

Del Interés para Obrar y su Relación con la Sustracción de la Materia Controvertida

Manuel Enrique Valverde Gonzáles*

"...y que por ellas vengo a imaginar que todo cuanto me dice de caballerías y de alcanzar reinos e imperios, de dar insulas y de hacer otras mercedes y grandezas, como es uso de caballeros andantes, que todo debe ser cosa de viento y mentira, y todo pastraña, o patraña, o como lo llamáremos..."
(El Quijote. Capítulo XXV)

Tanto el interés para obrar como condición de la acción, así como la sustracción de la materia controvertida son dos conceptos procesales que están muy ligados, siendo muy importante el elemento temporal en su aparición. Haciendo uso como objeto de estudio un proceso contencioso administrativo Enrique Valverde pone en discusión un tema tan importante en el derecho procesal como es el interés para obrar y su relación con la sustracción de la materia controvertida, además de ocuparse de diversos temas relacionados relevantes. De esta manera, el autor analiza la decisión de una Corte Superior de anular una sentencia de apelación, por razones que a juicio del autor son equivocadas y que encierran una serie de contradicciones conceptuales.

I. Prolegómenos

Para avocarnos al desarrollo del título que motiva este artículo, nos hemos basado en un caso judicial concreto, el cual nos permitirá abordar las diversas instituciones jurídicas que se manifiestan en el mismo, y especialmente en lo que concierne al Interés para Obrar y la consecuencia jurídica ante la ausencia del mismo a lo largo del proceso.

Vamos adelantando que el tema del Interés para Obrar es harto espinoso de tratarse, que si bien es invocado usualmente por jueces, abogados y doctrinarios, no ha quedado del todo definido¹ y hasta se afirma que es un concepto jurídico indeterminado. Sobre ello, y otras instituciones jurídicas más, nos ocuparemos en el presente trabajo.

El proceso judicial que hemos tomado como ejemplo es uno tramitado en la vía del proceso Contencioso Administrativo, que para efectos de no entrar en detalles sobre personas, diremos que es Alberto el demandante y le reclama a la ONP el pago de su pensión de jubilación. En primera instancia, el Juzgado, con fecha 15 de septiembre de 2008, declara infundada su demanda señalando que consideró que el accionante no logró acreditar, ni en sede administrativa ni en sede judicial, haber percibido una suma menor al mínimo vigente en cada oportunidad de pago, desde el año 1984 al 1 de

mayo de 1990 y que por el contrario verificó que había percibido sumas equivalentes y superiores al mínimo vigente a partir del 1 de mayo de 1990. Finalmente, señaló que no se había vulnerado el derecho al mínimo legal del actor por lo que no resulta atendible su pretensión de aplicación de la Ley N° 23908, y que por ello sus pretensiones referidas al pago de devengados e intereses legales tampoco resultaban amparables y que consecuentemente la emplazada no habría incurrido en las causales de nulidad previstas en el artículo 10 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, al no otorgar pensión de jubilación al demandante, de conformidad a lo dispuesto en la Ley N° 23908, al no haberse desvirtuado la presunción de legalidad de los actos de administración.

Estando a ello, Alberto apela la misma señalando que alcanzó el punto de contingencia dentro de la vigencia de la Ley N° 23908, por lo tanto tiene derecho a la aplicación de esta norma, y que sobre los aumentos de los años 1990, 1991 y 1992, indica que estos fueron en aplicación de otras leyes, pero en ningún momento mediante la Ley N° 23908. Respecto a las leyes N° 27617 y 27655, señala que éstas son para el futuro porque son aplicadas en base a la resolución Jefatural N° 001-2002-JEFATURA-ONP, pero no sobre la base de la ley N° 23908.

Cuando la causa ya estaba en la Sala Superior competente, la ONP presentó un escrito solicitando la

* Abogado por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Profesor de Derecho Procesal Civil en la Universidad César Vallejo, sede Lima Norte.

¹ Sobre ello Allorio nos decía que: "...raro es el debate forense de alguna complejidad en que no aflore. A ello contribuye la agilidad de esta fórmula del interés, pero también su vaguedad; es fórmula que todos entienden, o creen entender, y yo conozco a más de un defensor que, fácil a objetar al adversario que éste no tiene interés para una cierta demanda judicial o instancia de contenido proceso o impugnación, se resolvería menos fácilmente a deducir la inexistencia, en el adversario, de una adecuada necesidad de protección jurídica." Cf. Allorio, Enrico, *Problemas de derecho procesal*, t. II, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, EJEA, 1963, p. 276.

conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo por sustracción de la materia, de acuerdo a lo regulado por el artículo 321º, inciso 1, del Código Procesal Civil, indicando que mediante resolución administrativa de fecha 22 de julio de 2009, se decidió otorgar pensión de jubilación a favor del demandante, bajo los alcances del Decreto Ley N° 19990 y a la Ley N° 23908, por la suma de S/. 216,000.00 soles oro, a partir del 8 de setiembre de 1984, la cual se encuentra actualizada a la fecha de expedición de la citada resolución en la suma de S/. 598.01 nuevos soles. Asimismo, acota que ya se han precisado las fechas desde cuando se reajustarán los devengados e intereses legales.

El *Ad quem* corrió traslado de dicho pedido al apelante, quien alegó que no se encontraba de acuerdo con lo resuelto por la entidad demandada y solicitó que el juicio continúe hasta que el proceso concluya, luego de verificarse los pagos a los que dicha entidad se encontraría obligada.

Frente a ello, la Sala Superior, al expedir la sentencia de vista, consideró que no se había satisfecho plenamente la pretensión del demandante, no solo porque el demandante no se encontraba de acuerdo dicha resolución, sino porque además solicitó que se declare la nulidad de la Resolución N° 47393-81 de fecha 19 de noviembre de 1981, mediante la cual se le otorgó pensión de jubilación, extremo sobre el cual la entidad demandada no emitió pronunciamiento alguno. Por lo tanto, señala el tribunal, que no se podía considerar satisfecha la pretensión del actor.

Continuando con su razonamiento, el tribunal precisa que dada la naturaleza de este proceso, en el cual las partes se encuentran en una situación de desigualdad, donde de un lado se encuentra una persona natural o jurídica y del otro el Estado, a través de sus reparticiones u órganos públicos, el Juzgador se encontrará en la obligación de emitir un pronunciamiento sobre el fondo de la controversia. Y es precisamente debido a ello que el Decreto Legislativo N° 1067, publicado el 28 de junio de 2008, incorporó el artículo 38º-A, en la Ley N° 27584, regulando la conclusión anticipada del proceso en los siguientes términos: "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."

Es a partir de este punto donde resulta de interés para nuestro análisis la exposición que hace el *Ad quem*, al sostener que el tenor del citado artículo 38º-A [hoy en día el artículo 42º del TUO de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo], se advertiría que al regular la conclusión anticipada del proceso, el legislador en ningún momento tuvo la intención de que el proceso contencioso administrativo concluyera

sin un pronunciamiento sobre el fondo, por cuanto en esta norma se establece que aún sin la absolución del demandante, el Juez debe dictar sentencia apreciando el reconocimiento efectuado por la entidad demandada. Sin embargo, esto no implicaba que el Juzgador se encuentre atado a lo resuelto por la entidad administrativa, por el contrario dicha norma le otorgaba la facultad de evaluar los alcances del reconocimiento efectuado a fin de determinar si éste se encuentra arreglado a derecho.

Señala también que este reconocimiento, así como el regulado en el Código Procesal Civil –por el que la parte demandada acepta la pretensión dirigida contra ella y admite la veracidad de los hechos expuestos en la demanda y los fundamentos jurídicos de ésta–, difiere sustancialmente del supuesto de sustracción de la materia, el que consiste en la extinción del proceso constituido por la circunstancia de que la materia justiciable sujeta a decisión deja de ser tal por razones extrañas a la voluntad de las partes, no pudiendo el juzgador emitir un pronunciamiento de mérito sobre la pretensión deducida.²

Estando a ello, dicho tribunal concluye que en el caso sometido a su jurisdicción, la actuación de la propia Administración no puede configurar el supuesto de sustracción de la materia, debiendo considerarse que su actuar se encuadra más bien a la figura procesal del reconocimiento, que constituye un negocio jurídico unilateral del demandado a través del cual no solo acepta o se somete al petitorio de la demanda dirigida contra él por el demandante, sino que manifiesta que los hechos y el derecho que se han invocado como fundamentos de la pretensión son ciertos. Por lo tanto, la solución del citado conflicto necesariamente debía expresarse en una sentencia; más aún si con esta medida se garantizaría al accionante contar con un título para ejecutar su derecho.

Asimismo, acota que como el *A quo* no tuvo a la vista los documentos presentados por la ONP ante la citada Sala Superior, no tuvo la oportunidad de analizarlos ni valorarlos, encontrándose por tanto en la obligación de hacerlo, a efectos de emitir un fallo en arreglo a ley, correspondiendo declarar la nulidad de la sentencia apelada, devolviéndose los autos al juzgado de origen, a fin que se vuelva a emitir sentencia teniendo en consideración los documentos indicados y efectuar un reexamen de los medios probatorios señalados en los fundamentos de la sentencia de vista; ello, a efectos de procurar que el fallo que se expida se encuentre basado en el estudio de la totalidad de los medios probatorios que obran en autos.

Para finalizar, el colegiado se encarga de hacer dos precisiones que considera relevantes, la primera es que no emitiría pronunciamiento de fondo en el caso, debido al principio procesal de doble instancia, que tiene por

2 Para sustentar dicho aserto, la Sala Superior cita la STC N° 2871-2005-PA/TC, en cuyos fundamentos jurídicos señaló lo siguiente: "4. Los demandados alegan que carece de objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto, pues la deuda tributaria ha sido cancelada en su totalidad, y, en consecuencia, se habría producido la sustracción de la materia. Por su parte, los demandantes, sostienen que tal cancelación no fue voluntaria, sino como producto de un embargo en forma de retención de sus cuentas bancarias. 5.- En efecto, conforme se aprecia de los alegatos de fojas 276, 284 Y 563, la deuda consignada en la Orden de Pago N° 061-1-10927 fue cancelada a consecuencia del embargo trabado por la SUNAT sobre las cuentas bancarias de la empresa en el Banco Wiese. Consecuentemente, a juicio de este Tribunal, en el presente caso, no puede aplicarse el criterio de la sustracción de la materia, pues, conforme lo señalamos en la STC 0917-2003-AA/TC, este criterio no se aplica cuando la cancelación no se origina en una actuación voluntaria del supuesto deudor."

objeto que el órgano jurisdiccional jerárquicamente superior pueda revisar las actuaciones desarrolladas por el órgano jerárquicamente inferior y subsanar los errores cometido por éste. Principio que constituye una garantía contra la arbitrariedad, el error, la ignorancia o la mala fe del juez; tanto más que, en el caso de autos, ese respeto al principio de la doble instancia se encontraba relacionado con el mérito y valoración de los documentos señalados en razón del derecho que asiste a las partes procesales de poder cuestionar la decisión de primera instancia vía recurso de apelación en cuanto a la valoración y admisión de dichos elementos de prueba.

La segunda precisión que realiza, es que la declaración de nulidad de la sentencia elevada en grado no se efectuaba en virtud a irregularidad o deficiencia alguna advertida en la misma, sino en razón de lo indicado en los fundamentos precedentes, en aras de salvaguardar los principios procesales señalados y alcanzar la finalidad del proceso, por lo que, en aplicación de lo dispuesto por los artículos 171° y 176° del Código Procesal Civil declaró nula la sentencia apelada y ordenó que el A quo expida nueva sentencia.

