

Técnica legislativa y Retención

por

Luis MOISSET de ESPANÉS

Actualidad Jurídica, Tomo 92, julio 2001, p. 51.

SUMARIO:

- I.- Introducción. Técnica legislativa
 - a) Etapa preliminar
 - b) Definición sobre el lenguaje jurídico
 - c) Distribución de tareas
 - d) Revisión de los proyectos
 - e) Discusión pública de los anteproyectos
- II.- El derecho de retención y el Código de Vélez
 - a) La originalidad en el Código de Vélez
 - b) Sistematización del derecho de retención
- III.- El derecho de retención y el proyecto de Código
 - a) Cómo no debe jugarse al ajedrez
 - b) Cambio total de normativa
 - c) Concentración de las normas en el título dedicado a retención
 - d) El lenguaje de la ley
 - e) ¿Crédito en dinero?
- III.- Conclusión

I.- Introducción. Técnica legislativa

Permítaseme previamente formular algunas reflexiones sobre problemas de técnica legislativa. Cuando se encara un plan tan ambicioso como es el de una reforma integral de nuestro derecho

privado, es conveniente -si se desea llegar a buen término- ajustar la labor a ciertas técnicas legislativas que permitan formular un proyecto que satisfaga no sólo el propósito de confeccionarlo sino también, y primordialmente, que brinde a sus destinatarios un conjunto de normas claras, armónicas y que contengan las soluciones adecuadas para los problemas que deben contemplarse en él.

a) Etapa preliminar

Un paso previo, indispensable, es la definición de los objetivos que deben inspirar el trabajo legislativo que se encara, estableciendo los contenidos que tomarán forma en el Proyecto, y sobre los cuales es menester una definición política obtenida por consenso de la comunidad jurídica.

En el caso que nos ocupa uno de los objetivos propuestos, la unificación del derecho privado, cuenta con el apoyo casi unánime del pensamiento jurídico nacional, expresado de manera constante desde hace muchos años, tanto en la Cátedra, como en artículos y ensayos publicados en diversas revistas, y los pronunciamientos de los juristas reunidos en Congresos y Jornadas.

También ha existido consenso sobre la conveniencia de que esa unificación debe lograrse por la vía de reunir en un Código Unificado todo lo que actualmente es materia contemplada por el Derecho Civil, sea en el viejo Código de Vélez, sea en las leyes complementarias, que se considera menester integrar en ese cuerpo legal, más varios sectores que hoy están legislados en el campo del Derecho Comercial, a lo que debe sumarse la necesidad de contemplar de manera expresa situaciones que la vida moderna va generando y que precisan de regulación jurídica adecuada y completa.

Ha faltado, sin embargo, el adecuado debate previo sobre si esa unificación debe efectuarse respetando las estructuras del Código civil vigente, temperamento que ha prevalecido en amplios sectores de la doctrina y que ha inspirado diversos proyectos, alguno de los cuales llegó a convertirse en ley, aunque luego fuese vetada, y otro al que suele denominarse "Proyecto Federal", que

obtuvo sanción favorable en la Cámara de Diputados. Prescindiendo de esos antecedentes se ha tomado la decisión de reemplazar de manera total al Código vigente.

Ha faltado también una debida consulta sobre las instituciones y contratos (tanto los legislados en leyes especiales, como los carentes de normativa expresa) que deberían incorporarse al nuevo cuerpo que reúna nuestro derecho privado, y también la definición de cuál debía ser la orientación que se adoptase para esas instituciones.

Una adecuada técnica, aplicada en numerosos países cuando se trata de renovar sus Códigos, exigía un debate previo de las "bases" de reforma, pues de lo contrario tanto las materias tratadas, como su contenido, pueden resultar fruto de decisiones caprichosas de las personas que se encargan de redactar los proyectos, y en lugar de sujetarse a decisiones establecidas por consenso, que deberían incluso contar con aprobación legislativa, es decir estar plasmadas en una Ley de Bases, reflejar exclusivamente el personal pensamiento del redactor del proyecto, o de la Comisión que lo aprueba, aunque no condiga con lo que la comunidad jurídica opina es más beneficioso para la vida jurídica del país.

b) Definición sobre el lenguaje jurídico

El lenguaje jurídico es fruto de la cultura particular de cada pueblo y con el correr de los años se encarna de tal manera en sus costumbres que suele preferirse respetarlo, manteniendo los modismos que se han ido acuñando, aunque en otros países se elaboren -para obtener quizá resultados semejantes- otros vocabularios que puedan considerarse más "técnicos".

