

Consideraciones sobre la conclusión del Proceso Contencioso Administrativo por reconocimiento de la pretensión en la Vía Administrativa

Eugenia Ariano Deho*

SUMILLA

El siguiente artículo tiene como tema de estudio el análisis del artículo 42° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo, Ley N° 27584. Dicho artículo regula, a consideración de la autora, una de las modalidades para concluir un proceso, que es la “sustracción de materia”. Para iniciar dicho análisis la autora parte de la definición de sustracción de materia, las consecuencias de su declaración, así como también realiza una comparación del mismo tema en la vía civil, es decir, la regulación y alcances que le da nuestro CPC. Finalmente, realiza una comparación sobre el tratamiento de esta figura jurídica en las jurisdicciones italiana, española y alemana. Lo que nos ayudará a entender mejor cual debe ser el tratamiento que se le debe dar a esta figura para su correcta aplicación y consecuencias jurídicas que devengan de tal declaración.

1. Premisa: artículo 42° del TUO de la LPCA

El Decreto Legislativo N° 1067, al modificar la Ley que regula el Proceso Contencioso Administrativo (LPCA), tuvo a bien introducir el artículo 38-A, disposición que con la “re- numeración” operada en el Texto Único Ordenado (TUO) de la LPCA, resultó ubicada en el artículo 42°.

La disposición tiene el siguiente tenor:

“Conclusión anticipada del proceso. Si la entidad demandada reconoce en vía administrativa la pretensión del demandante, el juez apreciará tal pronunciamiento y, previo traslado a la parte contraria, con su absolución o sin ésta, dictará sentencia, salvo que el reconocimiento no se refiera a todas las pretensiones planteadas”.

Esta “nueva” modalidad de conclusión del proceso, tiene mucho de misterioso, en particular en lo atinente al contenido que deba tener la sentencia: ¿será una sentencia estimatoria o desestimatoria de la pretensión del demandante? ¿Será una sentencia meramente absolutoria de la instancia, *id est*, de improcedencia de la demanda (u otra fórmula semejante)? ¿Tendrá (o no) esa sentencia

la aptitud de adquirir la autoridad de cosa juzgada con la consecuente posibilidad (o no) de aplicación del artículo 49° LPCA? A estas cuestiones trataré de darle respuesta en las siguientes líneas.

2. ¿El artículo 42° LPCA contiene un supuesto específico de conclusión del proceso por “sustracción de materia”?

In primis, lo que hay que aclarar es que el artículo 42° LPCA *no contempla* un supuesto de *allanamiento* de la administración demandada. El *allanamiento* es el específico *acto procesal* del demandado por el cual acepta la pretensión dirigida en su contra y que determina que, una vez “declarado” (léase, aprobado), “el Juez deb[a] expedir sentencia inmediata” (artículo 333° CPC), se entiende, estimatoria de la demanda. El que el artículo 42° LPCA discorra de reconocimiento en la “vía administrativa” excluye, de plano, que estemos ante un acto procesal de *allanamiento*.

En efecto, el acto de “reconocimiento de la pretensión” se debe haber producido *fuera* del proceso y específicamente en el propio ámbito administrativo y es justamente esta actuación administrativa la que puede determinar que el proceso *concluya*, por cuanto su razón de ser, su objeto (la controversia entre el administrado demandante y la entidad demandada)

* Profesora de Derecho Procesal Civil en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en la Universidad de Lima y en la Pontificia Universidad Católica del Perú.

habría" cesado" al haber la propia administración "reconocido" -reitero a nivel administrativo- las razones de la demanda contencioso administrativa, dándole así satisfacción a los intereses sustanciales del demandante.

Ergo, todo parece indicar que el supuesto conclusivo del artículo 42º LPCA constituye la versión nacional de aquella particular modalidad de conclusión del proceso determinada por lo que los alemanes denominan "*Erledigung der Hauptsache*"¹, los italianos "*cessazione della materia del contendere*"² y los españoles -en el ámbito del proceso civil- "*satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto*" (artículo 22º LEC 2000)³, un supuesto terminativo que en España estuvo previsto en el artículo 90º de su Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956⁴ y ahora en el artículo 76º de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA) de 1998.

De hecho, podemos tener la certeza que nuestro artículo 42º LPCA no es sino una versión — digámoslo así— "adaptada" de la vieja figura española de "*terminación del proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión*"⁵. Para notararlo basta transcribir las dos disposiciones.

Así señalaba el artículo 90º de LJCA de 1956:

"1. Si interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante, cualquiera

de las partes podrá ponerlo en conocimiento del Tribunal si la Administración no lo hiciera.

2. El Tribunal, previa comprobación de lo alegado, dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del recurso y la devolución del expediente administrativo.

3. Si se abandonare el recurso o se desistiera de él por haber dictado la Administración el acto a que se refiere el párrafo uno y después la Administración dictare un nuevo acto revocatorio de aquél, el actor podrá interponer de nuevo recurso contencioso-administrativo, sin previo recurso de reposición, contándose el plazo desde el día siguiente a la notificación del acto revocatorio".

Por su parte la vigente Ley de 1998 señala en su artículo 76º:

"1. Si interpuesto recurso contencioso-administrativo, la Administración demandada reconociese totalmente en vía administrativa las pretensiones del demandante, cualquiera de las partes podrá ponerlo en conocimiento del Juez o Tribunal, cuando la Administración no lo hiciera.

2. El Juez o Tribunal oír a las partes por plazo común de cinco días y, previa comprobación de lo alegado, dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del recurso y la devolución del

¹ Prevista en el § 91a ZPO y, para lo que nos interesa, en el § 113 de la *Verwaltungsgerichtsordnung, VwGO* (del que hablaré luego en el texto). La traducción de *Erledigung der Hauptsache* es incierta. En la reciente traducción de la ZPO debida a PEREZRAGONE-ORTIZ PRADILLO, *Código Procesal Alemán (ZPO)*, Konrad Adenauer Stiftung E.V., Montevideo, 2005, se le traduce como "conclusión por solución del proceso principal" (p. 176), lo que da muy poca idea del fenómeno. De igual forma en la traducción del manual de Stefan LEIBLÉ, *Proceso civil alemán*, 2º ed., Biblioteca Jurídica Diké- Konrad Adenauer Stiftung, Medellín, s/f (pero 1998), p. 296, se le indica (en traducción literal) como "conclusión de lo principal". En rigor estamos ante el "agotamiento del objeto principal", o sea de la "pretensión".

² En el derecho italiano, la figura de la "*cessazione della materia del contendere*" no cuenta con reconocimiento legislativo en el ámbito civil, más sí en el proceso administrativo (del que se dirá *infra* en el texto) y en el proceso tributario (artículo 46º del Decreto Legislativo N° 546/1992), pero cuenta con una larga praxis. Sobre la figura, en el ámbito del proceso civil, cfr., en síntesis, PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere (diritto processuale civile)*, en *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, VI, Giuffrè, Milano, 2002, p. 224 y ss. Igualmente, la amplia monografía de SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, Giappichelli, Torino, 2001.

³ Señala el artículo 22.1 de la LEC 2000: "*Terminación del proceso por satisfacción extraprocesal o carencia sobrevenida de objeto (...)*. 1. Cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda y a la reconvencción, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se haya satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso del demandado reconviniendo o por cualquier otra causa, se podrá de manifiesto esta circunstancia al tribunal y, si hubiera acuerdo de las partes, se decretará, mediante auto, la terminación del proceso". Sobre el tema, cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Civitas, Madrid, 2003, así como la reciente monografía de DOIG DÍAZ, *La terminación del proceso por satisfacción extraprocesal*, La Ley, Madrid, 2008.

