

## CAPÍTULO XII

### MODIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### SUMARIO

1. Introducción. Se deben analizar los actos a modificarse o extinguirse, no los llamados medios de modificación o extinción.....	XII-1
2. Extinción y modificación.....	XII-2
3. Modificación de actos válidos y nulos o anulables.....	XII-3
4. Modificación de actos válidos. Rectificación o corrección material.....	XII-4
5. Aclaración.....	XII-6
6. Reforma.....	XII-8
7. Modificación de actos nulos o anulables. Saneamiento.....	XII-8
7.1. Saneamiento administrativo y judicial.....	XII-10
7.2. Explicar al otro.....	XII-10
8. Ratificación.....	XII-11
9. Confirmación.....	XII-12
9.1. La confirmación en derecho privado y en derecho administrativo.....	XII-12
9.2. Lo atinente a la prescripción.....	XII-13
9.3. La confirmación en el decreto-ley 19.549/72.....	XII-13
10. Comparación entre saneamiento, confirmación y ratificación.....	XII-14
11. Conversión.....	XII-15
11.1. Conversión por circunstancia sobreviniente.....	XII-19
12. Sustitución y reforma.....	XII-20
13. Improcedencia de la sustitución.....	XII-22
14. La orden judicial de sustitución.....	XII-24
15. La sustitución judicial a la ejecutoriedad administrativa.....	XII-25
16. La reelaboración del acto.....	XII-26
17. El acto expresamente sujeto a sustitución o reforma.....	XII-27



## Capítulo XII

### MODIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

#### 1. *Introducción. Se deben analizar los actos a modificarse o extinguirse, no los llamados medios de modificación o extinción*

Es frecuente encontrar una gran diversidad e imprecisión en la terminología utilizada para referirse a la modificación y extinción del acto administrativo: Los autores se refieren a un mismo tipo de modificación o extinción con denominaciones diversas y total o parcialmente superpuestas, lo que crea dificultades al lector. La extinción de un acto, dispuesta por la propia administración por motivos de legitimidad, es llamada por algunos autores invalidación, por otros anulación, por otros revocación por razones de ilegitimidad,<sup>1</sup> etc., con lo cual iguales palabras son utilizadas con distinto alcance según el autor de que se trate, sin que ello importe necesariamente diferencias en cuanto a la interpretación del orden jurídico. Lo mismo ocurre en materia de convalidación, saneamiento, ratificación, etc., de los actos administrativos.

Creemos preferible evitar ese tipo de enfoque, que sólo puede agregar confusión cualquiera sea la terminología adoptada, y enunciar en cambio los actos que se extinguen y las razones por las cuales son extinguidos, como así también los efectos de la extinción, y finalmente el órgano que la dispone. Hecha esa sistematización puede pasarse a elegir alguna cualquiera de las denominaciones en boga, según parezca más conveniente para referirse a lo que la sistematización haya dado como resultado. El procedimiento inverso, seguido por parte de la doctrina, puede llevar a errores: P. ej., se sostiene a veces que la revocación por razones de oportunidad produce efectos *ex nunc*, y la revocación por razones de legitimidad produce efectos retroactivos, *ex tunc*,<sup>2</sup> cuando en verdad, en el segundo caso, si

<sup>1</sup> Ver *infra*, cap. XIII, § 2, "Distintos supuestos."

<sup>2</sup> BIELSA, RAFAEL, *Derecho Administrativo*, t. II, Buenos Aires, La Ley, 1955, 5ª ed., p. 129; GRAU, ARMANDO, "Resumen sobre la extinción de los actos administrativos," en los trabajos del *Segundo Congreso Argentino de Ciencia Política*, Buenos Aires, 1960, p. 77 y ss., p. 83; DIEZ, MANUEL MARÍA, *El acto administrativo*, Buenos Aires, TEA, 1961, 2ª ed., p. 438.

la ilegitimidad del acto revocado no es grave (nulidad) sino leve (anulabilidad), su declaración necesariamente produce efectos sólo para el futuro (*ex nunc*), y en modo alguno efectos retroactivos. Pensamos que esto muestra suficientemente la conveniencia de hacer el estudio de la extinción del acto no a partir de los llamados “medios” de extinción (revocación, anulación, etc.), sino a partir de los actos extinguidos, para luego clasificarlos de la manera que resulte más conveniente, *ex post* y no en forma apriorística.

Por ello hemos preferido, como se verá, distinguir la revocación por razones de ilegitimidad (y dentro de ella de los actos nulos —*ex tunc*— o anulables —*ex nunc*—) o por razones de oportunidad, ambas en sede administrativa; y la anulación en sede judicial, tanto de actos nulos —*ex tunc*— como anulables—*ex nunc*. Es la terminología que parece hoy prevalente.<sup>3</sup>

También es común encontrar que los autores dividan la extinción de los actos administrativos según que sea *a*) por motivos de legitimidad o *b*) por motivos de oportunidad (o mérito o conveniencia). Sin embargo, ello nos parece insuficiente e inadecuado para describir el tema. Ocurre que a más de esos dos motivos de cesación de efectos del acto, la extinción también puede producirse, *sin* mediar fundamento de ilegitimidad del acto *ni* invocación de razones de oportunidad, cuando el particular renuncia a un acto o lo rechaza, en los casos en que ello es posible. También puede extinguirse el acto por incumplimiento, por imposibilidad de cumplirlo, etc. Querer reunir todos esos casos en la extinción por motivos de ilegitimidad o de inoportunidad nos parece forzado. Si distinguimos, al margen de la extinción, el agotamiento del acto, tampoco es ello suficiente, pues en los casos de imposibilidad de hecho, p. ej., el acto no se extingue por agotarse. La denominación, por ende, no debe hacerse apriorísticamente, sino que debe primero distinguirse los actos de que se trata y los diversos procesos de extinción, en forma sistemática, para elegir denominaciones sólo *después* de haber efectuado una clasificación metódica de los diversos supuestos a calificar.<sup>4</sup>

## 2. Extinción y modificación

Dentro de este planteo, se advierte inicialmente que tan importante como la extinción del acto es su modificación, que puede asumir diversas facetas y consecuencias.

No es solamente de saneamiento o convalidación y extinción del acto que ha de hablarse, sino que deben tenerse en cuenta también una serie de hipótesis en las cuales no hay saneamiento pero sí *modificación*, en uno u otro sentido, del acto: aclaración, reforma, sustitución, conversión, etc.

<sup>3</sup> HUTCHINSON, *Régimen de procedimientos administrativos*, Buenos Aires, Astrea, 1998, 4ª ed., p. 126, considera que ésta es la terminología elegida por el decreto-ley 19.549/712.

<sup>4</sup> Es el mecanismo clasificatorio que surge de emplear los criterios de la filosofía y el método analítico, que explicamos en el cap. I del t. 1 al cual siempre nos remitimos.

El defecto, a nuestro modo de ver, reside en el enfoque asistemático que se da a la cuestión. Se parte, una vez más, de los medios de extinción o convalidación, en lugar de partir del acto a tratar. Invirtiendo también el enfoque, fácil es comprender cómo hay una primera y necesaria sistematización a realizar, de la cual fluirán después los demás casos específicos. En efecto, si distinguimos según se trate de la modificación o de la extinción de los actos administrativos, y subdistinguimos a su vez según que se trate de la *modificación* o *extinción* de actos *válidos*, *nulos* o *anulables*, encontramos cuatro grandes categorías claramente definidas.<sup>5</sup>

#### 1° *Modificación*:

- a) De actos válidos,
- b) de actos nulos o anulables.

#### 2° *Extinción*:

- a) De actos válidos,
- b) de actos nulos o anulables.

A esto podemos agregar la extinción de los actos inexistentes, aunque se trata de una categoría que no presenta problemas (no hay modificación ni extinción, pues no existe acto que modificar o extinguir), y que por razones metodológicas ya hemos expuesto en el cap. precedente. También se hace necesario introducir nuevas distinciones y clasificaciones en cada una de estas grandes divisiones, a las que nos referiremos en este cap. y el siguiente.

En algunos de los casos que incluiremos dentro de esta clasificación es posible utilizar denominaciones que no ocasionen confusión; en otros será necesario prestar atención preferentemente al contenido —cómo y por qué se modifica o extingue el acto— a fin de evitar dudas con relación al vocablo que se utilice para designar el caso.

### 3. *Modificación de actos válidos y nulos o anulables*

3.1. Dentro del *primer* grupo —modificación de actos *válidos*— podemos encontrar tres situaciones: a) Que el acto sea modificado porque se han encontrado errores materiales en su confección o transcripción: Es la denominada corrección material del acto; b) que el acto sea modificado en una parte, por considerarla inconveniente o inoportuna, lo que llamaremos reforma del acto; c) que el acto requiera aclaración, en relación a alguna parte no suficientemente explícita del mismo, pero sin que estemos estrictamente en la situación de oscuridad total, que torna inexistente al acto. En esa hipótesis se hablará de aclaración del acto.

<sup>5</sup>Que a su vez se subdividen en múltiples grupos diversos, según veremos *infra*, § 3, y cap. XIII, § 2, “Distintos supuestos” y § 6, “Extinción de pleno derecho de actos ilegítimos.”

3.2. Dentro del *segundo* grupo —modificación de actos *nulos* o *anulables*— cabe encontrar los siguientes casos: *a)* Supresión de las causas que viciaban el acto, restituyéndole en consecuencia plena validez; aquí se habla de saneamiento o convalidación; *b)* Supresión de la posibilidad de operar u oponer el vicio; es la ratificación; *c)* Renuncia a oponer el vicio: algunos autores la llaman confirmación; *d)* Transformación del acto viciado en un acto nuevo y distinto, que aprovecha elementos o partes válidas del primer acto y las incorpora en el nuevo acto, eliminando las inválidas.<sup>6</sup>

Antes de analizar los casos de *extinción* del acto administrativo, corresponde referirse a las diversas hipótesis de *modificación* que pueden darse, las que metodológicamente aclaran el camino para explicar luego las situaciones de extinción.

#### 4. *Modificación de actos válidos. Rectificación o corrección material*

La corrección material del acto administrativo o rectificación en la doctrina italiana,<sup>7</sup> se da cuando un acto administrativo válido en cuanto a las formas y al procedimiento, competencia, etc.,<sup>8</sup> contiene errores materiales de escritura<sup>9</sup> o transcripción, expresión, numéricos, etc. Debió expresar algo e inadvertidamente expresó otra cosa; o la voluntad real del agente fue una y la expresión externa de su voluntad consignó sin quererlo otra. También aparecen errores de transcripción en el Boletín Oficial respecto del texto que le fuera enviado, que requieren entonces fe de erratas. Pero no se puede rectificar y con ello sanear un acto irregular,<sup>10</sup> p. ej. incluir en una supuesta fe de erratas la motivación que el acto no tuvo.<sup>11</sup> No constituye extinción, ni tampoco modificación sustancial del acto, pues la corrección supone que el contenido del acto es el mismo<sup>12</sup> y que sólo se subsana un error material deslizado en su emisión, instrumentación o publicidad (notificación o publicación).<sup>13</sup> Sus efectos, en consecuencia, son *retroactivos*<sup>14</sup> y se

<sup>6</sup> Es lo que se llama conversión del acto, que tratamos *infra*, § 11.

<sup>7</sup> SANDULLI, ALDO, *Manuale di diritto amministrativo*, t. I, Nápoles, Jovene, 1984, p. 312; STASSINOPOULOS, MICHEL, *Traité des actes administratifs*, Atenas, Sirey, 1954, p. 244.

