

EL DERECHO DE RETENCIÓN

Miguel Ángel Zamora y Valencia



El derecho de retención no está reglamentado en términos generales en nuestro Código Civil. Nuestra legislación sólo contempla esta figura, en forma muy deficiente, en casos concretos. Si se reglamentara dentro del marco jurídico general, muchos interesados, como pueden ser los empresarios al celebrar el contrato de obra a precio alzado o los hoteleros al celebrar el contrato de hospedaje, podrían considerarse perjudicados, por los requisitos que sería necesario establecer, para hacer efectivo y justo ese derecho.

Si se evitaran los serios problemas que pueden originarse de su reglamentación y se compaginaran los intereses que sin duda tienen tanto el poseedor como el propietario del bien sobre el que pueda recaer el derecho y se respetara cumplidamente con el marco jurídico en vigor, la reglamentación general podría dar seguridad y certeza a los valores que se tratara de proteger.

El artículo 2,644 del código establece:

El constructor de cualquier obra mueble tiene derecho de retenerla mientras no se le pague (lo que le adeude el propietario) y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra”. Como el derecho no está reglamentado, en ese caso, el constructor, por su simple manifestación puede decir que no se le ha pagado el precio convenido por la obra y manifiesta que no la entrega, mientras no se le pague. Pero ese artículo no establece nada, respecto a una notificación que debería hacer el constructor al dueño de la obra, para informarle cual es la cantidad que considera él que se le debe, que no utilizará el bien en su beneficio, que lo conservará en el estado convenido y que notificará en un plazo perentorio al Juez competente, su pretensión de conservar el bien en garantía para el cobro de su crédito. Además, debería pretender constituir un derecho de prenda, para dar certeza a su derecho frente a terceros y además, para proteger posibles derechos de terceros sobre el bien. Tal como está redactado el precepto, el empresario puede abusar, no entregando el bien, haga lo que haga el dueño, porque siempre podrá aducir que no le ha pagado el crédito en su totalidad. Pero hay algo más grave, está tomando la justicia en

sus manos en clara violación al artículo 17 Constitucional que establece que “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho”; y no olvidemos el papel que juega el Juez en los términos de los artículos 14 y 16 Constitucionales. Como no hay norma que le impida, el retenedor puede usar el bien en su beneficio, puede violentar derechos de tercero que tengan sobre ese bien, puede ocultarlo y si se daña o él lo daña, puede negarlo, etc.

Sin pretender tomar como modelo el concepto que da de este derecho el código civil argentino, sino por el contrario mostrar que no es fácil esa reglamentación general del derecho, el artículo 3929 de ese ordenamiento indica: El derecho de retención “Es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de ella hasta obtener el pago de lo debido por razón de la misma cosa.” Como puede apreciarse, ese concepto adolece de los mismos defectos del que se podrían dar si se reglamentara en el código mexicano, si no se hace encuadrar esa reglamentación dentro del marco jurídico general.

Cuando se pretenda establecer una reglamentación general de este derecho, habrá que tomar en cuenta los siguientes aspectos o presupuestos:

A. Deberá otorgarse sólo en casos concretos y determinados. Así, si se juzga prudente otorgar ese derecho al empresario, deberá señalarse expresamente que el empresario lo tiene, pero se ejercerá conforme a las reglas amplias establecidas en su reglamentación general.

B. No se debe violentar el derecho del dueño. A quien la ley otorgue el derecho, deberá notificar fehacientemente al dueño, que se va a hacer uso de ese derecho, señalar en la notificación con toda precisión el monto del crédito adeudado y el plazo que de conformidad con los antecedentes tiene el dueño para efectuar el pago de su adeudo; deberá comprometerse en hacer del conocimiento del Juez competente, que se pretende ejercer el derecho de retención y obligarse a depositar el bien en poder de un depositario confiable, a juicio del Juez, para salvar y respetar el espíritu de los artículos 14 y 16 constitucionales que establecen: “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derecho, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho” y “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, derechos, papeles o posesiones sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

Puede ser conveniente proponer previamente a su estudio un concepto provisional de ese supuesto derecho, para tratar de encuadrarlo dentro del marco jurídico vigente.

