



# Los Aspectos Prácticos de los Contratos Civiles

Conferencia dictada por el Dr. en Derecho y Notario,  
**Miguel Ángel Zamora y Valencia**

En primer lugar agradezco la presencia de ustedes en este auditorio. En segundo, la invitación que para estar aquí me hicieron los directivos de la Asociación del Colegio de Notarios de Jalisco, en especial mi buen amigo Lorenzo [Bailón].

Es algo muy hermoso, muy gratificante para mí estar entre amigos notarios y tener la posibilidad de hacer algunos comentarios sobre temas jurídicos; siempre he pensado, considerado, que uno de los grandes peligros que afrontamos todos los profesionales, es lo que yo llamo la soledad profesional: el no tener muchas veces una persona con la cual comentar preocupaciones, dudas de carácter jurídico, en nuestro caso; una persona que esté, obviamente, a nuestro nivel de preocupación. Porque cuando uno, como profesional, como notario, tiene un problema jurídico y piensa: “Bien. ¿Para qué se lo comento a mi mujer, porque mi mujer ni siquiera es abogada? Eso no me sirve de nada; pero tampoco se lo voy a comentar a Juan Pérez, aunque sea abogado, porque no me saca de ninguna duda”; tiene uno entonces necesidad de alguna persona que esté cerca, con dudas e inquietudes, que esté preparada y lista para intercambiar puntos de

vista; y cuando lo consigue uno, ya no se halla en la soledad profesional, sino en un intercambio de ideas, en un reafianzamiento de criterios o un conocimiento de nuevos aspectos que tal vez sirvan el día de mañana.

Lo que vamos a platicar hoy no es nuevo, yo no descubro hilos negros. Tampoco vengo a enseñarles nada: yo no enseño a Notarios; simplemente vengo a tratar de exponerles un punto de vista mío. Si coincide con el de ustedes, ya tendrán la posibilidad de decir, para afianzar sus conocimientos, que hay alguien de igual opinión. O de ser al revés, podrán pensar: “yo opino de una forma y este hombre lo hace de diferente manera”, pero esa diferencia de opiniones puede, mañana, hacernos reflexionar.

Deseo hablar sobre tres temas, si ustedes quieren y me lo permiten.

Primer Tema: los llamados poderes irrevocables, manejo de opiniones al respecto.

Segundo Tema: el llamado derecho de superficie. ¿Saben? El derecho de superficie me ha llamado la atención a últimas fechas, entre distintos motivos, porque me he topado con que tres entidades federativas lo reglamentan: Quintana Roo (si mal no recuerdo), el Código de Jalisco y el de

Coahuila. Parece que está volviendo este afán raro, curioso.

En la ciudad de México, hace cuatro o cinco años, como consecuencia de las reformas constitucionales en materia del Distrito Federal, se hizo indispensable crear un Código Civil para el propio Distrito. Se invitó a un grupo de personas, yo fui una de ellas; no quería pero... pues ahí fui. Y trabajamos para elaborar un anteproyecto. En esos anteproyectos y pláticas también se planteó la posibilidad de incorporar el derecho de superficie; con el debido respeto, les dije: “miren: definitivamente ya no quiero seguir formando parte de esto, porque hay algo que no entiendo. Ustedes quieren incorporar un derecho de superficie que no saben ni qué es, ni de dónde viene, ni cómo se puede reglamentar; pero ya están metidos en el lío”. A lo mejor yo soy el exagerado, pero, en fin, les voy a comentar mis puntos de vista al respecto.

Por último, como tercer tema, trataremos un poco sobre derecho de retención; a ver si llegamos a algo, e insisto que es un punto de vista personal. De ninguna manera trato de meter a nadie mis puntos de vista en la cabeza cuando platico mis ideas. Simplemente creo que es un deber de amistad exponer al interlocutor lo que uno piensa; si el interlocutor lo toma a bien, acepta algo. Si no, pues, como las llamadas a misa: las deja pasar.

En cuanto alguno de ustedes quiera interrumpir y que comentemos algo, volvemos a dar el punto de vista y a escuchar respetuosamente el de los demás.

### **Poderes irrevocables**

Punto primero: no debemos confundir los poderes irrevocables. Si son poderes irrevocables, no son mandatos tales. Los mandatos son contratos y los contratos no se revocan. Por tradición, simplemente por tradición, desde mi punto de vista, se habla de la revocación de las donaciones; pero ¿por qué se habla de revocación en las donaciones? Sencillamente porque, en los códigos de algunas legislaciones europeas, las donaciones no se estudian como contratos, sino como medios de transmisión de la propiedad; las donaciones en estos códigos son manuales: mientras no haya entrega del bien, no hay donación; en consecuencia, no se tratan como contratos sino como actos de liberalidad.

Ahora, en cuanto acto de liberalidad, es un acto monosubjetivo, o sea, lo que la gente llama, por lo común, “unilateral”. Y como acto unilateral puede ser revocado en los casos y condiciones que establezca la ley.