Por eso es frecuente que, incluso en casos en que se decide reemplazar de manera total los Códigos vigentes en un país, alterando el orden de las materias y la numeración del articulado, grandes sectores del nuevo cuerpo legal mantengan normas que son idénticas en su formulación a las del código que se sustituye, pues se piensa -con razón- que si con esas fórmulas se han obtenido

soluciones justas y satisfactorias, no resulta conveniente alterarlas, pues aún los cambios más pequeños pueden provocar interpretaciones contradictorias, generando dudas e inseguridad.

Por ello conviene también un pronunciamiento previo sobre el "lenguaje" que se empleará en los nuevos proyectos, y la definición de cuáles son los puntos en que se necesita un afinamiento "técnico", y cuáles son los terrenos en que puede mantenerse el vocabulario empleado por las leyes vigentes.

Además, si se decide introducir cambios sustanciales en el lenguaje, es menester que el nuevo vocabulario sea armónico en todos los sectores de la obra, para que no suceda que algunos tramos del proyecto se emplea un vocablo muy "técnico", y en otros para la misma situación se utiliza otro diferente.

c) Distribución de tareas

En el siglo XIX se ha visto con alguna frecuencia, especialmente en América, que la codificación del derecho privado fuese obra de una sola persona, bastando mencionar como ejemplo los casos de Chile (Andrés Bello), Brasil (Augusto Teixeira de Freitas, con su Esboço, y luego Clovis Bevilacqua) y Argentina (Dalmacio Vélez Sársfield). Incluso en Uruguay, cuyo proyecto de Código lo elaboró una Comisión, suele afirmarse que el redactor de la obra fue su Presidente (Tristán Narvaja), y puede recordarse que en Europa, en la segunda mitad del mencionado siglo, el primer Código de Portugal, que se mantuvo vigente durante cien años, fue obra del marqués de Seabra.

Hoy la complejidad de la vida moderna parece exigir, en cambio, que obras de tanto aliento sean puestas en manos de una Comisión integrada por figuras destacadas del mundo jurídico, que se distribuirán la tarea de acuerdo a sus respectivas especialidades, tomando a su cargo la preparación de anteproyectos que luego deben ensamblarse cuidadosamente para obtener un cuerpo legal que mantenga unidad de lenguaje y de pensamiento.

Esta división de tareas agiliza el trabajo y permite que

contribuyan con su conocimiento y aportes los mejores exponentes de la ciencia jurídica del país, pero es menester que se fijen previamente pautas con relación al lenguaje, y también respecto al contenido de la normativa de esos proyectos, para evitar discordancias idiomáticas y superposición de normativa o, lo que es peor, falta de armonía o contradicciones en las soluciones que se adoptan en cada una de esas partes en que se ha dividido el trabajo.

d) Revisión de los proyectos

Aunque se hayan tomado estas precauciones previas, cada uno de los anteproyectos parciales estará signado por el estilo de su redactor y, lo que es más grave, casi con seguridad se encontrarán en ellos propuestas de solución que no armonicen con las incluidas en los restantes anteproyectos, o cuya formulación no resulte suficientemente clara o satisfactoria.

Por esta razón la técnica legislativa exige se den dos pasos. El primero de ellos es que la totalidad de los miembros de la Comisión tengan conocimiento pleno no solamente de aquella fracción de la obra que estuvo a su cargo y en la que actúan como ponentes, sino también de los restantes anteproyectos parciales, para poder determinar si se compaginan entre sí y que, luego de haberlos analizado se reúna la Comisión en pleno para su lectura y debate.

Al hablar de "lectura" no nos referimos al mero hecho de pasar la vista sobre los textos, o escuchar que otro los reproduce oralmente, mientras el resto los "escucha". No. **Leer** los textos significa "aprehender" su contenido, para estar en condiciones de analizarlos y debatirlos.

Este primer paso parece no haberse completado en el caso del Proyecto de Código que nos ocupa; al menos así lo afirma uno de los juristas que integró la Comisión el Dr. Augusto César Belluscio, en la nota en la que explica su negativa a firmar el Anteproyecto, por estimar que no se había completado su estudio, explicando que los textos no se distribuían previamente para su estudio, sino que eran llevados por sus autores que en el mismo día los

sometían a votación, sin un adecuado debate sobre su contenido, y no tenemos razón alguna para dudar de la veracidad de su afirmación.

Además, luego de la tarea de conocimiento y debate de los anteproyectos por el pleno de la Comisión, la técnica legislativa aconseja un segundo paso, de indudable importancia y que no suele omitirse en ningún proyecto seriamente encarado: debe ponerse a cargo de un redactor único la revisión de la totalidad de la obra para lograr la indispensable unidad en el estilo, en el lenguaje y en los contenidos. Como al efectuar esta revisión suelen aparecer no solamente imprecisiones o desarmonías en el vocabulario técnico¹, sino también la existencia de algunas soluciones contradictorias, ese texto "final" del Anteproyecto debe someterse a una nueva lectura por el pleno de la Comisión, que procure limar todas las "asperezas" y presentar una obra que no tendrá la pretensión de ser "perfecta", porque todo lo humano es perfectible, pero al menos será el fruto de un esfuerzo serio y meditado.

e) Discusión pública de los anteproyectos

En más de una oportunidad hemos señalado nuestra preocupación por otro aspecto de técnica legislativa que muy rara vez es descuidado en la actualidad: la discusión pública de los anteproyectos.