⁴ Ya en 1961, DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo*, en *Rivista di diritto processuale*, 1961, p. 581, nota 37, señalaba que "el instituto de la *cessazione della materia del contendere* ha sido positivamente introducido en España, para los juicios administrativos, por el artículo 90º del Texto Unico Ordenado de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado".

⁵ Tal como lo señala GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, cit., p. 282, "aunque la LJCA no utiliza en ninguna ocasión esta expresión, lo cierto es que tanto la doctrina como la propia jurisprudencia consideran que lo regulado en ambos artículos es la "satisfacción extraprocesal de la pretensión" en el proceso contencioso-administrativo".

expediente administrativo, si el reconocimiento no infringiera manifiestamente el ordenamiento jurídico. En este último caso dictará sentencia ajustada a Derecho”.

Ergo, si nuestro artículo 42° LPCA contempla lo que los españoles llaman *terminación del proceso por satisfacción extraprocesal de la pretensión*, la consecuencia es una sola: el artículo 42° está regulando lo que ocurre en un proceso contencioso administrativo cuando durante su transcurso se produce lo que nosotros llamamos “sustracción de materia” (llamada así también, en el espacio latinoamericano⁶).

Si ello es así, como creo que sea así, se impone hacer una pausa para analizar la figura de la “sustracción de materia”, figura ésta que todos damos por sobrentendida⁷, pero que sin embargo “esconde un instituto bajo muchos aspectos enigmático”⁸.

3. ¿Qué es la “sustracción de materia”?

In primis, la llamada “sustracción de la materia” es uno de los institutos a través del cual el hecho sobrenvenido al inicio del proceso tiene relevancia sobre la suerte del proceso en curso.

Ergo, lo primero que distingue a la “sustracción de materia” es el aspecto *cronológico*: se debe tratar de *eventos sobrenvenidos temporalmente* al

planteamiento de la demanda, pues si anteriores podrán ser alegados defensivamente por el demandado a los efectos de la desestimación de la demanda (y si no alegados, a estar a nuestro rígido sistema de alegaciones, quedarán precluidos)⁹.

Lo segundo es que se debe tratar de hechos que harían superflua la continuación del proceso “hacia el epílogo natural, constituido por la emanación de un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia”¹⁰.

Tales hechos —que pueden depender o no de la voluntad de las partes— constituyen circunstancias que modifican la *concreta situación sustancial* tal como deducida en juicio (la *res in iudicio deducta*) y que agotan la controversia.

Así, a modo ejemplificativo suelen reconducirse a supuestos de “sustracción de materia”:

1. la muerte de una de las partes, si el proceso tiene por objeto derechos personalísimos, en cuanto la muerte provoca la extinción del derecho deducido (p.ej., la muerte de una de las partes en un proceso de divorcio)¹¹;
2. la imposibilidad (material o jurídica) para el actor de obtener el objeto (mediato) de su pretensión (p.ej. la destrucción de la

⁶ Terminología que gusta también a PEYRANO, *La extinción del proceso por sustracción de materia*, en *El proceso atípico*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1993, p. 126 y ss., quien, por cierto, expone una visión (en mi concepto equivocada de la figura en cuanto la circunscrita solo al supuesto en que “la materia justiciable sujeta a decisión deja de ser tal por razones extrañas a la voluntad de las partes; no pudiendo el tribunal interviniente emitir un pronunciamiento de mérito (acogiendo o desestimando) sobre la pretensión deducida” (cursivas mías).

⁷ En particular en el ámbito de los que hoy llamamos “procesos constitucionales”, entendiéndose por tal o la cesación de la vulneración (o la amenaza de vulneración) de un derecho constitucional o el que la vulneración haya devenido en irreparable, circunstancias que durante la vigencia de la Ley N° 23506 hacían improcedente la demanda (inciso 1 del artículo 6° de la Ley N° 23506) y que hoy en virtud del segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional, si sobrenvenidas a la presentación de la demanda, provocan una resolución de fondo favorable al demandante.

⁸ Así SASSANI, *Cessazione della materia del contendere. I) Diritto processuale civile*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 1.

⁹ De Stefano -uno de los primeros autores italianos en abordar el tema y principal sostenedor de su “autonomía” frente a otros supuestos típicos de conclusión del proceso- nos señala que lo que en Italia se llama “*cessazione della materia del contendere*” (en lo sucesivo c.m.c.): “se tiene cuando haya venido a menos objetivamente la necesidad de afirmar la concreta voluntad de Ley en sede jurisdiccional. Y, se entiende, siempre que uno de estos eventos ocurra tras la creación de la litispendencia, es decir, después del planteamiento de la demanda: este presupuesto de orden cronológico es absolutamente esencial a nuestra figura: al máximo se podría conceder que se tenga cesación de la materia de la controversia cuando sucesivo al planteamiento de la demanda, sea, no la verificación del evento que quita de en medio la litis, sino el conocimiento y noticia de él por parte del interesado. De otra manera, si el hecho mismo ha ocurrido antes de la notificación de la citación o del recurso, su relevancia será aquella común de los hechos que hacen una demanda inadmisibles o infundada, y expuesta, como tal a su desestimación, por razones procesales o de fondo. La hipótesis genuina de cesación es en cambio aquella de la demanda que solo en función del hecho posterior viene privada de los originarios requisitos de admisibilidad o que la hacían fundada [fondatezza]: así en *La cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo*, cit., p. 571. In igual sentido, *Id.*, *Considerazioni generali sulla cessazione della materia del contendere*, en *Rivista di diritto processuale*, 1969, p. 36 y ss.

¹⁰ RUSSO, *Cessazione della materia del contendere. III) Diritto Tributario*, en *Enciclopedia giuridica Treccani*, VI, Istituto della Enciclopedia Italiana, Roma, 1988, p. 1 de la voz.

¹¹ El tema de los efectos de la muerte de las partes en las litis sobre derechos personalísimos (y como tales intransmisibles) es debatidísimo en particular cuando -como en nuestro ordenamiento- la Ley nada dice. Así es debatible el supuesto de la muerte de una de las partes en un proceso de divorcio. La solución más obvia está en considerar que dado que la muerte produce la extinción del vínculo matrimonial, que es lo que se pretende con el divorcio, el proceso debería terminar con declaración de “sustracción de materia” en cuanto no podría ya declararse la extinción del vínculo matrimonial ya extinguido por la muerte.

cosa reivindicada por causa no imputable al demandado);

3. la modificación de la Ley reguladora del caso (*iussupervivens*), que hace a la situación ya no "tutelable"¹²;
4. la modificación de la fuente de la relación (p.ej., las partes transan extrajudicialmente¹³) vaciando así de objeto la controversia;
5. la extinción del derecho objeto de controversia (p.ej. el demandado cumple con la prestación cuyo cumplimiento se demandó) con la consecuente satisfacción del actor, etc.

Simplificando: se presentaría una "sustracción de materia" de un proceso pendiente cuando por hechos sobrevenidos al planteamiento de la demanda (en rigor, a la notificación de la demanda) el actor obtiene extraprocesalmente lo que pretendía o cuando lo que pretendía ha devenido ya imposible de obtener.

