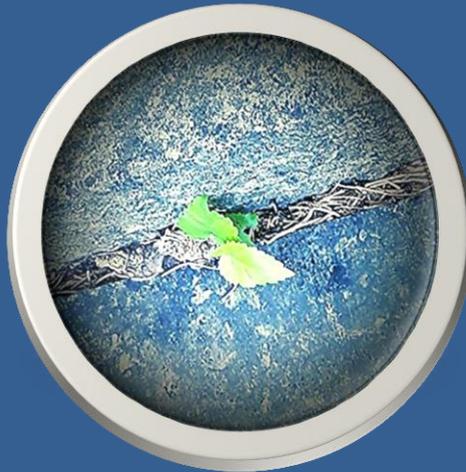


ESCUELA DE  
**POSGRADO**



**PUCP**



Revista de la  
Maestría  
**EN DERECHO PROCESAL**

**Vol. 7, Nº 2**  
**Agosto-diciembre 2017**  
**ISSN 2072-7976**

---

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>



## Contraderechos, objeto litigioso del proceso e infundabilidad en el Código de Proceso Civil brasileño de 2015

*[Counter-rights, object in the legal procedure and dismissal in Brazilian Civil Procedural Code of 2015]*

Fredie Didier Jr.

Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la *Universidade Federal da Bahia* (Brasil)  
Contacto: frediedidier@gmail.com

### Resumen

El trabajo examina la naturaleza de la decisión que se pronuncia sobre un “contraderecho” (excepción sustancial) ejercitado por el demandado, llegando a la conclusión de que tanto cuando se estima como cuando se desestima, la decisión es de mérito y produce cosa juzgada material.

**Palabras clave:** contraderecho; excepciones sustanciales; objeto litigioso del proceso; infundabilidad.

### Abstract

This essay examines the nature of the legal decision that adjudicates a “counter-right” (substantial exception) exercised by the defendant, concluding that both when the counter-right is accepted or denied, the decision is on the merits and produces res judicata.

**Key words:** counter-rights; substantial exceptions; object of legal procedure; dismissal.

Recibido: 23 de diciembre de 2017 / Aprobado: 28 de diciembre de 2017



# Contraderechos, objeto litigioso del proceso e infundabilidad en el Código de Proceso Civil brasileño de 2015\* \*\*

Fredie Didier Jr.

## 1. *Nota introductoria*

El objetivo de este ensayo es examinar un problema poco enfrentado por la dogmática procesal, aunque, paradójicamente, muy frecuente en la práctica forense: ¿cuál es la naturaleza de la decisión que, al estimar un contraderecho ejercitado por el demandado, declara infundada la demanda?

Para ello será preciso definir qué se entiende por infundabilidad y por contraderecho y, también, presentar cuál es la concepción que se adopta del objeto litigioso del proceso civil brasileño.

---

\* Artículo actualizado de conformidad con el CPC de 2015, publicado originalmente bajo el título “Contradireitos, objeto litigioso do processo e improcedência”. *Revista de processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, homenajeando a Agnelo Amorim Filho [traducción de Renzo Cavani y Brian Ragas].

\*\* NOTA DE TRADUCCIÓN: «Improcedência» siempre presupone una decisión sobre el mérito, apta para recibir la cosa juzgada. Equivale, pues, a una decisión que declara infundada la demanda («petição inicial»). Vinculada con esa idea está el término «rejeitar»; ya «indeferir» equivale a la improcedencia que proviene de la calificación de la demanda, esto es, la conclusión del proceso sin pronunciarse sobre el mérito. De otro lado, a diferencia de muchos ordenamientos, el proceso civil brasileño, en casos expresamente previstos por la ley, tiene la posibilidad de declarar infundada la demanda de manera liminar, sin contradictorio previo. Se trata de la «improcedência liminar».

## 2. Generalidades sobre la decisión de infundabilidad

La infundabilidad es el juicio de no estimación de la demanda formulada por el demandante, sea éste reconviniente, oponente, etc.

La infundabilidad puede asentarse en diversos fundamentos, tales como: (a) no ocurrencia del hecho generador del derecho afirmado por la parte; (b) aunque el hecho afirmado por el demandante haya ocurrido, este no tiene aptitud para producir el derecho cuyo reconocimiento se buscaba; (c) reconocimiento del hecho impeditivo de la formación del derecho afirmado por el demandante; (d) el derecho afirmado existía, pero el hecho superveniente al momento de la proposición de la demanda lo extinguió o retiró su eficacia; (e) reconocimiento de un contraderecho, ejercitado por el demandado, que extingue el derecho afirmado por el demandante o que neutraliza sus efectos; (f) la ausencia de prueba de los hechos constitutivos del derecho afirmado por el autor.

La variedad de especies hace el estudio de la infundabilidad más complejo de lo que se imagina en un primer momento.

