cumplido sólo tiene vida como tal, es decir, como una excepción en tanto que el derecho de retención no es una excepción sino que la excepción es una de las formas en que se pueden hacer valer los limitados beneficios derivados de esta facultad legal.

Por su parte, López y López, señala que la retención entre otras formas se puede evidenciar por medio de una acción de carácter declarativa en virtud de la cual se requiera al juzgador para que éste analice si la situación de hecho se adecúa a la hipótesis normativa y por tanto es procedente el derecho de retención.

Jorge Eugenio Castañeda afirma lo siguiente: *"para no identificar el derecho de retención con la excepción de contrato no cumplido que se encuentra en nuestro código civil -se refiere al código civil del Perú- en el artículo 1342 que a la letra dice: 'En los contratos bilaterales no podrá*

*una de las partes demandar su cumplimiento, si ella misma no lo ha cumplido u ofreciese cumplirlo... 'en la exceptio las obligaciones emanan de un mismo contrato, y en el derecho de retención las deudas, aunque conexas pueden ser independientes..., en el derecho de retención hay una conexión objetiva entre el crédito y el bien, en tanto que en el contrato bilateral existe una conexión subjetiva, el synallagma..." (13)*

Por estas razones, nosotros proponemos en el apartado respectivo que el derecho de retención obedezca a una conexión o vinculación entre la obligación que genera el derecho de retención y la obligación de devolver o entregar la cosa; situación que dará lugar a una mayor identidad entre ambas figuras pero que aún así estas podrán diferenciarse.

#### **CONCLUSION:**

*Afirmamos que la excepción de contrato no cumplido se diferencia de la retención por una simple y sencilla razón, que es:*

*La excepción de contrato no cumplido se refiere al objeto principal o prestaciones características y o esenciales del contrato respecto del cual se interponga; en cambio, el derecho de retención -de llegar a manifestarse vía excepción- no se refiere al objeto principal del contrato, sino a una obligación consecuencia de la tenencia de la cosa y que no es otra sino la de devolverla.*

#### **G. LA POSESION.**

No hay punto alguno para identificar a estas instituciones, ya que -por el contrario- son tan distintas que la posesión es presupuesto estructural del derecho de retención y por ello en lo más mínimo no se identifican.

Baste precisar que la posesión es una relación de hecho -en su concepto más simple- de la persona con la cosa -afirma Beltrán de Heredia-. Si a este poder físico se une el elemento intencional de poseerla para sí con animus domini, se llamará posesión civil.

Mientras que el poseedor civil, posee animus domini, el retentor posee alieno domini. *"El poseedor civil puede ejercer la retención pero en el momento mismo que comienza a retener se verifica una inversión de la posesión, deja poseer animus domini para poseer nomine alieno, de poseedor civil se convierte en un mero precarista... TODO RETENTOR ES POSEEDOR PERO NO VICEVERSA..."* (14)

### REQUISITOS O ELEMENTOS DEL DERECHO DE RETENCION.

Los distintos autores han señalado diversos requisitos o elementos del derecho de retención, algunos más otros menos, pero el común denominados entre todos ellos ha sido:

1. Detentación o posesión de hecho (alieno domini) de la cosa retenida.
2. Existencia de un derecho de crédito en favor del poseedor retenedor y en contra del deudor que reclama la restitución de la cosa.
3. La conexión entre el crédito y la cosa.

Analizemos cada uno de estos elementos:

#### *A. LA POSESION.*

Esta posesión presupone la detentación de la cosa por parte del acreedor insatisfecho. No se requiere -por razones evidentes- una posesión que presuponga un animus domini, basta la detentación precaria o posesión alieno domini.

Así pues, un arrendatario, un mandatario, un depositario, etcétera, pueden beneficiarse con la retención; el retenedor no pretende adquirir la cosa, es más, no puede conservar la cosa de manera definitiva, sino hasta que se liquide su crédito.

Ahora bien, no debe pensarse que se habla de una posesión ilegítima o contraria a la ley, sino que por el contrario, es la propia ley la que legitima dicha posesión. Lo único que sucede con el derecho de retención, es el cambio del título de la posesión, donde ahora es por autorización de la ley que se detenta la cosa y no a título de arrendatario por ejemplo, o en el caso

del poseedor de buena fe que creyó haber adquirido la propiedad de la cosa y sobre ésta realizó mejoras, al pretenderse la reivindicación por parte del verdadero propietario tiene derecho a una retención y por tanto a conservar la posesión pero por un título distinto que es la autorización de ley.

López y López señala que el retentor tiene una *possessio ad interdicta*, ya que puede protegerse via interdictos de cualquier acto o situación que ponga en peligro su posesión.

¿Qué pasa con los accesorios de la cosa ?

Es evidente que el derecho de retención afecta no solo a la cosa entendida como lo principal. Por tanto el derecho de retención se extiende también a los accesorios de la cosa o frutos, pero en el entendido de que el retentor no tiene sobre lo principal ni sobre los accesorios un disfrute de tal suerte que no puede consumirlos ni disponer de ellos, por el contrario, la retención solo le autoriza a retener los frutos también.

Al respecto, vale la pena reproducir un extracto de una sentencia dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que a la letra dice: *"...Si el derecho esencial del retenedor como tal, consiste en la facultad de rehusar la restitución de la cosa en tanto que no se le satisfaga o asegure el pago de su respectivo crédito dadas la indivisibilidad de dicho crédito y la regla de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal es entonces lógico que haya de atribuirse al retenedor el derecho de percibir los frutos de la cosa, no para hacerlos suyos, sino para ejercer sobre ellos el mismo derecho de retención. Si así no fuera no habría otra alternativa que la de dejar perecer los frutos, sin provecho para nadie..., o dejar que el propietario o destinatario de la cosa*

*entre a percibirlos, lo que haría ilusorio el derecho de retención... no tendría estímulo alguno para procurar el pago de la deuda..."*

La sentencia concluye así: "...a) Los frutos de la cosa sujeta a derecho de retención pertenecen al dueño de ella y no al retenedor.

b) El retenedor puede percibir esos frutos y conservarlos en su poder en ejercicio del derecho de retención hasta que le sea pagado su crédito.

c) El retenedor está obligado a dar cuenta de los frutos y a restituirlos con la cosa retenida al extinguirse el derecho de retención..." (15)

El retentor es un poseedor -como ya habíamos señalado- nomine alieno. Si el retentor por inversión de la posesión, deviniere en poseedor en nombre propio cesaría la retención. La posesión que la retención supone ha de caer necesariamente sobre cosa ajena.

¿Hay retención en el despojo clandestino o violento?

La mayoría de los autores sostienen que no es posible la retención sobre bienes que se han despojado de manera violenta, ya que la retención PRESUPONE la posesión de una cosa y ante el no pago del crédito el cambio de ese título de la posesión. La retención jamás dá derecho al retentor para solicitar u obtener una cosa de su deudor y a propósito de la garantía de su crédito. Es más que evidente que nadie puede tener en garantía algo que jamás se le entregó o que jamás consintió su deudor o la ley autorizó.

¿Cómo protege y conserva la posesión el retenedor, respecto de situaciones de hecho que la afecten?

Como acertadamente menciona el maestro Beltrán de Heredia el retentor puede utilizar en defensa de su posesión los interdictos de retener y recobrar, que concede la ley a *todo poseedor*.

A continuación transcribiremos algunos preceptos de nuestro Código Civil vigente, que guardan íntima relación con el tema de referencia:

Artículo 790. Es poseedor de una cosa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto en el artículo 793.

Posee un derecho el que goza de él.

Artículo 791. Cuando en virtud de un acto jurídico el propietario entrega a otro una cosa, concediéndole el derecho de retenerla temporalmente en su poder en calidad de usufructuario, arrendatario, acreedor pignoraticio, depositario u otro título análogo los dos son poseedores de la cosa. El que la posee a título de propietario tiene una posesión originaria; el otro una posesión derivada.

Artículo 803. Todo poseedor debe ser mantenido o restituido en la posesión contra aquellos que no tengan mejor derecho para poseer.

Es mejor la posesión que se funda en título, y cuando se trata de inmuebles, la que está inscrita. A falta de título o siendo iguales los títulos, la más antigua.

Si las posesiones fueren dudosas, se pondrá en depósito la cosa hasta que se resuelva a quien pertenece la posesión.

Artículo 804. Para que el poseedor tenga derecho al interdicto de recuperar la posesión se necesita que no haya pasado un año desde que se verificó el despojo.

Como conclusión de las ideas expuestas respecto de éste primer elemento del derecho de retención, y a manera de opinión personal, expondremos algunas ideas de Angel López y López:

1. El mencionado autor transcribe la parte relativa a una sentencia del año de 1941 dictada por el Supremo Tribunal de Justicia Español, que a la letra dice: "*... se concibe como una facultad de mantener la tenencia de la cosa por título distinto del originario, y que además engendra siempre en una disposición legal a la que precisa atenderse para deducir sus obligadas consecuencias en cuantos casos puedan presentarse.*" (16)

2. El título de la posesión del retentor es un título típico, es decir, **posesión en concepto de retención**, posesión que habrá de calificarse como posesión nomine alieno, ya que no se tiene la intención de tener la cosa como suya.

3. Los terceros -por definición- son ajenos a la relación jurídica que ha dado origen al derecho de retención y por tanto no pueden perturbarlo y si lo hacen por medio de una vía de hecho, el retenedor podrá recurrir a los interdictos de retener o de recobrar que le son propios a todo poseedor. También el acreedor de la cosa podría recurrir a una vía de hecho para perturbar la posesión del retenedor, pero de igual modo, contra éste podrán oponerse los referidos interdictos; sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir -incluso de carácter penal- el acreedor por tipificarse un abuso de derecho.

Concluye López y López con la siguiente idea: "*... sobre la cosa retenida el retentor tiene la posesión inmediata y el acreedor a la entrega de la misma la posesión mediata, del tipo o grado que la relación jurídica determine..., fuera de los límites de mantener la cosa bajo la propia custodia e imperio hasta ser pagado, el ejercicio del poder de hecho del retentor es ilegítimo, y lesiona la posesión mediata del acreedor a la entrega..., por ejemplo, si el depositario cuyos gastos no han sido*

*satisfechos y retiene la cosa, anuncia públicamente que la tiene en venta, inquieta la posesión mediata del deponente, el cual puede acudir al interdicto de retener para que el primero cese en los actos que perturban su posesión..." (17)*

Esta última conclusión es muy cierta, ya que el hecho de que el acreedor a la entrega no detente la cosa retenida, *no significa que no goze de los interdictos para proteger su posesión mediata, entendida ésta como la indefectible situación de recuperar la posesión inmediata materializada en la detentación de la cosa.*

#### **B. EXISTENCIA DE UN CREDITO A FAVOR DEL RETENTOR.**

El primer requisito que debe cubrir éste crédito es el de la llamada conexidad, no cualquier crédito que se tenga en contra de una persona basta para retener cualquier cosa que de ese mismo deudor se tenga en nuestro poder. De éste requisito de conexidad hablaremos más adelante.

La totalidad de los autores coinciden en que el crédito base de la retención debe cumplir los siguientes caracteres:

##### 1. Ser un crédito exigible.

Para tal efecto, se dice que la retención es un derecho accesorio y por ello no puede existir sin un crédito principal. *Al hablar de crédito exigible se habla de un crédito accionable, o sea, un crédito cierto -que realmente existe- originado por una obligación civil perfecta, con una acción tendiente a lograr su cumplimiento.* No es posible concebir ningún tipo de garantía respecto de un crédito en relación al cual no haya medio legal alguno para ser exigido, como es el caso de una obligación natural.