Tal figura parece haber sido reconocida legislativamente por el inciso 1 del artículo 321° CPC como supuesto de conclusión del proceso "sin declaración sobre el fondo" por haberse "sustraído la pretensión del ámbito jurisdiccional"¹⁴. Ergo, a estar a esta "colocación" resultaría que no habría un pronunciamiento de fondo, sino solo uno de "absolución de la instancia" (o sea, un "non

liquet"), que como tal no sería susceptible de adquirir la autoridad de la cosa juzgada.

4. Sigue. La naturaleza de la declaración de sustracción de materia: ¿sustancial o procesal?

Ahora bien, si se tiene en cuenta que todas las (heterogéneas) circunstancias sobrevenidas al momento de la instauración de la litispendencia producen, por lo general, un efecto destructor del *derecho invocado por el actor* y su introducción al proceso lo colocaría -hecha excepción, por cierto, de la muerte del propio actor en el supuesto de derechos personalísimos- en la peculiar situación de que el supuesto de hecho que haría su demanda fundada *ha cesado o mutado*, con la consecuencia de que de llegar a la sentencia su demanda debería ser desestimada por el fondo, debiendo cargar con la respectiva condena en costas (y como lo mismo ocurriría si es que el actor, frente a las circunstancias sobrevenidas, optara por desistirse del proceso o de la pretensión), la jurisprudencia y doctrina europeas (en particular la alemana e italiana) han llegado a considerar que tales circunstancias sobrevenidas conducen a un "modo" especial de declaración de conclusión del proceso, distinto de los "típicamente" regulados (cuales la conclusión por sentencia desestimatoria de la demanda o por el desistimiento del proceso o de la pretensión)¹⁵: declarar concluido el proceso, en razón de la "sustracción de la materia" (como ya dicho,

¹² En nuestro ordenamiento el supuesto del *iussupervivens* es "autónomo" respecto al de la "sustracción de materia" dada la previsión del inciso 2 del artículo 321° CPC.

¹³ La celebración de una transacción extrajudicial constituye el más usual supuesto de "cesación de la materia de la controversia" en el derecho italiano (que ignora la figura de la transacción "judicial"). Entre nosotros, dado que cuando ello ocurre, para dar fin al proceso, tiene que presentarse la transacción al juez para su aprobación, no tiene mayor sentido recurrir en tales casos a la "sustracción de materia" (que efectivamente se ha producido, pero que tiene una regulación especial en cuanto a su operatividad procesal).

¹⁴ Cfr. p. ej., SÁNCHEZ PALACIOS PAIVA, *El Recurso de casación civil. Praxis*, Cultural Cuzco, Lima, 2001, p. 37, al señalar cuáles autos ponen fin al proceso en base al artículo 321° CPC indica (donde el en CPC dice "sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional") simplemente "sustracción de materia"; de igual manera, CARRIÓN LUGO, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, I, Grijley, Lima, 2000, p. 181, dando por buena la dicción legal, pone como ejemplo de "sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional" la puesta a disposición del bien durante el proceso de desalojo, señalando que "en este supuesto carecería de objeto la continuación del proceso y la emisión de la sentencia respectiva".

¹⁵ En rigor, como lo ha aclarado reciente doctrina italiana, no es que la *cessazione della materia del contendere* (c.m.c.) represente "una autónoma modalidad de conclusión del proceso, sino más bien, un peculiar contenido de la sentencia definitiva" (así, BALENA, *Elementi di diritto processuale*, II, 4° ed., Cacucci, Bari, 2007, p. 186), con la consecuencia de que tal pronunciamiento "deba considerarse de fondo siempre que se tenga el cuidado de precisar en cuál sentido y con cuál alcance (...). Ahora bien, al respecto, se evidencia decisiva la constatación que el pronunciamiento mencionado determina la causa (consistente, por lo general, en un hecho que se coloca en el terreno del derecho sustancial) que da lugar a la cesación de la materia de la controversia, en donde dentro de estos límites (y solo dentro de estos límites) hace estado entre las partes: así si la materia de la controversia es declarada cesada como consecuencia del pago de la deuda, la realización del pago no podrá luego ser puesta en discusión, sin perjuicio de la facultad de aquél que ha pagado de actuar en repetición de lo indebido: y si la declaración en mención se relaciona a la emanación de un nuevo acto satisfactivo del interés del recurrente éste podrá ser a su vez anulado o reformado pero quedará firme para siempre que el acto primitivamente emanado no puede ya considerarse existente en el mundo jurídico" (así, RUSSO, *op. cit.*, p. 2). En similar sentido, VIANELLO, *Note sulla natura delle pronuncie che dichiarano la cessazione della materia del contendere*, en *Rivista trimestrale di diritto e proceduracivile*, 1999, p. 697, respecto a la naturaleza de la sentencia que declara la C.M.C., señala que "no es posible prescindir del hecho de que los eventos que determinan la cesación no atienden a la vida del proceso, lo que haría cierta la naturaleza procesal de la decisión, sino más bien atienden al derecho sustancial, incidiendo sobre la situación de derecho sustancial que había sido deducida en juicio. Se debe, sin

“cessazione della materia del contendere”, para los italianos; *“Erledigung der Hauptsache”*, para los alemanes) con posible imposición de la condena en costas al demandado (y no al demandante, como ocurriría en el caso de desestimación de la demanda o del desistimiento) bajo el criterio del “vencimiento virtual” [*soccombenezvirtuale*], o sea valorando cuál habría sido el resultado del juicio si no hubiera sobrevenido ese hecho¹⁶.

Por tanto hay algo que debe quedar claro de nuestra figura: los eventos sobrevenidos al inicio del proceso que producen la “sustracción de la materia” son todos de derecho sustancial y determinan que ya no sería posible la estimación de la demanda tal como fue planteada por el actor. Pero declararla infundada sería injusto para él. Por ello, el declarar la conclusión del proceso por “sustracción de la materia [de la controversia]” resulta ser una “fórmula de compromiso” para evitar un pronunciamiento desestimatorio de la demanda con las perjudiciales consecuencias que ello le traería al demandante.

Ergo, estamos ante una figura “conclusiva” pensada fundamentalmente en el interés del demandante, el cual habiendo tenido la razón al demandar, por eventos sobrevenidos al planteamiento de su demanda, resulta que ya no podría obtenerla.

De allí que, aún cuando nuestro ordenamiento haya colocado a la “sustracción de la materia” (inciso 1 del artículo 321° CPC) entre los supuestos de declaración de conclusión del proceso “sin declaración sobre el fondo”, hay que considerar que no estamos ante un mero pronunciamiento procesal absolutorio de la instancia (o si se quiere “inhibitorio”), sino frente a un pronunciamiento (indirectamente) de orden sustancial y como tal productor de cosa juzgada. Por lo demás, si se piensa que en el artículo 321° CPC se colocan como supuesto de conclusión del proceso “sin declaración sobre el fondo” a la caducidad (que implica, ni más ni menos, ex artículo 2003° del Código Civil, la extinción del derecho) y al “desistimiento de la pretensión” (cuya resolución

aprobatoria equivale ex artículo 344° CPC a una sentencia que declara infundada la demanda), hay que considerar que el intérprete no esté para nada vinculado a considerar que una declaración de conclusión del proceso por sustracción de materia sea “meramente procesal” es decir, de mera absolución de la instancia.

5. Sigue. Tratamiento procesal en el CPC

Ahora bien, el problema “procesal” que suscita la figura de la “sustracción de materia” es el atinente al cómo llegar a la declaración de conclusión. El CPC nada dice, salvo el que se trate de una declaración de “conclusión anticipada del proceso” (artículo 474° CPC), en donde por “anticipada” hay que entender que no se precisa que tal declaración se produzca en la sentencia sino que puede hacerse antes a través de un “auto”.