II. La motivación de las resoluciones y las nulidades procesales³

A) El dilema de la motivación de las resoluciones:

Constituye una exigencia constitucional el motivar las resoluciones judiciales (así lo dispone el inciso 5 del artículo 139° de la Constitución Política del Estado), lo cual guarda relación con las disposiciones contenidas en los artículos 121° y 122° del Código Procesal Civil, cuya última norma es exigente en cuanto a lo que debe contener la resolución y en especial cuando se trata de una sentencia.

Siendo así, lo que se busca es que el juzgador explique los motivos, de manera racional se supone, por los cuales ha arribado a una conclusión determinada. No se trata de realizar extensas exposiciones, abundantes en citas, para considerar a una resolución como suficientemente motivada, de lo que se trata es que esa resolución, y en especial la sentencia, contenga una exposición ordenada y clara de los motivos por

los que se decide en un determinado sentido y no en otro diferente.

Como ya es sabido, la obligación de motivación de las sentencias es el resultado de una larga y conflictiva evolución histórica⁴, puesto que los reinos europeos, fieles a los principios del *ius commune* no tenían por función motivar sus sentencias, dado que la actividad de juzgar era una tarea reservada a la nobleza, por lo que el fundamento y respaldo de la actividad de un juez se encontraba en su prestigio social, además que tal comportamiento se debía, también, a la Decretal *Sicut Nobis* de Inocencio III dictada el año 1199, de cuyo texto los comentaristas dedujeron el principio de derecho común según el cual *iudex non tenetur exprimere causam in sententia*⁵. No obstante, existió el caso representativo del reino de Aragón (por el origen contractual de su monarquía), en el cual sí se llegó a obligar a los jueces y tribunales a motivar sus sentencias⁶; práctica que fuera suprimida por la unificación normativa del siglo XVIII, iniciada con los Decretos de Nueva Planta, lo que se tradujo en la generalización de la prohibición de justificar las sentencias en todo el territorio español.⁷

Es durante la Revolución francesa, cuando se introduce definitivamente la obligatoriedad de fundamentar las sentencias, y se hace a través de la Ley del 24 de agosto de 1790, con la clara intención de someter la actuación del juez a la ley, a diferencia de la arcaica forma de actuar del antiguo Régimen, dado que el no motivar, constituía un elemento esencial para un ejercicio arbitrario del poder por parte de los jueces.⁸

En suma, cuando se exige la motivación de las sentencias se persigue tres funciones esenciales: la primera, tutelar el interés público (porque se concibe la posibilidad de anular la sentencia por notoria injusticia); la segunda, el permitir a las partes y a la sociedad en general que puedan apreciar la justicia de la sentencia redactada, con el objeto que los destinatarios puedan aprehender y valorar lo ajustado a Derecho de la sentencia, a efectos de ponderar una posible impugnación de la misma; y la tercera, el expresarse en la sentencia la causa determinante de la decisión, resuelve el problema de saber entre las varias acciones o excepciones formuladas cuáles han sido acogidas por el juez para condenar o absolver.⁹

3 Sobre las nulidades y la motivación de resoluciones, ya nos hemos ocupado en parte en un anterior trabajo: "La exigencia de actuación de la prueba de oficio por las sentencias casatorias de la Corte Suprema", en: *Actualidad Jurídica*, t. 194, enero, 2010, p. 116 y ss.

4 Cf. Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: Sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 60 y ss.; Garriga, Carlos y Marta Lorente, "El juez y la ley: La motivación de las sentencias (Castilla, 1489-España, 1855)" en: *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, N° 1, 1997, p. 97 y ss.; Igartua Salaverria, Juan, *La motivación de las sentencias, imperativo constitucional*, Madrid, Centro de estudios políticos y constitucionales, 2003, y Aliste Santos, Tomás-Javier, *La motivación de las resoluciones judiciales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

5 Cf. Colomer Hernández, *Ob. cit.*, p. 64.

6 Cf. Garriga y Lorente, *Ob. cit.*, p. 101.

7 Cf. Colomer, *Ob. cit.*, p. 69.

Respecto a la motivación de las resoluciones judiciales en el Derecho Indiano resulta ilustrativo lo dicho por Levaggi, quien nos informa que en 1788, el fiscal argentino José Márquez de la Plata denunció que "el juez a quo sin absolver de la acusación a los reos, ni condenarles en la pena pedida, ni observar la forma que se acostumbraba en las sentencias de declarar por bien probada o no probada la acción o demanda, o las excepciones y defensas del reo, no hizo otra cosa que poner su fallo a secas, condenando arbitraria y despóticamente (...) de forma que semejante sentencia no sólo es nula por la total disconformidad que en ella se advierte con la demanda o acusación sino por el arbitramento de que se usa en la imposición de penas no correspondientes al delito sin motivarlas".

Esta afirmación del auto surge como consecuencia de las investigaciones que realizó en documentos de archivo y que lo llevan a sostener que sí habían sentencias motivadas. Cf. Levaggi, Abelardo, "Aspectos del procedimiento judicial indiano según la doctrina de los fiscales José Márquez de la Plata y Manuel Genaro de Villota (1784-1810)". En: *Historia. Instituciones. Documentos*, N° 21, Sevilla, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, 1994, p. 383. (Debemos de agradecer a nuestro amigo sanmarquino, y estudioso de la Historia del Derecho, Arnaldo Ramos por habernos proporcionado este dato). Del mismo autor: "La fundamentación de las sentencias en el derecho indiano", en: *Revista de Historia del Derecho*, N° 6, Buenos Aires, 1978, pp. 45 y 46.

8 Cf. Colomer, pp. 65-66.

Vamos adelantando que una cosa es la discrecionalidad y otra, muy distinta, la arbitrariedad. Por ello, respecto a la discrecionalidad, Añón dice: "...es muy importante recordar que la presencia creciente de discrecionalidad ni proporciona inmunidad ni es equivalente a una toma de decisiones arbitraria, por el contrario, su existencia, correlativa, al cambio de funciones operado por muchos sistemas jurídicos es, antes que nada, un desafío para la existencia de controles jurídicos y sociales críticos e inescindible de la exigencia de mayores cuotas de responsabilidad por quienes son titulares de un poder de decisión." Cf. Añón, José María, "Notas sobre la discrecionalidad y legitimación", en: *Doxa*, N° 15-16, 1994, p. 902.

Como ya anotamos, en nuestro medio se estipula que la motivación debe ser escrita en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan.¹⁰

Doctrinariamente, se considera que la función de la motivación tiene varias finalidades o dimensiones, dos de ellas con la dimensión endoprocesal y la otra, obviamente, la extraprocesal; se dará la primera cuando esté encaminada a permitir un control técnico jurídico de la decisión judicial, que sucesivamente desarrollarán los litigantes (control privado) y los órganos jurisdiccionales superiores (control institucional); en tanto que la segunda engloba el conjunto de funciones que cumple la motivación fuera del ámbito del proceso, dado que hace referencia a las consecuencias e impacto que el dictado de una resolución jurisdiccional tiene a nivel social, puesto que, en palabras de Igartua Salaverría, ni las partes, ni sus abogados, ni los jueces que examinan los recursos agotan el destino de las motivaciones de las sentencias, dado que estas también van dirigidas al público.¹²

En palabras de Hernández Marín: *"En este sentido se puede decir que la exigencia legal de motivar las decisiones judiciales condiciona el contenido de éstas. La decisión que el juez formula se halla siempre dentro de los límites que, a su juicio, le impone la obligación de motivar; unos límites, que no siempre coincide con los límites que le impone la obligación de decidir conforme a derecho, en particular, la obligación jurisdiccional."*¹³

Ya el Tribunal Constitucional peruano, siguiendo a su homólogo español, ha señalado que no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa, exhaustiva o pormenorizada que vaya respondiendo, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa o escueta que en cada caso estimen suficiente quienes ejercen la potestad jurisdiccional, ya que la exigencia de motivación no implica necesariamente una

contestación judicial expresa a todas y cada una de las alegaciones de las partes.¹⁴

B) De las nulidades

El complejo mundo de las nulidades de por sí ofrece múltiples y hasta encontradas opiniones en cuanto a denominaciones (siendo el concepto de inexistencia el que mayores dificultades ha ofrecido). No obstante, nuestro Código ha optado por regularlas de un modo que del todo no será el esperado, pero da algunas luces sobre su aplicación, aunque algunos sectores judiciales no hagan un buen uso de dicho remedio procesal.

De acuerdo a lo regulado por el artículo 176° del CPC, es el Juez quien, al final de cuentas, decide si corresponde declarar la sanción o subsanación de un error procesal. Pero ello no quiere decir que cualquier infracción pueda provocar la nulidad, y menos que deba ser apreciada de oficio por el juzgador.

Es común aceptar que las nulidades que se deben declarar de oficio en cualquier momento que se adviertan, son las que atentan contra las normas de orden público, respecto a las cuales no existe preclusión alguna. En tanto las demás infracciones, denominadas de protección relativa, sí admiten la preclusión como efecto saneador, efecto que alcanza, incluso, al tribunal *Ad quem*.¹⁵

Para Serra Domínguez, las leyes procesales son de interés público, cuyos destinatarios son los tribunales, y constituyendo el proceso una insustituible garantía de los derechos de los particulares, cualquier acto procesal realizado infringiendo lo dispuesto en las leyes debe ser considerado ineficaz, siempre que la infracción sea esencial, bien por su misma naturaleza, bien por situar a cualquiera de las partes en clara indefensión.¹⁶

El querer explicar o definir lo que se debe de entender por normas o principios de orden público, nos llevará a un profundo debate¹⁷. Ergo, al no ser este punto

9 Cf. Colomer, *Ob. cit.*, p. 65.

10 Se dice que: *"Entendida como instrumento para evitar la arbitrariedad del poder, la motivación adquiere, además, una particular importancia merced a la evaluación que ha conocido el Estado de Derecho en el constitucionalismo, un modelo de Estado que encuentra su legitimidad (externa) en la protección de los individuos y sus derechos, y que, al consagrar esos derechos en el nivel jurídico más alto, la Constitución, condiciona también la legitimidad (interna) de los actos del poder a la protección de esos derechos. La motivación cobra entonces una dimensión político-jurídica garantista, de tutela de los derechos."*

Cf. Gascón Abellán, Marina, *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, 2ª ed., Barcelona, Marcial Pons, 2004, p. 192.

11 Cf. Colomer, *Ob. cit.*, p. 124. También se puede consultar a Ariano Deho, Eugenia, "Motivación de las resoluciones, 'error de logicidad' y recurso de casación", en: *Diálogo con la jurisprudencia*, N° 60, setiembre, 2003, pp. 122-123.

Igualmente, bajo otras palabras, se acepta que la motivación de las sentencias cumple múltiples finalidades, así por ejemplo: a) Permite el control de la actividad jurisdiccional por parte de la opinión pública, cumpliendo de este modo con el requisito de publicidad esperado; b) Hace patente el sometimiento del juez al imperio de la ley; c) Logra el convencimiento de las partes sobre la justicia y corrección de la decisión judicial, eliminando la sensación de arbitrariedad y estableciendo su razonabilidad, al conocer el porqué concreto de su contenido; d) Permite la efectividad de los recursos por las partes; y e) Garantiza la posibilidad de control de la resolución judicial por los tribunales superiores que conozcan de los correspondientes recursos.

