

LA AUTODEFENSA Y EL DERECHO DE RETENCIÓN

Ángel Gilberto Adame López



I. INTRODUCCIÓN

El efecto deseado de toda obligación es su cumplimiento. El resultado natural esperado de dicha relación jurídica es la prestación de la conducta debida. Sin embargo, en muchas ocasiones el deudor no satisface a lo que se obligó, por lo que el afectado puede acudir a defender sus intereses ante un órgano jurisdiccional para buscar una solución justa y vinculante.

No obstante, existen figuras que permiten solucionar el conflicto a través de medios ajenos a un proceso judicial, siendo uno de ellos la autodefensa. Ésta puede definirse como una forma de solución al litigio proveniente de una o ambas partes en pugna; se caracteriza por ser injusta, antijurídica y en algunos casos violenta, y su propósito principal radica en la subordinación del interés ajeno al propio.

La gran mayoría de las legislaciones modernas reconocen que el ejercicio jurisdiccional corresponde únicamente al Estado y excluyen de sus principios la aplicabilidad de la autodefensa. En México, el constituyente de 1917 la proscribió en el artículo 17: “Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley”.

Entre las formas que implican autodefensa, y cuyo reconocimiento podría constituir una violación al texto constitucional, se encuentra el derecho de retención, de cuyo somero análisis se ocupará el presente trabajo.

II. DEFINICIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Nuestro Código Civil para el Distrito Federal no prescribe un concepto de derecho de retención, sin embargo, la doctrina ha generado una serie de posicionamientos al respecto.

Bejarano Sánchez explica que el derecho de retención “consiste en la facultad que tiene el acreedor de resistirse a devolver una cosa propiedad de

su deudor, mientras éste no le pague lo que le debe con relación a esa misma cosa”.¹ Rico, Garza y Cohen suscriben esto al decir que es “una facultad que la Ley concede al deudor para suspender el cumplimiento de una obligación de dar mientras su acreedor no pague lo que le debe”.²

Con mayor precisión, Gutiérrez y González lo define como “la facultad que la ley otorga al acreedor, víctima de un hecho ilícito o no, para conservar, hasta que el deudor cumpla su prestación, un bien que posee, propiedad de éste, y el cual no entregó al acreedor en garantía del cumplimiento de su obligación”.³

Como ya mencioné, el Código Civil no ofrece una definición sistemática de este derecho, a diferencia del de Morelos, que lo conceptúa y le dedica todo un capítulo.⁴ El de Sonora lo contempla en los siguientes términos:

¹ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Editorial Harla, México 1986, p. 350.

² RICO ÁLVAREZ, Fausto y otros, *Tratado Teórico-Práctico de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 932.

³ GUTIÉRREZ Y GONZALEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México 1990, p. 593.

⁴ DEL DERECHO DE RETENCIÓN. ARTÍCULO 1590.—PRESUPUESTOS DEL DERECHO DE RETENCIÓN.—Existirá el derecho de retención cuando la Ley autorice al detentador o poseedor de un bien ajeno, a conservar la tenencia del mismo hasta que el dueño de él, le pague lo que le adeude, bien sea por concepto del bien o por algún otro motivo.

ARTÍCULO 1591.—EJERCICIO DEL DERECHO DE RETENCIÓN POR FALTA DE DISPOSICIÓN LEGAL EXPRESA. Cuando la ley no establezca expresamente el derecho de retención, podrá no obstante ejercitarse por el acreedor, si su crédito consta en título ejecutivo o ha sido reconocido judicialmente o ante notario, aunque no haya relación alguna entre el crédito y el bien del deudor que se encuentre en poder del acreedor, o entre dicho crédito y la causa de la posesión o detentación.

ARTÍCULO 1592.—IMPOSIBILIDAD PARA EJERCITAR EL DERECHO DE RETENCIÓN DEL ACREEDOR. El acreedor no podrá ejercer el derecho de retención, si ha obtenido del deudor un bien a base de engaños, maquinaciones o artificios, o con la promesa de devolverlo inmediatamente. Tampoco podrá ejercitar el citado derecho de retención, cuando la causa de su posesión o tenencia sea ilícita, o cuando haya obtenido que un tercero, sin consentimiento del deudor, le entregue un bien de éste.