Pero, a diferencia de los modos “especiales” de conclusión del proceso detalladamente regulados por el CPC, tales la conciliación (artículo 323° y ss. CPC), el allanamiento (artículo 330° y ss. CPC), la transacción (artículo 334° y ss. CPC) y el desistimiento (artículo 340° y ss. CPC), en donde se precisan los momentos y los requisitos formales y de fondo para que opere la declaración de conclusión, tratándose de la “sustracción de materia” todo es un enigma.

En concreto, las cuestiones son muchas: ¿la declaración de conclusión del proceso por “sustracción de materia” puede ser declarada de oficio o tiene que haber una petición de parte?; ¿cualquiera de las partes puede pedirla?

Vayamos a la primera cuestión: de si podría declararse conclusión del proceso por “sustracción de materia” de oficio o si se requiera la petición de parte. Para ello habrá que tener en cuenta que conforme lo dispone el artículo II del Título Preliminar del CPC, el proceso se impulsa de oficio, vale decir que una vez presentada la demanda y admitida ésta, para avanzar no requiere de impulso de parte alguno. Si esto es así -salvo naturalmente los supuestos de conclusión de

embargo, precisar los límites dentro de los cuales la sentencia que declara la cesación hace estado entre las partes en relación a las diversas hipótesis, con resultados diferentes. Si pues la cesación sigue al pago de la deuda, nos aparece que no se pueda sucesivamente discutir de la ocurrencia del pago (salvo, obviamente la repetición del pago por indebido); no así en las hipótesis suscitadas en las que la causa de cesación no sobrevive al objeto de la demanda. Se trata de aquellos casos en los que el evento causa de la cesación, tales como la muerte de la parte en los procesos de estado, sigue “la extinción de la situación jurídica deducida a título de la demanda” y el consecuente vaciamiento de contenido del proceso, habiéndose agotado definitivamente la situación jurídica preexistente”. Igualmente SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processocivile*, cit., p. 394, concluye su analítica monografía señalando que “la sentencia de c.m.c., es de fondo, conteniendo la determinación de la sobrevenida realización/sustitución del derecho controvertido”.

¹⁶ Sobre el “vencimiento virtual” (o potencial) tal como ha sido construido por la jurisprudencia italiana, cfr. SASSANI, *Cessazione della materia del contendere*, cit., p. 4.

proceso por inasistencia de las partes a la audiencia de pruebas (artículo 203° *in fine* CPC)-, el proceso (se entiende, en su primera instancia) puede seguir su curso hasta la emisión de la sentencia, sin que se precise del impulso de parte. Por tanto, salvo que se tratara de un hecho notorio (p.ej. la muerte de la parte demandante), no existiendo la posibilidad de que el juez tome conocimiento “oficial” del evento sobrevenido que produzca la “sustracción de la materia” la declaración *de oficio* (o sea de su propia iniciativa) debe descartarse. En tales casos, aún cuando el evento se haya producido en la realidad -llamémosla así- “extraprocesal”, llegado el momento deberá, necesariamente pronunciar sentencia “según el mérito de lo actuado” (inciso 3° *in fine* del artículo 122° CPC: *qui non est in actis non est in mundo*).

Por otro lado, hay que tener presente que nuestro proceso está estructurado bajo el principio de la preclusión. En tal sentido, todos los hechos deben ser alegados por las partes en los momentos previstos por la Ley: el demandante en su demanda y el demandado en la contestación. Si luego de estos momentos se produce un “hecho nuevo” (como puede serlo justamente el evento que produce la “sustracción de la materia”), podrá ser alegado por la parte interesada antes de “concluida la etapa de postulación del proceso” (momento preclusivo que se desprende del inciso 1 del artículo 374° CPC). Naturalmente, en nuestro ordenamiento es un tanto difícil establecer cuál es ese “momento”, en cuanto lo que el CPC parece entender por “postulación” va desde la demanda (artículo 424° CPC) hasta la fijación de puntos controvertidos (artículo 468° CPC), e incluso comprende la llamada “conclusión anticipada del proceso” (artículo 474°). Una razonable interpretación de lo que se entiende por “conclusión de la etapa de postulación” es que ésta sea el de la “fijación de los puntos controvertidos” y ello porque el *themadispuntandum* queda allí en definitiva fijado y se pasa luego a la admisión de las pruebas. Ergo, los “hechos nuevos” podrán ser alegados por la parte interesada hasta antes de que el juez fije “los puntos controvertidos”, y una alegación *ex post* está precluida. Por tanto, si el hecho sobrevenido que produce la “sustracción de materia” es oportunamente alegado por el interesado: ¿podrá el juez *ex officio* declarar

concluido el proceso? Considero que no. Y ello porque sobre tal hecho tiene que mediar un previo contradictorio entre las partes y, tanto si resulta pacífico como controvertido, el juez deberá insertarlo en el *themadispuntandum* y extraer sus consecuencias al momento de emitir la sentencia que se pronuncia sobre el fondo.

Si el hecho es sobrevenido al momento de la “conclusión de la etapa de postulación”, no podrá ser alegado por la parte interesada y, de darse el supuesto, podrá ser alegado al plantear apelación de la sentencia o al absolver los agravios (inciso 1 del artículo 374° CPC). Si tal “hecho nuevo” configura uno que provoca la “sustracción de materia”, tampoco el juez de segunda instancia podrá pronunciar *ex officio* la conclusión del proceso por “sustracción de materia”, sino que tendrá que darle el curso normal (artículos 373°-375° CPC) y establecer -si probado- las consecuencias del hecho en la sentencia de segunda instancia.

Si el “hecho nuevo”, se verifica después de esos momentos o estando inclusive el proceso en casación, está *absolutamente precluida su mera introducción al proceso* por lo que menos que nunca podría el juez (de segunda instancia, o la Sala Suprema) declarar *ex officio* concluido el proceso por “sustracción de materia”.

De lo dicho, se infiere lo siguiente: para que el juez (cualquier juez, de primera, de segunda instancia o de casación) pueda declarar la conclusión del proceso por “sustracción de materia” no basta que el hecho sea meramente introducido al proceso, sino que se requiere de la *expresa petición de parte en tal sentido*.

Y aquí comienza la segunda cuestión: ¿quién puede hacer tal petición? Si tenemos presente que *la demanda es ante todo petición de un pronunciamiento sobre la pretensión* allí planteada, la respuesta parece obvia: el único que podría pedir que en lugar de emitirse una sentencia sobre la pretensión demandada se emita una resolución que declare concluido el proceso por “sustracción de materia” es el demandante y no ciertamente el demandado, que a lo más podría pedir -si el momento en el que se encuentra el proceso lo permite- que “se tenga presente” el hecho¹⁷.

¹⁷ En el derecho alemán, como se dirá en lo sucesivo en el texto, para que el juez declare concluido el proceso por *Erledigung der Hauptsache* se requiere que ambas partes estén conformes. Sin embargo, a similar resultado sí se podría llegar si es que frente al pedido del demandante de declarar la conclusión del proceso por *Erledigung der Hauptsache* el demandado se opone. En tales casos el Tribunal tiene que determinar si antes del evento la demanda era fundada y si el hecho determinante de la *Erledigung der Hauptsache* efectivamente se ha producido. De ser así, se pronuncia por sentencia que la controversia ha cesado, y resuelve sobre las costas. Sin embargo, no se admite que quien lo pida sea el demandado en cuanto, como lo señala LEIBLE, *op. cit.*, p.