Recordemos los conceptos de deuda líquida y exigible:

*Artículo 2189 del Código Civil para el Distrito Federal. Se llama deuda líquida aquella cuya cuantía se haya determinado o puede determinarse dentro del plazo de nueve días.*

*Artículo 2190. Se llama exigible aquella deuda cuyo pago no puede rehusarse conforme a derecho.*

El maestro Beltrán de Heredia se pregunta: "¿Y si la obligación está sujeta a una condición o vinculada a un término?... no se puede garantizar con retención un crédito sometido a condición suspensiva. El acreedor, mientras el crédito está pendiente, no puede exigir el cumplimiento... es cierto que el acreedor de un crédito condicional puede, antes del cumplimiento de la condición, ejercitar acciones encaminadas a la conservación de su crédito, pero la retención no es una medida conservadora,... se acerca a la ejecución y presupone al crédito..." (18)

#### **NUESTRA OPINION:**

Si la retención pudiera recaer sobre créditos no exigibles, ¿Cuál sería el efecto?. La retención busca presionar al acreedor para dar cumplimiento a la obligación, pero ¿Qué presión puede ejercerse sobre algo que no es exigible y por tanto su cumplimiento es incierto?, si no se puede exigir el crédito pierde razón de ser el derecho de retención, ya que la retención va de la mano -por utilidad y conveniencia- de un juicio tendiente al reconocimiento de la misma pero principalmente al cobro del crédito, lo cual presupone que sea exigible.

La única excepción que debe tolerarse (con dudas considerables) a la exigibilidad del crédito es en el caso en el que el obligado corra peligro, si lleva a cabo la prestación a su cargo, de no recibir la contraprestación, como consecuencia de una posible vicisitud en las situación patrimonial de su contratante o de alguna otra especial circunstancia. Así pues, citemos un ejemplo:

Artículo 2287 del Código Civil para el Distrito Federal. Tampoco está obligado a la entrega -el vendedor- aunque haya concedido un término para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador se halla en estado de insolvencia, de suerte que el vendedor corre inminente riesgo de perder el precio, a no ser que el comprador le dé fianza de pagar al plazo convenido.

El precepto citado es muestra de la única excepción que debe tolerarse para que la retención recaiga sobre un crédito no exigible, *pero no es por el hecho de que el crédito sea o no exigible, sino que hay una circunstancia y mayor importancia para el pago del crédito como lo es un estado de insolvencia; es decir, es por razones distintas al crédito que se tolera esta excepción y no por el hecho de que sea indistinto el que el crédito sea o no exigible.*

Además, tan debe ser exigible el crédito que el propio legislador establece:

Artículo 2286. El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para el pago.

Aunque muchos autores digan que éste es fundamento exclusivo de la excepción de contrato no cumplido, nosotros sostenemos un fundamento también aquí para el derecho de retención sin que se lleguen a confundir ambos institutos.

Nosotros creemos que de aceptarse de manera absoluta que el derecho de retención nazca aún respecto de créditos no exigibles iría en contra de su naturaleza, ya que éste derecho presupone el incumplimiento y de aceptar lo contrario el derecho de retención parecería más bien una verdadera garantía real (prenda o hipoteca).

### 2. Crédito Liquidado.

Algunos autores -los menos- consideran que el crédito debe ser líquido. *Nosotros no consideramos necesario el que el crédito sea líquido, ya que el retentor no tiene interés en el valor de la cosa, su interés va dirigido a satisfacer su crédito.*

Estos autores, dan como argumento único para que el crédito sea líquido el que así lo exige la ley para el caso de la compensación. Criterio por demás absurdo, ya que -como dejamos demostrado en su oportunidad- la compensación y la retención son figuras distintas que se mueven en ámbitos distintos; y además, en la compensación se extinguen dos obligaciones de ahí que sea importante saber su cuantía para determinar cual es la menor y respecto de qué monto subsiste una acción, situaciones que no son relevantes en la retención.

*Por tanto: basta con que el crédito sea cierto, probado (si así fuere necesario) y exigible.*

### C. CONEXION ENTRE CREDITO Y COSA.

Es sin lugar a dudas éste el punto más controvertido respecto a los requisitos del derecho de retención.

De manera magistral, el maestro López y López afirma que el legislador puede conceder la retención por cualquiera de las siguientes tres razones:

a) El ordenamiento jurídico autoriza la retención de una cosa que se debe de entregar por la razón de que el acreedor a la entrega es deudor del que retiene, tenga la causa que sea la deuda, provenga de una relación jurídica cualquiera entre las partes.

b) El ordenamiento jurídico concede la retención porque de la misma relación jurídica de la que nace la obligación de entregar, surge un crédito a favor del que tiene actualmente la posesión de la cosa.

c) Se autoriza la retención porque el crédito que se adeuda al poseedor inmediato de la cosa es origen, consecuencia o tiene relación directa con ella.

Los supuestos contenidos en los incisos b) y c) dan lugar a lo que se llama respectivamente *conexidad jurídica* y *conexidad material*.

López y López limita el derecho de retención a una conexión material diciendo: "...el derecho de retención garantiza exclusivamente los créditos unidos al objeto retenido..., y ella no sucede más que cuando el acreedor ha efectuado gastos para la conservación o mejora de la cosa retenida..."

(19)

Diferimos de la opinión del citado autor, ya que si adoptáramos su criterio limitaríamos la aplicación práctica de la retención -que de por sí así sucede-

Si el criterio de López y López fuera cierto ¿Cómo justificaríamos la retención en favor del mandatario?, éste no tiene autorización para retener

por haber realizado gastos sobre las cosas del mandato sino por prestaciones que le son debidas en virtud del contrato (conexidad jurídica).

#### NUESTRA OPINION:

Tal y como se regulan los diversos casos de retención en nuestro Código Civil actualmente, es evidente que el legislador considera en la retención tanto un vínculo jurídico como un vínculo material. Así pues, por ejemplo: La retención en favor del poseedor de buena fé que adquirió la posesión por título traslativo de dominio respecto de los gastos necesarios y útiles (artículo 810 II) se basa en un vínculo material, porque la retención se justifica en los gastos efectuados respecto de la cosa, materialmente hablando.

Muestra del vínculo jurídico se dá en el mandato (artículo 2579), de donde resulta que la retención se goza por el sólo hecho de que las deudas se originan en virtud de un mismo vínculo o relación jurídicas.

Por tanto, afirmamos, que la retención se debe regular en todo caso en el que haya un vínculo material y/o jurídico, ya que de lo contrario se haría desaparecer a la retención del mundo extracontractual o del contractual según sea el caso, y por razones de equidad, y más aún, por la propia lógica de las cosas el derecho de retención debe existir en ambos ámbitos obligacionales.

Ahora veamos las conclusiones de algunos autores:

Pablo Beltrán de Heredia expresa que: "... sólo en materia contractual el crédito y la obligación de la entrega son o pueden ser efecto de una misma causa..., pero en la retención extracontractual y **propia la conexión** se dá **exclusivamente entre el crédito y la cosa...**" (20)

Añade el citado autor, que puede hablarse de dos tipos de conexión que a saber son:

Una objetiva y otra jurídica. La primera se dá entre el crédito y la cosa dando lugar a la retención propia, es decir extracontractual, ya que entre el propietario y el retentor no existe ningún negocio jurídico.

Angel López y López enfatiza en que: "... *con mucha razón, solamente la llamada conexidad material puede justificar la retención cuando los dos créditos han nacido fuera del mundo contractual...* **Conclusión: No parece se pueda hacer, en éste orden de ideas, afirmaciones generales. O sea, cada caso de retención tendrá su conexidad...**" (21)

### OBJETO DEL DERECHO DE RETENCION.

En este apartado delimitaremos el objeto del derecho de retención, es decir, las cosas sobre las que puede recaer el derecho de retención.

Beltrán de Heredia considera que la retención puede recaer sobre cosa mueble (incluso el título de crédito -artículo 1o Ley General de Títulos Y Operaciones de Crédito-) o inmueble y que además, ha de ser MATERIAL y NO FUNGIBLE.

Los franceses alguna vez se plantearon si la libertad de una persona podía ser objeto de la retención, citando el ejemplo de un muchacho que podía ser retenido por el director de una escuela como garantía del crédito nacido por las colegiaturas. Se concluyó -naturalmente- que la libertad de las personas no es un derecho patrimonial.

Situación que en nuestro derecho es más que improcedente por razones de derecho constitucional y penal; pero baste tomar el ejemplo como un antecedente en relación al presente apartado.

El verdadero problema es dilucidar si el derecho de retención puede recaer sobre cosas incorpóreas. La doctrina considera que desde que se admite la propiedad sobre cosas incorpóreas es también posible la posesión sobre las mismas.

El artículo 790 de nuestro Código Civil determina que posee un derecho quien goza de él.

Pero tal y como señala la doctrina: "... con todo, la posesión sobre cosas incorporales es una posesión impropia que se compagina mal con la detentación o relación **material de hecho** exigida por la retención..."

(22)

En el mismo sentido se pronuncia Angel López y López, al decir que el derecho de retención no puede versar sobre derechos y/o bienes inmateriales. Este autor citando a Ramponi afirma taxativamente: "... Mientras la entrega de cosas corporales exige una actividad positiva, sea material o simbólica, la entrega de bienes incorporales (derechos) implica una simple postura pasiva de tolerancia; ahora, sólo en el primer caso puede existir un rehusé a la entrega, o sea un comportamiento contrario al debido que impide el cumplirse de la entrega, mientras en el segundo la entrega, siendo independiente de la acción de quien debe hacerla efectiva, no puede ser evitada por éste antes de que se efectue..." (23)

Es por una simple razón que obedece a la lógica y naturaleza de las cosas, el que la retención sólo pueda recaer -en nuestra opinión- sobre cosas o bienes corporales, ya que la retención *presupone una detentación material y se exterioriza con la no entrega de un bien*, situación que en sí misma no puede darse en bienes incorporales -derechos- ya que aquí es casi imposible, en virtud de que la única manera de demostrar o rehusar la entrega sería conservar la posesión del derecho, que en sí misma implicaría seguir usándolo y por tanto más que retener se infrige una norma legal y/o convencional.

López y López dice que la retención no puede recaer sobre cosas fungibles, por la razón de que en tal caso, no hay deber de entregar una cosa determinada, sino obligación de restituir un tantumdem, *ya que el que recibe cosas fungibles por cualquier título es propietario de ellas, y es más que evidente que no se admite la retención sobre cosas propias - ¿Con qué finalidad?-.*

La cosa puede ser -como ya habíamos dicho- mueble o inmueble. La doctrina española afirma que como en la legislación civil española el legislador reiteradamente habla de retener en prenda, pareciera que sólo se refiere a la retención sobre muebles. Crítica a esta afirmación, es hecha por el prestigiado jurista Castán Tobeñas, en el sentido de que no es sino una muestra de falta de técnica legislativa. Nuestra opinión es que debemos seguir el viejo principio que dice *ubi lex non distinguit*.

Algunos autores quieren convertir en regla única el hecho de que la cosa retenida sea propiedad del acreedor a su entrega. La doctrina española -al igual que nosotros- difiere de esta afirmación, ya que no hay ningún impedimento legal para que se retengan cosas no propiedad del deudor; por el contrario, en algunos casos de retención resulta posible el que se retengan cosas ajenas al acreedor a la entrega como en un depósito o en un hospedaje. Tal y como se encuentra regulada la retención, resulta más que claro que el derecho de retención no es sino una garantía negativa que únicamente pretende presionar a un deudor para que este de cumplimiento a su obligación.

**NUESTRA OPINION:**

Si el derecho de retención fuera un derecho real de garantía tendiente a la ejecución o realización de la garantía, si se requeriría de manera indubitable el que el bien fuera propiedad del deudor ya que de lo contrario se estaría afectando a un tercero. Nadie piensa que mediante un juicio hipotecario, podemos rematar el bien de una persona que no es el garante hipotecario.