Cf. Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías procesales derivados del artículo 24.1 de la constitución*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 205, y Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 64.

12 Cf. Igartua Salaverría, *Ob. cit.*, p. 24.

13 Cf. Hernández Marín, Rafael, *Las obligaciones básicas de los jueces*, Barcelona, Marcial Pons, 2005, pp. 145 y 151.

14 Cf. Picó i Junoy, *Ob. cit.*, p. 61.

15 Para efectos de tener una exposición amplia sobre las nulidades en nuestro medio conviene consultar a: Vilela Carbajal, Karla, *Nulidades procesales civiles y sentencia firme*, Lima, Palestra, 2007, p. 52 y ss.

16 Cf. Serra Domínguez, Manuel, "Nulidad procesal", en: *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° II, 1998, p. 568.

17 Resulta interesante lo dicho por Juan Espinoza respecto a la relación que pudiera haber entre el orden público y la imperatividad de las normas, sobre ello indica: "En efecto, el concepto de *norma imperativa* debe ser identificado con el de *norma insustituible por la voluntad de los particulares*, mas no debe ser, necesariamente, asimilado al concepto de orden público. El carácter de ineludibilidad (o de insustituibilidad) de una norma no coincide, forzosamente, con la idea de orden público. Por ejemplo, el art. 1328 c.c. contiene una norma imperativa que expresa que todas las estipulaciones sobre exoneración y limitación de la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable del deudor o de los terceros de quien éste se valga, son nulas. El art. 242 c.c., inc. 2, contiene una norma de orden público, en la cual se establece que no pueden contraer matrimonio entre sí los consanguíneos en línea colateral dentro del segundo y tercer grados. Sin embargo, se prescribe que, en el caso del tercer grado, el juez puede dispensar este impedimento, cuando existan motivos graves. En esta última disposición, como puede verse, está ausente el carácter de ineludibilidad o inevitabilidad. Se observa que el orden público, es el conjunto de principios fundamentales y de interés general (aunque no se trate de normas concretas) sobre los que se apoya el ordenamiento jurídico de un determinado Estado, en su aspecto de derecho coactivo, o sea, a observarse inderogablemente por todos, porque consta de normas imperativas o prohibitivas (perfectas). Por ello, el orden público, más que de normas concretas, resulta de principios cuyo reflejo constituyen las normas jurídic-cas. En este mismo sentido, se afirma que "el orden público indica los principios basilares de nuestro ordenamiento social."

Cf. Espinoza Espinoza, Juan, *Los principios contenidos en el título preliminar del Código Civil peruano de 1984: análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial*, Lima, PUCP, 2005.

objeto de nuestro estudio, simplemente señalaremos que orden público serán aquellas normas que inspiran un ordenamiento jurídico determinado, reflejando los valores esenciales de una sociedad en un momento dado.

Bajo tal idea, la nulidad es un instrumento procesal consistente en la valoración de la adecuación entre uno o más actos procesales y las normas que regulan su proceso de formación, esto es, las normas de procedimiento y los principios procesales básicos, de modo que, apreciada una infracción, actúan las consecuencias jurídicas previstas por la ley en cada caso, que oscilarán, dependiendo de la gravedad de la infracción, entre la subsanación del acto y la eliminación del mismo como si nunca hubiera existido.¹⁸

Se suele hacer distinción entre nulidad e irregularidad de los actos procesales que, en palabras de Manuel Serra "...la nulidad de un acto procesal determina su ineficacia, bien por faltarle alguno de sus presupuestos indispensables, bien por carecer de cualquiera de sus requisitos sustanciales, y por consiguiente en principio no puede producir efecto alguno; la irregularidad de los actos procesales determina simplemente la falta de corrección del acto con la consiguiente imposición a quien lo ha realizado de una sanción determinada, pero sin impedir la producción de plenos efectos jurídicos (...) La distinción es importante en cuanto a sus efectos prácticos dentro del proceso. Mientras la nulidad de un acto procesal produce una crisis del procedimiento, en cuanto puede afectar en principio a todos los actos realizados con posterioridad, lo que determina que las partes tengan un interés indiscutible en denunciarla; la irregularidad no altera el curso del procedimiento, por lo que las partes carecen de interés en impugnar el acto, ya que éste, aunque defectuoso ha sido eficaz. La denuncia de la irregularidad no afecta al derecho de las partes sino que tiene una finalidad puramente vindicativa [de] obtener la corrección disciplinaria del funcionario que ha dado lugar con su conducta a la irregularidad."¹⁹

Son cuatro los principios jurídicos que rigen respecto a las nulidades procesales, a saberse: a) Principio de legalidad o especificidad²⁰; b) Principio de Trascendencia; c) Principio de Convalidación y d) Principio de Protección²¹. Siendo que, para que se dé la trascendencia de la nulidad, deben de concurrir tres condiciones: a) Alegación del perjuicio

sufrido; b) Acreditación del perjuicio y, c) Interés jurídico que se intenta subsanar.²²

Ya Francesco Carnelutti nos comentada –a propósito de las nulidades expresamente previstas por ley de aquellas otras que no lo estaban– que "...como los vicios que producen nulidad no se agotan en la categoría de aquellos, que como tales están previstos por la ley, de manera que junto a los vicios *bajo pena* de nulidad se alinean los vicios esenciales (...), igualmente la insanabilidad no puede derivar solamente de una norma expresa; ahora bien, la segunda categoría de vicios que la determinan, tiene la misma naturaleza de los vicios esenciales: si vicios esenciales son aquellos que se refieren a 'requisitos (...) indispensables para alcanzar su finalidad' y si todavía, no obstante la previsión de tal indispensabilidad, puede ocurrir que la finalidad se alcance, de donde deriva la convalidación del acto (...), vicios *esencialmente insanables* están constituidos por el defecto de tal requisito del cual no solo se puede considerar la necesidad para obtener la finalidad, sino además la imposibilidad de que sin él de manera alguna pueda ser alcanzada esa finalidad. Hay, por tanto, dos cualidades y hasta dos grados de vicios esenciales, *sanables* y *no sanables*: los primeros se refieren a un requisito que, aun cuando normalmente indispensable para la obtención de la finalidad, sin embargo, por excepción, puede no resultar tal; los segundos se refieren a requisitos cuya ausencia no consiente, ni siquiera por excepción, la obtención de la finalidad."²³

Siendo así, tenemos que no toda irregularidad tiene relevancia invalidante, pues pese a existir un importante grupo de actos procesales que se apartan en su ejecución del esquema legal; empero, tales discrepancias no merecen el reproche de la invalidez, lo que constituye una manifestación del propósito de conservación de los actos procesales. Por otro lado, el Juez al que le corresponde declarar la invalidez, debe indagar con carácter previo si el defecto del que adolece el acto puede ser subsanado o si han concurrido las circunstancias determinantes de su convalidación. Si se diera algunas de estas hipótesis, es obvio que no procede la declaración de invalidez, con lo cual se tiene que estas técnicas de conservación ocupan un lugar anterior a la actuación de la propia sanción de invalidez y operan como límites de la misma.²⁴

18 Cf. Lourido Rico, Ana María, *La nulidad de actuaciones: una perspectiva procesal. Estudio comparativo de la regulación de la nulidad en la LOPJ y en la LEC*, Granada, Comares, 2002, pp. 58 y 71.

19 Cf. Serra, *Ob. cit.*, p. 561.

20 Que a criterio de Serra Domínguez, la redacción del artículo 171º del CPC ofrece algunos aspectos discutibles como, por ejemplo, que se deje al criterio del legislador establecer caso por caso la sanción de nulidad.

Ibid., pp. 567-568.

21 Por el Principio de Legalidad se entiende que las nulidades se sancionan por causas previstas en la ley, lo cual no significa que no se llegue a admitir la existencia de nulidades implícitas, las mismas que están ligadas a los otros principios mencionados. En cuanto al Principio de Trascendencia, sólo se declarará la nulidad cuando se haya causado un perjuicio. Por su lado, el Principio de Convalidación está vinculado al hecho que pese a existir una causal de nulidad, la misma no resulta trascendente por consentimiento expreso o tácito de la parte agraviada; mientras que el Principio de Protección está relacionado con el hecho que quien dio lugar a la nulidad no puede, luego, alegar la existencia de la misma, en aplicación de la regla de Derecho del *adversus factum qui venire non potest*.

22 Sobre la Trascendencia podemos decir, siguiendo a Maurino, que: a) Quien alega la nulidad procesal, debe mencionar expresamente las defensas que se ha visto privado de oponer, o que no ha podido ejercitar con la amplitud debida, pues toda sanción nulificatoria debe tener un fin práctico y no meramente teórico. Debe señalarse cuál es el perjuicio real ocasionado, no bastando una invocación genérica; b) Concordante con lo expresado, en el sentido que no basta un mero planteamiento abstracto para que progrese la nulidad, debe acreditarse la existencia de un perjuicio cierto, concreto, real e irreparable. El fundamento es la necesidad de diagnosticar jurídicamente si la irregularidad ha colocado o no a la parte impugnante en estado de indefensión práctica; dado que el perjuicio, en el proceso, es asimilable al daño de las cuestiones patrimoniales, sin daño no hay reparación, de igual modo sin perjuicio no hay anulación; finalmente, c) otro de los requisitos, es que el impugnante debe individualizar y probar cuál es el interés jurídico que se pretende satisfacer con la invalidez que propugna; en otro términos, por qué se quiere subsanar.

Cf. Maurino, Alberto Luis, *Nulidades procesales*, 4ª reimpresión, Buenos Aires, Astrea, 1995, pp. 46-47, y Rodríguez, Luis A., *Nulidades procesales*, Reimpresión de la 2ª edición, Buenos Aires, Editorial Universidad, 1987, p. 118-120.

Resulta ilustrativo remitirnos también a lo consignado sobre este tema, en el quinto considerando de la Cas. Nº 4856-2008 Tacna, publicada en el cuadernillo de sentencias en casación del 01 de octubre de 2009, p. 25874.

23 Cf. Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, vol. I, trad. de la quinta edición italiana por Santiago Sentis Melendo, Buenos Aires, Ejea, 1959, pp. 536-537.

24 Para el desarrollo de estas ideas hemos seguido a: Andrés Ciurana, Baldomero, *La invalidez de actuaciones en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch 2005, p. 34 y ss.

Por tanto, para poder considerar que se ha infringido algo, ese algo debe estar relacionado con una obligación impuesta por ley, puesto que si se trata del ejercicio de un derecho, el cumplimiento de una carga o el uso de una facultad conferida por ley, no se puede hablar que ante la abstención del ejercicio de tal derecho, la omisión en el cumplimiento de la carga o la ausencia del uso de la facultad (que dicho sea de paso es absolutamente discrecional), se incurra en alguna causal de infracción al debido proceso, sino vía esta interpretación se estarían convirtiendo todos esos derechos, cargas y facultades en deberes, lo cual no sólo resulta arbitraria sino palmariamente inconstitucional.

“(…) no entraña utilidad práctica la continuación de un proceso sobre el que las partes han perdido su legítimo interés, y por ende, no tiene sentido que se invierta dinero, tiempo y actividad procesal en un asunto que carece de la pretendida tutela jurisdiccional.”

Más adelante regresaremos sobre la aplicación de todos estos conceptos al momento de analizar la sentencia aludida, antes queremos abordar los dos temas que consideramos basilares, y que dan motivo a este artículo. El primero es sobre la sustracción de la materia y el Interés para Obrar, y el segundo, sobre la función del tribunal de segunda instancia.