El correcto análisis del problema debe partir de un presupuesto: toda demanda permite, al menos, dos soluciones para su mérito, esto es, la estimación o desestimación, sin que ello viole la regla de la congruencia (arts. 141 y 492, CPC). Se puede afirmar, inclusive, que toda demanda es, esencialmente, “doble por contradictoriedad”<sup>1</sup>. No hay, por tanto, necesidad de que el demandado pida la *simple* infundabilidad de la demanda. Precisamente por ello el juez puede declarar infundada la demanda: (a) liminarmente, sin escuchar al demandado (arts. 322, CPC); (b) inclusive en caso de rebeldía.

---

<sup>1</sup> En la expresión de Roberto Gouveia Filho, expuesta en el encuentro realizado en Recife el 27.09.2012. En sentido análogo, cfr. OLIVEIRA, B. (2007: 99). Sobre el tema, también, SICA (2011: 211-218).

Dicho ello, se puede extraer la conclusión de que la infundabilidad no es resultado de una acción contraria propuesta por el demandado contra el demandante. Si no fuera así, al declarar infundada la demanda sin la postulación del demandado, en ambos casos indicados arriba, el juez estaría, rigurosamente, actuando como legitimado extraordinario, ejerciendo, en nombre propio, la situación jurídica del demandado contra el demandante.

Esta premisa también autoriza a que se repela una construcción dogmática ingeniosa y seductora, para librar al rebelde del efecto material de la rebeldía (la presunción de veracidad de las afirmaciones de hecho realizadas contra él): el rebelde pondría una acción autónoma declaratoria de inexistencia del derecho del demandante, que, en razón de una supuesta conexión con la acción principal, implicaría la reunión de las causas para el procesamiento y juzgamiento simultáneos. Con esta demanda, los hechos serían controvertidos y, así, la presunción de veracidad dejaría de existir. Esta alternativa estaría asentada en el principio de inapartabilidad [*inafastabilidade*] de la jurisdicción, del cual proviene el derecho fundamental de acción<sup>2</sup>.

Pero esta solución no parece ser dogmáticamente aceptable.

La “acción contraria” propuesta por el demandado es, en realidad, la misma acción anteriormente propuesta por el demandante. Entre ellas no hay conexión, como se suponía; hay, en realidad, litispendencia. Estamos ante la misma demanda, propuesta por partes diferentes, con vectores contrarios. La infundabilidad de la demanda, en razón de la inexistencia de su derecho, es una de las consecuencias posibles de la instauración de aquel proceso, como ya fue visto. Pedirla por medio de una acción autónoma es presentar al Poder Judicial la misma situación jurídica ya sometida

---

<sup>2</sup> El argumento viene expuesto con desenvoltura y profundidad por OLIVEIRA, B. (2007: 351 ss).

da a él. Tanto ello es así que la “infundabilidad” de esta acción autónoma propuesta por el demandado consiste, precisamente, en la fundabilidad –reconocimiento de la existencia del derecho– de la acción propuesta por el demandante. Estas acciones poseen idéntica *res in iudicium deducta*; son idénticas, no conexas.

No debe de extrañar la afirmación de “litispendencia” por el hecho de ser diferentes las partes. La litispendencia entre acciones propuesta por partes diferentes es un fenómeno conocido y frecuente en los casos de legitimidad concurrente<sup>3</sup>. Por tanto, todo pedido de reconocimiento de un derecho trae consigo la posibilidad de que éste derecho no sea reconocido. Este fenómeno se llama *duplicidad*, precisamente porque cualquiera de los sujetos de la relación jurídica discutida tiene legitimidad para llevarla a la apreciación jurisdiccional, pese al hecho de que sus intereses sean contrapuestos.

### **3. *Contraderecho: concepto y régimen jurídico procesal***

El contraderecho es una situación jurídica activa<sup>4</sup> –situación de ventaja– ejercitada como reacción al ejercicio de un derecho. Es un derecho contra el ejercicio de otro derecho, así como el antídoto es un veneno contra otro veneno. Es un derecho que no es ejercitado mediante *acción*. La afirmación del contraderecho es realizada en la *defensa* y no en la *acción*<sup>5</sup>. Cuando se reconviene o se formula pedido contrapuesto –especies de acción del demandado contra el demandante– el demandado afirma tener derecho (y no un contraderecho) contra el demandante; acciona, no se defiende.

---

<sup>3</sup> Si dos legitimados extraordinarios formulan el mismo pedido, basado en la misma causa de pedir, tenemos la misma demanda, propuesta por diversos demandantes.

<sup>4</sup> MELLO (2004: 185-186); CORDEIRO (2007: 350-353); OLIVEIRA, R. (2012: 43).

<sup>5</sup> También en ese sentido, OLIVEIRA, R. (2012: 36 y 38).

Los contraderechos sirven para *neutralizar* la situación jurídica afirmada por el demandante, como en el caso de la prescripción o de la excepción de contrato no cumplido, o *extinguirla*, como en el caso de la compensación y de los derechos previstos en el § 4º del art. 1.228 y en el párrafo único del art. 1.255 del Código Civil brasileño<sup>6</sup>. Hay quien designa a los primeros como *excepciones sustanciales*<sup>7</sup>, mientras que los otros serían derechos potestativos ejercitados en la defensa<sup>8</sup>. Quizá sería preferible designar todo como *excepción sustancial*, que se dividiría en dos especies, según la respectiva eficacia. Esta es la opción terminológica de este ensayo.