Con esa excepción y por ese motivo se le llama revocación; sin embargo, las revocaciones técnicamente son de actos monosubjetivos. Mi opinión es que sólo se puede revocar un acto monosubjetivo.

Cuando son contratos y nos entra el deseo del arrepentimiento por la celebración del contrato, a veces —no siempre se puede— se rescinden los contratos por mutuo acuerdo. Hay formas y formas de hacer las cosas: no se puede rescindir voluntariamente un contrato con prestaciones cumplidas, porque si ya se cumplieron las prestaciones, entonces ya se cumplió el contrato. El contrato

produjo obligaciones: se cumplen las obligaciones, se acaba el contrato y ya éste se satisfizo. ¿Y ahora marcha para atrás? ¡No!: marcha para adelante. Ahora, que el comprador le vuelva a vender al vendedor original; pero eso significa que primero hay que pagar los impuestos de la primera; segundo, hay que inscribirlo en el Registro Público, luego concluir el trámite administrativo. Después, de nuevo hacia delante: otra compraventa con respectivos pago de impuestos, entregas de bienes, escrituras e inscripción. No es tan fácil rescindir contratos.

Los poderes, como actos monosubjetivos, se pueden revocar. En principio, “todos los poderes son revocables”, dice nuestra ley; pero nuestra ley dice, con una redacción (según mi criterio) verdaderamente mala, que puede haber poderes irrevocables cuando se establezca la irrevocabilidad como una condición. En primer lugar, el término está mal empleado: no es como una *condición*, sino como una *obligación* en un contrato bilateral, o como un medio para cumplir una obligación, pues es lo mismo.

Para que un poder sea irrevocable, previamente debe haber un negocio en el cual se origina la obligación de una persona de otorgar un poder; en consecuencia, si se establece la obligación, en ese negocio previo, de otorgar un poder y éste se otorga, pues lógicamente debe de ser irrevocable. Es, como digo, lógico. Entonces, ese artículo, con su mala redacción nos permite la irrevocabilidad de los poderes, con lo que se rompe el principio de que

los poderes sean revocables.

Hay una tendencia, muy marcada entre los abogados y los notarios de todo el país, a pensar que los otorgamientos de poderes son actos de garantía para el cumplimiento de otro tipo de obligaciones. Pero lo que no se ponen a pensar centradamente, creo yo, es que los poderes no tienen por qué ser actos de garantía, documentos de garantía.

Estamos acostumbrados a situaciones como esta: un interesado en el inmueble de Juan le propone a éste comprárselo; Juan accede tras fijar un precio. Entonces el comprador le dice: “oye, Juan, no me escrituras. Dame un poder amplio respecto del inmueble”. Acuden al notario y éste, con toda la tranquilidad, decide hacer un poder amplio en cuanto a las facultades y especial en cuanto al objeto para actos de riguroso dominio, administración, pleitos y cobranzas y todas las demás yerbas que le logre poner a la redacción para que esté muy completo; que no vaya a tener problemas el comprador, quien, por cierto, queda muy contento, porque piensa: “es un documento notarial, no me costó escritura y el día de mañana, cuando lo venda, pues no me preocupo de nada”.

Yo me he encontrado con muchos poderdantes en esas condiciones, vendedores en la realidad. Recuerdo que le pregunté a uno: “Bueno, ¿el notario les explicó las consecuencias de esto?” Me respondió: “No, pues me dijo que como ya había vendido, en qué me afectaba dar un poder al comprador”. Le dije: “Bueno, ¿y por qué ahora me viene a ver?” Me

**Para que un poder sea irrevocable, previamente debe haber un negocio en el cual se origina la obligación de una persona de otorgar un poder; en consecuencia, si se establece la obligación, en ese negocio previo, de otorgar un poder y éste se otorga, pues lógicamente debe de ser irrevocable.**

contestó: “Bueno, Licenciado: lo vengo a ver por una razón, porque me acaba de llegar un requerimiento de hacienda. Yo le vendí el poder a mi comprador hace cinco años, por \$200 mil pesos. Y este cristiano, cinco años después, por las condiciones del mercado lo vendió en 2 millones y entonces resulta que causa impuesto sobre la renta porque era puro terreno. Hicieron un pago provisional en la notaría y ahora me están reclamando, que porque no hice mi declaración anual y no la incorporé y dónde quedó el pago de la diferencia”.

Otro caso: el comprador tenía un poder. Era, pues, un apoderado. Cinco años después, vendió el inmueble en 2 millones y lo hizo a nombre del vendedor. Luego, cuando se trata del impuesto sobre la renta, hizo el notario la liquidación del pago provisional; pero de la definitiva el vendedor ni se enteró; en cambio, el comprador se embolsó los centavos y se fue feliz. Para mientras, el vendedor “quedó embarcado” ante Hacienda con un crédito de los demonios y debe una buena cantidad de pesos. Por supuesto, nadie le advirtió nada. Qué bonito, ¿no? Qué tranquilo.