Por tanto, sólo en las garantías en las que existe la posibilidad de ejecución de la misma, el bien debe ser propiedad del garante -ni siquiera del deudor-. La retención por su propia naturaleza, no autoriza en lo más mínimo al retentor para cobrarse con el bien. De hecho, las circunstancias de que la cosa sujeta a retención no tenga un valor pecuniariamente valuable, ni sea susceptible de ejecución forzosa, no constituye un obstáculo para la retención. El derecho de retención no es un derecho de realización ni concede un privilegio.

Por último, la retención debe recaer sobre cosas presentes, existentes en el momento mismo en que se concede la retención, no puede por tanto recaer sobre cosas futuras.

La cuestión de la retención sobre los frutos de una cosa retenida fue resuelta en su oportunidad.

*La única limitación respecto a la retención de cosa ajena se da en el caso en el que se entreguen bienes en depósito con el único fin de que al término del mismo se entreguen a un tercero, siempre que desde un principio así se hubiera pactado entre depositante y depositario.*

### EFECTOS DEL DERECHO DE RETENCION.

Todos los autores coinciden en este punto al afirmar que el efecto principal que produce el derecho de retención, se reduce a la facultad legal que tiene el retentor para permanecer en posesión de la cosa ajena, hasta la entera satisfacción de lo que le es debido.

Castan Tobeñas añade: "*... Aparte de los efectos que van ligados a la cualidad de poseedor de la cosa y de acreedor que tiene el titular del derecho de retención, apenas produce este derecho otra consecuencia propia que la de autorizar la conservación y no devolución de la cosa retenida en tanto no se satisfaga a aquel el crédito que tiene a su favor... el derecho de retención viene a tener una función meramente negativa..., el retentor no tiene una acción especial para obtener la restitución de la cosa, para hacer valer su derecho frente a terceros..., puede recuperarla no a título de retentor, sino valiéndose de los medios generales concedidos a los poseedores...*" (24)

Desde un punto de vista subjetivo, la doctrina ha estudiado el efecto del derecho de retención de la siguiente manera:

- A. Efectos entre el retentor y el deudor.
- B. Efectos entre el retentor y sus herederos.
- C. Efectos entre el retentor y los terceros en general.

Analizemos cada uno de éstos efectos.

#### *A. ENTRE EL RETENTOR Y EL DEUDOR.*

a) Continuar en la posesión material de la cosa hasta la entera liquidación del crédito. Es un aspecto meramente negativo donde el retentor no toma iniciativa o posición positiva alguna.

b) Si se ataca el estado posesorio en el cual se encuentra el retentor, éste podrá defender su posesión o hacerse restituir de la misma por medio de los interdictos posesorios, que sin lugar a dudas se conceden a todo poseedor.

-Baste ver el artículo 803 del Código Civil del Distrito Federal-.

c) Pérdida la posesión, se pierde el derecho de retención. Beltrán de Heredia cree que si el retentor, por error por creer que su crédito ya se había extinguido, realizó la consignación, tiene derecho a repetir la cosa -condictio indebiti- ya que la entrega fué hecha en la falsa creencia de que el crédito no existía y por ello es reputada sin causa.

d) El carácter negativo que tienen las facultades del acreedor como retentor no excluye el ejercicio de los derechos positivos que tiene como titular de un crédito.

e) Si la retención se dá entre sujetos ligados por un vínculo contractual (y si se trata de un contrato sinalagmático perfecto), el derecho de retención no excluye el ejercicio de la acción resolutoria.

f) El retentor no puede adquirir por prescripción positiva la propiedad de la cosa retenida, por tratarse de un poseedor nomine alieno. Para poder prescribir, se necesita poseer la cosa bajo el concepto de dueño ya exista o no la mala fe.

g) Es más que evidente que las causas de suspensión o de interrupción de la prescripción miran al crédito mismo y no a lo accesorio como son las garantías. No hay precepto en nuestro sistema legal que prevea que la retención es causa de suspensión de la prescripción; así por ejemplo, la

prenda y la hipoteca -verdaderas garantías- no suspenden la prescripción de los créditos garantizados.

El aparente problema se presenta al analizar el artículo 1168 de nuestro Código Civil que en su fracción III a la letra dice: artículo 1168. La prescripción se interrumpe:...III, porque la persona a cuyo favor corre la prescripción reconozca expresamente, de palabra o por escrito, O TACITAMENTE POR HECHOS INDUDABLES el derecho de la persona contra quien prescribe...

Algún autor considera que la retención sí interrumpe el plazo para la prescripción ya que el hecho de que el deudor-acreedor a la restitución, no reclame o pida la reivindicación de la cosa retenida, implica un reconocimiento tácito del crédito a favor del acreedor retentor.

Nosotros diferimos absolutamente de dicha afirmación, que si bien es cierto pareciera cierta en apariencia, también es cierto que carece de sustento, ya que la referida causa de interrupción de la prescripción se REFIERE AL CREDITO MISMO y no a cuestiones o derechos accesorios. *Además, la ley habla de un reconocimiento tácito pero del derecho de la persona contra la que se prescribe; es decir, la ley se refiere al crédito base de la retención y no a la retención o garantía misma.*

Así pues, por ejemplo, si un deudor y a la vez garante hipotecario, llegado el término del plazo para el pago, no cumple con su obligación, y el acreedor hipotecario no reclama judicialmente su crédito; es claro que corre la prescripción y resultaría absurdo afirmar que hay un reconocimiento tácito por el hecho de que el deudor y garante no pide la cancelación de la

inscripción. -único argumento para defender la opinión que venimos criticando-

Por tanto, el reconocimiento tácito debe ser respecto al crédito mismo.

h) El acreedor-retentor como acreedor y no como retentor puede proceder a la ejecución forzosa sobre la cosa retenida. Facultad que le compete como acreedor -y no como retentor- una vez que tiene una sentencia en favor de su crédito solicitando la liquidación de la misma, señala un bien de su deudor, se embarga y se remata.

Peero obsérvese que todo ésto es consecuencia de la actuación diligente de un acreedor -que no retentor- que desde un principio, buscando el pago de su crédito, pidió la inscripción preventiva de su demanda -por ejemplo- y después, ante el incumplimiento de su deudor frente a sentencia -que es título ejecutivo- inició un procedimiento ejecutivo.

En éste sentido se pronuncia José Castan Tobeñas al afirmar que: "... *el favorecido por el derecho de retención ostenta la calidad de acreedor, y como tal tendrá los derechos que en general corresponden a los acreedores; por tanto, podrá pedir el embargo y remate de ese bien, cobrarse con preferencia sobre el producto de la ejecución, si se encuentra favorecido por ley con un privilegio o derecho de preferencia; pero todos éstos son efectos del derecho de crédito, no propios del derecho de retención...*" (25)

Creemos que ante certera y concreta afirmación no hay comentario alguno que hacer.

i) El retentor no puede hacer suyos los frutos de la cosa, ni puede usar de la cosa retenida.

Para los frutos, rige el principio general de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, y por tanto también los frutos quedan afectos a la retención.

Castan Tobeñas señala: "*...el derecho de retención no habilita para usar de la cosa retenida ni utilizar sus frutos e intereses aplicándolos al pago del crédito, como es propio del derecho de anticresis...como obligación, lleva consigo el derecho de retención la de conservar la cosa retenida...ya que estando obligado, en definitiva, el retentor a devolver la cosa de su deudor, queda sometida a las reglas que rigen las obligaciones de dar...*" (26)

j) El retentor tiene obligación de devolver la cosa en tanto se haya dado satisfacción de su crédito.

k) El retentor debe conservar la cosa y si abusa de la misma, puede el deudor pedir que se constituya un depósito.

Si sobreviene la pérdida de la cosa, y dado que el retentor tiene obligación de conservarla, habría que estar a las reglas propias de pérdida según el tipo de contrato de que se trate.

l) Extinguido el crédito, el retentor está obligado a devolver la cosa con todos sus accesorios.

*B. ENTRE EL RETENTOR Y LOS HEREDEROS DEL DEUDOR.*

Las relaciones entre el acreedor y los herederos del deudor -acreedor a la entrega- son exactamente las mismas que se enunciaron en el apartado anterior, ya que los herederos, no son terceros sino causahabientes y por tanto, suceden a aquél en todos sus derechos y obligaciones.

### C. RETENTOR Y TERCEROS.

Este es el aspecto más controvertido de los efectos del derecho de retención, ya que la discusión doctrinal versa sobre el hecho de determinar si el derecho de retención surte efectos frente a terceros.

Para analizar tan delicada situación, nos tomamos la libertad de transcribir algunas opiniones:

1. *Beltrán de Heredia*: "...por lo que respecta a los efectos que la retención produce entre el titular y los terceros, hay que partir del principio fundamental de que el derecho de retención es oponible a terceros. El derecho de retención, hemos dicho, no quita al propietario su facultad dispositiva sobre la cosa, puede transmitirla a quien quiera y por cualquier título. Pero el retentor puede oponer su derecho de retención y negar la entrega de la posesión al cesionario,... y en general a cualquier adquirente. Si así no fuera, la garantía del retentor sería ilusoria... realmente el retentor, opone su excepción y niega la restitución de la cosa, no al titular sino al reivindicante en general..." (27)

2. *Salvat*, por su parte expresa: "... también puede ser invocado contra los terceros adquirentes del bien retenido..." (28)

3. Jorge Eugenio Castañeda opina -opinión a la que nosotros nos apegamos- que: "... si bien ésta doctrina es exacta (se refiere a la opinión de Salvat) **en lo que se refiere a bienes inmuebles no inscritos, es impugnable tratándose de inmuebles registrados y sin que se hubiere inscrito el derecho de retención sobre los mismos. El adquirente a título oneroso de los inmuebles no tiene por que respetar un derecho de retención que no figure en el registro...**" (29)

#### **NUESTRA OPINION:**

Nosotros apoyamos el criterio del maestro Castañeda por las siguientes razones:

1. El derecho de retención no es un derecho real, de ahí que no sea oponible a terceros.
2. Conforme a la regulación actual del derecho de retención en nuestra legislación, es evidente, que si se dá la enajenación del bien por parte del deudor, el tercero adquirente no tiene porqué soportar una limitación a la posesión que no aparecía inscrita en el registro. Recordemos que el registro produce dos efectos primordiales: El primero, la publicidad; y el segundo, la oponibilidad frente a terceros.

Si hablamos de que se retiene un bien inmueble ya inscrito en el Registro Público de la Propiedad, un tercero adquirente de buena fe, en tanto no se inscriba la retención, seguirá siendo de buena fe *por no tener conocimiento de la retención*, y por ello consideramos que puede intentar con éxito una acción reivindicatoria que se basa en el derecho de propiedad el cual no podrá restringirse por una garantía primitiva como lo es la retención.

3. Para el caso de inmuebles no inscritos en el registro o tratándose de la retención de bienes muebles, solamente podrá el retentor, oponer la retención a terceros adquirentes del bien, si demuestra la mala fe de los mismos; *mala fe que se traduce en el hecho de que el tercero adquirente tenía conocimiento de la retención, antes de la adquisición del bien.*

4. Aún tratándose de bienes inmuebles inscritos, pero la retención no, el retenedor podría oponer al tercero adquirente la retención solamente si demuestra la mala fe ( conocimiento de la retención antes de la adquisición) del adquirente, en el juicio respectivo; ya que la falta de inscripción -y por ello falta de publicidad- de la retención, se ven suplidas por el conocimiento que el adquirente ya tenía de la retención. Cuestión ésta última que deberá demostrarse en el periodo probatorio del juicio de que se trate, y que por su naturaleza será difícil de comprobar al juzgador salvo que lo fuera por el camino de las presunciones (tratos, vínculos o relaciones de parentesco, laborales o afecticias entre vendedor y comprador por ejemplo).

