

EL EJERCICIO DIRECTO DEL DERECHO DE RETENCION

COMITE DE REDACCION

Luis Bedoya Escurra

Paola Pastor Castillo

Francisco Tong Gonzalez

Pablo Visalot Lévano

PARA PODER EJERCITAR EL DERECHO DE RETENCION ES NECESARIO HABER OBTENIDO SENTENCIA DE CONDENA AL PAGO DE MEJORAS

EXPEDIENTE N° 21-92-HUANUCO

Lima., 03 de febrero de 1992.

VISTOS; y CONSIDERANDO: que conforme lo establece el artículo novecientos setentiseis del Código de Procedimientos Civiles, para poder ejercitar el derecho de retención es necesario haber obtenido sentencia de condena al pago de mejoras; que habiéndose demandado conjuntamente el pago de mejoras y la concesión del derecho de retención, la segunda pretensión está subordinada a que se declare fundada la primera, por lo cual antes de emitir sentencia no procede que se conceda el derecho a retener el bien; declararon HABER NULIDAD en el auto de vista de fojas quince, su fecha dos de julio de mil novecientos noventiuno, que revocando el apelado que en copia corre a fojas siete, su fecha catorce de junio de mil novecientos noventiuno, declara fundada la petición de fojas cuatro de este cuaderno; reformando el de vista, confirmaron la apelada, que declara improcedente dicha petición; en los seguidos por Asencio Abundo Ferrari y otra con Carlos Urdanivia, sobre pago de mejoras y otro concepto; y los devolvieron.

Señores:

ALFARO.- SILVA.- URRELLO.- MENDOZA.- REYES.

Se publicó conforme a ley.

BERNARDO DEL AGUILA PAZ.

Secretario General de la Corte Suprema.

INTRODUCCION

Si sólo leemos la sumilla de la Ejecutoria Suprema en comentario: "PARA PODER EJERCITAR EL DERECHO DE RETENCION ES NECESARIO HABER OBTENIDO SENTENCIA DE CONDENA AL PAGO DE MEJORAS", tratándose de créditos sobre bienes corporales, nos hacemos las siguientes preguntas: ¿es el Derecho de Retención un mecanismo de garantía efectivo cuando una persona tiene una deuda con nosotros?; ¿no es cierto que dicha retención se hace efectiva cuando ejerzo un poder de hecho sobre el bien a fin de que se satisfaga mi crédito?. Y si es cierto que el derecho de retención es un derecho con ejercicio de hecho, ¿para qué necesito una sentencia previa que me faculte, recién, a poder ejercerlo?. Evidentemente esto nos lleva a cuestiones y conclusiones absurdas, por lo que se necesita un análisis profundo sobre el tema.

Para lograr dicho objetivo, debemos partir de la cuestión esencial, vale decir, qué debe entenderse por pago de mejoras y el derecho de retención y cuáles son sus puntos conexos. Ello implica indagar un poco sobre su naturaleza jurídica y tratamiento legislativo.

Aclarados estos puntos, pasaremos al segundo tema importante: el aspecto procesal, en donde detallaremos el tema de la acumulación de estas dos pretensiones. Con este análisis nuestro objetivo es aportar al orden y reflexión de los temas en estudio, y a la vez ser didácticos para todos los lectores.

"TRADUCIENDO" EL FALLO SUPREMO

Con este subtítulo, queremos dejar en claro los hechos materia de la presente sentencia.

Don Asencio Abundo Ferrari y otra interponen demanda contra Carlos Urdanivia pretendiendo la concesión del derecho de retención y pago de mejoras. Tramitado el proceso, el Juez de Primera Instancia expide su sentencia declarando **improcedente** la demanda.

Dicha resolución es apelada ante el órgano superior, quien expidiendo sentencia, **REVOCA** la resolución de primera instancia, y como lógica consecuencia declara fundada la concesión del derecho de retención y el pago de mejoras.

Contra la resolución de la Corte Superior, se interpone Recurso de Nulidad. La Sala Civil de la Corte Suprema expide fallo, con fecha 3 de febrero de 1992, declarando **HABER NULIDAD** en la sentencia de Primera Instancia, y en consecuencia, improcedentes los petitorios de los demandantes. Los Vocales Supremos sustentan su fallo en el art. 976 del derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912, que según ellos, determina la subordinación del Derecho de Retención en una sentencia a la condena al Pago de Mejoras.

LAS MEJORAS

PRECISIONES SOBRE SU NATURALEZA JURIDICA

Este es un concepto que se encuentra íntimamente ligado al ejercicio del derecho de retención. Un claro ejemplo es la Ejecutoria Suprema que venimos analizando.

Guillermo Cabanellas define las mejoras como: "las que se han obrado en un edificio o heredad para ponerlo en mejor estado." (1)

Las mejoras son pues, aquellas modificaciones introducidas a un inmueble que van más allá de la mera conservación, realizadas por el poseedor del bien, y cuyo efecto es aumentar los beneficios y el valor del mismo.

Podemos distinguir entonces 3 clases de mejoras: las necesarias, las útiles y las de recreo. Las necesarias tienen por finalidad impedir la destrucción o violento deterioro del bien, las útiles otorgan un beneficio al poseedor, sin que se realicen con carácter de urgencia y, por último, las de recreo tienen una finalidad de ornato o mera comodidad. (2)

No cabe duda que con cualquier tipo de mejora el bien aumenta de valor, pero habrá que determinar algunos puntos para hacer exigible el pago de las mismas al propietario.

PROBLEMÁTICA

Aparentemente, la regla contenida en el art. 917 del Código Civil nos llevaría a pensar que no existe confusión alguna para exigir y recibir el pago de las mejoras. Sin embargo, la complejidad de las relaciones humanas ha llevado al Derecho a prevenir perjuicios para el poseedor, mediante el derecho de retención.

La problemática que vamos a tratar se relaciona con el concepto recogido por Max Arias Schreiber sobre la objetividad y la subjetividad de las mejoras. (3) La objetividad se puede entender como la necesidad de la realización de la mejora, mientras que la subjetividad muestra el carácter suntuario de la misma, ya que sólo quien realiza mejoras de carácter subjetivo es quien entiende el por qué de éstas.

Las mejoras necesarias son meramente objetivas, ya que su realización es imperante, mientras que las de recreo son únicamente subjetivas al justificarse por el interés de una sola persona; por otro lado, nuestro código considera que las útiles son más objetivas que subjetivas por lo que ordena su pago conjuntamente con las mejoras necesarias existentes al tiempo de la restitución del bien. (4)

La experiencia demuestra, sin embargo, que usualmente se producen las situaciones siguientes:

- 1) El poseedor de buena o mala fe, pretenderá siempre que el pago de todas las mejoras le sea reembolsado.
- 2) Por su parte, el propietario buscará negar la objetividad de las mejoras para evadir el pago de las mismas o por lo menos disminuirlo.