Los contraderechos que *neutralizan* la situación jurídica afirmada por la otra parte pueden dividirse en contraderechos *perentorios*, si es que esa neutralización es permanente (como la prescripción) o *dilatorios*, si la neutralización es temporal (como en el caso de la excepción de contrato no cumplido, del derecho de retención y del beneficio de orden)<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> § 4º del art. 1228 del Código Civil: “El propietario también puede ser privado de la cosa si el inmueble reivindicado consiste en un área extensa, en posesión ininterrumpida y de buena fe, por más de cinco años, de considerable número de personas, y estas no la hubieran realizado, en conjunto o separadamente, obras y servicios considerados por el juez de interés social y económicamente relevante”. Párrafo único del art. 1,255 del Código Civil: “Si la construcción o la plantación exceden considerablemente el valor del terreno, aquel que, de buena fe, plantó o edificó, adquirirá la propiedad solo, mediante el pago de la indemnización fijada judicialmente, si no hubiera acuerdo”.

<sup>7</sup> En ese sentido, Rafael Alexandria de Oliveira (2012: 43), que entiende por excepción sustancial solo el contraderecho *neutralizante*; no, sin embargo, el *extintivo*. El autor sigue la línea de PONTES DE MIRANDA (1983: 6).

<sup>8</sup> PONTES DE MIRANDA (1983: p. 4), por ejemplo, afirma que las excepciones son “inconfundibles con los derechos formativos extintos, como el derecho a la compensación, y como las pretensiones a la declaración de nulidad o de anulación. No destruyen, no extinguen; encubren eficacia”.

<sup>9</sup> OLIVEIRA, R. (2012: 54).

Al ejercitar un contraderecho, el demandado, en vez de negar el derecho afirmado por el demandante, lo *supone*; precisamente por eso el contraderecho lo tiene en la mira para neutralizarlo o extinguirlo.

El demandado, al ejercer un contraderecho, afirma la *causa* de este contraderecho y *pide* la consecuencia jurídica consecuyente. La defensa, en este caso, no consiste en una mera alegación; tampoco es una defensa directa (niega los derechos afirmados por el demandante o cuestiona las consecuencias jurídicas pretendidas): se trata de una defensa por la cual el demandado ejercita un *derecho*, una *situación jurídica activa*, cuya peculiaridad precisamente es la de ser ejercitada en contra de la afirmación de un derecho hecha por otra persona.

De un modo general, el contraderecho, para ser conocido por el juez, debe ser ejercitado por el demandado: dado que se trata de un derecho, es preciso que aquel que afirma ser su titular –o algún legitimado extraordinario– lo ejercite. El magistrado no puede conocer *ex officio*, salvo expresa previsión legal, los contraderechos (que, en ese sentido, son excepciones, defensas que el juez no puede conocer de oficio). La prescripción posee un régimen jurídico particular: aunque es un contraderecho, puede ser conocida de oficio por el juez (art. 487, II, CPC).

Si el contraderecho no es ejercitado al momento de la contestación, precluye el derecho de ejercitarlo, salvo que la ley expresamente permita el ejercicio en cualquier momento, lo cual es muy raro (por ejemplo: prescripción, art. 193 del Código Civil<sup>10</sup>).

Obsérvese que esas dos últimas características no son esenciales a los contraderechos: componen tan solo su régimen jurídico-procesal, correspondiendo al derecho positivo regularlo; son,

---

<sup>10</sup> Art. 193 del Código Civil: “La prescripción puede ser alegada en cualquier grado de jurisdicción, por la parte a quien beneficie”.

por tanto, características contingentes. No hay desnaturalización del contraderecho si, por ejemplo, el legislador autoriza su reconocimiento de oficio por el juez o si permite su ejercicio en cualquier tiempo, durante el proceso.

Finalmente, el art. 190 del Código Civil<sup>11</sup>, al enunciar que la excepción prescribe en el mismo plazo que la pretensión, se refiere al difícil tema de la prescriptibilidad de los contraderechos<sup>12</sup>.

#### **4. *Contraderecho y objeto litigioso del proceso***

El objeto del proceso es el conjunto del cual el objeto litigioso del proceso es un elemento: este es una parte de aquel. Mientras que el objeto del proceso abarca la totalidad de las cuestiones colocadas bajo apreciación judicial, el objeto litigioso del proceso se ciñe a un tipo de cuestión: la cuestión principal, el mérito de la causa. En cuanto el primero es parte del objeto de la cognición del magistrado, el segundo el objeto de la decisión<sup>13</sup>.

La demanda suele ser considerada como el acto que fija el objeto litigioso y, por tanto, define el objeto del acto final del procedimiento. La demanda puede ser inicial (esgrimida con la petición inicial) o ulterior (como es el caso de las demandas incidentales, reconventionales, deducidas a través de un pedido contra-puesto, oposición, reconvenición, denuncia de la litis, etc.).