<sup>8</sup> HOSTIOU, RENÉ, *Procédure et formes de l'acte administratif unilatéral en droit français*, París, LGDJ, 1975, p. 277.

<sup>9</sup> El *lapsus calami*. Ver p. ej. *B.O.*, 27-X-2000, pp. 1-2, res. TAOP 48/2000.

<sup>10</sup> Conf. BREWER-CARIAS, ALLAN R., *Principios de Procedimiento Administrativo en América Latina*, Bogotá, Legis, 2003, p. 58: señala que es un principio general en las leyes de Latinoamérica.

<sup>11</sup> HOSTIOU, *op. cit.*, p. 277. La rectificación mantiene intactos los efectos del acto anterior, pues sus efectos son los que el autor tuvo en mira y no los que por error aparecieron expresados: DE ANDRADE, ROBIN, *A revogação dos atos administrativos*, Coimbra, Atlántida, 1969, p. 41.

<sup>12</sup> WOLFF, *op. loc. cit.*

<sup>13</sup> Ver *infra*, t. 4, cap. V, “Notificación y publicación.” ABERASTURY, PEDRO (H.) y CILURZO, MARÍA ROSA, *Curso de procedimiento administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 115, consideran que la notificación es otro acto administrativo distinto, en cuyo caso la corrección material no afectaría el acto principal. Pero pensamos que el acto del que se trata es el que produce efectos jurídicos directos e inmediatos, lo que no ocurre sin notificación o publicación.

<sup>14</sup> WOLFF, *op. loc. cit.*; SANDULLI, *op. cit.*, p. 313.

considerará al acto corregido o rectificado como si desde su nacimiento hubiera sido dictado correctamente.<sup>15</sup> El decreto 1759/72 dice que procede sin limitación temporal,<sup>16</sup> pero ello se interpreta restrictivamente.<sup>17</sup>

Si el error, siendo numérico, está en los cálculos o informes que preceden al acto y éste se dicta en su consecuencia, no procede la corrección material, sino que entramos en el campo de error de la voluntad y demás vicios del acto.<sup>18</sup> Para que proceda la corrección o rectificación, entonces, se requiere que se trate efectivamente de un simple error material de copia, publicidad, transcripción, etc. De tal modo su función es restablecer en forma efectiva la intención real de formas y formalidades inicialmente respetadas.<sup>19</sup> Fuera de tales casos se tratará de una modificación o extinción del acto, según las situaciones y serán de aplicación los principios atinentes a ellos, que más adelante expondremos.

En suma, la corrección material es excepcional: ha de admitirse sólo con criterio restrictivo<sup>20</sup> y no podrá encubrirse bajo tal denominación, a actos que constituyen una verdadera revocación del acto original. Sólo puede ser dispuesta por el mismo órgano que dictó el acto, ya que él es el único que puede dar fe<sup>21</sup> de que lo que se modifica es tan sólo un error material o de transcripción y no un error de concepto o una decisión equivocada. Por ello, cuando el error es declarado por una autoridad superior o por la justicia, ya no será una rectificación sino que podrá tratarse de una extinción, sustitución, etc., según cual sea la actitud que tome el órgano y cómo valore el error material. Si es obvio y mínimo probablemente interpretará que el acto quiere decir lo que literalmente no dice; si es una discrepancia numérica y no resulta del mismo acto que es un error de suma o transcripción, corresponderá revocarlo, sustituirlo o modificarlo en la parte que se considera viciada. Si el error es en la persona sólo el órgano que dictó el acto puede aducir que es un error material y corregirlo:<sup>22</sup> el superior<sup>23</sup> o el juez necesariamente deben *extinguir* dicho acto<sup>24</sup> en forma retroactiva.

<sup>15</sup> STASSINOPOULOS, *op. loc. cit.*, quien agrega que por ello no se reabre el término de impugnación del primer acto, a partir de la rectificación; desde luego, el acto rectificatorio mismo sí puede impugnarse.

<sup>16</sup> Decreto 1759/72, art. 101: "Rectificación de errores materiales: En cualquier momento podrán rectificarse los errores materiales o de hecho y los aritméticos, siempre que la enmienda no altere lo sustancial del acto o decisión." En igual sentido Bolivia, art. 31; Comunidad Andina, art. 35; Costa Rica, art. 157; Honduras, art. 128; Perú, art. 201.1 y Venezuela, art. 84.

<sup>17</sup> Como recuerda HOSTIOU, *op. cit.*, p. 277, los tribunales son "muy desconfiados a este respecto y ponen condiciones particularmente restrictivas a su empleo."

<sup>18</sup> *Supra*, cap. IX, § 11, "Dolo, violencia, simulación."

<sup>19</sup> HOSTIOU, *op. cit.*, p. 278.

<sup>20</sup> Cfr. LAVILLA ALSINA, LANDELINO, "La revisión de oficio de los actos administrativos," *RAP*, 34: 53, 98, Madrid, 1961.

<sup>21</sup> Ver *supra*, cap. VII, § 4, "La «plena fe» del instrumento público y el acto administrativo."

<sup>22</sup> Salvo la estabilidad del acto, *supra*, cap. VI.

<sup>23</sup> PTN, *Dictámenes*, 141: 68, 71. La autoridad que cometió el error ya no desempeñaba el cargo. Correspondía entonces declarar la nulidad absoluta del acto.

<sup>24</sup> Si el acto tiene estabilidad se aplican los principios expuestos en el cap. VI, § 3, "Requisitos de la estabilidad," y siguientes..

La rectificación normalmente sólo es procedente dentro de un período razonable de dictado el acto,<sup>25</sup> salvo a) que el interesado mismo solicite la corrección; b) que se trate de actos certificantes, en los que la rectificación es admisible sin limitación de tiempo.<sup>26</sup> Ya vimos que en el decreto 1759/72 no existe limitación temporal a su procedencia, lo cual puede tener sentido si la corrección del error material es a favor del interesado, pero parece un exceso de inseguridad jurídica si con ello se pretende ampliar retroactivamente la esfera de sus obligaciones. Téngase presente que estamos refiriéndonos a los actos unilaterales e individuales, ya que tanto en materia reglamentaria como contractual existen reglas propias.

### 5. Aclaración

Cuando el acto, en lugar de contener simples errores materiales producidos en la emisión o transcripción del acto, puede presentar dudas en cuanto a la interpretación que corresponde otorgarle, el órgano que lo dictó puede producir un segundo acto, ahora de carácter aclaratorio del primero, el cual tendrá efectos retroactivos<sup>27</sup> salvo los derechos adquiridos durante la vigencia del primer acto. Si el acto ha producido efectos bajo una de sus interpretaciones posibles, la aclaración produce en tal caso efectos sólo para el futuro<sup>28</sup> a menos que la aclaración sea más favorable al interesado.<sup>29</sup>

Sólo el órgano que dictó el acto puede formalmente aclararlo y que si el sentido del acto es precisado, desentrañado o establecido por un órgano superior o por la justicia, estamos ante un caso de *interpretación*, la cual por su naturaleza es siempre retroactiva. Con todo, el órgano que lo interprete puede también admitir que si el acto dejaba margen a dudas, puede ser legítimo el incumplimiento, o el cumplimiento en otro sentido, efectuado por el particular.<sup>30</sup> Al igual que la corrección material, la aclaración tiene por efecto modificar el acto, precisándolo en un sentido determinado. Se diferencia en ello de la interpretación, pues esta última no se incorpora al contenido del acto sino que opera en su *funcionamiento*. Con todo, a veces la ley delega a la administración la facultad de interpretar u aclarar

<sup>25</sup>SANDULLI, *op. cit.*, p. 313. ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativo*, t. I, Madrid, Tecnos, 1965, p. 573, explica que el art. 111 de la ley española la admite “en cualquier tiempo” en tanto que la anterior legislación sólo lo permitía dentro de un lapso de cuatro años.

<sup>26</sup>SANDULLI, *op. loc., cit.*; ver *supra*, cap. III, § 6.

<sup>27</sup>Comp. DIEZ, MANUEL MARÍA, *Derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Plus Ultra, 1965, 1ª ed., pp. 406-7, respecto a la “interpretación auténtica” del acto; más adelante indicamos que la aclaración importa una *modificación del acto mismo*, que se integra con el acto aclaratorio, mientras que la interpretación, aún siendo auténtica, implica tan sólo que se ejecuta o hace funcionar el acto en un cierto sentido, pero sin modificar el acto en sí mismo.

<sup>28</sup>STASSINOPOULOS, *op. cit.*, p. 244. Comp. MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. I, Buenos Aires, Depalma, 1984, § 172, p. 269; BOTASSI, CARLOS, “Retroactividad del acto administrativo,” en *Ensayos de Derecho Administrativo*, La Plata, Platense, 2006, p. 162.

<sup>29</sup>Por las mismas razones expuestas en el cap. IV, § 5.9 y 5.10.

<sup>30</sup>*Supra*, cap. VIII, § 6, “Imprecisión u oscuridad;” FORSTHOFF, ERNST, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 1958, p. 304.



alguna disposición de la ley, caso en el cual la integra;<sup>31</sup> salvo ese supuesto, la interpretación o aclaración por el inferior no vincula a los tribunales en la interpretación de la norma superior.<sup>32</sup> Por ello, la interpretación puede variar según el tiempo y el órgano que la efectúa y puede haber así múltiples interpretaciones divergentes, mientras que la aclaración es una sola.<sup>33</sup>

Por último, cabe aclarar que si el acto es completamente oscuro e impreciso, en cuanto a qué clase de acto es o qué personas o cosas afecta, es un acto inexistente<sup>34</sup> insusceptible por tanto de aclaración; si se dictara un acto que pretendiera denominarse aclaratorio, él sólo puede valer como un acto *nuevo*, por tanto únicamente para el futuro.

Cabe por fin distinguir el *acto* administrativo de aclaración de un acto anterior, del *recurso* administrativo llamado de aclaratoria;<sup>35</sup> en el segundo caso nos encontramos ante el pedido formulado por un particular, para que la administración emita el acto aclaratorio. En el decreto 1759/72 aparece previsto el recurso de aclaratoria y pareciera que se ha introducido una innecesaria confusión, pues el derecho a pedir aclaratoria queda contemplado *prima facie* para ciertos supuestos precisos (contradicciones u omisiones), que resultan ser menos que aquellos sobre los cuales puede posiblemente versar una resolución administrativa aclaratoria. Desde un punto de vista conceptual, *cualquier* punto oscuro puede ser aclarado; desde un punto de vista procesal, el decreto parece limitar el derecho a pedir formalmente aclaratoria del acto, a los casos en que “exista contradicción en su parte dispositiva, o entre su motivación y la parte dispositiva o para suplir cualquier omisión sobre alguna o algunas de las peticiones o cuestiones planteadas.” Parece claro que si hay contradicción no se trata de un supuesto de necesidad de aclaración, sino de arbitrariedad del objeto<sup>36</sup> y que el vicio es insanable. El acto que salva la contradicción es un acto nuevo, con efectos solamente para el futuro.

Con todo, no debe atribuirse mayor significación a esta aparente limitación a la procedencia del recurso de aclaratoria, ya que en realidad contra los actos definitivos procede siempre también, de todas maneras, el recurso de reconsideración (art. 84 y concordantes del decreto 1759/72) y en su interposición podrá pedirse igualmente la aclaración de cualquier punto oscuro, esté o no pedida aclaratoria.<sup>37</sup> Va de suyo que la cuestión procesal en nada influye sobre el fondo y que, sea cual fuere el criterio que se adopte sobre el recurso previsto en el procedimiento para

<sup>31</sup> VILLAR PALASÍ, JOSÉ LUIS, *El mito y la realidad en las disposiciones aclaratorias*, Madrid, ENAP, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965, p. 49, nota 47: es la excepción.