III. La sustracción de la materia y su relación con el interés para obrar

Nuestro Código Procesal Civil regula, en su artículo 321º inc. 1, la conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo por sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional.²⁵

Como aludimos en la nota al pie, son pocos los autores que se han aventurado a descifrar lo que quiere decir tal inciso, puesto que a falta de exposición de motivos del Código no queda más remedio que atenerse a lo que dice la legislación comparada para hallar alguna explicación y al desarrollo doctrinario que haya sobre dicha institución.

Desde ya, de su sola redacción, nos vamos formando la idea de que tiene estrecha relación con una de las denominadas condiciones de la acción, cual es el Interés para Obrar, el mismo que debe ser invocado, juntamente con la Legitimación para Obrar²⁶, para poder incoar un proceso, conforme emerge de lo regulado por el artículo IV del Título Preliminar del CPC.²⁷

A) Interés para obrar

Calamandrei nos dice que: “El interés procesal en obrar y en contradecir surge precisamente cuando se verifica en concreto aquella circunstancia que hace considerar que la satisfacción del interés sustancial tutelado por el derecho *no puede ser ya conseguida sin recurrir a la autoridad judicial*: o sea cuando se verifica en concreto la circunstancia que hace indispensable poner en práctica la garantía jurisdiccional.”, más adelante señala que: “El interés procesal surge, pues, cuando el bien al cual el actor aspira no se puede obtener de otra manera que por vía judicial; la obtención de este bien debe buscarse normalmente y se podría decir fisiológicamente, en la prestación del obligado; sólo en defecto de ésta entra, para obtener tal consecución, otro medio subsidiario que es la acción. A fin de que surja el interés procesal, no basta, pues, que se demuestre la existencia de un interés en conseguir el bien, sino que es necesario que para satisfacer este interés sustancial, no se puede hacer uso del medio normal de incumplimiento y deba recurrirse al medio sucedáneo de la acción.”²⁸

Pese a lo dicho, no se piense, como ya se adelantó, que se cuenta con una definición o conceptualización unívoca, sea a nivel doctrinario o jurisprudencial, sobre lo que se entiende por Interés para Obrar, dado que como bien comenta Calderón Cuadrado: “Definir el interés conforme a su significado lingüístico resulta totalmente improcedente. No debería nadie cuestionar la inviabilidad de entender dicho presupuesto –tanto se refiera a esta modalidad de tutela como a otros institutos procesales, piénsese sobre todo en los recursos– como ‘provecho, utilidad o ganancia’, primer sentido que aparece en el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua.

Del mismo modo, no debería nadie dudar sobre la configuración del interés –legalmente regulado o jurisprudencialmente exigido– como concepto jurídico indeterminado cuya concreción ha de quedar sujeta a la discrecionalidad, *secundum legem* en todo caso, del órgano jurisdiccional. Quizá por ello Chiovenda, tras

25 En nuestro medio son muy pocos los que, seriamente, se han ocupado del mismo. Entre ellos podemos citar el siempre acertado enfoque de Eugenia Ariano Deho, “Un insólito ‘torneo’ entre recurso de casación y apelación: cuando el sentido común se ‘sustrae”’, p. 11 y ss.; también a Carbajal Carbajal, Marco, “¿Puede la sala superior convertirse en órgano de primer grado, al declarar la sustracción de la materia con motivo de un recurso de apelación? Sobre las implicancias de una posible respuesta afirmativa en el sistema recursivo”, p. 39 y ss.; y Apolín Meza, Dante Ludwig, “La corte suprema y la escuela de la exégesis: A propósito de un reciente caso”, p. 51 y ss.; todos en *JUS JURISPRUDENCIA*, N° 9, 2008. También se puede consultar al mismo Marco Carbajal: “Apuntes sobre el tratamiento de la materia controvertida en el código procesal constitucional”, en: *Revista Jurídica del Perú*, año LV, N° 60, enero/febrero, 2005, p. 255 y ss.

26 Téngase presente que la expresión correcta es “legitimación” y no “legitimidad”, sino bástenos estar lo dicho por la Real Academia Española, tanto en su 22ª edición, como la 23ª edición que se viene preparando y, que trae el siguiente texto: Legitimación: *Posibilidad de una persona para ser parte activa o pasiva en un proceso o procedimiento por su relación con el objeto litigioso.*

27 Usamos la clasificación común, y hasta didáctica, de Presupuestos Procesales y Condiciones de la Acción, pese a saber que no todos comparten esta distinción. Por ejemplo Goldschmidt señala que son presupuestos de la acción procesal (requisitos de la tutela jurídica): a) Un determinado estado de hecho, que corresponde generalmente a la pretensión de derecho privado de que se trate, o a una relación jurídica cualquiera; b) Que tal estado de hecho ha de ser susceptible de protección jurídica, porque existen algunos que no lo son; y finalmente c) ha de existir, además, una verdadera necesidad o interés de tutela judicial, que no es otra cosa que el hecho de que el actor no tenga un modo claro de seguir otro camino más económico y más corto para hacer cumplir su derecho. Cf. Goldschmidt, James, *Derecho procesal civil*, traducción de Leonardo Prieto Castro, con adiciones sobre la doctrina y legislación española por Niceto Alcalá-Zamora Castillo, Barcelona, Editorial Labor S. A., 1936, p. 97.

28 Cf. Calamandrei, Piero, *Instituciones de derecho procesal civil según el nuevo código*, vol. I, trad. de la segunda edición italiana y estudio preliminar por Santiago Sentís Melendo, pról. de Hugo Alsina, Buenos Aires, EJE, 1973, pp. 269 y 270.

afirmar que *'questo interesse consiste in una situazione di fatto tale che l'attore senza l'accertamento giudiziale si presenta come il modo necessario per evitare il danno'*, advierte sobre 'la prudencia que debe tener el magistrado en la valoración de esta necesidad, caso por caso, para evitar eventuales abusos, como pueden ser los juicios colusivos o ficticios, las acciones inconsideradas o vejatorias.'²⁹

Es así como en la doctrina italiana se concibe al denominado *interesse ad agire* como una condición de la acción, consistente en la necesidad de acudir al proceso para obtener un resultado útil, jurídicamente apreciable y no susceptible de ser obtenido sin la intervención del Juez³⁰. Por esa misma razón es que se dice que no entraña utilidad práctica la continuación de un proceso sobre el que las partes han perdido su legítimo interés, y por ende, no tiene sentido que se invierta dinero, tiempo y actividad procesal en un asunto que carece de la pretendida tutela jurisdiccional.

Por ello, resulta interesante lo dicho por Francesco Luiso, quien siguiendo la tendencia austriaca y

alemana, sostiene que "...el interés está estrechamente relacionado al principio de economía procesal, porque sirve para evitar una actividad procesal relativa a una demanda o a una defensa fundada pero inútil (...) En consecuencia, el interés para obrar tiene la función de filtro procesal en las hipótesis en las cuales el instrumento de ataque o de defensa utilizado por las partes es fundado, pero inútil."³¹

Para Gascón Inchausti "El interés, por ello, no debe confundirse con el fondo del asunto en sí, sino con la afirmación –y, en su caso, demostración– de que el fondo del asunto es 'litigioso', 'controvertido' y, por ende, debe ser resuelto por los órganos jurisdiccionales. Y no 'litigioso' o 'controvertido' a secas, sino entre actor y demandado. Así entendido, el concepto de interés es la respuesta a la pregunta de por qué es necesaria la tutela judicial que pide el actor frente al demandado. Ésta es, a nuestro juicio, la verdadera función del interés como condición de la acción: evitar tutelas innecesarias; así se explica, por otra parte, los términos con los que este presupuesto es designado en otros ordenamiento (*Rechtsschutzbedürfnis* alemán, *bisogno di tutela giurisdizionale* italiano, es decir, en ambos

29 Cf. Calderón Cuadrado, María Pía, *Tutela civil declarativa (De la acción a la sentencia de pura declaración)*, Valencia, Tirant lo blanch, 2008, pp. 246-247. La autora hace alusión tanto a la Discrecionalidad judicial como a los Conceptos Jurídicos Indeterminados, sobre los que conviene hacer alguna referencia.

En lo que atañe a la discrecionalidad es un tanto difícil admitir a *prima facie* la presencia de ella en el ámbito jurisdiccional, porque siempre se ha dicho que existe el imperativo constitucional de que toda decisión judicial debe ser necesariamente motivada, con lo cual se excluye la presencia de la discrecionalidad.

Esta primera afirmación nos llevaría, por contraposición, a sostener que lo discrecional es lo no motivado y que, por ende, deben excluirse de la actividad judicial aquellas decisiones carentes de sustentación suficiente. Lo cual tampoco es tan cierto, pues las mismas normas permiten que haya cierto tipo de decisiones que no se motiven, como ocurre con los decretos de mero trámite en el ámbito del proceso civil. Asimismo, no estaría reñida la presencia de la discrecionalidad en la actividad jurisdiccional en tanto y en cuanto vaya acompañada de una adecuada motivación.

Lo anotado obedece a que en la teoría general del Derecho se discute si es que éste es lo suficientemente completo y pleno como para regular todas las posibilidades que se presenten a ser solucionadas jurídicamente o es que si el Derecho presenta zonas lagunosas o indeterminadas que conllevan a que los jueces completen esos espacios vacíos con su criterio. Ergo, para uno y otro parecer hay argumentos más o menos consistentes.

Para García Amado, discrecionalidad alude a la libertad de la que disfruta el juez a la hora de dar contenido a su decisión de casos sin vulnerar el Derecho. Por tanto, cuando se afirma que tal discrecionalidad existe en algún grado, quiere decir que el propio Derecho le deja al juez márgenes para que éste elija entre distintas soluciones o entre diferentes alcances de una solución del caso. Siendo así, el que haya discrecionalidad significa que al juez no le vienen dadas y predeterminadas enteramente por el sistema jurídico las soluciones de los asuntos que decide, sino que el sistema, en mayor o menor medida, le deja espacios para que escoja entre alternativas diversas, pero compatibles todas ellas con el sistema jurídico.

Tal cesión de espacios decisorios al juez, puede deberse a dos causas: o bien que las mismas normas hayan querido expresamente remitir al juez la fijación de la pauta decisoria, caso por caso, como cuando son esas mismas normas las que dicen que en un determinado asunto el juez fallará discrecionalmente, decidirá en equidad, etc.; o bien a que las normas jurídicas, prácticamente todas, están hechas de un material lingüístico que es por definición poroso, abierto, indeterminado en alguna medida, por lo que siempre pueden aparecer casos cuya solución resulte dudosa o equivoca a la luz de dichas normas, debiendo el juez concretarlas y completarlas por vía de interpretación o integración. Continúa diciéndonos García Amado, que ha ido quedando claro que la libertad que los jueces pueden usar en su labor tiene dos manifestaciones, una positiva y admisible, la otra negativa y rechazable. La primera recibe el nombre de discrecionalidad y alude a aquella medida de libertad decisoria del juez que resulta inevitable e ineliminable de su cometido, por causa de los caracteres mismos que posee la materia prima de las normas, el lenguaje ordinario. La segunda, que se debe combatir, se denomina arbitrariedad. Una decisión judicial es arbitraria cuando el juez decide libremente, pero en tanto y en cuanto concurren las siguientes notas: a) vulnera las pautas decisorias que el sistema jurídico le fija para el caso, en lo que dichas pautas tengan de claras y terminantes; b) Se demuestra que lo que guía la elección del juez son móviles incompatibles con el sistema jurídico que aplica y con su función dentro de él, como interés personal, afán de medro, propósito de notoriedad, precio, miedo, prejuicios sociales o ideológicos, etc.; y c) Cuando el juez no da razón ninguna de su fallo o cuando la motivación del mismo contiene razones puramente inadmisibles, ya sea por absurdas, antijurídicas o incompatibles con los requerimientos funcionales del sistema jurídico.