Ya hace años dijimos que "tanto en las democracias occidentales, como en las llamadas democracias populares², o en gobier-

¹. A título de ejemplo señalaremos que en el artículo 685 del Anteproyecto se hablaba de "acreedor de un crédito". En una conversación telefónica hicimos notar ese defecto al Dr. Horacio Roitman y se lo salvó parcialmente en la publicación efectuada por Abeledo Perrot, donde se dice "titular de un crédito", sin advertir que la misma locución aparece también en el artículo 680. Agréguese a ello que en el ejemplar que se remitió por el Ministerio de Justicia al Congreso de la Nación y se publicó tanto en el Orden del Día, como por editorial La Ley, no ha sido salvado el defecto en ninguna de las dos normas, es decir que tanto en el artículo 680, como en el 685 se habla de "acreedor de un crédito".

². Hoy desaparecidas en Europa.

nos autocráticos, se suele dar amplia publicidad a los anteproyectos y se brinda participación a la opinión jurídica del país, para someterlos a una depuración que permita eliminar -dentro de lo posible- la mayor cantidad de defectos. Nadie desconoce que cualquier obra humana, por más cuidado y prolijidad que se haya puesto, es siempre perfectible; pero la posibilidad de que subsistan algunos errores, no debe impulsarnos a obrar con apresuramiento y descuido"³, y refiriéndonos al Código portugués de 1967, que reemplazó al que elaborara el Marqués de Seabra y que tenía ya casi un siglo de vigencia, recordamos que "una comisión, integrada por los más destacados juristas portugueses, en la que se encontraban representadas por sus catedráticos las más altas casas de estudio de ese país, trabajó empeñosamente durante 22 años en la elaboración del proyecto⁴(4); un camino muy similar se ha seguido en la elaboración del nuevo Código holandés, cuyos trabajos fueron comenzados en 1955 y han culminado recién cuarenta años después.

Cuando en 1988 el Senado de la Nación designó una Comisión para analizar el Proyecto de Unificación que había aprobado la Cámara de Diputados a libro cerrado, y tuvimos el honor de presidirla, la primera medida que se tomó fue consultar a Universidades, Colegios profesionales, Tribunales, juristas destacados e instituciones representativas del que hacer social, y se recibieron numerosas respuestas que, lamentablemente no fueron tomadas en cuenta cuando, a fines de 1991, la Cámara alta aprobó también a libro cerrado el proyecto⁵.

Como en las ocasiones mencionadas me he detenido sobre

³.Ver "La lesión y el nuevo artículo 954", p. 43, Córdoba, 1976, distribuye ed. Zavalía.

⁴. Ver obra citada en nota anterior, p. 51, y también "El nuevo Código civil portugués", en Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba, año XXX, 1966, N° 4-5, p. 243.

⁵. La insistencia en no debatir el proyecto e introducirle los retoques que necesitaba fue causa de la frustración del intento de unificación del Derecho Privado, pues incluía cláusulas "valoristas", incompatibles con la ley de convertibilidad sancionada poco tiempo antes, lo que lamentablemente provocó el veto del Poder Ejecutivo.

estos aspectos de técnica legislativa, prefiero no extenderme ahora en ello y remito a lo ya dicho.

II.- El derecho de retención y el Código de Vélez

Ya en otras ocasiones hemos dicho que el Título Segundo de la Sección Segunda del Libro Cuarto, al que don Dalmacio VÉLEZ SÁRSFIELD denominó "**Del derecho de retención**", es uno de los que merece atención y respeto, cuando se analiza la obra del genial cordobés.

a) La "originalidad" en el Código de Vélez

En alguna oportunidad, refiriéndonos a la "originalidad" legislativa⁶, nos preguntábamos si, después de tantos siglos de escribir sobre temas jurídicos, y luego que tantos pensadores han dedicado sus esfuerzos a buscar la solución justa, ¿es posible que encontremos todavía originalidad?

La respuesta afirmativa se impone. La justicia no cambia como valor, pero cambia en las formas de realización práctica, de obtener ese resultado, porque cambian una cantidad de datos reales, que hacen al contexto social y ello obliga a forjar nuevas normas y buscar nuevos caminos para que, en medio de esta realidad social cambiante, logremos el valor justicia, considerado más inmutable.