Pero, ¿bastaría la mera petición del demandante para que ello proceda? La respuesta es en mi concepto negativa: se requiere la anuencia del demandado, de la misma manera que cuando el demandante pretende desistirse del proceso se requiere que el demandado no se oponga (artículo 347° CPC). Hay que tener presente que el hecho sobrevenido destruye la “sustancia” de la pretensión actora, por tanto, el demandado puede tener interés que se llegue a una sentencia de fondo desestimatoria de la demanda (con la consiguiente condena en costas y costos).

Por tanto, podemos concluir que para que el juez pueda declarar concluido el proceso por “sustracción de materia”, se requiere que todas las partes (demandante/demandada) estén de acuerdo sobre el hecho que motiva la “sustracción” y que el proceso concluya de tal manera.

Tal es la regla en Alemania¹⁸, y es la solución a la que ha llegado la Corte de Casación italiana, que en consolidada jurisprudencia ha establecido que para que el juez pueda declarar, en sentencia, la cesación de la materia de la controversia: a) no debe haber disenso entre las partes sobre la subsistencia del hecho de cesación y sobre su relevancia jurídica; y b) la cesación presuponga la total remoción de cualquier contraste entre las partes¹⁹.

El que ambas partes deban estar de acuerdo en que el juez no se pronuncie sobre la pretensión demandada, sino que se declare la conclusión del proceso por “sustracción de materia”, se hace mucho más evidente si ello se produce estando el proceso en segunda instancia (que, por cierto,

también se impulsa de oficio) en razón de que existe una (válida) sentencia de primera instancia que en virtud de su apelación debe ser confirmada o revocada por la de segunda.

Y lo mismo se puede predicar cuando el evento se haya producido estando el proceso en casación: la única forma de evitar que la Sala Suprema se pronuncie sobre el recurso y que en su lugar declare la conclusión del proceso por “sustracción de materia” sería que ambas partes (recurrente y recurrido) así se lo pidan.

Sobre el particular es ilustrativo —y nos debe servir de guía para entender la operatividad procesal de nuestra “figura”— el que respecto de las formas “especiales” de conclusión del proceso el CPC disponga que cuando existe ya una sentencia, o no son ya posibles (así para el allanamiento: artículo 331° CPC) o requieran la conformidad de ambas partes. Tal es el evidente caso del desistimiento de la pretensión, en cuanto, conforme al artículo 342° CPC, si aún no se ha dictado sentencia en primera instancia puede ser unilateral, mientras que cuando ella ya se dictó se requiere que el “desistimiento” sea “convencional” (o sea bilateral, o sea, como mínimo aceptado expresa o tácitamente por el demandado). La explicación es un tanto obvia: sea cual fuere el contenido de la sentencia de primera instancia, es decir, independientemente de a quien favorezca, tal desistimiento constituye una (implícita) renuncia a lo ya decidido que como tal tiene que provenir de ambas partes. Por no decir de la transacción, cuyo carácter convencional está fuera de discusión, de allí que proceda declarar concluido el proceso por transacción incluso estando la causa en casación,

299, “solo el demandante puede disponer limitadamente sobre la pretensión”, por lo que “jurídicamente siempre es irrelevante la declaración de conclusión del demandado”.

¹⁸ Es justamente la hipótesis disciplinada en el primer párrafo del § 91a ZPO que a la letra dice “Cuando las partes en la audiencia mediante la presentación de escritos o declaración en el protocolo de la secretaría del tribunal, hayan declarado como resuelto el proceso principal, debe entonces decidir el tribunal sobre las costas con consideración al estado de la causa y del litigio hasta ese momento, mediante providencia en forma discrecionalmente equitativa. Lo mismo rige cuando el demandado no se opone a la declaración del actor de conclusión de proceso por solución dentro del plazo fatal de dos semanas a partir de la notificación del escrito, siendo que el demandado fue avisado de esta consecuencia con anterioridad”. Es también la solución -en principio- de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (LEC 2000), en cuyo artículo 22.1 indica que “Cuando, por circunstancias sobrevenidas a la demanda o la reconvenición, dejare de haber interés legítimo en obtener la tutela judicial pretendida, porque se hayan satisfecho, fuera del proceso, las pretensiones del actor y, en su caso, del demandado reconviniendo o por cualquier otra causa, se pondrá de manifiesto esta circunstancia al tribunal y, si *hubiere acuerdo de las partes*, se decretará, mediante auto, la terminación del proceso”. Sin embargo, según el artículo 22.2 si tal acuerdo no existe, por cuanto “alguna de las partes sostuviere la subsistencia de interés legítimo, negando motivadamente que se haya dado satisfacción extraprocésal a sus pretensiones o con otros argumentos, el tribunal convocará a las partes a una comparecencia sobre ese único objeto, en el plazo de diez días”, tras lo cual resuelve por auto “si procede o no, continuar el juicio”. Es mi intuición que los redactores de la LEC no entendieron muy bien el supuesto, por cuanto el interesado en la declaración de extinción es siempre el demandante (o sea el supuestamente “satisfecho”), pues si se prueba que efectivamente ya está “satisfecho”, su demanda será desestimada. Tal como indica DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo*, cit., p. 579, “La peculiaridad del caso está dada solo por la circunstancia de que aquí es el actor mismo que, para evitar una desestimación por el fondo, con consecuente responsabilidad por costas, pone, por así decirlo, las manos adelante, demostrando que ya no hay lugar para discutir, y el proceso debe ser cerrado”.

¹⁹ Lo reseña PANZAROLA, *Cessazione della materia del contendere*, cit., p. 226 y s.

en cuyo caso todas las sentencias ya dictadas quedan sin efecto.

Por tanto, se puede concluir que en el plano procesal, para que el juez (de primera instancia, de segunda o una la Sala Suprema investida del conocimiento de un recurso de casación) pueda "anticipadamente" (o sea, por auto y sin necesidad de llegar a la emisión de la sentencia) declarar en un proceso civil la conclusión del proceso por "sustracción de materia" se requiere que medie acuerdo entre las partes de que el evento sobrenido ha producido tal efecto (un acuerdo logrado aunque sea en la forma leve de la no oposición del pedido del contrario) y así quieran concordemente que se declare.

Si tal acuerdo no existiera no debería haber la posibilidad de proceder a tal declaración (anticipada de conclusión) y el proceso debería seguir su *iter* ordinario hasta llegar a la sentencia, en la que el juez deberá tener en cuenta la incidencia que provoca sobre la pretensión actora las circunstancias sobrenidas (en tanto resulten oportunamente alegadas y, ciertamente, probadas).

6. Aplicación en el proceso contencioso administrativo. La solución italiana, española y alemana

La pregunta que sigue es si lo precedentemente dicho vale también para la (inequívoca) hipótesis de "sustracción de materia" prevista en el artículo 42º de la LPCA.

Para dar una respuesta hay que tener en cuenta que el fenómeno de la conclusión del proceso por "sustracción de materia" tiene justamente sus orígenes en este tipo de proceso, por ese particular "privilegio" que le quedó a la administración tras el paso del Estado absolutista al Estado de Derecho: el *poder de autotutela*²⁰, es decir, la posibilidad de anular, revocar o sustituir sus propios actos (*autotutela declarativa*), poder éste que no cesa por la circunstancia de que la actuación administrativa esté *sub iudice*²¹.

