



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO  
FACULTAD DE DERECHO

## El Derecho de Retención

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A

**Enrique Giles Alcántara**

MEXICO, D. F.

1968

**1395**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



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

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

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

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

**A mis padres**  
**Señor Rubén Giles Díaz**  
**Señora Elena Alcántara de Giles**

**A mis hermanos**  
**Rogelio**  
**Arturo**  
**Rosa Elena**  
**María Antonieta**

**A los señores licenciados**

**Miguel Alemán Velasco  
Jorge J. Flateau, Jr.  
Jesús Bringas Ceballos  
Arturo Reina Celaya**

**A los señores**

**Ing. Emilio Zafra O.  
Romeo Raini C.**

**Al señor**

**Miguel Guajardo B.**

**A la señorita**

**Patricia Bringas Belina**

## INTRODUCCION

### TITULO PRIMERO

#### CAPITULO I

#### CONCEPTO Y DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS AFINES

- I. - Concepto
- II. - Diferencias con otras figuras jurídicas afines

a) De la Prenda    b) De la Compensación    c) De los Medios de Coacción y Ejecución    d) De la exceptio -- non Adimpleti Contractus

### TITULO SEGUNDO

#### ANTECEDENTES HISTORICOS Y LEGISLACION CAPITULO I

#### DERECHO ROMANO

- I. - Concepto
- II. - Campo de Aplicación

a) En la Accessión    b) En la Specificatio    c) En el - Comodato    d) En el Depósito    e) En el deudor de una Obligación de dar    f) En la Dote    g) En la Prenda

## CAPITULO II

### DERECHO FRANCES

- I.- Derecho de Retención en el Código Civil Francés
  - II.- Jurisprudencia
  - III.- Doctrina
1. El Dominio de Aplicación y los Efectos del Derecho de Retención en los Grandes Comentadores al Código Civil Francés.
  2. El Dominio de Aplicación y los Efectos del Derecho de Retención en los Intérpretes Contemporáneos del Código Civil Francés.
    - a) Colin y Capitant
    - b) Planiol y Ripert
    - c) Henri y León Mazeaud
    - d) Julian Bonnet
  3. La Naturaleza Específica del Derecho de Retención según la Doctrina Francesa.
    - a) Derecho Personal
    - b) Derecho Personal sui géneris
    - c) Derecho Real
    - d) Crédito Quirográfico dotado con Prenda Especializada

## CAPITULO III

### DERECHO ALEMAN

- I.- Concepto
- II.- Campo de Aplicación
- III.- Presupuesto del Derecho de Retención según el Código Civil Alemán

## C A P I T U L O   I V

### DERECHO SUIZO

- I. - Definición Legal
- II - Campo de Aplicación
- III - Condiciones de Ejercicio
- IV - Casos de Excepción
- V. - Efectos



**TITULO TERCERO  
DERECHO CIVIL MEXICANO  
CAPITULO I**

**CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MORELOS**

- I.- Definición Legal
- II.- Campo de Aplicación
- III.- Efectos

**CAPITULO II  
CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRIT  
RIOS FEDERALES DE 1928**

- 1.- Campo de Aplicación del Derecho de Retención
  - I.- Derecho de Retención en el Campo Extracontractual
    - a) Derecho de Retención del Poseedor de Buena Fé
    - b) Derecho de Retención del Adquirente de Buena Fé de una cosa robada o perdida
    - c) Derecho de Retención del Especificador
- 2.- Derecho de Retención en el Campo Contractual
  - a) Del vendedor
  - b) Del comprador
  - c) Del permutante
  - d) Del arrendador
  - e) Del depositario
  - f) Del mandatario
  - g) Del empresario
  - h) Del porteador
  - i) Del hospedero
  - j) Del aparcerero
- 3.- Casos en que se niega expresamente el Derecho de Retención
  - a) Al Depositario
  - b) Al Comodatario
  - c) Al Propietario del Terreno Dado en Aparcería

4.- La Aplicación Extensiva del Derecho de Retención

II.- Efectos

III.- Naturaleza Jurídica

IV.- Constitucionalidad

C O N C L U S I O N E S

BIBLIOGRAFIA

INDICE

## I N T R O D U C C I O N

A pesar de que el Derecho Civil ha tenido siglos y siglos de elaboración, existen aún instituciones que no han tenido un debido desarrollo comparadas con otras que han logrado una estructura---ción muy acabada, debido a que entre otras múltiples razones, han sido sustituidas por otras más eficaces, o a que por su deficiente regulación jurídica no han logrado satisfacer las necesidades---prácticas de la realidad social a la cual fueron destinadas, tal---situación se presenta en el llamado Derecho de Retención, garan---tía imperfecta cuya evolución no ha terminado, pues mientras el -pignus romano y la hipoteca, que en un principio no conferían el -jus distraendi, posteriormente adquirieron tal elemento y otras -características como el derecho de preferencia que las elevaron---a la categoría de verdaderos derechos reales; en el Derecho de Re---tención, por el hecho de que el legislador no ha trazado una teo---ría general del mismo, ha quedado en suspenso su desarrollo. Nueg---tro primordial interés, al elegir este tema como tesis, consistió en encontrar la forma y términos en que podría regularse conve---nientemente esta institución en nuestros textos, encontrando en---otras legislaciones o en la Doctrina, pautas o directrices que ---sirvieran de base para hacerlo, antes que realizar un estudio pro---fundo de las disposiciones vigentes (que por cierto son muy esca---sas) o de hacer el titánico esfuerzo del intérprete, para obtener (de donde no existe nada) el común denominador que sirvió de base

al legislador para conceder el derecho de retención y poder aplicarlo a hipótesis no previstas o, para que, mediante una deformada interpretación determinemos que produce efectos frente a terceros en donde el legislador no dispuso nada y darle así a esta institución una aplicación más práctica como sucedió en los antiguos y en los modernos intérpretes del Código Civil Francés, que como el nuestro, resulta deficiente la regulación que hace de esta materia.

Iniciaremos el estudio de este derecho desde su aparición en el derecho romano, para poder comprobar que no han variado mucho ni los casos de retención ni sus peculiares características; haremos especial mención al derecho francés y a la literatura que se ha producido, pues es la legislación con que más analogías guarda -- nuestro Código Civil Vigente para el Distrito y Territorios Federales. El Código Civil Alemán y el Código Federal Suizo de las -- Obligaciones significan un gran adelanto en el desarrollo de esta institución constituyéndose en este último código por los elementos que le otorga, en un verdadero derecho real; y para terminar con el análisis de las diversas legislaciones, pondremos especial interés en el Código Civil para el Estado de Morelos, pues -- creemos fundadamente que es el que debe servir como modelo en la regulación que se haga de esta materia en nuestro Código Civil, -- pues además de solucionar la mayoría de los problemas planteados-

por el Derecho de Retención, se adapta completamente a nuestra -  
realidad social.

En el enfoque que hagamos de nuestro Código Civil, analizaremos -  
concretamente cada uno de los casos de retención en él previstos,  
en donde tendremos oportunidad de observar la irregularidad de su  
tratamiento, señalaremos sus efectos y haremos el esfuerzo de de-  
terminar su naturaleza jurídica para concluir finalmente con el -  
problema de su constitucionalidad.

**TITULO PRIMERO**

**CAPITULO I**

**CONCEPTO Y DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS  
AFINES**

## CAPITULO I

### Concepto y Diferencias con Otras Figuras Jurídicas Afines

#### I. - Concepto

#### II. - Diferencias con otras figuras jurídicas afines

- a) De la prenda
- b) De la compensación
- c) De los medios de coacción y ejecución
- d) De la exceptio non adimpleti contractus

## 1.- C O N C E P T O

El derecho de retención es estudiado dentro de la Teoría de las Obligaciones, como una de las instituciones protectoras del acreedor, pues se le autoriza para no cumplir con su obligación hasta que su deudor a su vez también cumpla, con lo que se obtiene un doble efecto, primero (excepción de obligación no cumplida) evitar una pretensión injusta del que exige primero el cumplimiento sin antes haber cumplido y, segundo, se obtiene por este medio una especie de coacción, una presión sobre la voluntad del deudor para apremiarlo a cumplir con su obligación (derecho de retención), que se ha definido doctrinalmente como "un derecho por virtud del cual una persona, que posee o que detenta una cosa perteneciente a otra, está autorizada para conservarla o retenerla en su posesión o detentación hasta que su propietario le pague lo que le deba con motivo de ella" (1)

Luis Josseland afirma que "el derecho de retención se reduce esencialmente y por su misma definición, al derecho de conservar una cosa cuya entrega se niega" (2). Marcel Planiol afirma que "hay casos en que un acreedor, que detenta una cosa perteneciente a su deudor, puede rehusar restituirla en cuanto que no está pagada, -

(1) Julián Bonnecase -Elementos de Derecho Civil Tomo II Volumen XIV Trad. J. M. Cajica Puebla 1945

(2) Citado por Bonnecase, Ob. Cit. Pág. 131 No. 89



en el concepto de que esa cosa no le haya sido dada en garantía - se dice entonces que tiene el derecho de retención" (3). Hommel define al derecho de retención sin hacer mención de que necesariamente iba retenerse una cosa, sino que cabe la posibilidad de -- retener cualesquiera otra prestación. "Es el derecho dado a un - deudor de retener lo que debe hasta que su acreedor le haya pagado lo que le debe a él" (4)

No desconocemos de que se trata de una garantía imperfecta, pues nuestro derecho no organiza la facultad del retenedor de hacer -- vender la cosa retenida mediante previo aviso dado al deudor como sucede en el Derecho suizo, sino que el acreedor está colocado en una situación de espera, no tiene otro derecho que el de retener su prestación hasta el completo pago alegando una excepción de naturaleza dilatoria con la que paraliza una acción real (caso del poseedor de buena fé que es acreedor de los gastos hechos sobre - la cosa poseída) o una acción personal (como en los demás casos - previstos en nuestra legislación). Es decir, quedó paralizado -- el desarrollo de esta institución sin que se le haya caracterizado como un derecho real como sucedió en otras instituciones protectoras del acreedor, tales como la prenda y en la hipoteca, por lo que estimamos pertinente realizar una reforma en nuestros textos-

(3) Citado por Manuel Borja Soriano. Teoría General de las Obligaciones T.II Pág.169 3a.Ed.Editorial Porrúa,S.A. México 1960

(4) Citado por Manuel Borja Soriano. Ob.Cit. Pág. 169

en el sentido de dar más eficacia a esta medida protectora y evitar las múltiples imprecisiones a que ha dado origen como lo veremos más tarde, en cuanto a sus efectos y oponibilidad frente a -- terceros y en cuanto a su naturaleza real, personal o sui géneris, es decir, de transición entre éste y aquél.

Se advierte en esta institución la aplicación de varios principios tales como el del equilibrio de los patrimonios, el de que nadie puede enriquecerse en detrimento de otro, el del cumplimiento simultáneo de obligaciones recíprocas, y de otro principio más general, el de la equidad, pues es equitativo que el acreedor se rehusa a cumplir con su obligación mientras su deudor a su vez no cumpla con su respectiva obligación. A tal grado se evidencian estos principios de que no es de extrañarnos, que constituyó sin lugar a dudas una de las primeras formas en que los derechos primitivos protegían al acreedor.

## 2.- DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS AFINES

### a).- De la Prenda

Es necesario precisar esta distinción en virtud de que ambas garantías son accesorias de un crédito principal que tienen por objeto retener un bien ajeno hasta en tanto no se cumpla el crédito que garantizan y, además, porque nuestro legislador al conceder el derecho de retención al mandatario y al hostelero establece que -

"retendrán en prenda" las cosas que sob objeto del mandato y los equipajes de los huéspedes, lo que da lugar a confusiones. Existen entre uno y otra hondas diferencias. "La Prenda es un derecho real constituido sobre un bien mueble enajenable para garantizar el cumplimiento de una obligación y su preferencia en el pago" -- (Artículo 2856) "El acreedor adquiere por el empeño: I.- El derecho de ser pagado de su deuda con el precio de la cosa empeñada, con la preferencia que establece el Art. 2891; II.- El derecho de recobrar la prenda de cualquiera detentador, sin exceptuar al mismo deudor. En cuanto a la preferencia se establece que: "Los acreedores hipotecarios y los pignoratícios no necesitan entrar en concurso para hacer el cobro de sus créditos. Pueden, deducir -- las acciones que les competan en virtud de la hipoteca o de la prenda, en los juicios respectivos a fin de ser pagados con el valor de los bienes que garanticen sus créditos". (Art. 2981). Situación que no se presenta en el retenedor, quien tiene que entrar al concurso para obtener el pago de su crédito, y en los casos en que se les concede una preferencia son pagados con la prelación establecida en el Art. 2993.

"Artículo 2993.- 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 construída;  
V.- El crédito por fletes, con el precio de los efectos transportados, si se encuentran en poder del acreedor;

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

En el contrato de prenda, según el artículo 2080, si el deudor no paga, el acreedor prendario podrá solicitar la venta de prenda, de recho que en ningún momento se concede al retenedor.

La prenda deriva de la voluntad de las partes, en tanto que el de recho a retener surge por disposición de la ley aun en contra de la voluntad del deudor.

El contrato de prenda únicamente se celebra respecto a muebles, el derecho de retención se ejerce según nuestra legislación en bienes muebles, inmuebles, y aun en una suma de dinero.

La prenda, por definición legal es un derecho real, el derecho de retención constituye como veremos en su oportunidad una institución de fisonomía jurídica especial.

"Inútil es agregar que el derecho de retención es independiente— mente de la prenda, porque ésta engendra un privilegio propiamente dicho, que como demostraremos implica un derecho de pregerencia unido al de rematar el bien sobre el cual recae. Por lo demás, sólo en algunas monografías especiales pudo haberse pensado— esbozar, una asimilación en cualquiera forma, entre la prenda y el derecho de retención". (1)

b).- De la Compensación

---

(1) Julian Bonnecase. Ob. Cit. Tomo II. Pág. 144 y 145

La compensación "tiene lugar cuando dos personas reúnen la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho". "El efecto de la compensación es extinguir por ministerio de ley las dos deudas, hasta la cantidad que importe la menor" (Artículos 2185 y 2186 respectivamente del Código Civil vigente). Algunos autores establecen que la compensación no es otra cosa que el derecho de retención ejercitado en forma más completa por el hecho de ser definitiva, pues ambas instituciones reposan en el mismo concepto y tienen igual fundamento jurídico.

"Sobre esta materia, los teóricos alemanes quieren aproximar el derecho de retención y la compensación. En los dos casos hay dos deudas recíprocas; uno de los deudores es autorizado a reclamar el pago de lo que se le debe; en el caso de derecho de retención rehusa el pago para forzar a su acreedor a que le pague aquello que a él se le debe; es de esta manera un medio de apremio para obtener el pago. La compensación supone las dos deudas de la misma especie y exigible, de esta manera el deudor se paga sobre aquello que el mismo debe. Así Brinz ha podido decir que esto no es más que un derecho de retención más completo, el derecho de retención es una clase de embargo temporal que opera sobre sí mismo pero no hasta la liberación. La compensación es un verdadero embargo que opera una liberación recíproca" (1)

(1) Raymond Saleilles. Etude sur la Théorie Générale de L'Obligation, D'après le premier projet de Code Civil pour L'empire - Allemand. 3o. Ed. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris 1914, Pág. 18

La compensación es un modo de extinción de las obligaciones, el derecho de retención es una especie de garantía, es una medida protectora del acreedor.

La compensación únicamente se produce cuando ambas deudas consisten en una cantidad de dinero o en cosas fungibles de la misma especie y por el contrario, en el derecho de retención ambas deudas no deben consistir en una cantidad de dinero, ni de cosas fungibles.

c).- De los Medios de Coacción y Ejecución.

Se asemejan estos medios con el derecho de retención, en cuanto que ambas materias tienen por fin garantizar un crédito. Hommel establece la diferencia: "Haremos una observación de la misma naturaleza en lo que se refiere a la pretendida asimilación del derecho de retención, con los diversos medios de coacción y ejecución de que están provistos los acreedores. Aún los autores inclinados a esta idea, se han visto obligados a abandonarla. Uno de ellos escribía: "Puede pensarse también unir el derecho de retención, con el que tienen los acreedores para practicar actos conservatorios sobre el patrimonio de su deudor, como aquellos cuyo ejercicio autoriza, por ejemplo, los artículos 1180 del Código Civil y 125 del de Procedimientos Civiles. Pero por seductora que sea esta asimilación, no podría sostenerse, según parece, por mucho tiempo, pues la idea que preside el ejercicio de los actos conservatorios, es la existencia de un peligro amenazante para

los bienes del deudor y que trata de evitarse para mantener la integridad de la garantía de los acreedores, y asegurar su pago.- Ahora bien, en la base del derecho de retención no encontramos esa idea del peligro inminente en el patrimonio del deudor. Si esta es una medida conservatoria, sólo lo es por accidente, y no puede definirse esta institución con ayuda de comparación tan imperfecta" (1)

d).- De la Exceptio non Adimpleti Contractus

Establecer la diferencia entre esta institución y el derecho de retención constituye un serio problema en esta materia, de su planteamiento y solución correcta, se despejan innumerables incertidumbres que nos permitirán establecer con precisión los casos exactos de retención señalados en nuestro Código Civil vigente, toda vez que el legislador emplea la palabra retener en hipótesis en las cuales no se está en presencia del derecho de retención y, lo que resulta más grave, que en un mismo caso se encuentra la aplicación tanto de la excepción de contrato no cumplido como la del derecho de retención, como sucede en un contrato bilateral oneroso en donde una de las prestaciones dependientes que se rehusa cumplir, consiste en la entrega de una cosa o suma de dinero.- La doctrina francesa se ha pretendido salvar este problema estableciendo que la exceptio non adimpleti contractus se aplica úni-

---

(1) Citado por Bonnacase, Obg. Cit. Tomo II, Págs. 144 y 145

camente en los contratos sinalagmáticos y sea cual fuere la obligación que se rehusa cumplir, en tanto que en el derecho de retención no sólo se aplica en los contratos sinalagmáticos sino también a obligaciones extracontractuales y únicamente respecto de obligaciones en la que una de ellas tenga por objeto entregar una cosa fungible.

"La exceptio non adimpleti contractus no se aplica sino en los contratos sinalagmáticos (perfectos o imperfectos); mientras que el derecho de retención no es inherente a la materia de los contratos. A la inversa, el derecho de retención supone una obligación de entregar, en tanto que la excepción y el derecho de retención constituyen medios de defensa a favor del deudor de esa obligación, cada uno permanece distinto; por eso, a veces, la excepción subsiste aun cuando el derecho de retención se encuentre descartado por razones de orden público" (1) Pone como ejemplo, de que según el uso del foro el abogado que no haya percibido sus honorarios, tiene derecho de negarse a alegar (exceptio non adimpleti contractus), pero no el de retener los documentos de autos (derecho de retención).