Aún si aceptamos el tríptico romano de "vivir honestamente", "dar a cada uno lo suyo", y "no hacer daño a otro", advertiremos que los conceptos de "daño", de "lo suyo", de "honestidad", van apareciendo con matices diferentes en el devenir histórico, y son los que hacen necesario que la ley vaya cambiando para lograr que se haga efectivo el valor justicia.

⁶.Ver nuestro "Las costumbres, la tradición jurídica y la originalidad en el Código de Vélez Sársfield", Revista Notarial de La Plata, año 1977, N° 831, p. 315 y ss. (en especial apartado I, b), trabajo que está reproducido en nuestro libro sobre "Codificación civil y Derecho Comparado".

VÉLEZ, al proponer nuevas leyes civiles para nuestra patria, comprendió perfectamente ese problema, y por ello procuró fijar una ley que no solamente se adaptase a las necesidades históricas de ese momento -año 1869, que es la fecha en que termina la redacción del Código-, sino que proyectó una ley que contemplaba la Argentina del futuro.

Pues bien, la originalidad del legislador puede reflejarse no solamente en el contenido de las normas, sino también en los aspectos metodológicos de su obra⁷. Advertimos así que el Código civil argentino dedica títulos especiales a figuras o instituciones que no estaban sistematizadas en los códigos de la época, o que estaban legisladas con relación a un solo contrato, cuando en realidad eran normas aplicables a todos los contratos, o a la generalidad de los actos jurídicos.

b) Sistematización del derecho de retención

Con relación a la materia que nos ocupa, **el derecho de retención**, en el Código civil francés, y los cuerpos legales que durante el siglo XIX lo tomaron como modelo, encontramos solamente normas aisladas, que conceden esta facultad de manera excepcional al referirse a distintas instituciones.

La jurisprudencia y la doctrina habían debido realizar un verdadero esfuerzo para determinar si esos dispositivos tenían o no elementos comunes, que permitiesen extraer de ellos un principio general que hiciese aplicable esta facultad a otras situaciones análogas, no regladas.

Nuestro legislador, siempre atento a la evolución del pensamiento jurídico, menciona en la nota al artículo 3939 el libro de Mourlon sobre los privilegios, y los artículos de Rauter en la

⁷. Trabajo citado en nota anterior, apartado VI.

Revista de Foelix⁸.

Inspirado en las enseñanzas de los mencionados autores, y adelantándose al Código civil alemán, y al Código civil suizo, que generalizaron lo relativo al derecho de retención, pero sin dedicarle un título especial⁹, y a otros Códigos modernos, que han agrupado las normas vinculadas a este punto en un título o capítulo que las engloba¹⁰, la obra de Dn. Dalmacio Vélez Sársfield es el **primer Código civil** que no solamente sistematiza los principios generales sobre el "derecho de retención", sino que además les dedica un título especial, y lo hace con tanto acierto que a lo largo de un siglo de vigencia no ha sido necesario proponer prácticamente ningún retoque a esos dispositivos¹¹, que continúan recibiendo aplicación por nuestros tribunales sin provocar dificulta-

⁸. La nota original de Dn. Dalmacio Vélez, al mencionar el trabajo de Rauter, cita el año 1842.

SEGOVIA, con su prolijidad habitual, al anotar el entonces artículo 3941, señala: "léase 1841, tomo 8º", y en las ediciones modernas del Código la nota al actual artículo 3939 se publica con esa corrección, que se introdujo en la edición oficial que se publicó después de la llamada "Ley de Fe de Erratas".

Impulsados por la curiosidad hemos consultado la biblioteca del Codificador, que fuera donada por sus hijos a la Universidad Nacional de Córdoba, y que se conserva, junto con los manuscritos originales del Código, en el templete que por disposición del rector Dr. Sofanor Novillo Corvalán se erigió en la Biblioteca Mayor.

Hemos podido comprobar que Segovia tenía razón, y que el error se origina en el hecho de que al encuadernar esas revistas, en el lomo se ha puesto en letras doradas "1842" a las correspondientes al año 1841, y viceversa.

⁹. Código civil alemán, artículo 273; Código civil suizo, artículos 895 a 898; Código civil polaco, artículo 461.

¹⁰. El Código portugués de 1967, dentro del Libro Segundo, destinado a las obligaciones, dedica al derecho de retención la Sección VII (artículos 754 a 761, del Capítulo V (garantía general de las obligaciones)).

¹¹. Recién en 1968 se introdujeron modificaciones a dos de sus artículos, el 3943, al que se agregó un párrafo previendo la posibilidad de sustituir la retención por una garantía suficiente, y el 3946, estableciendo preferencias a favor del retenedor sobre los privilegios especiales e incluso los créditos hipotecarios.

des¹².