De allí la no rara posibilidad de que estando pendiente un proceso contencioso administrativo,

en particular en un sistema meramente objetivo, la propia administración anulara, revocara o sustituyera el acto objeto de impugnación, con el consecuente "vaciamiento" de objeto del proceso: si la pretensión del administrado tenía solo por objeto la anulación del acto (en tutela del interés público, no de su propio interés), eliminado o cambiado éste por la propia administración, carecía ya de sentido que el órgano judicial emitiera una decisión sobre la demanda y debía pronunciar una decisión *meramente procesal de conclusión del proceso por "carencia de objeto"*, con la consecuencia de que la propia administración tenía el "control" sobre la litis y la ulterior consecuencia de que el administrado, de considerarse perjudicado en sus intereses (legítimos) con el nuevo acto, tenía que iniciar un nuevo proceso.

A esa situación se enfrentó por años la jurisdicción administrativa italiana hasta la promulgación de la Ley N° 1034/1971 (Ley TAR), cuya jurisprudencia dominante, bajo una visión objetiva del proceso administrativo, consideró que:

- a. Durante la pendencia del proceso administrativo, la autoridad administrativa podía anular o revocar sus propios actos;
- b. El objeto del recurso jurisdiccional era siempre un acto administrativo, a cuya anulación se dirigía la pretensión del recurrente;
- c. Como consecuencia, su objeto cesaba cada vez que la administración eliminara del mundo jurídico el acto impugnado, prescindiendo de si ello ocurriera de manera satisfactiva o no de la pretensión;
- d. La declaración de c.m.c era una decisión procesal a través de la cual el juez simplemente dejaba constancia de la eliminación del acto impugnado;
- e. Al cierre del proceso con tal declaración se acompañaba la compensación de las costas, prescindiendo de toda valoración de las razones aducidas por el recurrente con la demanda²².

²⁰ Cfr. BENVENUTI, *Autotutela (dir.amm.)*, en *Enciclopedia del diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 539 y ss.

²¹ En el sentido de que la figura del artículo 42º de nuestra LPCA resulta de incierta aplicación pues "una vez que la pretensión ha sido planteada ante el órgano jurisdiccional, ninguna autoridad puede avocarse al conocimiento de dicha causa", cfr. PRIORI POSADA, *Comentarios a la Ley del Proceso Contencioso Administrativo*, Ara, Lima, 2009, p. 277 y s. En mi concepto, el que la administración no pueda, una vez iniciado el proceso, anular o revocar (o "retirar", como dicen los italianos) la actuación impugnada en satisfacción de los intereses sustanciales del demandante, me parece tan poco razonable (y antieconómico...) como el que un deudor no pueda pagar a su acreedor, una vez que éste lo haya demandado.

²² Tal fue la doctrina sentada por la sentencia N° 8, dictada en la Sesión Plenaria del Concejo de Estado del 3 de mayo de 1960. Cfr. en SCALA, *La cessazione della materia del contendere nel processo civile*, cit., p. 66 y ss. En esta obra se puede encontrar una síntesis de la atormentada historia de la c.m.c. a nivel de la jurisdicción administrativa.

Sin embargo, con la mencionada Ley N° 1034 de 1971, todo cambió (o debió cambiar...) pues en su artículo 23° se precisó que solo debía declararse la c.m.c. cuando “la administración anula[ra] o reforma[ra] el acto impugnado en modo conforme a la instancia del recurrente”²³, con lo cual quedó claro (o debió serlo) que no bastaba la mera eliminación o sustitución del acto impugnado por parte de la administración demandada, para que se produjera la C.M.C., sino que se requería que la actuación de la administración satisficiera el *interés sustancial del demandante*, eliminando en el plano sustancial “todos los efectos lesivos producidos por el acto impugnado, de manera que el recurrente, por tal vía, [obtuviera] el mismo resultado que habría podido conseguir por un pronunciamiento jurisdiccional de estimación del recurso”²⁴. Por el contrario, de haber la administración simplemente eliminado o modificado el acto impugnado, sin que con ello se diera satisfacción a los intereses sustanciales del recurrente, el proceso debía proseguir²⁵.

En atención a ello, durante la vigencia de la Ley N° 1034/1971, la doctrina mayoritaria (y la propia jurisprudencia administrativa) consideró que la decisión de conclusión del proceso administrativo

por c.m.c. era de fondo, y como tal contenía la determinación de la nueva situación que, en el plano sustancial, se había producido por efecto del hecho sobrevenido.

Y siendo “de fondo”, era idónea para adquirir la autoridad de cosa juzgada, con la consiguiente proscripción para la administración de “retirar” el acto satisfactivo de los intereses del recurrente²⁶, por lo que de hacerlo, el administrado podía constreñir a la administración a cumplir a través de ese particular medio de ejecución que es el “*giudizio di ottemperanza*”.

Tal línea ha sido confirmada por el reciente *Codice del processo amministrativo* (Decreto Legislativo N° 104 del 10 de julio de 2010)²⁷ en cuyo artículo 34° se prevé que el juez administrativo declare con sentencia (calificada desde la sumilla como “sentencia de fondo”) la “*cessazione della materia del contendere*” cuando “en el curso del juicio la pretensión del recurrente resulte plenamente satisfecha” (inciso 5)²⁸.

Un recorrido semejante al italiano, fue el seguido por la legislación española a través de la ya recordada introducción del artículo 90° de la

²³ Tal como lo señala CAIANIELLO, *Cessazione della materia del contendere (diritto amministrativo)*, en *Enciclopedia del diritto. Aggiornamento*, IV, Giuffrè, Milano, 2000, p. 250, la disposición del artículo 23° de la Ley TAR, “es importante no solo por lo que respecta la definición de la figura de la cesación de la materia de la controversia, sino porque se expresa de tal manera que presupone la superación de la concepción del juicio administrativo como juicio sobre actos para acceder a la del juicio sobre la relación o sobre la pretensión sustancial subyacente a la demanda de anulación del acto lesivo”. Es decir, el artículo 23° de la Ley TAR constituye una clara manifestación del cambio de “modelo” de proceso administrativo en el cual su objeto “incluso en aquel general de legitimidad en el que se han tutelado intereses legítimos, es la pretensión sustancial *in iudicium deducta* y no la verificación de la legitimidad del acto impugnado”

²⁴ Así, CAIANIELLO, *Cessazione della materia del contendere*, cit., p. 252.

²⁵ Tal como lo señala RUSSO, *ob. cit.*, p. 1 y s., el artículo 23° de la Ley N° 1034/1971, “zanja la irrelevancia, respecto al proceso en acto, de la sobrevenida emanación de un (nuevo) acto administrativo que no satisfaga plenamente el interés del recurrente por ser en todo o en parte confirmativo del precedente; se trata pues de una suerte de *factio iuris*, según la cual a los fines de la controversia el acto posterior *tamquam non esset* y, correlativamente, el acto anterior es como si continuara a vivir, con la consecuente posibilidad para el juez investido de su impugnación de anularlo cuando resulte ilegítimo. Por otro lado, la norma misma encuentra su origen y justificación en una indiscutible exigencia de justicia, estando dirigida a evitar que la Administración pueda reiterar también al infinito actos reproductivos de la misma ilegitimidad y constreñir al interesado a plantear una pluralidad de impugnaciones en contra de cada uno de los actos sucesivamente emanados; impugnaciones que, viceversa, no son necesarias justamente porque el proceso originario prosigue a fin de aclarar la subsistencia o no de vicios (de ilegitimidad) deducidos originariamente por el recurrente”.