Por su parte, los autores alemanes encuentran una distinción clara y precisa de estas dos figuras jurídicas. Establecen la distin-

---

(1) Henri et León Mazeaud y Jean Mazeaud. Lecciones de Derecho Civil, parte Tercera, Vol. I, Garantías Trad. de Luis Alcalá-Zamora y Castillo. Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América. -- Buenos Aires. Pág. 154



ción según haya o no dependencia de obligaciones. En la excepción de contrato no cumplido las obligaciones están íntimamente ligadas, estrechamente vinculadas; y cuando las obligaciones son independientes aun cuando provengan de la misma relación jurídica, opera en todo caso el derecho de retención (ver en este aspecto - la pág. en donde se transcribe el pensamiento de Karl Larenz). Por su parte Raymond Saleilles establece que el derecho de retención es una garantía acordada en la hipótesis de dos deudas conexas y recíprocas, pero que supone necesariamente la independencia respectiva de dos obligaciones; mientras que en la excepción de contrato no cumplido, se requiere no sólo dos deudas, sino que una sea la causa jurídica de la otra. "El que invoca un derecho de retención alega una garantía de pago que el derecho le acuerda por vía de equidad, porque su crédito se vincula a su propia deuda; mientras que el deudor de un contrato sinalagmático que exige la ejecución simultánea, se prevale de uno de los efectos de la - convención que ha consentido, su deuda no es propiamente una garantía de pago de aquello que le es debido, es el equivalente de su crédito y esto supone en consecuencia esta seguridad" (1)

En nuestro derecho positivo mexicano, los autores estudian ambas figuras sin plantearse este problema lo que trae como consecuen-

(1) Etude sur la Théorie Générale de L'Obligation, D'apres le premier projet de Code Civil pour L'empire Allemand 3o. Ed. Pág 187 y 188. Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence. Paris 1914

cia que se incluyan como casos de retención hipótesis en las que únicamente implican la aplicación pura y simple de la excepción de contrato no cumplido. Tal excepción tiene plena vigencia en nuestro derecho positivo y así lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia en diversas ejecutorias, (1) a pesar de no existir una norma que la consigne expresamente, por las razones ya apuntadas por los maestros Ernesto Gutiérrez y González y Manuel Borja Soriano, el primero de ellos establece que el fundamento legal de este derecho se encuentra en el Artículo 1949 interpretado bajo el principio Lógico y Jurídico de que quien tiene lo más tiene lo menos.

"En efecto, si el artículo 1949 le otorga a la víctima de un hecho ilícito lo más, como es el derecho a exigir el cumplimiento o a declarar la rescisión, lo menos sobre este supuesto, es el no cumplir hasta que no se le cumpla, sin que pueda estimársele en mora.

Pero puede darse otro argumento: El Código de 1928, derogó no abrogó al Civil de 1884, y por ello al no oponerse con el espíritu o texto del actual, el artículo 1434 del texto derogado, puede se

---

(1) Gonzalo Melgar Reyes, Tomo CXVI, quinta época, página 118, 14 abril de 1953.  
Gonzalo Melgar Reyes, Tomo CXVI, quinta época, página 118, 24 de abril de 1953.  
Industria Eléctrica de México, S.A. Tomo CXIII, quinta época- Pág. 717, 4 de septiembre de 1952.

guirse aplicando" (1)

Por lo que respecta a las diferencias que señalan los autores alemanes éstas son aplicables parcialmente, porque se encuentran en nuestra legislación casos palpables de derecho de retención en hipótesis de dos deudas conexas íntimamente vinculadas en donde una es la causa jurídica de la otra; por lo que el único criterio de diferenciación que encontramos entre una y otra excepción es la relativa a que en el derecho de retención se tiende primordialmente a obtener una garantía una especie de seguridad, tan es así, que se regulan en nuestro Código Civil casos en los que se destruyen los efectos de este derecho si el deudor garantiza o asegura de cualquier otra forma la deuda. En tanto que en la excepción de contrato no cumplido, a pesar de que el excepcionante, al rehusar el cumplimiento de su respectiva obligación, obtiene el efecto de una garantía, no tiende primordialmente a conseguir una seguridad de su crédito, por lo que no es posible paralizar tal excepción mediante el otorgamiento de una garantía, se prevale únicamente - como afirma Raymond Saleilles, de uno de los efectos de la Convención que ha consentido.

(1) Derecho de las Obligaciones, Pág. 503, Segunda Edición. Editorial Cajica, Puebla, Méx. 1965.

## TITULO SEGUNDO

### Antecedentes Históricos y Legislación Extranjera

CAPITULO I	Derecho Romano
CAPITULO II	Derecho Francés
CAPITULO III	Derecho Alemán
CAPITULO IV	Derecho Suizo

## C A P I T U L O I

### DERECHO ROMANO

I. - Concepto

II - Campo de Aplicación

- a) En la accesión
- b) En la specificario
- c) En el comodato
- d) En el depositario
- e) En el deudor de una obligación de dar
- f) En la dote
- g) En la prenda

## 1.- C O N C E P T O

El derecho de retención aparece en el derecho romano como un cuasi remedio equitativo que introdujo el pretor con la exceptio doli, para mitigar las consecuencias rigurosas de ciertas acciones stricti iuris. La excepción de dolo permitía a aquel que había — hecho gastos sobre una cosa oponerla a la reivindicatio hasta el reembolso de los gastos; permitía igualmente, en los contratos — sinalagmáticos de buena fé, de rehusar la ejecución en tanto que la otra parte no estuviera dispuesta a ejecutar la suya. Los pos glosadores hicieron de esta última aplicación la teoría de la — exceptio non adimpleti contractus, la que a partir del siglo XVI — va desapareciendo para ser absorbida definitivamente por el derecho de retención. El renacimiento en la doctrina moderna de la — exceptio non adimpleti contractus engendra nuevamente la duplicidad o la confusión en ambas instituciones, por lo que es menester precaverse en esta materia y no incurrir en los errores en que ca yeron la mayoría de las legislaciones posteriores, los autos y la misma jurisprudencia.

En términos generales, se puede desprender del Corpus Iuris, que el derecho de retención es aquel en virtud del cual se puede rete ner cosas ajenas o propias hasta hallar la total solución de un — crédito que se tiene contra el propietario o el acreedor respecti

vo, con la condición de que exista conexión entre el crédito y la cosa que se pretende retener (1) y que el poder que se ejerza sobre la cosa sea a título legítimo. (Paulus D.10.314.1; Pomponius D.13.7.8.1).

Unicamente se trataba de una excepción, el retenedor carecía de un derecho de perseguir la cosa en el caso de que perdiera la detentación de la misma, algo que no sucede con el derecho real de prenda, en el que el acreedor prendario sí tiene el derecho de perseguir la cosa dada en prenda; mientras que la prenda es oponible a tercero, en el derecho romano el derecho de retención no lo era. Otra diferencia anotada por el Dr. Guillermo F. Margadant (2) es que el retenedor romano no podía vender el objeto retenido, cosa que el acreedor prendario podía hacer, en el derecho clásico, inclusive sin autorización judicial; así el retenedor tenía solamente un "derecho de molestar", no un *ius vendendi*. Se ha asociado este derecho de retención con la compensación, presentando ésta como un derecho de retención más completo por ser definitivo, y efectivamente, era el mismo medio procesal, o sea la excepción de dolo, la que sancionaba ambas instituciones. Sin embargo, una importante diferencia reside en la finalidad buscada

---

(1) Una excepción al respecto, aunque discutible, la encontraremos más adelante en relación con el *Fignus Gordianum*.

(2) El Derecho Privado Romano, Pág. 439 Ed. Esfinge, México 1960

por el acreedor, quien en la compensación busca ante todo liberar se de la deuda, mientras que en el derecho de retención utiliza - su deuda para obtener exactamente la prestación que se le debe; - aquél es un modo de extinción de las obligaciones, éste es un medio legítimo de coacción privada.

## 2.- CAMPO DE APLICACION

En general el derecho de retención se concedía donde quiera que - existía un crédito conexo con la cosa que había de devolverse, es decir, se otorgaba:

1o.- A causa de gastos hechos por el cuidado y la conser-  
vación de la cosa;

2o.- Por los daños causados por la cosa que se detenta -  
y,

3o.- Por otros créditos entre el mismo acreedor y el mis-  
mo deudor, después de liquidarse el crédito garantizado por una -  
prenda que ahora se convierte en objeto de un derecho de reten- -  
ción. (1)

Los siguientes casos nos permitirán demostrar que los autores clá-  
sicos siempre tenían presente la idea del *debitum-cum re junctum*-  
para otorgar el derecho de retención:

a).- En el caso de la accesión modo originario para ad-  
quirir la propiedad, se concedía al dueño de lo accesorio, que es

---

(1) Charles Mains, Cours de Droit Romain, T.I, Pág. 482,  
París, 1891



tuviera en posesión de lo principal, su retención hasta que el propietario lo indemnizara, ofreciéndole la excepción de dolo en contra de la reivindicatio por parte del dueño de la cosa principal pero este derecho sólo se le concedió al que obrara de buena fé (Gayo Inst. 11.76). Se ejecutó la unión de mala fé, se presumía que había hecho donación de lo accesorio al propietario de la cosa principal. Posteriormente se modificó este rigorismo y se aceptó que si había hecho construcciones o reparaciones necesarias, inclusive el poseedor de mala fé podía retener el fundo o la cosa para el efecto de exigir la indemnización, en cambio, si eran de mero lujo, no poseía más que el ius tollendi, que podía ser eliminado por el propietario, ofreciéndole el valor de ellas. Esta modificación fué introducida por Justiniano mediante interpolaciones. Véase Trauer, Röm Privatrecht II, §245, nota 31.

b).- En el caso de la specificatio, otro modo originario de adquirir la propiedad, se establecía (D.6.1.23.4.) que si era el propietario el que adquiría la nueva especie, ganando de esta manera la mano de obra, debería indemnizar al especificador si éste hubiera obrado de buena fé, es decir, que ignoraba que la cosa perteneciera a otro; el especificador, empero, no tenía acción para obtener el pago de dicha indemnización, por razón de que no había sido el propietario el que le había causado el daño, la ley no le daba más que un derecho de retención hasta la concurrencia de lo que la cosa había ganado en valor, derecho que podía hacer-

valer, como hemos visto en otros casos de retención, mediante una exceptio doli contra la reivindicación del propietario si éste, en su acción respectiva, no ofrecía tal indemnización. En cambio, el especificador de mala fé no tenía derecho a indemnización alguna, de manera que carecía de defensa contra la reivindicación.

c).- En el comodato, el comodatario puede retener las cosas, si ha hecho gastos extraordinarios, pero indispensables, para la conservación del objeto o cuando éste hubiera causado daños. Podía oponer una exceptio doli, en caso de no ejercitar una actio commodati contraria. (1)

d).- Aunque la analogía haría sospechar lo contrario, no se concedía el derecho de retención en el caso del depositario; él no podía retener la cosa depositada por créditos conexos C.2.16.-3.), prueba que antes de Justiniano el derecho de retención sí era admitido en el depósito pero C.4.34.2. lo ha proscrito en términos formales. (2) La solución justiniana, también la tenemos en el artículo 1948 del Código Civil Francés.

e).- El deudor de una obligación de dar, que había constituido en mora al acreedor, está facultado, en el derecho anti-guo, para abandonar el objeto debido, con lo que quedaba liberado de su obligación. Si no quería aprovechar esta facultad, almace-

---

(1) J. P. Molitor, Les Obligations en Droit Romain, T.II, Pág. -- 206. Ernest Torin ed.

(2) J.P. Molitor Ob. Cit. Pág. 224, T. II

nando el objeto debido, le estaba permitido retener la cosa hasta que el acreedor pagara el daño emergente de la mora.

f).- Las retenciones dotales, ¿también pertenecen a nuestro tema? El esposo podía retener la sexta parte de la dote por cada hijo, cuando el matrimonio se disolvía por muerte de la mujer (pero únicamente hasta la mitad de la dote). También se permitía al marido la retención de una sexta u octava parte de la dote, según la gravedad del caso, cuando la disolución del matrimonio se produjera por conducta culpable de la esposa. Sin embargo la dote pertenecía al marido, que debía su devolución a la esposa (o a terceras personas, según las complicadas normas respectivas) como también existe, empero, a veces un derecho de retención sobre cosas propias, debidas a otras, esta circunstancia, en sí misma, no es un argumento para excusar este tema del estudio del derecho de retención. Más serio es el inconveniente de que el marido no retiene las señaladas porciones de la dote hasta que la parte contraria cumpla con un deber, sino que lo hace en forma definitiva.

Existen, sin embargo, otras formas de retención dotal que se acercan más al tema de esta tesis. Así, por mejoras en los bienes dotales, efectuados con fondos propios del marido, éste tiene un derecho de retención de fondos líquidos dotales en compensación de mejoras hechas en inmuebles dotales, se trata de un cobro defi

nitivo; pero si se considera una dote consistente sólo en inmuebles, y el marido retiene el inmueble hasta que le paguen el valor de la mejora, la retención dotal coincide con la retención en el sentido de esta tesis.

g).- La Prenda. Veamos ahora el caso extraordinario en el derecho romano en el que se concede el derecho de retención sin atender a la conexidad del crédito con la cosa; se trata de la prenda, en la que el acreedor prendario tiene derecho de retener la prenda no solamente hasta el pago integral del crédito al cual es específicamente afectada, sino también hasta obtener el pago de otros créditos quirografarios, estén o no vencidos. En el año 239 A. de J.C., el Emperador Gordiano decidió que una prenda se extendiera automáticamente a otras deudas meramente quirografarias C.8.27.1. (1) Esta ley por otra parte expresa formalmente que este derecho de retención no puede ser opuesto más que al deudor o a sus herederos; que no es oponible al Secundus creditor, al acreedor hipotecario siguiente. Algunos (2) derivan de D.13.7.2.- inclusive, que el acreedor prendario no puede retener la prenda por los créditos que han sido contratados simultáneamente con el crédito prendario. Esta cita decide que si la prenda no ha sido consentida más que por el capital o por los intereses, la acción-

---

(1) Guillermo F. Margadant, Ob. Cit. Pág. 234

(2) J.P. Molitor, Ob. Cit. Tomo II, Págs: 291 y 292

pignoraticia puede ser intentada si el capital solamente, o los -  
intereses solamente no han sido pagados, no habiendo en consecuencia  
derecho de retención por el resto, los intereses en el primer  
caso y el capital en el segundo.

## CAPITULO II

### DERECHO FRANCES

- I. - Derecho de Retención en el Código Civil Francés
- II - Jurisprudencia
- III. - Doctrina
  - 1 - El dominio de aplicación y los efectos del Derecho de Retención en los Grandes Comentaristas al Código Civil Francés
  2. - El dominio de aplicación y los efectos del Derecho de Retención en los Intérpretes Contemporáneos del Código Francés
    - a) Colín y Capitant
    - b) Planiol y Ripert
    - c) Henri y Leon Mazeaud
    - d) Julián Bonnecase
  3. - La naturaleza específica del Derecho de Retención según la Doctrina Francesa
    - a) Derecho Personal
    - b) Derecho Personal sui generis
    - c) Derecho Real
    - d) Crédito Quirografario dotado con Prenda Especializada

## I.- DERECHO DE RETENCION EN EL CODIGO CIVIL FRANCÉS

El Código Civil Francés establece el derecho de retención en los siguientes casos:

a).- Derecho de retención entre las personas unidas por una relación contractual:

- 1.- Derecho de retención de quien vende al contado y a quien no se le ha pagado el precio (Art. 1612) y también respecto al vendedor a plazo en caso de insolvencia del comprador (Art. 1313).
- 2.- El artículo 1653 se lo concede al comprador; éste puede retener el precio si es perturbado o si tiene justo temor de serlo en la posesión de la cosa vendida.
- 3.- El comprador con pacto de retroventa puede guardar la cosa — mientras el vendedor usando la facultad de retracto, no le reembolse el precio y las indemnizaciones a que tuviere derecho.
- 4.- El depositario, si es acreedor del depositante por razón de — gastos hechos para la conservación de la cosa, puede retener dicha cosa hasta la completa indemnización (Art. 1948)
- 5.- El propietario expropiado por causa de utilidad pública puede retener el inmueble hasta el pago de la indemnización a que tiene derecho (Art. 545).
- 6.- El arrendatario expulsado puede continuar en los locales — arrendados mientras no se le paguen los daños y perjuicios a que pueda tener derecho (Art. 1749).

La misma facultad se le reconoce al arrendatario de un local de uso comercial o industrial cuando el arrendador le niega sin motivo legítimo, la renovación del arrendamiento, dicho arrendatario puede continuar en los locales mientras no se le satisfaga la indemnización de evicción a que tiene derecho (L. 30 de junio de 1926, Art. 22 modificado por L. de 13 de junio de 1933, Art. 2o.)

b).- Derecho de retención entre personas unidas por una relación extracontractual:

7.- El poseedor de buena fé de un mueble perdido o robado (es decir, que lo haya comprado correctamente), puede retenerlo hasta que el reivindicante le reembolse el precio de compra. (Art. 2880 A 1).

8.- El artículo 867 permite al coheredero retener el inmueble cuya colación debe a la sucesión mientras no obtenga el reembolso de las sumas a que tiene derecho por gastos y mejoras.

9.- El artículo 570 concede el derecho de retención al especificador.

## II.- JURISPRUDENCIA

La jurisprudencia francesa siempre ha sido incierta y muchas veces contradictoria, aunque como afirma Josserand (1) se ha inspirado siempre en la noción del *debitum cum junctum*; sin tener en consideración a la fuente que originan las correlativas --

---

(1) Derecho Civil. T. II, Vol. 2o., Págs. 403 y s.s. Trad. Santiago Cunchillos Ed. Bosch.



obligaciones.

En el orden contractual, la jurisprudencia lo concede en favor del:

- 1.- Mandatario sobre las cosas que están en su poder, en razón del mandato y por el pago de las sumas que le deba el mandante, - motivo del mandato. Se han hecho aplicaciones prácticas del notario, procurador interventor, etc.
  - 2.- Comodatario sobre la cosa objeto del comodato, por los gastos de conservación, por la indemnización de los perjuicios que haya podido causarle la cosa.
  - 3.- Arquitecto sobre los planos y construcciones hechos por él, + hasta que se le paguen sus honorarios.
  - 4.- Jefe de orquesta, sobre las partituras de un concierto, para que se le paguen sus honorarios.
  - 5.- Artesano que ha recibido materia prima para trabajarla, o del obrero que ha recibido un objeto para repararlo o transformarlo, - sobre el objeto, hasta que se le pague su trabajo.
- En casi todos estos casos es aplicable la exceptio non adimpleti contractus, y en otros coexiste además el derecho de retención.
- En las relaciones de personas que no están ligadas por un contrato la jurisprudencia concede el derecho de retención en favor del gestor de negocios, del usufructuario al terminar el usufructo, - por el pago de los gastos que haya hecho y en favor del poseedor de buena fé respecto de la cosa reivindicada.

En cambio la jurisprudencia niega el derecho de retención:

1.- Al poseedor de mala fé en oposición al de buena fé, únicamente por un argumento sentimental como afirma entre otros Marty (1) ya que si al poseedor de mala fé se le permite recuperar ciertos gastos debe concedérsele el medio para exigirlos.

2.- Al tercero detentador de un inmueble hipotecado, despojado de él por la acción hipotecaria quien puede pretender el reembolso de sus gastos, se le niega el derecho de retención para el efecto de asegurar los resultados que se persiguen con la acción hipotecaria.

### III.- DOCTRINA

Como no existe una reglamentación general de esta institución de la cual se pudiera desprender su naturaleza jurídica, se han elaborado diversas tesis y opiniones tan contrarias entre sí, que — han introducido una gran confusión en este campo, no existe un — acuerdo más o menos generalizado respecto a su específica naturaleza jurídica, se le otorga un campo de aplicación demasiado restringido o excesivamente amplio, limitan sus efectos solo respecto a las partes o lo extienden también a terceros.

En la exposición que haremos de estas ideas, seguiremos de cerca la obra de Julián Bonnecasse, Elementos de Derecho Civil y el Suplemento al Tratado Teórico Práctico de Derecho Civil de Baudry -

---

(1) Derecho Civil, Pág. 28 Trad. J. M. Cajica Jr. Puebla

Lacantinerie en donde expone en forma sistemática cada una de ellas.