ARTÍCULO 1593.—RETENCIÓN DE FRUTOS. Cuando el deudor haya entregado al acreedor un bien, respecto del cual no se haya transmitido el dominio al primero, pero sí el uso o goce, podrá el acreedor retener los frutos que legalmente correspondan al deudor, y en cuanto al bien, sólo podrá hacerlo entre tanto no se perjudiquen los derechos del propietario o poseedor originario, en cuya contra no será oponible el derecho de retención.

ARTÍCULO 1594.—OPOSICIÓN DEL DERECHO DE RETENCIÓN. El derecho de retención es oponible al deudor y a los terceros que no tengan adquirido un derecho real sobre el bien, anterior a la fecha en que se ejercita el citado derecho. Los que tengan derechos reales anteriores, podrán perseguir el bien y asegurarlo o tomar posesión del mismo, según la naturaleza de tales derechos. El derecho de retención es oponible a los acreedores que sin garantía

Artículo 2379.—Existirá el derecho de retención cuando la Ley autorice al detentador o poseedor de una cosa ajena a conservar la tenencia de la misma hasta que el dueño de ella pague lo que le adeude, bien sea por concepto de la cosa, o por algún otro motivo.

III. CASOS EN QUE PUEDE MANIFESTARSE

La legislación civil de la Ciudad de México autoriza la aplicación del derecho de retención:

real, embarguen o secuestren el bien, u obtengan el remate del mismo. Comprobada la existencia de tal derecho, el Juez no podrá dar posesión al adquirente en remate.

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

ARTÍCULO 1595.—IMPOSIBILIDAD DE OBTENER EL REMATE POR VIRTUD DEL DERECHO DE RETENCIÓN. Por virtud del derecho de retención, el acreedor no puede obtener el remate de la cosa, independientemente de la ejecución de su crédito por sentencia.

ARTÍCULO 1596.—PREFERENCIA POR VIRTUD DEL DERECHO DE RETENCIÓN. Si se remata el bien en ejecución de la sentencia que obtenga el acreedor, por razón de su crédito, su derecho de retención le otorga preferencia sobre los demás acreedores que no tengan garantía real, anterior a la fecha en que se hizo valer la retención.

ARTÍCULO 1597.—FECHA DE INICIO DEL DERECHO DE RETENCIÓN. A efecto de que conste de manera indubitante la fecha en que se comience a ejercer el derecho de retención, el acreedor deberá notificar al deudor, judicialmente o por conducto de notario, el momento a partir del cual ejercerá el derecho de retención. Una vez hecha la notificación al deudor, la fecha de ésta servirá para resolver los conflictos de preferencia que se presentaren con terceros.

ARTÍCULO 1598.—EFECTOS DEL DERECHO DE RETENCIÓN. En virtud del derecho de retención el acreedor no puede de propia autoridad apropiarse el bien o sus frutos, o disponer jurídica o materialmente de tales bienes. En todo caso, sólo está facultado a conservarlos en su poder hasta que sea pagado, sea directamente o por remate en ejecución de sentencia.

ARTÍCULO 1599.—EFECTOS DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETENCIÓN. El que ejerza el derecho de retención, puede entablar los interdictos, tratándose de inmuebles, o perseguir el bien mueble, cuando haya sido despojado de él.

ARTÍCULO 1600.—HIPÓTESIS EN QUE EL DERECHO DE RETENCIÓN NO PUEDE ORIGINARSE. El derecho de retención no tendrá lugar cuando se demuestre, por quien tenga interés jurídico en ello, que ha existido un acuerdo fraudulento o simulado entre acreedor y deudor, o cuando este último hizo entrega del bien al primero en perjuicio de acreedores.

Se considerará que existe perjuicio de acreedores, cuando el importe de los bienes del deudor, sin tomar en cuenta los que haya entregado al acreedor, sea inferior al valor de sus deudas. Son aplicables a los casos mencionados en los dos párrafos anteriores, las presunciones de fraude o de simulación establecidas por este Código, para los casos de actos ejecutados en perjuicio de acreedores, o de actos simulados.

- En la posesión:

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

[...]

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 se haga el pago.

- En el mandato:

Art. 2579: El mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del contrato hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso del que trata los dos artículos anteriores.

- En el transporte:

Art. 2662: “El crédito por fletes que se adeudaren al porteador, serán pagados preferentemente con el precio de los efectos transportados, si se encuentran en poder del acreedor.