De ahí pues, conforme a las ideas expuestas con anterioridad, no resultaría nada descabellado convertir el derecho de retención en un derecho real. ¿?

López y López, se pronuncia en ese sentido.

*¿Qué pasa si se vende el bien?*

Ya hemos respondido casi de manera total esta interrogante, pero además opinamos que:

Ante la posible reivindicación del nuevo propietario, el retentor llamará a juicio al deudor y en la sentencia se debería condenar a la restitución y pago recíproco.

Si se vende el bien, pierde razón de ser la retención, en tanto ya no se presentaría como un medio de presión al deudor (antiguo propietario) salvo que la cosa objeto de la retención haya sido ajena desde un principio y sea debida por el retenido al verdadero propietario.

*Así mismo, sería conveniente, que al iniciar un juicio el retentor con el ánimo de cobrar su crédito (si se tratare de bien inmueble) solicitare la inscripción preventiva de su demanda para efectos de convertir a cualquier tercero en adquirente con conocimiento de la retención.*

Para apoyar el último criterio que hemos expresado, debemos tomar en cuenta la afirmación hecha por López y López en el sentido de que la oponibilidad frente a terceros en algunos casos excepcionales también se predica respecto a los derechos personales. Citamos por ejemplo la inscripción de los contratos de arrendamiento sobre inmuebles en términos del artículo 3042 III de nuestro Código Civil: *Si el dueño de un bien arrendado lo vende, sin declarar a su comprador ésta situación y sin que éste la conozca, no producirá el defecto de que se dé por terminado el derecho del arrendatario, pudiendo el adquirente de buena fe (por no conocer dicha situación) pedir indemnización por daños y perjuicios, ya que dicho contrato no era oponible registralmente. El arrendador, vendedor, podría demostrar el conocimiento de dicha situación por parte del adquirente, quien además de soportar el arrendamiento no tendría derecho al pago de daños y perjuicios; sin perjuicio de las acciones del inquilino por la violación de los derechos de preferencia. Muestra este ejemplo que los derechos de crédito en algunos casos dan lugar a la oponibilidad.*

Bejarano Sánchez, opina que la única ventaja del derecho de retención es que el deudor se ve privado de la cosa y la posesión de la misma por parte del retenedor le facilita a éste el embargo.

### EXTINCION DEL DERECHO DE RETENCION.

La doctrina ha llamado de muy diversos modos a las distintas maneras de extinción del derecho de retención, así por ejemplo: modos subjetivos, objetivos, accesorios, propios, principales, via consecuencia, etcétera; pero a diferencia de otros temas que hemos tratado a lo largo de este estudio, de fondo se han puesto de acuerdo para considerar los mismos medios de extinción del derecho de retención.

Es importante poder determinar de manera exacta en que momento se extingue el derecho de retención, ya que en ese momento desaparece la supuesta garantía que en su regulación actual representa la retención. (ver el apartado de efectos del derecho de retención)

Pablo Beltrán de Heredia, clasifica estos medios en dos grupos: subjetivos y objetivos; los primeros hacen referencia al crédito que la retención garantiza y los segundos con relación a la retención misma.

Dentro de ésta clasificación enumeramos los siguientes modos de extinción:

I. Siendo el derecho de retención un derecho accesorio, es claro que desaparezca por la extinción del crédito principal que le dio nacimiento. Lo accesorio sigue a lo principal.

Este crédito principal se puede extinguir por pago, remisión de deuda y todas las demás formas de extinción de las obligaciones. Cabe precisar el hecho de que en la dación en pago, además de ser una manera de extinguir las obligaciones, no podría continuar la retención ya que la cosa sería propia del supuesto retentor. Si el acreedor retentor y su deudor decidieran convenir que este cumpliera mediante un hacer -por ejemplo- habría

novación - y no dación en pago-, y consecuentemente una extinción de la retención.

En el caso de la compensación no podría darse una extinción de la retención, ya que desde un principio ésta no se pudo dar, pues la obligación del retentor de entregar la cosa y la obligación del propietario de pagar el crédito no son obligaciones compensables, pues les falta el requisito de fungibilidad, además de que la retención no puede recaer sobre cosas fungibles. Cuando lo que deba el retentor sea dinero y de igual forma su crédito sea dinero, más que retención desde un principio hubo compensación.

2. La principal causa objetiva, es la pérdida de la cosa, aún cuando el crédito queda subsistente. La posesión de la cosa es el soporte de la retención; sobre la cosa misma se ejerce la retención.

Evidentemente, el acreedor retentor no tiene derecho para exigir a su deudor que le restituya en otra garantía como sucede en la hipoteca, por ejemplo, ya que la retención no es una garantía que comparta naturaleza con la hipoteca. -cuestión que se ha dilucidado en el apartado respectivo-.

Si la cosa retenida estaba asegurada, no puede el retentor exigir se le entregue el monto de la indemnización ya que faltaría conexión entre dicho monto y el crédito, además de que no hay disposición legal que así lo autorice. Situación distinta si el derecho de retención fuera un derecho real y de manera análoga a la hipoteca se diera una substitución de la garantía.

3. La principal causa subjetiva de extinción del derecho de retención es la RENUNCIA del retentor. El derecho de retención es una facultad legal de la que el acreedor puede o no hacer uso y renunciar a ella. La renuncia puede

ser expresa o tácita. La renuncia expresa se dará cuando el retenedor renuncie de manera clara y precisa sin formalidad alguna. La renuncia será tácita cuando de los actos u omisiones del acreedor se deduzca su intención de renunciar o de no hacer uso de su derecho; así por ejemplo, voluntariamente restituye la cosa sin antes haber obtenido la restitución de su crédito; cuando el acreedor conscientemente en la venta de la cosa dejando de poseerla; también hay renuncia tácita cuando en el juicio respectivo de restitución, el acreedor y deudor a la entrega no pone excepción alguna. El derecho de retención es una facultad más no una obligación.

Jorge Eugenio Castañeda considera que la renuncia de la retención debería hacerse por cuestiones de seguridad -para evitar alegar una desposesión ilegal- mediante instrumento, o en la misma forma en que se hizo constar si es que la hubo.

4. La pérdida de la posesión produce el mismo efecto extintivo, (si es voluntaria se configura una renuncia) a menos que la pérdida de la posesión no sea voluntaria, si ésta pérdida es violenta o clandestina, no se extingue la retención, ya que el acreedor puede recuperar la posesión mediante el ejercicio de los interdictos posesorios.

Si quien le priva de la cosa es el propio acreedor a la entrega -que puede ser el propietario- además de la defensa interdictal, el acreedor podrá presentar la querrela correspondiente.

A éste respecto, Jorge Eugenio Castañeda cita un precepto del Código Civil Peruano que a la letra dice: "*artículo 1032: El derecho de retención se extingue por la entrega o abandono del bien, pero no por su desposesión ilegal*".

5. Si se dá la prescripción extintiva del crédito ( en virtud de la accesoriadad) se dá la extinción del derecho de retención.

Una vez extinguida la retención ya no puede revivir.

En doctrina, se discute si la retención implica un reconocimiento tácito del crédito del retentor. Nosotros nos pronunciamos en contrario por las razones que expusimos en su oportunidad (ver el apartado relativo a los efectos del derecho de retención), en éste mismo sentido Jorge Eugenio Castañeda al afirmar que: "*... por cuanto el silencio opuesto a actos no se tiene como manifestación de voluntad ...*" (30)

En relación a éste apartado Castan Tobeñas se limita a decir que: "*... se extingue el derecho de retención por razón de accesoriadad, cuando se extingue el derecho de crédito principal. Además, directamente y a virtud de causas propias, se extinguirá el derecho de retención por la destrucción de la cosa, la pérdida de su posesión por el retentador o la renuncia, expresa o tácita, de éste.*" (31)

## NOTAS AL PIE.

- (1) CFR. "Revista de Derecho y Ciencias Políticas". Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Lima, Perú, Año XII Número I, 1948. "El Derecho de Retención", p. 14.
- (2) CFR. Beltrán de Heredia de Onis, Pablo. "El Derecho de Retención en el Código Civil Español". Universidad de Salamanca. Salamanca, España, 1955. p. 60.
- (3) CFR. Op. Cit. Supra Nota (1) p. 14.
- (4) CFR. Beltrán. Op. Cit. Supra Nota (2) p. 61.
- (5) IBIDEM. p. 65.
- (6) CFR. López y López, Angel. "Retención y Mandato". Publicaciones del Real Colegio de España. Bolonia, 1976. P.p. 19,20.
- (7) IBIDEM. p. 20.
- (8) CFR. Palomar de Miguel, Juan. "Diccionario para Juristas". Ediciones Mayo, 1981. p. 100.
- (9) CFR. Beltrán Op. Cit. Supra Nota (2) p. 66.
- (10) CFR. Palomar Op. Cit. Supra Nota (8) p. 1081.
- (11) CFR. López Op. Cit. Supra Nota (6) P.p. 17,18.
- (12) IBIDEM. P.p. 70, 71.
- (13) CFR. Op. Cit. Supra Nota (1) P.p. 24,25.
- (14) CFR. Beltrán Op. Cit. Supra Nota (2) P.p. 69, 70.
- (15) CFR. "Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario". Bogotá, Colombia. Número 451, marzo-mayo 1960. "Naturaleza del Derecho de Retención". P.p. 103,104.
- (16) CFR. López Op. Cit. Supra Nota (6) p. 26.
- (17) IBIDEM. P.p. 29, 39.
- (18) CFR. Beltrán Op. Cit. Supra Nota (2) P.p. 76, 77.
- (19) CFR. López Op. Cit. Supra Nota (6) p. 34.
- (20) CFR. Beltrán Op. Cit. Supra Nota (2) p. 78.
- (21) CFR. López Op. Cit. Supra Nota (6) p.p. 37, 38.
- (22) CFR. Beltrán Op. Cit. Supra Nota (2) p. 72.
- (23) CFR. López Op. Cit. Supra Nota (6) P.p. 38, 39.
- (24) CFR. Castan Tobeñas, José. "Derecho Civil Español Común y Foral". Derecho de Obligaciones. Tomo III. Editorial Reus S.A., Duodécima edición. Madrid, España. 1978. p. 266.
- (25) IBIDEM. p. 267.
- (26) IDEM.
- (27) CFR. Beltrán Op. Cit. Supra Nota (2) p. 85.
- (28) CFR. Op. Cit. Supra Nota (1) p. 16.
- (29) IDEM.

(30) CFR. Op. Cit. Supra Nota (1) p. 42.

(31) CFR. Castán Op. Cit. Supra Nota (24) p. 267.

**CAPITULO V**

DERECHO COMPARADO.

ANALISIS DEL DERECHO POSITIVO MEXICANO.

CONCLUSIONES

Y

PROPUESTA DE REFORMA.

## DERECHO COMPARADO.

Dentro de la legislación comparada encontramos tres posiciones adoptadas que a saber son:

- A. Un primer grupo de legislaciones no regula la teoría general del derecho de retención, sino que se limitan a recoger su regulación en casos aislados.
- B. En un segundo grupo nos encontramos con las legislaciones llamadas modernas, que elaboraron una teoría general del derecho de retención.
- C. Un tercer grupo restringe expresamente la retención a los casos previstos o prohíben expresamente el derecho de retención.

### **Primer Grupo:**

La gran mayoría de las legislaciones modernas están incluidas en el primer grupo. Haciendo con ello nacer la duda de si el derecho de retención se regula de manera enunciativa -y por ello cabe la analogía- o si se regula de manera limitativa a los casos expresos de ley. Nosotros optamos por la segunda opción según puede verse en el apartado respectivo.