---

<sup>11</sup> Art. 190 del Código Civil: “La excepción prescribe en el mismo plazo que la pretensión”.

<sup>12</sup> Sobre la prescriptibilidad de las excepciones sustanciales, cfr. PONTES DE MIRANDA (1984: 24-25); OLIVEIRA, R. (2012: 224-229).

<sup>13</sup> “Así se ve que el objeto del proceso no es tan solo el pedido del demandante, o su pretensión procesal, sino todo aquello que en el (proceso) deba ser decidido por el juez. No solo el objeto del ‘*judicium*’ sino también de la simple ‘*cognitio*’. En fin, todas las cuestiones de hecho, o de derecho, relacionados o no, con el mérito, con el inicio, o desenvolvimiento y el fin del proceso” (SANCHES, 1979: 44 y 45).

Se discute mucho respecto de qué consiste el objeto litigioso: si éste es tan solo el pedido o si en él se incluye también la causa de pedir. El tema es tormentoso<sup>14</sup>. Algunos doctrinarios no llegaron a ninguna conclusión, otros anuncian una posición sin mayor profundidad, pero, según la mayor parte de la doctrina<sup>15</sup>, el objeto litigioso del proceso es el pedido.

Hay quien defiende que el objeto litigioso del proceso es el pedido identificado con la causa de pedir<sup>16</sup>. Hay una tendencia doctrinaria de seguir ese entendimiento<sup>17</sup>, inclusive en razón de la regulación de la cosa juzgada en el derecho brasileño, que exige la identidad del pedido y de la causa de pedir para su configuración.

Nótese que, de acuerdo con esta concepción, también comprenderá el objeto litigioso del proceso la demanda propuesta por el demandado, por reconvencción o pedido contrapuesto. En estos casos, el demandado es demandante, aunque de una demanda incidental.

*Sucede, sin embargo, que esta concepción es insuficiente para explicar la complejidad de las situaciones en donde, en un proceso, alguien afirma tener un derecho.*

La razón de ello es que la participación del demandado en la formación del objeto litigioso no se restringe al caso en que pre-

---

<sup>14</sup> Sobre el tema, SCHWAB (1968: 241-262). Cfr., también, ASSIS (2002: 103-121), quien elabora un bello panorama de las doctrinas alemanas y brasileñas sobre el tema.

<sup>15</sup> ALVIM (1976: 111); BARBOSA MOREIRA (2002: 10).

<sup>16</sup> “El objeto litigioso del proceso, por tanto, se identifica con la circunstancia jurídica concreta deducida en juicio *in status assertionis*, que surge individualizada por la situación de hecho contraria al modelo traído por el derecho material” (CRUZ E TUCCI, 2001: 131). ASSIS (2002: 116, nota 58) afirma que la definición de mérito, en el derecho brasileño, no prescinde la causa de pedir.

<sup>17</sup> Por ejemplo, LEONEL (2002: 367).

sente una demanda contra el demandante. Cuando, en su *defensa*, ejercita un contraderecho, como en los casos de la compensación, excepción de contrato no cumplido y derecho de retención, el demandado agrega al proceso la afirmación de un derecho que compondrá el objeto litigioso de la decisión<sup>18</sup>. El juez decidirá sobre la existencia de este contraderecho como una cuestión principal.

El objeto litigioso, en este caso, pasa a ser el conjunto de las afirmaciones de existencia de un derecho realizadas por el demandante y demandado. De forma resumida, en el caso en donde el demandado ejercita un contraderecho, el mérito del proceso es la suma de dos binomios que puede expresarse de la siguiente manera: afirmación del derecho realizada por el demandante (pedido + causa de pedir) + afirmación del contraderecho realizada por el demandado (pedido relativo a la excepción sustancial + causa de esa excepción sustancial).

La observación tiene una importante repercusión práctica.

La decisión del juez sobre la afirmación del contraderecho, por tratarse de una decisión sobre el mérito de la causa, se vuelve

---

<sup>18</sup> Lodovico Mortara (s/f: 105) llamaba a los contraderechos “excepciones reconventionales”, los que, en su visión, se distinguen de las “excepciones simples” porque, en cuanto estas eran consideradas como simples negativas del derecho afirmado por el autor, aquellas constituían la pretensión del demandado que tenía por objeto neutralizar la eficacia del derecho afirmado por el autor. Moacyr Amaral SANTOS explica su tesis: “En suma, según Mortara, las excepciones reconventionales serían aquellas defensas del demandado que, consistentes en su derecho, *alargarían* el *thema decidendum* originario, forzando al juez a apreciarlo y decidirlo conjuntamente con la pretensión del autor. Pero las contrapretensiones del demandado, comprendidas en las excepciones, no tenderían sino a paralizar [*sic*], en todo o en parte, la acción del actor. En eso se distinguirían de la acción reconventional, que tiene también por objeto un derecho del demandado, del cual se sirve, no para paralizar [*sic*] el derecho del actor, sino, aprovechando la oportunidad que la acción le ofrece, pedir alguna cosa a su favor” (1958: 128).