- En la obra a precio alzado:

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

- En el hospedaje:

Art. 2669: 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 se obtenga el pago de lo adeudado.

- En la sociedad civil:

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

IV. PROHIBICIONES AL DERECHO DE RETENCIÓN

Art. 901: El que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado, sin que tenga derecho de reclamar indemnización alguna del dueño del suelo, ni de retener la cosa.

Art. 2509: Tampoco tiene derecho el comodatario para retener la cosa a pretexto de lo que por expensas por cualquier otra causa le deba el dueño”.

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

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.

V. PROCEDENCIA DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Dos posturas debaten si el derecho de retención debe emplearse cuando la ley no lo prohíbe o solamente cuando ésta lo confiere expresamente:

- Restrictiva o limitativa:

Es la que postula que, en virtud de la prohibición a la justicia privada, el derecho de retención solo se puede ejercitar cuando es la ley la que determina su procedencia y no en otros casos.

- Extensiva:

Sostiene que, por analogía, se debe admitir el derecho de retención en todos aquellos casos en los que se presenten situaciones similares a las previstas por la ley, de tal manera que el acreedor pueda obtener la garantía de su crédito con un bien propiedad de su deudor y que él detenta.

VI. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Bejarano señala que este derecho opera con la retención de una cosa debida, derivada de un crédito del deudor contra el acreedor, existiendo cierto vínculo o conexión entre los dos elementos anteriores, o sea entre el crédito y la cosa.⁵

En esta exposición, Bejarano incurre en una confusión que se ha vuelto común entre los tratadistas del derecho civil. Ésta consiste en obviar la diferencia entre dos figuras jurídicas de naturaleza distinta: el derecho de retención y la excepción del contrato no cumplido. No es lo mismo “retener una cosa debida”, como apunta Bejarano, que “retener una cosa” en razón de que el deudor no ha realizado lo que “debe” hacer.

⁵ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 353.

La excepción del contrato no cumplido, *exceptio non adimpleti contractus*, otorga la facultad a un contratante de no cumplir con su obligación en tanto que su contrario no lo haya hecho. Como sabemos, dicha obligación puede consistir en una prestación de dar, hacer o no hacer. Ante una obligación de dar, puede caerse en el supuesto de que una de las partes “retuviera la cosa debida”, ya sea un precio manifestado en sus tantas formas o el objeto material del contrato. Algunos de los elementos particulares de esta figura son los siguientes:

- Opera siempre en los contratos bilaterales, sin necesidad de que el legislador la regule en cada acto.
- Su ejercicio nace como un medio de defensa específico y se le considera una excepción procesal dilatoria y sustancial.
- Su utilidad se limita al objeto motivo del contrato, que quien ejerce la excepción ya tenía en su patrimonio antes de la celebración del mismo.
- Entre sus fines está el evitar que el que la ejerce se constituya en mora.
- Como su validez precisa requerimiento judicial, su empleo no implica autodefensa.

Algunos ejemplos concretos de la también llamada excepción de inejecución se encuentran en los siguientes contratos:

- En la compraventa:

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

Art. 2287: 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.

Art. 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 pago si aún no lo ha hecho, mientras el vendedor le asegure la posesión o le dé fianza, salvo si hay convenio en contrario.”⁶

⁶ A ese respecto, la tesis aislada I.6°. C.18.C visible en la página 613 del Tomo II de agosto de 1995, emitida por el Sexto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, se ha pronunciado de la siguiente manera:

“RETENCION DE PAGO POR JUSTO TEMOR A QUE ALUDE EL ARTÍCULO 2299, DEL CODIGO CIVIL.—El justo temor a que alude el artículo 2299 del Código Civil opera cuando existe su-

- En la permuta:

Art. 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 dio, no puede ser obligado a entregar la que él ofreció en cambio, y cumple con devolver la que recibió.

Así las cosas, es posible distinguir entre la excepción en comento y el derecho de retención, mismo que está compuesto por algunos de los siguientes elementos:

- Es una acción que le corresponde al acreedor quirografario.
- Solo opera en los casos permitidos por la ley.
- El bien objeto de la retención siempre es ajeno al acto celebrado previamente entre deudor y acreedor y llega al retenedor por causas circunstanciales.
- Su ejercicio no precisa autorización judicial.⁷

ficiente evidencia o sospecha en el comprador de un bien, producidos por falta de seguridad en la posesión o derecho adquiridos, fundado aquél en un hecho o acontecimiento real y presente, que advierta determinado grado de realización para generar un evento futuro y cierto, que de actualizarse engendraría un trastorno en el comprador, sin que la certeza e inminencia de que se va a perturbar al adquirente en su tenencia o legitimidad, sean extremos que éste necesariamente, deba probar en forma plena para considerar que su recelo es justo y prospere el señalado derecho de retención que ejerza del pago”.