1.- El Dominio de Aplicación y los Efectos del Derecho de Retención en los Grandes Comentadores al Código Civil Francés.

Julián Bonnecase agrupa sus tesis en cuatro sistemas:

Primer sistema.- Es el llamado exegético, que sólo concede el derecho de retención en los únicos casos y dentro de los límites -- previstos por el legislador, es el sistema adoptado por Mourlon, Pont, Larombière pero personificado principalmente por Laurent --

(1). Consideran al derecho de retención como una preferencia y en consecuencia únicamente puede ser establecida por el legislador -- de manera expresa, no estando permitido al intérprete aplicarlo -- fuera de los casos particulares señalados por el legislador. Se critica esa postura porque se basa en la asimilación inexacta del derecho de retención a un privilegio.

Segundo Sistema.- Limitado sólo al orden contractual o cuasicontractual, admite el derecho de retención fuera de los textos pero con la doble condición de que acreedor y deudor estén unidos por un contrato o cuasicontrato y, que el crédito y la detentación -- de la cosa resulten del mismo contrato. Es el sistema sustentado por Aubry et Rau. Josserand critica este sistema (2), porque no-

---

(1) Principes du Droit Civil Français, T. 111 Nos. 284, 286, 2933 y 294.

(2) Derecho Civil, T. II, Vol. 2o., Pág. Trad. de Santiago Cunchillos. Ed. Bosch.

explica todas las soluciones consagradas por la ley que concede dicho derecho fuera de toda relación contractual o cuasicontractual. Tercer Sistema.- Que abandona al poder discrecional del juez la facultad de negar o conceder el derecho de retención en ausencia de un lazo contractual entre las partes.

(Demolombe). Guillouard critica este sistema:

"El derecho de retención no es una simple medida promisorias y -- conservadora, para que se deje al poder ordinario del juez, es, -- si no un derecho de preferencia entre acreedores, al menos es un medio indirecto del acreedor de obtener su pago y nos parece en -- completo desacuerdo con la economía general de nuestras leyes"(1)

Cuarto Sistema.- Es el sistema del debitum cum re junctum, es decir, que se concede el derecho de retención a condición de que -- exista una relación de conexión entre la cosa retenida por una -- parte y el crédito de quien retiene por la otra; la persona que -- retiene es deudor de una cosa que debe entregar, pero es también -- acreedor en ocasión de ella. Se concede este derecho sin impor-- tar la fuente que originen dichas obligaciones. Es la tesis de -- Guillouard, quien se apoya en los precedentes históricos del dere-- cho romano y del antiguo derecho francés, en donde se concedía el derecho de retención siempre que existiera un debitum cum re junctum. Invoca a su favor el principio de la condición resolutoria --

(1) Citado por Bonnecasse en Elementos de Derecho Civil, Pág. 114

establecida para los contratos sinalagmáticos y que debe ser entendida a todos los contratos a título oneroso, argumentando que si una de las partes puede resolver el contrato por inejecución de las obligaciones de la otra parte, a mayor razón puede rehusar la ejecución de la suya y guardar el bien, y si no hay contrato entre las partes, las reglas de la equidad que gobiernan el derecho moderno positivo, permite a la persona que llega a ser acreedora en ocasión de una cosa que ella detenga, de no entregarla hasta haber sido reembolsada.

2.- El Dominio de Aplicación y los Efectos del Derecho de Retención en los Intérpretes Contemporáneos del Código Civil Francés.

Con excepción de Jossierand, ninguno de ellos realizaron un sistema original, ni propusieron nada nuevo sobre el dominio de aplicación y efectos del derecho de retención, presentan únicamente una tabla general del estado actual de la doctrina y la jurisprudencia, con algunas posiciones propias complementarias. Julián Boncasse nos lo presenta en tres sistemas:

Primer Sistema.- Del *debitum cum re junctum*, que no se expone en virtud de que ya fué analizada anteriormente.

Segundo Sistema.- Sostenido y desarrollado por el decano Ferrón en las notas de Sirey a la sentencia Girard. "Estimamos que la causa de todas las discusiones consiste en no haber distinguido en los textos dos hipótesis claramente separadas y en haber preten-

dido dar una solución única al problema, que en realidad es doble. Estimamos también, que una sola condición es necesaria para que pueda ejercitarse válidamente el derecho de retención". (1)

Los casos en que el legislador permite el derecho de retención -- los divide en dos categorías, que tienen como fundamento común -- a la equidad, pero que difieren según las condición y situaciones de que se trate.

1.- Cuando se trata de una acción personal derivada de una convención sinalagmática, en favor de quien debe entregar la cosa, si la otra parte no cumple su obligación. Esto es --dice-- el citado autor-- la aplicación pura y simple de un principio más general, el de que los autores llaman excepción non adimpleti contractus; pero a pesar de esta advertencia, se concibe aquí al derecho de retención como una derivación de dicha excepción.

2.- En el caso de acción real, en favor de quien estando obligado a entregar la cosa reclamada, haya efectuado en ésta, gastos que deban pagársele, es la hipótesis del debitum cum re junctum en el sentido que se atribuye a esta expresión, es decir, un valor incorporado a la cosa retenida, de un gasto hecho con motivo de la cosa.

Tercer Sistema.- Expuesto por René Cassin, fundamenta y explica -

---

(1) Citado por Julián Bonnecasse, Elementos de Derecho Civil, T.- II, Vol. XIV, Pág. 134, Trad. José M. Cajica Jr. Ed. Cajica, - Puebla, 1945

al derecho de retención basado únicamente en la noción del debi-  
tum cum re junctum, en la conexidad objetiva; y a la excepción —  
de contrato no cumplido la fundamenta en la noción de la conexi-  
dad jurídica o intelectual, en la correlación de obligaciones re-  
cíprocas; dichas instituciones no se confunden a pesar de la simi-  
litud de su mecanismo, son dos medios muy cercanos y sin embargo,  
distintos por el principio que deben sancionar y porque implican-  
diferentes modalidades de aplicación y efectos.

"No hay un derecho de retención general y único capaz de justifi-  
car todas las retenciones de cosas corporales, hay dos: una, —  
el derecho de retención propiamente dicho, que se funda en el de-  
bitum cum re junctum y que no puede funcionar hasta que el acree-  
dor detenga una cosa e invoca un crédito conexo con esta cosa; y—  
la otra, la exceptio non adimpleti contractus, que es fundada so-  
bre la correlación que existe sobre dos obligaciones y que puede-  
efectuarse con la retención de un objeto corporal, sin que esto —  
sea necesario". (1)

René Cassin encuentra las siguientes distinciones:

En cuanto a su naturaleza, únicamente interesa determinar si es—  
derecho real o personal, si se trata del derecho de retención fun

---

(1) De L'exception Tirée de L'inexécution dans les Rapports Syna-  
llagmatiques (Exceptio non Adimpleti Contractus) et de ses ré-  
lations avec le droit de retention, la compensation, Pág. 189  
Recueil Sirey, Paris 1914.

dado en la conexidad objetiva o material, porque constituye siempre un obstáculo al derecho de propiedad; porque no se le puede precisar en la retención fundada en la conexidad jurídica, la excepción de contrato no cumplido que puede comprender toda suerte de prestaciones y que se relaciona únicamente a la teoría de los contratos, de las obligaciones, por eso mismo, la excepción de contrato no cumplido no tendrá ninguna naturaleza real o personal distinta de aquella los derechos desprendidos del contrato en beneficio de aquel que la invoca.

-En cuanto a sus condiciones de ejercicio- la excepción de contrato no cumplido puede ser ejercitada, en principio, por toda prestación debida a una persona, cualquiera que sea el objeto de la prestación; mientras que el derecho de retención supone siempre la posesión del objeto corporal reivindicado.

La exceptio non adimpleti contractus puede ser invocada por la inejecución de una obligación nacida de una relación jurídica, pero que necesita de una conexidad entre dos obligaciones recíprocas que tienen un origen común, que es voluntaria, mientras que en el derecho de retención propiamente dicho, únicamente puede ser invocado si existe un lazo de conexidad entre la prestación del detenedor y la cosa que detiene. La conexidad tiene un carácter puramente objetivo independiente de la voluntad de los interesados.

-En cuanto a los efectos- René Cassin los estudia según se pro-



duzcan entre las partes y en relación a los terceros.

Efectos entre las partes:

El derecho de retención es indivisible, cada parte de la cosa conservada o mejorada está afectada para garantizar todo el crédito, en tanto que la excepción de contrato no cumplido, es divisible - según que la ejecución de la convención pueda ser o no jurídicamente rescindida.

La retención no confiere ningún privilegio directo, en tanto que el que invoca la excepción de contrato no cumplido, tiene ciertos derechos que varían según la naturaleza de la relación jurídica - que lo una con su adversario.

Efectos en relación con los terceros:

"Aquí la expresión terceros toma sentidos absolutamente diferentes según sea el derecho de retención o la excepción de contrato no cumplido.

a) Hay personas que son terceros en relación con un contratante - provisto de la exceptio non adimpleti contractus y que no lo son en relación de un retenedor, por ejemplo, en virtud del artículo 1634, el vendedor está obligado a reembolsar o de hacer reembolsar al adquirente por aquel que lo desposee, todas las reparaciones y mejoras útiles que haya hecho. El adquirente cuyo título - estaba viciado sin que él lo supiera, tiene en relación con el - verus dominus, todos los derechos reconocidos al poseedor de bue-

na fé desposeído, es un verdadero acreedor de aquél que lo despo-see por sus gastos y mejoras y puede ejercitar el derecho de re-  
tención, no se puede decir que el verdadero propietario sea un ter-  
cero, pero buscaría vanamente retener el bien que ha creído com-  
prar, hasta por el reembolso del precio ya pagado al enajenante.-  
La exceptio non adimpleti contractus que el podría oponer a una -  
acción en restitución intentada por el vendedor será inoponible  
al verus dominus.

b) Los acreedores del propietario del objeto retenido reunidos -  
en quiebra, los causahabientes a título particular, subsecuentes-  
adquirentes, acreedores hipotecarios y privilegiados. Aquí igual-  
mente es necesario hacer una distinción entre la exceptio non adim-  
pleti contractus y la retención porque puede haber un derecho que  
sea oponible a algunos y a otros no; por otra parte, los dos me-  
dios pueden ser oponibles a los mismos terceros pero a razón de -  
dos principios enteramente distintos". (1)

Para hacer resaltar más la individualidad de la exceptio non adim-  
pleti contractus y del derecho de retención fundado en la conexi-  
dad objetiva, nos muestra como los dos medios pueden ser invoca-  
dos para garantizar el pago de un solo crédito, o de usarlos dis-  
tributivamente, cada uno garantizando la satisfacción de una pre-

---

(1) René Cassin, Ob. Cit. Pág. 186

tención diferente, y nos pone como ejemplo el caso de una persona que detenta la cosa en ocasión de un contrato que impone la obligación de hacer gastos o de mantener dicho objeto; dicho detentador cuenta como contratante con la excepción de contrato no cumplido, si no se le paga el precio convenido y cuenta a su vez, como detentador que conserva o mejora la cosa, con un derecho de retención.

a).- Colin y Capitant

se inclinan por la oponibilidad del derecho de retención a los acreedores quirografarios del propietario de la cosa retenida, porque no pueden tener más derecho que su deudor, inversamente, el derecho de retención es inoponible a los acreedores privilegiados o hipotecarios anteriores a la toma de posesión de la cosa por el retenedor, en virtud de que éste la recibe "cum onere suo". Lo que se encuentra a debate, son las relaciones del retenedor con los acreedores privilegiados o hipotecarios o con los terceros adquirentes cuyo título es posterior a la toma de posesión de la cosa. La jurisprudencia y la mayoría de la doctrina -dicen los citados autores- jamás han dudado en pronunciarse en favor de la oponibilidad del derecho de retención en estos casos; la solución contraria restringiría verdaderamente el efecto útil del derecho de retención e invocan a su favor el artículo 1749 del Código Civil Francés.

Respecto al campo de aplicación, Colín y Capitant se inclinan por el sistema amplio, es decir, que se debe conceder el derecho de retención por el simple hecho de que un acreedor se encuentre en posesión de una cosa perteneciente a su deudor, encuentran una base legal en el artículo 1293 lo. y 2o., texto aplicable in terminis a la compensación, pero casi enigmático si se le entiende de tal suerte; deviene claro si se lee derecho de retención en donde el legislador ha escrito compensación, tal interpretación proporcionaría la siguiente regla: el deudor no puede oponer el derecho de retención cuando el propietario reclama la cosa que le ha sido despojada injustamente.

b).- Planiol y Ripert

Siguen el sistema ya estudiado del decano Ferron. Estudian el derecho de retención en los contratos sinalagmáticos del hecho de la inejecución de la convención por una de las partes y dentro de las acciones de reivindicación a fin de procurar al detentador el reembolso de sus gastos sobre la cosa.

"La retención que se produce en relación con un contrato sinalagmático tiene su fundamento en el principio de la relación entre obligaciones recíprocas y del cumplimiento dando y dando, básicamente también en la excepción de incumplimiento, aproximándose estrechamente la retención a la excepción de contrato no cumplido (1). --

---

(1) No explica en qué consiste esta estrecha aproximación, ni señala la distinción que existiría en ese caso de contrato sinalagmático, entre la exceptio non adimpleti contractus y el derecho de retención; sino que por el contrario, más adelante

Los demás casos se incluyen en otra categoría, se trata de aquellos en que existe el *debitum cum re junctum* en el sentido más exacto de la frase, es decir, la conexidad objetiva" (1)

c).- Henri y León Mazeaud

Opinan que debe concederse el derecho de retención en todos los casos donde exista un vínculo de conexión, ya sea entre el crédito y la cosa o entre el crédito y la tenencia de la cosa, es decir, adoptan los dos sistemas, el de la conexidad objetiva o material y el de la conexión jurídica o intelectual, y precisan que esta última condición consiste cuando la cosa se halla en poder del retenedor en virtud de una relación jurídica preexistente que unía al retenedor con el propietario de la cosa y de la cual ha surgido en crédito del retenedor. "El derecho de retención puede ser ejercitado cuando la tenencia de la cosa y el crédito tienen su origen en una misma relación jurídica, es decir, cuando el retenedor haya recibido la cosa con ocasión de la relación de derecho que lo ha convertido en acreedor; existe un nexo de conexión

---

afirma "Esa distinción es consecuencia del resurgimiento doctrinal de la *exceptio non adimpleti contractus* QUE PRODUCE LA DESAPARICION DE LA PRIMERA FORMA DE RETENCION.

- (1) Tratado Práctico de Derecho Civil Francés, T. VI, Pág. 622. Trad. Mario Díaz Cruz, Ed. Cultural, S.A., Habana 1946.

entre el crédito y la tenencia" (1) y afirman que es frecuente - que el derecho de retención se base, a la vez, sobre la conexión-jurídica y sobre la conexión objetiva existiendo una acumulación-entre sus dos fundamentos. "Así el depositario (Art. 1945), el -trabajador a domicilio, el reparador, cuentan en virtud del con--trato que los une al propietario (conexión jurídica), con la te--nencia de la cosa sobre la cual se han hecho algunas mejoras (co--nexión objetiva); les pertenece entonces invocar uno u otro fun--damento del derecho de retención" (2).

Estos autores no logran, como se desprende de lo anteriormente transcrito, hacer una distinción clara y definitiva entre el de--recho de retención y la excepción de contrato no cumplido, señalan algunas distinciones que no llegan en forma alguna a proporcionar nos la distinción precisa entre estos dos medios de defensa del -acrededor-deudor. "La exceptio non adimpleti contractus no se --aplica sino en los contratos sinalagmáticos (perfectos o imperfec--tos); mientras que el derecho de retención no es inherente a la -materia de los contratos. A la inversa, el derecho de retención--supone una obligación de entregar, en tanto que la excepción se -aplica sea cual sea la obligación que el demandado se niega a cum--plir. Incluso en los contratos inalagmáticos que crean la obliga

---

(1) Henri et León Mazeaud y Jean Mazeaud, Lecciones de Derecho Ci--vil, Parte Tercera, Vol. I, Pág. 160, Trad. de Luis Alcalá Za--mora y Castillo. Ed. Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

(2) Ob. Cit. Pág. 162

ción de entregar, ambos, la excepción de contrato no cumplido y el derecho de retención constituyen medios de defensa a favor del deudor de esa obligación, cada uno permanece distinto, (1) por esto, a veces, la excepción subsiste aun cuando el derecho de retención se encuentre descartado por razones de orden público" (2). Respecto a los efectos del derecho de retención Enrique y León - Mazeaud y Juan Mazeaud, se inclinan por la oponibilidad de este derecho aun a los acreedores privilegiados, hipotecarios y prenda- rios sin distinguir la fecha de origen de sus derechos, en virtud de que el retendor no recibe la cosa cum onere suo, no se presenta como causahabiente de nadie, sino que su derecho proviene directamente de la ley. (3)

d).- Julián Bonnecasse.

Da al derecho de retención una aplicación muy amplia: "El derecho de retención existe siempre que el acreedor tiene en su poder una cosa perteneciente a su deudor salvo ley expresa en contrario y, con excepción también, de los casos en que el acreedor se haya

- (1) Aquí es donde ya no expone la razón por la cual permanecen -- distintos, como en forma definitiva lo establecen Karl Larenz y Saleilles.
- (2) Henri y Leon Mazeaud y Jean Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, Parte Tercera, Vol. I., Pág. 154. Trad. Luis Alcalá Zamora y Castillo, Ed. Jurídicas Europa-América. Buenos Aires.
- (3) En igual sentido, Louis Jossierand, Derecho Civil, Tomo II, Vol 2o., Pág. 403, Trad. Santiago Cumchilles. Ed. Bosch.

apoderado de la cosa por procedimientos ilícitos" (1)

Independiza la noción de este derecho tanto de la exptio non adim pleti contractus y de todo lazo contractual o cuasicontractual en tre las partes, como de la noción del debitum cum re junctum. Desa rrolla su tesis en cuatro proposiciones:

Primera: El derecho de retención es independiente de la noción - del debitum cum re junctum, es decir, de la conexidad objetiva o material. Primeramente porque el legislador no la establece como condición indispensable para conceder dicho derecho, no en todos los casos en que lo concede se encuentra presente esta idea. En segundo lugar, Pinot, quien desarrolló inicialmente esta idea, -- cree encontrar en el Código Civil Francés un texto que puede servir de base a una teoría extensiva del Derecho de Retención, un texto que probaría netamente que la sola condición de su existencia sería que el acreedor entre en posesión lícita de la cosa que pretende retener; dicho artículo es el 1293, lo. y 2o., que a la letra dice:

"La compensación tiene lugar cualquiera que sean las causas de unay otra deuda, excepto dentro del caso lo. de - la demanda en restitución de una cosa de la cual el propietario ha sido injustamente despojado, 2o. de la deman da en restitución del depósito y del préstamo de uso".

Pinot afirma (2) interpretando este artículo de la legislación --

---

(1) Supplément au Traité Théorique et Pratique de Droit Civil de Baudry Lacantinerie, T.V. Pág. 644, Sirey, París 1930

(2) Cit. por Julián Bonnecasse, Ob. Cit.



francesa, que es absolutamente imposible que en esos casos haya - compensación, porque no hay dos deudas recíprocas que puedan extinguirse, hay pura y simplemente un propietario que reivindica; - en consecuencia, para hacer inteligible este artículo es necesario aplicarlo al derecho de retención y llega a la regla siguiente:

"El derecho de retención no será acordado al acreedor cuya posesión no sea lícita y al contrario, la sola condición de existencia de este derecho, es el carácter lícito de la posesión" (1)

Julían Bonnacasse acepta esta interpretación, porque a mayor abundamiento el mismo legislador ha cometido ese error de redacción y de confusión entre la compensación y el derecho de retención en el artículo 1885.