indiscutible por la cosa juzgada material<sup>19-20</sup>. La no inclusión del contraderecho ejercitado por el demandado en el concepto de objeto litigioso genera una situación excéntrica: habrá un género de derechos, aquellos que solamente son ejercitados como reacción frente al ejercicio del derecho por otra persona, cuya apreciación jurisdiccional no podría volverse indiscutible por la cosa juzgada material –circunstancia que, claramente, no se condice con los principios de la *seguridad jurídica* (decisiones judiciales sobre un género de derechos que jamás quedarían cubiertas por la cosa juzgada, contenido de la seguridad jurídica), de la *inapartabilidad de la apreciación jurisdiccional* (en la medida en que una gama de derechos estaría excluida de la definitividad de la jurisdicción, en todo caso) y de la *igualdad* (derechos del demandante y demandado tendrían un régimen jurídico procesal diverso, sin ninguna justificación en ese sentido).

Todo procedimiento posee un objeto litigioso, que es el tema a ser resuelto por el acto final, del cual todos los demás actos que lo componen son preparatorios. El objeto litigioso de cada procedimiento es definido por su acto inaugural, normalmente una demanda formulada por una de las partes –con la posibilidad de ampliación en razón de la postulación del demandado (con la

---

<sup>19</sup> Se revisa, así, la concepción defendida anteriormente (DIDIER 2011), en donde teníamos la concepción de que el objeto litigioso del proceso estaría compuesto solo por el pedido y por la causa de pedir contenidos en la petición inicial.

<sup>20</sup> En el sentido del texto, cfr. MORTARA (s/f: 104 ss.); DENTI (1961: 36 ss); MESQUITA (2009: 254). Además, se recomienda consultar la obra de SICA (2011: 245), quien defiende una visión más amplia de participación del demandado en la formación del objeto de la cosa juzgada: para el demandante, la contestación del demandado, en cualquier caso, es una acción declaratoria propuesta por él, que debe ser examinada por el juez como cuestión principal. En sentido *contrario*, entendiendo que la afirmación de la excepción sustancial no compone el objeto litigioso, cfr. ORIANI (1991: 281). También, COLESANTI (1965: 221 ss).

afirmación de derechos, en la reconvencción o pedido contrapuesto, o contraderechos, en la defensa)<sup>21</sup>.

**5. La infundabilidad del pedido del demandante que resulta de la estimación del contraderecho ejercitado por el demandado**

El inciso I del art. 487 trata de la principal hipótesis de extinción del proceso con resolución de mérito: se trata del juzgamiento del objeto litigioso del proceso. Se llama de fundabilidad la decisión en la que el magistrado estima la demanda; infundabilidad, por consiguiente, es la conclusión a la que se llega cuando la demanda no puede ser estimada.

El objeto litigioso del proceso, tal como fue visto, está formado por la demanda formulada por el demandante y, si fuera el caso, por la afirmación del contraderecho realizada por el demandado en su defensa.

La infundabilidad de la demanda puede asentarse en el reconocimiento de un contraderecho ejercitado por el demandado, que *extingue* el derecho afirmado por el demandante o *neutraliza* sus efectos.

En el caso de una decisión que estima un contraderecho que neutraliza los efectos del derecho afirmado por el demandante, es preciso mencionar que solamente habrá infundabilidad cuando se trate de neutralización permanente, esto es, un contraderecho perentorio. Acogida la prescripción, por ejemplo, se declara infundada la demanda; lo mismo ocurre si es acogida la excepción de que la deuda cobrada proviene del juego (art. 814° del Código Civil); estimada la compensación ocurre lo mismo (como máximo, podría haber una fundabilidad parcial si la compensación fuera

---

<sup>21</sup> Durante el proceso, el objeto litigioso puede ser ampliado, con la interposición de demandas incidentales, tales como la denuncia de la litis y el incidente de falsedad documental.

parcial). Nótese que, en este caso, existirá un juicio de fundabilidad sobre la afirmación del contraderecho realizada por el demandado y de infundabilidad de la demanda. Por tanto, una decisión judicial con dos extremos<sup>22</sup>.

Si se trata de neutralización *temporal*, el juez no debe decidir infundada la demanda. En este caso, el juez debe acoger el pedido del demandante, pero restringirle temporalmente la eficacia. Habría una situación curiosa de doble fundabilidad (de la acción y de la defensa): el demandante y demandado poseen los derechos que afirman tener. Sucede que el derecho del demandado consiste tan solo en la paralización de la eficacia del derecho del demandante. El tema exige una reflexión más pausada. A esto se dedica el próximo ítem.

#### **6. Decisión que estima el contraderecho dilatorio<sup>23</sup>**

El contraderecho dilatorio –o *excepción sustancial dilatoria*, de acuerdo con la terminología empleada en este ensayo– es aquel que puede ser ejercitado por el demandado, contra el demandante, con el objetivo de impedir, temporalmente, que este ejercite su derecho o pretensión. En esos casos, la excepción consiste en el derecho que el demandado tiene de *rechazar* la prestación que el demandante quiere ver certificada a su favor *hasta que* ese demandante adopte, él mismo, alguna conducta.