Uno más. Llegó el señor que otorgó el poder. “Licenciado: estoy espantado”. “Pero, ¿por qué, mi cuate?”, y aquél dice: “Ah, pues muy sencillo: usted me dijo que le diéramos un poder a este cristiano para actos de dominio y de administración. Este cuate arrendó el inmueble y lo hizo en un montón de pesos a una empresa transnacional. Entonces, del IVA y el Impuesto sobre la Renta no ha

pagado un centavo, porque dice que el no es el arrendador: que el es el apoderado del arrendador”. Con que el cristiano que otorgó el poder está “crucificado” con Hacienda pero en serio. Y todo porque vendió y le dijeron: “Otórgale un poder amplio en cuanto a facultades pero limitado en cuanto al objeto e irrevocable”. ¿Y ahora quién lo salva? El “apoderado” dice que él no sabe nada. Además, el contrato es por cinco años y fue renovado hace uno. “Y yo no sé cuanto debo y lo que me pagaron no me alcanza”, dice el poderdante, “ni para pagar el Impuesto sobre la Renta y menos el IVA; ¡y el otro cuate no tiene ni contador!” Yo le pregunto: “Pero, ¿qué no le dijo eso el notario?” Su respuesta: “No, pues el notario tampoco se la imagina”.

¿No sería prudente que pensáramos, cuando otorgamos un poder porque ya se vendió y lo hacemos irrevocable, en que el apoderado, en primer lugar, no pueda arrendar? En segundo, que su poder no dure más de tres meses... seis meses. Y que no pueda vender en más de la cantidad por la que compró; así, el poderdante respondería por el ISR hasta ese límite, y eso siempre que el apoderado le muestre el pago provisional del impuesto. Ahora bien: si en ese tiempo el apoderado no logra vender, que regrese a fin de que se le expida otro, a cambio de cierta cantidad, puesto que está utilizando el nombre del poderdante a su gusto.

Otro problema, también por causa de otorgar poderes irrevocables a tontas y a locas: el vendedor poderdante murió (ojo: dicen varios notarios del Distrito Federal, expertos

—son sobradamente más inteligentes que yo, porque yo todavía no sé donde han fundamentado que los poderes irrevocables no terminan con la muerte del poderdante. Miren: palabra que he leído este librito muchas veces y todavía no he podido encontrar el fundamento; pero mis colegas juran y perjuran que en materia de poderes irrevocables, cuando muere el poderdante, el poder sigue como Johnny Walker: “tan campante”—); el problema en esos casos radica en que los herederos del vendedor no opinan igual que el notario. Muchas veces ni siquiera existió contrato privado porque las personas se quedaron complacidas, diciendo: “ya tengo mi escritura notarial de poder: ¿para qué quiero más?” Y si acaso hicieron dicho contrato, pues suele suceder que tanto el original, como la copia del vendedor, se hayan perdido. Para colmo, puede resultar que los herederos sean menores de edad y que, como yo, no encuentren el fundamento en la ley para que siga vigente el poder. Entonces acuden a ver al notario, y le exponen, preocupados, que el poderdante ya falleció y que ahora ellos tienen el problema.

Más dificultades. Dice nuestra Ley (y la de Jalisco por ese tenor anda, también), artículo 2596... dice:

*El mandante puede revocar el mandato cuando y como le parezca; menos en aquellos casos en que su otorgamiento se hubiere estipulado como una condición en un contrato bilateral, o como un medio para cumplir una obligación contraída. En estos casos tampoco puede el mandatario renunciar el poder. La parte que revoque o renuncie el mandato en tiempo inoportuno,*

*debe indemnizar a la otra de los daños y perjuicios que le cause.*

La segunda parte de este artículo contradice a la primera. Al inicio, señala que se puede revocar cuando y como se quiera, excepto en tales casos; pero luego advierte: la parte que revoque y renuncie paga daños y perjuicios. Entonces, veamos: se otorga un poder irrevocable; pero a los seis meses o al año se presenta el poderdante y dice al notario: “Licenciado, vengo a revocar el poder”. “Pero si lo hizo usted irrevocable”. “No se preocupe: yo pagaré daños y perjuicios. Que me lo demuestre. ¿Qué me dice: lo revocamos?”, y contesta el notario: “¡Pues lo hacemos!”, y lo revoca.

Ahora pregunto, ¿estará bien o no? Si lo está, explíquenme, porque yo no entiendo. Y si no está bien, ¡pues también explíquenme, porque tampoco entiendo!

Esto es lo que digo (ustedes califiquenlo): no puede haber un poder irrevocable sólo por gusto. La Ley dice que: cuando se establezca como una condición en un contrato bilateral, (ya dijimos que está mal empleado el término: debe de ser como una obligación en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación). Esto implica que debe de haber un contrato previo. En ambos casos debe de haber un contrato previo, si no lo hay, no puede haber poder irrevocable.