Cf. García Amado, Juan Antonio, "¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?", en: *Isegoría*, N° 35, julio-diciembre, 2006, pp. 151, 152 y 153.

Respecto a los Conceptos Jurídicos Indeterminados, en palabras de Atienza: "Si por conceptos jurídicos indeterminados se entiende (como parece que hay que hacer) conceptos que padecen de una vaguedad radical, entonces cabe decir que ellos son elementos característicos de los principios: vendrían a ser el rasgo –o uno de los rasgos– que, desde el punto de vista estructural, permite diferenciar a los principios de las reglas, y de ahí que la aplicación de los principios, de una u otra clase, exija siempre una operación de ponderación para determinar si en un caso determinado se aplica o no ese principio. Lo que se entiende por discrecionalidad administrativa es, como ya lo hemos visto una cosa bien distinta: el que una actividad –el ejercicio de un poder– esté regulado mediante directrices y reglas de fin implica la posibilidad de optar entre diversos medios para alcanzar ese fin y también, hasta cierto punto, la posibilidad de contribuir a concretar ese fin. Los conceptos jurídicos indeterminados y la discrecionalidad administrativa tiene un punto en común (como ya he señalado, en las directrices aparecen también conceptos jurídicos radicalmente vagos), pero la diferencia estriba en que la discrecionalidad es el resultado regular de una cierta forma la conducta (lo que se opone a discrecionalidad es conducta reglada) y los conceptos jurídicos indeterminados un elemento –un rasgo– de un cierto tipo de normas (que, obviamente, se opone a los conceptos jurídicos determinados, esto es, carentes de vaguedad)."

También existen voces discordantes en cuanto a la utilidad de los conceptos jurídicos indeterminados, inscribiéndose en esa línea Domingo Sesin, quien señala que los conceptos jurídicos indeterminados son creaciones artificiosas que buscan reducir o aniquilar el espacio de libertad, en lugar de iluminar sus zonas limítrofes y postular una armónica convivencia aceptando una realidad tan insoslayable como la vida misma del ser humano que también discurre entre zonas signadas por la fatalidad y la libertad. En tanto que Rebollo Puig afirma que la distinción entre conceptos jurídicos indeterminados y Discrecionalidad no es tan nítida y absoluta en todos los casos.

Bacigalupo considera igualmente que los Conceptos Jurídicos Indeterminados y la Discrecionalidad no se diferencian cualitativamente desde tres puntos de vista: a) Ni desde el punto de vista teórico-normativo o, lo que es lo mismo, de su respectiva localización dentro de la estructura lógico-formal de la norma jurídico-administrativa. Que en ambos casos nos movemos en el ámbito del supuesto de hecho normativo; b) Ni desde el punto de vista jurídico-metodológico. Esto es, del de la teoría del conocimiento y razonamiento jurídicos, pues consisten tanto en la aplicación de conceptos indeterminados en su denominada zona de incertidumbre como en el ejercicio de la discrecionalidad en operaciones de integración normativa de naturaleza volitiva y no cognitiva; y c) Ni desde el punto de vista del grado de vinculación o programación normativa que proporcionan.

Cf. Sesin, Domingo Juan, "Los alcances del control judicial de la potestad disciplinaria y sus elementos discrecionales". Ponencia en el 2º Congreso Internacional de Derecho Disciplinario, México, INAP, 2011, p. 11.; Rebollo Puig, Manuel, "La participación de las entidades representativas de intereses en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas generales", en: Revista de Administración Pública, N° 115, enero-abril, 1988, p. 104; y Bacigalupo, Mariano, *La discrecionalidad administrativa: estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*, Madrid, Marcial Pons, 1997, p. 182.

30 En esto estamos siguiendo lo dicho por: Doig Díaz, Yolanda, *La terminación del proceso por satisfacción extraprocésal*, Madrid, La Ley, 2008, p. 127.

31 Cf. Luiso, Francesco, *Diritto processuale civile*, Milán, Giuffrè, 1997, pp. 201-207, citado por Juan Luis Avendaño Valdez, en su: "El interés para obrar", en: *Themis. Revista de Derecho*, N° 58, 2010, pp. 63-69.

casos, ‘necesidad’ de la tutela judicial solicitada).³² Luego precisa que “El interés, por tanto, consiste en que efectivamente se haya producido una lesión al ordenamiento que haga necesaria su tutela –a través de la actividad de un órgano jurisdiccional– y; ello en materia privada, mediatizado inevitablemente por la percepción subjetiva del actor, a quien la actividad de tutela del ordenamiento se le traduce en la tutela de su derecho o interés privado lesionado –en definitiva, en la resolución del conflicto–.”

Finalmente, el citado autor, menciona que “... cabe insistir en la idea de que, en tanto condición de la acción, el del interés es un tema ‘de fondo’, esto es, un tema que forma parte del objeto del enjuiciamiento jurisdiccional; por eso, su ausencia condiciona el sentido desestimatorio de la sentencia sobre el fondo, no la posibilidad de que se dicte esa sentencia de fondo; expuesto en términos negativos, lo anterior significa que el interés, tal y como aquí lo entendemos, ni es un presupuesto procesal, ni es, en términos más genéricos, una mera cuestión de índole procesal cuyo tratamiento deba asimilarse al de los presupuestos procesales. (...) en su calidad de cuestión de fondo y de la condición de la acción, el interés entra al proceso en tanto que afirmando, igual que los demás elementos de la acción, y su concurrencia se desprende de una serie de hechos y fundamentos jurídicos que se integran en la causa de pedir de aquélla; y, también por eso, el tribunal que se pronuncia sobre la presencia o sobre la ausencia de interés está adoptando una decisión que afecta de modo directo a la acción.”³³

B) Sustracción de la materia

Estando a lo referido, el hecho de que exista una estrecha relación entre el interés para obrar y nuestra denominada sustracción de la materia, no significa que no haya un elemento temporal en su aparición, puesto que para incoar toda demanda se debe contar necesariamente con tal interés –estando exceptuados de invocarla el Ministerio Público, el procurador oficioso y quien defienda intereses difusos como se regula en el artículo IV del Título Preliminar del CPC–, de lo contrario será causal de improcedencia liminar de la demanda conforme a lo dispuesto por el artículo 427° inciso 2 del CPC, en tanto y en cuanto sea manifiesta su ausencia.

Decimos que esa ausencia de interés debe ser manifiesta, porque si no fuera así, el juez de la causa debe tener por admitida la demanda, en tanto se cumplan los demás requisitos legales claro está. Por tanto, la sustracción de la materia sólo se puede dar *ex post* de interpuesta la demanda; esto es, debe de “surgir” la causal de la sustracción de la materia después de que se admita la demanda hasta –por lo general– antes de expedirse la “sentencia final”. Anotamos que ese evento se admite por lo general

hasta que se resuelva el caso en definitiva, pues ello no excluye la siguiente etapa del proceso, dado que se admite, incluso, que la satisfacción extraprocetal se puede dar en la fase de ejecución, en donde este hecho tendría que hacerse valer como una causal de oposición, que en términos de nuestro Código es la denominada contradicción al mandato ejecutivo.³⁴

Para lo que atañe al decaimiento de la materia controvertida, nos dice De Stefano que la “...cesación de la materia de la controversia 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 inadmisibile 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*].”³⁵

Bajo esa línea de ideas, se debe anotar que la desaparición del interés para obrar tiene estrecha relación, qué duda cabe, con el objeto del proceso, que es la pretensión, consistente en la declaración de voluntad, debidamente fundamentada, que formaliza el actor y dirige al Juez, solicitando que, con relación a un derecho, bien o situación jurídica, declare o niegue su existencia, cree, modifique o extinga una determinada situación o relación jurídica, o condene al demandado al cumplimiento de una determinada prestación. Y es sobre este objeto del proceso, en concreto que va a operar el decaimiento del interés para obrar, pues se verá afectado por un hecho sobrevenido que provocará su desaparición, bien debido a la satisfacción extraprocetal o a cualquier otro evento.³⁶

Resumidamente, como ya se dijo, la sustracción de la materia debe ser un hecho sobreviniente a la interposición de la demanda, a través del cual el actor ha logrado extraprocetalmente la satisfacción de lo pretendido por la ocurrencia de un hecho voluntario o ajeno a la voluntad de las partes, dando como resultado que ya no es posible obtener lo pretendido. Entender de otro modo la figura, esto es, que el demandante sabiendo que nada tiene que reclamar, no obstante, interponga su demanda, conllevará no sólo a que no sólo se desestime ésta, sino que, además, se sancione al accionante por actuar temerariamente.

32 Cf. Gascón Inchausti, Fernando, *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevinida del interés*, Madrid, Civitas, 2003, p. 28.

33 *Ibid.*, pp. 30, 33 y 34.

34 Cf. Doig Díaz, Ob. Cit., p. 252 y ss.

35 Citado por Eugenia Ariano en su “*Un insólito ‘torneo’...*”, p. 20.

36 Cf. Doig Díaz, Ob. Cit., p. 117.

C) Del no bien comprendido reconocimiento de la pretensión

Siguiendo el decurso del razonamiento de la Sala revisora, ésta también se ocupa del Reconocimiento, pues, según afirma, la actuación *“...de la propia administración no puede configurar el supuesto de sustracción de la materia, debiendo considerarse que su actuar se encuadra más bien a la figura procesal del reconocimiento...”*

Conviene detenernos en este punto, puesto que si a criterio del tribunal se dio la figura procesal del Reconocimiento de la pretensión, no logramos entender cuál fue el motivo por el cual se inhibió de resolver la causa sobre el fondo de la controversia, tanto más si rechazaba el supuesto de la sustracción de la materia –con lo cual prefirió abdicar de su función alegando una supuesta nulidad–, ¿quizá el colegiado entendió que, igualmente, el reconocimiento de la pretensión solamente se puede dar en primera instancia?

De una simple y poco reflexiva lectura de los artículos 330° y 331° del CPC, diera la impresión de que el Reconocimiento, al igual que el Allanamiento, sólo se puede producir durante el trámite del proceso en primera instancia, porque del texto de la norma se podría concluir que esa frase *“...previo a la sentencia”* está concebida para la sentencia de primera instancia y no para la sentencia dictada en definitiva.

Al igual que la doctrina, creemos que es una lectura errada la que se daría a la norma si es que considerara que el Allanamiento o el Reconocimiento únicamente se pueden dar a nivel de la primera instancia. En primer lugar, porque son actos dispositivos de la parte demandada y no se encuentra lógica alguna para limitar esa facultad; en segundo lugar, porque así se da fin a un proceso, dado que, en caso se optara por la primera postura, innecesariamente se obligaría a las partes a proseguir con el mismo contra su voluntad. Situación diferente se presenta en el caso del desistimiento de la pretensión que tiene una limitación expresa en el artículo 342° del CPC.