⁷ COMISIÓN MERCANTIL. EL DERECHO DE RETENCIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 306 DEL CÓDIGO DE COMERCIO SÓLO PROCEDE EN LOS CASOS EN ÉL CONTEMPLADOS.—La retención es el derecho que tiene el acreedor en las obligaciones recíprocas y en los casos expresamente previstos en ley para conservar la tenencia y rehusar la entrega de la cosa que pertenece al deudor, si éste no ejecuta la obligación que le incumbe. Por su parte, el mandato es el contrato por el que el mandatario se obliga a ejecutar por cuenta del mandante los actos jurídicos que éste le encarga (artículo 2546 del Código Civil Federal); y en el artículo 2579 del Código Civil Federal está previsto el derecho del mandatario para retener en prenda las cosas que son objeto del mandato, hasta que el mandante haga la indemnización y reembolso de que tratan los artículos 2577 y 2578 del ordenamiento aludido (cantidades necesarias para la ejecución del mandato, y daños y perjuicios que se hayan causado al mandatario en cumplimiento del mandato, sin su culpa ni imprudencia). Por otro lado, la comisión mercantil es el mandato aplicado a actos concretos de comercio, según lo dispone el artículo 273 del Código de Comercio. El artículo 306 del mismo código regula un derecho de retención respecto de los efectos que estén real o virtualmente en poder del comisionista, los cuales se entenderán especial y preferentemente obligados al pago de los derechos de comisión, anticipaciones y gastos que el comisionista hubiere hecho por cuenta de ellos, de los que no podrá ser desposeído sin ser antes pagado. De lo anterior se desprende que si bien existe cierta analogía entre los artículos 2579 del Código Civil Federal y 306 del de Comercio, que regulan el derecho de retención en el mandato y la comisión mercantil, ese derecho previsto en el último numeral, sólo debe ser concedido en los casos contemplados en ese precepto (derechos de comisión, anticipaciones y gastos que el comisionista hubiere hecho por cuenta de ellos), porque no

En el contrato de hospedaje, el dueño del establecimiento no retiene una cosa debida para asegurar el cumplimiento de la obligación del huésped. El equipaje y demás pertenencias de quien se hospeda no forman parte integrante del contrato, sino que son meros objetos que, por la posibilidad circunstancial de estar en posesión del acreedor, son susceptibles de ser retenidos por éste, aun en contra de la voluntad de la otra parte, para lograr el cobro de lo adeudado. En ningún momento puede considerárseles como “la cosa debida” del contrato. Sucede lo mismo en el mandato y en el transporte, por citar dos ejemplos.

Existe otra disposición que puede confundirse con el derecho de retención, por su similitud con éste:

El artículo 2239 establece que la anulación de un acto jurídico obliga a las partes a restituirse lo recibido o percibido. En ese orden de ideas, el artículo 2241 prescribe que “mientras que uno de los contratantes no cumpla con la devolución de aquello que en virtud de la declaración de nulidad del contrato está obligado, no puede ser compelido el otro a que cumpla por su parte”.

Así, como efecto de la declaración de nulidad nace la obligación de restituir las prestaciones recíprocas, pues “dicha anulación del acto obliga a las partes a la restitución mutua de lo recibido en virtud o por consecuencia de éste, y hasta que una de ellas no cumpla con la devolución de aquello a lo que está obligada, no puede ser compelida la otra a que lo haga”.⁸

obstante que al constituir la comisión mercantil un mandato aplicado a actos de comercio, y en este último estar prevista la retención de los objetos que son materia del mandato en tratándose de indemnización al mandatario de los daños y perjuicios que pudiera sufrir, no puede aplicarse la retención por analogía a un caso no previsto expresamente en él, en términos del artículo 11 del Código Civil Federal, que previene: “Las leyes que establecen excepción a las reglas generales, no son aplicables a caso alguno que no esté expresamente especificado en las mismas leyes”. De lo anterior se concluye, que si la retención se ejecuta sobre un supuesto que no está expresamente previsto en el artículo 306 del Código de Comercio, como podría ser la indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento del comitente, tal retención resulta contraria a derecho y, por tanto, violatoria de garantías.