¿Cuál es el contrato previo? El caso más común y normal es el de la venta de una casa. “Te vendo mi casa”, digo. Y hay un contrato de compraventa, que no hicimos ante notario, pero que existe, si no, no

No puede haber un poder irrevocable sólo por gusto. La Ley dice que: “cuando se establezca como una condición en un contrato bilateral” (ya dijimos que está mal empleado el término: debe de ser como una obligación en un contrato bilateral o como un medio para cumplir una obligación). Esto implica que debe de haber un contrato previo.

tiene caso el poder. Luego, en el contrato decimos: “pero no me lo escrituras, porque no tengo dinero o porque la voy a comercializar y así no pago dos escrituras”. Esta es una falla garrafal del notario; va en contra de la Ley.

Es tanto como patear el pesebre. Si la Ley dice que las compraventas deben de registrarse en escritura pública, entonces hay que educar a la gente para que se hagan en escritura pública. Así, hay una circulación sana del bien inmobiliario, un ingreso también sano al erario para pagar las pensiones a los viejitos; un ingreso igualmente sano para quienes colaboran en la operación, como son los valuadores, los peritos, por sólo mencionar unos; de igual manera, un ingreso sano, como es obvio, para el Notario... ¡y se cumple con la Ley! ¡Ah, pero no: poder, contratito vacilón y poder!

Pero, volviendo a nuestro asunto: de que hay un contrato, lo hay y en él, una obligación. La obligación es otorgar el poder. ¿Qué pasa, jurídicamente, cuando el vendedor otorga el poder? Está cumpliendo una obligación. Como consecuencia del contrato que había, por el cual tenía la obligación de otorgar un poder, lo otorga. ¿El cumplimiento de las obligaciones constituye actos lícitos o ilícitos? Pues lícitos. El incumplimiento de una obligación, ¿es un acto lícito o ilícito? Es ilícito; entonces no otorgar el poder sería incumplir la obligación. Si se otorga el poder, se cumple la obligación; pero si aquél se revoca, estamos descumpliendo la obligación cumplida.

¿Alguna vez ustedes habían oído

hablar de la posibilidad de descumplir una obligación ya cumplida? Si no cumplirla es ilícito, ¡imagínense descumplir la que ya estaba cumplida! ¿No sería (y este es mi criterio) un doble ilícito?, ¿y no tienen por ahí, en su Ley del Notariado, un articulito que dice que el notario no puede actuar cuando el acto sea contrario a las normas de orden público y de las buenas costumbres? Sin embargo, con la tranquilidad de la vida revocamos el poder, diciendo simplemente que el poderdante que revoca pagará daños y perjuicios. ¿Y nosotros qué?, ¿cómo quedamos? Miren, con el debido respeto, pero quedamos como unos debidos ilegales, ilegales dobles, además irresponsables y para rematar, ignorantes. Así pienso yo, así lo creo.

Ustedes pueden decir, como en mi pueblo, “¿se puede o no se puede?”, y como dicen otros: “¡pues cómo que no se puede, si ya estoy pudiendo!” De igual manera, hay verdaderos montículos de actuaciones notariales acerca de las cuales piensa la gente que no las ha hecho y que estudia: “no se puede, no se debe”. Pero otros que no pensaron mucho, ya lo hicieron y cuando a éstos les manifiestan una opinión contraria respecto a ello, dicen: “discúlpame: ¿cómo que no se puede, si ya pude?”. Se respeta, se respeta; adelante, caminante.

Ésos son los comentarios acerca de poderes revocables. Punto y aparte.

Debe de haber algo previo al poder que justifique los nombramientos de éste; si no, el poder no tiene razón de ser. ¿Existe? Sí, existe; pero no tiene razón de ser.

Los poderes no otorgan obliga-

ciones ni derechos, simplemente facultan. ¿En dónde está el centro del problema de un poder? En el acto previo.

El ejercicio del poder depende del tipo de facultades de las cuales conste. Si las que se dan son de dueño, obviamente los dueños pueden determinar, se pueden declarar, pueden hacer como si fueran tales. Ése es el sentido de nuestra ley.

El problema sucede en la práctica, cuando en el poder mismo, señala el poderdante un domicilio distinto. En ocasiones, los poderes vienen del extranjero y dicen que el poderdante tiene su domicilio en Madrid o en Los Ángeles; pero aquí, el apoderado nos afirma que lo tenía en la casa que se está vendiendo. Así las cosas, uno ya no se lo cree, porque objetivamente no coincide.

Algo similar puede ocurrir con la documentación exhibida. Por ejemplo: en el Distrito Federal, el pago del impuesto predial puede ser determinado desde el punto de vista de valores unitario o desde el de producción de rentas. Muchas veces, el pago de impuestos es de producción de rentas; luego entonces, ¿cómo es que están dando un inmueble que es ocupado por el vendedor? Tampoco hay coincidencia.