Segunda: Se basa en la tradición jurídica y especialmente en el derecho romano, en donde el derecho de retención se absorbía dentro de la excepción de dolo y no exigía para su procedencia el debitum cum re junctum.

Tercera: En esta tercera proposición, Bonnacasse propone que el dominio de aplicación del derecho de retención debe ser determinado tomando en consideración las relaciones de patrimonio a patrimonio, a semejanza de lo que ocurre con el campo de aplicación del enriquecimiento sine causa; y no tomando en cuenta las relacio

---

(1) Cit. por Julian Bonnacasse, Ob. Cit., Pág. 662

nes de una cosa considerada aisladamente y de un crédito igualmente considerado, con tal proposición se admite necesariamente el derecho de retención por el solo hecho que el titular de un crédito tenga bajo su cuidado una cosa perteneciente a su deudor, bajo reserva de un texto contrario o de un hecho ilícito. Esta manera de considerar la relación entre acreedor y deudor, viene a reforzar -dice el citado autor- la noción del enriquecimiento sin causa, y al igual que ésta, el derecho de retención viene impuesto por las consecuencias más inmediatas de la noción del derecho.

"Nuestra tesis sólo puede ser destruída si existiera en el Código Civil un texto que exigiera de una manera general, para que hubiera derecho de retención, el *debitum cum re junctum*; este texto no existe, en consecuencia, bajo la protección de la noción de derecho, el derecho de retención tiene derecho de ser mencionado dentro de nuestra legislación positiva, a mismo título que las nociones de enriquecimiento sin causa o del abuso del derecho, que aseguran como ellos, el equilibrio de los patrimonios" (1)

Cuarta: Fundamenta la oponibilidad del derecho de retención en el artículo 1749 del Código Civil Francés, porque desde el momento en que el locatario puede oponer su derecho de retención dentro de las condiciones de los artículos 1744 a 1749, al adquirente del inmueble, es incontestable que el derecho de retención es oponible

---

(1) Página 662 del Supplément. Tomo V.

a terceros, porque este nuevo adquirente jurídicamente resulta ser un tercero. Asimismo invoca a su favor, para fundamentar la oponibilidad de este derecho, el texto de los artículos 867 y 545 que conforme al primero se autoriza al coheredero que efectúa la colación de un inmueble, a ejercer el derecho de retención hasta el reembolso efectivo de las sumas debidas; los otros coherederos son con relación a él, terceros, en el sentido jurídico del término. Y conforme al segundo artículo, se autoriza al propietario del inmueble expropiado por utilidad pública a retener el inmueble hasta el pago de la indemnización. En dicha relación el expropiante resulta también ser un tercero.

3.- La Naturaleza Específica del Derecho de Retención según la Doctrina Francesa.

Al igual que al determinar el campo de aplicación y los efectos del derecho de retención, los autores franceses no se han puesto de acuerdo respecto a su naturaleza jurídica; sin embargo, se pueden señalar en términos generales, tres grupos de doctrinas:

- a) La que concibe el derecho de retención como un derecho rigurosamente personal, que se opone tanto al privilegio como al derecho real.
- b) La que considera que es un derecho personal, pero revestido de una fisonomía particular por el hecho de ser oponible a terceros.
- c) La que declara que es un derecho real.
  - a) Es la tesis de Troplong y de Laurent, que resulta —

ser sólo de interés doctrinal, porque los mismos protagonistas - dice Bonnacase- concluyen que el derecho de retención no sería oponible a terceros.

b) El derecho de retención sería un derecho personal pero de fisonomía especial por el hecho de ser oponible a terceros. "Aunque el derecho de retención no engendra el derecho de perseguir y no constituye un verdadero derecho real en el sentido completo de la palabra, pero sin embargo, según su fundamento y objeto, puede ser opuesto a terceros, al menos en una cierta medida". (1).

c) El derecho de retención sería un derecho real según la tesis de Guillaud.

"Es necesario tomar partido, bien el derecho de retención tomaría su fuente, como en derecho romano, dentro del vínculo jurídico que nace entre acreedor retenedor y el propietario de la cosa retenida, y sus efectos son limitados a la persona obligada y a sus representantes; o bien, la ley ha creado una relación directa entre el retenedor y la cosa retenida, y el derecho nacido de esa relación podrá ser ejercido erga omnes" (2).

Para demostrar la realidad del derecho de retención, invoca prime

(1) Cit. por Julián Bonnacase. Ob. cit., Pág. 669 del Supplément.

(2) Cit. por Julián Bonnacase. Ob. cit., Pág. 671 del Supplément.

ro la tradición jurídica, en derecho romano el pretor limitó sus efectos únicamente entre las partes y sus causahabientes universales. En la anciana legislación francesa el retenedor podía oponer su derecho aun al adquirente y a los mismos acreedores hipotecarios, razón por la cual el legislador de 1804 no podía haber retrocedido en el desarrollo de esta institución y volver a la antigua concepción del derecho romano.

Invoca asimismo un argumento de carácter práctico, pues si dicho derecho no fuese oponible a los acreedores y sucesivos adquirentes resultaría inútil, en virtud de que él podría embargar el bien y venderlo, y con el precio, hacerse pago de su crédito si el propietario del bien retenido no tiene acreedores. Le será útil cuando se encuentra en conflicto con un adquirente o con acreedores.

Ante la objeción de que todo derecho real entraña el de perseguir la cosa, y de que a la vista de todos, el acreedor retenedor que abandona la cosa es privado de las ventajas que el derecho de retención le aseguraba, responde diciendo que el derecho de retención es un derecho real sui-generis en el sentido de que es fundado sobre la posesión de la cosa por parte del acreedor, y que no se revela a los terceros más que por esa posesión, no puede sobrevivir más que por la posesión, que es a la vez su causa y su modo de publicidad.

El derecho de retención es oponible solamente a aquellos que han adquirido su derecho después del acreedor retenedor, y manifiesta

que el derecho de retención no es un privilegio, porque no tiene el derecho de hacerse pagar con preferencia sobre el precio de la realización del objeto retenido, sino que sólo consiste en retener la cosa hasta el pago del crédito.

d) Para Bonnecase, el derecho de retención no es un derecho real sino que traduce un caso particular de crédito quirografario comprenda especializada.

Bonnecase divide a los acreedores quirografarios según su posición ante los elementos constitutivos del patrimonio del deudo en tres categorías:

I.- Acreedores quirografarios con garantía general o indeterminada, es decir, de todo el patrimonio del deudor, acreedores quirografarios ordinarios.

II.- Acreedores quirografarios con garantía determinada, es decir, que no tienen exclusivamente con garantía el patrimonio en general de su deudor, sino que les está afectada en forma particular, una parte alícuota del patrimonio del deudor o de un tercero, que les será transmitida con preferencia a todos los demás acreedores o coherederos. Esta categoría la forman los coherederos que tienen derecho a ejercitar la colación de deudas, como los donatarios sucesivos de sumas de dinero pagaderas a la defunción del donante.

III.- Acreedores quirografarios con garantía individualizada. Esta categoría la forman la mujer casada bajo el régimen dotal, que reclama una dote comprendida en un bien parafernial, y

el acreedor provisto de un derecho de retención.

Se ha criticado a Julian Bonnesse de que ha confundido lamentablemente la relación jurídica que origina el derecho de retención con la facultad misma de retener una cosa, analiza y determina la relación jurídica que existe entre el retenedor y el propietario de la cosa, pero no determina nada sobre esa facultad de retener en sí misma considerada, en donde debe apreciarse un nuevo elemento de la relación jurídica o sea la cosa retenida sobre la que sin duda alguna se ejerce determinada facultad. Sin embargo, el mencionado autor en otra de sus obras "Elementos de Derecho Civil", - Tomo II, Vol. XIV en sus páginas 145 y 146 manifiesta de que esta institución no puede ser un derecho real ni un derecho personal - sino que es necesario concluir que se trata de una institución especial autónoma. "Por otra parte, como la noción de derecho de crédito no puede absorber el derecho de retención, puesto que precisamente éste, confiere una fisonomía particular al crédito quirografario que está provisto de él, lo único que nos queda es concluir que se trata de una institución especial autónoma.

## CAPITULO III

### DERECHO ALEMAN

- I. - Concepto
- II - Campo de Aplicación
- III. - Presupuesto del Derecho de Retención según el Código Civil Aleman



## 1.- C O N C E P T O

Incluimos en este capítulo el estudio del Derecho Alemán pues - significó un adelanto en el desarrollo paulatino que ha venido su friendo el derecho de retención a través de la legislación. Se - reglamenta adecuadamente y se eliminan numerosas incertidumbres y controversias que se engendraban al rededor de esta institución. El Código Civil Alemán concede un doble fundamento al derecho de retención o sea que diferencia en forma clara y nítida los concep- tos de conexidad objetiva y de conexidad jurídica o llamada inte- lectual.

Artículo 273.- Si, en virtud del mismo hecho jurídico de donde -- resulte su obligación, el deudor tiene un derecho de crédito ven- cido contra su acreedor, puede negarse a realizar su prestación,- a menos que resulte lo contrario de la obligación, mientras que la prestación que se le debe no se haya efectuado. (derecho de reten- ción).

El que deba devolver un objeto goza del mismo derecho si tiene -- una prestación pendiente por razón de expensas hechas por él en - ese objeto o por un daño que dicho objeto le haya causado, a menos que haya obtenido el objeto por medio de un acto ilegal cometido- de intento.

Además, el acreedor puede rechazar el derecho de retención ofre- - ciendo una garantía, pero esa garantía no puede consistir en una- fianza"

En el artículo 320 se instituye el principio de la exceptio non adimpleti contractus.

Artículo 320.- Quien está obligado por un contrato bilateral puede negar la prestación que le incumbe hasta la efectuación de la contraprestación, a no ser que esté obligado a cumplir la prestación anticipadamente. Si la prestación ha de realizarse por varios, puede ser negada a cada uno la parte a él correspondiente - hasta la efectuación de toda la contraprestación. No se aplica - la disposición del artículo 273, párrafo 3o.

Si ha sido cumplida parcialmente la prestación por una parte, la contraprestación no puede ser negada, siempre que la negativa, según las circunstancias, en especial a causa de la proporcional in significancia de la parte atrasada, fuere contraria a la fidelidad y a la buena fé" (1)

La gran semejanza de estas dos instituciones se evidencia de inmediato, tan es así, que muchos son los autores que llegan a equipararlas y a confundirlas, o por lo menos admiten que la excepción de contrato bilateral no cumplido es una variedad del derecho de retención, (2) o que aún admitiendo que son dos excepciones distintas no precisan con claridad en qué consiste su esencial distinción, tal es el caso de Andreas Von Tuhr, que señala únicamente -

---

(1) Código Civil Alemán, Trad. de Carlos Melon Infante. Ed. Bosch Barcelona en el Apéndice de la Obra de Ludwig Enneccerus. Theodor Kipp y Martín Wolf

(2) Enneccerus, Derecho de las Obligaciones, Tomo II pág. 167, Trad.

distinciones accidentales, tales como el de la carga de la prueba.

"El que retiene una cosa por razón de impensas, está obligado a probar el hecho y la cuantía de éstas, en cambio, en los contratos bilaterales, la existencia y la cuantía del crédito de la parte contraria se desprende del fundamento mismo de la demanda; y se distingue además, por el hecho de que puede desplazarse (el derecho de retención) mediante oferta de constitución de garantía" --

(1)

Es el autor Karl Larenz, quien en forma precisa y clara señala -- la distinción entre estas dos instituciones consagradas expresamente en el Código Civil Alemán en los artículos anteriormente transcritos, por lo que nos vemos en la necesidad de transcribir este pasaje para evitar una falsa apreciación de su pensamiento". "En el contrato bilateral están desde un principio como lo hemos visto, la prestación y la contraprestación, según el sentido del contrato, en una estrecha relación, de modo que cada parte esté obligada en principio a realizar la prestación al tiempo en que se cumpla la contraprestación.

---

Blaz Pérez y José Alguer. Ed. Bosch, Barcelona, 1954.

(1) Tratado de las Obligaciones. Tomo II, Pág. 59 nota 5, Trad. V. Roces. Ed. Reus, S.A. Madrid 1934.

Aquí (derecho de retención por el contrario, no existe semejante relación inicial entre ambas prestaciones, y en el caso en que ambas se basen en la misma relación jurídica, cada una de ellas no ha sido creada en virtud de la otra. El mandatario p.e. ha de entregar al mandante lo que para él haya obtenido en la gestión del negocio, pero por otra parte, tiene una pretensión para obtener indemnización de gastos. Las dos pretensiones surgen independientes entre sí, aunque procedan de la misma relación jurídica, ninguna es por su naturaleza dependiente de la otra. Cada parte puede reclamar el cumplimiento de su prestación, sin que por ello esté obligada a estar dispuesta por su parte a la prestación. Pero cada uno puede negar su prestación frente a la reclamación del otro hasta que él mismo cumpla; y la relación de dependencia queda establecida mediante la negativa a la prestación. Más, en tanto el deudor no haya hecho todavía uso de su derecho a negar la prestación, está él mismo obligado a ella y queda en este sentido en situación de mora, a diferencia de cuando se trata de contratos bilaterales por el simple requerimiento del acreedor, sin que ello dependa, además, de su propia disposición para realizar la prestación". (1)

En otros términos el criterio de diferenciación se establece según haya o no interdependencia de las obligaciones, en el primer caso, cuando las dos obligaciones están íntimamente vinculadas --

---

(1) Karl Larenz Derecho de las Obligaciones T.I. Trad. Jaime Santos Briz, Pág. 273 Revista de Derecho Privado, Madrid.

opera en todo caso la excepción de contrato no cumplido; y cuando las obligaciones son independientes ya sea que provengan de una misma relación jurídica o deriven de distinta causa (ex dispari causa) opera el derecho de retención.

## II.- CAMPO DE APLICACION

El campo de aplicación del derecho de retención se amplía considerablemente en el Código Civil Alemán, pues según se desprende del artículo 273, no sólo se pueden retener cosas u objetos corpóreos, sino que también cualquiera clase de prestación, independientemente que se refiera a obligaciones de dar hacer o a no hacer. El principio de equidad que inspira a toda esta materia encuentra una mayor realización, pues no existe ninguna razón lógica para limitarla únicamente a objetos corpóreos, como tradicionalmente se ha concebido este derecho; el principio de la equidad requiere que el acreedor-deudor no se encuentre obligado a cumplir lo que debe, mientras que su deudor no cumpla a su vez la prestación que a él le es debida, y aun pensamos que se debe ir más lejos, no debe exigirse, como lo requiere el Código Civil Alemán, que las obligaciones resulten del mismo hecho jurídico, sino que debe considerarse el derecho de retención cualquiera que sea la causa que haya generado las respectivas obligaciones (ex dispari causae), indiscutiblemente que debe reglamentarse debidamente esta materia para evitar los abusos y los innumerables fraudes a que

se verían impulsado a cometer ambas partes.

III.- PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE RETENCION SEGUN EL CODIGO CIVIL ALEMAN

Karl Larenz desprende de su obra ya citada, del artículo 273 del Código Civil Alemán los siguientes presupuestos del derecho de retención:

- 1.- El deudor ha de ser titular de una prestación contra su acreedor, por lo tanto, las dos personas son al mismo tiempo acreedora y deudora, sólo que en cada caso con los papeles invertidos.
- 2.- Ambas pretensiones se han de basar en la misma relación jurídica (la denominada conexidad de pretensiones,) Basta que las pretensiones se funden en el mismo hecho (p.ej. en la conclusión de un contrato nulo), o que estén incluidas en el ámbito de la misma relación permanente de carácter económico, que sea en esta haya -- de tenerse en cuenta contratos diferentes.
- 3.- La pretensión del deudor debe de estar vencida.
- 4.- El derecho de retención no debe estar excluido por acuerdo, -- por norma legal complementaria, ni por la naturaleza de la relación obligatoria, que en este caso, sería por ejemplo, que su -- ejercicio conduciría a frustrar permanentemente el ejercicio de la pretensión del acreedor, cuando la pretensión sea posible en un -- momento determinado.
- 5.- Finalmente, el ejercicio del derecho de retención no puede -- infringir la buena fé atendiendo las circunstancias del caso concreto.

## CAPITULO IV

### DERECHO SUIZO

- I. - Definición Legal
  - II. - Campo de Aplicación
  - III. - Condiciones de Ejercicio
  - IV. - Casos de Excepción
  - V. - Efectos
-

### 1.- DEFINICION LEGAL

El Código Federal Suizo de las Obligaciones, es otro de los Códigos más avanzados que han reglamentado en forma adecuada el derecho de retención dándole la fisonomía de un verdadero privilegio y la naturaleza real necesaria a esta institución. Por ser de -- gran interés transcribiremos dicha regulación pues sería altamente provechoso tomarla en consideración en la reforma que se haga de esta materia en nuestra legislación positiva, que esperamos sea en un futuro próximo.

"Art. 895.- El acreedor que, por consentimiento de su deudor se encuentre en posesión de cosas mobiliarias o de títulos valores pertenecientes a este último, tiene el derecho de retenerlos hasta -- el pago, con la condición de que su crédito sea exigible y que -- tenga una relación natural de conexión con el objeto retenido. -- Esta conexión existe para los comerciantes desde el instante en que la posesión de la cosa y el crédito resulten de sus relaciones de negocios.

El derecho de retención se exitnde incluso a las cosas que no -- sean propiedad del deudor, con tal que el acreedor las haya recibido de buena fé, con reserva de los derechos que deriven para los terceros de su posesión anterior".

"Artículo 896.- El derecho de retención no puede ejercerse sobre-



cosas que, por su naturaleza, no son realizables. No nace si es incompatible, ya sea con una obligación asumida por el acreedor - ya sea con las instrucciones dadas por el deudor en el momento -- de la entrega de la cosa o con anterioridad, ya sea con el orden público".

Art. 897.- Cuando el deudor sea insolvente, el acreedor puede ejercer su derecho de retención hasta para la garantía de un crédito no exigible.

Si la insolvencia no se ha producido o no ha llegado a conocimiento del acreedor sino con posterioridad a la entrega de la cosa, - puede ejercer también un derecho de retención, no obstante las -- instrucciones dadas por el deudor o la obligación que por sí mismo hubiera asumido antes de hacer un uso determinado de la cosa".

Art. 898.- El acreedor que no haya recibido ni el pago ni una garantía suficiente puede perseguir, luego de un requerimiento previo al deudor, como en materia de pignoración la realización de - la cosa retenida.

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

## II.- CAMPO DE APLICACION

El derecho Suizo no distingue entre conexión objetiva y conexión jurídica; el derecho de retención existe cuando haya "relación -

natural de conexión" entre el crédito y el objeto.

Entre comerciantes, el ámbito del derecho de retención se amplía considerablemente, puesto que es suficiente con que la entrega de la cosa y el crédito resulten de relaciones de negocios, se reconoce la influencia del Código Civil Alemán; organiza igualmente - y esto constituye un gran paso en el desarrollo histórico de esta institución, la posibilidad de que el acreedor realice la cosa retenida. Tiene la limitación de que únicamente se pueden retener bienes muebles y títulos valores, sin comprender los inmuebles ni mucho menos cualquier otra clase de prestación como lo establece el derecho alemán.