Registro No. 182461, Localización: Novena Época, Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito, Fuente: Seminario Judicial de la Federación, XIX, Enero de 2004, Página: 1473, Tesis Aislada, Materia (s): Civil

Décimo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

Amparo en revisión 244/2003. Prime Tanning Company Incorporated. 10 de julio de 2003. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Ernesto Saloma Vera. Secretario: José Jorge Rojas López.

⁸ Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Cuarto Circuito. Amparo directo 53/2009. Dalila Alejandra Cantú Ibarra y otra. 25 de junio de 2009. Unanimidad de votos. Ponente: José Elías Gallegos Benítez. Secretaria: Zarahí Escobar Acosta.

Es importante distinguir la naturaleza de la “retención” que opera en un acto declarado nulo y de la que opera como forma de autotutela. La causa de la primera es la nulidad, y, por lo tanto, los objetos no restituidos (o retenidos) son parte de una previa relación entre los contratantes, que, si bien ya salieron del patrimonio de cada uno de ellos, son llamados a regresar en virtud de la declaración de nulidad que busca restablecer las cosas a su estado original. En cambio, en el derecho de retención, además de que no precisa autorización judicial, los objetos son ajenos al acto celebrado entre deudor y acreedor, por lo cual no puede llamárseles debidos.

Tampoco debe confundirse la citada figura con la *exceptio non adimpleti contractus*, pues en ésta la facultad concedida al contratante de no cumplir con su obligación, surge en tanto que su contrario no lo haya hecho, o sea, el objeto de la obligación permanece en el patrimonio del deudor y no se actualiza la prestación ante el incumplimiento recíproco. Por otro lado, en la facultad de no devolución (del objeto de la obligación) que prescribe el artículo 2241, el objeto de la misma se refiere a un bien que ya salió del patrimonio del deudor, que su contraparte conserva y se niega a devolver hasta que le reintegren el suyo.

De acuerdo con Rico, Garza y Cohen el derecho de retención puede presentar dos modalidades, la retención simple y la retención en prenda. En la primera, el facultado solo retiene para buscar la satisfacción de su crédito sin que nazca algún derecho en particular para él; mientras que en la segunda nace el derecho real de prenda. Según su tesis: “el derecho de retención en prenda difiere del de retención simple en que solo el primero confiere al retenedor los derechos y obligaciones del acreedor prendario, entre los que destaca el de realizar el valor de los bienes en caso de incumplimiento”.⁹ Desde su punto de vista, ejemplos del derecho de retención en prenda son el hospedaje y el mandato.

En mi opinión, la denominación de ‘prenda’ que utiliza el legislador en el artículo 2579, relativo al mandato, y en el 2669, concerniente al hospedaje, se emplea desde su acepción más coloquial. No debemos olvidar que para que se constituya un derecho real de esta naturaleza, éste debe estar específicamente regulado, lo que no ocurre en estos casos. Para efectos de constitución de la prenda, además, debe haber una entrega de la cosa que sea real, jurídica o virtual, lo que en no ocurre en los ejemplos citados. En el hospedaje, el huésped no hace entrega al hostelero de su equipaje; para que opere

⁹ RICO ÁLVAREZ, Fausto y otros, *Tratado Teórico-Práctico de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 2013, p. 938.

el derecho de retención éste tiene que hacerse de sus cosas por vías de hecho, pues el legislador no regula alguna forma concreta.

Rico, Garza y Cohen también opinan que, desde el punto de vista de su ejercicio, el derecho de retención puede ser extrajudicial o judicial, siendo este último en el que no puede ejercitarse la retención si previamente no se obtiene autorización judicial, como ocurre en el arrendamiento y el depósito.¹⁰ Considero que esta clasificación es innecesaria, en tanto que la mencionada autorización deriva del mandato judicial y no del derecho de retención, pues la característica sustancial de este último es que basa su acción en una prescripción abstracta. Si se obtiene la autorización judicial para mantener la posesión de una cosa ajena, es fácil equipararlo con otras figuras afines, tales como el embargo o el depósito judicial.