Otro tanto sucede con la identificación; en fin. Empero, si todo coincide y al notario se lo declaran, éste no tiene responsabilidad. Lo que sí les sugiero, (desconozco si aquí les esté sucediendo; pero en la actualidad lo que pasa es un verdadero caos), es que, como hay centenas de escrituras notariales apócrifas, falsificadas, etc., cada vez que llegue una

persona con un poder para actuar, recojan ustedes el poder y exijan un documento original; luego, así, como suena, pídanle al notario que lo otorgó en donde sea, un segundo o anterior, lo extienda a través de un servicio expreso de mensajería o de depósito en cuenta.

La diferenciación entre poder y mandato no existe en ninguna legislación; pero de que son diferentes, lo son: uno genera obligación y el otro no; uno puede revocarse y el otro es irrevocable. A manera de ilustración, diré que no hay mandatos generales porque por ley los contratos deben tener determinado el objeto. Recordemos que éstas son las características: que sean determinados, determinables y estar en el comercio.

Nuestra ley dice que cuando fallece un poderdante, para evitarle daños a los herederos y en casos urgentes, puede el apoderado realizar algunos actos de esa naturaleza; pero esto tendría que meditarse bastante para ver como hacerlo.

Ahora: hay un artículo en el Código Fiscal de la Federación que habla de la posibilidad de comisión de delitos graves de aquél que incite, ayude, promueva la falta de pago de contribuciones federales. Desde el punto de vista estrictamente legal, se está actuando a través de un poder. El que está actuando es el poderdante a través del apoderado, jurídicamente hablando, y van en contra del poderdante porque es el que tiene el ingreso y es, en consecuencia, el que tiene que hacer su declaración.

Hay un artículo que debiéramos

**Si la Ley dice que las compraventas deben de registrarse en escritura pública, entonces hay que educar a la gente para que se hagan en escritura pública.**

tener en la cabeza. Es el artículo 1910 del Código Civil para el Distrito Federal, que dice: “El que obrando ilícitamente cause daño a otra persona tiene la obligación de repararlo a menos que demuestre que el daño se originó por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”. Esta expresión de víctima me ha motivado mucho. Sigamos. El artículo 1859 nos dice “que todas las disposiciones de este Código referentes a los contratos se deben aplicar a todos los actos jurídicos en lo que no atente conforme a su naturaleza”. A mí, la advertencia del artículo 1910: “a menos que se demuestre que el daño se originó por culpa o negligencia inexcusable de la víctima”, me ha desplegado unos panoramas muy interesantes. Implica que todo el mundo, que todas las personas al actuar, debemos procurar la mayor responsabilidad posible, a fin de que no haya culpa en la actuación.

El poderdante, al otorgar un poder, debe permitir (sic) hasta donde sea posible las consecuencias de otorgar un poder con  $x$  número de facultades; el notario, por su lado, hasta donde le sea posible debe de explicarse. Ahora bien: por eso la ley permite al poderdante revocar el poder; luego, le permite revocar las instrucciones especiales dentro del poder; otra defensa: los apoderados deben actuar de conformidad con las instrucciones recibidas, dice nuestra ley. No según les venga en gana, sino según instrucciones recibidas.

Recomiendo a quienes otorgan poderes, en especial a los gerentes o administradores que lo hacen por parte de una empresa o una persona

moral, que ante todo, se compren una carpeta. Lo primero que debe de haber en ella es una copia del poder otorgado a  $x$  persona; el segundo papel debe de ser un recibo que haya otorgado a su vez el apoderado que recibió el instrumento con el cual va a actuar; en tercer lugar, una carta compromiso para rendir informes periódicos de las actuaciones realizadas con ese poder; y cuarto: el compromiso de entregar una copia de todo el documento firmado por el apoderado en el ejercicio de ese poder y allí mismo, las instrucciones dadas por el poderdante al apoderado con la firma de recibido de tales instrucciones.

La ley nos da toda la protección en el poder: para revocarlo, para modificar las instrucciones; tienen la necesidad de cumplir con ellas, la obligación de informarnos, rendirnos cuentas y una muy importante, la de devolvernos todos los bienes que obren en su poder; pero si no exigimos, después no pidamos nos digan cómo defendernos.

### **Derecho de superficie**

En Jalisco, el derecho de superficie tiene casi 10 años. No creo que haya un solo notario que haya establecido en su protocolo un derecho de superficie.

Para mí, el derecho de superficie es el que tiene el constructor de buena fe, o el que con la autorización del dueño levantó una construcción o plantó en terreno ajeno; ése es el derecho de superficie. Se supone que del subsuelo no, sólo hasta donde lleguen los cimientos de la construcción o las raíces de

lo plantado. Si yo estoy sufriendo que alguien haya construido sobre mi terreno sin mi consentimiento y ése pretende vender el inmueble y aun las vende, yo creo tener el derecho de retracto para hacer más esas construcciones de igualdad de circunstancias, aunque no haya convenio, aunque no haya celebrado un contrato. Iguales circunstancias se deben de dar si yo enajeno un terreno con el derecho de superficie que no he pactado expresamente.