Algunos autores pretenden salvar esta deficiencia mediante la aplicación analógica del derecho de retención:

"El derecho real de retención del Código Civil Suizo se ajusta — al régimen siguiente. Sólo se refiere a casos en que se trata de restitución de una cosa ajena y no a aquellos en que la prestación versa sobre algo distinto, el caso, por ejemplo, en que el depositante, el comodante, el mandante, se nieguen a resarcir los desembolsos que se les reclaman mientras no se les devuelva el objeto, se cubre la laguna de la ley mediante la aplicación analógica del derecho de retención" (1)

---

(1) Andrea Von Tuhr, Code Federal des Obligations, Tomo II Pág. - 59 f.

### III.- CONDICIONES DEL EJERCICIO

1.- La cosa retenida debe ser una cosa mobiliaria o un título de valor.

2.- El acreedor debe estar en posesión de la cosa retenida.

3.- Que haya una conexidad natural entre la cosa y el crédito retenido, conexidad que se presume entre comerciantes:

"Según algunos autores, la conexidad debe resultar de la naturaleza misma de la cosa, otros pretenden que habrá conexidad toda vez que ella reposa en la voluntad de las partes, abstracción hecha de una relación natural entre la cosa retenida y el crédito. La consecuencia de esta teoría —manifiesta Virgile Rossel— sería que todo derecho de prenda irregular podría ser invocado como derecho de retención, o el legislador no ha querido hacer ilusorias las disposiciones legales precitadas, lo que la conexidad no puede reposar que sobre una relación natural". (1)

4.- Que el crédito sea exigible, pero en caso de insolvencia del deudor la condición de la exigibilidad desaparece, artículo 897—y además que dicho crédito sea de derecho privado.

### IV.- CASOS DE EXCEPCION

Hay casos en que a pesar de estar reunidos todos los requisitos para que nasca el derecho de retención, éste no puede ser invocado por disposición expresa de la Ley, que distingue dos prohibi—

---

(1) Virgile Rossel y F.-H. Mentha, Manuel du Droit Civil Suisse, - Tomo III Librairie Payot y Cía. 2a. Ed.

ciones:

1.- El señalado en el artículo 896, sobre las cosas que por su naturaleza no son realizables, tales como libros de contabilidad— documentos dados a un notario o a un abogado, etc., para evitar — que el acreedor ejerciera presiones indebidas sobre su deudor ya— que al no ser realizables no tendría ninguna garantía.

2.- El artículo 896 párrafo segundo, señala igualmente tres prohi biciones, cuando el derecho de retención es incompatible o con— traría una obligación asumida por el acreedor, de hacer de la co— sa, por ejemplo, un uso determinado, cuando contraría las instruc ciones del deudor, o cuando éstas resulten de las circunstancias— y cuando contraría al orden público.

#### V.- EFECTOS

Los efectos que se conceden al derecho de retención significan un gran adelanto en el sucesivo desarrollo de esta institución, pues ya no sólo se concede la facultad al acreedor de retener la cosa— de su deudor asumiendo una actitud pasiva en espera de que éste le haga pago de su crédito, situación que muchas veces no lograba — coaccionar ni presionar sobre su voluntad, sino que se faculta — al acreedor que no ha recibido ni el pago, ni una garantía sufi— ciente de perseguir, luego de un requerimiento previo dado al deu dor, la realización de la cosa retenida. Sin que esta facultad — de hacer vender la cosa, baste para transformar el derecho de re— tención en una prenda.

Sin embargo, no da ninguna solución al problema de la efectividad frente a terceros.

**TITULO TERCERO**

**DERECHO CIVIL MEXICANO**

**CAPITULO I**

**CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE  
MORELOS**

**CAPITULO II**

**CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO  
Y TERRITORIOS FEDERALES**

## CAPITULO I

### CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MORELOS

- I. - Definición Legal
- II. - Campo de Aplicación
- III. - Efectos

1.- DEFINICION LEGAL

El Código Civil del Estado de Morelos al igual que el Código Civil de Sonora que reproduce textualmente sus artículos, realiza una regulación jurídica especial de esta materia en donde se eliminan las incertidumbres y los múltiples problemas que han originado otros códigos que no organizan adecuadamente este derecho del acreedor; el artículo 2310 define esto como la autorización que otorga la ley "al detentador o poseedor de una cosa ajena a conservar la tenencia de la misma hasta que el dueño de ella pague lo que le adeude, bien sea por concepto de la cosa o por algún otro motivo" y el artículo 2311 establece que "cuando la ley no establezca expresamente el derecho de retención podrá no obstante ejercitarse por el acreedor si su crédito consta en título ejecutivo o ha sido reconocido judicialmente o ante notario, aunque no haya relación alguna entre el crédito y la cosa del deudor que se encuentre en poder del acreedor, o entre dicho crédito y la causa de la posesión o detentación".

II.- CAMPO DE APLICACION

Se concluye de los textos legales supracitados que sólo ha lugar a la retención en los casos expresamente señalados por la Ley y cuando el crédito del retenedor conste en título ejecutivo, haya sido reconocido judicialmente o ante notario y sin que sea requisito --



sine quanon exista la relación entre el crédito y la cosa retenida (conexidad objetiva) a una relación entre dicho crédito y la causa de la posesión o detentación (conexidad jurídica). Es decir, se concede el derecho de retención aplicando la concepción más amplia el de la equidad "en la concepción más amplia del derecho de retención se basa únicamente sobre la equidad, es justo que el acreedor mientras que no se le haya pagado, no se halle obligado a -- restituirle la cosa a su deudor cualquiera que sea la causa por-- la cual la cosa del deudor se encuentra en poder del acreedor y -- por la que el crédito haya surgido" ex dispari causa" (1) Tal es la concepción del Código de Comercio Alemán ( artículos 369 y -- 371) y la del Código Civil Suizo para las relaciones de negocios-- entre comerciantes y del Código Civil del Estado de Morelos, agre-- gamos nosotros.

Henri y Leon Mazeaud señalan como inconvenientes de esta aplica-- ción tan extensa que se da al derecho de retención, el hecho de -- que incita a los acreedores a apoderarse de una cosa de su deu-- dor, y a los deudores a entregar sus bienes a acreedores ficti-- cios para librarse del embargo; inconvenientes que evita perfecta-- mente el Código que comentamos pues en sus artículos 2312, 2313,-

---

(1) Henri Leon Mazeaud "Lecciones de Derecho Civil" Parte Tercera, Vol. I Garantías Trad. de Luis Alcalá Zamora y Castillo-Ed. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires Pag.157

2324 y 2325 se establecen las siguientes prohibiciones para ejercitar el derecho de retención.

1.- Cuando el acreedor ha obtenido la cosa a base de engaños, maquinaciones o artificios, o con la promesa de devolverla inmediatamente.

2.- Cuando la causa de la posesión o tenencia es ilícita, o cuando se ha obtenido la cosa de un tercero, sin consentimiento del deudor.

3.- Cuando se demuestre, por quien tenga interés jurídico en ello, que ha existido un acuerdo fraudulento o simulado entre acreedor y deudor o cuando este último hizo entrega de la cosa al primero en perjuicio de acreedores. Se considera que existe perjuicio de acreedores, cuando el importe de los bienes del deudor sin tomar en cuenta los que hayan entregado al acreedor, sea inferior al valor de sus deudas.

Otra peculiaridad que ofrece este Código, es que autoriza la retención de los frutos que produzca la cosa, cuando ésta no pertenece en propiedad al deudor, sin perjuicio, claro está de los derechos del propietario de la cosa "cuando el deudor haya entregado al acreedor un bien, respecto del cual no se haya transmitido el dominio al primero, pero sí el uso o goce, podrá el acreedor, y en cuanto a la cosa, sólo podrá hacerlo entretanto no se perjudiquen los derechos del propietario o poseedor originario, en cuya-

contra no será oponible el derecho de retención.

### III.- EFECTOS

El Código que comentamos establece la oponibilidad del derecho de retención; primero, frente al mismo deudor, y segundo frente a — cualquier tercero siempre y cuando éste no tenga un derecho real sobre la cosa anterior a la fecha en que se ejercita aquel derecho, es decir, organiza su oponibilidad frente a todo el mundo — (erga omnes) caracterizándolo como un verdadero derecho real, — pues como cualquier otro derecho de esta naturaleza, únicamente — no es oponible frente a acreedores con derecho real constituido o con anterioridad. Art. 2315.- "El derecho de retención es oponible al deudor y a los terceros que no tengan adquirido un derecho real sobre la cosa, anterior a la fecha en que se ejercita el citado derecho. Los que tengan derechos reales anteriores, podrán perseguir la cosa y asegurarla o tomar posesión de la misma, según la naturaleza de tales derechos" Art. 2321 "El Derecho de — Retención es oponible a los acreedores que sin garantía real, — embarguen o secuestren la cosa, u obtengan el remate de la misma. Comprobada la existencia de tal hecho, el juez no podrá dar posesión al adquirente en remate" y el artículo 2322 establece que: — "En los casos de concurso o liquidación judicial del deudor, el — derecho de retención será oponible para que el acreedor no sea —

privado de la cosa, y para que obtenga en su caso pago preferente según los artículos que anteceden.

## 1.- CAMPO DE APLICACION DEL DERECHO DE RETENCION

El Código Civil para el Distrito y Territorios Federales al igual que el Código Civil Francés, Italiano y Español, no regula en forma directa esta institución sino que establece esta facultad del acreedor sólo en determinados casos, de donde resultan múltiples problemas abandonados todos ellos a la interpretación y a la especulación de los juristas.

A pesar de que nuestro legislador se inspiró en el derecho francés y español primordialmente, para establecer el derecho de retención en casos similares a dichas ordenaciones, estableció algunas variantes que impiden aceptar las conclusiones a que han llegado la jurisprudencia y los autores de dichos países; por lo que es necesario realizar, una investigación de nuestros propios textos para desprender de ellos su naturaleza específica y efectos. Iniciaremos en primer lugar, el estudio de su campo de aplicación y efectos para concluir posteriormente con la determinación de su naturaleza jurídica, siguiendo el mismo proceso de investigación realizado por Julián Bonnecase en el estudio que hace a esta institución en Francia.

Nuestro Código Civil vigente establece el derecho de retención basado tanto en la conexidad objetiva o material como en la noción de la llamada conexidad jurídica o intelectual.

El problema que se plantea en este sentido es determinar cuáles -

son los casos específicos de retención concedidos en nuestro Código Civil. No existe entre nuestros autores mexicanos un criterio uniforme; algunos señalan casos que de manera alguna presentan el aspecto de un derecho de retención, a otros les falta enumerar casos patentes de retención o señalan casos dudosos. Por nuestra parte, haremos un estudio de cada uno de los casos apuntados por nuestros autores, haciendo las observaciones pertinentes y determinando cuáles son a nuestro entender, las hipótesis de retención otorgadas en nuestro Código.

1.- Derecho de Retención en el Campo Extracontractual.

a).- El único caso de conexidad objetiva o material que presenta el Código Civil es el observado en la hipótesis del artículo 810-fracción II que concuerda con los artículos 842 y 843 del Código Civil de 1884; 939 y 940 del Código Civil de 1870. Se concede -- el derecho de retención al poseedor de buena fé que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio: "El poseedor de buena fé 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 fuiles, teniendo -- derecho de retener la cosa poseída hasta que se haga el pago". Para ejercitar el derecho de retención se requiere en primer lugar,

que el poseedor sea de buena fé, que según el artículo 806, primer párrafo, es aquél que "entra en la posesión en virtud de un título traslativo de dominio, suficiente para darle derecho de poseer. También es el que ignora los vicios de su título que le impide poseer con derecho". En este aspecto, creemos que no existe ninguna razón para negar dicho derecho al poseedor de mala fé, -- pues si el artículo 812 le concede derecho para reclamar los gastos necesarios que haya efectuado sobre la cosa, nos inclinamos por la opinión de la mayoría de los tratadistas, de que no existe una justificación seria para negarle este medio de exigir su crédito.

En segundo lugar, se exige que el poseedor haya adquirido la posesión a título traslativo de dominio "Enténdase por título la causa generadora de la posesión" (artículo 806, párrafo tercero) -- es decir, un acto o un hecho jurídico que en este caso deben ser lícitos por el requisito de la buena fé exigida en el poseedor-retenedor. Los actos jurídicos que engendran la posesión originaria, son los contratos traslativos de dominio, tales como la compra-venta, permuta, donación, sociedad y los actos que implican adquisiciones a título universal o particular.

El crédito del retenedor tiene una relación de conexidad con la cosa retenida, es decir, estamos en presencia de lo que en doctrina se ha llamado *Debitum cum re junctum*, existe una conexidad objetiva o material entre el crédito y la cosa por los gastos necesarios y útiles hechos por el poseedor sobre dicha cosa "Son gas-

tos necesarios los que están prescritos por la ley y aquellos sin los que la cosa pierde o desmejora" Son gastos útiles aquellos = que sin ser necesarios, aumentan el precio o producto de la cosa- (Artículos 817 y 818 del Código Civil vigente, respectivamente).- El retenedor en el caso de gastos necesarios tiene un derecho de preferencia a ser pagado con la cosa retenida de conformidad con el artículo 2993 "Con el valor de los bienes que se mencionan serán pagados preferentemente.

II.- La deuda contraída antes del concurso expresamente para ejecutar obras de rigurosa conservación de algunos bienes, con el valor de éstos, siempre que se pruebe que la cantidad prestada se empleó en esas obras.

b).- Derecho de retención del adquirente de buena fé de una cosa robada o perdida.

En relación con este caso y aunque en la hipótesis no se trate de un derecho de retención basado en la idea del Debitum cum re iustum, es necesario hacer mención, por la armonía que guarda con el anterior, de los artículos 799 del Código Civil vigente y del artículo 80. del Código de Procedimientos Civiles para el Distrito y Territorios Federales, que implican un derecho de retención en favor del poseedor de buena fé que haya adquirido una cosa perdida o robada en almoneda o de un comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, para el



efecto de retenerla hasta que el reivindicante la reembolse el precio que pagó por ella y en el caso de que hubiere hecho gastos necesarios o útiles, también podrá retenerla fundado en el artículo 810 fracción II anteriormente analizado.

Los supracitados, establecen:

"Artículo 799: El poseedor de una cosa mueble perdida o robada no podrá recuperarla de un tercero de buena fé que la haya adquirido en almoneda o de un comerciante que en mercado público se dedique a la venta de objetos de la misma especie, sin reembolsar al poseedor el precio que hubiere pagado por la cosa. El recuperante tiene derecho de repetir contra el vendedor".

"Artículo 80. del Código de Procedimientos Civiles. -- No pueden reivindicarse las cosas que están fuera del comercio; los géneros no determinados al entablarse la demanda; las cosas unidas a otras por vía de accesión, según lo dispuesto por el Código Civil, ni las cosas muebles perdidas o robadas que un tercero haya adquirido de buena fé en almoneda, o de comerciante que en mercado público se dedica a la venta de objetos de la misma especie, sin previo reembolso del precio que se pagó. Se dió aviso pública y oportunamente".

c).- Derecho de retención del especificador

El maestro Manuel Borja Soriano y el licenciado Ernesto Gutiérrez y González, señalan como derecho de retención, el caso previsto en el artículo 929 del Código Civil relativo a la accesión (1). - No encontramos motivo alguno que justifique incluir este caso como un derecho de retención, pues "según los artículos 929 a 931 del-

---

(1) Dr. Manuel Borja Soriano. Teoría General de las Obligaciones Tomo Segundo, Pág. 171, Cuarta Edición. Ed. Porrúa, S.A. México 1964.  
Lic. Ernesto Gutiérrez y González. Derecho de las Obligaciones Pág. 505 Segunda Edición Ed. Cajica, Puebla Pue. 1965

Código Civil vigente, cuando de buena fé se emplea materia ajena para formar una cosa de nueva especie, el especificador, hará suya la obra, siempre que el mérito artístico de ésta exceda en precio a la materia, cuyo valor indemnizará al dueño; y cuando el mérito artístico de la obra sea inferior al precio de la materia, el dueño de ésta hará suya la nueva especie. Si la especificación se hizo de mala fé, el dueño de la materia empleada tiene derecho de quedarse con la obra sin pagar nada al que la hizo, o exigir de éste que le pague el valor de la materia y la indemnice de los perjuicios que se la hayan seguido. Es decir, en ninguno de los tres casos mencionados, existe el derecho de retención por parte del especificador" (1)

## 2.- DERECHO DE RETENCION EN EL CAMPO CONTRACTUAL

El Código Civil concede el derecho de retención en casos en los que doctrinariamente se ha llamado de conexidad jurídica o intelectual, en otros términos cuando deudor y acreedor están unidos por un contrato y el crédito y la detentación de la cosa resultan del mismo contrato. A continuación analizaremos todos los casos señalados por los autores mexicanos que consideran como de retención, haciendo las respectivas observaciones y críticas a nuestro parecer pertinentes.

---

(1) Dr. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Tomo Quinto, Obligaciones. Volumen III, Págs. 316 y 317, Segunda Edición. Ed. Antigua Librería Robredo. México 1965

a).- Derecho de retención del vendedor.

Todos los autores señalan como caso de derecho de retención el pre visto en el artículo 2286, "que textualmente dice:

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

Consideramos que en el presente caso se está ante la aplicación pura y simple de la excepción de contrato no cumplido, y no de un derecho de retención, pues este es un medio de coaccionar la voluntad del deudor para que pague o para que garantice dicho pago; situación que no se advierte en el mencionado artículo, que bien podría no existir ya que el vendedor puede excepcionarse con la citada exceptio non adimpleti contractus, aplicable a todas las obligaciones recíprocas o dependientes, pues lograría los mismos efectos, la de no entregar la cosa vendida hasta que el compradorle pague el precio, por lo que también el comprador puede a su vez en aplicación de la mencionada excepción retener el precio si la cosa no la es entregada, sin recurrir a una supuesta aplicación analógica del derecho de retención.

Lo mismo sucede en el caso previsto en el artículo 2287, que a la letra dice:

"Tampoco está obligado a la entrega, 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 corra inminente riesgo de perder el precio, a no ser que el comprador

le dé fianza de pagar al plazo convenido" (1)

En este supuesto también es aplicable la excepción de contrato no cumplido, porque a pesar de la existencia de un plazo para pagar el precio, dicho plazo se entiende por perdido de conformidad con el artículo 1959 "Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo: I.- Cuando después de contraída la obligación, resulta re insolvente, salvo que garantice la deuda".

Estos artículos se basan tanto en la presunta voluntad del acreedor, pues éste no hubiera concedido el plazo ante la insolvencia del deudor, como en el principio de la equidad y de la buena fé que deben regir en el cumplimiento de los contratos.

Si el comprador insolvente no garantiza su deuda, pierde el plazo concedido y, en consecuencia se encuentra obligado a pagar el precio simultáneamente en el momento en que el vendedor le entregue la cosa (artículo 2294). Si no paga el precio o no da fianza para garantizarlo, el vendedor puede conforme a derecho oponer su excepción de contrato no cumplido para el efecto de no entregar la cosa, puesto que se trata de obligaciones recíprocas y dependientes de cumplimiento simultáneo.

b).- Derecho de retención concedido al comprador.