En la legislación iberoamericana este ejemplo ha sido seguido por Perú, que ya en el Código de 1936 introdujo un título dedicado al derecho de retención¹³, título que luego ha sido reproducido en el Código de 1984¹⁴; y también por el Paraguay, que al dotarse de un nuevo Código en 1986 mantiene en él un capítulo en el que trata del derecho de retención¹⁵.

III.- El derecho de retención y el Proyecto de Código

Pues bien, ¿qué ha hecho el Proyecto de Unificación en esta materia? Mantener un título dedicado al derecho de retención, y cambiar todo lo demás, pues no subsisten ni la numeración originaria, ni el lenguaje del Código vigente, ni el contenido de sus normas.

a) "Cómo no debe jugarse al ajedrez"

En 1968 inicié la publicación en Jurisprudencia Argentina de una serie de notas firmadas con el seudónimo de Criticón y mis iniciales (L.M.E.), que aparecían en una Sección titulada "Cuidado

¹². Quizás uno de los pocos aspectos que provoca controversias es el de la posibilidad de transmitir el derecho de retención (ver nuestro "Transmisibilidad del derecho de retención", Comercio y Justicia, 2 de octubre de 1967.

¹³. El legislador peruano de 1936, reúne en un título las normas relativas al derecho de retención (artículos 1029 a 1035). Todo ello está ubicado en el libro Cuarto, que trata de los derechos reales, Sección Cuarta (derechos de garantía), Título V (retención).. En la Exposición de Motivos se decía que al establecer una fórmula general para el derecho de retención, se adoptaba una solución equivalente "a la empleada por el Código argentino en su artículo 3939".

¹⁴. El Código peruano de 1984 destina al derecho de retención el Título IV (artículos 1123 a 1131) de la Sección Cuarta (derechos reales de garantía), del Libro V (Derechos Reales).

¹⁵. El moderno código paraguayo de 1986 se ocupa del derecho de retención en el Título VII (artículos 1826 a 1832) del Libro Tercero (De los contratos y otras fuentes de obligaciones).

cuando escribe"¹⁶, en la primera de las cuáles tomaba el título de un libro de Znosko Borowski, ajedrecista ruso, quien procuraba enseñar a jugar al ajedrez mostrando errores frecuentes, para que de esta forma se tomase conciencia de ellos, y se procurase evitarlos. Es posible que quien lea las normas que el Libro VII del proyecto de Código dedica al derecho de retención, piense que quizás podría servir de ejemplo de "cómo no debe legislarse".

b) Cambio total de normativa

Hemos visto que una buena técnica legislativa aconseja mantener las normas vigentes, cuando ellas dan solución adecuada a los problemas que pueden presentarse, lo que nos obliga a preguntarnos: ¿reclamaba la doctrina argentina que se sustituyesen las previsiones del código en esta materia?

Recordemos primero que el Proyecto de Unificación elaborado en 1987 por una Comisión designada por la Cámara de Diputados, aparentemente reelaboró el título dedicado al derecho de retención, pero en realidad no introdujo casi ningún cambio serio, sino que se limitó a dar a los artículos una numeración distinta, manteniendo su contenido.

En efecto, los artículos 3939 a 3945 del Código Civil fueron reproducidos "textualmente", con los números 3892 a 3898, con sólo la supresión del vocablo "detenida" que desaparecía en el proyectado artículo 3893¹⁷, y el agregado de un "la", en el artículo 3896¹⁸.

A ello se agregaba la supresión del actual artículo 3946,

¹⁶. Esas notas se encuentran en el tomo de 1968-VI, sección apuntes, y también en nuestra obra titulada "El cazador, casado", ed. Miguel Ángel, Córdoba, 1992.

¹⁷. El mantenimiento o supresión del vocablo, que califica al sustantivo "cosa" en el actual artículo 3940, no alteraba en nada la cabal comprensión de la norma.

¹⁸. El agregado del artículo femenino "la" en el primer párrafo del actual artículo 3943 quizás mejorase la sintaxis de la norma; pero tampoco modificaba en lo más mínimo el sentido del dispositivo.

que luego de las reformas introducidas por la ley 17.711 concedía al retenedor un verdadero "privilegio", lo que hacía que esta norma quedase "desubicada". Resultaba, pues, correcto que el Proyecto de Unificación derogase el artículo 3946 del Código Civil, y los artículos 265 a 274 de la Ley de Concursos 19.551, para reelaborar en conjunto, de manera unificada, dentro del título que se destina a los privilegios, los conflictos que se plantean entre los distintos créditos que gozan de preferencia.

Autores como Alterini, Ameal y López Cabana, en su Curso de Obligaciones¹⁹, no formulaban ninguna objeción a la normativa del Código, con excepción quizás del carácter de "superprivilegio" que le concedía el mencionado artículo 3946. Por nuestra parte apuntábamos que si bien el artículo 3939 expresa que la retención se ejercita sobre cosa ajena, hay hipótesis en que el Código admite que se retenga cosa propia²⁰, que por lo general quien retiene no es "poseedor" de la cosa, sino mero "tenedor"²¹ y la conveniencia de regular las hipótesis en que puede transmitirse la retención²².