Bajo el epígrafe de conclusión anticipada del proceso, el actual artículo 42° de la Ley del Proceso Contencioso Administrativo (regulada por el D. S. N° 013-2008-JUS), dispone que si la entidad administrativa –quien va a ser la demandada siempre– reconoce en vía administrativa la pretensión del accionante, el juez, previo traslado a esta, dictará sentencia. Dispositivo que debe ser concordado con el artículo 474° del CPC, el cual hace alusión que, una vez verificada la existencia de los supuestos señalados en el artículo 321° o los incisos 2, 4 y 5 del artículo 322°, del mismo cuerpo procesal, el Juez declarará la conclusión del proceso. Ergo, en puridad no se estaría ante el supuesto de conclusión anticipada del proceso, sino de un reconocimiento que debe de concluir con la expedición de una sentencia.

Lo dicho tiene asidero no sólo en una adecuada interpretación sistemática de la norma, sino también de su sola lectura, puesto que, del texto del citado artículo

42°, lo que emerge es un auténtico Reconocimiento y no un supuesto de conclusión del proceso sin declaración sobre el fondo.

“(...) una cosa es la conclusión anticipada del proceso por la sustracción de la materia (...) y otra es el Reconocimiento de la pretensión (donde) estamos ante un acto voluntario y deliberado realizado por el demandado dentro del proceso, en tanto que en la sustracción de la materia pueden darse casos voluntarios como ajenos a la decisión de las partes, y que acontecen fuera del proceso.”

El citado precepto tiene como referente el artículo 76° de la Ley 29/1998, de 13 de julio, que regula la Jurisdicción Contencioso-Administrativa española, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 76.

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

Dicha norma contiene dos supuestos: El primero, que una vez verificada la legalidad del Reconocimiento se dictará un auto que dará por terminado el procedimiento y, el segundo, que en caso se comprobara que dicho reconocimiento infringe el ordenamiento jurídico, el órgano jurisdiccional deberá dictar sentencia de acuerdo a Derecho.

Como advertimos, nuestro legislador copió o leyó mal dicha norma y, en vez de regular adecuadamente la regulación de figura jurídica que se daba –como es el Reconocimiento, y así lo dice en su propio texto–, optó por la supresión de frases y concluyó que era mejor se dictara sentencia en vez de un auto conclusivo –tal cual lo regula nuestro CPC–, trayendo como consecuencia la más absoluta confusión al respecto.

Sobre ello, en la doctrina española se ha dicho que aunque la ley *“...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. Se trata de una calificación que se ajusta con facilidad al fenómeno regulado en el precepto (...) el reconocimiento 'en vía administrativa' es, por definición, un reconocimiento 'extraprocesal': no se trata de una actuación que lleve a cabo la Administración demandada en el marco del proceso, sino que tiene lugar al margen de él, aunque sus efectos alcancen a su ámbito."³⁷

En suma, creemos, que una cosa es la conclusión anticipada del proceso por la sustracción de la materia, llamada por nuestro Código sustracción de la pretensión del ámbito jurisdiccional (artículo 321º. 1) y otra, es el Reconocimiento de la pretensión, que si bien es cierto en ambos casos se debe de expedir un auto, en el Reconocimiento estamos ante un acto voluntario y deliberado realizado por el demandado dentro del proceso, en tanto que en la sustracción de la materia pueden darse casos voluntarios como ajenos a la decisión de las partes, y que acontecen fuera del proceso. Es allí donde radica la diferencia, también, entre una y otra institución.

Sea como fuere, en el caso materia de análisis, si se atenia a lo regulado por el citado artículo, el tribunal estaba en la obligación de resolver el fondo del asunto si es que consideró que se trataba de un reconocimiento y debía ajustarse a lo señalado por el artículo 42º de la LPCA; dado que: o aceptaba dicho reconocimiento o lo rechazaba, con lo cual igual debía pronunciarse sobre la materia controvertida; empero, se negó a resolver la causa y, por el contrario, prefirió anular la sentencia apelada esgrimiendo un argumento inconsistente.

IV. De la segunda instancia y sus afanes

Otra institución que consideramos no ha sido del todo entendida por el *Ad quem*, es la segunda instancia y su relación con la apelación –y el principio de la pluralidad de instancias–.³⁸

De cómo está concebido nuestro modelo de apelación también ya se ha escrito lo suficiente, lo cual nos releva de mayores y alongados comentarios.

Vamos a ocuparnos, más bien, sobre aspectos que inciden en puntos cardinales vinculados a la sentencia bajo comentario, porque desde nuestro punto de vista, la Sala Superior evidencia graves equívocos de concepción sobre la función de la segunda instancia, así como del papel que en ella desempeña la apelación y la actuación de nuevas pruebas en segunda instancia.

Ya es sabido que nuestro modelo de apelación es uno limitado con excepciones, dado que no es procedente, en segunda instancia, alegar ni probar hechos distintos

a los que ya fueron alegados y probados ante el juez de la demanda, salvo que se trate de hechos nuevos que cumplan con lo dispuesto por el artículo 374º del CPC. En consecuencia, no se está ante un *novum iudicium* sino ante lo que se denomina una mera *revisio prioris instantiae*, con las excepciones anotadas.

La pregunta que surge es: ¿Cuál es el objetivo de la instancia plural? La respuesta es simple, evitar la arbitrariedad del juzgador, así como, garantizar una mejor justicia y la corrección de la decisión judicial. Pues bien, este solo hecho no puede llevar a concluir a que todas, absolutamente todas, las resoluciones deban de ser apelables.

A) Apuntes sobre algunas nociones sobre la segunda instancia

En palabras de Armenta Deu: "Hablar de segunda instancia supone organizar el proceso de modo que se establecen dos exámenes resoluciones sucesivas de cada objeto procesal.

Este doble examen exige:

- a) El segundo examen lo realiza un órgano superior, es decir, el efecto devolutivo es consustancial.
- b) La existencia real de la segunda instancia se rige por el principio dispositivo, de manera que no acaecerá realmente si no se solicita a instancia de parte.
- c) El segundo examen ha de tener el mismo objeto que la primera instancia, colocando al órgano de segunda instancia en igual situación ante el proceso a la que tenía el de primera. Esta regla no impide la aplicación de aquella otra (tanto *appellatum quantum devolutum*) en atención a la cual, el recurrente puede delimitar el examen y sentido de la decisión solicitando pronunciamiento únicamente respecto a una parte de aquello que le perjudicó.

Otras concepciones permiten configurar la segunda instancia como la revisión, fáctica y jurídica del juicio de primera instancia, si bien limitado a los materiales aportados a esta última o, en una concepción más restrictiva, como examen ceñido al análisis del juicio jurídico establecido en la resolución, sin poder entrar en el juicio fáctico.

Estas concepciones –que admiten matizaciones intermedias– no constituyen una segunda instancia *strictu sensu*, si bien acomodan en mayor medida a la configuración incorporada en la mayoría de las legislaciones.

Para que exista una verdadera segunda instancia es necesario contar con una apelación plena, donde se permita a las partes adicionar alegaciones de hecho,

37 Cf. Gascón, *Ob. cit.*, p. 282, Doig Díaz, *Ob. Cit.*, p. 67 y ss.

38 Sobre esto se puede consultar a: Ariano Deho, Eugenia, "En la búsqueda de nuestro "modelo" de apelación civil", publicado en la Revista de la Maestría de Derecho Procesal de la PUCP, Año 2, N° 2, (http://pergamo.pucp.edu.pe/derechoprocesal/files/derechoprocesal/La_apelacion_buscada_-_Eugenia_Ariano.pdf). Queremos expresar nuestro agradecimiento a la Dra. Eugenia Ariano por habernos proporcionado todo el conjunto de sus sesudos estudios sobre los medios de impugnación en nuestro ordenamiento procesal.

respetando siempre la causa de pedir y aportando y practicando nuevos medios de prueba. En su lugar, siempre se ha regulado la apelación limitadamente.³⁹

Más adelante la misma autora anota que "No hay segunda instancia sin apelación. El recurso de apelación abre la segunda instancia. Ambas afirmaciones, siendo ciertas, no deben llevar al inveterado error de asimilarlas. La apelación es el detonante, el instrumento imprescindible para acceder a nuestra específica configuración de la segunda instancia; sin embargo, ni supone que todo recurso de apelación conduzca inexorablemente a una segunda instancia, ni que aquello a lo que así se accede sea una auténtica segunda instancia, como se ha ido adelantando."⁴⁰

Como observamos, nuestro ordenamiento procesal es semejante al español, por lo que lo dicho para aquel vale para el nuestro: una cosa es la segunda instancia, donde se requiere para su apertura de la apelación, y otra es pretender entender que todas las resoluciones dictadas en segunda instancia deben ser apelables.

Solé Riera manifiesta: "En este sentido, entendemos a la segunda instancia como una ulterior fase del desarrollo de la acción y de la jurisdicción, dentro de un mismo proceso, que se lleva a cabo ante un órgano jurisdiccional de grado superior al que dictó la resolución objeto de impugnación, y que se abre, siempre, mediante el recurso de apelación contra dicha resolución. Esa resolución objeto de impugnación será bien una sentencia definitiva que ponga fin a la litis, o bien una resolución a ella equiparada.

Dado que el recurso de apelación cabe (...), no sólo contra ese tipo de resoluciones, sino también contra las resoluciones llamadas interlocutorias o de dirección del proceso, la apelación se distingue de la segunda instancia en la medida en que no toda apelación comporta una segunda instancia, aunque sí toda segunda instancia requiere del recurso de apelación para su existencia. Y ello es así, ya que la apelación de las llamadas resoluciones interlocutorias no supone la apertura de una segunda instancia, sino que sólo persigue la reforma o anulación de la resolución de dirección procesal apelada."⁴¹

En la doctrina argentina, Loutayf Ranea se ocupa sobre el concepto de instancia, y siguiendo lo dicho por Manuel Urrutia Salas, sostiene que: "La concepción de la 'instancia' como 'grado jurisdiccional' importa un espacio, período o grado que la ley precisa para instruir un proceso, en el cual se van realizando todas las actividades necesarias para sentenciar el asunto que se entrega a los tribunales'. La instancia, entonces, no depende de la voluntad del juez ni de las partes; de ellos depende la formación e instrucción del proceso; pero no la instancia que es independiente de toda otra voluntad extraña que no sea la de la ley, que fija en términos

generales en cuántos períodos debe actuar un juez y que se va agotando en plazos'. El juez y las partes, agrega, 'guiados por las normas legales y por el interés de cada cual configuran el proceso en cada caso y cada proceso tendrá una individualidad determinada, pero ninguno de ellos puede hacer nada para configurar una instancia, que es un concepto pasivo (estática del derecho) como el proceso es un concepto activo (dinámica del derecho). Sólo pueden mediante actividades materiales y jurídicas configurar el proceso."⁴²

Es por eso que, resulta de suma importancia, tener claros los conceptos de instancia y de apelación, dado que la instancia plural no implica necesariamente que toda resolución expedida durante el desarrollo del proceso sea imperativamente impugnabile⁴³.

Para afianzar lo expuesto líneas antes, sostenemos que aún exista la previsión constitucional de la doble instancia, no es posible, en nuestro medio, considerar a priori que toda resolución, absolutamente toda, deba ser impugnabile sí o sí, pues de pensarse de ese modo caeríamos en el contrasentido que incluso las resoluciones que declaran improcedentes los recursos de casación serían recurribles y, sin ir más lejos, las que declaran la nulidad de auto que concede la apelación también tendría que serlo. Justamente sobre este razonamiento nos ocuparemos líneas más adelante.