²⁶ Cfr. las conclusiones de SCALA, *ob. cit.*, p. 95 y ss.

²⁷ El nuevo *Codice del processo amministrativo* está vigente desde el 16 de setiembre de 2010 y ha derogado la Ley N° 103 de 1971.

²⁸ Sin embargo, el nuevo *Codice* ha también positivizado la (límitrofe) figura de la “carencia sobrevenida de interés” (es decir, cuando por una circunstancia sobrevenida, la estimación del recurso no podría ya producirle al recurrente ninguna utilidad) estableciendo que esta última da lugar a la “improcedencia” (“*improcedibilità*”) del recurso, es decir, una declaración de mero “rito” (inciso c) del artículo 35°) a declararse, incluso de oficio, según los casos, o por decreto (artículo 85.1) o por sentencia (artículo 85.9). Sin embargo, se llegará siempre a sentencia de fondo cuando pese a que “la anulación de la resolución impugnada no resulta ya útil para el recurrente”, “subsiste interés a los fines resarcitorios”, en cuyo caso el juez debe determinar la “ilegitimidad del acto” (inciso 3 del artículo 34°). Sobre la diferencia entre las dos figuras, cfr., entre muchas, la Sentencia del Consejo de Estado, Sección IV, N°4165, del 5 de agosto de 2005 (consultable en <http://www.giustizia-amministrativa.it/webcds/frmRicercaSentenza.asp>), en la que se sostiene: “La jurisprudencia es constante en sostener que la cesación de la materia controvertida puede ser declarada solo cuando la administración anule o reforme, en sentido conforme al interés del recurrente, la actuación [*provvedimento*] por éste impugnada (Consejo de Estado, secc. IV: 23 setiembre 2004, N° 6225 y 19 octubre 2004, N° 6747), mientras que la declaración de improcedencia [*improcedibilità*] de un recurso jurisdiccional por sobrevenida carencia de interés puede derivar, o de una mutación de la situación de hecho o de derecho presente en el momento de la presentación del recurso, que haga desaparecer el efecto lógico de la actuación impugnada, o bien de la adopción, por parte de la Administración, de una actuación, que, idónea para redefinir la posición de los intereses en juego, aún sin tener ningún

LJCA de 1956, en cuyo proceso contencioso administrativo, a diferencia del caso italiano, se mostró tempranamente la tendencia a ser no ya un proceso “al acto” (en protección del interés público) sino un proceso tendiente a la tutela de las situaciones subjetivas del administrado.

De allí la previsión de que no bastara la mera anulación o revocación del acto administrativo impugnado para dar por “terminado” el proceso, sino que tenía que tratarse de un acto que implicara el “reconocimiento total” en la “vía administrativa” de las “pretensiones del demandante”.

Como la Ley de 1998, reprodujo (con leves variantes) en su artículo 76º el “viejo” artículo 90º de la Ley de 1956, resulta que en España solo puede darse por terminado un proceso contencioso administrativo por “sustracción de materia” cuando la administración dé integral satisfacción extraprocésal a las pretensiones del recurrente.

Naturalmente queda el problema de si el “auto” de terminación tiene eficacia de cosa juzgada. La doctrina anda muy dividida²⁹, pero de lo que al parecer no se tiene duda es que “la Administración no podrá dictar con posterioridad un acto que

contravenga al que satisfizo la pretensión: de hacerlo, dicho acto sería nulo de pleno derecho y su nulidad podrá hacerse valer por medio de un simple incidente suscitado en ejecución del auto de terminación anticipada del proceso”³⁰.

Por lo que atañe a Alemania, el § 113.1, último párrafo, de la *Verwaltungsgerichtsordnung*, (VwGO) de 1960 (paradigma del proceso contencioso administrativo subjetivo) prescribe que si el acto administrativo antes de la decisión viene revocado, el tribunal puede declarar con sentencia que el acto administrativo ha sido ilegítimo, si el actor tiene un legítimo interés en esta determinación³¹. En tal sentido, la doctrina alemana considera que la *Erledigung der Hauptsache* “no provoca que la demanda originaria devenga infundada o inadmisibile, sino que la *muta*, concurriendo los necesarios presupuestos y especialmente el interés, en demanda de mera declaración”³², con la correspondiente condena en costas al demandado³³. Si el actor, en cambio, pide la mera terminación del proceso por *Erledigung der Hauptsache* y el demandado no se opone (o si ambos lo piden), las costas son determinadas en base a criterio equitativo en atención a la precedente situación y al estado del proceso³⁴.

efecto satisfactivo en relación al recurrente, sea tal como para hacer cierta y definitiva la inutilidad de la sentencia (Consejo de Estado, IV, 22 junio 2004, N° 4397).// La cesación de la materia controvertida se verifica, pues, solo cuando a litis instaurada sobrevenga una actuación, que sea apta para eliminar cualquier razón de discrepancia entre las partes, en el sentido de que de ella derive al originario recurrente aquel resultado útil, jurídicamente apreciable, para cuyo logro precedentemente había pedido la intervención del juez”.

²⁹ Cfr. GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, cit. p. 301 y ss. Para este autor “el auto dictado al amparo del artículo 76º LJCA tiene efectos equivalentes a los de una sentencia absolutoria o desestimatoria firme, incluida la eficacia de cosa juzgada”. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, 3º ed., II, Civitas, Madrid, 1998, p. 1405, citando a Gimeno Sendra (que por cierto lo dijo durante la vigencia de la LJCA de 1956), parece inclinarse por atribuirle al auto de terminación “los efectos típicos de la cosa juzgada, impidiendo a la Administración dictar un nuevo acto anulando el que satisfizo extraprocésalmente la pretensión”.

³⁰ GASCÓN INCHAUSTI, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, cit., p. 305.

³¹ Conforme a la traducción de la VwGO realizada por Evelin PatriziaGottschau (cfr. en ABERASTURY (Coord.), *Ley de la Justicia Administrativa Alemana. Análisis comparado y traducción*, Konrad Adenauer Stiftung-AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2009) el último párrafo del § 113.1 dispone: “Si el acto administrativo mediante la anulación o de otra manera no tiene más efectos, el tribunal puede a través de una sentencia, a solicitud, declarar que el acto ha sido ilícito si el demandante tiene un interés legítimo en esa declaración” (para quien no tenga la “barrera idiomática” el texto en alemán es el siguiente: “*Hatsich der VerwaltungsaktvorherdurchZurücknahmeoderanderserledigt, so spricht das GerichtaufAntragdurchUrteilaus, daß der Verwaltungsaktrechtswidriggewesenist, wenn der KlägereinberechtigtesInteresseandieserFeststellunghat*”). Nótese la similitud del supuesto con aquel ahora previsto en el inciso 3 del artículo 34 del *Codice del processo amministrativo* italiano (es decir, cuando, “en el curso del juicio, la anulación de la resolución impugnada no resulta ya más de útil para el recurrente, el juez determina la ilegitimidad del acto si subsiste el interés a los fines resarcitorios”).

³² Lo refería ya DE STEFANO, *La cessazione della materia del contendere nel giudizio amministrativo*, cit., p. 581.

³³ Se infiere del § 161.2 de la VwGO, cuyo texto transcribo en la nota siguiente.