Nos preguntamos entonces, ¿qué ocurre cuando el poseedor, conociendo la insolvencia económica del propietario, introduce mejoras para conservar la posesión del bien arrendado en pleno ejercicio del derecho de retención?, del mismo modo, ¿qué ocurre, si el propietario desaloja al poseedor y le impide al mismo el derecho a retener el bien hasta que le sea pagado el valor de las mejoras?

El Derecho Peruano, aunque no distingue entre poseedor de buena o mala fe (5) ha previsto ambos supuestos.

Al primero le pone freno señalando en el art. 917 del Código Civil, segundo párrafo, que no son exigibles el pago a las mejoras realizadas después de la citación judicial; es decir que el propietario al requerir al poseedor judicialmente, evitará que éste se aproveche de su posible insolvencia económica. (6) Al segundo supuesto, ofrece el asesoramiento de peritos para identificar las mejoras y posteriormente fijar el justo precio de las mismas. No comprendemos, entonces, por qué la eje-

curia en comentario hace exigible el pronunciamiento judicial sobre las mejoras, como condición para permitirle al poseedor retener el bien.(7)

A nuestro entender, la sola idea de que sea posible obtener fallos contradictorios en procesos no acumulables, como lo son el desalojo y el pago de dólares, hacen necesaria la búsqueda de una solución adecuada que impida el provecho indebido del propietario, y del poseedor.(8)

LAS MEJORAS EN EL ACTUAL CODIGO CIVIL

Consideramos importante resaltar algunos aspectos relacionados al ordenamiento legal vigente en nuestro país.

Primero, el tema relativo a las mejoras es regulado en el capítulo sobre posesión y no en el de arrendamiento, como lo normaba el Código Civil de 1936. Consideramos que es un avance importante ya que la realización de mejoras presupone -si se dan las circunstancias- el origen del derecho a retener, derecho inherente a cualquier poseedor y no sólo al arrendatario.

En segundo lugar, debido a la subjetividad de las mejoras de recreo, nuestro ordenamiento jurídico permite al propietario escoger entre pagar la cuantía exigida por mejoras u ordenar el retiro de las mismas. Igualmente consideramos acertada esta posición ya que la subjetividad del poseedor puede ser acogida o no por el propietario sin generar mayor problemática al dejar una "puerta abierta", según sea el caso, de aceptación o no. Debemos destacar que esta posibilidad queda limitada a otra, la del retiro de las mejoras, siempre que no alteren la sustancia del bien.

En tercer lugar, una citación judicial es el mecanismo más adecuado del que goza el propietario para impedir el abuso del poseedor.

Como último aspecto queremos señalar, por el momento, que no compartimos la idea de la necesidad de un pronunciamiento judicial sobre las mejoras para ejercer el derecho de retención, por cuanto éste es inherente a cualquier poseedor que al introducir mejoras, se hallará legitimado para ejercerlo.

EL DERECHO DE RETENCION

CONSIDERACIONES SOBRE SU NATURALEZA JURIDICA

Alex arrienda un inmueble a Gonzalo, quien lo recibe en buen estado. Durante el tiempo en que ocupa el inmueble, algunas cosas o enseres sufren deterioros,

por lo que, con el fin de mantener en buen estado el inmueble que le fue arrendado, realiza una serie de gastos para la conservación del mismo bien. Debido a la antigüedad del inmueble, Gonzalo, persona diligente, avisa de estos probables daños a Alex. Estos son tan serios, que Gonzalo no puede esperar una respuesta y realiza las reparaciones correspondientes (lo que nosotros llamamos mejoras). A pesar de no tener intenciones de incurrir en mayores desembolsos, las reparaciones tienen un costo significativo. Luego, llegado el momento de culminación del contrato, Alex pide la devolución de su bien, Gonzalo se niega a cumplir tal pretensión hasta que no le sean reembolsados los gastos que hizo por las reparaciones o mejoras antedichas.

Desde aquí comienza la travesía de los juristas. Nadie cuestiona que entre Alex y Gonzalo existe una relación contractual de arrendamiento. La discusión se centra en el momento que el propietario del bien (deudor de las mejoras) solicita la devolución del mismo y el inquilino (poseedor del bien y acreedor de las mejoras) se niega a hacerlo. Sobre este "momento estelar" los tratadistas coinciden en que tal situación es posterior al momento último de la vigencia de la relación contractual. Terminado el arrendamiento, hay obligación por parte del arrendatario de devolver el bien, sólo lo continuaría poseyendo "sin título alguno".(9) (Así ha sido legislado en nuestro Código Civil)(10). Pero sucede que durante el desarrollo de esta relación jurídica acaece un hecho: **para evitar una desvalorización del bien, a consecuencia de la no introducción de una mejora necesaria, se tuvo que reparar el mismo;** y, siendo ésta obligación del arrendador, fue el arrendatario quien las realizó.

Existe entonces un desequilibrio en la relación contractual entre arrendador y arrendatario, en cuanto al cumplimiento de sus respectivas prestaciones(11), las que en algún momento deberán ser saldadas. Cuando el arrendador pide la restitución del bien al inquilino-poseedor, éste cumplirá en tanto que -no es una condición- le sea reembolsado el gasto por mejoras que realizó (a la que no estaba obligado).(12) (13) La negativa del arrendador (deudor de las mejoras) a cumplir con esa obligación es la que origina un derecho del inquilino-poseedor a **retener** el bien.