<sup>32</sup> VILLAR PALASÍ, *op. cit.*, p. 48.

<sup>33</sup> Puede además darse una interpretación del aclaratorio, no así, por supuesto, de otra interpretación anterior. Ver además *supra*, nota 27.

<sup>34</sup> *Supra*, cap. VIII, § 6, “Imprecisión u oscuridad.”

<sup>35</sup> Ver *supra*, t. 4, cap. IX, § 16, “Reconsideración y aclaratoria.”

<sup>36</sup> Como explicamos *supra*, cap. VIII, § 8.1, “La contradicción del acto.”

<sup>37</sup> Nos remitimos al t. 4, cap. IX, § 16.

el particular afectado por un acto oscuro, la potestad administrativa de rever el acto oscuro existe siempre de manera amplia, con el límite de no lesionar derechos adquiridos al amparo de la estabilidad de los actos administrativos.

### 6. Reforma

Así como la administración puede —bajo ciertos límites— extinguir un acto por razones de conveniencia, oportunidad o mérito,<sup>38</sup> así también puede, con iguales limitaciones, modificarlo por tales motivos: la modificación, según los casos, puede importar una extinción parcial o la creación de un acto nuevo en la parte modificada<sup>39</sup> o ambas cosas.

En el caso de un permiso de uso del dominio público otorgado con relación a un espacio determinado, si tal espacio es disminuido posteriormente por razones de mérito, el acto habrá sufrido una extinción parcial a través de la modificación; si además se otorga al permisionario un nuevo espacio adicional, en compensación del primero, aparecerá aquí también una parte *nueva* del acto originario, y con ello la creación parcial de un acto.

La reforma produce efectos sólo para el futuro. Su procedencia, y la necesidad o no de indemnizarla, se rige —en los casos en que importe una extinción parcial del acto— por los mismos principios que la extinción por razones de oportunidad, que ya hemos tratado.<sup>40</sup> Si la reforma solamente implica la ampliación del acto, o la creación de una parte nueva, se rige por los principios atinentes al *dictado* de actos administrativos, no por los referentes a su *extinción*.

En ambos casos, sea que se trate de revocación parcial por inoportunidad y/o creación parcial de un acto nuevo, sus efectos son constitutivos.

### 7. Modificación de actos nulos o anulables. Saneamiento

Vimos que si el vicio no es muy grave es posible mantener la vigencia del acto, suprimiendo o corrigiendo el vicio que lo afecta: esto es lo que según los casos y los autores se llama saneamiento,<sup>41</sup> perfeccionamiento,<sup>42</sup> confirmación, convalidación,<sup>43</sup> ratificación, etc.; el decreto-ley 19.549/72 adopta en su art. 19 la

<sup>38</sup> Ampliar *supra*, cap. VI, § 10, “Excepciones a la estabilidad.”

<sup>39</sup> SANDULLI, *op. cit.*, p. 312, habla respectivamente de reforma “sustitutiva” e “innovadora.”

<sup>40</sup> Ver *supra*, cap. VI, § 10, “Excepciones a la estabilidad.”

<sup>41</sup> MARIENHOFF, MIGUEL S., *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1966, p. 644.

<sup>42</sup> DIEZ, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 453 y ss.

<sup>43</sup> FIORINI, *op. cit.*, t. I, p. 390; SAYAGUÉS LASO, ENRIQUE, *Tratado de derecho administrativo*, t. 1, Montevideo, 1953, p. 511; LANDI-POTENZA, GIUSEPPE, *Manuale di diritto amministrativo*, Milán, Giuffrè, 1978, 6ª, p. 282. No utilizamos el término convalidación, a pesar de hallarse muy difundido, porque en la práctica es frecuente que se lo interprete no como la eliminación del vicio por cumplimiento efectivo de la norma, sino como una suerte de potestad que tendrían los superiores de “perdonar” los vicios cometidos por sus inferiores, lo cual no parece razonable. Estimamos que el término saneamiento se presta menos a ese tipo de confusión. En sentido similar, ver lo que decimos sobre la confirmación, *infra*, § 9, “Confirmación.”

terminología de que el género es el *saneamiento* y sus especies la ratificación y la confirmación.<sup>44</sup> La forma más natural y lógica de purgar el vicio es solucionando las causas que lo originaron. Si un acto fue publicado por menos días de los requeridos, publicarlo por los que faltan; si una notificación fue efectuada sin entregar copia auténtica del acto, entregarla. En ocasiones se llama a esto renovación del acto,<sup>45</sup> lo cual configura una categoría intermedia entre la modificación *stricto sensu* y la extinción lisa y llana del acto originario y dictado de un acto nuevo en su lugar. Sin embargo, no siempre es esto posible, sea porque la importancia del vicio no hace recomendable permitir su fácil corrección —lo que de hecho es justificar siquiera en parte su comisión—, sea porque por su naturaleza el vicio no puede solucionarse tardíamente. Si un contrato debía realizarse previa licitación pública, y ella ha sido totalmente omitida, es claro que la licitación —que es procedimiento de selección del contratista— no puede ya realizarse en relación a ese contratista. En tal caso no procede pues el saneamiento, sino la extinción del acto. Lo mismo debiera ocurrir, a nuestro parecer, si no se dio oportunidad previa de defensa y prueba al interesado. Si no se dio oportunidad previa al acto para que el interesado ejerza su defensa, hay que darla, pero entonces corresponde dictar un nuevo acto fundamentado debidamente con ponderación de las argumentaciones y pruebas del interesado y dictamen jurídico previo sobre ellas. El mismo criterio se aplica en España cuando el acto ha sido dictado omitiendo informes preceptivos,<sup>46</sup> pero en esto tampoco nuestro derecho se luce.

En los casos en que el saneamiento es posible, sus efectos son a su vez retroactivos.<sup>47</sup> Ello hace que exista gran coincidencia entre el saneamiento y los actos anulables:<sup>48</sup> de éstos se dice que su vicio no es muy grave y que son susceptibles de ser subsanados; que tienen “si no validez, por subsunción específica normal, validez por habilitación”<sup>49</sup> y que en consecuencia la autoridad competente puede, llegado el caso, sea declarar el vicio y extinguir el acto con efectos constitutivos, sea subsanar el vicio con efecto retroactivo, si ello es posible y deseable. En consecuencia, la autoridad que se encuentra frente a un acto anulable puede optar por sanear el vicio, dando validez plena al acto, o extinguirlo, manteniendo la anterior validez por habilitación y dejándolo sin ninguna para el futuro. Precisamente la existencia de esta opción muestra que el saneamiento no siempre es posible o recomendable. Hay casos en que, a pesar de no ser el vicio de mucha gravedad, de todos modos no cabe ya respecto de él el saneamiento y sólo procede

<sup>44</sup> En esto la norma sigue a MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 644 y ss.; con posterioridad al decreto-ley DIEZ, *Derecho administrativo*, t. II, 2ª ed., p. 339 y ss., sigue también la misma terminología.

<sup>45</sup> Así HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 1248 y el precedente que cita de la PTN, B.O. 26-IX-90, dictamen 63/90.

<sup>46</sup> GARRIDO FALLA, FERNANDO, *Tratado de derecho administrativo*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1987, 10ª ed., p. 451.

<sup>47</sup> Así lo resuelve expresamente el art. 19 *in fine* del decreto-ley 1.959/72.

<sup>48</sup> MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 645; BOTASSI, *op. cit.*, p.162.

<sup>49</sup> LINARES, JUAN FRANCISCO, *Cosa juzgada administrativa*, Buenos Aires, Kraft, 1946, p. 29.

la extinción para el futuro; también hay casos en que puede sanearse el vicio, pero es más recomendable pronunciar su extinción para que el acto se produzca nuevamente con los debidos recaudos desde su inicio.

Cuando el saneamiento no es posible puede asimismo optarse por elegir otras alternativas, p. ej. *convertir* el acto anterior en uno distinto válido. La conversión tendrá efectos para el futuro, sin sanear el vicio precedente pero también sin implicar una extinción total del acto.<sup>50</sup>

### 7.1. *Saneamiento administrativo y judicial*

Dependiendo de la índole del vicio, pueden a veces sanearlo no sólo el órgano que dictó el acto, sino también sus superiores o incluso la justicia. Si se sostiene, p. ej., que la indefensión es siempre un vicio leve (lo cual no es nuestro criterio, de cualquier manera, para un Estado de Derecho), entonces puede pensarse que ese vicio queda saneado en el acto originario si el superior da luego la debida audiencia y oportunidad de prueba al interesado. Incluso, que el vicio queda saneado por la ulterior defensa del particular en el ámbito judicial, lo cual produciría el caso aparentemente extraño de un órgano judicial que en lugar de sancionar la ilegitimidad producida por el órgano administrativo, se dedicara a hacer los pasos que éste ha omitido, para así eliminar el vicio por él cometido.<sup>51</sup> A pesar de lo anómalo del concepto hay pronunciamientos en tal sentido.<sup>52</sup> Con todo, en lo que respecta a la necesidad de audiencia pública se ha señalado que no corresponde la intervención saneadora del Poder Judicial ante la indefensión de los particulares en sede administrativa.<sup>53</sup>

### 7.2. *Explicar al otro*

Hay así vicios que no puede sanear un órgano distinto al propio autor del acto, la falta de motivación de los hechos, sin que ello implique que se admita que el acto inmotivado fácticamente tiene anulabilidad y no nulidad.<sup>54</sup> En nuestro concepto, es impropio de un Estado de Derecho fundado en la razón, admitir el acto que no dá razones de sí como un acto meramente anulable: es la antítesis de todo cuanto el Estado de Derecho supone. Por eso la *Introducción* de este vol. 3. La explicación es personal, propia. Suena un poco extraño que alguien “explique” los fundamentos o las razones fácticas que *otro* tuvo para actuar, si *éste* no las expresa. Cuando ello ocurre es la defensa profesional que un abogado hace de

<sup>50</sup> Desarrollamos el punto *infra*, § 11, “Conversión.”

<sup>51</sup> Lo advierte con claridad la CNFed. CA, Sala IV, *Uromar S.A.*, *DJ*, 2000-3, 257, cons. VIII, que transcribimos parcialmente *supra*, cap. IX, § 4.5.2, “La inexplicable excepción del dictamen jurídico previo.”

<sup>52</sup> Ampliar *supra*, cap. IX, § 4.1, “La garantía de defensa. El sumario previo.”

<sup>53</sup> Se trata del caso *Youssefian*: “Los grandes fallos de la actualidad,” en el libro *Después de la reforma del Estado*, Buenos Aires, FDA, 1998, 2ª ed., cap. XI; *supra*, t. 2, cap. II.

<sup>54</sup> Ampliar *supra*, cap. X, § 6, “La fundamentación o motivación.”

su cliente, p. ej. un procesado que usa su derecho a no declarar y en su lugar habla el abogado penalista. Parece osado sugerir que la justicia pueda ocuparse de ser oficialmente el penalista defensor de la administración, que explica lo que ésta calla y fundamenta aquello para lo cual su autor no tuvo fundamento que expresar. El juez debe actuar de oficio para sustituir un acto o declarar su inconstitucionalidad, no para explicar lo inexplicado, algo así como la freudiana interpretación de los sueños.