Por eso considero que el derecho de superficie no soluciona problemas prácticos definidos, determinados. Ése es mi punto de vista.

### **Derecho de retención**

Hay algo que en la doctrina ha dado en llamarse derecho de retención. La legislación argentina establece en varios artículos el derecho de retención como un derecho otorgado en términos generales, a diferencia de México, en cuyos códigos civiles se establece únicamente en casos concretos específicos y determinados. Esto propicia más dudas.

Pienso que hay mucha imprecisión acerca de lo que debe de entenderse por derecho de retención, hasta dónde, cuándo y cómo debe operar. Ésas son mis preocupaciones.

El artículo 3939 del Código Argentino, dice que el derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo debido por razón de la misma cosa. Para los argentinos, el derecho de retención implica tres requisitos: primero, la posesión de una cosa, porque no es el dueño; segundo,

una obligación del dueño respecto del poseedor; tercero, una conexión de la cosa retenida y el crédito.

En México no hay una reglamentación de este derecho, lo cual tiene un motivo: es muy dudosa la posibilidad de establecer el derecho de retención para considerarlo constitucional. Ustedes recordarán que el artículo 17 de la Constitución General de la República nos dice que nadie tiene derecho para hacerse justicia por propia mano o violencia para ejercitar un derecho; pues bien, el derecho de retención, en cierto modo equivale a estarse haciendo justicia por propia mano. Cuando yo tengo un objeto del cual no soy propietario, pero por ciertas circunstancias, de buena fe, he hecho impensas relacionadas con este objeto, tengo derecho a retenerlo mientras el propietario no me indemnice por tales impensas. De alguna forma, yo soy quien está promoviendo y diciendo qué hago con esto. Entonces, tendríamos que realizar al primero, hasta dónde, cómo, en qué forma y medida tengo este derecho y lo más importante, como tengo que hacerlo valer para no incurrir en la falla de ese precepto 17. Además, no sólo se trata del artículo 17 constitucional. Éste me impide hacerme justicia; pero hay otros artículos enormes y grandiosos que establecen el respeto al derecho de propiedad.

Nuestro Código Civil, desde mi punto de vista, establece tres tipos de normas relacionadas con el derecho de retención. El primero es el de aquellas que conceden de manera expresa el derecho de retención; el

**La diferenciación entre poder y mandato no existe en ninguna legislación; pero de que son diferentes, lo son: uno genera obligación y el otro no; uno puede revocarse y el otro es irrevocable.**

segundo, el de aquellas que lo conceden sujeto a la aprobación judicial; el tercero, el de las normas que lo niegan.

El artículo 810 (disculpen que no utilice su Código; pero me cuesta mucho trabajo, es por ello que ni siquiera lo traigo conmigo) dice, “el poseedor de buena fe que haya adquirido la posesión por título translativo de dominio tiene los derechos siguientes: (...) segundo: el de que se le aborden [sic] todos los gastos necesarios lo mismo que el de los útiles, teniendo los derechos de retener la cosa poseída para que se haga el pago”; aquí están expresamente concediéndole el derecho.

En el mandato, el artículo 2579 nos dice, “el mandatario podrá retener en prenda las cosas que son objeto del mandato hasta que el mandante haga la indemnización, reembolso de los artículos anteriores”. En el contrato de obra a precio alzado, [artículo] 2662, nos dice, “el crédito por fletes que se adeudaran en el comprador serán pagados preferentemente con el precio de los objetos transportados si se encuentran en el poder del acreedor”. El 2669 dice, hablando de contrato de hospedaje, “los equipajes de los pasajeros responden preferentemente del importe del hospedaje a los establecimientos”.

Para mí no hay derecho de retención en la compraventa, la permuta ni en muchos otros casos. El derecho de retención y la exención de contrato no cumplido persiguen la misma finalidad pero tienen orígenes y formas de operar diferentes.

Los artículos que hablan del de-

recho de retención con la singularidad de que haya previamente una autorización judicial, son, en general, los que tratan de depósito: 2528, 2530, 2523 y 2533. Por último, los artículos que niegan el derecho de retención: 2509, que, hablando del comodato, nos dice “tampoco tiene derecho el comodatario a retener la cosa pretexto que por expensas o por cualquier otra causa le deba el dueño”; y el 2534 nos habla del depósito: “tampoco puede retener la cosa como prenda que garantice otro crédito que tenga contra el depositario”.

Insisto: el derecho de retención no deja de ser algo muy peligroso. No pensemos nada más en el caso de que seamos nosotros quienes tengamos la posesión y como consecuencia, derecho a una indemnización; sino que pensemos también que somos los propietarios del bien y que el otro, el poseedor, es el que lo retiene y no lo da. El problema es verdaderamente monstruoso cuando el poseedor está reteniendo la propiedad porque dice que el propietario le debe; sin embargo, no aclara cuánto se le debe y entretanto, el propietario enfrenta la incertidumbre de que su propiedad está siendo retenida sin que sepa hasta cuándo será así, ni si será usada, deteriorada o si se cometerán abusos contra la propiedad; es más: aun si el poseedor no la usa, la propiedad, aunque sea poco, podría deteriorarse. Y como, para colmo, la ley no menciona que el poseedor deba informar al propietario a cuánto asciende la deuda, éste tiene que ser quien lo averigüe.