Es la facultad que otorga la ley en casos concretos y determinados al poseedor de un bien ajeno para conservar esa posesión, hasta que el propie-

tario le pague lo que le adeuda, relacionado con ese mismo bien o con el acto o hecho jurídico del que se derive la posesión y que faculta al titular, previa notificación fehaciente al propietario, a pretender través de la vía judicial, a considerarse como acreedor prendario.

Si se pretende hacer una reglamentación de ese derecho, deberían tomarse en cuenta, entre otros aspectos, los siguientes:

1. Se debe precisar en qué casos es conveniente establecer el derecho, no concederlo indiscriminadamente a toda persona que tenga en su poder un bien ajeno y aduzca que se le debe cierta suma por parte del propietario; y que pueda probar que recibió ese bien del propietario y que hizo gastos o sufrió daños que debe pagar el propietario.

2. No debe violentar el orden jurídico. Es conveniente que solicite al juez competente la declaración de validez de su derecho a retener el bien sobre el que pretende su derecho de retención; deberá justificar su legal posesión, los gastos hechos o los daños sufridos y que existe una relación de causa a efecto entre el hecho de su posesión y esos gastos y daños.

3. Deberá justificar con dictamen pericial el monto de esos gastos o daños y el importe de los mismos.

4. Deberá dar garantía suficiente de que si obtiene la declaratoria de validez de sus pretensiones, cuando se cubra el crédito, devolverá el bien en el estado que guardaba al momento que entró en su posesión.

5. Deberá aceptar el hecho de estar en posibilidad de entregar la posesión del bien a un depositario judicial, para evitar que por descuido o negligencia el bien pudiera dañarse en su posesión.

6. Al permitírsele la retención del bien o su depósito en poder de un depositario judicial, dar garantías de no perjudicar derechos de tercero. Pudiera darse el caso de que quien le dio la posesión del bien no fuera el propietario y éste no hubiera dado su consentimiento para que se hiciera sobre el bien obra o trabajos que originaran ese crédito que dice tener el poseedor.

7. El poseedor debe justificar y probar haber hecho impensas sobre el bien o tener derechos derivados del acto jurídico del que derive la posesión, o si el poseedor sufrió daños relacionados directamente como consecuencia del acto del que se origina la posesión del bien o por su guarda o manejo.

8. El poseedor debe justificar y probar haber recibido el bien del propietario o de un tercero con facultades para ello. Este derecho no procede si el detentador es el propietario o fue el quien elaboró el bien.

9. El poseedor no simplemente solicitará la retención judicial del bien, sino que deberá pretender constituir un derecho de prenda sobre ese bien, que le garantice el pago de su crédito, mediante un derecho oponible a terceros, como es el derecho de prenda.

Como puede apreciarse de lo expuesto, no es fácil, en primer lugar, obtener la declaración judicial de validez del derecho del poseedor de retener el bien, y en segundo lugar conseguir por vía judicial el derecho de prenda sobre el bien.

Sin embargo, es necesario conducirse dentro de la legalidad, no sólo en relación a este derecho de retención, sino en toda actividad social.

No se puede violentar el precepto constitucional que establece la prohibición de hacerse justicia por sí mismo ni ejercer violencia para reclamar su derecho y manifiestamente si un poseedor de un bien del que no es propietario y sólo manifiesta que le deben dinero por gastos hechos sobre el bien o ha sufrido perjuicios por causa del mismo bien y que retiene el bien hasta que le paguen esos gastos o perjuicio, manifiestamente se está haciendo justicia por propia mano y está ejerciendo violencia para reclamar su derecho.

I. ARTÍCULOS DEL CÓDIGO EN QUE SE MENCIONA ESE DERECHO DE RETENCIÓN

A. En general:

a. Art. 810 en materia de posesión. “El poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título traslativo de dominio, tiene los derechos siguientes: I. El de hacer suyos los frutos percibidos, mientras su buena fe no es interrumpida. II. El de que se le abonen todos los gastos necesarios, lo mismo que los útiles, teniendo derecho de retener la cosa poseída hasta que no haga el pago...”

b. Art. 2579 en materia del contrato de mandato. “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.”

c. Art. 2662 en materia del contrato de obra a precio alzado. “El constructor de cualquier obra mueble tiene derecho de retenerla mientras no se le pague, y su crédito será cubierto preferentemente con el precio de dicha obra.”

d. Art. 2669 en materia del contrato de hospedaje. “Los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje, a ese efecto, los dueños de los establecimientos donde se hospedan podrán retenerlos en prenda hasta que obtengan el pago de lo adeudado.”

e. Art. 2662, en materia del contrato de porteadores. “El crédito por fletes que se adeudaren al porteador, será pagado preferentemente con el precio de los efectos transportados, si se encuentran en poder del acreedor.”