³⁴ Es decir, el régimen es similar al del proceso civil, conforme a lo indicado en la nota 18. Transcribo el § 161.2VwGO, en la (bastante ininteligible) traducción de Gottschau: “Si el litigio se da por terminado en el proceso principal, el tribunal decide por resolución en razón de equidad sobre los costes, salvo en los casos previstos en el artículo 113º, artículo 1, frase 4; el estado actual de los hechos y del litigio debe ser tomado en consideración. El litigio también se da por terminado en el proceso principal, si el demandado no contradice la declaración de la conclusión anticipada del demandante dentro de dos semanas desde la notificación del escrito que contiene la declaración de la conclusión anticipada y haya sido informado por el tribunal de dicha consecuencia” (en el texto en alemán: “*Ist der Rechtsstreit in der Hauptsache erledigt, so entscheidet das Gericht außer in den Fällen des § 113 Abs. 1 Satz 4 nach billigem Ermessen über die Kosten des Verfahrens durch Beschluß; der bisherige Sach- und Streitstand ist zu berücksichtigen. Der Rechtsstreit ist auch in der Hauptsache erledigt, wenn der Beklagte der Erledigungserklärung des Klägers nicht innerhalb*”).

7. Por una cabal interpretación del artículo 42° LPCA. Conclusiones

De lo hasta aquí dicho emerge (al menos para mí) una certeza: el artículo 42° de la LPCA prevé la *única hipótesis* de hecho sobrevenido a la instauración del proceso contencioso administrativo que, determinando una “sustracción de materia”, puede tener relevancia en su devenir: cuando la administración demandada a través de su propia actividad dé total satisfacción a los intereses (sustanciales) del demandante³⁵.

Naturalmente, ello depende de la concreta pretensión que haya planteado el demandante conforme a las previsiones del artículo 5° LPCA (esto es: la mera anulación del acto administrativo, o el reconocimiento o restablecimiento del derecho o interés lesionado del administrado, o la declaración de ser contraria a derecho y el correspondiente cese de la actividad material ilegítima, o la realización de una determinada actuación a la que se encuentre obligada).

Cuando objeto de impugnación fuera un acto administrativo (inciso 1 del artículo 4° LPCA), así como en el caso del silencio, la inercia o la omisión de la administración (inciso 2 del artículo 4° LPCA), si la administración demandada en el ejercicio de su autotutela, anulara, revocara o sustituyera el acto impugnado o, en el caso del silencio u omisión, actuara, sin que con ello se dé satisfacción al interés sustancial del demandante, el proceso debería proseguir con objeto inmutado, sin que el juez esté autorizado a declarar la conclusión del proceso por “sustracción de materia” (la desaparición del acto impugnado o el sobrevenir de la actuación administrativa en el caso del silencio u omisión). Además en esos casos, sería perfectamente posible que el administrado demandante, ex nuevo segundo párrafo del artículo 18° LPCA³⁶, pudiera “ampliar” su demanda a las “nuevas actuaciones impugnables que sean consecuencia directa de aquella o aquellas que sean objeto del proceso”, en tanto tales nuevas actuaciones lesionan (o amenazan) aquellos intereses sustanciales que fundan su demanda.

Y lo mismo se puede decir en el caso de las “vías de hecho” (inciso 3 y 4 del artículo 4° LPCA): solo cuando la administración haya removido su “actuación material” ilegítima, se podrá considerar satisfecho el interés sustancial del actor, sin que pueda ser óbice a la prosecución del proceso el que tal actuación material (ilegítima al momento de la demanda) venga *ex post* “convalidada” a través de un acto administrativo.

Ergo, sentada esta premisa, creo que se puede dar respuesta a los interrogantes planteados al inicio de este trabajo.

Cuando la administración demandada dé integral satisfacción extraprocesal (es decir, en la “vía administrativa”) a la pretensión del demandante, *si no media un desacuerdo entre las partes sobre tal satisfacción*, el proceso puede ya concluir. Y puede concluir tanto si el proceso está en su primera instancia, en apelación o, incluso en casación. Pero, pese a que existe una “sustracción de materia” (el artículo 42° LPCA es inequívoco), no puede concluir por un auto que así lo declare (como ocurre en el proceso civil), sino que tiene que emitirse una sentencia, *sentencia ésta que no puede ser de mera absolución de la instancia* (esto es, que declara improcedente la demanda), *sino que tiene que ser estimatoria de la pretensión del demandante*, con efectos -tal como en el ordenamiento alemán- meramente declarativos y con la aptitud de devenir, a todos los efectos, cosa juzgada.

Solo así, me parece, que aquél que en las moras de un proceso contencioso administrativo ve (inocentemente) satisfecha su pretensión “en la vía administrativa”, caiga *ex post* en las garras de la autotutela de la administración, con la posibilidad de que deje sin efecto la actuación satisfactiva, construyendo así al administrado a iniciar un nuevo proceso y recomenzar todo de nuevo (y así hasta el infinito).

Y solo así, hay que agregar, sería posible que también en estos casos sea de aplicación el artículo 49° LPCA que sanciona con la nulidad de pleno

von zwei Wochenseit Zustellung des die Erledigungserklärung enthaltenden Schriftsatzes widerspricht und vom Gericht auf diese Folge hingewiesen worden ist“).

³⁵ Naturalmente, lo dicho en el texto vale solo en el caso de que la administración goce de poder de autotutela. En tal sentido, el artículo 42° LPCA está fuera de juego cuando ex artículo 202.5 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, el acto administrativo provenga de consejos o tribunales regidos por Leyes especiales, en cuanto en tales casos no cabe la declaración de nulidad de oficio.

³⁶ “Modificación y ampliación de la demanda//El demandante puede modificar la demanda, antes de que ésta sea notificada. // También puede ampliarse la demanda siempre que, antes de la expedición de la sentencia, se produzcan nuevas actuaciones impugnables que sean consecuencia directa de aquella o aquellas que sean objeto del proceso. En estos casos, se deberá correr traslado a la parte demandada por el plazo de tres días.

derecho a "los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir el cumplimiento de éstas".

Por tanto, el artículo 42° LPCA, en mi concepto, ha terminado recogiendo (un tanto arcanamente) esa brillante disposición -lamentablemente de escasa aplicación- que tiene el artículo 1° del Código Procesal Constitucional que dispone que "Si luego de presentada la demanda cesa la agresión o amenaza por decisión voluntaria del agresor, o si ella deviene en irreparable, el Juez, atendiendo al agravio producido, declarará fundada la demanda precisando los alcances de su decisión,

disponiendo que el emplazado no vuelva a incurrir en las acciones u omisiones que motivaron la interposición de la demanda, y que si procediere de modo contrario se le aplicarán las medidas coercitivas previstas en el artículo 22° del presente Código, sin perjuicio de la responsabilidad penal que corresponda"³⁷.

Esta es mi lectura del artículo 42° LPCA, que es la que me parece la más adecuada al proceso de "plena jurisdicción" allí consagrado, con la posibilidad de dar, también en ese caso, plena efectividad a la tutela jurisdiccional del administrado frente a siempre poderosa administración.

³⁷ Mucho mejor es la disposición del artículo 26° del Decreto N° 2591 (que reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86° de la Constitución colombiana) que establece: "Cesación de la actuación impugnada. Si, estando en curso la tutela, se dictare resolución, administrativa o judicial, que revoque, detenga o suspenda la actuación impugnada, se declarará fundada la solicitud únicamente para efectos de indemnización y de costas, si fueren procedentes. // El recurrente podrá desistir de la tutela, en cuyo caso se archivará el expediente. // Cuando el desistimiento hubiere tenido origen en una satisfacción extraprocésal de los derechos reclamados por el interesado, el expediente podrá reabrirse en cualquier tiempo, si se demuestra que la satisfacción acordada ha resultado incumplida o tardía".