Finalmente deseamos recordar que en la única tesis doctoral publicada en los últimos años en nuestro país sobre "derecho de retención"²³, las conclusiones del autor que van de la "a" hasta la "u", sólo enuncia una como de "lege ferenda", la caracterizada con la letra "l"²⁴, mientras que el resto sintetizan sus opiniones sobre la interpretación que debe darse a la normativa vigente, sin proponer su modificación.

¹⁹. Obra citada, Vol. I, N°s. 819 a 831, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975.

²⁰. Obra citada en nota anterior, p. 366.

²¹. Obra citada en nota anterior, p. 366.

²². Obra citada, p. 382 a 387.

²³. Luis F. P. LEIVA FERNÁNDEZ, "Derecho de retención", Astrea, Buenos Aires, 1991.

²⁴. "Cabe propiciar de *lege ferenda* la incorporación al artículo 3939 -en ciertos supuestos- de la retención de cosa propia (ver § 226 y 291).

En resumen, una jurisprudencia pacífica y una doctrina coincidente, aceptaban como válidas y útiles la casi totalidad de las normas contenidas en el título dedicado a la retención, y el cambio de lenguaje y contenido que propone el Proyecto resulta poco feliz, y en algunos casos gravemente desacertado.

Procuraremos analizar algunos de estos cambios.

c) Concentración de las normas en el título dedicado a retención

Hemos dicho más arriba que uno de los aciertos de Dalmacio Vélez Sársfield fue su originalidad metodológica. Dedicó un título al derecho de retención, y fijó en él las condiciones generales de ejercicio, pero no depuró el resto del Código y mantuvo al tratar figuras contractuales, o derechos reales, artículos que contemplan casos especiales de retención.

Algunas veces en nuestras clases hemos expresado que sería metodológicamente más correcto concentrar todas las normas relativas a la retención en el título que el Código dedica a esa figura, suprimiendo aquellas que meramente son repetitivas.

Al parecer ésa es una de las ideas que ha inspirado a los autores, aunque nada se dice sobre ello en los llamados "Fundamentos"²⁵, pues si recorremos los títulos dedicados a la prenda, anticresis, usufructo, depósito, compraventa, etc., ya no encontraremos las previsiones sobre retención que contenía el Código. En este aspecto el Proyecto podría hacerse acreedor a un elogio, pero sucede que la "concentración" no es total, y en materia de locaciones encontramos una previsión, el artículo 1156, que se ocupa de la "*facultad de retención*"²⁶, lo que podría ser considerado solamente

²⁵. Ver N°s. 326 a 332 de los mencionados "Fundamentos".

²⁶. "Art. 1156 (Proyecto).- **Facultad de retención.**- El ejercicio del derecho de retención por el locatario lo faculta a obtener de la cosa retenida el provecho que produzca espontáneamente. Si lo hace queda obligado a compensar al momento de la percepción con la cantidad correspondiente de la suma que le es debida".

como un "pequeño pecado" de descuido, pero que adquiere suma gravedad porque la solución que contiene esta norma está en franca contradicción con lo previsto en el título de la retención para la misma hipótesis, en el inciso c) del artículo 2530, que dispone:

"Art. 2530 (Proyecto).- **Obligaciones del retenedor.**- El retenedor está obligado a:

... ..

c) Percibir los frutos naturales de la cosa retenida, pero no está obligado a hacerlo. Sin embargo, si opta por percibirlos, debe dar aviso al deudor retenido. En este caso puede disponer de ellos e imputar su producido a los intereses del crédito. ..".

Nos detendremos algo en esta norma para señalar, en primer lugar, la falta de uniformidad en el lenguaje técnico, pues mientras aquí se habla de "frutos naturales", en el artículo 1156 se dice "provecho que produzca espontáneamente", refiriéndose con dos giros distintos a una misma situación fáctica. Pero lo más notable es que mientras el dispositivo que encontramos en la locación dispone que se compensen valores entre los frutos percibidos y la suma debida, el artículo 2530 dispone que esas sumen se imputen a los intereses del crédito!!

Esta discordancia es fruto de la defectuosa técnica legislativa con que se ha elaborado el Proyecto, sin coordinar el contenido de los distintos aportes que se integraban para formar un todo que "debe" ser armónico.