¿Qué legislaciones están dentro de éste primer grupo?

1. El *Código de Napoleón*, que sigue la tradición romana y es, a su vez, inspirador de gran número de legislaciones modernas. Sin hacer abstracción del derecho de retención, permite su aplicación en los siguientes casos:

- Al vendedor mientras no se le pague el precio.
- Al arrendatario que el nuevo dueño desahucia, mientras no se le pague la indemnización debida.
- Al depositario, por las mejoras necesarias y de conservación.
- Al acreedor pignoraticio y al anticrético.
- Al usufructuario.
- Al gestor de negocios.

- Al mandatario.
- Al comodatario.
- Al poseedor de buena fe, si la cosa mueble fué comprada en feria.
- Al coheredero por mejoras realizadas.

2. *La legislación italiana* sin construir una teoría general del derecho de retención lo concede en los siguientes casos:

- Al poseedor de buena fe por las mejoras necesarias y útiles.
- Al usufructuario.
- Al vendedor no pagado.
- Al gestor de negocios.
- Al depositario.
- Al acreedor prendario y al anticrético.
- Al hotelero.
- Al fabricante o artifice de cosa mueble, por las obras realizadas sobre ella.
- Al usufructuario.
- Al coheredero mejorante.

3. *El código civil portugues* se situa en esta misma línea:

- Al depositario
- Al vendedor no pagado
- Al poseedor de buena fe
- Al mandatario
- Al arrendatario
- Se niega expresamente el derecho de retención al comodatario.

Agrega Beltrán de Heredia que en este mismo grupo de legislaciones podemos situar las de: Bélgica, Holanda, Grecia, Canadá, Rumanía, Turquía, México, Venezuela, Guatemala, Bolivia y Brasil.

**Segundo Grupo:**

Son las legislaciones que consagran el derecho de retención como una institución general, podemos incluir a las siguientes:

1. *El código federal suizo de las obligaciones en sus artículos del 224 al 228.* Nos tomamos la libertad de transcribirlos por la importancia de su regulación:

Artículo 224. Fuera de los casos expresamente previstos por la ley, gozará el acreedor, cuando haya vencido su crédito, del derecho de retención de los bienes muebles y de los títulos que se encuentren a su disposición por consentimiento del deudor, con tal que haya alguna conexión entre el crédito y el objeto retenido. Bastara entre comerciantes...

Artículo 225. No podrá ejercerse el derecho de retención con menosprecio de las instrucciones dadas por el deudor ya al hacer la entrega del objeto ya antes, ni en contra del compromiso contraído por el acreedor de emplear el objeto en un uso determinado.

Artículo 226. Si el deudor estuviese en quiebra, o si hubiera suspendido sus pagos, podrá ejercerse el derecho de retención aún para la garantía de un crédito no vencido. Tampoco tendrá lugar en ese caso el artículo 225 cuando la quiebra o la suspensión de pagos no haya tenido lugar o no haya sido conocida del acreedor sino después de la entrega del objeto o después del empeño.

Artículo 227. Si el deudor hubiese entregado al acreedor, dándole como suyo un objeto perteneciente a un tercero no podrá oponerse el derecho de retención contra dicho tercero sino cuando el acreedor lo haya recibido de buena fe, sin perjuicio del derecho de reivindicación que compete al propietario en caso de pérdida o robo.

Artículo 228. Cuando el acreedor no haya recibido el pago ni garantía suficiente, podrá perseguir mediante aviso previo al deudor, la realización de

su derecho de retención como un acreedor pignoraticio. También podrá darse el aviso aún después de la declaración de quiebra del deudor. Equivaldrá al aviso de la notificación del derecho de retención hecho a la masa.

*En el mismo sentido se pronuncian el código civil del Japón, el alemán, el del Perú, que son del tenor literal siguiente:*

**JAPON:**

Artículo 92. Independientemente de los casos en que el derecho de retención se regula especialmente al tratar de los bienes, ese derecho pertenece a todo acreedor sobre cosa mueble o inmueble del deudor, cuando la posee en virtud de una causa legítima y cuando su crédito es conexo con la posesión o nacido con ocasión de la cosa por efecto, sea de la cesión de ella hecha con ese objeto, sea de gastos en su conservación, sea de daños causados por la misma.

Artículo 93. Si el acreedor sólo ha retenido parte de las cosas que podía retener, aquella parte garantiza todo el crédito si es suficiente. El acreedor puede retener, hasta el completo pago, todas las cosas afectas a su derecho de retención aunque el deudor le haya satisfecho parte del crédito.

Artículo 94. El derecho de retención NO confiere privilegio al acreedor sobre el valor de la cosa, pero si es fructífera, el retentor puede percibir los frutos con preferencias a los otros acreedores imputándolos al interés de su crédito y al capital si exceden al interés, siendo responsable de los frutos y productos que se descuiden percibir.

Artículo 95. El derecho de retención no impide al deudor el enjener la cosa, ni a otros acreedores el embargarla y venderla, pero en ambos casos el que la adquiera no entrará en posesión de ella sin pagar totalmente al retentor.

Artículo 96. El retentor de una cosa mueble o inmueble tiene iguales responsabilidades que el acreedor hipotecario o prendario, cuyas DEMAS DISPOSICIONES LE SON APLICABLES en lo no previsto expresamente en el capítulo de la retención.

El derecho de retención se pierde si el acreedor voluntariamente lo abandona o cesa de ejercerlo efectivamente.

#### ALEMANIA:

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 le es debido por razón de esa misma cosa.

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

Artículo 3941. El derecho de retención es indivisible. Puede ser ejercido por la totalidad del crédito sobre cada parte que forma la totalidad de la cosa.

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 obtener los objetos comprados debe entregar el precio al tenedor de ellos, hasta la concurrencia de la suma por la que este sea acreedor.

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

Artículo 3944. Cuando el que retiene la cosa ha sido desposeído de ella contra 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 sino en el caso de haber sido robada o perdida.

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

#### PERU:

Artículo 1123. Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene.

Artículo 1124. La retención no puede ejercerse sobre bienes que al momento de recibirse estén destinados a ser depositados o entregados a otra persona.

Artículo 1125. El derecho de retención es indivisible. Puede ejercerse por todo el crédito o por el saldo pendiente, y sobre la totalidad de los bienes que estén en posesión del acreedor o sobre uno o varios de ellos.

Artículo 1126. La retención se ejercita en cuanto sea suficiente para satisfacer la deuda que la motiva y cesa cuando el deudor la paga o la garantiza.

Artículo 1127. El derecho de retención se ejercita:

1. Extrajudicialmente, rehusando la entrega del bien hasta que no se cumpla la obligación por la cual se invoca.

2. Judicialmente, como excepción que se opone a la acción destinada a conseguir la entrega del bien. El juez puede autorizar que se sustituya el derecho de retención por una garantía suficiente.

Artículo 1128. Para que el derecho de retención sobre inmuebles surta efecto contra terceros, debe ser inscrito en el registro de la propiedad inmueble. Sólo se puede ejercitar el derecho de retención frente al adquirente a título oneroso que tiene registrado su derecho de propiedad, si el derecho de retención estuvo inscrito con anterioridad a la adquisición.

Respecto a los inmuebles no inscritos, el derecho de retención puede ser registrado mediante anotación preventiva extendida por mandato judicial.

Artículo 1129. El derecho de retención no impide el embargo y el remate del bien, pero el adquirente no puede retirarlo del poder del retenedor sino entregándole el precio de la subasta, en lo que baste para cubrir su crédito y salvo la preferencia hipotecaria que pueda existir.

Artículo 1130. Aunque no se cumpla la obligación, el retenedor no adquiere la propiedad del bien retenido. Es nulo el pacto contrario.

Artículo 1131. Las reglas de este título son aplicable a todos los casos en los que la ley reconozca el derecho de retención, sin perjuicio de los preceptos especiales.

### **Tercer Grupo:**

En este grupo, encontramos las legislaciones que restringen la aplicación del derecho de retención o lo prohíben.

En este grupo hay que incluir a la legislación austriaca que prohíbe el derecho de retención, y únicamente permite su aplicación entre comerciantes.

También encontramos aquí al código civil uruguayo, que declara que el acreedor sólo puede hacer uso del derecho de retención con el

consentimiento del deudor (absurdo a nuestro parecer), y en aquellos casos que la ley consagre expresamente, tales como: el vendedor no pagado, el depositario, el mandatario, etcétera.

ANALISIS DEL CODIGO CIVIL PARA  
EL  
DISTRITO FEDERAL.

Después de haber recorrido mediante el análisis nuestro código civil vigente con el propósito de descubrir en él los distintos casos en los que el legislador autoriza el derecho de retención como un medio de protección al crédito del acreedor, descubrimos que son relativamente pocos los mismos en comparación con el número de artículos que contiene el ya referido dispositivo legal.

En el presente capítulo no pretendemos realizar un estudio de las diversas instituciones jurídicas en las que el legislador autoriza el uso del derecho de retención, ya que esto escapa con mucho de los objetivos de la presente tesis.

Hemos estudiado otros trabajos profesionales (tesis) respecto al derecho de retención, y descubrimos que en los últimos capítulos de los mismos -que se referían al derecho positivo- de manera innecesaria y absurda estudiaban los derechos y obligaciones de cada contrato o las características de una institución, cuestiones que -repetimos- desde nuestro punto de vista son innecesarias y es por ello que en las líneas siguientes sólo abarcaremos casos concretos de nuestro Código Civil sobre el derecho de retención.

Las diversas instituciones en las que el legislador autoriza el derecho de retención en nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal son:

*I. Posesión.*

Artículo 810. El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio tiene los derechos siguientes:...

II. El que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles *teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que se haga el pago;*...

¿Quién es poseedor de buena fe?

Artículo 806. Es poseedor de buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer.

También el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho...entiéndese por título la causa generadora de la posesión.

Artículo 817. Son gastos necesarios los que estén prescritos por la ley y aquellos en los que la cosa se pierde o desmejora.

Artículo 818. Son gastos útiles aquellos que, sin ser necesarios, aumentan el precio o producto de la cosa.

Artículo 819. Son gastos voluntarios los que sirven sólo al ornato de la cosa o al placer o comodidad del poseedor.

Artículo 820. El poseedor debe justificar el importe de los gastos a que tenga derecho; en caso de duda, se tasarán aquéllos por peritos.

En éste caso, el legislador es muy claro pero a la vez limitativo, ya que señala que *la retención se reduce a los poseedores de buena fe y para dos tipos de mejoras sobre la cosa poseída; siendo también importante el recalcar que sólo se concede el derecho de retención tratándose de poseedores a título traslativo de dominio.* Esto nos haría suponer que en los demás casos, es decir, en los contratos no traslativos de dominio el legislador regularía la procedencia del derecho de retención, situación que no sucede de manera general.

Cuestión también de considerable importancia, es que el Código Civil prevé esta retención para el caso de que el poseedor de buena fe a título traslativo de dominio se vea privado de la posesión, en virtud de una reivindicación, con posterioridad a la entrada de la misma. Situación evidente, ya que nadie se puede retener a sí mismo por la simple y sencilla razón de que la retención presupone un crédito a favor del retentor.

## 2. COMPRAVENTA.

*Artículo 2286. El vendedor no está obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no ha pagado el precio, salvo que en el contrato se haya señalado un plazo para el pago.*

Este artículo siempre ha sido la base para la confusión doctrinal entre el derecho de retención y la excepción de contrato no cumplido. Nosotros creemos que no tiene porque alimentarse más aquella discusión, ya que la distinción entre ambas figuras es muy clara (ver el capítulo respectivo) y el precepto antes citado puede ser fundamento de ambos institutos, siendo la distinción propia de las figuras citadas más no del artículo multicitado.