Podemos advertir, entonces, que el derecho de retención nace ante esta negativa de cumplimiento de la obligación de reembolso de mejoras (14) y, por ende, su función es la de **garantizar** este cumplimiento. Hasta este punto todos están de acuerdo. La siguiente cuestión es la de determinar qué tipo de garantía es. Sobre este aspecto han destacado tres teorías:

- 1) Como Derecho Real: El poseedor, titular del derecho de retención tiene un poder inmediato sobre la cosa o el bien. Su ejercicio tiene la calidad de erga omnes y confiere las atribuciones del *ius prelationis* (prelación o preferencia), el *ius distrahendí* (disponer de la cosa o ejecutarla) y el *ius persequendi* (derecho de persecución).(15) (16)
- 2) Como Derecho Personal: Se carece del derecho de persecución en razón a que los efectos del derecho de retención se producen contra el deudor y sus sucesores universales. Además se considera, que no es un derecho sobre la cosa pues no es intención gozar de ella, sino **constrañir la voluntad del deudor a que cumpla con satisfacer el crédito** respecto de la cosa que se retiene (medio de compulsión).(17)
- 3) Teorías Mixtas o Eclécticas: Existiendo varias propuestas; algunas aludiendo a que es un derecho intermedio con carácter personal pero oponible a terceros, no poseyendo derecho de persecución. En tal sentido opinan Aubry et Rau y Baudry-Lacantinerie.(18) Otros afirman que el derecho de retención es una acreencia con prenda individualizada (19); un derecho *sui generis* según Olaechea (20) y hasta el extremo de ser considerado como una *exceptio in rem* como acota Coviello.(21)

No es objetivo de este trabajo entrar en el análisis sobre las corrientes doctrinarias acerca del tema, pero queremos precisar, que nosotros asumimos la teoría ecléctica, en cuanto consideramos que el derecho de retención es un **derecho personal con eficacia real**, por cuanto existen diferencias entre una garantía real y una que no es ni real ni personal, porque no es el deudor quien responde con todo su patrimonio; se trata de una garantía legal en tanto que el ordenamiento jurídico, recogiendo una clara manifestación de la realidad cotidiana, la otorga y la consagra como derecho subjetivo de tipo crediticio, pues tal ejercicio del derecho de retención asegura que se verifique el cumplimiento de la obligación legal, ya existente, de reembolso de mejoras por la parte contraria. Aquí la garantía no nace por pacto entre las partes sino por la verificación de un hecho jurídico (negativa del arrendador de reembolsar las mejoras). De este modo también se garantiza—por afinidad—el equilibrio contractual en cuanto a la relación jurídica establecida entre arrendador y arrendatario.

Su eficacia real estriba en el hecho de poseer la cosa, quedando en claro que no se trata de hacerse cobro de la deuda con el bien, sino que se retiene para que le sea satisfecho el crédito al acreedor, siendo esta posesión

un instrumento cuyo objetivo es "apremiar la voluntad del deudor para inducirle a pagar".(22) En tanto que el acreedor se mantenga en la posesión, reteniendo para el cobro de su crédito, ésta afecta a quien adquiere la propiedad del bien o adquiere algún otro derecho real de goce, dado que deberá respetar la retención de dicho poseedor, a menos que le reembolse los gastos por mejoras o le garantice dicho pago.(23) No se trata de una oposición frente a terceros; sino de un efecto natural de una relación crediticia entre acreedor-poseedor y deudor-propietario del bien, cuando éste último transmite su posición a un nuevo adquirente.(24)

Nuestro Código Civil le ha conferido al derecho de retención la calidad de garantía real; en tal sentido, las interpretaciones son distintas a las que nosotros podemos considerar y que detallaremos más adelante.

EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETENCIÓN EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL

El Código Civil de 1852

Teniendo por no cuestionada la calidad de garantía que caracterizan al Derecho de Retención, nos queda por analizar cómo se ejerce este derecho.

El Código Civil de 1852 no dedicaba título o capítulo alguno al derecho de retención, haciéndolo solamente en normas dispersas, tales como por ejemplo, los arts. 1377 (25) y 1628 (26). Precisamente este último es el que se refiere a las mejoras y el derecho de retención.

Ubicado este artículo en el Libro Tercero (De las obligaciones y contratos) Sección II (De los contratos consensuales) Título III (De la locación y conducción) Capítulo IV (De las mejoras), era regla general, que el derecho de retención procedía con el fin de obtener el pago de las mejoras. ¿De qué manera?. La respuesta la encontramos en una interpretación sistemática.

En primer lugar, las mejoras a abonar debían estar pactadas por escrito, ya sean necesarias, útiles o de recreo. Sólo en el caso de las mejoras necesarias la regla general no era observable, siempre y cuando se notificase de la necesidad de estas mejoras al arrendador, en forma "privada y judicial".(27) En segundo lugar, el valor de las mejoras a abonar no podía exceder de las "tres rentas anuales de la cosa arrendada", cualquier exceso se reducía a este monto.(28)

Hasta aquí, cumpliendo con estos dos requisitos, no había ningún inconveniente en ejercer directamente el derecho de retención; pero nos encontramos con el art. 1625 del mismo cuerpo legal, que aclara que "si las

mejoras no estuviesen tasadas, el conductor que se resiste (a la entrega de la cosa arrendada) (...) no gozará (...) del derecho de retención concedido en el artículo 1628", depositándose la cosa mejorada hasta que se declare dicha tasación.(29)

Significa entonces que estas mejoras deben ser tasadas para poder ejercer el derecho de retención, con lo que se desnaturaliza el sentido que le da el art. 1628 a la institución -la del ejercicio directo-. Faltando esta tasación, el derecho de retención queda en suspenso. Lo que es peor, una vez efectuada la tasación, la "retención" opera retroactivamente desde el momento en que se deposita la cosa arrendada.(30)

¿Cuál es el momento en que se efectúa la tasación? El legislador del Código de 1852 prevé que para ello es necesario una "acción civil por pago de mejoras".(31)

Hemos hallado, entonces, -en lo que al Derecho Peruano se refiere- la explicación a la necesidad de una sentencia previa de condena al pago de mejoras para poder ejercer el derecho de retención. Es evidente la importancia que le dió el legislador de 1852 a la tasación de las mejoras, estimando que sobre algo concreto debía ejercerse este derecho. Trasluce con ello la protección de la ley al arrendador con el fin de recuperar la cosa o el bien arrendado, puesto que si no se iniciaba el proceso de tasación y pago de mejoras, para ser calificado como tal por el juez, éstas no serían abonables, anulando el derecho de retención y desprotegiendo al arrendatario del derecho concedido por el citado artículo 1628 del cuerpo legal en mención.

Llegamos a la conclusión que, efectuada la tasación del valor de las mejoras, ésta constituía requisito *sine qua non* para el ejercicio del derecho de retención y con ello podemos decir que la concesión de dicho derecho está subordinada a una sentencia de pago de mejoras. El Derecho de Retención se constituye a través de una sentencia y se sigue en virtud de ella. No es un poder de hecho (ejercicio directo).

Pero esto se entendía hace más de 130 años. No es comprensible que con los avances doctrinarios y legislativos en materia de derecho de retención y mejoras, pueda la Corte Suprema, en 1992, expedir un fallo aduciendo argumentos ya superados por su obsolescencia.

Ha quedado muy arraigado entre nuestros jueces, durante el período republicano y hasta nuestros días, la aplicación de la ley "al pie de la letra", acogiendo las premisas de la Revolución Francesa, cuya idea predominante con respecto al juez era la de considerarlo como "la boca de la ley". Esto es lo que ha sucedido con la resolución en comento, en cuyo contenido nues-

tros vocales supremos sustentan su fallo en el art. 976 del derogado Código de Procedimientos Civiles de 1912.