A mi criterio, la ley no dice na-

da, ése es el problema. Por eso la gente abusa; de ahí que yo diga que lo primero que hemos de pensar, cuando alguien pretende ejercer el derecho de retención, que tal vez está violando la ley. En principio está violándola, pues hace justicia por su propia mano y violenta los derechos de propietario, que no consisten solamente en disponer del bien, sino en usarlo y gozarlo dentro del marco de limitaciones y modalidades que establece la ley. Así dice nuestro Código Civil cuando habla de la propiedad.

Por otra parte, no discuto que en muchas ocasiones la persona poseedora tiene derechos; no discuto. Tiene un derecho, pero ¿hasta dónde llega éste? Eso es lo que preocupa. Luego, cómo debe de hacerlo valer.

En todos los países, los estudiosos de materias jurídicas publican libros sobre ellas. Libros gracias a los cuales he tenido la posibilidad de ilustrarme en algo. Hablo de Francia, España, Argentina, principalmente. Cuando tienen un problema jurídico, tratan de encontrar la solución conjugando artículos vigentes de su legislación. En México, el asunto es muy curioso: pensamos de inmediato en reformar la ley; pero el problema es que mientras se reforma o se hace una, pues no hay ley. En ese aspecto, creo que deberíamos ser como los juristas extranjeros: tratar de encontrar una solución en los preceptos legales.

Bien. Sigamos. Punto primero: no creo que el derecho de retención sea un derecho real, es decir, no es oponible a todo el mundo, sino únicamente al propietario; pero no a

los demás. ¿Quiénes son los demás que nos importan? No queda más remedio, de conformidad a nuestra ley, que los demás que nos importan sean los terceros. Si nosotros buscamos en el diccionario, veremos que la palabrita existe: las impensas son los gastos hechos de algo determinado, de los cuales el propietario de las cosas está obligado a responder.

La primera pregunta que se tiene que hacer es si el derecho de retención es un derecho real. Tras aplicar reglas generales de nuestra legislación, me parece debemos concluir que no lo es. ¿Recuerdan ustedes la famosa discusión respecto a los números clausus y los números pertos en los derechos reales, en la cual nos dicen que no puede haber más derechos reales que los determinados expresamente por la ley, pues todo derecho real, por su propia naturaleza, debe de ir montado en el derecho real de propiedad?; y al referirse al derecho de propiedad, es una modalidad o una limitación al derecho de propiedad. Y las modalidades y limitaciones a la propiedad solamente pueden establecerse por ley. Las convenciones entre particulares pueden crear derechos subjetivos pero no derechos reales. Ésta es la teoría generalmente aceptada. Así, derecho real no es; sin embargo, creo que puede ser un antecedente para crear uno.

La prenda, en cambio, sí es un derecho real. Para que el derecho de prenda se constituya como real debe de tener dos características. Si carece de ellas, hay prenda pero no derecho real de prenda. Primera carac-

**Nuestro Código Civil, desde mi punto de vista, establece tres tipos de normas relacionadas con el derecho de retención. El primero es el de aquellas que conceden de manera expresa el derecho de retención; el segundo, el de aquellas que lo conceden sujeto a la aprobación judicial; el tercero, el de las normas que lo niegan.**

terística: debe de entregarse real o jurídicamente al acreedor. Segunda: debe de tener el contrato; el acto constitutivo de la prenda debe tener fecha cierto. Tradicionalmente se ha considerado que los contratos reales eran depósito, comodato, prenda, mutuo y crédito, que los tres primeros dejan de ser reales para ser consensuales y sólo se convierte en contrato real la prenda. No es así. Debemos distinguir el contrato del derecho real de prenda. Si yo celebro un contrato de prenda en el cual no entrego ésta, si no me obligo a entregarla, he celebrado un contrato de prenda. Si el día de mañana entrego el bien, se perfecciona el derecho real de prenda, siempre y cuando el contrato haya tenido ciencia cierta; mas si incumplo el contrato de prenda y no entrego el bien, de todas maneras hay contrato. Tan es así que la ley dice que el acreedor tiene derecho a exigir la entrega del bien. Si no tuviera derecho a exigirlo, sería porque no hay contrato.

Ahora: si no consigues que le entreguen el bien, tiene derecho a dar por vencido el plazo para el pago de la obligación, de represalias o que se pretendió garantizar consecuentemente del contrato. Todavía más: sí, tiene derecho a exigir la entrega, a dar por vencido el plazo de la obligación que se pretendió garantizar... y también tiene el derecho para resolver el incumplimiento al contrato que dio origen a la obligación que se pretendió garantizar. Esto significa que hay un auténtico contrato. No podemos decir que no sea de prenda: lo que no hay es el derecho real de prenda. Entonces, es el derecho real

el que es un acto real; un derecho real al que hace falta la entrega pero no el contrato en sí.