Evidentemente si el vendedor NO ESTA OBLIGADO A ENTREGAR LA COSA VENDIDA la puede retener, ya que una cosa es consecuencia de la otra; es decir, si la propiedad ya se transmitió por mero efecto del contrato (artículo 2014 y 2015 del código civil) el vendedor ya no es dueño de la cosa pero si es -por efectos del contrato- titular de un derecho de crédito que es cobrar el precio y que es además el fundamento de la retención. El hecho de que en última instancia decida el juez, no significa que estemos hablando de una excepción de contrato no cumplido, sino que eso solamente sucederá cuando ya se hubiera iniciado un juicio y en éste

figura como actor el comprador. La excepción de contrato no cumplido -que presupone un juicio- en éste caso tendrá por contenido a la retención, pero no porque sean lo mismo, ya que la retención se tenía desde antes del procedimiento judicial y por si fuera poco la excepción de contrato no cumplido MIRA A LAS OBLIGACIONES DEL CONTRATO Y NO A LAS COSAS COMO LA RETENCION.

Artículo 2287. Tampoco está obligado a la entrega, aunque haya concedido un termino para el pago, si después de la venta se descubre que el comprador se haya 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 al plazo convenido.

Este es un especialísimo caso de derecho de retención que el legislador en esta circunstancia peculiar ha querido conceder, pero que en este sentido técnico y estricto no lo es, ya que el derecho de retención presupone un CREDITO EXIGIBLE ya que de lo contrario cualquier temor o presunción que de manera unilateral se interpretaran, sería fundamento suficiente para retener.

En pocas palabras aquí no encontramos una retención porque no hay incumplimiento sino una simple presunción.

Artículo 2295. Si ocurre duda sobre cuál de los contratantes deberá hacer primero la entrega, uno y otro harán el depósito en manos de un tercero.

Sin discusión alguna en este caso no existe derecho de retención, ya que *no se sabe siquiera qué Crédito es exigible primero, a tal grado que hay un actuar en relación a un tercero y no a uno propio que implicaría una retención.*

### 3. PERMUTA.

En términos del artículo 2331 del Código Civil, los mismos casos y comentarios hechos a propósito de la compraventa deben hacerse en relación a la permuta. Dicho precepto legal a la letra dice:

Artículo 2331. Con excepción a lo relativo al precio, son aplicables a este contrato las reglas de la compraventa, en cuanto no se opongan a los artículos anteriores.

### 4. ARRENDAMIENTO.

En algunos estudios profesionales (tesis) se ha afirmado que el arrendador goza del derecho de retención para el caso en el que se le haya entregado alguna suma de dinero como anticipo de rentas, que en tanto no se haya verificado un no pago por parte del arrendatario tendrá el carácter de depósito -en la práctica-.

Nuestra opinión es totalmente contraria, ya que no hay fundamento legal alguno para afirmar que el arrendador o el arrendatario gozan del derecho de retención; además, en la práctica ante el incumplimiento del arrendatario las cantidades depositadas las aplica automáticamente (posible compensación) el arrendador al pago y no es que sobre de ellas se ejerza una retención, ya que ésta jamás conduce al pago, cuestión que si sucede en el caso de anticipos para posibles incumplimientos en el pago de las rentas. Lo que pretende el arrendador es no cobrar judicial o extrajudicialmente las rentas debidas y no pagadas, para tal efecto tendríamos que estar a los pactos entre las partes en los contratos respectivos, siendo dudosa la procedencia de una compensación por los caracteres propios de los créditos que deben ser líquidos y exigibles. ¿? Artículo 2422.

Los únicos preceptos legales dentro de nuestra legislación civil vigente de los cuales NO se desprenden casos del derecho de retención sino simples aproximaciones al mismo son:

Artículo 2422. Si al terminar el arrendamiento hubiere algún saldo a favor del arrendatario, el arrendador deberá devolverlo INMEDIATAMENTE, a no ser que tenga algún derecho que ejercitar contra aquél; en éste caso depositará judicialmente el saldo referido. (derogación a la regla general de compensación)

Sin lugar a dudas, el precepto anterior contempla el caso de las cantidades entregadas en depósito en favor del arrendador para el caso de que se verifique un NO pago de rentas (incumplimiento del arrendatario).

Tal vez este sea el artículo con el que algunos pretenden encontrar en el arrendamiento un derecho de retención en favor del arrendador, ya que si lo interpretamos literalmente, resulta que el arrendador *no tiene obligación* de devolver saldos al arrendatario; y por tanto puede retener. Si interpretamos de esta manera el precepto citado resultará que si hay derecho de retención a favor del arrendador, PERO NO ES ASI ya que el arrendador no retiene por la obligación misma de depositar judicialmente el saldo en cuestión.

NUESTRA OPINION:

*Al efectuar el depósito el arrendador ante el tribunal, en ese mismo momento, deducirá las acciones correspondientes a las que crea tener derecho para cobrar al arrendatario, condenando el juez -si así procediera- el pago a cargo del arrendatario. Pero aquí no hay retención alguna ya que las cantidades están depositadas no obrando en poder del arrendador y además el juez no está reconociendo la retención ya que ésta no existe, es el tribunal mismo el que las conserva como un medio -mas no*

*una retención- para facilitar el pago en favor del arrendador para el caso de que se condene al arrendatario y éste no pague en los términos de la sentencia respectiva.*

En pocas palabras, de existir en el precepto citado la retención, las cantidades las podría retener el arrendador y conservar (porque eso es retener) incluso después de dictarse sentencia, ya que ésta además de condenar reconocería una retención mas no un depósito.

Finalmente, éste artículo encierra un amplio beneficio para el arrendador, ya que habla de algún derecho que ejercitar contra el arrendatario, lo cual no solamente abarca rentas vencidas sino posibles desmejoras del bien objeto del contrato por ejemplo.

Artículo 2428. Lo dispuesto en el artículo 2422 respecto al arrendador, regirá en su caso respecto del arrendatario.

Es cierto, que es un poco más difícil aplicar este precepto en favor del arrendatario. Tal vez un caso sería, cuando el arrendatario cubre mejoras a cargo del arrendador, como en el caso del artículo 2416.

Pero insistimos, éstos son mas bien medios para facilitar el cobro de créditos en favor del arrendador o del arrendatario.

Artículo 2993. Con el valor de los bienes que se mencionan serán pagados preferentemente:

VIII. El crédito del arrendador, con el precio de los bienes muebles embargables que se hallen dentro de la finca arrendada o con el precio de los frutos de la cosecha respectiva si el predio fuera rústico.

### 5. *COMODATO.*

Artículo 2509. Tampoco tiene derecho el comodatario para retener la cosa a pretexto de lo que por expensas o por cualquiera otra causa le deba el dueño.

No deberíamos hacer comentario alguno al precepto legal antes transcrito, ya que es evidente que el comodatario en ningún caso goza del derecho e retención sobre la cosa dada en comodato. Este artículo es consecuencia del Artículo 2508 que a la letra dice: El comodatario no tiene derecho para repetir el importe de los gastos ordinarios que se necesiten para el uso y conservación de la cosa prestada.

¿Porqué el legislador niega de manera expresa el derecho de retención al comodatario?

Creemos que la respuesta es obvia:

El contrato de comodato es gratuito para el comodatario, y es por ello que el legislador considera que los gastos que deriven del uso establecido en beneficio del comodatario sean cubiertos por él mismo, ya que sería absurdo que aún después de ser un contrato gratuito el comodante tuviera que desembolsar en beneficio de otro cuando es el propio uso dado por el comodatario el que ha causado los gastos referidos; sería tanto como cubrir o soportar una causa ajena.

Tal vez éste sea el único contrato en el que pudiéramos justificar la ausencia del derecho de retención.

## 6. DEPOSITO.

Artículo 2530. Cuando el depositario descubra o pruebe que es suya la cosa depositada, y el depositante insista en sostener sus derechos, debe ocurrir al juez pidiéndole orden para retenerla o para depositarla judicialmente.

En sentido estricto no se configuraría una retención, ya que la cosa ciertamente le es debida al depositario-propietario PERO EN VIRTUD NO DEL VINCULO JURIDICO derivado del contrato de depósito sino de su derecho de propiedad. Falta un elemento indispensable de configuración de la retención que a saber es: EL CREDITO que tenga origen en el mismo vínculo contractual (conexión jurídica)

Este precepto legal evidentemente se refiere al caso en el que el depositario pretende reivindicar una cosa propia que si bien es cierto que la tiene en su poder, también es cierto que la tiene bajo un título o causa legal distinta a la propiedad que le corresponde; y en el entendido de que nadie puede hacerse justicia por si mismo, debe ocurrir ante el juez para que éste -en ultima instancia- decida si es fundada o no la pretensión del depositario en el sentido de que la cosa es suya.

Ahora bien, este artículo, no solamente se refiere a descubrir que la cosa es propia del depositario, por que si así fuera éste podría recuperarla de manos de un poseedor derivado el cual tiene la posesión en virtud de un contrato por el que se le transmitió el uso y/o disfrute de la cosa, y si bastara -repetimos- demostrar que la cosa es propia, en cualquier momento el propietario podría incumplir aquel otro contrato.

Es por estas razones que el legislador de manera obvia y esperada dispone que sea la autoridad judicial la que resuelva en última instancia, ya

que el depositante alegará la posesión derivada que le favorece en virtud de un negocio jurídico previo entre él y el depositario-propietario.

Así por ejemplo, el comodatario puede dar en depósito el bien objeto del préstamo por razones de conservación o por el NO uso del mismo por un determinado tiempo -en el caso de que se hubiera pactado plazo y este no haya vencido aún (artículo 2511)-, ya que el código civil no exige dentro de los elementos personales de dicho contrato el que el depositante sea propietario de la cosa; si por X ó Y razones el depositario fuera el mismo propietario, este no podrá -so pretexto de su nuevo carácter contractual- retener y reivindicar la cosa, ya que no procedería la reivindicación por no darse dos de los tres elementos de la misma: la desposesión, fundada en hecho ajeno o extraño al propietario y la propiedad de la cosa.

Artículo 2533. El depositario NO PUEDE RETENER LA COSA, aún cuando al pedírsela no haya recibido el importe de las expensas a que se refiere el artículo anterior; pero si podrá, en este caso, si el pago no se le asegura, pedir judicialmente la retención del depósito.

Artículo 2532. El depositante está obligado a indemnizar al depositario de todos los gastos que haya hecho en la conservación del depósito y de los perjuicios que por él haya sufrido.

A la luz de estos dos artículos se presenta como verdaderamente injusta la situación de que estando obligado el depositante a dejar indemne al depositario y siendo un contrato establecido de manera principal en su beneficio NO se le reconozca plenamente la retención al depositario que se coloque en las situaciones del artículo 2532.

Decimos *plenamente*, porque de suyo si se le reconoce la retención al depositario, pero debiendo ocurrir al juez para que este OTORGUE la

retención, cuando la autoridad judicial debe limitarse a RECONOCER la retención.

El artículo a todas luces es contradictorio, ya que en un primer momento el legislador niega el derecho de retención, pero después lo otorga siempre que no habiéndose asegurado el pago se pida judicialmente la retención, lo cual es absurdo ya que esto presupone el resistir la entrega de la cosa en tanto el juez NO resuelva sobre el particular, en el entendido que cualquier otra situación implicaría dejar el cumplimiento del contrato bajo el arbitrio y decisión del depositante exclusivamente.

Por otro lado, resultaría absurdo que el juez dictara sentencia otorgando la retención pero ya no estando la cosa en poder del depositario, lo cual implicaría que no hay materia para hacer efectiva la sentencia a menos de que se condenara a la entrega del depósito al depositario para que este lo retuviera y posteriormente demandara el pago de los gastos y perjuicios referidos, lo cual es evidentemente imposible, inútil y absurdo ya que la sentencia debe condenar al depositante al pago y ante el incumplimiento la sentencia misma es título suficiente para iniciar un procedimiento coactivo de cobro.