Dicho artículo establecía: "Si el conductor que ha obtenido sentencia que ordena el pago de mejoras hace valer el derecho de retención que le concede el artículo 1029 del Código Civil no se llevará a efecto la desocupación hasta que el locador pague su valor.

De manera que nuestro Derecho de Retención actual (32) no tendría coherencia técnica con lo dispuesto en el mencionado artículo 976 del C.P.C de 1912. Tampoco lo tendría con el artículo 1029 del Código Civil de 1936, pues para ese tiempo la doctrina sobre el derecho de retención era conocida por sus legisladores.(33)

Teniendo en cuenta que el Código de Procedimientos Civiles data de 1912, es indudable que el Código Civil vigente, en ese momento, era el de 1852; por ende, el tenor del Art. 976 de dicho Código obedece técnicamente a lo que estipulaban los arts. 1615 al 1631 del Código Civil de 1852. He ahí otra razón para entender el rezago que perduraba hasta hace poco tiempo, tanto en materia legislativa como jurisprudencial. (34)(35)

El Código Civil de 1936

¿Qué ha permitido la continuidad de este "rezago" legislativo?. Estando vigente el C.P.C. de 1912, sale a la luz el Código Civil de 1936, cuya sistemática ubica al derecho de retención como Derecho Real de Garantía (36) en título especial y haciéndolo aplicable a los casos en que la ley lo concede o cuando exista conexión entre el bien que se retiene y el crédito que se adeude respecto de ella.(37)

Para su tiempo, el hecho de existir una posesión directa sobre la cosa arrendada por parte del retenedor era suficiente para ser considerado Derecho Real de Garantía. Su efectividad se sujetaba a que subsistiera dicha posesión, porque de lo contrario acarrearía su extinción (38) y su eficacia real radicaba en que el nuevo adquirente del bien no podía asumir la posesión plena mientras no le reembolsara al retenedor el valor de las mejoras.(39)

Legislativamente, el Código Civil de 1936 constituyó un gran avance en materia de derecho de retención. Sin embargo, sólo mencionaba sus características como institución y de los efectos que acarrearía su ejercicio, pero no mencionaba la forma cómo debía ejercitarse. Así, siendo ésta la ley "sustantiva", la ley "adjetiva", en última instancia, era la que debía establecer el mecanismo procedimental de su ejercicio. Pero, como era de esperarse, nuestra legislación procesal civil, para

ese entonces, era nada menos que el C.P.C. de 1912. Y, como habíamos anticipado líneas atrás, la coherencia técnico jurídica entre ambos cuerpos legales encontraba un desfase total. Por un lado, se puede inferir del Art. 1029 que el derecho de retención puede ser ejercido directamente, pero del otro lado, tenemos un Código de Procedimientos Civiles que exige la sentencia previa del pago de mejoras para poder ejercer el derecho de retención.

Es la doctrina la que va sentando los primeros lineamientos del ejercicio del derecho de retención. Basados en la concepción romanística, los tratadistas hallan su forma de ejercicio bajo la figura de la excepción. Así tenemos a Messineo (40) y Coviello (41) quienes lo consideran como excepción dilatoria, y a Jorge Eugenio Castañeda, quien lo considera como excepción perentoria en sentido procesalístico y excepción dilatoria en sentido sustantivo.(42)

Otra corriente doctrinaria señala que el derecho de retención viene a ser una especie de defensa privada, pues el arrendatario no necesita comunicar al arrendador que dentro de un plazo determinado ejercerá su derecho sino que se constituye con la solicitud de devolución del bien y la negativa del propietario a pagar las mejoras. Su ejercicio es directo, un poder de hecho sobre la cosa para lograr que el arrendador satisfaga el crédito, es decir el pago de las mejoras, o de otro modo, que garantice dicha deuda con una garantía más sólida.(43)

Sobre este punto, Rocco señala que "se niega el carácter de defensa privada a la retención en virtud de que lo reconoce la ley y, por lo tanto, el que la ejerce no protege a capricho su derecho, sino que usa una legítima negativa a entregar. Objeción que carece de valor serio, porque la esencia de la defensa privada no consiste en una actividad caprichosa sino en que la ejecución del derecho, en vez de confiarse al Estado, la asume directamente el titular del mismo y el que el régimen jurídico reconozca esta potestad (...) no lo priva de su carácter de autodefensa".(44)

En principio, la regla general es la de "no tomarse la justicia por su propia mano". La solución de las controversias entre los particulares es destinada a un tercero imparcial, cuya decisión debe tener la fuerza suficiente para ser ejecutada. Quien posee dicha atribución del *Ius Imperium* es el Estado, por ello se reconoce a las partes el derecho constitucional de la Tutela Jurisdiccional. Sin embargo, existen casos en que no es posible esperar a acudir al órgano jurisdiccional ante la inminente pérdida de algo, siendo preciso, en algunos casos, sacrificar algunos valores jurídicos por otros de mayor convergencia (45), o que

la conducta a tomarse para la realización de esta "defensa privada" no es una actitud violenta y que bien merece el reconocimiento del ordenamiento jurídico, por ser fenómeno social en grado mínimo de violencia, que es aceptado por los integrantes de la sociedad.(46)

Aparece, entonces, la necesidad de establecer ciertas excepciones a la regla general. Este carácter de excepcional debe tener un elemento distintivo que permita la diferenciación en cuanto a su tutela por el ordenamiento jurídico. Este elemento distintivo viene a ser la Ley, la que indicará los casos permisibles de defensa privada. El derecho de retención es un caso de defensa privada permitida por la Ley; sin este requisito cualquier acción violenta podría sustentarse como defensa privada. Su esencia, reconocimiento, radica en la ejecución del derecho por sí mismo, o sea, el ejercer un poder de hecho, pero hace falta el reconocimiento legal. Primero, para depurar los casos excepcionales de defensa privada; y, segundo, para legitimar la intención del acto específicamente permitido, como derecho subjetivo.

Ahora bien, el reconocimiento de casos específicos de defensa privada puede prestarse a su abuso, por eso, quien la cuestiona puede llevarla a los tribunales y discutirla, donde sólo obtendrá un fallo que se pronunciará sobre el buen o mal ejercicio de la misma, es decir, si fue válidamente realizado o no. En consecuencia, la sentencia a dictarse será declarativa y no constitutiva.