La gran mayoría de los autores estudian el derecho de retención como una de las maneras que tiene el acreedor quirografario para defenderse de la insolvencia de su deudor. Rico, Garza y Cohen piensan distinto e innovan, ya que lo estudian dentro de los efectos del incumplimiento de las obligaciones y, en consecuencia, le atribuyen el mismo género que a la cláusula penal, por ejemplo.

A pesar de lo novedoso de esta clasificación, ésta puede resultar confusa, pues no toma en cuenta que la cláusula penal es un medio previamente pactado para indemnizar al acreedor por el incumplimiento de la obligación, y si ésta se ejerce implica la transmisión más que la retención de un bien. Así lo señala el artículo 1840: “Pueden los contratantes estipular cierta prestación como pena para el caso de que la obligación no se cumpla o no se cumpla de la manera convenida. Si tal estipulación se hace, no podrán reclamarse, además, daños y perjuicios”.

VII. FACULTADES Y OBLIGACIONES QUE NACEN DEL DERECHO DE RETENCIÓN

Para Bejarano, “el derecho de retención no concede más atributos que la tenencia de la cosa. El retenedor no podrá usarla ni obtener ningún

¹⁰ Arrendamiento: Art. 2422: “Si al terminar el arrendamiento hubiere algún saldo a favor del arrendatario, el arrendador deberá devolverlo inmediatamente, a no ser que tenga algún derecho que ejercitar contra aquél; en este caso, depositará judicialmente el saldo referido

Depósito: 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”.

aprovechamiento de la misma. Si produjere frutos, de la clase que fuere, deberían ser entregados, con la cosa a su dueño, al terminar la retención”.¹¹

Además de lo anterior, en el retenedor recae la obligación de cuidar la cosa, pues, según Castán Tobeñas, dicha conservación “es con la obligación de un buen padre de familia”.¹² Así, no puede disponer de ella para cobrar el crédito que se le adeuda, lo que le da a su condición un carácter temporal. En caso contrario, su conducta podría tipificarse quizá como abuso de confianza.

VIII. EL DERECHO DE RETENCIÓN DENTRO DE LA TEORÍA DEL PATRIMONIO

Sobre este tema, Rojina Villegas señala que hay controversia en la doctrina y enlista, entre otras, las siguientes tesis:¹³

- “El derecho de retención se reputa como un derecho personal que se opone a los privilegios y al derecho real”. (Laurent y Troplong).
Bejarano opina que “no es un derecho personal o de crédito porque, no obstante tener una cualidad económica, no incrementa el patrimonio del titular y los derechos de crédito, en cambio, sí figura en el activo del patrimonio como un elemento económico que lo acrecienta. Además, si fuere derecho de obligación, frente a la facultad del retenedor, existiría la correlativa obligación del otro y éste no está técnicamente obligado a dejar su cuota”.¹⁴
- “El derecho de retención es un derecho real” (Guillourad).
Gutiérrez y González se opone: “no se trata de un derecho real, porque no se presentan los elementos estructurales de éste, como es el poder jurídico directo e inmediato sobre la cosa, para aprovecharse de ella y oponerlo a terceros”.¹⁵

Para Rico, Garza y Cohen “el derecho de retención es un derecho de crédito, toda vez que no encontramos en él las facultades de persecución y de preferencia características de los derechos reales”.¹⁶

¹¹ *Op. cit.*, p. 357.

¹² RICO ÁLVAREZ, Fausto y otros, *op. cit.*, p. 940.

¹³ ROJINA VILLEGAS, Rafael, *Derecho Civil Mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1981, cuarta edición, t. V (obligaciones), p. 466.

¹⁴ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 356.

¹⁵ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Editorial Porrúa, México, 1991, p. 597.

¹⁶ RICO ÁLVAREZ, Fausto y otros, *op. cit.*, p. 944.

Desde mi punto de vista, el derecho de retención no tiene carácter patrimonial. Al no tener contenido económico, su naturaleza jurídica es diferente a la de un derecho real y a la de uno personal, pues se trata de una vía de hecho que, por ministerio de ley, se concede al afectado por el incumplimiento para mantener en su poder ciertos bienes que le garanticen el pago.

IX. EL DERECHO DE RETENCIÓN COMO FORMA AUTODEFENSIVA

La cuestión sobre si el derecho de retención constituye una forma de defensa privada es motivo de controversia. Siendo que una de sus particularidades es que se trata de una acción que opera fuera de juicio, ¿se trata entonces de una autodefensa que va en contra de lo establecido por la Constitución en su numeral 17?