### 8. Ratificación

La ratificación, en sentido similar al derecho privado, sería el acto por el cual la autoridad competente (el mandante, en derecho privado) reconoce como propios actos jurídicos realizados por *otra* autoridad incompetente (otra persona que no tenía mandato suficiente, en el derecho privado).<sup>55</sup> Sólo es admisible, lógicamente, en los actos anulables respecto de los cuales la incompetencia no es muy grave.<sup>56</sup> Si un decreto invadiera atribuciones legislativas en un punto que no es muy grave o clara la invasión, podría el legislador ratificarlo; si un ente autárquico dictara un acto que podría entenderse de competencia del Poder Ejecutivo (*v.gr.*, realizar una obra que en verdad debiera haber sido decidida por aquél), el Poder Ejecutivo puede ratificar dicho acto;<sup>57</sup> si un inferior jerárquico dicta un acto de competencia del superior, fuera de los casos de delegación, también podría el superior ratificar el acto del inferior.

Pero hay hipótesis en que la ratificación o saneamiento no corresponde, p. ej. cuando el Poder Ejecutivo dicta un reglamento de necesidad y urgencia en una de las materias que la Constitución expresamente le prohíbe.

Si el inferior se excede del ejercicio de la facultad delegada que se le ha otorgado, también puede ratificarse dicho acto si es de competencia del superior. Como se advierte, la ratificación puede aplicarse tanto en los casos de incompetencia en razón del grado como en los demás supuestos, siempre que el acto no sea nulo; lo más frecuente, con todo, es la ratificación por el superior jerárquico. La ratificación se asemeja a la *aprobación* en que es posterior al acto, pero se diferencia en que en el acto sujeto a aprobación es tan sólo un proyecto de acto, pues no produce aún efectos jurídicos (o como dice una parte de la doctrina, es un acto perfecto pero no eficaz), mientras que el acto necesitado de ratificación es un acto administrativo, que produce desde su nacimiento efectos jurídicos, sólo que está viciado. Ese vicio es eliminado por la ratificación.<sup>58</sup> En consecuencia,

<sup>55</sup> Con todo, las opiniones son diversas al respecto. Ver DIEZ, *El acto administrativo, op. cit.*, p. 460. Seguimos aquí a ZANOBINI, GUIDO, *Corso di diritto amministrativo*, t. I, Milán, Giuffrè, 1958, 8ª ed., p. 330.

<sup>56</sup> DIEZ, *op. cit.*, p. 462; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 649, etc.

<sup>57</sup> Así PTN, *Dictámenes*, 104: 23.

<sup>58</sup> En contra FRAGOLA, UMBERTO, *Gli atti amministrativi*, Nápoles, Jovene, 1964, 2ª ed., p. 185, quien asimila ambos conceptos.

la ratificación mantiene los efectos ya existentes y los legitima para el futuro, mientras que la aprobación recién hace nacer por primera vez los efectos jurídicos del acto.<sup>59</sup> En el caso de los actos dictados *ad referendum* teóricamente la situación sería semejante al acto sujeto a aprobación, pero en ocasiones se ha considerado válido el primer acto, operando el referendo no como una ratificación o saneamiento sino como una suerte de condición suspensiva, lo que parte de la doctrina no acepta.<sup>60</sup>

La ratificación difiere de la *autorización* en que ésta es anterior al acto que se va a dictar; los actos que requieren autorización y son dictados sin haberse obtenido ésta previamente, no son a nuestro juicio susceptibles de ratificación, por cuanto la exigencia legal es de un requisito anterior al acto y él no puede suplirse posteriormente por una manifestación tardía de la autoridad que debía haberlo hecho,<sup>61</sup> llámesela autorización o ratificación.<sup>62</sup> Dado que la ratificación opera sobre actos anulables, sus efectos son retroactivos. No parece admisible la ratificación tácita de actos viciados de incompetencia, por la regla de que los actos deben ser expresos y más aún escritos y que en la especie se trata de corregir un vicio del acto, lo cual parece aconsejable que sea fruto de una decisión expresa.

## 9. Confirmación

### 9.1. La confirmación en derecho privado y en derecho administrativo

Algunos autores admiten la confirmación como un medio de sanear actos administrativos,<sup>63</sup> e incluso sostienen que es el único o principal medio de saneamiento, por el cual el órgano administrativo autor del acto viciado, o uno superior, disponen mantener su vigencia. Sin embargo, considerando que la confirmación es una decisión de parte de la persona que puede invocar la nulidad, renunciando a oponerla o pedirla,<sup>64</sup> estimamos que ella es inaplicable en el derecho administrativo, en cuanto medio de saneamiento que la administración pueda utilizar respecto a los actos administrativos.

<sup>59</sup> Según lo explicamos *supra*, cap. IX, § 5.4, “Actos que requieren aprobación.” Pero hay autores, que allí mencionamos, que dan a la aprobación carácter retroactivo.

<sup>60</sup> Lo explicamos *supra*, cap. II, § 2, “Debe tratarse de efectos jurídicos directos, no de cualquier efecto jurídico,” y notas 19-20.

<sup>61</sup> Ampliar *supra*, cap. IX, § 5.3, “Actos que requieren autorización.”

<sup>62</sup> Asimila ambos supuestos DIEZ, *op. cit.*, p. 461. Por su parte ALESSI, *op. cit.*, p. 318, llama saneamiento a la autorización tardía, criterio éste que es común en la doctrina italiana.

<sup>63</sup> BIELSA, t. II, *op. cit.*, p. 96; MARIENHOFF, t. II, *op. cit.*, p. 648 y ss.; FIORINI, *Derecho administrativo*, t. I, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1976, 2ª ed., pp. 392-3 (asentimiento) y p. 396, aunque con limitaciones; DIEZ, *op. cit.*, p. 463; COMADIRA, JULIO RODOLFO, *Derecho Administrativo. Acto Administrativo. Procedimiento Administrativo. Otros Estudios*, Buenos Aires, LexisNexis, 2003, 2ª ed., cap. II, § 3.2.4, p. 78: “La confirmación, a su vez, ostenta la calidad de medio residual de saneamiento porque, con exclusión de la incompetencia —regulada por el art. 19, inc. a)—, ella aparece en la ley como un instrumento utilizable respecto de cualquier otra clase de vicios.”

<sup>64</sup> BIELSA, *op. loc. cit.*; CRETILLA JÚNIOR, JOSÉ, *Tratado de derecho administrativo*, t. II, Río de Janeiro, Forense, 1966, p. 398; comp. DIEZ, *op. cit.*, p. 464.

La Corte Suprema ha dicho, p. ej., que “hay entre la confirmación [...] y la prescriptibilidad de la acción de nulidad una correlación estrecha, ya que la confirmación y la prescripción extintiva de la acción dependen de la voluntad expresa o tácita de la parte damnificada;”<sup>65</sup> como se advierte, si la confirmación depende de la voluntad de la parte damnificada por la ilegitimidad del acto, mal puede pensarse que sea la propia administración la que pueda confirmar un acto suyo viciado, ya que no es ella la damnificada directamente por él, salvo que el acto reconozca ilegítimamente deberes o prestaciones de la administración o los individuos. Con este alcance, sólo el particular a través de un acto jurídico de derecho privado podría confirmar el vicio de un acto administrativo; pero como a su vez las nulidades administrativas no sólo se dan en el interés de las partes sino también en el interés público, resultaría que la administración tendría de todos modos la posibilidad de extinguir o pedir judicialmente la extinción del acto (salvo la doble limitación de la cosa juzgada administrativa y de la prescripción de la acción), si él está viciado, a pesar de que el damnificado haya renunciado a oponer el vicio. Por ello consideramos que la confirmación no es aplicable como medio de saneamiento de los actos administrativos unilaterales e individuales.

### 9.2. *Lo atinente a la prescripción*

Por lo demás, no creemos que sea necesario hablar de categoría jurídica alguna para los casos de prescripción de la acción o caducidad del término de impugnación del acto.<sup>66</sup> en primer lugar porque no se dicta aquí acto alguno de convalidación o confirmación (ni sería ella posible, según vimos), ni se subsana el vicio,<sup>67</sup> sino que solamente deja de ser oponible bajo ciertas circunstancias.

Aún así, si un particular deja transcurrir el término de prescripción de un acto, y lo ataca tardíamente, la administración puede perfectamente hacer lugar al recurso o denuncia de ilegitimidad, aunque haya prescripto la acción. La estabilidad del acto, como ya hemos visto, no juega en contra sino a favor del interesado.<sup>68</sup>

### 9.3. *La confirmación en el decreto-ley 19.549/72*

Pensamos que el decreto-ley 19.549/72 se hizo cargo de las críticas que anteceden pero optó por tomar una solución ecléctica, en lugar de la que se deriva de la

<sup>65</sup> *Fallos*, 179: 249, *Schmidt*.

<sup>66</sup> La hipótesis del texto a su vez no debe ser confundida con la prescripción o el desuso del ejercicio de algún derecho que el acto puede acordar, a lo que nos referimos *infra*, cap. XIII, § 7.2, “Desuso.”

<sup>67</sup> En contra, ENTRENA CUESTA, RAFAEL, *Curso de derecho administrativos*, t. I, Madrid, 1979, 6ª ed., p. 675. “La convalidación comporta la verificación de un hecho jurídico... en cuya virtud el acto *anulable adquiere validez plena*,” FIORINI, *op. cit.*, p. 394: “una adquisición definitiva de su legitimidad.” La diferencia resultante de uno y otro criterio la exponemos a continuación en el texto.

<sup>68</sup> Ver *supra*, cap. VI, § 5.3; HUTCHINSON, *Ley nacional de procedimiento administrativo. Ley 19.549*, t. I, Buenos Aires, Astrea, 1985, p. 422.

aplicación del punto de vista expuesto. El decreto-ley, en efecto, expresa que la confirmación procede como forma de saneamiento del acto administrativo, siempre que el órgano autor del acto viciado proceda a subsanar su vicio: “subsanado el vicio que lo afecte,” en otras palabras, subsume a la confirmación dentro del saneamiento. Va de suyo que para poder el autor del acto viciado sanear dicho vicio, debe tratarse de un acto anulable y no nulo y ser un vicio que por su naturaleza es todavía susceptible de ser corregido. Debe también tratarse de un vicio que está al alcance del órgano emisor corregir.

Ahora bien, si lo que el decreto-ley llama confirmación no es sino un caso más de saneamiento, y no constituye confirmación en el sentido del derecho civil sino en un sentido propio de la norma de derecho administrativo, ¿conviene aceptar y utilizar esta terminología? Pensamos que no, no sólo porque contraría el sentido usual de la expresión en derecho privado, sin tener un sentido propio razonable de derecho público, sino también porque no sería la confirmación, a estar a esta norma, el único caso de saneamiento además de la ratificación. En efecto, de seguir esta terminología tendríamos que a más de la ratificación deberíamos hablar de confirmación cuando el propio órgano corrige el vicio de su acto y de saneamiento cuando otro órgano corrige el vicio del acto, no tratándose de la hipótesis de ratificación. Nos parece una confusión innecesaria, y creemos por ello preferible retener una sola palabra para la corrección del vicio —saneamiento— distinguiendo dentro de ella el supuesto de la ratificación y eliminando como supuesto autónomo la confirmación, ya que ella es lo mismo que saneamiento, sin especificidad alguna que justifique explicar nada separadamente.

#### 10. *Comparación entre saneamiento, confirmación y ratificación*

De lo dicho resulta que el saneamiento es la corrección de un defecto del acto, mientras que la confirmación implicaría la renuncia a oponer un vicio que de todos modos sigue existiendo, y la ratificación es la aceptación por una autoridad de un acto dictado por otra en su nombre.