Y esta es la pregunta: estimada la excepción sustancial dilatoria, ¿cuál debe ser la decisión sobre el pedido del demandante?

---

<sup>22</sup> Al menos en estos casos, no se puede decir que la infundabilidad de la demanda no significa tutelar los derechos del demandado, como afirma genéricamente MARINONI (2006: 260-261). La infundabilidad de la demanda, que proviene de la estimación de la excepción sustancial perentoria, significa la tutela del contraderecho del demandado.

<sup>23</sup> Este ítem se basa en el libro de OLIVEIRA, R. (2012): 313-319), tantas veces citado en este ensayo. El panorama del problema presentado por él es excepcional (OLIVEIRA, R., 2012: 313-319).

Hay tres corrientes doctrinarias sobre el asunto.

Hay quien afirma que el pedido del demandante debe ser declarado infundado. Así, tendríamos una decisión con dos extremos: infundabilidad de la demanda y fundabilidad de la afirmación del contraderecho por el demandado<sup>24</sup>. Es la posición de Miguel Mesquita, tratando específicamente sobre la excepción de contrato no cumplido<sup>25</sup>. El autor defiende que el caso es de “mera infundabilidad temporal de la acción y la consecuente paralización del derecho subjetivo, sin quedar eliminada la posibilidad de su ejercicio futuro”<sup>26</sup>. El art. 466-C del CPC de 1973, parecía seguir esa orientación: según la cual, cuando un contrato tenga por objeto la transferencia de una cosa determinada, o de cualquier otro derecho, el pedido de cumplimiento de tales obligaciones no será acogido “si la parte que lo intentó no cumpliera su prestación ni la ofreciera, en los casos y formas legales, salvo aún no fuera exigible”.

La segunda corriente camina en sentido opuesto. Se entiende que el pedido del demandante debe ser declarado fundado, condenándose al demandado a una prestación tan pronto reciba

---

<sup>24</sup> Así, por ejemplo, decidió el STJ: “CIVIL Y PROCESO CIVIL. *EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS*. EFECTO PROCESAL. La excepción del contrato no cumplido constituye defensa indirecta del mérito (excepción sustancial); cuando es acogida, implica la infundabilidad de la demanda porque es una de las especies del hecho impeditivo del derecho del demandante, oponible como preliminar del mérito en la contestación (CPC, art. 326). Recurso especial conocido y estimado” (Resp 673.773/RN, ponente Min. Nancy Andrichi, ponencia para decisión Min. Ari Pargendler, Tercera Sala, decidido el 15.03.2007, publicado en el DJ de 23.04.2007, p. 256).

<sup>25</sup> MESQUITA (2009: 95).

<sup>26</sup> MESQUITA (2009: 93).

su contraprestación<sup>27</sup>. Tal opinión se basa en un enunciado del Código Civil alemán<sup>28</sup>.

René Cassin, a su vez, entiende que la estimación de la excepción no implica ni siquiera el rechazo temporal de la demanda del demandante. Su efecto será simplemente, en principio, impedir una condena pura y simple del *excipiens*, y de hacer adicionar una condición a esta condena<sup>29</sup>, que sería la condición del incumplimiento por parte del demandante/excepcionado, de su propia prestación. En ese sentido es también la opinión de Pontes de Miranda<sup>30</sup>, para quien, estimada la excepción, se debe declarar fundada la demanda, pero la satisfacción del crédito del demandante dependerá de que cumpla su obligación. Esta opinión fue expuesta en el caso de estimación de una excepción de contrato no cumplido, pero puede, tranquilamente, ser extendida a cualquier caso de estimación de una excepción sustancial dilatoria.

Tal como afirma Rafael Alexandria de OLIVEIRA<sup>31</sup>, esta es la mejor solución por ser más económica, en la medida que evita una

---

<sup>27</sup> ENNECERUS (1950: 169).

<sup>28</sup> Esta es la redacción de la § 322 del BGB: “(Condena a la prestación simultánea) (1) Si una parte interpone acción al cumplimiento de la prestación debida de un contrato bilateral, el ejercicio del derecho que le corresponde a denegar la prestación hasta la ejecución de la contraprestación sólo tiene la eficacia que la otra parte debe ser condenada al cumplimiento simultáneo. [...]” (LAMARCA MARQUES, 2008: 103).

<sup>29</sup> En el original: “n’emporte même pas le rejet temporaire de l’action du demandeur. Son effet sera simplement en principe d’empêcher une condamnation pure et simple de l’*excipiens*, et de faire adjoindre à cette condamnation [...] une condition” (CASSIN 1914: 617).

<sup>30</sup> PONTES DE MIRANDA (1984: 103), quien en otro volumen de su *Tratado*, afirma que: «El demandado, en la acción, puede ser condenado a prestar siempre que se satisfaga la exigencia del excepcionante» (PONTES DE MIRANDA 1983: 22).