Bejarano comenta que:

siendo la retención una abstención autorizada, una negativa lícita sin el alcance de resolver el conflicto ni autorizar al acreedor a pagarse con la cosa detenida o a disponer de ella, sus efectos no llegan a constituir justicia privada ni vías de hecho. El acreedor no se hace justicia por su mano propia reteniendo, porque retener no es obtener pago, y la justicia, para él, es cobrar su crédito, resultado que, ante la resistencia de su deudor, no logrará por la retención sino por la ejecución forzada (embargo y remate) y con intervención de la autoridad judicial. La retención es solo un medio conservativo legal que facilita el embargo.¹⁷

Para Arce y Cervantes el derecho de retención “suspende la obligación que tiene una persona de entregar o devolver una cosa”,¹⁸ mas no la extingue, pues extinguirla, para el acreedor, sería obtener el pago.

Me permito diferir de estas perspectivas ya que es muy factible que, por el hecho de la retención, la contraparte decida avenirse, tenga razón o no, a las pretensiones del retenedor, por lo que la intervención judicial puede no manifestarse y el deudor se conduciría de una manera no tutelada por el órgano jurisdiccional, en razón del temor provocado por la retención.

No obstante que algunos autores han considerado que el derecho de retención suspende el cumplimiento de obligaciones de dar,¹⁹ no en todos los supuestos contemplados en ley se podría estar ante tal situación. En el ejemplo antes señalado sobre el contrato de hospedaje, el dar el equipaje y perte-

¹⁷ BEJARANO SÁNCHEZ, Manuel, *op. cit.*, p. 353.

¹⁸ ARCE Y CERVANTES, José, *De los Bienes*, Editorial Porrúa, México, 2015, p. 17.

¹⁹ Ver RICO ÁLVAREZ, Fausto y otros, *op. cit.*, p. 935.

nencias a su huésped, no es en principio una conducta que el dueño del establecimiento estuviese obligado a prestar, por lo tanto, no estaría suspendiendo o dejando de ejecutar obligación alguna. Entonces, el derecho que tiene de retener tales objetos no consiste en suspender una obligación existente o pactada entre las partes, sino en el apoderamiento, incluso violento, de bienes que no fueron contemplados dentro de éste.

Considero entonces que el derecho de retención es un modo de autodefensa que opera en los supuestos establecidos por ley en virtud de la situación de hecho en que se encuentra el acreedor de poseer, con o sin consentimiento del deudor, pero no por formar parte integrante de la obligación, bienes corporales que no le pertenecen y que generarán una coacción privada para el cobro de un crédito debido.

Gutiérrez y González reconoce que este derecho es una forma de autotutela: “considero debe prevalecer, cuando menos en México, la tesis del empleo restringido del derecho de retención, pues de otra forma se infringiría el artículo 17 constitucional, en donde se establece la prohibición de hacerse justicia por propia mano”.²⁰ Esta afirmación es contradictoria, dado que el maestro reconoce el carácter autotutelar del derecho de retención y su anti-constitucionalidad, pero no aboga por su supresión.

En términos estrictos, el derecho de retención es violatorio de la Constitución en virtud de que es un caso de justicia por mano propia, y el reconocimiento que de él hace el legislador civil constituye inobservancia a dicha disposición.

Gutiérrez y González discrepa de lo anterior cuando señala que “no se puede considerar violado el artículo 17 constitucional, pues ya se trata de una cuestión perfectamente prevista y autorizada por la ley”.²¹ Sin embargo, el hecho de que una norma secundaria autorice su aplicación no es obstáculo para que el derecho de retención vulnere nuestra ley fundamental. Es principio jurídico general el que nada puede ir en contra de las disposiciones constitucionales, por lo que el hecho de que el Código Civil lo reconozca no es excusa para negar su referido carácter.

Si bien hay utilidad práctica en este derecho, en virtud de que brinda mayor seguridad al acreedor quirografario respecto a su crédito, creo conveniente reflexionar sobre éste como uno de los ejemplos de legislaciones secundarias que contrarían nuestra Carta Magna.

²⁰ GUTIÉRREZ Y GONZÁLEZ, Ernesto, *op. cit.*, p. 596.

²¹ *Ibidem*, p. 597.