La ratificación es siempre de *otro órgano*; el saneamiento puede provenir de otro órgano o del mismo autor del acto,<sup>69</sup> aunque a veces debe ser del mismo autor del acto, exclusivamente.<sup>70</sup> La ratificación no *corrige* el vicio del acto originario, sino que crea condiciones para que él no sea ya oponible, al proporcionar un elemento que sustituye el requisito omitido o el vicio incurrido. En el saneamiento hay una supresión del vicio; en la ratificación hay una nueva manifestación de voluntad, esta vez del órgano competente, que produce efectos válidos para el futuro, y que al eliminar para el futuro las consecuencias del vicio existente en el acto originario hace ya imposible su anulación. Los efectos que cumplió hasta la ratificación son válidos (pues la anulación, en caso de dictarse, sólo hubiera

<sup>69</sup> DIEZ, *op. cit.*, p. 469.

<sup>70</sup> Ver *supra*, § 7, “Modificación de actos nulos o anulables. Saneamiento.”



producido efectos para el futuro), y a partir de la ratificación son inatacables, ahora por razón de haberse dictado aquélla: pero el vicio no fue suprimido.<sup>71</sup>

La distinción tiene importancia por cuanto, según dijimos, la ratificación sólo la puede efectuar la autoridad que tenía competencia para dictar el acto,<sup>72</sup> mientras que el saneamiento lo pueden realizar diversos órganos de la administración. Dado que el alcance de la omisión de defensa previa en sede administrativa a veces se considera subsanable en sede judicial, se sigue de *ese* criterio que habrá de admitirse que si un funcionario dicta un acto sin haber oído al interesado, sin haberle permitido ver las actuaciones o producir todas las pruebas, cualquiera de estos defectos podría ser corregido posteriormente, sea por el mismo funcionario<sup>73</sup> o por otro superior; incluso por un funcionario inferior.

Sin embargo, a nuestro modo de ver, si el saneamiento produce por efecto eliminar el vicio, a diferencia de la confirmación y la ratificación, debe buscarse en la medida de lo posible purgar, corregir o enmendar los vicios, antes que pretender *ratificar* o *confirmar* los actos viciados, como si el vicio fuera incompetencia en razón del grado dentro de una misma organización jerárquica y no la transgresión de un principio constitucional tan básico como el derecho de defensa previa. No se puede ratificar ni confirmar lo que no era conforme a derecho por haberse conculcado las garantías básicas del procedimiento y del acto administrativo.

A su vez, comparando el saneamiento con la extinción, puede haber casos en que sea recomendable sanear el vicio antes que extinguir el acto, pero ello no es de ninguna manera una regla absoluta. A nuestro modo de ver hay supuestos como la falta de audiencia previa, falta de motivación del acto, falta de dictamen jurídico previo, en que no corresponde en derecho proceder al saneamiento, ni por el órgano que cometió el vicio ni por un superior jerárquico o la justicia, pues es mejor para la vigencia del Estado de Derecho que se extinga el acto, ya que ése es el único modo de que el inferior tome conciencia de que no pudo válidamente adoptar la decisión que tomó, del modo que lo hizo.<sup>74</sup>

### 11. *Conversión*

Así como la reforma es la modificación por razones de oportunidad, y puede constituir en parte extinción parcial del acto y en parte creación parcial de un acto

<sup>71</sup> Por ello no creemos que el órgano que ratifica tenga a su alcance la opción de ratificar solamente para el futuro, o también para el pasado, como da a entender FIORINI, *op. cit.*, pp. 395 y 396, pues siendo el acto anulable, al producirse la ratificación aunque sea solamente para el futuro, los efectos anteriores del acto no son ya impugnables. La opción que el órgano tiene es la de revocar (*ex-nunc*); o ratificar (*ex-nunc*); por ser el acto anulable no puede revocar retroactivamente, ni necesita por ende ratificar retroactivamente. Para MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 661, la ratificación es retroactiva; igualmente DIEZ, *op. cit.*, p. 463.

<sup>72</sup> CAETANO, MARCELO, *Princípios fundamentáis do direito administrativo*, Río de Janeiro, 1977, p. 281.

<sup>73</sup> En el decreto-ley 19.549/72 esto podría encuadrarse como un supuesto de "confirmación," aunque ya dijimos que la terminología no parece adecuada, y la solución de fondo tampoco.

<sup>74</sup> *Supra*, cap. IX, § 4.1.

nuevo, así también la conversión es una modificación del acto; se diferencia en que ella es por razones de ilegitimidad del acto inicial, en la parte modificada.<sup>75</sup> Su fundamento se encuentra en el principio de la conservación del acto, cuando es posible eliminarle realmente el vicio que lo afectaba; ello es más conforme con los valores jurídicos.<sup>76</sup> En caso que la parte inválida del acto sea extinguida y no se sustituya por una parte nueva, entonces se trata simplemente de una extinción parcial (revocación o anulación, según los casos), regida por los principios generales de ésta.<sup>77</sup>

En cambio, se da la conversión cuando a más de extinguirse la parte inválida se agrega una parte o una calificación nueva válida. Esto se presenta como una transformación<sup>78</sup> o sustitución parcial, en la cual se toman los elementos o aspectos del primer acto que en su forma original resultaban inválidos y se los incorpora a un acto distinto, en cuyo contexto adquieren validez. Un acto ilegítimo de designación de un funcionario estable puede así convertirse en una designación interina.<sup>79</sup>

Por eso se ha podido decir también que la conversión es una reutilización del acto inválido,<sup>80</sup> requiriendo la conformidad del interesado.<sup>81</sup> Pero es cuestión sólo verbal establecer si se necesita siempre la conformidad: en un sentido sí, siempre que se trate de conversión en cuanto forma de saneamiento de actos inválidos que confieren derechos, son favorables o ampliatorios de derechos e intereses. Es la misma regla que hemos explicado en otras partes de esta obra.

Al lado de ese supuesto, por ello, existe otra categoría de reforma o saneamiento del acto que se aplica a actos de gravamen, limitativos de derechos del individuo, en los cuales su voluntad interviene en la interposición del recurso o acción judicial por considerar excesiva o improcedente la sanción o el gravamen. Esa voluntad individual que puso en movimiento el sistema judicial no es en cambio apta para impedirle que el tribunal le asigne la razón parcial o diferentemente,

<sup>75</sup> Conf. HUTCHINSON, *Régimen...*, op. cit., p. 148. Por ello pensamos que no es adecuado considerarla un supuesto de saneamiento: lo viciado, en el caso, no se sana; se extingue. Comp. BODDA, PIETRO, *Studi sull' atto amministrativo*, Turín, Giappichelli, 1973, pp. 170-1, distingue la conversión, que opera sobre el contexto esencial del acto, de la eliminación de las partes separables inválidas, en que el acto, aún mutilado, es el mismo, por el principio *utile per inutile non vitiatur*.

<sup>76</sup> Aunque éste, a su vez, no ostenta otra fundamentación que el sempiterno paradigma. Ver, en todo caso, BODDA, PIETRO, *La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, Milán, Giuffrè, 1935, pp. 9-18, reproducido en su libro *Studi...*, op. cit., p. 117 y ss.

<sup>77</sup> CAETANO, op. cit., p. 282, la llama reforma, diferenciándola también de la conversión. Una discusión semántica de interés en GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, "La conversión del acto administrativo," en AA.VV., *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998, p. 645 y ss.

<sup>78</sup> Como dice BODDA, *La conversione...*, op. cit., p. 103, "haciéndolo mutar de categoría en la clasificación de los actos administrativos," *Studi...*, op. cit., p. 203.

<sup>79</sup> PERINI, MICHELE M. G., *Osservazioni sull' accertamento costitutivo nel diritto amministrativo*, Padua, Cedam, 1953, p. 63.

<sup>80</sup> FRAGOLA, *Gli atti amministrativi*, op. cit., p. 182; o reaprovechamiento, al decir de CRETTELLA JÚNIOR, op. cit., t. II, p. 330.

<sup>81</sup> HUTCHINSON, op. cit., p. 146 y los precedentes que cita de la Sala III, *Gribaudo*, 1989 y otro de la SCJBA.

aplicándole sea una sanción menor, sea una sanción distinta.<sup>82</sup> Se trata de una categoría jurisprudencial muy asentada y de claras ventajas de economía procesal y buena administración, como veremos. Para no introducir una cuestión terminológica superflua, denominaremos a tales supuestos no ya conversión, sino reforma o sustitución del acto.

Limitando pues en este acápite el análisis a la conversión de actos atributivos o ampliatorios de derechos, cabrá concluir en que no se trata de imponerle al particular un acto distinto,<sup>83</sup> sino de ofrecerle un modo de obtener parte de los beneficios que el acto viciado le otorgaba, en aquello que no estaba en contra del ordenamiento. Pero por supuesto que él está en su derecho de rechazar la conversión. El profesor que considera haber ganado un concurso para profesor titular y ha sido designado de tal modo, tiene pleno derecho de rechazar una retrodesignación interina en caso de anularse el concurso.

Los efectos de la conversión son en principio para el futuro<sup>84</sup> en la parte en que implica creación parcial de un nuevo acto;<sup>85</sup> en la parte en que implica revocación parcial del acto anterior, sus efectos serán retroactivos o no según la gravedad del vicio. Si el vicio era muy grave y el acto nulo,<sup>86</sup> entonces la conversión produce efectos válidos para el futuro<sup>87</sup> y extintivos en forma retroactiva para el pasado.<sup>88</sup> Si el acto era anulable, la conversión en realidad no purga el vicio, pero al eliminarlo para el futuro de todos modos impide ya su declaración (pues ella sólo podía ser constitutiva y no retroactiva) y el acto produce efectos plenos desde su dictado original hasta la conversión y lógicamente también después, por efectos de ésta.<sup>89</sup> El art. 19 del decreto-ley no distingue entre estos supuestos<sup>90</sup> y le asigna efecto constitutivo en todos los casos. Sin embargo esta regla parece excesivamente genérica. Una concesión de uso inválida puede convertirse en permiso precario válido y ello sana los efectos de la ocupación

<sup>82</sup> Se puede convertir la exoneración en cesantía: CSJN, *Nassiff*, 1964, *Fallos*, 259: 268; *Molinelli*, 1967, *Fallos*, 267: 77; *JA*, 1967-III, 186. El Consejo de Estado de Italia ha resuelto, en un caso en que el funcionario estaba sujeto a confirmación en el cargo, que su exoneración se convirtiera en denegación de la confirmación: BODDA, *Studi...*, *op. cit.*, p. 204, nota 135.

<sup>83</sup> En contra, MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 656.

<sup>84</sup> En contra, MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 656.

<sup>85</sup> FRAGOLA, *op. cit.*, p. 184; comp. BODDA, *La conversione...*, *op. cit.*, pp. 92-95.

<sup>86</sup> En contra FRAGOLA, *op. cit.*, p. 183, quien no admite la conversión del acto nulo. ENTRENA CUESTA, *op. cit.*, p. 568: "la conversión [...] entra en juego también respecto de los actos *nulos de pleno derecho*." Esta solución es congruente con lo ya expuesto en el cap. XI, siguiendo a MAIRAL y BARRA, que la extinción del acto nulo no debe tampoco, necesariamente, ser retroactiva.

<sup>87</sup> HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>88</sup> HUTCHINSON, *Régimen...*, *op. cit.*, p. 148.