El Código Civil de 1984

Nuestro código vigente reconoce la característica fundamental de cuándo procede el Derecho de Retención.(47) De su texto puede deducirse la forma de ejercicio directo. Pero si bien puede ser concordado técnicamente con el art. 1127, ésto lo es en forma parcial. En efecto, al margen de ser considerado como Derecho Real de Garantía, -lo que es incorrecto en nuestra opinión-, el inc. 1 permite el ejercicio extrajudicial del derecho de retención en forma descriptiva: rehusando la entrega del bien. Un giro sustancial ocurre con el inc. 2 del mismo artículo, que permite su ejercicio judicial en forma de excepción. Veamos por qué.

Como bien anota Monroy Galvez,(48) la ciencia procesal civil no se ha dejado notar sino hasta hace poco tiempo. El Código de Enjuiciamientos de 1852 y el Código de Procedimientos Civiles de 1912 tuvieron un pobre aporte de esta materia, así el último se inspiró en la Ley de Enjuiciamientos de España de 1881. Como fuere, se heredó y se enraizó una concepción netamente civilística del proceso. Poco se podría pensar, en aquel entonces, sobre nociones como "relación jurídica pro-

cesal", "condiciones de la acción" y "presupuestos procesales".

Entendiéndose la "acción" como el derecho exigido en movimiento -la pretensión contra el demandado-, la excepción era un "contraataque a la acción"; es decir, el dejar sin efecto lo que el actor pretendía. Por otra parte, existían excepciones que afectaban el proceso mismo por razón del mal ejercicio de la "acción". Así se clasificaron las excepciones en sustanciales y procesales y a cada una de ellas en dilatorias y perentorias, acogiéndose el criterio romanista, rescatado por el derecho canónico.(49)

Hoy en día, las excepciones tienen una función netamente procesal, no teniendo relación alguna con el fondo del tema controvertido. Resulta ser una especie de defensa de forma (50) pues ataca la validez de la "Relación Jurídica Procesal".(51) Las excepciones sustanciales no existen. Estas, si consisten en dejar sin efecto lo que el actor pretende, basta contradecirlas. En buena cuenta, se trata de una defensa de fondo y no es necesario deducir excepción alguna, pues no es condición indispensable para ejercer la defensa, que de por sí es suficiente por ser derecho inherente al demandado.

Sin embargo, en nuestro actual Código Civil encontramos en algunos artículos que se expresa el término excepción para referirse al fondo. Este equívoco -que ya ha sido advertido tiempo atrás (52)- es producto de la influencia procesal que hemos criticado. Insistiendo, estas "excepciones" son simplemente defensas de fondo. Dentro de este conjunto se encuentra el derecho de retención. Así puede explicarse, la concepción del inc. 2 del Art. 1127.

Concluimos que el derecho de retención no es una excepción. Su ejercicio es directo como defensa privada que la ley admite, dándole la connotación excepcional a la regla general de "no tomarse la justicia por su propia mano". Es sustento suficiente para oponerla como defensa de fondo y, además, para poder reconvenir pretendiendo el pago de las mejoras.(53)

PREMISAS INTERPRETATIVAS COMPLEMENTARIAS RESPECTO DE LA EJECUTORIA SUPREMA

Ya hemos anotado los problemas de interpretación que causó el abrogado Código de Procedimientos Civiles de 1912 sobre el derecho de retención y el pago de mejoras. Pero es menester considerar algunas interpretaciones complementarias.

1.- Es característica de los Derechos Reales de Garantía que su realización se haga efectiva dentro de un

proceso de ejecución de garantías. Por consiguiente, si el derecho de retención es aún un Derecho Real de Garantía, podría entenderse que para su validez es necesario un proceso ejecutivo. Sin embargo, no podría llegarse a tal absurdo, puesto que el legislador ha hecho la salvedad para su ejercicio (Art. 1127). A pesar de lo esgrimido, la idea de la necesidad de un proceso será permanente, siempre que exista conflicto.

2.- Corolario de lo anterior, el inc. 1 del art. 1127 es "letra muerta", pues siempre será necesaria la oposición, como excepción, del derecho de retención.

3.- El contenido del art. 976 del abrogado Código de Procedimientos Civiles de 1912 contradecía, no obstante, la buena intención del legislador, en hacer del derecho de retención un instrumento de rápida efectividad. La idea de que el pago de mejoras es una oposición dentro del "Juicio de Desahucio", permitió que el derecho de retención, por extensión, sea considerado como excepción. A esto se añade que si el pago de mejoras es conditio sine qua non para ejercer el derecho de retención, le da mayor fundamento para atacar a la "acción" que pretende un desalojo.

Veamos ahora el tratamiento que hace el nuevo Código Procesal en la materia que nos ocupa.

DERECHO DE RETENCION Y MEJORAS SU ASPECTO PROCESAL

El caso que es materia del presente análisis, presenta en el aspecto procesal dos temas importantes que, para mayor comprensión, serán tratados separadamente; estos son el referido al tratamiento del Derecho de Retención según el Código de Procedimientos Civiles que data de 1912 en relación con el nuevo Código Procesal Civil; y, en segundo término, la terminología empleada en la Ejecutoria Suprema del 3 de febrero de 1992.

EL DERECHO DE RETENCION EN EL CODIGO DE 1912 Y EL NUEVO CODIGO PROCESAL CIVIL

En el Código de Procedimientos Civiles de 1912, el Derecho de Retención se plantea como una excepción en un "Juicio de Desahucio". Específicamente, el art. 976 dice que si se ha obtenido sentencia que condena al pago de mejoras y se hace valer el Derecho de Retención no se llevará a efecto la desocupación hasta que se pague su valor (54); en tanto, el artículo 974 acota que el pago de mejoras se ejercita en el acto de comparendo de un "Juicio de Desahucio", con lo que se entendería que el pago de mejoras es la reconvencción y el derecho de retención es la excepción, en concordancia con el art. 1127 inc. 2 del Código Civil

Una interpretación "contrario sensu" del artículo 976 permitiría afirmar que si no se ha obtenido sentencia de pago de mejoras, no se puede hacer valer el derecho de retención, con lo cual la ejecutoria estaría en armonía con la ley. Sin embargo, en el nuevo Código Procesal, las mejoras se resuelven en un proceso distinto al de desahucio (llamado Desalojo), pero en la misma vía procedimental y con un plazo para presentar la demanda del pago de mejoras si antes se es demandado por desalojo.