Artículo 2534. Tampoco puede retener la cosa como prenda que garantice otro crédito que tenga contra el depositante.

Este artículo puede ser interpretado en dos sentidos:

A. Este artículo se refiere a otro tipo de créditos que el depositario tenga en contra del depositante en virtud de otro vínculo contractual o extracontractual.

No creemos que esta sea la interpretación correcta ya que esto es obvio, no puede haber retención si no hay una misma relación de la cual

derive el crédito que justifique asimismo la retención, sería tanto como si el vendedor retuviera la cosa vendida porque el comprador le debe un mes de renta respecto de otro bien.

Más bien este artículo se refiere a:

B. El depositario no goza del derecho de retención más que en los casos derivados del artículo 2532 ya antes citado y transcrito.

Así pues, por ejemplo, si el depositario tiene derecho a una retribución ya sea en términos del artículo 2517 o porque así se pactó, NO podrá ante la falta de pago de los mismos, retener la cosa dada en depósito; situación que criticamos.

#### *7. MANDATO.*

Artículo 2579. El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los dos artículos anteriores.

Artículo 2577. El mandante debe anticipar al mandatario, si este lo pide, las cantidades necesarias para la ejecución del mandato.

Si el mandatario las hubiere anticipado, debe reembolsarlas el mandante, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario.

El reembolso comprenderá los intereses de la cantidad anticipada, a contar desde el día en que se hizo el anticipo.

Artículo 2578. Debe también el mandante indemnizar al mandatario de todos los daños y perjuicios que le haya causado el cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del propio mandatario.

Creemos que es correcto el criterio por el que el legislador ha concedido el derecho de retención al mandatario, pero lo que criticamos es que lo limita sólo a dichos créditos cuando debiera ampliarlo a los demás créditos derivados del mismo vínculo jurídico contractual producido por el contrato de mandato.

#### **8. OBRA A PRECIO ALZADO.**

**Artículo 2644.** El constructor de cualquier obra mueble tiene derecho de retenerla mientras no se le pague, y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra.

Este artículo tiene íntima e indisoluble relación con el artículo 2993 fracción tercera que a la letra dice:

*"Con el valor de los bienes que se mencionan serán pagados preferentemente:*

*III. Los créditos a que se refiere el artículo 2644, con el precio de la obra construida;..."*

Recordemos que la preferencia tiene razón de ser cuando hay un concurso y NO hay bienes suficientes para pagar a todos los acreedores o cuando con fundamento en el artículo 2644 demanda el acreedor el pago y ante la negativa pide el embargo y la venta del bien.

### 9. PORTEADORES Y ALQUILADORES.

Artículo 2662. El crédito por fletes que se adeudaren al porteador, será pagado preferentemente con el precio de los efectos transportados, si se encuentran en poder del acreedor.

Evidentemente en este contrato el legislador no otorga en favor del acreedor el derecho de retención, sino solamente una preferencia para el caso de no pago de fletes y siempre y cuando los efectos transportados estén en poder del acreedor.

Al igual que el contrato de obra a precio alzado, el artículo 2993 en su fracción V señala que :

*"... Con el valor de los bienes que se mencionan serán pagados preferentemente:*

*V. El crédito por fletes, con el precio de los efectos transportados, si se encuentran en poder del acreedor..."*

Recordemos que este último precepto legal se refiere a una situación de concurso, ya que fuera de él será aplicable el artículo 2662 de igual manera que en el contrato comentado en el numeral anterior.

Independientemente de todo esto, en el contrato de transporte NO hay derecho de retención en favor alguna de las partes.

### 10. HOSPEDAJE.

Artículo 2669. Los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje; a este efecto, los dueños de los establecimientos donde se hospedan podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado.

Creemos que en este contrato es donde el legislador concede un derecho de retención que se justifica de manera clara, mostrando una utilidad ya que va acompañado de una preferencia, la cual a su vez conlleva a la venta de los referidos bienes y con su producto, es decir con el precio, pagar lo adeudado.

Pero debemos dejar claro que la situación en comento no es producto del derecho de retención, sino de una vinculación de éste con una preferencia de ley.

Al igual que los contratos anteriores, también se goza de una preferencia no solo fuera del concurso sino también dentro de él en virtud del artículo 2993 fracción VI que a la letra dice: *"...Con el valor de los bienes que se mencionan serán pagados preferentemente:*

*VI. El crédito por hospedaje, con el precio de los muebles del deudor que se encuentran en la casa o establecimiento donde está hospedado..."*

## *II. SOCIEDAD CIVIL.*

Artículo 2708. El socio excluido es responsable de la parte de pérdidas que le corresponda, y los otros socios pueden RETENER la parte del capital y utilidades de aquél, hasta concluir las operaciones pendientes al tiempo de la declaración debiendo hacerse hasta entonces la liquidación correspondiente.

El legislador ha creído a bien llamar retención al mecanismo contemplado en el artículo previamente transcrito.

Nosotros consideramos que no hay tal retención, como derecho y con los elementos que le son propios, los cuales han quedado estudiados en el presente trabajo; sino que más bien hay una retención de carácter y de

naturaleza meramente material, ya que NO debemos olvidar que la retención sólo existe y se justifica cuando EXISTE UN CREDITO que se ha incumplido.

El artículo invocado claramente señala que la supuesta retención se dará desde la exclusión y hasta que concluyan las operaciones pendientes al tiempo de la declaración.

¿Cómo puede existir un crédito incumplido y luego entonces exigible cuando esto todavía no puede saberse por no haber terminado operaciones?

En realidad más que haber una retención -con todos los presupuestos y elementos estructurales que implica-, el legislador está elaborando un MECANISMO DE PREVENCIÓN en beneficio de los posibles acreedores de la sociedad, lo cual se justifica por una simple y sencilla razón:

EL PRINCIPIO DE GARANTIA DEL CAPITAL SOCIAL, el cual sería inoperante si se liquidara la parte social por la simple exclusión de un socio.

## 12. APARCERIA AGRICOLA.

En este contrato el legislador niega expresamente por lo que se refiere al propietario del terreno el derecho de retención, tal y como se desprende del artículo 2747 del código civil y que es del tenor literal siguiente:

*"El propietario del terreno NO TIENE DERECHO DE RETENER, de propia autoridad, todos o parte de los frutos que correspondan al aparcerero, para garantizar lo que éste le deba por razón del contrato de aparcería."*

Opinamos que ante la negación expresa del legislador no hay comentario alguno que realizar, excepto que la única posible razón -y muy justificada- es el hecho de que el legislador, puesto que el aparcerero

generalmente subsiste -al igual que su familia- de los frutos producto del contrato referido, considero que estos últimos no pueden ser objeto de retención, lo cual implica un valor superior que merece más protección que el pago o cumplimiento de las obligaciones; NO obstante el contrato en cuestión es prácticamente inoperante.

## CONCLUSIONES

Y

### PROPUESTAS DE REFORMA.

Consideramos que para realizar la reforma positivo-legal a una institución jurídica debe existir una justificación que le dé sustento suficiente.

No debemos tomar como justificación para realizar propuestas pseudo-originales y carentes de elementos jurídicos (como acostumbra nuestros órganos legislativos) el hecho de que se realicen de manera común reformas por el solo hecho de modificar la ley o desquitar un sueldo o retribución ganadas.

Es por ello que la reforma que más adelante se propondrá no va más allá de la realidad que gira en torno al derecho de retención. En pocas palabras: *Las reformas a los cuerpos legales deben hacerse porque así se amerita, es decir, porque así lo exige la práctica, porque su regulación actual no llena las exigencias que su operación fáctica requiere, o no siendo muy operante la figura jurídica a reformar, darle una regulación congruente, sistemática y que se aleje de las contradicciones.*

Debemos recordar que la codificación y el constitucionalismo (el primero en el ámbito privado y el segundo en el ámbito político) presuponen las ideas de la sistematización y de la conceptualización como un medio por el que el Estado monopoliza la creación del derecho.

Así pues, el derecho se entiende como un sistema, es decir, un todo y ante esto, la falta de regulación congruente y sistemática -repetimos- de una institución es causa suficiente para su reforma, no siendo el desconocimiento

de su existencia y consecuente operación práctica mínima, elemento suficiente para su desaparición.

Como consecuencia de la idea codificadora todo se pretende ver como un sistema y el Estado busca de manera previa, general, abstracta y-o impersonal regular cualquier situación posible, esto lo logra mediante los cuerpos legislativos -códigos- de ahí pues, -finalmente- que esta conceptualización y codificación sean suficientes para lograr con éxito una reforma, cosa que hoy nuestros legisladores no entienden por completo.

No seremos redundantes al repetir cada uno de los comentarios hechos en la presente tesis, por lo tanto sólo enunciaremos las conclusiones y propuestas de reforma:

*1. El legislador se limita a otorgar o conceder el derecho de retención en casos concretos y esporádicos, carentes de sistematización o un común denominador; reconociendo esto como origen los mismos antecedentes históricos (Roma) del derecho de retención. (ver capítulo II)*

*2. El Código Civil para el Distrito Federal no define lo que es el derecho de retención, en virtud de que no se ha dado una regulación general y sistemática al mismo, en el entendido de que las definiciones arrojan los elementos esenciales de una institución y de ahí que tengamos que recurrir a la doctrina para determinar el mismo.*

*3. El fundamento del derecho de retención no es otro sino la equidad, y más aún, en el mundo contractual, el viejo principio PACTA SUNT SERVANDA ya que como se dijo en el capítulo II de la presente tesis*

***“Quien pretende la satisfacción de sus derechos debe cumplir al propio tiempo sus obligaciones”.***

4. *No deben tacharse de inconstitucionales los preceptos legales que otorgan o conceden el derecho de retención, ya que este no es un acto de justicia privada por las razones expuestas en el apartado segundo del presente trabajo.*

5. *Al hablar de naturaleza jurídica del derecho de retención no debemos limitarnos al mundo de los derechos reales ni de los personales, sino que por el contrario, nada impide que exista un derecho con caracteres y-o cualidades propias (ver capítulo III), como en el caso del derecho de retención.*

6. *No debe tolerarse una aplicación extensiva o por analogía del derecho de retención a cualquier caso no previsto en ley, por lo menos en la regulación actual del mismo, ya que de otra manera las partes en violación del artículo 1797 del Código Civil a su arbitrio podrían retener, y por otro lado, una resolución jurisdiccional en dicho sentido faltaría al principio de legalidad jurisdiccional, ya que el derecho de retención es una excepción a la obligación general de devolver un bien, lo cual limita su campo de acción en términos del artículo 11 del Código Civil para el Distrito Federal.*

7. *El derecho de retención, al ser parte de un sistema o todo llamado derecho debe guardar relación y parecido con otras figuras o instituciones jurídicas y con algunos de ellas puede hasta cierto punto confundirse, pero nunca fundirse con ellas ya que tiene naturaleza propia y elementos*

*distintivos que le hacen diferente a la excepción de contrato no cumplido, al pacto comisorio, etcétera.*

8. *En las diversas instituciones jurídicas en las que el legislador reconoce el derecho de retención en el Código Civil para el Distrito Federal, existen diversas razones aportadas por aquél para reconocerlo, pero en algunos casos como el depósito no entendemos su negación, en otros como el comodato o aparcería agrícola sí entendemos su negación. (ver el capítulo anterior)*

9. *Es claro que el legislador utiliza de manera incorrecta la expresión "retener en prenda" en algunos casos de retención, lo cual tiene un significado meramente literal, ya que el retentor -como ha quedado expuesto en su oportunidad- no tiene la titularidad de un derecho real como la prenda y la hipoteca sino solamente una protección material de su crédito que en lo más mínimo no tiene caracteres de garantía real.*