"Artículo 2299: Cuando el comprador a plazo o con espera del precio fuere perturbado en su posesión o derecho o tuviere justo temor de serlo, podrá suspender el pa--

---

(1) Artículo concordante con el 1884, 2988 del Código Civil del 1884; y del artículo 988 del Código de 1870 y 146 del Código Civil Español.

go si aún no lo ha hecho, mientras el vendedor no le asegure la posesión o no le dé fianza, salvo si hay convenio en contrario" (1)

En la hipótesis prevista en esta norma, se observa la aplicación tanto de la excepción de contrato no cumplido, de la que puede valederamente prevalecerse el comprador, como del derecho de retención, que en este caso resultaría ser la retención de una suma de dinero y no de una cosa como doctrinalmente se había establecido para esta institución. Ambas instituciones operan ante el incumplimiento del vendedor de no garantizar la posesión pacífica del objeto vendido. El comprador puede por tratarse de obligaciones recíprocas interdependientes, oponer al vendedor la excepción de contrato bilateral no cumplido independientemente de la existencia del artículo 2299, para el efecto de no ejecutar su contraprestación hasta el momento en que el vendedor cumpla con garantizarle la posesión pacífica de la cosa vendida, haciendo cesar la perturbación. Y por otra parte, el comprador tiene un derecho de retención para el efecto de que el vendedor le dé fianza para garantizar la devolución del precio en todo caso. En esta situación podemos distinguir la exceptio non adimpleti contractus del derecho de retención, en aquella se evita la injusticia que implica la exigencia de un contracrédito y aún cuando el deudor garantice o -

---

(1) Idénticos los artículos 2898 y 3031 del Código de 1884 y del Código de 1870, respectivamente.

caucione su debido cumplimiento, no podrá paralizar los efectos de la excepción; el derecho de retención, por el contrario, tiende a la seguridad del contracrédito, por lo que es posible que el deudor elimine dicho derecho otorgando una garantía.

"Una perturbación jurídica por derechos de tercero en relación con la cosa, anteriores a la venta, los cuales pueden derivar de un gravamen constituido en una obligación real o de la constitución de un derecho real, faculta al comprador para retener el precio.- Lo propio debe decirse si la perturbación es de orden material, pero proveniente del mismo vendedor, quien por hechos ilícitos molesta o ataca al comprador en su posesión... Se dice que hay -- un fundamento objetivo para considerar que existe justo temor, -- cuando descubre el comprador que hay un gravamen oculto, de tal manera que si no se ha llevado a cabo la perturbación, es posible que en el futuro se realice. También cuando el vendedor declare falsamente que la cosa está libre de gravámenes y no obstante, -- aparecen estos inscritos en el Registro, pues aun cuando pudo haberse cerciorado de ellos el adquirente, lo cierto es que el enajenante faltó al deber de probidad de declararlos y, por lo tanto, al principio de buena fé que debe reinar en la celebración y cumplimiento de los contratos dando lugar así a la retención del precio" (1)

(1) Dr. Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil, Tomo IV, Contratos, Pág. 144 Ed. Antigua Librería Robredo. Méx 1962

El Código Civil Español reconoce este derecho en su artículo 1502 que a la letra dice:

"Si el comprador fuere perturbado en la posesión o dominio de la cosa adquirida, o tuviere fundado temor de serlo por una acción reivindicatoria o hipotecaria, -- podrá suspender el pago del precio hasta que el vendedor haya hecho cesar la perturbación o el peligro, a no ser que se afiance la devolución del precio en su caso, o se haya estipulado que, no obstante cualquiera contingencia de aquella clase, el comprador estará obligado a verificar el pago".

c).- Derecho de retención del permutante

Se señala también como caso de retención (1), al derecho concedido a uno de los permutantes que ha recibido la cosa que se le da en permuta y acredita que no era propia del que la dió, para no entregar la que él ofreció en cambio y cumplir con devolver la que recibió (artículo 2328 idéntico al 2932 del Código de 1884 y 3064 del Código de 1870, que concuerdan con el artículo 1704 del Código Civil Francés y el 1539 del Código Español).

¿Se configura en este caso el derecho de retención? Este como lo hemos visto constituye un medio de coaccionar la voluntad del deudor para obtener exactamente la prestación debida o para que garantice su debido cumplimiento, es una institución protectora del acreedor, cosa que no sucede en el permutante, puesto que no retiene el bien que se obligó a entregar en permuta para apremiar

---

(1) Dr. Manuel Borja Soriano, Teoría General de las Obligaciones- Tomo Segundo Pág. 170 4/a Edición. Ed. Porrúa S.A. México 1964

la voluntad de su contratante para inducirle a cumplir con su obligación, de que le trasmita la propiedad del bien que le dió en permuta, sino que por el contrario, dicho artículo 2328 establece que no puede ser obligado a entregar la cosa que él ofreció en cambio (exceptio non adimpleti contractus), y que cumple con devolver la que recibió, es decir, extingue los efectos del contrato, paga con la cosa recibida.

"Artículo 2328: Si uno de los contratantes ha recibido la cosa que se le da en permuta, y acredita que no era propia del que la dió, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio, y cumple con devolver la que recibió"

La sanción es parecida a la nulidad, por cuanto que destruye los efectos del contrato en la forma más simple, ya que no tiene que existir declaración judicial respecto a la nulidad del contrato y, en tal virtud, no ocurren los efectos provisionales que en todo contrato nulo se producen" (1).

El Dr. Rafael Rojina Villegas (2) afirma que con la aplicación por analogía de los artículos 2286, 2287 y 2299 referentes a la

---

(1) Dr. Rafael Rojina Villegas. Compendio de Derecho Civil Tomo - IV Contratos. Pág. 170 Ed. Antigua Librería Robredo Méx. 1962

(2) Derecho Civil Mexicano. Tomo V., Obligaciones. Volumen III.- Páginas 313 y 314 Ed. Antigua Libre-ía Robredo, México 1965.



compraventa y la permuta; los permutantes tienen en su favor un de recho de retención:

1.- Cuando uno de los permutantes no entrega la cosa, el otro a su vez no se encuentra obligado a la entrega, salvo pacto en contrario

Aplicación analógica del artículo 2286.

2.- Cuando uno de los permutantes fuere perturbado en su posesión o derecho, o tuviere justo temor de serlo. Aplicación por analogía del artículo 2299 "En este caso puede el permutante que no ha recibido la cosa, asegurar al otro la posesión de la que ya recibió", o bien darle fianza para responder de los casos en que tenga justo temor de ser perturbado, a efecto de que no proceda ya el derecho de retención de que se viene hablando (1)

Entendemos por nuestra parte que además de hacer una aplicación - analógica de estos artículos de la compraventa en la permuta, dicha aplicación está autorizada por el artículo 2331 que textualmente dice:

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

Y además, porque implican la aplicación de un principio más general que rige en nuestro Código Civil en materia de obligaciones - recíprocas, el de la excepción de contrato no cumplido y no que-

---

(1) Dr. Rafael Rojina Villegas. Derecho Civil Mexicano. Tomo V -- Obligaciones. Volumen III Ed. Antigua Librería Robredo. México 1965. Segunda Edición.

impliquen necesariamente la aplicación analógica del derecho de retención, que como hemos visto con las razones anteriormente - -  
apuntadas está proscrito en nuestro derecho.

d).- Derecho de retención del arrendador

Otro caso de derecho de retención señalado por nuestros autores -  
mexicanos, es aquél previsto en el artículo 2422 del Código Civil  
vigente:

"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 aquel; en este caso depositará judicialmente el saldo de referencia".

En esta norma el legislador com; en otrogos casos concede un derecho de retención, pero con la peculiaridad de que el retenedor no pue  
de conservar en su poder la prestación debida, sino que deberá de  
positarla judicialmente, para que una vez deducido su derecho pue  
da en todo caso, si le es legalmente posible, efectuar una compensa  
ción con los fondos depositados judicialmente.

El hecho de que el arrendador no retenga en su poder el saldo a fa  
vor del arrendatario significaría que ya no se está en presencia -  
de un derecho de retención? (argumentando que es necesario que -  
el acreedor detenga la cosa para ejercitar su derecho). Conside  
ramos que no es un requisito esencial al derecho de retención -  
que el acreedor conserve consigo mismo la cosa o el dinero reteni  
do, sino que puede retener un tercero o la propia autoridad judi  
cial en su nombre; la facultad del acreedor queda intacta, se pro

ducen los mismos efectos como si él mismo lo conservara, evita - que el deudor disponga del bien y le sirve para garantizar el crédito que tenga en contra de él. No creemos que se trate de un secuestro judicial, pues según el artículo 235 fracción III, éste - únicamente podrá dictarse cuando el deudor no tuviere otros bienes y se teme que los oculte o enajene. Situación que no se presenta en la hipótesis del artículo 2422 del Código Civil vigente. Ni del secuestro judicial previsto en el artículo 2544; del Código Civil pues éste sólo se constituye por decreto del juez y respecto de una cosa litigiosa en sí, ni del secuestro convencional (Art. 2541), en donde se requiere lógicamente de un acuerdo de los litigantes.

Otra peculiaridad que ofrece este artículo, es que concede un derecho de retención no sólo sobre una cosa o bien corpóreo, sino - que bien puede ser una cantidad de dinero, lo que complicaría nuestro estudio ya que fácilmente podría asimilarse a una compensación y no a un derecho de retención; pero bien observado el problema, - se pueden determinar dos momentos: en el primero de ellos opera una retención de una cosa o de una suma de dinero (saldo a favor del arrendatario), que se deposita judicialmente, para el efecto de que el arrendador ejercite algún derecho que tenga contra el - arrendatario y en un segundo momento, una vez que se haya determinado el crédito del arrendador, es decir, que se haya hecho líquido y exigible, operará una compensación para extinguir las obliga

ciones hasta por la cantidad que importe la menor.

El arrendador sin este derecho de retención no podría en la mayoría de los casos efectuar la compensación de los respectivos créditos en virtud de que como casi siempre sucede, al momento de determinar el arrendamiento, su crédito aun no se encuentra determinado, es decir, no tiene la liquidez exigida por la ley para que opere la compensación.

"Artículo 2188: Para que haya lugar a la compensación se requiere que las deudas sean igualmente liquidadas y exigibles. Las que no lo fueren, sólo podrán compensarse por consentimiento expreso de los interesados"

"Artículo 2189: Se llama deuda líquida aquella cuya cuantía se haya determinado o puede determinarse dentro del plazo de nueve días".

e).- Derecho de Retención del Depositario

Existe divergencia de criterio en nuestros autores mexicanos en considerar como derecho de retención la hipótesis prevista en el Art. 2533, en virtud de que se requiere de autorización judicial para el efecto de que el depositario pueda retener el objeto depositado. El Dr. Manuel Borja Soriano y el Lic. Ernesto Gutiérrez y González lo incluyen como un caso más de retención; en cambio el Dr. Rafael Rojina Villegas lo incluye en los casos en que se niega expresamente dicho derecho. Nuestro legislador establece que;

"Artículo 2533.- El depositario no puede retener la cosa, aun cuando al pedírsela no haya recibido el importe de las expensas a que se refiere el artículo anterior, pero

sí podrá, en este caso, si el pago no se le asegura, pedir judicialmente la retención del depósito".

Existen dos obligaciones independientes, la del depositante consistente en "indemnizar al depositario de todos los gastos que ha ya hecho en la conservación del depósito y de los perjuicios que por él haya sufrido" (Art. 2532), y la del depositario en entregar la cosa depositada; al ser independientes estas dos obligaciones no es aplicable la exceptio non adimpleti contractus, era necesario establecer un derecho de retención en favor del depositario para proteger su crédito si el depositante no se lo aseguraba en otra forma, a nuestro juicio, pensamos, que sí constituye un caso de derecho de retención que tiende a coaccionar la voluntad del depositante para que pague o para que asegure su adeudo; el hecho de que se requiera la autorización judicial no implica que ya no se está en presencia de esta institución, puesto que no constituye un elemento esencial el hecho de que opere de pleno derecho - sino que simplemente es una de sus formas de operancia. De lo contrario, ¿en qué otra figura jurídica quedaría encuadrado este caso? sería un secuestro judicial por ser con la que mayor semejanza tiene?, la cosa en sí no es litigiosa como en el caso de -- que el depositario descubra o pruebe que es suya la cosa depositada; por lo que concluimos que es otro caso de derecho de retención.

f).- Derecho de retención concedido al mandatario

"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" (1)

Es decir, hasta que el mandante pague los gastos de ejecución del mandato, aunque el negocio no haya salido bien, con tal que esté exento de culpa el mandatario, los intereses de la cantidad anticipada por el mandatario y la indemnización de todos los daños y perjuicios sufridos por el mandatario en cumplimiento del mandato, sin culpa ni imprudencia del mismo mandatario, éste podrá retener en garantía (no en prenda) las cosas que son objeto del mandato. Existen dos obligaciones que derivan de una misma relación jurídica, primero la obligación del mandatario de entregar al mandante todo lo que haya obtenido en su gestión y a su vez la obligación de éste, de pagar a aquél, los gastos e indemnizaciones antes mencionados pero dichas prestaciones como afirma Karl Larenz surgen independientes, es decir no sería posible aplicar en este caso la exceptio non adimpleti contractus, por lo que era menester consagrar este caso expreso de retención, cosa que no sucedía en nuestros dos anteriores códigos, por lo que resulta inexacta la afirmación del maestro Manuel Borja Soriano de que si el derecho de retención fuese sólo aplicable en los contratos sinalagmáticos bastaría con el principio de la exceptio non adimpleti contractus o aceptar la teoría de Aubry et Rau" ..hemos visto que la mayor parte de los artículos que ahí hemos citado se refieren a contra-

---

(1) Idéntico al artículo 1720 del Código Civil Español

tos sinalmáticos y si solamente hubiera ellos, deberíamos concluir que bastaba con el principio de non adimpleti contractus o aceptar la teoría de Aubry et Rau. Pero en vista de los artículos relativos a la posesión y a la accesión que también hemos citado -- hay que adoptar, a nuestro juicio, la teoría de Bonnacase. (1) -- Hacemos notar asimismo que el citado maestro no incluye en la enumeración que hace de la hipótesis de derecho de retención en -- nuestro Código, este caso palpable de retención.

Quince la ley terminantemente expresa que el mandatario podrá -- retener en prenda; pensamos fundadamente que no se trata del caso de una prenda tácita como se afirma en los apuntes de contratos -- del licenciado Francisco Losano Noriega (2), pues esto significaría que el mandatario tendría todas las facultades de un acreedor prendario, entre ellas la de perseguir y hacer vender el objeto -- pignorado, cosa que no sucede en este caso a estudio, en virtud de que del mismo texto de la ley se desprende que el mandatario podrá retener hasta que el mandante haga la indemnización y reembolsos correspondientes, nos inclinamos a creer que cuando el legislador empleó la expresión retener en prenda más bien quiso expresar retener en garantía, porque únicamente se concede la facultad de

---

(1) Teoría General de las Obligaciones. Tomo Segundo. Página 172, Cuarta Edición. Ed. Porrúa, S. A., - México 1964.

(2) Cuarto Curso de Derecho Civil. Contratos. Editados por la -- Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A.C. México 1962- Pag. 290.

retener, de observar una conducta pasiva en espera de que el mandante le haga pago.

g).- Derecho de retención del empresario.

En el contrato de obra a precio alzado que "es aquél contrato por virtud del cual una de las partes llamada empresario a cambio de una remuneración que se obliga a cubrirle la otra, se compromete a realizar una obra en un bien inmueble o mueble poniendo los materiales necesarios y tomando a su cargo el riesgo de la ejecución de la obra" (1). Encontramos otro caso de derecho de retención, pero en donde cambia sensiblemente la naturaleza jurídica de este derecho, en virtud de que concede al retenedor un derecho de ser pagado con preferencia sobre el precio de la cosa retenida, notamos aquí una vez más la regulación tan desigual que nuestro legislador hace de este derecho, se observa el sumo cuidado y la minuciosidad con que fué otorgándolo, por lo que resulta casi imposible dada la citada desigualdad, de desprender cual es su naturaleza jurídica y cuáles son en todo caso sus efectos, ya que como se dijo, éstos van variando en cada caso concreto.

"Artículo 2644: El constructor de cualquiera obra mueble tiene derecho de retenerla mientras no se-

---

(1) Lic. Francisco Lozano Moriega. Cuarto Curso de Derecho Civil Contratos, Edit. por la Asociación Nacional del Notariado Mexicano, A. C. México, 1962. Pág. 307.



le pague, y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de la obra" (1)

Se confirma dicha preferencia en el artículo 2993 "Con el valor - de los bienes que se mencionan serán pagados preferentemente: - - fracción II.- Los créditos a que se refiere el artículo 2644, con el precio de la obra construída"; es decir, el derecho de reten-- ción constituye en este caso un verdadero privilegio.

Se encuentra en este artículo la aplicación tanto de la excepción de contrato no cumplido (puesto que se trata de obligaciones de-- pendientes, recíprocas. "El precio de la obra se pagará al entre garse ésta, salvo convenio en contrario", artículo 2625) puesto - que se tiende a evitar la injusticia que implica la exigencia de- la prestación previa. Como del derecho de retención, que tiende- a asegurar el contra crédito del empresario.

El Dr. Rafael Rojas Villegas, encuentra en el artículo 2637 un - caso dudoso de derecho de retención, "La hipótesis a que alude el artículo 2637 podría interpretarse como un derecho de retención - en favor del empresario a efecto de no entregar la obra al dueño, entre tanto no se le cubran las prestaciones a que tenga derecho- conforme a los artículos 2635 y 2636, pues sólo hasta que se pa-- guen esas prestaciones "el dueño queda en libertad de continuar -

---

(1) Análogo con el Art. 2508 del Código Civil de 1884, con el -- artículo 2627 del Código de 1870 y, 1600 de la Ley Civil Espa ñola.

su obra, empleando a otras personas, aún cuando aquélla siga conforme al mismo plano, diseño o presupuesto" (1)

Consideremos que no existe motivo de duda respecto a que se considere este caso como derecho de retención, en virtud de que los artículos 2635 y 2636 presenten un caso de revocación condicionada que se "indemnice al empresario de todos los gastos y trabajos y de la utilidad que pudiera haber sacado de la obra" (Art. 2635) y en el supuesto del artículo 2636, dicha revocación sólo se produce hasta que queden concluidas y pagadas las partes designadas. Si el dueño de la obra no cumple con esa obligación, no prosperará su derecho de revocación, quedando sujeto a todos los efectos del contrato, de donde se concluye que en la hipótesis del Art. - 2636 en ningún momento se presenta este dudoso caso de derecho de revocación, pues hasta que sea pagado el empresario se entenderá por revocado el contrato.

---

(1) Derecho Civil Mexicano, Tomo V. Obligaciones, Vol. III, Pág.- 315, Ed. Antigua Librería Robredo. México 1965, 2a. Edic. Los referidos artículos, dicen:

ART. 2635: El dueño de una obra ajustada por un precio fijo - puede desistir de la empresa comenzada, con tal que indemnice al empresario de todos los gastos y trabajos y de la utilidad que pudiera haber sacado de la obra.- ART. 2636.- Cuando la obra fué ajustada por peso o medida, sin designación del número de piezas o de la medida total, el contrato puede resolverse por una y otra parte, concluidas que sean las partes designadas, pagándose la parte concluida. ART. 2637.- Pagado el empresario de lo que le corresponde según los dos artículos anteriores, el dueño queda en libertad de continuar la obra, empleando a otras personas, aun cuando aquella siga conforme al mismo plano, diseño o presupuesto.

h).- Derecho de retención del porteador.