Otro tema importante dentro del tratamiento procesal que se le da al derecho de retención es el referido a la acumulación. Esta se observa en aquellos procesos en los que se nota la presencia de más de una pretensión o más de dos personas en un proceso. La acumulación es muy útil, por tanto sirve para agilizar los procesos además de disminuir la cantidad de éstos como plasmación del Principio de Economía Procesal, evitando así que puedan existir sentencias contradictorias.(55)

En el caso analizado, a simple vista se podría pensar en acumular la pretensión del pago de mejoras con la pretensión de desalojo por medio de una reconvencción (entendida como contrademanda). Pero al analizar el Código Procesal Civil en su art. 559 inc. 1 nos encontramos con una prohibición expresa de la ley, al hecho de reconvenir, en un proceso de desalojo, con una pretensión sobre el pago de mejoras.

Antes de desarrollar esta idea sería conveniente observar lo que dice Devis Echandía sobre reconvencción. Para él "la reconvencción consiste en el planteamiento de un nuevo litigio y de una nueva controversia y, por tanto, lleva el proceso a un terreno distinto, por ejemplo cuando se demanda la entrega de una cosa y se reconviene exigiendo el pago de gastos de conservación" (56)

La vía procedimental escogida para la solución de conflictos relacionados con el desalojo y el pago de mejoras es el proceso sumarísimo. Ovalle, en su Tratado de Derecho Procesal, dice, acerca del Proceso Sumarísimo, "que es aquel en el cual el conocimiento del litigio es limitado a determinados extremos. Igualmente, la composición es parcial y no definitiva. Los procesos sumaríos son de contenido limitado, por ejemplo ver si el título es ejecutable. En el Desahucio el conocimiento del litigio se limita a la determinación de la procedencia o improcedencia de la desocupación del bien arrendado".(57)

En consecuencia, la naturaleza del proceso sumarísimo es brindar tutela jurisdiccional a pretensiones que urge solucionar o en las cuales no es necesario un procedimiento más complicado. Al plantear una reconvencción

se estaría desnaturalizando esta vía procedimental haciéndola más extensa, costosa y contraria al Principio de Economía Procesal.(58)

Por último, tenemos que dejar en claro que el derecho de retención es válido desde el momento en que se ejerce, sin que para dicho ejercicio se necesite un pronunciamiento judicial. Este será necesario, sólo, en caso de conflicto o cuestionamiento del ejercicio de este derecho por la parte contraria; en tal sentido, el pronunciamiento sobre mejoras será el primer punto a considerar, luego el derecho de retención y, por último, el de desalojo.

TERMINOLOGIA EMPLEADA EN LA EJECUTORIA SUPREMA

Nulidad:

La nulidad en materia procesal se refiere a la existencia de vicios que afectan la validez de un acto a diferencia de la revocabilidad que contempla defectos de un acto que lo hacen injusto o equivocado a pesar de su validez y eficacia, es decir, nulidad se refiere a la forma y revocabilidad se refiere al fondo.

Al decir que una sentencia de segunda instancia es nula implica, además, que lo actuado en esta segunda instancia es, en palabras sencillas, no válido; por lo tanto se toma como no actuado (no existente), ergo, si se le dice nulo a un acto refiriéndose a su injusticia se podría estar aumentando una instancia más donde no la debe haber, porque si se ha dicho que una sentencia no existió, entonces debe haber alguna otra que la reemplaza.(59)

Improcedente:

En la Ejecutoria Suprema que es materia del presente análisis, se declara improcedente una petición. La improcedencia, según el artículo 128 del nuevo Código Procesal Civil, y según la doctrina moderna, se da cuando el defecto está referido a la forma esencial de un acto procesal. La Corte Suprema, al declarar la improcedencia, no se está pronunciando sobre el fondo del asunto, es decir, sobre la pretensión, aunque esto es lo que se quiso.

CONCLUSIONES

1. Las realizaciones de las mejoras son una obligación contractual del arrendador. Si éstas son realizadas por el arrendatario origina una obligación legal del arrendador al reembolso de las mismas. Ello constituye presupuesto para el eventual origen del derecho de retención.

2. Finalizado el plazo del Arrendamiento, el arrendador, habiendo solicitado la devolución del bien y negado el reembolso de las mejoras al arrendatario, origina la génesis del derecho de retención a favor del último, como garantía, para que el arrendador cumpla con su obligación de reembolso.

3. Corolario de lo anterior, no es posible que la consecuencia (derecho de retención) origine el presupuesto (obligación de pago de mejoras) y por ello una sentencia de condena al pago de mejoras no puede ser constituyente del derecho de retención.

4. El derecho de retención, por su naturaleza intrínseca, se ejerce a través de un poder de hecho, es decir, no es necesario un aviso previo a persona o autoridad alguna.

5. Lo anterior se sustenta en que el derecho de retención es una especie de defensa privada, permitida por la ley, dado que cumple una función social aceptada por los integrantes de la sociedad. Dicha función consiste en que su ejercicio, a través de un poder de hecho, garantiza el cumplimiento de la obligación del arrendatario al pago de las mejoras que realizó el arrendador.

6. Siendo el derecho de retención una especie de defensa privada, ésta no puede ser ejercida bajo la forma de excepción al interior de un proceso. Aún cuando se iniciara un proceso de desalojo, bastaría la contradicción a la pretensión del actor, vale decir que su defensa de fondo está en demostrar la validez del ejercicio del derecho de retención, y no deducirla como excepción procesal porque no se cuestionaría la validez de la relación jurídica procesal sino el fondo de la controversia.

7. En consecuencia, mal podría considerarse al derecho de retención como derecho real de garantía, puesto que la ejecución de éstas requieren de un proceso judicial. En cambio si se le considera como derecho personal con eficacia real, se afirma su carácter de defensa privada legitimada por la ley, y su ejercicio es uno solo: el poder de hecho.

8. El proceso sumarísimo está concebido para los conflictos que, por la urgencia en que se requiere de tutela jurisdiccional, sean discutidos en el menor tiempo necesario posible. Por ello, no es procedente la reconvencción. Ello a propósito de que en el código abrogado la pretensión del pago de mejoras venía concediéndose a manera de reconvencción. En el nuevo Código Procesal se acoge esta fórmula a sabiendas de que el derecho de retención y el pago de mejoras son pretensiones distintas y coordinadas, no subordinadas, pues la renuncia al derecho de retención no impide que se reclamen el reembolso de las mejoras.

9. El ejercicio del derecho de retención es válido desde el momento en que se ejerce, por estar legitimado por la ley, y sin que sea necesario un pronunciamiento judicial previo. Sólo si se cuestiona su validez dentro de un proceso, la sentencia a recaer será declarativa y no constitutiva.

CITAS

(1) CABANELLAS, Guillermo. Diccionario de Derecho Usual. Mejoras. p. 330.

(2) Código Civil, Art. 916.

(3) ARIAS SCHREIBER, Max. Exégesis - Los Derechos Reales. Tomo IV.