B) La función de la sentencia de vista

La sentencia de segunda instancia, salvo que sea rescisoria, será sustitutiva de la apelada, aún la confirme en todos sus extremos, es así como se expresa Carnelutti al precisar: "*Téngase pues, como cosa firme que, aunque el juez de apelación confirme la sentencia impugnada, ello significa que pronuncia una sentencia, con contenido idéntica a aquella, o incluso que en la parte dispositiva se refiere a ella, pero no que aquella conserve su eficacia*; la sentencia que contiene la decisión y despliega efecto imperativo, es en tal caso únicamente, la sentencia de apelación."⁴⁴

Ahora bien, no siempre todos los ordenamientos procesales tienen la misma tónica respecto a las sentencias que puedan ser anuladas, pues algunas no admiten el reenvío de las mismas, salvo infracciones insubsanables. En España se regula que si la infracción procesal se produjo en la sentencia de primera instancia, se revocará esta y se resolverá sobre la cuestión o cuestiones que fueran objeto del proceso (art. 465.2 LEC) y sólo cabrá reenvío en el caso de infracción en la tramitación si es que no fuera subsanable por el tribunal de segunda instancia.

Por ello, como bien se dice, mediante el recurso de apelación, dada su naturaleza de recurso ordinario, el órgano de segundo grado adquiere plena competencia, con idéntico poder y amplitud de conocimiento para

39 Cf. Armenta Deu, Teresa, *Lecciones de derecho procesal civil. Proceso de declaración, proceso de ejecución y procesos especiales*, 2ª ed., Madrid, Marcial Pons, 2004, pp. 259-260.

40 *Ibid.*, p. 261.

41 Cf. Solé Riera, Jaume, *El recurso de apelación civil*, 2ª ed. Revisada y actualizada, Barcelona, Bosch, 1998, pp. 24-25.

42 Cf. Loutayf Ranea, Roberto G., *El recurso ordinario de apelación en el proceso civil. Legislación. Doctrina. Jurisprudencia*, t.1, Buenos Aires, Astrea, 1989, pp. 7-8.

43 Véase más ampliamente a: Ariano, "En la búsqueda de nuestro modelo...", p. 14.

44 Cf. Carnelutti, Francesco, *Ob. cit.*, vol. II, pp. 216-217.

conocer y resolver todas las pretensiones de las partes. Por consiguiente, toda la actuación procesal que despliegue lo hará como órgano de revisión (segunda instancia) y jamás como órgano de primer grado. Al ser así, no existe justificación alguna para que el *Ad quem* se sustraiga a su deber de resolver sobre el fondo de la controversia.

C) De la inimpugnabilidad de resoluciones

Pareciera que el epígrafe anunciaría una herejía imperdonable, más aún estado al texto de la sentencia transcrita. Todo lo contrario, es una cuestión de simple lógica el que se admita la existencia de resoluciones que no pueden ser pasibles de impugnación y no porque exista un ánimo arbitrario de no querer que las partes no impugnen nada, sino porque el diseño de nuestra estructura judicial hace que ello no sea posible. Piénsese, por ejemplo, en la resolución que declara improcedente el recurso de casación o el pedido de nulidad que suelen formular los litigantes ante la Sala Suprema durante la tramitación del recurso de casación ¿ante quién se tendría que apelar? La respuesta es sencilla, ante nadie porque dichos autos son inimpugnables; pues habría que inventar una sala revisora *ad hoc* para tal fin, bajo la idea del respeto a la pluralidad de instancias.

La profesora sanmarquina Eugenia Ariano, justamente al comentar sobre la relación entre pluralidad de instancias y el recurso de apelación en la legislación española, dice: “Esta doctrina ha tenido su secuela {en alusión a que en la Constitución española no se consagra la pluralidad de instancias de manera expresa}. Así en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC 2000) se ha simple y lisamente abolido la posibilidad de apelación de las resoluciones interlocutorias, quedando solamente reservada para la decisión final, lo que significa que ese juez de primera instancia (‘revitalizado’, se dice en la Exposición de Motivos) podrá hacer y deshacer a placer hasta el final del proceso, sin que puedan las partes impugnar ante otro juez sus resoluciones.”⁴⁵

Por lo general, cuando se habla de impugnaciones y del debido proceso se recurre a lo reglado por el artículo 139°. 6 de la Constitución Política que se refiere al denominado derecho a la pluralidad de instancia, por lo que, dice la citada autora, se piensa inmediatamente en que “el proceso no puede desenvolverse a instancia única, vale decir ante un único juez sino que puede ser ‘prolongado’ ante otro, a la sazón ‘superior’. Y ello es parcialmente correcto.”, acotado que nuestra Constitución vigente tiene esa “atípica” previsión que impide al legislador ordinario a regular procesos a instancia única⁴⁶.

En una opinión más reciente, nuestra notable procesalista, hace un análisis sobre los autos

interlocutorios y que estos pueden ser expedidos tanto en primera como en segunda instancia, de modo tal que “...serán siempre inimpugnables los *autos interlocutorios* emitidos durante el desarrollo de la segunda instancia, mientras que los *definitivos* solo podrán serlo si es que la segunda instancia se ha llevado ante una Sala de la Corte Superior; por lo tanto, serán siempre inimpugnables todos los autos (*interlocutorios o finales*) que se emitan en el procedimiento de casación. Sigue más adelante indicando que “...hay que descartar que los autos emitidos en la primera instancia del proceso sean apelables como plasmación del principio constitucional de la ‘instancia plural’ (inciso 6 del artículo 139° de la Constitución). Si así fuera, serían *automáticamente* inconstitucionales todas las disposiciones que prohibieran, expresa o implícitamente, la apelación de un auto. Así, por ponernos en el extremo, habría que considerar inconstitucional (por violación del inciso 6 del artículo 139° de la Constitución), el que no se pueda apelar el auto que declara improcedente el recurso de casación.

El principio de la ‘instancia plural’ se plasma permitiendo que una determinada controversia pueda pasar por el conocimiento y decisión de –como mínimo– dos jueces distintos, y no que toda resolución (interlocutoria o final) se ‘apelable’ ante otro juez.”⁴⁷

V. De la sentencia rescindente

De la sentencia de vista, bajo análisis, hemos ido extrayendo varios temas relevantes, el primero referido a la sustracción de la materia y el reconocimiento que estaría regulado en el artículo 42° del TUO de la LPCA; el segundo, si es que la causal de sustracción de la materia debe ser necesariamente un hecho ajeno a la voluntad de las partes; el tercero, si es que de existir el reconocimiento el *Ad quem* se puede negar a emitir pronunciamiento sobre el fondo; el cuarto, si es que la aportación de hechos nuevos en segunda instancia constituyen causal de nulidad de la sentencia apelada; y el quinto, si es que los tribunales de segunda instancia pueden declarar nulidades que no existen.

Sobre estos ya nos hemos ocupado precedentemente, de modo tal que sólo resta hacer algunas precisiones al respecto.

A) Una sustracción de la materia desfigurada

Teniendo ya una idea sobre la Respecto a la sustracción de la materia, queda pendiente comentar que, a nuestro criterio, se incurre en un grave error al pretender considerar que la sustracción de la materia solamente se puede dar por un hecho ajeno a la voluntad de las partes y para ello no se duda en aludir (y transcribir) una sentencia del Tribunal Constitucional (STC N° 2871-

45 Cf. Ariano Deho, Eugenia, *Problemas del proceso civil*, Lima, Jurista editores, 2003, p. 233, en cuya p. 238 trae una relación de todas las resoluciones que tienen en el carácter de inimpugnables en nuestro Código Procesal Civil.

Por otro lado, como nuestra Constitución consagra el derecho a la doble instancia, no es causa de grandes elaboraciones académicas el explicar su regulación en un proceso de cualquier naturaleza. De ello se ha ocupado profusamente el Tribunal Constitucional, v. gr.: STC N° 0023-2003-AI/TC (Fj. 49), STC N° 3261-2005-AA/TC (Fj. 3) y STC N° 01755-2007-PA/TC (Fj. 4).

En la STC N° 3924-2009-PHC/TC (Fj. 2) el Tribunal se encarga de precisar que el derecho a la pluralidad de instancias si bien es un derecho fundamental “...no es absoluto en su ejercicio ya que se encuentra sujeto a regulación y puede ser limitado por la ley.”

46 Cf. La misma autora en su “Algunas notas sobre las impugnaciones y el debido proceso”, en: *Advocatus*, N° 9, 2003, p. 396.

47 Cf. Ariano, en su “Un insólito ‘torneo’...”, pp. 14-15.

2005-PA/TC, el cual, a su vez, se remite a la STC N° 0917-2003-AA/TC).

De manera incomprensible la Sala Superior llega a sostener que la sustracción de la materia "...consiste en la extinción del proceso constituido por la **circunstancia de que la materia justiciable sujeta a decisión deja de ser tal por razones extrañas a la voluntad de las partes**, no pudiendo el juzgado emitir pronunciamiento de mérito sobre la pretensión deducida."

"(...) no encontramos fundamento alguno para que se afirme que la sustracción de la materia sólo puede producirse por hechos ajenos a la voluntad de las partes."

Esta afirmación no tiene asidero a nivel legislativo ni doctrinario, puesto que como dice Gascón Inchausti –además de sostener que la terminación anticipada por desaparición sobrevenida del interés no siempre está relacionada con el principio dispositivo–, que "las circunstancias o hechos acaecidos con posterioridad que motivan la desaparición sobrevenida del interés no siempre dependen de la voluntad de los litigantes, ni tampoco responden siempre a su poder de disposición sobre la relación jurídica controvertida; piénsese, como se verá mejor luego, en los casos en que es el fallecimiento de alguno de los litigantes el causante de la desaparición del interés, o bien otro género de acontecimiento natural, o bien la conducta de un tercero –no inducido por alguno de los litigantes– (...), por mucho que en ciertos supuestos la circunstancia o el hecho sobrevenido dependan de la voluntad de las partes, lo cierto es que sólo tendrán la relevancia que les atribuye el artículo 22 LEC si efectivamente producen como resultado la desaparición del interés, que es cuestión distinta del hecho o circunstancia en sí, y que ya no depende de la voluntad de las partes, sino de la realidad de las cosas."⁴⁸

Siendo así las cosas, consideramos que el tribunal superior se excedió en sus apreciaciones al afirmar que la sustracción de la materia supone la existencia de un hecho no voluntario y extraño a las partes. Quizá ese hierro se basó en una poca atenta lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional a la que hizo referencia, pues del texto de la misma no emerge tal aserto y, por el contrario, arribaremos a conclusiones diametralmente distintas.

La STC N° 917-2003-AA/TC, hace alusión a un caso donde la parte demandada -a la sazón un organismo del Estado como es la SUNAT-, sostuvo que el accionante ya había pagado la deuda y ante ello el TC responde de la siguiente manera:

"3. Los demandados alegan que no tiene objeto pronunciarse sobre el fondo del asunto, sosteniendo que, habiéndose cancelado la deuda tributaria, se ha producido la sustracción de la materia.

4. A juicio de este Tribunal, en el presente caso no puede aplicarse el criterio de la sustracción de la materia por cancelación voluntaria de deuda, pues ello no opera cuando la SUNAT realiza la compensación de oficio. Tómese en cuenta, además, que la compensación de oficio, conforme lo establece el artículo 40° del Código Tributario, sólo se produce cuando, a consecuencia de una verificación y/o fiscalización, se determina la existencia de una deuda tributaria pendiente; y, aun en esos casos, no es posible compensar con deuda pendiente producto de impuestos inconstitucionales.