El Dr. Rafael Rojina Villegas, señala como otro caso de derecho de retención el caso previsto en el artículo 2662: "El crédito -- por fletes que se adeudara al porteador, será pagado preferente-- mente con el precio de los efectos transportados, si se encuentran en poder del acreedor; (1) preferencia que se confirma en el artí-- culo 2993 "con el valor de los bienes que se mencionen serán paga-- dos preferentemente: ...fracción V.- el crédito por fletes, con -- el precio de los efectos transportados, si se encuentran en poder del acreedor". Argumenta que para el efecto de que su preferencia no resulte ineficaz, lógicamente debe tener el derecho de reten-- ción sobre los mismos efectos (2).

Creemos, por nuestra parte, que aún cuando no sea valedero este -- argumento, el porteador podrá retener en efectos transportados -- en su poder, si ante la exigencia del cargador de que se los en-- tregue le opone la excepción de contrato no cumplido.

i).- Derecho de retención del hospedero.

"El contrato de hospedaje tiene lugar cuando alguno presta a otro albergue, mediante la retribución convenida, comprendiéndose o no, según se estipule, los alimentos y demás gastos que origine el -- hospedaje." Art. 2666; es decir, es un contrato bilateral o sina-

---

(1) Sustancialmente idénticos los Arts. 2531 y 1952 del Código de 1884 y 2650 del Código de 1870.

(2) Derecho Civil Mexicano, Tomo V, Vol. III Obligaciones. Pág. - 315, Ed. Antigua Librería Robredo, México 1965, 2a. Edic.

lagmático que engendra obligaciones recíprocas para las partes; - una de ellas, llamada hostelero, tiene obligación de dar, de hacer y de no hacer; y, la otra, llamada huésped, obligado a pagar una remuneración como contraprestación. Se estableció en un artículo que fué novedad en nuestro Código Civil vigente, que en el caso - de que el huésped no pague dicha remuneración, el dueño del hotel o de la casa de huéspedes podrá retener los equipajes hasta que - obtenga el pago de lo adeudado. Consideramos que este derecho úni camente se refiere al caso de que el hotelero u hospedero detente los equipajes, pues de lo contrario, se estaría autorizándolo a - asumir una posición activa, de justicia privada prohibida por - nuestra Constitución. Por otra parte, deseamos hacer notar que - el Dr. Manuel Borja Soriano, omite señalar este derecho del hote- lero como un caso de derecho de retención, porque tal vez conside- re que no es más que la aplicación pura y simple de la exceptio - non adimpleti contractus. Entendemos que en muchos casos no se- ría aplicable tal excepción, en virtud de que el hostelero ya no tiene ninguna obligación que cumplir, pues como su-cede en estos- contratos es el hostelero el que primero cumple con sus obligacio- nes.

"Art. 2669.- Los equipajes de los pasajeros responden preferente- mente del importe del hospedaje; a ese efecto, los dueños de los- establecimientos donde se hospedan podrán retenerlos hasta que ob

tengan el pago de lo adeudado". La preferencia se confirma en el artículo 2993 "con el valor de los bienes que se mencionen serán pagados preferentemente: ...fracción V.- El crédito por hospedaje, con el precio de los muebles del deudor que se encuentre en la casa o establecimiento donde está hospedado.

j).- Derecho de retención del aparcerero.

Otro caso dudoso de derecho de retención según el Dr. Rafael Rojina Villegas, es la situación planteada en el artículo 3758, "El aparcerero de ganados no podrá disponer de ninguna cabeza, ni de crías, sin consentimiento del propietario, ni éste sin el de aquél. De este precepto se desprende que propiamente el aparcerero tiene derecho de retención sobre las crías que le correspondan en los casos en los que el propietario no cumpla con el contrato y pretenda exigir mayor cantidad de frutos (crías) de las que se hayan convenido" (1).

Es conveniente aclarar, que en este caso, la ley sólo trata de evitar un incumplimiento del contrato de aparcería, y no de un derecho de retención, pues este según hemos visto, significa una excepción al cumplimiento de un deber para coaccionar la voluntad del deudor para que cumpla o para que garantice dicho cumplimiento (lo que no sucede en esta hipótesis).

---

(1) Derecho Civil Mexicano. Tomo V, Obligaciones, Vol. III, Pág. 315. Ed. Antigua Librería Robredo. México 1965, 2a. Ed.

3.- CASOS EN QUE SE NIEGA EXPRESAMENTE EL DERECHO DE RETENCION

a) Al Depositario.

Nuestro Código Civil vigente niega expresamente el derecho de retención al depositario que quiere retener la cosa depositada para garantizar otro crédito (es decir, no el crédito que tenga contra el depositario por las expensas y los perjuicios causados en la conservación del depósito). Según el artículo 2534 administrado con el 2533.

"ART. 2533.- El depositario no puede retener la cosa, aun cuando al pedírsela no haya recibido el importe de las expensas a que se refiere el artículo anterior pero sí podrá, en este caso, si el pago no se le asegura, pedir judicialmente la retención del depósito.

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

b) Al Comodatario

Se niega también el derecho de retención al comodatario, por ser un contrato esencialmente gratuito.

"ART. 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."

c) Al Propietario del Terreno dado en aparcería.

"ART. 2747.- 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.

#### LA APLICACION EXTENSIVA DEL DERECHO DE RETENCION

Se plantea en nuestro derecho civil al igual que en las demás legislaciones que no establecen un principio general ni definen en forma directa al derecho de retención el problema relativo, de — que si es posible realizar una aplicación extensiva basada en la interpretación de los textos y derivar una base general que sirva de fundamento para aplicarlo a casos no previstos expresamente por el legislador.

Nosotros, por nuestra parte, nos inclinamos por la interpretación restrictiva en virtud de que tal derecho significa un medio de de fensa privada del que se prevale el acreedor para coaccionar la vo luntad de su deudor, apremiándolo de tal manera, que logra por es te medio el pago de su crédito, y como tal autodefensa (aunque — excepcionalmente nuestro legislador requiere de una autorización judicial para ejercitarlo), unicamente puede ser establecida y re gulada por la ley en términos expresos. Otro argumento para ne— gar la posibilidad de efectuar una aplicación extensiva, consiste en que tal derecho constituye una excepción al cumplimiento de una obligación (la de no entregar una cosa o una suma de dinero), sín la anuencia del acreedor de la cosa, es una excepción al princi— pio de la fuerza obligatoria de los contratos y de las obligaciones en general consagrado en el artículo 1797: "La validez y el —

cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes"; principio aplicable a cualquier obligación en virtud del artículo 1859 "Las disposiciones legales sobre contratos serán aplicables a todos los convenios y a otros actos-jurídicos, en lo que no se opongan a la naturaleza de éste o a disposiciones especiales de la ley sobre los mismos" (1), por lo que únicamente será oponible en los casos señalados por la ley. Sería necesario una disposición general tal y como está contenida por ejemplo en el Código Civil Alemán, en el Suizo y en el Estado de Morelos y Sonora. O como sucede en el caso de la excepción de contrato no cumplido, es aplicables en todos las obligaciones recíprocas y dependientes; nuestro legislador no establece dicho principio, sino que por el contrario va concediéndolo en cada caso concreto en forma detallada y precisa, señalando los casos en que lo niega definitivamente, la forma en que opera ya sea autorizando al acreedor-retenedor para que consigo retenga la cosa o solicite su depósito judicial. Asimismo, en otros casos, concede una preferencia al acreedor que esté detentando el bien para ser paga

---

(1) El artículo 1419 del Código Civil de 1884 establecía al respecto que "los contratos legalmente celebrados serán puntualmente cumplidos y no podrán revocarse ni alterarse, sino por mutuo consentimiento de los contratantes, salvo las excepciones consignadas en la ley". Idem. artículo 1535 del Código Civil de 1870



do privilegiadamente con el valor de dicha cosa; de donde concluimos que no es posible inducir un principio o base general que sirva como denominador común para aplicar extensivamente esta institución, protectora del acreedor.

Sin embargo, existe un reciente fallo dictado por el C. Juez Tercero de lo Civil de la Ciudad de México, en el que considera al derecho de retención como una norma general o sistema de normas de carácter general que existen en nuestro derecho, por lo que a través de una aplicación analógica de nuestros textos concede el derecho de retención al albacea para suspender la firma de la escritura de adjudicación, en tanto el heredero administrador se abstenga de entregar la documentación y de rendir las cuentas relativas a su administración: "CONSIDERANDO 18o.- En el supuesto de una laguna de la ley para regular los hechos materiales, objeto de la demanda incidental y aplicando las reglas del artículo 14 de la Constitución y el artículo 19 del Código Civil y, regulando el caso por los "Principios Generales del Derecho, se puede razonar como sigue: Probada la existencia de los casos específicos que la ley expresamente contiene, distintos del caso de la controversia, y admitiendo que en la ley existía una laguna para regular ésta, es incuestionable que ella puede integrarse por analogía de acuerdo con el Principio General del Derecho según el cual, ahí donde existe la misma razón jurídica debe existir la misma disposición: ubi eadem ratio, idem jus... Es evidente que, en-

el caso, el hecho no previsto, esto es la retención de las obligaciones que los albaceas tienen de firmar la escritura en favor del heredero demandante, en tanto éste se abstenga de cumplir con la obligación de entregarles los archivos, documentos, etc. de las casas de la sucesión, etc., es análogo a los casos legalmente previstos en los artículos 1949, 2286, 2287, 2294, 2299, 2328, 2423, 2523 fracción II del artículo 810 y 929 todos del Código Civil, ya citados en el considerando nueve, como es evidente que existe la misma razón jurídica para que uno y otros casos sean resueltos y sentenciados del mismo modo, puesto que lo que movió al legislador al establecer la retención de cumplimiento de obligaciones de una de las partes, fué la idea de que conforme a la buena fé y a la equidad -en el caso, en el sentido pre-expuesto- las obligaciones de una parte se ejecuten simultáneamente, como lo menciona Ferron y el Dr. Rojina Villegas, por lo que la justicia exige, — como lo exigen también los principios generales implícitos en las obligaciones de la ley, que los albaceas tengan los mismos derechos para exigir al heredero el cumplimiento de sus obligaciones— como el propio heredero lo tiene de aquellos o lo que es lo mismo para que los albaceas se abstengan de cumplir lo suyo en tanto el heredero se abstenga de cumplir lo que le incumbe" (1).

Por nuestra parte y, para dar más fundamento legal a la supracitada sentencia, podríamos muy bien argumentar, que si del artículo—  
(1) Anales de Jurisprudencia Año XXXV Enero, Febrero, Marzo 1968

1949 de nuestro Código Civil se desprende la existencia de la -- excepción de contrato no cumplido, también es posible con los mismos argumentos, derivar de dicho artículo la base legal del derecho de retención; por tanto, no existe motivo alguno para no hacer esta interpretación y limitarla únicamente a dicha excepción.

El artículo 1949 no se refiere única y exclusivamente a obligaciones contractuales, en ningún momento hace mención a ello. Es más, dicho artículo se encuentra colocado en el Título Segundo: "Modalidades de las Obligaciones", fuera de las reglas generales de los contratos, y aun cuando no fuere así, según el artículo 1859, es posible aplicar tal disposición a cualquier otro acto jurídico, -- como en el caso concreto que se planteó ante el Juzgado Tercero de lo Civil, en donde se encontró con obligaciones recíprocas no derivadas de ningún contrato.

Como se observa, casi siempre es posible realizar interpretaciones retorcidas para actualizar un Código a las necesidades prácticas y realizar las exigencias de la justicia. Es necesaria una -- reglamentación especial del derecho de retención en nuestro Código Civil, para darle una base más ampliamente aplicable a obligaciones recíprocas contractuales o extracontractuales no limitada a la retención de cosas sino a la de cualesquiera otra prestación (la retención de una firma, por ejemplo, como lo vimos en la sen-

tencia del C. Juez Tercero de lo Civil) y organizar su efectividad frente a terceros.

#### EFFECTOS DEL DERECHO DE RETENCION

En cuanto al acreedor-retenedor, el primordial efecto del derecho de retención es mantener a su titular en la tenencia de la cosa - retenida hasta el completo pago de lo que le es debido. Tiene en consecuencia la obligación de guardar y conservar la cosa realizando los gastos necesarios para ello. Se discute en la doctrina si deberá también reembolsárle dichos gastos para obtener la restitución, por lo que toca a nuestro derecho positivo vigente, únicamente tiene derecho de retención el poseedor de buena fé que ha ya adquirido la posesión por título traslativo de dominio para obtener el pago de estos gastos, en los demás casos al retenedor no está autorizado para valerse de este medio.

El derecho de retención no da al retenedor derecho para la cosa - retenida.

Se discute también si el retenedor puede ejercitar las acciones - interdictales de los artículos 16, 17, 19 y 20 del Código de Procedimientos Civiles en vigor para proteger el objeto retenido en el caso de ser perturbado o privado de su detentación. Consideramos que por el hecho de que el acreedor -retenedor conforme al -

artículo 790 de nuestro Código Civil es poseedor del bien retenido tiene a su disposición el ejercicio de tales acciones para defender su posesión.

El derecho de retención no engendra un privilegio sino que son -- dos instituciones completamente distintas. El retenedor, como -- cualquier otro acreedor puede conseguir el cobro de su crédito ejecutando la cosa retenida, pero obrando de esta manera pone fin a su derecho de retención y, si no goza de un privilegio no tendrá preferencia alguna sobre el precio. Mourlón, establece claramente esta distinción "Existe entre la retención y el privilegio una diferencia muy notable. El derecho de preferencia tiene lugar en todos los casos, es decir, aunque la cosa gravada con el privilegio se haya convertido en dinero porque haya sido vendida a instancia de otros acreedores del deudor, o por el acreedor privilegiado, en uno y otro caso, el privilegio produce su efecto ordinario. Pero no así el derecho de retención ... "Si el retenedor procede a la venta sucede un efecto diverso. El no tiene sobre el precio, preferencia sobre los otros acreedores, puesto que carece de privilegio; y ciertamente que no pretende retener la cosa hasta ser pagado, desde que ha procurado su venta y ha consentido en la enajenación, lo que importa una renuncia tácita de su derecho de retención" (1).

---

(1) Citado por Alejandro A. Vázquez. Derecho de Retención, Página 148, Segunda Edición Depalma, Buenos Aires, 1962

En nuestro sistema legal encontramos casos en que coexisten ambas instituciones, por ejemplo, el constructor de obra mueble (artículo 2644) y en otros en que la retención es condición necesaria -- para la conservación del privilegio como en el crédito por fletes y en el crédito por hospedaje. (artículo 2993 fracciones V y VI -- respectivamente).

En el caso de que la cosa retenida produzca frutos, consideramos -- ante la ausencia de textos legales, que el acreedor debe entregar los al deudor si éstos no son conservables, que en caso contrario -- podrá perfectamente retenerlos.

En relación al deudor, podemos señalar que está obligado a respetar el derecho de su acreedor, a no interferir en su pacífica detentación hasta en tanto que no haya sido extinguida su obligación. El artículo 898 del Código Federal Suizo de las obligaciones, establece en favor del deudor la facultad de recuperar el bien cuando el acreedor hace uso del objeto, o no le dá el cuidado de un buen padre de familia.

Con relación a terceros.-- Determinar los efectos que produce el derecho de retención frente a terceros, constituye uno de los problemas que más ha inquietado a los juristas, pues de su correcta solución se concluye su naturaleza jurídica y su eficacia, pues -- si se establece que no produce ningún efecto frente a terceros, quedaría a la voluntad del deudor la procedencia del derecho del-

retenedor, como ocurriría si aquél transmite a otro el dominio de la cosa, y si se determina su eficacia erga omnes y el derecho de perseguir la cosa, se elevaría a la categoría de un derecho real.

Es necesario hacer en esta materia una distinción previa entre los términos "oponibilidad" y "efecto de un acto jurídico". El contrato, acto jurídico, típico, produce el efecto de crear una obligación entre dos o más personas que los convierte en acreedores o deudores y es oponible a todos en el sentido de que se debe respetar ese acto, se debe reconocer su existencia. "Es preciso destacar solamente que el acto que produce "efecto" en relación con una persona, lo es por eso mismo "oponible" pero la inversa no es cierta; un acto puede ser "oponible" a una persona sin producir "efecto" para ella. ...decir que el acto jurídico no produce "efecto" para terceros no significa que no existe con respecto a ellos. Un acto existe, como se ha precisado, con relación a todo el mundo; constituye una realidad que los terceros no pueden desconocer, les es oponible" (1).

Como observamos al hacer el estudio del Derecho Francés, existe un gran número de autores que se pronuncian por la efectividad del derecho de retención frente a los terceros sin fundamentar debida-

---

(1) Henri et Leon Mazeaud. Págs. 416 y 421 parte I, Tomo I. Tratado de Derecho Civil. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires.

mente su posición o pretenden fundarla en textos aislados, que aun cuando fueren válidas sus argumentaciones no podríamos de ninguna manera adoptarlas a nuestro derecho, ya que no tenemos dichos preceptos legales en nuestra legislación. En ninguno de los casos de retención señalados por la ley se autoriza la oponibilidad, siempre se presenta como una excepción que surte efectos únicamente frente al deudor o al que resulte deudor como en el caso del poseedor de buena fé que hizo gastos obre la cosa (artículo 810 fracción II); por dicha razón concluimos que el derecho de retención no produce efectos frente a terceros según los términos en que lo concede el Código Civil para el Distrito y Territorios Federales; por lo que estimamos necesario una urgente reforma en el sentido de organizar debidamente esta institución para transformarla en un verdadero derecho real, tal y como lo regula el Código Civil del Estado de Morelos; concediendo al retenedor el derecho de perseguir la cosa y de que produzca efectos frente a todos los terceros excepto, claro está, frente a terceros que tengan un derecho real constituido con anterioridad.

#### NATURALEZA JURIDICA

Determinar la naturaleza jurídica del Derecho de Retención, constituye otro de los problemas en donde la doctrina ha tenido grandes discrepancias. Se pueden establecer cinco corrientes:

1.- La que considera que es un derecho personal por estar despro



visto de los derechos de preferencia y de persecución, aunque según varios autores, extienden sus efectos a terceros para dar más eficacia a este derecho, porque de otro modo resultaría fácil al deudor eludir sus consecuencias.

2.- La tesis que afirma que se trata de un derecho de naturaleza real (Demolombe, Beudant, Mourlon Guillonard, etc.), pues sólo — siendo oponible a terceros esta medida de seguridad puede producir sus efectos. Desprenden la naturaleza real de textos aislados de sus propios ordenamientos como lo vimos al estudiar el Derecho — Francés.

3.- Las tesis que sustentan que en el derecho de retención se está en presencia de una naturaleza mixta, es decir, que es derecho real cuando el crédito produce efectos frente a terceros y es personal cuando el crédito que garantiza no produce dichos efectos, — López de Haro, afirma: El Jus retentionis según su causa, toma — su carácter... "Si el crédito que causa la retención está en la — cosa misma invertido, de tal suerte que forme parte de ella, debi — tum cum re junctum, hay una especie de refacción y hasta pudiéramos decir condominio fundándose el crédito en la cosa, convertido en sustancia de ella, y resultando en derecho en la cosa, prove— niente de un crédito, derecho que en razón al crédito es personal, y en razón a la cosa es real. Si el crédito proviene de la cosa sin unirse a ella, si la tenencia de la cosa ha dado lugar al créd — ito, pero sin incorporarse a la misma, predomina el carácter de—

real, porque el tenedor obró para conservación de la cosa y las -  
xpensas de conservación no obedecen a relaciones personales. Y -  
por último, si la cosa se retiene por crédito independiente de --  
ella, éste es personal y la cosa es meramente buena presa que lo -  
garantiza" (1).