(4) Código Civil. Art. 917.

(5) GUZMAN FERRER, Fernando. Comentarios al Código Civil de 1936. Art. 835.

(6) ROMERO ROMANA, Eleodoro. Derecho Civil - Los Derechos Reales. 2ª edición. Talleres gráficos "Marcos". Lima. p. 85.

(7) Tema que desarrollaremos más adelante.

(8) ROMERO ROMANA, Eleodoro. *Op. cit.*, p. 501.

(9) BARBERO, Doménico. Sistema de Derecho Privado. Tomo II. trad. de Santiago Sentís Melendo. Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires. 1967. p. 119.

(10) Art. 1681.- El Arrendatario está obligado:...

inc. 10) A devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario.

(11) Si bien el desequilibrio contractual obedece al incumplimiento de una de las prestaciones principales, existen otras que coadyuvan al cumplimiento de la principal. Estas "colaboran" a que pueda realizarse el fin práctico que buscan las partes y el fin social para el cual fue concebida la figura contractual. Véase RAMELLA, Anteo. La Resolución por Incumplimiento. Ed. Astrea, Buenos Aires. 1975. p. 58.

(12) Art. 1680.- El Arrendador está obligado:...

inc. 2) A realizar durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias, salvo pacto distinto.

- (13) Véase BARBERO, Doménico. *Op.cit.*, p. 106 y ss.
- (14) LOHMANN, Juan Guillermo. *Temas de Derecho Civil*. Universidad de Lima, Lima, p. 168.
- (15) LOHMANN, Juan Guillermo. *Ibid.* p. 170.
- (16) COVIELLO, Nicolas. *Doctrina General del Derecho Civil*. UTEHA, México. 1938. p. 557.
- (17) FUEYO LANERI, Fernando. *Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones*. 2ª edición. Editorial Jurídica Chile, Santiago. 1992. p. 240.
- (18) Véase en CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Instituciones del Derecho Civil - Los Derechos Reales de Garantía*. Tomo III. Ed. Amauta, Lima. 1967. p. 565.
- (19) CASTAÑEDA, Jorge. *Ibid.*, p. 565.
- (20) CASTAÑEDA, Jorge. *Ibid.*, p. 565.
- (21) COVIELLO, Nicolas. *Op.cit.*, p. 557.
- (22) ROCCO, Alfredo. *Principios de Derecho Mercantil*. Editorial Nacional, México D.F. 1966. p. 366.
- (23) Para un mejor estudio y exposición sistemática, véase LOHMANN, Juan Guillermo. *Op.cit.*, p. 165 y ss. en donde fundamenta la posición que asumimos en su mayor parte, discrepando en cuanto al modo de ejercicio de este derecho.
- (24) Sobre la característica de la oposición frente a terceros a la que alude el art. 1128 del Código Civil, estamos de acuerdo con Lohmann en que el propio artículo establece una excepción respecto a los inmuebles, siendo la regla general la no oposición del derecho de retención frente a terceros en los demás casos. LOHMANN, Juan. *Ibid.*, p.171.
- (25) Código Civil de 1852
- Art. 1377.- Háysase ó no pagado el precio en la venta de un inmueble, se puede demorar la entrega para obligar al comprador á concurrir al otorgamiento de la escritura pública de la venta. Durm este derecho mientras dura la resistencia ú omision de parte del comprador.
- Para autorizarse á la retencion, debe emplazarse judicialmente al comprador.(sic)
- (26) Código Civil de 1852
- Art. 1628.- Concluido el tiempo de la locacion, puede el conductor retener la cosa arrendada, hasta que se le pague el valor de las mejoras abonables que en ella haya puesto.(sic)
- (27) Código Civil de 1852.
- Art. 1617.- Ninguna mejora es abonable al arrendatario, si no se pone en virtud de convenio por escrito, en que el dueño se haya obligado á pagarla.
- Quedan exceptuados de esta disposicion los reparos necesarios á que estaba obligado el locador, los cuales serán abonables si se hacen por el arrendatario despues que, privada y judicialmente, se notifique al primero de la necesidad de la reparacion (sic)
- (28) Código Civil de 1852.
- Art. 1621.- No se concede al arrendatario ninguna accion civil por lo que se le adeude al fin de la locacion proveniente de gastos ó mejoras, en la parte que exceda de las tres rentas anuales de la cosa arrendada; siendo nula cualquier obligacion que se otorgue en contrario.(sic)
- (29) Código Civil de 1852.
- Art. 1625.- Si al concluirse el tiempo de la locacion ó despues de haber concluido no estuviesen tasadas las mejoras, el conductor que resistiere ó eludiere su justiprecio, no gozará entre tanto del derecho de retencion concedido en el artículo 1628; se depositará la cosa mejorada hasta que se declare el valor de las mejoras.
- El tiempo que dure este depósito se cuenta en el de la retencion señalado en el artículo 1629.(sic)
- (30) Código Civil de 1852.
- Art. 1625, 2º párrafo.- El tiempo que dure este depósito se cuenta en el de la retencion señalado en el artículo 1629.(sic)
- (31) Véase la nota 19.
- (32) Art. 1123 del Código Civil vigente.
- (33) Véase *Actus de la Comisión Reformadora* 7º fascículo, "La Editorial S.A", Lima. 1929. p. 80 y ss. en la ponencia que presenta el Dr. Solf y Muro.