B. Cuando menciona la autorización judicial para la retención:

a. Arts. 2523, 2524, 2528, 2530, en materia del contrato de depósito.

“Si después de constituido el depósito tiene conocimiento el depositario de que la cosa es robada y de quien es el verdadero dueño, debe dar a viso a éste o a la autoridad competente, con la reserva debida.” (2523).

“Si dentro de los ocho días no se le manda judicialmente retener o entregar la cosa, puede devolverla al que la depositó, sin que por ello quede sujeto a responsabilidad alguna.” (2524).

“El depositario no está obligado a entregar a entregar la cosa cuando judicialmente se le haya mandado retener o embargar.” (2528).

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

b. Art. 2533 y 2534, en materia del contrato de depósito.

“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 si podrá en este caso, si el pago no se le asegura, pedir judicialmente la retención del depósito.” (2533).

“Tampoco puede retener la cosa como prenda que garantice otro crédito que tenga contra el depositario.” (2534).

C. Niegan el derecho de retención:

a. Art. 2509 en materia del contrato de comodato.

“Tampoco tiene derecho el comodatario para retener la cosa a pretexto de lo que por expensas o por cualquier otra causa e deba el dueño”.

b. Art. 2534, en materia del contrato de depósito.

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

Es importante conocer y analizar los artículos que mencionan el derecho de retención, porque pueden dar ideas sensatas y apegadas al sistema jurídico, para reglamentar a futuro ese derecho de retención. Por ejemplo, en qué materias se menciona la posibilidad de conceder el derecho a determinados contratantes y en cuáles no; en qué supuestos se menciona la expresión retener la cosa como prenda y por qué no lo hace en otros casos o por qué no lo hace en todos los casos, etcétera. Posiblemente fuera sensato no conceder el derecho en algunos contratos, como ejemplo, en los contratos *ituitu personae* como a los depositarios, mandatarios y donantes o mutuatarios, etc.

Desde otro punto de vista, porque en algunos casos el legislador mencionó la expresión “retener la cosa como prenda” y no lo hace en todos los casos.

Posiblemente, en una reglamentación general del derecho de retención, valdría la pena concederla en ciertos y determinados contratos y en otros negarla siempre. Podría negarse en los contratos que se celebran en atención a las cualidades personales del apoderado, del profesional, del mandante; o concederse en otros casos, como al empresario en los contratos de obra a precio alzado.

Valdría la pena estudiar si en todos los casos se reglamentaría en general el derecho que tenga por objeto obtener judicialmente el derecho de retención para constituir de inmediato y a continuación un derecho de acreedor prendario, por orden judicial, para evitar abusos de la parte económicamente fuerte en los contratos y establecer con toda claridad los requisitos de procedencia, para evitar acciones ilegales (por no decir claramente inconstitucionales) y si es necesario, también reformar los artículos procedentes del código de procedimientos civiles, para que los jueces puedan calificar de válidas las retenciones que reúnan ciertos requisitos, para constituir legalmente una prenda que podría considerarse como judicial.

II. NO DEBE CONFUNDIRSE EL DERECHO DE RETENCIÓN, CON LA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO

La “*Exceptio non adimpleti contractus*.”

El derecho de retención:

1. Puede originarse de fuente contractual o extracontractual, como la posesión.
2. Pretende garantizar el pago de una obligación del dueño de la cosa poseída.
3. Puede originar un derecho de prenda. Para poderlo lograr, es necesario que el crédito que pretende el poseedor tenga fecha cierta y que se cumplan los requisitos respecto de la forma, en términos de la ley.
4. Se hace valer por vía de acción.
5. No es un derecho real en sí.
6. No permite que el poseedor se aproveche de la cosa.

La excepción de contrato no cumplido (“*exceptio non adimpleti contractus*”):

1. Sólo se origina en los contratos con prestaciones recíprocas (onerosos).
2. Pretende el cumplimiento simultáneo de las obligaciones de entrega.
3. Es un medio para que el cumplidor decida si opta por el cumplimiento forzoso o por la resolución del contrato.
4. Sólo se hace valer por vía de excepción.