10. *El retentor es un poseedor a título especial: Poseedor a título de retención, y como poseedor que es puede recurrir a los interdictos que protejan su posesión.*

11. *La retención no otorga o concede más atributos al retentor que la retención misma, de tal suerte que el retentor no goza de una garantía real como la prenda o la hipoteca, ya que la retención no es un medio de pago o de satisfacción del crédito base de la misma.*

12. *Al no ser la retención un derecho real (sino un derecho con naturaleza propia) este no posee las cualidades propias de reipersecutoriedad o de realización del valor del objeto retenido.*

*En la práctica, la hipoteca y la prenda (en el ámbito real) así como la fianza (en el ámbito personal) han demostrado ser garantías con cualidades suficientes para respaldar el cumplimiento de las obligaciones con ella garantizadas.*

*Es por estas dos razones que creemos que no es necesario convertir a la retención en un derecho real, ya que esto no es exigido en lo más mínimo en la práctica y por el contrario, si la retención fuera convertida en un derecho real limitaría o entorpecería la libre circulación de los bienes incluso por deudas de baja cuantía, además de que su mecanismo de operación necesariamente tendría que vincularse con la prenda o la hipoteca según se tratara de bienes muebles o inmuebles.*

*Por tanto: El convertir a la retención en un derecho real sería exagerado e innecesario.*

13. *Según se desprende del aportado anterior (análisis del Código Civil para el Distrito Federal) el derecho de retención debe ser regulado de manera sistemática y general en la Teoría General de las Obligaciones, para justificar su existencia y no contradicción en los casos en los que debe operar conforme a la ley.*

14. *El derecho de retención sólo puede perjudicar a los terceros del bien (en beneficio del retentor) si llega a demostrarse la mala fe de estos, o a través de la publicidad propia del Registro Público de la Propiedad, con el único efecto de poder hacer valer la excepción en contra de aquellos, en tanto no se satisfaga el crédito, ya que de lo contrario la retención podría*

*ser burlada en detrimento del retentor, haciendo ilusorio el derecho de retención.*

15. *La retención debe extenderse a frutos y/o productos de la cosa retenida, ya que de lo contrario el deudor retenido podría exigirlos aprovechándose con ello de la cosa, de la misma forma que si estuviera en su poder y desapareciendo cualquier presión que motive el pago del crédito debido.*

16. *El derecho de retención puede ejercitarse judicial o extrajudicialmente, teniendo como una de sus tantas manifestaciones una conducta pasiva del retenedor en el sentido de no devolver la cosa, lo cual lo confunde con la excepción del contrato no cumplido; pero sus diferencias han quedado delimitadas en el capítulo respectivo.*

17. *El derecho de retención cuando sea inscribible en el Registro Público de la Propiedad (en los términos de las propuestas de reforma que adelante exponemos) creemos que debe hacerse como una anotación preventiva, ya que el derecho de retención no afectará de manera definitiva el bien objeto de la misma, pero en términos del artículo 3044 del Código Civil, si perjudicará a los adquirentes del bien posteriores a la fecha de la anotación, y además, conforme al artículo 3045 del mismo ordenamiento el bien puede enajenarse o gravarse por el titular registral sin perjuicio del derecho de la persona (que en este caso es el retentor) a cuyo favor se ha hecho la anotación.*

18. *Por último, creemos que el derecho de retención sólo debe negarse en el caso del comodato y la aparcería rural por las razones expuestas en el apartado anterior.*

Por todas estas razones proponemos una regulación general del derecho de retención en la materia de obligaciones (por ser un medio de protección al acreedor) y reconocerse algunas excepciones en materia de contratos, según el que se trate.

Proponemos las siguientes reformas legislativas a nuestro Código Civil vigente para el Distrito Federal:

LIBRO 4o.  
DE LAS OBLIGACIONES.  
PRIMERA PARTE.  
DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL....

TITULO II BIS.  
"DE ALGUNOS MEDIOS DE PROTECCION AL ACREEDOR"

Artículo 1949...

...Artículo 1952 A. El derecho de retención es aquel derecho en virtud del cual el deudor a la entrega de una cosa puede retenerla en su poder sin más atributos que la retención misma, en tanto no le sea satisfecho por el acreedor a la entrega del bien un crédito relacionado con la cosa misma o

que derive del mismo vínculo jurídico del que ha nacido la obligación de devolver la cosa.

El derecho de retención sólo puede nacer de una conexión jurídica o de una conexión material.

Se entiende conexión jurídica la que deriva del hecho de que la obligación de devolver la cosa y el crédito base de la retención tengan su origen en un mismo vínculo jurídico contractual.

Se reputa conexión material la relación que hay entre la obligación de devolver la cosa y el crédito base de la retención originado por gastos o erogaciones sobre la cosa retenida en los términos de los preceptos legales que autoricen la retención en estos casos.

Artículo 1952 B. Fuera de los casos expresamente previstos por la ley, el acreedor gozará del derecho de retención si su crédito es cierto y exigible, salvo los casos en los que de manera expresa en la materia de los contratos en especial, se niegue el mencionado derecho de retención.

Artículo 1952 C. El derecho de retención puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles.

Artículo 1952 D. El derecho de retención produce efectos frente al deudor retenido, frente a los herederos de este y frente a terceros en los términos que en este artículo se señalan.

Frente al deudor retenido, el acreedor retentor puede resistir la entrega del bien judicial o extrajudicialmente cuando le sea requerida en tanto no le sea satisfecho el crédito base de la retención.

El mismo efecto señalado en el párrafo anterior produce la retención frente a los herederos del deudor retenido.

Frente a terceros:

I. Si el derecho de retención recae sobre bienes muebles, el retentor sólo podrá oponer la excepción derivada del derecho de retención en orden a conservar la posesión del bien, a un tercer adquirente de mala fe.

II. Si la retención recae sobre bienes inmuebles, para que sea oponible a terceros adquirentes del bien esta deberá estar inscrita en el Registro Público de la Propiedad o en su defecto deberá probarse la mala fe del tercero adquirente del bien.

Artículo 1952 E. Para los efectos de lo dispuesto en el artículo anterior se entiende por mala fe el conocimiento que tenga el tercero adquirente del bien de la existencia de la retención, pudiendo el acreedor retentor, para efectos de demostrarla, iniciar un juicio de cobro del crédito de la retención u oponer excepción en dicho sentido en el juicio de reivindicación respectivo.

Artículo 1952 F. Si durante la retención la cosa produce frutos, el retentor puede retenerlos hasta la total satisfacción del crédito, siendo responsable de los frutos y productos que se dejen de percibir por su culpa.

Artículo 1952 G. La retención no interrumpe ni suspende el plazo para la prescripción del crédito base de aquella.

Artículo 1952 H. Para los efectos del artículo 1952 D, el acreedor retentor puede acudir al juez, o en el juicio de cobro respectivo pedir la inscripción de la retención en el Registro Público de la Propiedad.

Artículo 1952 I. El derecho de retención es indivisible y por tanto, el acreedor puede retener hasta el completo pago, todas las cosas afectas a su derecho de retención aunque el deudor le haya satisfecho parte del crédito.

Artículo 1952 J. La retención no puede ejercerse sobre bienes que al momento de recibirse por el acreedor estén destinados a ser entregados o depositados a otra persona.

Artículo 1952 K. El derecho de retención se ejercita extrajudicialmente resistiendo la entrega del bien y judicialmente como excepción que se opone a la acción destinada a conseguir la entrega del bien.

Artículo 1952 L. El derecho de retención se extingue:

I. Por extinción del crédito principal que le dio origen, incluyendo la prescripción extintiva del mismo, tomándose en cuenta lo que dispone el artículo 1952 G.

II. Por pérdida de la cosa, en el entendido de que el crédito que era base de la retención queda subsistente.

III. Por la renuncia expresa o tácita del retentor.

Es expresa la renuncia cuando el retentor la hace de manera clara y precisa sin formalidad alguna.

La renuncia será tácita cuando el retentor entregue el bien al acreedor o cuando de sus actos u omisiones resulte su intención de renunciar al derecho de retención.

La pérdida de la posesión de la cosa retenida cuando aquella no sea voluntaria no extingue la retención ya que el acreedor retentor puede recuperar la posesión mediante el ejercicio de los interdictos posesorios.

**Se reforma lo siguiente:**

Artículo 3043...

...IX. El derecho de retención sobre bienes inmuebles.

X. Cualquier otro...

En materia de depósito:

Artículo 2533. DEROGADO; ya que no encontramos razón alguna del condicionamiento de la retención en este contrato y por el contrario, si se dan justificantes para otorgarlo, tales como que el contrato está establecido en beneficio del depositante y que este tiene obligación en términos del artículo 2532 del Código Civil de dejar indemne al depositario.

En materia de mandato:

Artículo 2579. El mandatario podrá retener las cosas objeto del mandato...*ASI COMO EN EL CASO EN QUE SE LE ADEUDE ALGO EN VIRTUD DEL CONTRATO DE MANDATO.*

## **BIBLIOGRAFIA GENERAL.**

### **LIBROS:**

- Arellano García, Carlos. "Teoría General del Proceso". 2ª edición, Editorial Porrúa, México, 1984.
- Becerra Bautista, José. "El Proceso Civil en México". 12ª edición, Editorial Porrúa, México, 1986.
- Bejarano Sánchez, Manuel. "Obligaciones Civiles". 3ª edición, Editorial Harla, México, 1992.
- Beltrán de Heredia de Onis, Pablo. "El Derecho de Retención en el Código Civil Español". Universidad de Salamanca. Salamanca, España, 1955.
- Bonnacase, Julien. "Elementos de Derecho Civil". Tomo III, Editorial J.M. Cajica, Puebla, México.
- Borja Soriano, Manuel. "Teoría General de las Obligaciones". 12ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
- Castan Tobeñas, José. "Derecho Civil Español Común y Federal". Tomo III, "Derecho de Obligaciones", duodécima edición, Editorial Reus S.A. Madrid, España, 1978.
- Domínguez Martínez, Jorge Alfredo. "Derecho Civil". 3ª edición, Editorial Porrúa. México, 1992.
- Gutiérrez y González, Ernesto. "Derecho de las Obligaciones". 6ª edición, Editorial Cajica. Puebla, México, 1987.
- Ibarrola, Antonio de. "Cosas y Sucesiones". 7ª edición, Editorial Porrúa, México, 1991.
- Iglesias, Juan. "Derecho Romano". 10ª edición, Editorial Ariel. Madrid, España, 1990.
- López de Hano, Carlos. "El Derecho de Retención". Editorial Reus. Madrid, España, 1921.

- López y López, Angel. "Retención y Mandato". Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1976.
- Ovalle Fabela, José. "Derecho Procesal Civil". 2ª edición, Editorial Harla. México, 1985.
- Palomar de Miguel, Juan. "Diccionario para Juristas". Ediciones Mayo, 1981.
- Planiol, Marcel. "Tratado Elemental de Derecho Civil". Volumen III, Tomo VI, Editorial Porrúa. México, 1948.
- Sánchez Medal, Ramón. "De los Contratos Civiles". 9ª edición, Editorial Porrúa, México, 1988.
- Venegas Rodríguez, Ruben. "El Derecho de Retención". Editorial Nascimento, Chile, 1949.

#### **REVISTAS DE DERECHO:**

- "Revista del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario". "Naturaleza del Derecho de Retención". número 451. Bogotá, Colombia. marzo-mayo 1960.
- "Revista de Derecho y Ciencias Políticas". "El Derecho de Retención". Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Año XII, número I. Lima, Perú, 1948.
- "Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales". "Derecho de Retención". Tomo V. San José, Costa Rica, enero-octubre, 1945.