¿Contribuirá esto a dotar a nuestra legislación de normas claras sobre la materia que nos ocupa? ¿O exigirá a la doctrina y la jurisprudencia un esfuerzo para superar los escollos que crea una normativa desprolija? La ventaja de la concentración de las normas se diluye así totalmente.

d) El lenguaje de la ley

Una de las cosas que más puede dificultar la interpretación de la ley es el empleo de un lenguaje confuso o impreciso. Por

eso en algunos casos el legislador prefiere sacrificar la elegancia, para obtener textos en que se utilicen vocablos cuyo sentido sea fácilmente comprensible por los destinatarios de la norma, y de significación unívoca. Debe procurar también no incurrir en contradicciones.

Retornemos entonces sobre el artículo 2530 del Proyecto y el que lo precede. La primera de esas normas contempla las facultades o "atribuciones" del retenedor:

"Art. 2529 (Proyecto).- **Atribuciones.**- El retenedor tiene derecho a:

a) *Ejercer todas las acciones de que disponga para la conservación y percepción de su crédito, y las que protejan su relación real con la cosa retenida.*

b) *Continuar la retención en garantía del pago de un nuevo crédito por conservación de la cosa retenida.*

c) *percibir un canon por el depósito de la cosa desde que intima su recepción".*

En los distintos incisos de esta norma, al igual que en el artículo 2527, se habla correctamente de "cosa retenida"; pero resulta que en el inciso c) del artículo 2530 aparece un "deudor retenido"(!), expresión muy curiosa, que jamás hemos visto ni en la doctrina nacional, ni en el Derecho Comparado.

No creemos que quien proyectó la norma haya pretendido con ella resucitar el viejo instituto de la prisión por deudas, sino que se incurre en una imprecisión del lenguaje que nos obliga a efectuar una aclaración. En las hipótesis de ejercicio de la facultad de retener encontramos siempre dos relaciones obligacionales, en las que ambos sujetos ocupan recíprocamente las posiciones de "deudor" y "acreedor". Pues bien, tratándose de la "cosa retenida", quien la mantiene en su poder es "deudor de la restitución"; y si opta por percibir los frutos naturales que esa cosa produce a quien debe notificar no es el "deudor retenido", sino todo lo contrario: "acreedor de la entrega de la cosa".

En resumen, el giro tan inusual que se ha empleado incurrir, además, en un defecto conceptual que se suma a la contradic-

ción entre este precepto y el que existe en materia de locaciones.

Pero no acaban aquí las imprecisiones idiomáticas que aparecen en el inciso c del artículo 2530. Otra, y mucho más seria pues contraviene las más elementales reglas de la lógica, es haber colocado esta hipótesis entre las "obligaciones del retenedor", y afirmar enfáticamente que "**está obligado**" a percibir los frutos naturales, para culminar la frase con la siguiente expresión: "**pero no está obligado a hacerlo**".

¿En qué quedamos? ¿Está obligado, o no está obligado? El principio lógico de la no contradicción excluye toda posibilidad de que una cosa al mismo tiempo "sea" y "no sea".

Hemos dicho en varias oportunidades que la presencia de estas frases es la prueba más palpable de que Belluscio dice la verdad cuando afirma que los distintos proyectos no fueron estudiados ni discutidos²⁷. Esta norma no ha sido leída por los firmantes del Proyecto, pues todos ellos son personas inteligentes y si hubiesen visto lo que disponía este artículo sin duda lo hubiesen objetado, y exigido que se reformulara totalmente el Título dedicado al derecho de retención.

Pero, antes de concluir nuestras referencias al lenguaje que se ha utilizado en esta materia, debemos hacer una breve excursión por los "Fundamentos del Proyecto". Se dice allí, en el número 327:

*"En el artículo referido a la cosa retenida se prevé que puede ser **res extra commercium**, e inembargable, lo que cambia la regla del artículo 3878 del Código Civil".*

Cuando acudimos al artículo 2527 del Proyecto, que se refiere a la cosa retenida, leeremos, en cambio:

*"La cosa **cuya relación real está en el comercio** puede ser retenida..."*

Lo primero que llama la atención es la contradicción entre lo afirmado en los fundamentos y lo proclamado en la norma

²⁷. Ver su nota del 15 de diciembre de 1998, en la que explica las razones por las que se negó a suscribir el Proyecto.

(que por cierto es lo que debe prevalecer). ¿Se pueden retener cosas que estén fuera del comercio, o solamente aquellas cuya "**relación real**" está en el comercio? De nuevo nos encontramos con una clara violación del principio de no contradicción, aunque en este caso sea solamente entre los "Fundamentos", que deberían explicar las soluciones que se propician, y el texto proyectado, que puede convertirse en ley vigente más no parece reflejar la intención presuntamente expuesta por los autores del proyecto.