Caso práctico:

Si en una compraventa el comprador no ha pagado el precio o no lo ha garantizado en términos de la ley su pago, el vendedor puede no entregar el bien vendido, pero no por un derecho de retención, sino por la *exceptio non adimpleti contractus*. Es un principio de equidad que en todos los contratos, cada parte debe cumplir o garantizar cumplir sus obligaciones, si pretende exigir que su contraparte cumpla con las suyas. No significa que una de las partes en el contrato desee una garantía del cumplimiento de las obligaciones de la otra parte, sino que las obligaciones establecidas en el contrato, si no existe cláusula expresa en contrario, se cumplan al mismo tiempo, ya que existe la presunción de que el contrato se celebró de buena fe entre los contratantes. Esta excepción sólo procede en los contratos onerosos, en los que las partes no han señalado un plazo para el cumplimiento de sus obligaciones y la ley no sule esa omisión.

El derecho de retención debe estar establecido en la ley para ciertos y determinados supuestos y deben cumplir con los requisitos que la propia ley establece. El Código Civil argentino en la nota al artículo 3939, señala “tres condiciones son necesarias para el derecho de retención: la. Posesión de la cosa de otro por un tercero; 2ª. Obligación por parte del propietario respecto del poseedor; 3a. Conexión entre la cosa retenida y el crédito del que la retiene”.

En el libro “Contratos Civiles” el autor Zamora y Valencia, señala:

No hay duda de que el derecho de retención se fundamenta en principios de equidad, para que ciertos acreedores que por circunstancias concretas, tienen la posesión de bienes de sus deudores puedan conservarlos como una presión para obtener un forma rápida y preferente el pago de sus créditos. Sin embargo, el legislador debe ser cauto al conceder y en su caso reglamentar este derecho, en primer lugar porque puede violentar un precepto constitucional y en segundo lugar, porque el poseedor podría abusar, reteniendo el bien, dilatando la liquidación de su crédito y además con mucha facilidad puede originar conflictos de intereses con terceros, ya sean adquirentes del dominio o titulares de derechos de garantía respecto de los bienes retenidos.

Es interesante recalcar que los artículos 2534, 2579 y 2669 señalan que el acreedor “podrá retener en prenda”; por ello se sugiere que si en alguna ocasión se pretende hacer un estudio para reglamentar ese derecho en la ley, sería conveniente que se hiciera como un antecedente para conseguir a favor del acreedor una garantía ya consagrada en nuestra legislación, como es el derecho real de prenda, con lo que se eliminaría la crítica de inconstitu-

cionalidad del derecho. Además, como se apunta líneas arriba, es conveniente darle vista al juez de lo civil, para que confirme el derecho del poseedor y proteja los intereses del propietario. Además algunos artículos ya citados establecen la intervención judicial para la procedencia del derecho, que debería establecerse como obligatoria para el ejercicio del derecho, lo que aseguraría la garantía constitucional de audiencia al propietario, consagrada en los primeros artículos de la Constitución.

Tanto el derecho de retención como la excepción de contrato no cumplido justifican el principio de equidad y pretenden el equilibrio en las relaciones entre las personas que tienen derechos respecto de un solo bien, que pretenden evitar la intervención de terceros acreedores de una u otra parte y pueden presentarse como medios de defensa para conseguir el cumplimiento de las obligaciones de ambas partes.

Sin embargo, estas figuras tienen orígenes diferentes y una forma de operar diferente.

Respecto del origen, el derecho de retención se origina ya sea por los gastos o expensas que una persona ha hecho para la conservación o para el mejoramiento de un bien, o como consecuencia de los daños que el objeto le ha originado al poseedor; independientemente que exista un contrato entre el dueño y el poseedor.

En cambio la excepción, solo tiene su origen en los contratos onerosos bilaterales, en los cuales los contratantes deben cumplir, en principio, al mismo tiempo sus respectivas obligaciones; ya que si a alguno de ellos se le ha dado un plazo determinado para el cumplimiento de su obligación, no puede ser obligado a cumplir, sin haber vencido ese plazo.