4.- La tesis que considera al derecho de retención como una ins-  
titución autónoma o sui géneris ante la imposibilidad de encuadrar  
lo dentro del derecho real o dentro del derecho personal. Cite--  
mos un pasaje de Julian Bonnacase: "para demostrar que el derecho  
de retención es una institución autónoma, nos falta únicamente --  
indicar que no puede ser un derecho real como hemos dicho, para -  
convencernos, hasta recurrir a las amplias explicaciones expuestas  
sobre la noción de derecho real, en sus variantes: principal o de  
segundo grado. Esto es evidente respecto a los derechos reales -  
principales, cuya expresión es la facultad que tiene el titular -  
de usar directamente la cosa, o si se prefiere, de aprovecharla -  
materialmente en su individualidad propia. Lo mismo ha de afirmar--  
se con relación a los derechos reales de segundo grado, pues és--  
tos, más allá de la individualidad orgánica de la cosa, recaen so-  
bre la apropiación total o parcial de su valor económico y cuen--  
tan con los medios para lograrlo, recurriendo al remate. Nada --  
de esto existe en el derecho de retención, cuyo titular permanece  
expectante frente a la cosa. ...Por último, es difícil pretender,

(1) Citado por Alejandro A. Vázquez. Derecho de Retención,  
Pág. 200, Obt. Cit.

dada la técnica del derecho real, que el de retención puede co-  
rresponder a esta noción. Más adelante afirma: "Por otra parte,  
como la noción de derecho de crédito no puede absorber el derecho  
de retención, puesto que precisamente éste, confiere una fisonomía  
particular al crédito quirografario que está provisto de él, lo -  
único que nos queda es concluir que se trata de una institución -  
especial y autónoma". (1).

5.- Las tesis que conciben al derecho de retención como una mera-  
excepción dilatoria y que consideramos aplicable a nuestro Código  
Civil de 1928; pues según se desprenden del análisis que hicimos-  
de los diversos casos de retención consagrados en él, todos ellos  
se presentan siempre como una excepción al cumplimiento de una -  
obligación (que puede consistir en una cosa o en una suma de dine  
ro), el acreedor retenedor rehusa ejecutar su obligación mientras  
no se le satisfaga lo que a él se le debe, opone como afirma Josse  
rand, una denegación legítima de ejecución, constituye al igual -  
que la excepción de contrato no cumplido, un caso de excepción di  
latoria, un contra-derecho, y no como generalmente se ha pretendi  
do considerarlo como un derecho real o como un derecho personal.-  
No es un derecho real por las razones apuntadas cuando se estable  
ció la diferencia de esta institución con el derecho real de pren

---

(1) Elementos de Derecho Civil Tomo II, Vol. XV Págs. 145 y 146  
Trad. José M. Cajica, Jr., Editorial J. M. Cajica, Puebla,-  
Pue.

da y por las amplias consideraciones hechas por la doctrina francesa especialmente por Julián Bonnecase, es decir, porque el derecho de retención no otorga ningún poder al retenedor sobre la cosa, ni el jus distrahendi ni el jus preferendi. No es tampoco un derecho personal pues sería tanto como confundir la relación jurídica entre el retenedor y el acreedor de la cosa retenida y la facultad misma de retener como consecuencia del ejercicio de dicha excepción.

Citemos a los autores que se han pronunciado por esta solución para dar un apoyo doctrinal a nuestra tesis.

Georges Ripert y Jean Boulanger (1) sostienen que en la discusión de la naturaleza jurídica de esta institución se han confundido cosas muy diferentes, el acreedor prendario y el acreedor privilegiado cuyo privilegio supone la posesión de la cosa, tienen un derecho de retención que forma parte de los atributos del derecho real que les pertenece, por lo tanto, -dicen- deben separarse y considerar al derecho de retención en sí mismo y, más adelante -- afirman: "El derecho de retención se presenta solamente como una excepción, el detentador se niega legítimamente a restituir la cosa reclamada por una acción personal o real" Estiman estos autores que el derecho de retención surte efectos erga omnes y concluyen que se trata de una excepción de oponibilidad absoluta como -

---

(1) Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol, Trad. de Relia García Tomo XIII Pág. 40 Ed. la Ley Buenos Aires.

la exceptio rei venditae et traditae del derecho romano y que - es por esta situación muy parecido al derecho real aunque no confiere ninguna ventaja particular, sino queda únicamente la posibilidad de oponerse a que todos los demás gocen de las ventajas de la cosa.

“Es, afirma Babiloni, una exceptio doli, y así como no es un derecho real el del contratante que en los contratos sinalagmáticos - se niega a cumplir, si no se le efectúa la contra-prestación, así tampoco se ve donde está el derecho real en el caso de contrato de otra índole. No constituye afectación de la cosa al pago del crédito, no confiere privilegio sobre su valor; ¿Qué nueva categoría de derechos reales es ésta que no atribuye derecho alguno de uso o de goce que no es usufructo ni propiedad y que no es afectación en seguridad de una deuda? El único efecto que se pretende conexo con la condición de derecho real es el que la retención puede invocarse contra los acreedores y terceros adquirentes. Pero - - cuando unos y otros proceden sólo lo hacen como representantes - de los derechos del acreedor los primeros, los segundos porque - les suceden en aquéllos. Usan de los derechos de su deudor y nada más. Se trata siempre de crédito y deuda, de acción y excepción dilatoria” (1)

---

(1) Citado por Alejandro A. Vázquez. Derecho de Retención Pág. - 202.

Lafaille, en su Tratado de Obligaciones, expone: "Mantenemos la opinión que hemos profesado desde la Cátedra, en el sentido de -- que es una ventaja inherente a ciertos derechos creditorios e inseparable de los mismos. No hay necesidad de instituir un nuevo-derecho real, cuyo número es restringido, cuando el resultado pue de explicarse por otros medios; ni alegar antecedentes históricos bastante confusos; ni la condición especial del pignoraticio y -- del anticresista para quienes emanaría de un gravamen sobre la co sa. El efecto, a veces análogo, que esta figura determina, no -- basta para catalogarlo entre las desmembraciones del dominio. Si bien con arreglo al artículo 3926 cabe oponerlo frente a los ex-- traños en determinados supuestos, no es esto un óbice para nues-- tra teoría, ya que en materia de privilegios también hemos encon-- trado excepcionalmente, sin que forme impedimento para que en la-- mayor parte de la doctrina opine como nosotros... El derecho de -- retención se mantiene como desde su origen, en forma de una excep-- tio doli, que ni afecta al objeto, ni confiere prelación en el pa-- go, ni atribuye ningún título para el uso o goce. Los extraños,-- cuando se lo hace valer en su contra, actúan, sea como acreedores en reemplazo del deudor, o bien lo suceden respecto de la cosa. -- En cuanto a las acciones para recuperar la cosa, cuando la tenen-- cia se pierde involuntariamente, responden al amparo que merecen-- la posesión, en su sentido lícito". (1)

---

(1) Citado por Alejandro A. Vázquez. Derecho de Retención Pág.203



ni ejercer violencia para reclamar su derecho; existen varios autores que afirman que en realidad sí constituye un acto de justicia privada o que al menos es un instituto de defensa privada, que no tiende a la realización del derecho, sino a su tutela.

Alvino Lima (1) "sostiene que este derecho es una forma subsidiaria, defensiva, de la justicia privada, que la ley admite por la imperiosa necesidad de tutelar de modo rápido y absoluto el derecho violado o amenazado de violación, ante la imposibilidad de ampararlo por mejor proceso defensivo. Esa vía es admitida para -- evitar el rompimiento de lo que es esencial a la propia existencia de la justicia, es decir, el orden, la armonía de los intereses o equilibrio de los derechos. Es un acto de ejecución privada, dice Poganato, por el cual el acreedor se hace justicia por sí mismo, estando autorizada esta vía porque lejos de ser causa de perturbación y desorden, es un elemento de simplificación, un medio que facilita la realización del derecho".

Por nuestra parte, pensamos al igual que Jorge Giorgi de que "si las agresiones injustas contra los bienes, llegan a legitimar el uso de la fuerza para rechazar violencia con violencia, con mayor razón debe ayudar al poseedor para rechazar con una excepción jurídica la pretensión injusta de quien quiere usar el derecho de -

---

(1) Citado por Alejandro A. Vázquez Ob. Cit. Pág. 193



privarlo del disfrute de una cosa y no cumple la obligación correspondiente y no se presenta a satisfacerle el crédito" (1) ; y de que, "la regla nadie puede tomarse justicia por su propia mano, es aplicado a quien quiere actuar un derecho por arbitrio suyo con las propias fuerzas, si para conseguir el objeto es necesario alterar el estado de hecho poniendo manos en las personas o cosas ajenas.

En el derecho de retención, el estado está a su favor y, las cosas del deudor están en su poder, el sólo queda inactivo con una causa de oposición, y pretender que el juez la rechace sin examinar la retención es lo mismo que remover las bases cardinales donde descansa la administración de justicia"

Hacerse justicia por propia mano, como el término mismo lo indica, implica la idea de una actividad desplegada por el sujeto para obtener la satisfacción de sus intereses sin la mediación de ningún tribunal o autoridad competente, en cambio en el derecho de retención sucede lo contrario, el retenedor permanece inactivo guarda una actitud pasiva. Concluimos por todas estas consideraciones, que no son inconstitucionales los preceptos del Código Civil nuestro, por no implicar esta garantía del acreedor ningún acto de justicia privada, porque de igual manera se podría pensar que el-

---

(1) Teoría de las obligaciones en el Derecho Moderno, Vol. II Pág 425 Trad. a la 7a. edición italiana. Revista General de Legislación y Jurisprudencia. Ed. Reus, S.A., Madrid 1928

deudor ante quien se retiene, realiza un acto de justicia privada al retener el pago de lo que a su vez debe, se haría también justicia por propia mano el que ejercita la excepción de contrato no cumplido, y el que opone la excepción de compensación.

S I N O P S I S

TITULO PRIMERO

C A P I T U L O I

CONCEPTO Y DIFERENCIAS CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS AFINES

1.- El derecho de retención es una institución protectora del acreedor porque se le faculta a no cumplir con su obligación de entregar una cosa o una suma de dinero perteneciente a su deudor, para el efecto de apremiarlo a que, a su vez, cumpla con su respectiva obligación.

2.- Constituye una garantía imperfecta porque el acreedor no tiene otro derecho que el de retener una prestación hasta el completo pago de lo que se le debe colocado en una situación de espera.

3.- El derecho de retención es la aplicación de los principios de equidad, del equilibrio de los patrimonios, de que nadie puede enriquecerse en detrimento de otro y del cumplimiento simultáneo de obligaciones recíprocas o dependientes.

4.- El derecho de retención tiene características especiales que lo diferencian de la prenda, de la compensación, de los medios de coacción y de ejecución y de la excepción de contrato no cumplido.

TITULO SEGUNDO

C A P I T U L O I

DERECHO ROMANO

5.- El derecho de retención aparece en el derecho romano como un cuasi-remedio equitativo que introdujo el pretor con la

exceptio doli, que permitía al que había hecho gastos sobre la cosa, oponerla a la reivindicatio hasta el reembolso de los gastos; y, en los contratos sinalagmáticos de buena fé, permitía rehusar la ejecución en tanto que la otra parte no estuviere dispuesta a ejecutar la suya.

6.- Los posglosadores hicieron de la exceptio doli, aplicada en los contratos sinalagmáticos de buena fé del derecho romano, la teoría de la exceptio non adimpleti contractus, la que a partir del siglo XVI va desapareciendo para ser absorbida definitivamente por el derecho de retención. El renacimiento en la doctrina de la exceptio non adimpleti contractus engendró nuevamente la duplicidad.

## C A P I T U L O II

### DERECHO FRANCES

7.- No existe una reglamentación especial de esta figura jurídica, sino que el legislador francés la estableció únicamente en casos concretos, lo que dió lugar a que tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se crearan tesis tan diversas que no existe un criterio más o menos generalizado respecto a la naturaleza específica, efectos y campo de aplicación en esta materia.

## C A P I T U L O III

### DERECHO ALEMÁN

8.- El Código Civil Alemán regula adecuadamente el derecho de retención; lo concede basado en los principios de la conexidad objetiva y de la conexidad jurídica en donde no sólo se pueden retener cosas, sino que el acreedor puede retener cualquier contraprestación independientemente de que se refiera a una obligación de dar o de hacer. Tal amplitud dada a este derecho satisface completamente la exigencia del principio de equidad que inspira a toda esta materia.

9.- Se señalan como deficiencias el hecho de que no da efectividad frente a los terceros, ni concede el derecho de preferencia ni el de persecución sobre la cosa retenida.

## C A P I T U L O   I V

### DERECHO SUIZO

10.- El Código Federal Suizo de Las Obligaciones, constituyó la culminación en el desarrollo de esta institución en cuanto que da al derecho de retención la fisonomía de un derecho real pues concede al acreedor la facultad de realizar la venta del objeto retenido.

11.- Se señalan sin embargo, como deficiencias, el hecho de que limita su campo de aplicación únicamente respecto de cosas mobiliarias o de títulos valores y bajo la condición de que exista una relación natural de conexión con el objeto retenido y no resuelve el problema de su eficacia frente a los terceros.

### TITULO TERCERO

## C A P I T U L O   I

### CODIGO CIVIL DEL ESTADO DE MORELOS

12.- Constituye uno de los Códigos que debe servir como modelo para la regulación que se haga de este derecho en nuestro Código Civil de 1928. -Aplicación: Se concede el derecho de retención únicamente en los casos señalados en la ley y cuando el crédito consta en título ejecutivo, aunque no haya relación alguna entre el crédito y la cosa o la causa de la posesión o detención.

13.- Efectos.- Organiza la efectividad del derecho de retención frente al deudor y frente a cualquier tercero, excepto como es natural, frente a los terceros proveídos de un derecho real constituido con anterioridad a su ejercicio.

14.- No se faculta al retenedor vender judicialmente el objeto retenido independientemente de la ejecución de su crédito de tal manera que deberá obtenerse sentencia en relación con el mismo para proceder al secuestro de la cosa objeto de retención, sin embargo se concede la facultad de interponer acciones interdictales y de perseguir la cosa en manos de terceros.

C A P I T U L O   I I

CODIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES  
DE 1928

15.- Al igual que el Código Civil Francés, Italiano, España, no regula el derecho de retención en forma directa, sino que establece esta facultad del acreedor sólo en determinados casos - pero cada uno de ellos con peculiaridades tan propias y tan desiguales que es imposible aplicar las conclusiones a que ha llegado la doctrina extranjera.

16.- Efectos.- Produce únicamente efectos entre las partes pues de ningún precepto legal es posible extender sus efectos frente a terceros, con lo que pierde gran eficacia esta garantía del acreedor.

17.- Naturaleza jurídica.- Según nuestros textos, el derecho de retención se presenta como una excepción de naturaleza dilatoria al igual como apareció en el Derecho Romano. No es otra cosa que la excepción al cumplimiento de una obligación, como la excepción al cumplimiento de un contrato no cumplido, que produce entre otros efectos, el de retener la prestación debida para apremiar al sujeto ante quien se ejercita, para que a su vez cumpla con lo que debe.

18.- Constitucionalidad.- Nos pronunciamos por la constitucionalidad de esta medida ya que de ninguna manera implica un acto de justicia privada; se trata únicamente de una excepción al cumplimiento de una obligación en donde el acreedor asume una actitud pasiva.

C O N C L U S I O N E S

**PRIMERA:** Es necesario, para satisfacer las exigencias de la justicia y de la equidad, que se regule adecuadamente el Derecho de Retención en nuestro Código Civil.

**SEGUNDA:** Para realizar tal regulación es conveniente consagrar la excepción de obligación contractual y extracontractual no cumplida, para que cuando dos personas reúnan la calidad de deudores y acreedores recíprocamente y por su propio derecho independientemente del origen de sus respectivas obligaciones, pueda una de ellas oponer tal excepción si la otra injustamente le reclama el cumplimiento sin que esté dispuesta a su vez a ejecutar su propia obligación.

**TERCERA:** Las obligaciones deben ser exigibles y de diferente especie, pues de lo contrario operaría en todo caso una compensación.

**CUARTA:** La excepción producirá el efecto de facultar al que la opone de no cumplir con su obligación hasta que su deudor a su vez no esté dispuesto a cumplir la obligación que tiene con él.

**QUINTA:** Para los casos en que la prestación que se tiene se refiera a cosas, debe tomarse como modelo el Código Civil del Estado de Morelos, es decir, que debe organizarse la efectividad de esta excepción frente a terceros, facultar al exceptuante de perseguir la cosa en manos de terceros, establecer las mismas limitaciones y prohibiciones, en la forma y términos en que lo regula el citado Código.

**SEXTA:** La excepción no debe estar excluida por la naturaleza de la relación obligatoria, como por ejemplo, cuando de su ejercicio llegue a frustrar permanentemente la pretensión del acreedor o cuando ésta sólo pueda realizarse en un momento determinado.

**SEPTIMA:** La excepción de obligación no cumplida no debe ir en contra de la buena fé ni infringir el orden público.



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

- 1.- Bonnacase Julian - Supplément au Traité Théorique et -  
Practique de Droit Civil de Baudry -  
Lacantinerie, Tomo V, Recueil Sirey,  
Paris 1930
- 2.- Bonnacase Julian - Elementos de Derecho Civil, Tomo II,  
Vol. XIV, Trad. J.M. Cajica, Puebla,  
1945.
- 3.- Borja Soriano Manuel - Teoría General de Las Obligaciones,-  
Tomo II, 4a. edición, Editorial Po-  
rrúa, S. A., México 1960.
- 4.- Cassin Rene - De L'exception Tiré de L'inexécution  
dans los Rapports Synallagmatiques -  
(Exceptio non Adimpleti Contractus)-  
et de ses relations avec le droit de  
retention, la compensation. Recueil-  
Sirey, Paris 1914.
- 5.- Enneccerus - Derecho de Las Obligaciones. Tomo II  
Trad. Blaz Pérez y José Alguier, Ed.  
Bosch, Barcelona, 1954.
- 6.- Georges Riperty Jean - Tratado de Derecho Civil, según el -  
Boulangier Tratado de Planiol. Trad. de Relia -  
García, Tomo XIII, Ed. La Ley, Buenos  
Aires.
- 7.- Giorgi Jorge - Teoría de Las Obligaciones en el De-  
recho Moderno, Vol. II Trad. a la -  
7a. edición Italiana, Revista General  
de Legislación y Jurisprudencia. Ed.  
Reus S. A., Madrid 1928.
- 8.- Gutiérrez y González - Derecho de Las Obligaciones, 2a. Edi-  
Ernesto ción. Edición Cajica, Puebla 1965.

- 20.- Rojina Villegas Rafael    Compendio de Derecho Civil. Tomo IV, Contratos. Ed. Antigua Librería Robredo, México 1962.
- 21.- Rossel Virgile y F.H.    - Mentha, Manuel du Droit Civil Suisse Tomo III, Librairie Payot y Cía., -- 2a. Edición.
- 22.- Saleilles Raymond        - Etude sur la Théorie Général de L'Obligation, D'apres le premir projet de Code Civil pour L'empire Allemand 3a. edición. Librairie Générale de Droit Jurisprudence. Paris 1914.
- 23.- Vázquez Alejandro A.    - Derecho de Retención, 2a. edición. - Ed. Depalma, Buenos Aires 1962.
- 24.- Von Tuhr Andreas         - Tratado de Las Obligaciones. Tomo II Trad. W. Roces E. Reus S. A., Madrid 1964.