En mi opinión y para cumplir con el precepto constitucional de no hacerse justicia por propia mano, quien tenga derecho de retener algún bien, debe, en el menor lapso posible, notificar al propietario, notarial o judicialmente, de que hace ejercicio de su derecho de retención. Debe hacerlo tanto para darle certeza a la fecha, como para oponer su derecho a todos los demás posibles terceros. Enseguida, tiene que cuantificar el crédito, porque todos los derechos de garantía, prenda e hipoteca deben de regirse bajo principio de especialidad en tres órdenes: se debe de especificar el crédito, la garantía y el derecho. De este modo, el titular del derecho dice: con fundamento en tal artículo, le hago saber, primero: que tengo el derecho de retener y ejercito mi derecho; segundo: considero que el crédito que me debe está cuantificado en tanto; tercero: que constituyo en los términos de la ley (entiendo que se constituye sobre él mismo) y que le demandaré judicialmente el pago de mi crédito para que pueda oponerse a la determinación de éste y en su caso al ejercicio de mi derecho.

En esas condiciones se reúnen los requisitos del derecho real de prenda para constituirlo como oponible a terceros. Si determinamos el crédito, lo notificamos y mantenemos la posesión, entonces tenemos ya la posesión más la fecha cierta. Acto seguido, presentamos la demanda, en ella le solicitamos al juez la determinación de conti-

nuar con esa posesión para efectos de garantía de crédito. Así estamos dejando a salvo los derechos del propietario de los bienes para que se oponga a la retención y a la determinación del crédito. Luego pasamos al juicio. Al hacerlo, no se está violentando el precepto del artículo 17 constitucional. A mi juicio, esa es la única forma que existe para defender los derechos del propietario, del poseedor y de terceros.

La cuestión es distinta, por ejemplo, en el contrato de obra alzada. Puede haber contratos de obra a precio alzado, en general, de tres tipos, tres grandes tipos: 1) sobre bien inmueble; 2) contrato sobre bien mueble de la totalidad del bien; 3) contrato de obra a precio alzado parcialmente sobre obras de un bien ya existente.

Para que haya derecho de retención, el poseedor debe poseer, valga la redundancia, un bien que sea propio. En el contrato de obra a precio alzado, el empresario pone los materiales y es el responsable de la ejecución. El contrato de obra de precio alzado es un contrato translativo de dominio, y el contrato translativo de dominio opera sobre bienes ciertos y determinados por efecto mismo de la celebración del contrato; pero respecto de bienes no ciertos y determinados, el objeto no existe cuando se celebró el contrato, hasta que se hagan ciertos y determinados con conocimiento del acreedor.

El ejercicio del derecho de retención tiene que hacerse valer por vía legal; si no, violentamos los derechos de terceros o los del

dueño. En cambio, en el caso del contrato no cumplido se tiene que hacer valer por vía de excepción. El derecho de retención debe de pretender que se cree un derecho real de prenda. En cuanto al derecho de no cumplimiento del contrato, nada tiene que ver con garantías; se trata de situaciones diferentes: el derecho de retención puede no nacer de contratos como en el caso de la posesión; el de la excepción del contrato no cumplido es necesariamente una consecuencia de un convenio entre las partes.

En el derecho de retención debemos identificar tres momentos importantes: primero, que se hayan hecho gastos o existan derechos derivados de alguna forma de entrega de un bien del propietario al poseedor; segundo, el momento en que se opone el poseedor a devolver el bien; tercero, el momento en que debe de constituirse el derecho de prenda para que sea posible justificar esa posesión como no arbitraria. En el contrato no cumplido, incluso puede haber entrega de posesión o no de los bienes. Lo que importa es que no se exija el cumplimiento total de las obligaciones de una de las partes contractuales. El origen, ya lo dijimos, es necesariamente contractual para la excepción y puede no ser contractual para el derecho de retención.

Sobre estas bases, simplemente como un final, considero que el 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

**El contrato de obra de precio alzado es un contrato translativo de dominio, y el contrato translativo de dominio opera sobre bienes ciertos y determinados por efecto mismo de la celebración del contrato; pero respecto de bienes no ciertos y determinados, el objeto no existe cuando se celebró el contrato, hasta que se hagan ciertos y determinados con conocimiento del acreedor.**

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 tenedor, previa notificación fehaciente al propietario, a considerarse como acreedor prendario, sólo en casos concretos y determinados. No se debe de violentar el acto jurídico, no se deben de perjudicar las impensas sobre el bien o derechos del acto jurídico que deriven la posesión; deben de ser probados. Por último, que se origine el derecho real como consecuencia de la notificación fehaciente de considerar la posesión como un derecho de prenda. Creo que en esta forma se pueden conjugar todos los artículos de nuestra ley para no violentar derechos ajenos.