Por lo que ve a la forma de operar, el derecho de retención pretende, a través de la vía judicial, perfeccionar una garantía efectiva (derecho de prenda) para conseguir el cumplimiento de sus derechos; en cambio, la excepción, busca un plazo para que su titular pueda decidir si opta por el cumplimiento forzoso de la obligación o por la resolución del contrato por el incumplimiento de las obligaciones de la otra parte.

El derecho de retención sólo opera si el acreedor tiene la posesión del bien; en la excepción, la posesión es indiferente para su ejercicio. En la excepción el interesado pretende en primer lugar el cumplimiento simultáneo de las obligaciones de ambas partes contratantes; en cambio en el derecho de retención, se pretende la obtención de una garantía para evitar daños por el incumplimiento de las obligaciones del propietario del bien. Por último, cuando se ejercita el derecho de retención, nunca habrá una condena por daños y perjuicios por el incumplimiento de la obligación, en cambio sí existe esa posibilidad en el ejercicio de la excepción.

Ambas figuras confieren derechos subjetivos, pero el derecho de retención los da en forma de acción y el *non adimpleti contractus*, en forma de excepción.

Se insiste en que el derecho de retención no tiene una reglamentación general en la legislación de la Ciudad de México; tampoco exige que para evitar violación a los artículos 14, 16 y 17 de la Constitución Política, se deba en primer término solicitar la declaración de validez de la obligación de pago del propietario del bien y el monto del crédito, y que deben cubrirse los requisitos legales para constituir un derecho de prenda, como una garantía efectiva para lograr el pago del crédito, para evitar daños por el incumplimiento de la obligación y para garantizar la legalidad de la retención del bien y daños a terceros.

Todo lo anterior impide formular un concepto legal preciso del derecho de retención. Con esas salvedades y tomando en cuenta la orientación que puede obtenerse de la redacción de los artículos que mencionan el derecho, como son las menciones de “mandar judicialmente retener” en los artículos 2524, 2528, 2530 y 2533; y la redacción que habla de “la retención en prenda” en los artículos 2534, 2579 y 2669, se aventura un concepto provisional del derecho, que necesariamente tendrá que variar cuando se dé una modificación a los artículos antes precisados que lo mencionan o se regule una reglamentación general sobre la materia:

Concepto: Derecho de retención es la facultad que otorga la ley en casos concretos y determinados al poseedor de un bien ajeno, para conservar esa posesión hasta que el propietario le pague lo que le adeude, relacionado con ese mismo bien o con el acto o hecho jurídico del que se derive la posesión y que faculta al titular, previa notificación fehaciente al propietario, a considerarse como acreedor prendario.

Tomando con consideración que el legislador pretende establecer un derecho al poseedor de un bien ajeno para garantizar el pago de su crédito y su preferencia en el pago frente a terceros, dentro del marco jurídico imperante, sin violentar ese orden y sin perjudicar derechos de tercero, no es aventurado sugerir una reforma legal para hacer obligatoria la declaratoria de validez de la obligación y su monto y pretender que la retención sea un antecedente para constituir el derecho de prenda (y excepcionalmente de hipoteca), como una garantía efectiva y legal al poseedor.

Como se encuentra actualmente mencionado el derecho de prenda, no constituye un derecho real, es una garantía incompleta y por ello no puede hacerse valer frente a terceros; no puede solicitar judicialmente su enajenación, sino que requerirá primero embargar el bien y además no puede usarlo ni apropiarse sus frutos. Si el bien produce frutos, el derecho no se

extiende a ellos. Los derechos reales son sólo los que reglamenta la ley y el derecho de retención no está entre ellos.

Para transformar el derecho de prenda en un derecho real, es indispensable que se dé certeza a la fecha de su constitución y se precise el monto de la obligación garantizada. Para la certeza de la fecha, es necesario que en su constitución intervenga un juez o un notario.

Si no, no se exige la certeza de la fecha, pueden verse lesionados derechos de tercero, argumentando que el poseedor tiene el derecho de retención y por ello no entrega el bien al tercero propietario o al tercero que aduce un derecho real en general. En la actualidad, la forma más simple de darle certeza a la fecha de inicio de la retención del bien, es la notificación al propietario ya sea judicial o notarial, de que hará valer su derecho de retención y notificarle asimismo el monto de su crédito; además en esa forma se le da oportunidad del propietario de que cuestione el derecho del poseedor y el monto de su obligación.