<sup>31</sup> OLIVEIRA, R. (2012: 316-317).

futura demanda después de cumplida la contraprestación por el demandante<sup>32</sup>, discutiéndose un derecho que jamás fue negado, ya que el contraderecho no niega el derecho, conforme dijimos.

En fin, al estimar la excepción sustancial dilatoria, el órgano jurisdiccional debe declarar fundada la demanda, con la consecuente certificación del derecho afirmado por el demandante y la imposición del cumplimiento de ese derecho al demandado, *bajo la condición de* que el demandante, para exigirle la satisfacción del derecho certificado, adopte la conducta que le corresponde<sup>33</sup>: por ejemplo, cumplir o asegurar la prestación que debe, en el caso de la excepción de contrato no cumplido; pagar las mejoras debidas, en el caso de la excepción de retención por mejoras; excutir primeramente los bienes del patrimonio del deudor principal, en el caso de excepción de beneficio de orden.

La decisión es, por tanto, *doblemente fundada*: reconoce la existencia del derecho del demandante (cuya exigibilidad queda, sin embargo, suspendida) y reconoce también la existencia del contraderecho del demandado. Las afirmaciones de derecho realizadas por las partes que componen el objeto litigioso del proceso son fundadas.

### **7. La decisión que no estima la afirmación del contraderecho como una decisión de mérito**

El reconocimiento de un contraderecho afirmado por el demandado lleva la infundabilidad del pedido del demandante, conforme fue visto arriba. Pero, ¿cómo queda la situación contraria? ¿Qué acontece cuando la afirmación del contraderecho realizada

---

<sup>32</sup> ASSIS (2006: 63-64).

<sup>33</sup> Esa es también la opinión de CHIOVENDA (2000: 345), para quien la estimación de las excepciones sustanciales impide “la condena pura y simple” y tiende a “permitir únicamente a todo lo más una sentencia de condena *condicionada* a la contraprestación”. Así, también, específicamente sobre la excepción de contrato no cumplido, THEODORO Jr. (2001: 136).

por el demandado es *rechazada* por el juez? El problema gira en torno a la naturaleza de esa decisión.

Tomemos el ejemplo de la prescripción, que es un contraderecho.

El art. 487, II, CPC, dispone que la decisión es de mérito cuando *decide* la prescripción. Decidir sobre la prescripción es acogerla o rechazarla. Existe, en este punto, una sutil diferencia en relación a la disposición correspondiente del CPC-1973 (art. 269, IV), que mencionaba tan solo la decisión que *pronunciaba* la prescripción; o sea, que estimaba la excepción sustancial, sin mencionar la hipótesis de la decisión que rechaza la prescripción, hecho que llevó a parte de la doctrina a considerar como decisión de mérito solo aquella que la acoge<sup>34</sup>. La nueva redacción impide que se llegue a esta conclusión. El cambio del verbo no fue casual.

Tal como fue visto, cuando se ejercita un contraderecho en la defensa, el demandado amplía el mérito (el objeto litigioso del proceso). La afirmación del contraderecho compondrá el mérito de la causa al lado de afirmación del derecho realizada por el demandante.

La prescripción es un ejemplo de contraderecho. La decisión que no estima la prescripción resuelve parte del mérito de la causa: la parte relacionada a la afirmación del contraderecho. Si no fuera así, tendríamos una situación excéntrica: un derecho (o contraderecho) es afirmado en juicio, discutido en contradictorio; si la afirmación es considerada fundada, hay decisión de mérito y cosa juzgada; si la afirmación es considerada infundada, no habrá decisión de mérito y, por tanto, tampoco habrá cosa juzgada. Tendríamos una cosa juzgada *secundum eventum litis* –cosa juzgada que surge de acuerdo con el resultado del proceso–, en grave

---

<sup>34</sup> LIEBMAN (1976: 198-199); NERY Jr. y ANDRADE NERY (2012: *sub art.* 269); CARVALHO (2010: 91-93); ALMEIDA SANTOS (2012: 412-414).

ofensa al principio de igualdad. Esto es: decisión que no estima este tipo de derecho jamás se sometería a la cosa juzgada. Se trata de un caso raro, posiblemente único, de un derecho que, aun no siendo reconocido judicialmente, podría ser ejercitado nuevamente, ya no existiría el obstáculo de cosa juzgada.

Esa es una razón más para entender que la afirmación de un contraderecho por el demandado compone el objeto litigioso del proceso. Resáltese nuevamente: es muy importante percibirlo.

La decisión que no estima la afirmación de la prescripción – y, *a fortiori*, de cualquier contraderecho– es una decisión de infundabilidad de esa afirmación. Como tal, se subsume al inciso I del art. 487, CPC (o al inciso II, que trata sobre la prescripción, pero que puede ser aplicado por analogía al rechazo de los demás contraderechos). Es una decisión de mérito, apta, por tanto, para producir cosa juzgada material.