<sup>89</sup> Por ello muchos autores le asignan carácter retroactivo: LANDI-POTENZA, *op. cit.*, p. 284. Cfr. ALESSI, RENATO, *Diritto amministrativo*, t. I, Milán, 1949, p. 320.

<sup>90</sup> HUTCHINSON, *op. cit.*, p. 148. La legislación española, que antes contemplaba solamente la conversión del acto nulo, hoy la admite tanto del acto nulo como anulable: GONZÁLEZ NAVARRO, FRANCISCO, *Organización y procedimiento administrativo*, Madrid, 1975, p. 657 y ss. Creemos que la falta de previsión en el decreto-ley argentino sobre la reforma del acto anulable no impide esta forma de saneamiento, máxime que ella está admitida para el supuesto de mayor gravedad del vicio.

previa; una designación *ad honorem* que genera incompatibilidad puede, si se dan las circunstancias del caso, transformarse en una designación honorífica;<sup>91</sup> un préstamo puede convertirse en donación y una donación en préstamo y así sucesivamente. Esos efectos son retroactivos.

Incluso es posible la conversión de un acto válido para evitar que devenga inválido, como ocurre p. ej. con un profesor designado por concurso cuyo nombramiento expira el 31 de marzo del año siguiente al que cumple los 65 años. En este supuesto, de continuar en el cargo sería un funcionario de facto, pero nada impide a nuestro juicio interpretar que se ha transformado de pleno derecho en profesor interino hasta tanto el cargo sea provisto nuevamente por concurso. En tal hipótesis la conversión funcionaría *ope juris* ante la omisión de la Facultad o la Universidad de designar un nuevo profesor regular o interino en su cargo.<sup>92</sup> Otra forma de expresar la misma idea es sostener que debe dictarse el acto administrativo de conversión, el cual en la especie tendrá efecto retroactivo a la fecha en que expiró el nombramiento como profesor regular.

Generalmente la conversión aparece mediante el cambio de una figura jurídica por otra<sup>93</sup> con los mismos elementos de hecho. Se recuerda en tal sentido el ejemplo de la designación de un funcionario que debía ser hecha por concurso público, sin cumplirse tal requisito. La designación no es válida como nombramiento de funcionario regular, pero puede convertirse en una designación como funcionario interino, en cuyo caso adquiere validez.<sup>94</sup> Dicho en otras palabras, aquella designación produce efectos para el futuro (como acto nuevo, en cuanto designación interina); en cambio, en lo que hace a la revocación parcial del acto anterior, sus efectos dependen del vicio cometido en dicho acto precedente: si el concurso de antecedentes y oposición fue omitido totalmente, pensamos que en buen derecho el nombramiento es nulo y por lo tanto la extinción debe ser retroactiva; aunque dudamos que ésta sea la solución que empíricamente se elija en el caso concreto, en el caso empírico de nuestra administración.

Si hubo concurso, pero tuvo algunos vicios, podría tratarse de un acto anulable y, en consecuencia, la extinción en rigor no sana el vicio del acto anterior.<sup>95</sup> Empero, al extinguir el acto sólo para el futuro convirtiéndolo en otra figura jurídica nueva, produce de hecho el mismo efecto: el vicio por una parte no existe ya más para el futuro y por la otra tampoco puede ser declarado para el pasado.

<sup>91</sup> Según la alambicada distinción que analizamos *supra*, t. 1, *Parte general*, *op. cit.*, cap. XIII, § 6.

<sup>92</sup> Hay autores que señalan, con acierto, que esto requiere la conformidad del interesado, pero no parece derivarse de ello que no sea admisible la conversión de pleno derecho, como explicamos en la nota anterior. Comp. MARIENHOFF, t. II, p. 656.

<sup>93</sup> BODDA, *La conversione...*, *op. cit.*, p. 103; MARIENHOFF, *op. cit.*, t. II, p. 652; FIORINI, *op. cit.*, p. 395.

<sup>94</sup> ZANOBINI, *op. cit.*, p. 332; DIEZ, *El acto administrativo*, *op. cit.*, p. 554; MARIENHOFF, *op. cit.*, p. 653; CRETTELLA JÚNIOR, *op. cit.*, t. II, p. 330; el mismo ejemplo en GUAITA, citado por GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 647.

<sup>95</sup> MARIENHOFF, *op. loc. cit.*; en contra FIORINI, *op. cit.*, p. 394.

En materia de contratos, una concesión o licencia ilegalmente conferida, extendida o renegociada puede transformarse en un permiso precario hasta que se realice nueva licitación.<sup>96</sup> De igual manera, un contrato de arrendamiento sobre un bien del dominio público puede convertirse en una concesión de uso.<sup>97</sup> Allí sus efectos pueden ser retroactivos. Algunos autores entienden, de modo a nuestro juicio excesivamente restrictivo, que la conversión solamente la puede realizar el mismo órgano que dictó el acto.<sup>98</sup> Otra parte de la doctrina incluye al Poder Ejecutivo o en general a los superiores del autor del acto;<sup>99</sup> pero nada impide tampoco que la disponga la justicia a petición del interesado,<sup>100</sup> o de oficio si es un acto sancionatorio que se convierte o sustituye por una sanción de menor gravedad.<sup>101</sup> La ley española es muy amplia al respecto, permitiendo una conversión de pleno derecho, declarada por la justicia o la administración: “Los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto, producirán los efectos de éste” (art. 65);<sup>102</sup> lo que, *mutatis mutandis*, es más o menos lo mismo que lo que expresa la legislación argentina con su correspondiente interpretación.<sup>103</sup>

La conversión no tiene por objeto anular o extinguir un acto, sino modificarlo para evitar que se lo declare nulo o anulable;<sup>104</sup> pues su fundamento es un principio de economía procesal.<sup>105</sup> Sólo es procedente cuando mediante ella se procura eliminar un vicio del acto originario a través de su transformación en un acto distinto pero que conserva elementos del acto anterior; si el acto inicial no está viciado, por lo tanto, la conversión no procede.

### 11.1. *Conversión por circunstancia sobreviniente*

Puede ocurrir que el acto nazca válido, pero de efectos limitados. Es el caso de una acreditación universitaria que no habilita para el ejercicio de la profesión en

<sup>96</sup> Esa conversión no constituye un supuesto de “contratación directa” pues no se establece un vínculo jurídico nuevo, sino que se muta o modifica uno anterior existente.

<sup>97</sup> SAYAGUÉS LASO, *op. cit.*, p. 512; CRETILLA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 331; CAETANO, *op. cit.*, p. 283; etc.

<sup>98</sup> FIORINI, *op. cit.*, p. 395; CRETILLA JÚNIOR, *op. cit.*, t. II, p. 332.

<sup>99</sup> DIEZ, *op. cit.*, p. 459.

<sup>100</sup> Comp. ZANOBINI, *op. cit.*, p. 333, quien también la admite de un órgano jurisdiccional, pero con competencia de mérito. En el derecho alemán lo admite, entre otros, MÜLLER, HANSWERNER, “Unter welchen Voraussetzungen ist der Verwaltungsgericht befugt, einen feststellenden Verwaltungsakt zu ändern?,” *Neue Juristische Wochenschrift*, 1963, 1: 23.

<sup>101</sup> Así los casos señalados *supra*, nota 82.

<sup>102</sup> La redacción de la ley española ha permitido sostener la tesis de que la conversión se produce *ministerio legis*: BELADIEZ ROJO, MARGARITA, *Validez y eficacia del acto administrativo*, Madrid, Marcial Pons, 1994, p. 315. En contra de esta tesis, GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 649.

<sup>103</sup> O sea, las diferencias son menores que las semejanzas. La ley española menta el acto nulo, pero comprende según la doctrina el anulable; la argentina contempla ambos; la ley española no menciona la voluntad o consentimiento del interesado, pero la doctrina aclara que hace falta; la ley argentina lo estipula expresamente. No hay en verdad diferencia.

<sup>104</sup> BOQUERA OLIVER, *Estudios sobre el acto administrativo*, *op. cit.*, pp. 457-8.

<sup>105</sup> GONZÁLEZ NAVARRO, *op. cit.*, p. 645; ver también la cita de una sentencia del Tribunal Supremo español que realiza en la p. 438 y reproducimos *infra*, nota 111.

el país. Producida la naturalización, “independientemente de la validez constitucional de las normas implicadas y del acto dictado en su consecuencia, lo cierto es que actualmente la *ratio* que los pudo haber justificado resulta, relativamente al actor, inconcurrente [...] En las condiciones aludidas [...] se encuentra desprovista de fundamento racional alguno.”<sup>106</sup> Como se advierte, la conversión del acto es en este caso realizada por la justicia.

## 12. *Sustitución y reforma*

La conversión del acto administrativo por la justicia puede presentarse como sustitución, incluso de oficio,<sup>107</sup> para darle una sanción menor o distinta a la recibida de manos de la administración. Si al interesado no le satisface la nueva sanción menor puede seguir apelando en instancias judiciales sucesivas, más no simplemente rechazar el acto como en la conversión de oficio *stricto sensu* en sede administrativa.

En el caso *Molinelli* el tribunal dejó sin efecto una exoneración dispuesta por la administración, convirtiéndola en cesantía.<sup>108</sup> Como dijo la CSJN en este caso, “aún revocada la exoneración, no es necesario ordenar que se reincorpore al agente afectado, cuando la sentencia comprueba la existencia de sanciones que por sí solas autorizan a que se lo separe. En este caso, el acto administrativo debe limitarse, en cuanto hubo exceso, para adoptar la solución que adecuadamente corresponda nada impide, entonces, que se aplique la sanción prevista por la ley.” En otras palabras, la Corte Suprema modifica retroactivamente la exoneración en cesantía, fundándose en la ilegitimidad del acto de exoneración (por excesivo en relación a las faltas cometidas) y manteniendo, en un acto distinto, el contenido expulsivo —en ese aspecto válido— del acto ilegítimo en su versión primera.

Tanto puede la justicia reducir una sanción administrativa excesiva a otra menor, sea del mismo rango (una multa menor,<sup>109</sup> suspensión menor, que constituyen reforma del acto), sea convertirla en otra distinta. Puede así darse la sustitución de un acto por otro diferente, que no conserva ni mantiene ningún elemento del acto anterior: una sanción que la justicia considera excesiva o desproporcionada, pero no estima que los hechos del caso justifiquen una sanción menor *de la misma índole*, sino menor y *distinta*. Es así el caso de una multa desproporcionada en relación a la falta, que se anula y sustituye judicialmente por un apercibimiento.<sup>110</sup> En este caso la infracción se constituyó por una prenda

<sup>106</sup> F.A., J.F., 1998, CNFed CA, Sala V, LL, 1999-B, 537.

<sup>107</sup> La sustitución de oficio es la norma en la jurisprudencia, como explicamos *supra*, “Introducción,” § 8.2. “La modificación o sustitución de oficio del acto administrativo.”

<sup>108</sup> CSJN, *Molinelli, JA*, 1967-III, 186, año 1967; *Nassiff, Fallos*, 259: 268.

<sup>109</sup> MAIRAL, HÉCTOR A., *Control judicial de la administración pública*, t. II, 1984, p. 659, nota 281 y jurisprudencia que cita; p. 909: “el Poder Judicial que puede anular dicho acto puede, *a fortiori*, modificarlo eliminando el vicio de que adolecía. En el caso de sanciones ello implicará reducir su monto o modificar su tipo.” El destacado es nuestro.