5. A través del Oficio 000006-2005-2Q2004/SUNAT, la SUNAT remitió a este Tribunal el Informe N.° 037-2005-SUNAT/2Q2003, mediante el cual señala que con fecha 11 de setiembre de 1998, se resuelve *compensar de oficio* la deuda mediante la aplicación de la Nota de Crédito Negociable Serie "A" N.° 00089574 contra la Orden de Pago N.° 181-1-01576, en virtud de la Resolución de Oficina Zonal N.° 182-4-00025/SUNAT. De la referida resolución se advierte que, respecto a la deuda compensada de oficio, medió una solicitud de devolución previa, la cual evidentemente no fue atendida."

Como observamos, tanto esta sentencia, como la dictada en la STC N° 2871-2005-PA/TC (transcrita por la Sala Contenciosa), no guardan relación alguna con la materia controvertida y menos con el pedido de la parte demandada en el proceso que se sometió a conocimiento de dicha Sala Superior. Se advierte pues que, el Tribunal Constitucional en ningún momento sostiene que la sustracción de la materia "únicamente" se puede originar por hechos ajenos a la voluntad de las partes. Por el contrario, más bien, afirma que la sustracción de la materia se da –sin ser excluyente– por una actuación voluntaria de alguna de las partes, pero no descarta que, también, se deba a hechos ajenos a la voluntad de éstas. En buena cuenta, lo que está haciendo el Tribunal Constitucional es analizar si es que el hecho alegado puede o no configurar un supuesto de sustracción de la materia. Y en los dos casos citados consideró que no se daba esa hipótesis porque la parte demandada, *motu proprio* había dado por canceladas las deudas y como eso, en otras palabras, era un acto arbitrario no podía considerarse como causal para alegarse la sustracción de la materia.

En suma, no encontramos fundamento alguno para que se afirme que la sustracción de la materia sólo puede producirse por hechos ajenos a la voluntad de las partes, pues ello no emerge ni del texto del artículo 321° y tampoco de la doctrina o la jurisprudencia constitucional, si es que de citarla se trataba.

B) Nuevas pruebas en segunda instancia y su "conversión" en causal de nulidad:

Queda como uno de los temas pendientes a comentar el referido a que el ofrecimiento de hechos nuevos en apelación constituyen o no causal de nulidad de la resolución apelada.

Lo dicho nos lleva a preguntarnos si es que el poder nulificante del tribunal *Ad quem* es ilimitado o presenta algún freno, de lo contrario nos encontraríamos sometidos a la más absoluta arbitrariedad del órgano revisor.

Conforme ya se ha hecho alusión al modelo de apelación que tenemos, se ha concluido que el nuestro es uno de apelación limitada con excepciones, modelo que también es el mismo en el proceso contencioso administrativo, no sólo por lo regulado en la Primera Disposición Final del D. S. N° 013-2008-JUS, sino porque ello emerge de lo dispuesto en los artículos 31° y 32° de la citada ley.

Pues bien, de entrada surge el interrogante de: ¿En qué parte de la norma que regula el proceso contencioso administrativo se prohíbe la actuación de nuevas pruebas -y hasta de pruebas de oficio- en segunda instancia? O en todo caso ¿En qué lugar de dicho corpus se estipula que el ofrecimiento nuevas pruebas dé motivo a que se anule la sentencia apelada? ¿Qué relación tiene la garantía -o principio como dice la Sala Superior⁴⁹- de la pluralidad de instancias con la actividad que realice el tribunal de segunda instancia?

Podemos concluir que la respuesta a estos interrogantes planteados es que no existe previsión legal alguna. Así como tampoco existe relación entre la pluralidad de instancias y la actuación de pruebas nuevas en segunda instancia.

Ya lo dijimos antes, no todo acto procesal realizado por el tribunal *Ad quem* puede ser apelado, porque habrán muchos de ellos que resuelvan incidencias y que por la propia función que desempeña el tribunal de apelación -como órgano de revisión en mérito al recurso de apelación- no se pueden considerar como actos de primera instancia, así se expidan "por primera vez", porque no toda "primera vez" debe ser impugnabile, sino remitámonos a lo que regula el CPC en su artículo 310° respecto a la recusación de jueces, por ejemplo. Y si queremos referirnos a la admisión de pruebas en segunda instancia basta con remontarnos a lo dicho por el artículo 374°, *in fine*, del citado CPC.

Nos preguntamos ¿lo mismo hubiera hecho la Sala si se pedía la nulidad de alguna actuación procesal? ¿También el tribunal hubiese contemplado alguna instancia para que se pueda apelar la resolución que denegaba la recusación de alguno de sus integrantes, en aras de "respetar" la garantía de la pluralidad de instancias?

La posición adoptada por el colegiado tampoco guarda relación con el derecho a probar que como se sabe comprende: 1) el derecho a ofrecer las pruebas en la etapa correspondiente, salvo excepciones legales; 2) el derecho a que se admita las pruebas pertinentes ofrecidas en la oportunidad prevista por la ley; 3) el derecho a que se actúen los medios probatorios admitidos oportunamente, si así correspondiese a su naturaleza; 4) el derecho a impugnar (oponerse o tachar) las pruebas de la parte contraria y controlar la actuación regular de estas; y 5) el derecho a una valoración conjunta y razonada de las pruebas aportadas, y debidamente admitidas o actuadas.

Lo dicho cobra fuerza con el diseño adoptado por nuestro Código, el cual ha instaurado el contradictorio tanto en primera como en segunda instancia, en especial en esta última, donde se regula cómo debe de proceder el *Ad quem* ante la presentación de nuevas pruebas, conforme se regula en el artículo 374° del CPC.

Siguiendo a Taruffo: "En el terreno de la admisión de pruebas, que las partes tengan derecho a probar un hecho significa que tienen la facultad de presentar todos los medios de prueba relevantes y admisibles para apoyar su versión de los hechos en litigio. Para la parte que alega un hecho, esto significa que debe tener la posibilidad de presentar todas las pruebas positivas con las que cuente; para la parte contraria, supone que debe tener la oportunidad de presentar todas las pruebas contrarias o negativas de que disponga en relación con esos hechos. Desde el punto de vista de las normas relativas a la admisión de pruebas, este problema se debe resolver invocando simplemente al principio de relevancia (...): deben ser admitidas todas las pruebas positivas y negativas o contrarias relevantes. Las partes no pueden pretender que se admitan pruebas irrelevantes, pero se les debería permitir presentar cualquier medio de prueba relevante."⁵⁰

Un buen termómetro para medir las facultades invalidantes de oficio por el superior en grado es lo regulado por los artículos 176°, *in fine*, y 382° del CPC. El primero señala que los jueces -y esto incluye a los jueces superiores- sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda. Por su lado, el artículo 382° es mucho más riguroso al indicar que el recurso de apelación contiene intrínsecamente el de nulidad, sólo en los casos que los vicios estén referidos a la formalidad de la resolución impugnada.

49 Para Larenz los principios son formas de expresión, direcciones de movimiento, tendencias del espíritu objetivo que se abren paso en la conciencia jurídica general y encuentran su expresión en la ley y en la jurisprudencia.

También nos dice que a los principios ético-jurídicos los califica como pautas directivas de normación jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden justificar resoluciones jurídicas. En cuanto ideas jurídicas materiales son acuñaciones especiales de la idea del Derecho, tal como ésta se presenta en su grado de evolución histórica. Algunos de ellos están declarados expresamente en la Constitución u otras leyes; otros pueden ser deducidos de la regulación legal de su conexión de sentido, por vía de la analogía general o del retorno a la *ratio legis*; algunos han sido descubiertos y declarados por primera vez por la doctrina o por la jurisprudencia de los tribunales, las más de las veces tendiendo a casos determinados, no solucionables de otro modo, y luego se han impuesto en la conciencia jurídica general gracias a la fuerza de convicción a ellos inherente.

Cf. Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2001, p. 465.

Para Beladiez Rojo: "La definición de lo que ha de entenderse por principio jurídico o principio general del Derecho (expresiones que van a ser empleadas como sinónimas, como más adelante se precisará) es una de las cuestiones que más difíciles resultan a los juristas. La razón de esta dificultad se comprende con sólo atender a su significado meramente gramatical. Es claro, que si por principio se entiende 'elemento fundamental de una cosa', los principios jurídicos sólo pueden ser fundamentos del Derecho, y ahí radica, precisamente, la complejidad de su definición. Averiguar cuáles son las ideas esenciales sobre las que se construye un ordenamiento constituye una tarea más propia de filósofos que de juristas...".

Cf. Beladiez Rojo, Margarita, *Los principios jurídicos*, reimpresión de la 1ª ed., de 1994, Madrid, Tecnos, 1997, p. 17.

50 Cf. Taruffo, Michele, *La prueba*, trad. de Laura Manríquez y Jordi Ferrer Beltrán, Madrid, Marcial Pons, 2008, p. 57.

En el caso materia de examen nos preguntamos ¿cuál ha sido la formalidad prescrita por ley que ha sido infringida por el *A quo* al momento de sentenciar? Sin duda que ninguna, porque nunca tuvo ante sí los hechos nuevos alegados por la parte demandada –porque los adjuntó al momento de absolver el traslado de la apelación–. En consecuencia, si es que jamás los vio, mal podría haberlos invocado y menos valorado.

Como comenta Alsina⁵¹, la aplicación automática de la sanción de nulidad por el solo hecho de su constatación, obligaría en muchos casos a declarar la nulidad de actos de importancia secundaria por el estado del procedimiento, pero que invalidarían las actuaciones posteriores, proporcionando con ello un arma al litigante de mala fe. Igual vale lo dicho, cuando ya no son las partes quienes invocan nulidades por las solas formalidades sino también para los magistrados que rehusando cumplir con su deber no sólo anulan sin sustento alguno, sino además confunden las instituciones procesales de nulidad, también se encuentran medios que permiten convalidar o superar las mismas, y sólo, como última *ratio*, se opta por la nulidad. Luego, no es entendible que se invoquen nulidades inexistentes.

Si nos detenemos a analizar el razonamiento de la Sala Superior, veremos que lo que pretende el tribunal es reconducir el razonamiento del juez de primera instancia

para que “reexamine” los medios probatorios y emita nueva sentencia porque, en palabras del colegiado, tiene “la obligación de hacerlo, a efectos de emitir un fallo con arreglo a ley.”

Es una muy mala práctica de nuestros tribunales el de entender que es una “obligación exclusiva y excluyente” del juez de primera instancia, peor aún, el valorar medios probatorios, y no de los jueces que actúan en revisión, peor aún, se llega al extremo de anular sentencias para “obligar” a los jueces a actuar pruebas de oficio, desnaturalizando con ello el proceso.

VI. Conclusiones

Dando término a lo expuesto, podemos decir que encontramos alarmante que una Sala Superior anule una sentencia sin tener sustento alguno para ello, alegando una supuesta protección a la pluralidad de instancias, y acotando que esa nulidad no obedece a irregularidades o deficiencias en que haya incurrido el *A quo*, con lo cual se concluye, que la propia Sala admite que está procediendo contradictoriamente.

Finalmente, más allá de esas implicancias, esperamos haber aportado en algo en cuanto concierne a la difícil tarea de comprender y diferenciar instituciones tan básicas en el Derecho Procesal como son el Interés para Obrar y su relación con otras instituciones jurídicas trascendentales ☒

51 Cf. Alsina, Hugo, *Las nulidades en el proceso civil*, Breviarios de derecho, N° 13, Buenos Aires, EJEA, 1958, p. 81.