### **Referencias**

ALMEIDA SANTOS, José Carlos Van Cleef

2012 *A decisão interlocutória de mérito no processo civil brasileiro: uma visão da perspectiva do procedimento de conhecimento do processo contencioso em primeiro grau de jurisdição*. Disertación de Maestría. São Paulo: Pontificia Universidade Católica de São Paulo.

ALVIM, José Manoel de Arruda

1976 “Dogmática jurídica e o Novo Código de Processo Civil”. *Revista de Processo*. Nº 1. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ASSIS, Araken de

2002 *Cumulação de ações*. Cuarta edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.

2006 *Cumprimento de sentença*. Río de Janeiro: Forense.

BARBOSA MOREIRA, José Carlos.

2002 *O novo processo civil brasileiro*. Vigésimo segunda edición. Río de Janeiro: Forense.

CARVALHO, Fabiano.

2010 *Ação rescisória: decisões rescindíveis*. São Paulo: Saraiva.

CASSIN, René

1914 *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques: exception non adimpleti contractus et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la resolution*. París: Recueil Sirey.

CHIOVENDA, Giuseppe

2000 *Principios de derecho procesal civil*. Traducción de la tercera edición italiana y prólogo del Profesor José Casais y Santaló. Tomo primero. Madrid: REUS.

COLESANTI, Vittorio

1965 "Eccezione (dir. proc. civ.)". En *Enciclopedia del diritto*. Volumen XIV. Milán: Giuffrè.

CORDEIRO, António Menezes

2007 *Tratado de direito civil português: parte geral*. Tomo primero. Tercera edición. Coimbra: Almedina.

CRUZ E TUCCI, José Rogério

2001 *A causa petendi no processo civil*. Segunda edición. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais.

DENTI, Vittorio

1965 "L'eccezione nel processo civile". *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Milán: Giuffrè.

DIDIER Fredie Jr.

2011 *Curso de Direito Processual Civil*. Decimotercera edición. Volumen primero. Salvador: Jus Podivm

ENNECCERUS, Ludwig

1950 *Derecho de obligaciones*. Volumen primero. Revisión de Henrich Lehmann. Traducción y adaptación de la 35ª ed. alemana realizada por Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Bosch.

LAMARCA MARQUÉS, Alberto

2008 *Código Civil Alemán y Ley de Introducción al Código Civil*. Madrid: Marcial Pons.

LEONEL, Ricardo de Barros

2002 “Objeto litigioso e duplo grau de jurisdição”. En Cruz e Tucci, José Rogério y José Roberto dos Santos Bedaque (coords.). *Causa de pedir e pedido no processo civil (questões polêmicas)*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

LIEBMAN, Enrico Tullio

1976 *Estudos sobre o processo civil brasileiro, com notas da Dra. Ada Pellegrini Grinover*. Segunda edición. São Paulo: Bushatsky.

MARINONI, Luiz Guilherme

2006 *Teoria geral do processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

MELLO, Marcos Bernardes de

2004 *Teoria do fato jurídico: plano da eficácia*. Segunda edición. São Paulo: Saraiva.

MESQUITA, Luís Miguel de Andrade

2009 *Reconvenção e exceção no processo civil, o dilema da escolha entre a reconvenção e a exceção e o problema da falta de exercício do direito de reconvir*. Coimbra: Almedina.

MORTARA, Lodovico

s/f *Commentario del Codice e delle Leggi di Procedura Civile: della competenza; principii generali della procedura*. Volumen. Segunda edición. Milán: Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi.

NERY Jr., Nelson y NERY, Rosa Maria de Andrade

2012 *Código de processo civil comentado e legislação extravagante*. Décimo segunda edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Bruno Silveira de

2007 *Conexidade e efetividade processual*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

OLIVEIRA, Rafael Alexandria de

2012 *Aspectos processuais da exceção de contrato não cumprido*. Salvador: Jus Podivm.

ORIANI, Renato

1991 “Eccezione”. En *Digesto delle Discipline Privatistiche: sezione civile*. Volumen sétimo. Turín: UTET.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti

1983 *Tratado de direito privado: parte geral*. Tomo Sexto. Cuarta edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.

1984 *Tratado de direito privado*. Tomo Vigésimo sexto. Tercera edición. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SANCHES, Sydney

1979 «Objeto do processo e objeto litigioso do processo». *Revista de Processo*. N1 13. São Paulo: Revista dos Tribunais.

SANTOS, Moacyr Amaral

1958 *Da reconvenção no direito brasileiro*. São Paulo: Max Limonad.

SCHWAB, Karl Heinz

1968 *El objeto litigioso en el proceso civil*. Buenos Aires: EJEJA.

SICA, Heitor

2011 *O direito de defesa no processo civil brasileiro*. São Paulo: Atlas.

THEODORO Jr., Humberto

2001 *O contrato e seus princípios*. Tercera edición. Río de Janeiro: AIDE.

# **Revista de la Maestría en Derecho Procesal**

**ISSN 2072-7976**

---

<http://revistas.pucp.edu.pe/derechoprocesal>

**Correo electrónico:  
revista.derechoprocesal@pucp.pe**