<sup>110</sup> CNFed. CA, Sala II, *Lavadero de Norma R. González*, 1997, LL, 1998-E, 533.

que resultó descolorida en un lavadero; se había efectuado la restitución del valor de la prenda, aunque con posterioridad al tiempo previsto por la norma. No había existido ganancia alguna del lavadero y dado que la multa no puede superar el triple de la ganancia obtenida, *cualquier* multa resultaba desproporcionada. La única solución justa era el apercibimiento, como resolvió la Sala.

En el sistema de protección de los derechos del usuario y del consumidor, como vemos, se consagra un sistema de resarcimiento vinculado a la ganancia obtenida o esperable del acto punido. Es un criterio que algunos magistrados de otros fueros piensan acertadamente que debería emplearse para fijar algunas indemnizaciones, p. ej. cuando un medio de prensa ocasiona un daño. Se considera que la reparación no puede ser menor que la ganancia obtenida con el daño, pues de otro modo será siempre más barato cometer el daño y pagar la multa que abstenerse de cometerlo. Lo mismo ocurre por cierto en materia de daños al medio ambiente y multas resarcitorias: nunca deben ser inferiores a la ganancia que produzca el evento dañoso.

Por otra parte, cada vez que se puede llegar a la solución denominada de discrecionalidad cero o única solución justa, la sustitución judicial del acto administrativo es no sólo admisible sino más bien necesaria.<sup>111</sup> Con igual criterio se sustituyó un acto administrativo universitario de anulación de un concurso de Profesor Titular y se ordenó su designación.<sup>112</sup> En el caso, se trataba de un único concursante, que era ya titular de la cátedra; dos de los jurados eran de reputación internacional, uno fallecido a la época de la decisión judicial. Era un desatino anular el concurso y no designar a quien tal jurado había propuesto para seguir en el cargo por otro período académico.<sup>113</sup>

La situación se repite, en el caso del C.P.A.C.F., cuando la justicia cambia sus sanciones por otras distintas:<sup>114</sup> p. ej. una sanción de suspensión en la matrícula que el tribunal judicial sustituye por una sanción de apercibimiento público

<sup>111</sup> Es la solución española, que recuerda GONZÁLEZ NAVARRO, *El acto y el procedimiento administrativos*, op. cit., p. 438: es que como dice el Tribunal Supremo español, “En tales casos la sustitución no sólo será posible sino *imprescindible* «por exigencia del principio de efectividad de la tutela judicial que quedaría claramente burlado si los tribunales no decidieran respecto de aquello que la Administración pudo y debió resolver»”; GARCÍA TREVILIANO, JOSÉ ANTONIO, *Los actos administrativos*, Madrid, Civitas, 1986, p. 256. Ver también *supra*, “Introducción” y cap. IX, § 8.

<sup>112</sup> *Cipriano*, CFed. Mar del Plata, LL, 1998-F, 356 y GORDILLO, *Cien notas de Agustín*, Buenos Aires, FDA, 1999, § 100, “Control de razonabilidad,” p. 202.

<sup>113</sup> Hay muchos supuestos en que un profesor titular designado por concurso, que renueva su designación, es el único candidato. Las normas favorecen su permanencia en el cargo. El sistema supone no ya un exhaustivo examen de sus méritos (ya hecho en el concurso en que se lo designó) sino más bien si existen causales que aconsejen su no renovación por igual período.

<sup>114</sup> Sala III (por error material en la publicación que luego se cita aparece como Sala II), *C., O. O., LL*, 1998-A, 299 y GORDILLO, *Cien notas...*, op. cit., § 80, “La sustitución de la voluntad del órgano controlante en una sanción disciplinaria,” p. 174-5: sustitución de suspensión de la matrícula por un año, por advertencia ante el Consejo Directivo; *Grittini*, LL, 1998-C, 338, sustitución de la sanción de *exclusión* por la de un año de suspensión, con nota de PARDO, JUAN ÁNGEL, “Ética profesional. Errónea interpretación judicial,” que critica la apreciación de los hechos y entiende que no había, en los supuestos que analiza, arbitrariedad manifiesta.

ante el Consejo Directivo del C.P.A.C.F.; una exclusión de la matrícula —*ergo*, definitiva— que se sustituye en suspensión por uno o dos años; una suspensión por dos años que se sustituye por suspensión de seis meses, etc.

Lo mismo ocurre con todas las sanciones administrativas en general, especialmente las de multa cuando se las disminuye en el ámbito jurisdiccional por considerarlas excesivas pero no totalmente incausadas. Es lo que autores como MARIENHOFF o COMADIRA<sup>115</sup> llaman exceso de punición como vicio del acto administrativo: Su saneamiento está en la reducción o sustitución de la punición. Allí no existe en todos los casos, en verdad, conversión, pues no se aprovechan elementos del acto extinguido; sino sustitución, pues se dicta un acto nuevo en lugar del anterior.

En supuestos como los aquí considerados es claro que la única solución justa y dotada de economía procesal, incluso de racionalidad, es la mentada, a menos que la justicia considere que no corresponde aplicar sanción *alguna*, en cuyo caso se limitará a declarar la nulidad sin convertir ni sustituir el acto.

Se puede discrepar con la solución que se produzca en el caso concreto, desde luego, pero es obvio que carecería de sentido que la administración tuviera que dictar un nuevo acto que luego la justicia nuevamente anulara, sin llegar la administración a acertar con la única solución justa a criterio del tribunal. La solución que utiliza la CSJN, de mandar al tribunal inferior dictar un nuevo fallo con arreglo a los lineamientos de su propia sentencia, nos parece de irrazonable aplicación por tribunales inferiores en materia administrativa.<sup>116</sup>

Como todo lo irrazonable, existen ejemplos de ello y así es como en cierta concesión de servicios públicos la Secretaría a la que el Poder Ejecutivo designara como Autoridad de aplicación del contrato ordenó al ente regulador realizar determinada cuenta o cómputo para aumentar la tarifa del servicio, en un obvio intento de que pareciera que no era la Secretaría la que disponía el aumento, sino el ente regulador.

### 13. *Improcedencia de la sustitución*

Si un agente de la administración pública renuncia y la renuncia al cargo le es aceptada válidamente, no puede luego la administración pretender transformar, convertir o sustituir esa aceptación de renuncia, en cesantía.<sup>117</sup>

Sin embargo, la administración ha ideado una categoría empírica: Hacer el “sumario” al funcionario ya separado del cargo, para en caso de considerarlo punible transformarle la aceptación de renuncia en cesantía o exoneración. Dado que la

<sup>115</sup> COMADIRA, *Derecho Administrativo...*, op. cit., cap. III, § 1 y ss., p. 83 y ss.

<sup>116</sup> Y tampoco acepta la Corte que la utilicen tribunales inferiores: *Instituto de Vivienda del Ejército c. Empresa Constructora Indico S.A. y otros*, LL, 2000-C, 747, con nota de MORELLO, AUGUSTO MARIO, “La contribución de la Corte Suprema a repensar la eficacia de las cámaras de Apelación. La corruptela del reenvío innecesario.”

<sup>117</sup> CSJN, *Fallos*, 251: 368, *Magallanes*, 1961.



jurisprudencia no admite, por imposible, la cesantía o exoneración de quien no es agente público, la administración inventó otro supuesto: la cesantía virtual. Es dejar constancia en el legajo de la sanción que *hubiere* correspondido. La justicia ha negado admitir la impugnación de ese acto con los recursos previstos para la cesantía o exoneración, con lo cual de hecho la administración ha adoptado esta regla impunemente. En tales casos, sin obrar a nuestro juicio lealmente, se deja constancia en su legajo que, de no haberse aceptado antes la renuncia, le hubiera correspondido la cesantía o exoneración.

La justicia no ha admitido siquiera la oposición del ex funcionario a que se le tramite un sumario en el que no desea ni tiene el deber de intervenir, bajo el argumento de que su agravio es hipotético o eventual, ya que sólo si le dictan un acto lesivo a sus derechos tendrá un interés actual y directo en la impugnación judicial, siendo mientras su perjuicio meramente conjetural. Claro está, esa solución no considera el agravio moral que supone el sumario mismo a quien no pertenece a los cuadros de la administración pública.<sup>118</sup> Es como si lo consideraran miembro de las fuerzas armadas, que en condición de baja o retiro aún voluntario mantiene de todas maneras, por texto expreso de la norma, un vínculo disciplinario con el Estado.<sup>119</sup> Son demasiados años de uso de sistemas no democráticos de gobierno. La verticalidad deviene norma.

Se encuentra claramente establecido que no puede convertirse una baja dada al agente por razones presupuestarias, en un acto disciplinario y sancionatorio tal como la cesantía o la exoneración.<sup>120</sup> El supuesto más sencillo es cuando el acto es formalmente calificado como cesantía o exoneración. Sin embargo, los casos suelen ser más complejos y el carácter sancionatorio del acto puede resultar de otros aspectos, como ya explicamos.<sup>121</sup>

Sin embargo, existen casos que tienen alguna semejanza y han recibido soluciones diferentes. En tal sentido, en algún supuesto en que la administración ha transformado una aceptación de renuncia en cesantía o exoneración, la justicia nacional no declaró la nulidad de la sustitución administrativa, quizás por considerar —sin en rigor decirlo, pues el sumario no había terminado— que había en todo caso sustento fáctico suficiente para la sanción mayor. El afectado queda así librado a la búsqueda de tutela en un juicio ordinario, que no ofrece una razonable garantía temporal. Como se advierte, el panorama en la materia no es muy alentador en cuanto a la certidumbre de haber dejado la administra-

<sup>118</sup> La decisión de no controlar tales actos no se ajusta, por lo demás, a otros precedentes que admiten tanto el agravio moral como el eventual: *supra*, t. 2, cap. IV, § 12, 17, 18, 19.

<sup>119</sup> La reglamentación de Justicia Militar, aprobada por decreto 23.056/28, establece en su art. 232 que “todo militar que se hallare de baja o en situación de retiro al tiempo de ser procesado por delitos cometidos mientras revistaba en servicio activo deberá ser reincorporado, al sólo efecto de su enjuiciamiento, a la situación de actividad con el grado que investía con anterioridad a la concesión de la baja o a su pase a la situación de retiro.”

<sup>120</sup> CSJN, *Fallos*, 254: 88, *Paz*, 1962. Otros casos *supra*, cap. VIII, § 7, nota 98 y texto.

<sup>121</sup> *Supra*, cap. IX, § 4.1 y 4.7; § 6 y 6.3, notas 6.5, 6.6, 6.7, 6.13; cap. XI, § 17.

ción. Es que los tribunales procuran dar la solución que satisface su sentido de justicia en la apreciación de los hechos, más allá de si ello supone sustituirlo o reformar el acto ella misma. La coincidencia de las tres instancias en este caso recuerda igual solución, en aquel caso favorable al particular, en que se anulara retroactivamente un acto revocatorio de un acto estable.<sup>122</sup>

#### 14. *La orden judicial de sustitución*

Con todo, es posible señalar casos en que el tribunal no se encuentra en condiciones materiales de emitir él mismo *el instrumento* del acto debido, p. ej. la confección de un diploma, caso en el cual el reconocimiento del derecho por el tribunal (que una persona es acreedora al título) puede incluir el dictado del acto administrativo pero no la confección material del diploma en sede judicial, cuyo cumplimiento debe ser ordenado a la administración.<sup>123</sup> Nada impediría, en cambio, que en otros supuestos el tribunal ordenara la producción de los efectos jurídicos correspondientes, p. ej. ordenando al colegio profesional pertinente la inscripción en sus registros del actor al cual se reconoce su derecho al título.<sup>124</sup> Funciona habitualmente y sin inconvenientes la orden judicial al Registro de la Propiedad para la realización de las anotaciones correspondientes en materia civil y también procesal administrativa, al Registro Civil por los jueces civiles en cuestiones de esa naturaleza, etc.