- (34) Existen otras razones más. La Ley del 18 de Marzo de 1873 (21 años después de la dación del Código de Enjuiciamientos en materia civil de 1852) establece el procedimiento para ventilar los "Juicios de Desahucio". Dicha ley, que resguardaba al arrendador en la recuperación de la cosa arrendada, en sus arts. 15 y 16 establecía que si a la pretensión del actor (arrendador) se oponía "graves y fundados reparos" que legitimaban el abono de mejoras por parte del arrendador, con o sin actuación de pruebas, el juez "resolvía la cuestión, mandando dar posesión al locador (arrendador) dentro de tres días, **previo pago** del valor de las mejoras (sentencia de entrega de la cosa y de pago de mejoras tasadas), al cabo de los cuales si el locador no abonaba el pago, el conductor puede pedir y **el juez ordenará, que éste retenga la posesión del fundo** hasta que aquel verifique el pago" (Art. 17).
- Posteriormente la Ley del 18 de Octubre de 1902 ampliaba la Ley de 1873, sin mencionarse algún punto sobre el pago de mejoras que quedaba vigente. Estos son los antecedentes para que el Código de Procedimientos Civiles de 1912 pudiera contemplar este modelo procedimental (respecto del derecho de retención y pago de mejoras relacionados al "Juicio de Desahucio") en los arts. 974 al 976, y que no fueron modificados hasta la abrogación del mismo. (Respecto a la leyes mencionadas, consultar DE LA LAMA, Miguel A. *Código de Enjuiciamientos en materia civil*. Lib. e Imp. Gil, Lima. 1905. p. 539 y ss.)
- (35) Véase también ALAYZA Y PAZ SOLDAN, Toribio. *El Procedimiento Civil en el Perú*. Lib. e Imp. Gil, Lima. 1935. p. 333.
- (36) Código Civil de 1936
- Libro Cuarto: De los Derechos Reales, Sección Cuarta: De los Derechos de la Garantía. Título V: Del Derecho de Retención
- Art. 1029.- Por el derecho de retención un acreedor detiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos en que lo establece la Ley o siempre que la duda provenga de un contrato o de un hecho que produzca obligaciones para con el tenedor del bien.
- (37) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op.cit., p. 571; LOHMANN, Juan. Op.cit. p. 174.
- (38) Código Civil de 1936
- Art. 1032.- El derecho de retención se extingue por la entrega o abandono del bien pero no por su desposesión ilegal.
- (39) Código Civil de 1936
- Art. 1034.- El derecho de retención no impide el embargo y remate del bien, pero el adquirente no podrá recogerlo del poder del retenedor sino entregándole el precio de la subasta en lo que baste para cubrir su crédito y salvo la preferencia hipotecaria que existiese.
- (40) MESSINEO, Francesco. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Trad. de Santiago Sentís Melendo. Tomo IV - Derecho de las Obligaciones. EJEA, Buenos Aires. 1955. p. 168.
- (41) COVIELLO, Nicolas. Op.cit., p. 557.
- (42) CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Op.cit., p. 592.
- (43) Advirtiéndose que este poder de hecho sobre la cosa bien se refiere al comportamiento que desempeña el retentor con respecto a ella y no como una legitimación a gozar de la cosa, pues no es esa la intención de la retención sino la de garantizar un crédito; por consiguiente es un derecho a la posesión, no a disfrutar de ella. (LOHMANN, Juan. Op.cit., p.178.)
- (44) ROCCO, Alfredo. *Principios de Derecho Mercantil*. Editora Nacional, México D.F. 1966. p. 366.
- (45) Por ejemplo la legítima defensa, en materia penal.
- (46) Bajo esta perspectiva, el Derecho de Retención, fenómeno que consiste en una defensa privada, es relevante para el Derecho, que acoge en ella la fenomenicidad (por ende, es un hecho jurídico), y la voluntariedad del mismo, entendida esta última como conducta del hombre (que en todos los casos es voluntario, pues no existe conducta sin voluntad); de manera que podemos catalogar al Derecho de Retención como un Acto Jurídico. Aventurándonos un poco más, sostenemos tal posición, en el sentido que no se trata de un mero acto jurídico como se le entiende al Contrato desde la clásica perspectiva civilística francesa, vale decir, el Derecho de Retención no es un Negocio Jurídico, pues siendo la finalidad práctica de ésta institución la de garantizar la satisfacción del crédito respecto del bien que se retiene -es decir, la intención del retentor en que se le reembolsen las mejoras-, este efecto práctico no será el tomado o recogido por el ordenamiento jurídico sino que el efecto concedido por éste consistirá en mantener al retentor en la posesión del bien. Con ello, la Ley le otorga a esta forma de defensa privada, característica especial de le-

gitudinal que permitirá su ejercicio sin obstáculo alguno. Si se recogiera el efecto práctico -querido por el retenedor- como efecto jurídico, perdería su función principal, que es la de garantizar el crédito respecto del bien que se retiene, pues si ésta no se cumple, el Derecho de Retención desaparece. El concepto que desarrollamos ha sido elaborado por la doctrina alemana e italiana bajo la denominación de Acto Jurídico en sentido estricto. Categoría que se concibe como una especie del llamado Supuesto de Hecho. (Quedando sometidos a crítica ante cualquier divergencia) Sobre los conceptos de Hecho, Acto y Negocio Jurídico, existe abundante literatura, en especial véanse las obras de Emilio Betti (Teoría General del Negocio Jurídico), Francesco Messineo (Manual de Derecho Civil y Comercial), Manuel Albaladejo (El Negocio Jurídico) y Lina Bigliuzzi Geri y otros (Derecho Civil).

(47) Código Civil vigente. Art. 1123

(48) MONROY GALVEZ, Juan. Temas de Proceso Civil. Lib. Studium Ediciones, Lima. 1987. p. 127 y ss.

(49) MONROY GALVEZ, Juan. *Ibid.*, pp. 97, 99 y ss.

(50) La defensa tiene con sustento un derecho subjetivo: el **derecho de contradicción**, cuya manifestación práctica consiste en la defensa que puede ser de dos tipos: **defensa de fondo**, que es desvirtuar la pretensión del actor; y la **defensa de forma**, cuyos subtipos son las **excepciones** (que cuestionan la validez de la Relación Jurídica Procesal) y las **defensas previas**.

(51) Nuestro novísimo Código Procesal Civil de 1992 acoge este avance de la ciencia procesal en los arts. 446 y ss.

(52) MONROY, Juan. *Op.cit.*, p. 176.

(53) Teóricamente podría darse el caso, pero pueden darse otras razones para que no proceda la reconvencción, y que escapan netamente al tema civil. Véase más adelante la nota 58.

(54) Art. 976 del C.P.C. de 1912.

(55) DEVIS ECHANDIA, Hernando. Teoría General del Proceso. Ed. Universidad, Buenos Aires. 1985. pp. 468-475.

(56) DEVIS ECHANDIA. *Op.cit.*, p. 491.

(57) OVALLE. Tratado de Derecho Procesal Civil.

(58) También debemos considerar, además, que la pretensión de pago de mejoras es independiente de la defensa que se ejerce mediante el derecho de retención. Podría suceder que el arrendador no quiera seguir en posesión del bien, en cuyo caso lo devuelve a su propietario. Pero ello, no significa que la pretensión de pago de mejoras desaparece porque se renuncia al ejercicio del derecho de retención. El pago de mejoras -hemos anticipado- es una obligación legal existente desde que el arrendador no cumple con hacer las reparaciones; el derecho de retención es posterior a ella. Por consiguiente, se justifica -desde este punto de vista- que estas pretensiones -distintas entre sí-, sean ventiladas en procesos sumarísimos distintos, pues no requieren de un mayor tiempo para ser discutidas.

(59) DEVIS ECHANDIA. *Op.cit.*, p. 591. lit. 277, inc. d.