Hay algo más: ¿es lo mismo cosas o "bienes que están en el comercio", que cosas "cuya relación real está en el comercio"? El Proyecto, en su Parte General, al tratar del "activo del patrimonio", se refiere en su artículo 214 a los bienes, con sentido genérico, y a las cosas como una hipótesis específica de bienes²⁸, y más adelante -al concluir la sección- caracteriza a los bienes que se encuentran fuera del comercio en el artículo 225²⁹. No es éste el momento de discutir el acierto o desacierto de esas normas, sino solamente de destacar que en esa parte del Proyecto, y en sus Fundamentos³⁰, se hace referencia a los bienes o cosas que están en el comercio o fuera de él, mientras que en materia de derecho de retención al parecer ya no son las cosas las que están en el comercio sino las "relaciones reales".

Este giro, al que era muy afecto el recordado maestro don Alberto Molinario, quizás sea técnicamente perfecto, pero lamentablemente introduce un matiz que provoca confusión. Quienes hayan estudiado con Molinario, o algunos de sus discípulos, posiblemente comprendan sin dificultad qué se quiso expresar con él, pero hemos

²⁸. "Art. 214 (Proyecto).- Bienes y cosas.- Se denominan bienes los objetos susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman cosas. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre".

²⁹. "Art. 225 (Proyecto) Bienes fuera del comercio. Están fuera del comercio los bienes cuya transferencia está expresamente prohibida:
a) por la ley.
b) por actos jurídicos, en cuanto este Código permite tales prohibiciones."

³⁰. Ver los números 24 y 326 de los Fundamentos.

interrogado a numerosos abogados, magistrados, e incluso docentes de derecho civil, y todos se mostraban perplejos, sin comprender con exactitud si con ello se quería referir a que la cosa retenida debía estar en el comercio, o si había un matiz diferencial, y la confusión se acentuaba si se contrastaba esta expresión con la afirmación contenida en los "Fundamentos" de que el derecho de retención podía ejercitarse sobre "res extra commercium".

e) ¿Crédito en dinero?

Para concluir nos referiremos al artículo 2526, que concede el derecho de retención a "**todo** acreedor de una suma exigible de dinero".

Hay en esta norma dos defectos; el primero es también de lenguaje, porque se habla de "todo" acreedor de sumas de dinero, lo que viene a quedar inmediatamente restringido con la previsión que contiene el mismo artículo, de que esa deuda tiene que tener su razón en la cosa:

"Art. 2526 (Legitimación). Todo acreedor de una suma exigible de dinero puede retener la cosa que debe restituir al deudor de dicha suma, hasta el pago de lo que éste le debe en razón de la cosa. ..."

Es menester confesar que, cualesquiera sean los defectos que puedan achacársele al artículo 3939 del Código de Vélez, la idea está mejor expresada allí, que en el Proyecto, ya que indica de manera precisa la conexión que debe existir entre el crédito que justifica la retención, y la cosa retenida, es decir fija las condiciones de ejercicio de la facultad de retener con gran precisión.

Además, se introduce una limitación injustificada, en la que se insiste luego en el inciso b del artículo 2531 del Proyecto, concediendo la facultad de retener únicamente a los acreedores "de una suma de dinero". ¿Por qué excluir las hipótesis de créditos no dinerarios?

No olvidemos que, como bien dice Vázquez, la locación de obra "es el contrato en que el derecho de retención recibe más

común aplicación"³¹, facultad que se concede a quien ha hecho reparaciones en una cosa, y puede negarse a restituirla hasta que se le pague lo que se le debe por su trabajo. ¿Qué impide que en lugar de haberse pactado un precio en dinero, la obligación contraída sea en especie? ¿No puede haberse comprometido a entregar otra cosa, para abonar esas reparaciones? Si así se hubiera convenido, y no cumpliera con su obligación (que no es de dar suma de dinero), ¿cuál es la razón valedera para distinguir y negarle la facultad de retener?

El Código civil, con mucho mejor criterio, habla simplemente de "créditos", sin reducirlos a las obligaciones de dar sumas de dinero.

No nos detenemos a buscar otros ejemplos, pero creo que el que damos es suficiente para poner de relieve que esta limitación no encuentra justificativo y menoscaba innecesariamente el alcance de la figura.

III.- Conclusión

Hemos tomado las normas del Proyecto sobre "derecho de retención", como un botón de muestra, pues allí aparecen de manera muy significativa una serie de defectos que muestran las deficiencias de técnica legislativa en su elaboración.

Lamentablemente esas deficiencias afloran en muchas otras partes, lo que aconseja dejarlo de lado y comenzar nuevamente el camino de actualización de nuestro Derecho Privado, que toda la comunidad jurídica reclama, pero que debe acometerse sobre la base de un plan debidamente estudiado, que fije previamente las "bases" que sustentarán esa reforma.

³¹. Alejandro A. VÁZQUEZ, Derecho de retención, 2ª ed., Depalma, Buenos Aires, 1962, N° 96, p. 98.