En cualquier caso, es claro que ninguna ley puede constitucionalmente limitar o eliminar la facultad del juez de hacer cumplir sus sentencias. Una de tales facultades, de probada eficacia en la experiencia, es la de imponer multas personales o *astreintes* a los funcionarios que tienen a su cargo la realización de la actividad material necesaria para cumplir la sentencia.<sup>125</sup> Claro está, las *astreintes* deben guardar alguna razonable proporción con el sueldo o los bienes personales del agente para no caer en desproporcionalidad. En los sueldos del magro comienzo del siglo XXI en la Argentina, en la Provincia de Buenos Aires, suele observarse que \$ 50, o sea alrededor de 16-18 € o U\$S de multa diaria para el caso de incumplimiento de la decisión judicial por un funcionario determina-

<sup>122</sup> CSJN, HERNÁNDEZ, *ED*, 108: 586, con notas de BARRA, “La nulidad del acto administrativo y los efectos de su declaración,” *ED*, 108: 586 y BIANCHI, “La acción de amparo y los límites de la potestad revocatoria de la administración pública,” *ED*, 108: 592.

<sup>123</sup> Comp. MAIRAL, *Control...*, *op. cit.*, t. II, p. 910. Lo mismo ocurriría si se impidiera a una persona ejercer la profesión mientras se discute el ámbito de aplicación del título, como lo resolvió la CCivil, Com. y Laboral de Rafaela, en *Enrique de Tita, Daniela c. Colegio de Psicopedagogos de la Provincia de Santa Fe, LL Litoral*, 1997: 1015, que hemos incluido con otras medidas autosatisfactivas en “Los grandes fallos de la actualidad,” *Después de la reforma del Estado, op. cit.*, 2ª ed., cap. XI.

<sup>124</sup> Si es que todavía subsiste el sistema de reconocer a los títulos profesionales directo carácter habilitante *ad vitam*, contra toda la cambiante realidad que indica a las claras la irrazonabilidad y el disvalor de semejante alcance. Pero eso, claro está, es otra cuestión.

<sup>125</sup> Ver nuestro artículo “Hay jueces en la Argentina: la inconstitucionalidad de la prohibición de imponer *astreintes* a los funcionarios públicos,” *LL*, 2004-C, 152-5, nota al fallo *D’Ormea*, JNF CA n° 4; en la publicación el título salió truncado luego de “imponer.”

do, es suficiente para lograr el efecto deseado de que el acto sea materialmente cumplido por el funcionario que debe hacerlo. Que la multa diaria sea chica es una garantía de cumplimiento; si es muy grande, incita a mayor desobediencia y eventual revocación en instancias superiores. Hemos visto así incumplida una multa diaria de \$ 3.000, o sea aproximadamente mil euros o dólares. Cuando la *astreinte* no logra el objetivo buscado de hacer cumplir la decisión judicial, es que se ha errado por lo alto o por lo bajo en la fijación de la multa. Como se trata de medidas provisionales, nada impide ajustarlas en uno u otro sentido hasta lograr el efecto deseado.

Otra forma de ir cambiando de a poco la cultura autoritaria de la administración es incrementando el número de tribunales administrativos que ejercen la facultad de dictar el primer acto administrativo.<sup>126</sup>

### 15. *La sustitución judicial a la ejecutoriedad administrativa*

El derecho va evolucionando lentamente, en nuestro país, hacia el cambio de algunos paradigmas de antaño. Algunas afirmaciones dogmáticas y autoritarias de larga data van poco a poco sufriendo la erosión que la realidad y la razón les van mostrando. En este caso se trata de la supuesta ejecutoriedad genérica que algunos autores postulan como facultad administrativa, sin intervención judicial.<sup>127</sup>

Existe un caso, en efecto, en que la administración, en lugar de dictar un acto de remoción de un ex concesionario, con fuerza ejecutoria propia,<sup>128</sup> se presenta a la justicia solicitando que ella dicte el acto.<sup>129</sup> No hay estrictamente sustitución de un acto administrativo, pues el acto administrativo no se dicta: se le pide a la justicia el dictado de una medida cautelar autosatisfactiva,<sup>130</sup> sea que lleve esa denominación o no.

<sup>126</sup> Ya existen algunos, como el tribunal administrativo de la navegación, el de defensa de la competencia, los de defensa del consumidor, etc. Hemos hecho la propuesta en nuestro art. “Los tribunales administrativos como alternativa a la organización administrativa”, en UNIVERSIDAD AUSTRAL, *Organización administrativa, función pública y dominio público*, Buenos Aires, Rap, 2005, pp. 955-962. Previamente publicado bajo el título: “El control jurisdiccional en el mundo contemporáneo”, en *Memorias del Primer Congreso Internacional de Tribunales de lo Contencioso Administrativo Locales de la República Mexicana*, Toluca, Estado de México, México, octubre de 2003, pp. 19-32.

<sup>127</sup> *Supra*, cap. V, § 7, “La exigibilidad y ejecutoriedad del acto administrativo. Distinción.”

<sup>128</sup> Utilizando el postulado doctrinario de la autotutela del dominio público.

<sup>129</sup> En el orden nacional existe un procedimiento específico al efecto, el decreto-ley 17.091, aplicable a las concesiones y permisos. Ver GRECCO, CARLOS M. y MUÑOZ, GUILLERMO A., *La precariedad en los permisos, autorizaciones, licencias y concesiones*, Buenos Aires, Depalma, 1992. La CSJN lo consideró constitucional, a pesar de que el juez ordena el desalojo sin dar traslado a la contraparte: *Fallos*, 271: 229; 283: 231; 295: 1005; 301: 1028; 302: 998; 305: 932; 307: 1173. Para los intrusos se aplica el interdicto de recobrar: CNFed. CA, Sala III, *FE. ME. SA., LL*, 1995-E, 491. Ver GORDILLO, *Cien notas...*, *op. cit.*, § 14, “Intrusos y ex concesionarios en inmuebles del Estado,” pp. 59-61.

<sup>130</sup> Ver *Ente Administrador Puerto de Rosario c. Puerto Rosario S.A. o Enapro c. Prosa*, año 2000, Juzg. Civil y Com. n° 1, Rosario, firme, *LL*, 2000-C, 766, con nota de GUIRIDLIAN LAROSA, JAVIER D., “La extinción concesional con fundamento en la realidad social.”

Es un camino a seguir cuando el poder concedente considere necesario rever algunos aspectos de la concesión. Si lo hace unilateralmente en sede administrativa y resuelve que su acto sea inmediatamente operativo, el afectado puede obtener una medida cautelar en una acción ordinaria o en un amparo. Aunque en segunda instancia se revoque, es un revés político que puede incluso influir en los mercados. Si en cambio el poder concedente o el ente de control pide exactamente lo mismo en sede judicial y lo obtiene, ello carece de repercusión bursátil. Es la justicia que así lo ha resuelto, en el normal funcionamiento de un Estado de Derecho.

El interesado puede sin duda apelar<sup>131</sup> pero no puede en cambio pedir una medida cautelar ni interponer una acción de amparo contra la medida judicial. Lo cual demuestra una vez más la prudencia de no postular una ejecutoriedad genérica del acto administrativo, tal como ya explicamos.<sup>132</sup> Es un recargo de tareas para el Poder Judicial, pero ello fortalece el régimen democrático.

#### 16. *La reelaboración*<sup>133</sup> *del acto*

Puede ocurrir que la administración siga considerando, después de la anulación de su acto, que subsisten motivos suficientes para haberlo dictado.

Nada le impide volver a hacerlo, siempre que ahora sí cumpla adecuadamente con todos los pasos que antes incumpliera. No se aplica a ello el límite de la cosa juzgada, ni hay tampoco un principio, como en derecho penal comparado, de interdicción de la *double jeopardy*. Si la decisión se fundó en un motivo erróneo o insuficiente, puede después fundarse en un motivo válido,<sup>134</sup> previa audiencia del interesado, dictamen jurídico previo y con adecuada motivación o fundamentación en el instrumento mismo del acto.<sup>135</sup> Habrá que cuidar, por supuesto, no incurrir en desviación del poder; un nuevo incumplimiento de formas o de procedimiento puede ser generalmente una confesión de parte.

El caso guarda similitud con otras situaciones posteriores a la sentencia judicial. Se ha dicho que si la justicia rechaza la impugnación contra el acto, ello hace cosa juzgada en cuanto a la inexistencia de los vicios considerados, pero que no impide una ulterior revocación por ilegitimidad dimanada de *otros* vicios.<sup>136</sup> Y

<sup>131</sup> Y hasta es posible que no lo haga, como en el caso relatado en la nota precedente.

<sup>132</sup> Ver *supra*, cap. V, § 7, § 7.1, § 7.2, § 7.3, § 7.4, § 7.5, § 7.6.

<sup>133</sup> Hay distintas formas de denominar situaciones de esta índole: reproducción, renovación, *réfection*, etc., aunque no son todas equivalentes. Ver ARGENIO, C., "Rinnovazione dell'atto amministrativo in sede di ottemperanza in relazione al giudicato di annullamento dei provvedimenti negativi," en AA.VV., *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, Milán, Giuffrè, 1994.

<sup>134</sup> El cual puede tanto ser preexistente al primer acto como posterior a él, ya que ahora se dicta un acto nuevo.

<sup>135</sup> HOSTIOU, *op. cit.*, p. 278, nota 8; *Clinique du Chablais, RDP*, 1964, 705, con nota de WALINE; conclusiones de BRAIBANT en *Mailloux, AJDA*, 1959, II, 261; WEIL y LIET-VEAUX, *JCA*, 665, § 137 y ss., "Ce que l'Administration a la faculté de faire ou de ne pas faire après annulation."

<sup>136</sup> FRAGOLA, *Gli atti amministrativi, op. cit.*, p. 196.

está también la controversia que surge del art. 18 del decreto-ley, en el sentido de si el acto que confiere derechos y tiene estabilidad también se puede revocar por motivos, sobrevinientes o no, de inoportunidad,<sup>137</sup> o distinta evaluación de las circunstancias de hecho originarias.

#### 17. *El acto expresamente sujeto a sustitución o reforma*

Un caso distinto del explicado en el punto anterior es aquel en que un funcionario es dado de baja invocando normas sobre racionalización administrativa, pero sujeto expresamente a la condición de que el pago de la indemnización queda supeditado a las resultas del sumario administrativo que se instruye y de la causa penal en trámite. Una vez terminado el sumario —con participación del interesado— la administración, si considera que el ex agente estaba incurso en las causales de cesantía, puede transformar el primer acto en la segunda. Ello es así por cuanto el primer acto dictó una separación *sub conditione*, y fue consentido por el interesado. Lo que estaba resuelto era la separación del cargo, quedaba pendiente determinar si era como medida de economía administrativa o como sanción disciplinaria: En el primer caso se pagaría la indemnización prevista en la norma, en el segundo no. Concluido el sumario la administración resolvió, en un caso confirmado por la justicia, que le hubiera correspondido la exoneración y en su consecuencia no pagar la indemnización por baja presupuestaria. Es de hacer notar, en todo caso, que este tipo de medida posterior a la separación del cargo es impugnabile en sede judicial y, a diferencia del caso anterior, el tribunal entra al fondo del asunto.<sup>138</sup>

<sup>137</sup> *Supra*, cap. VI, § 10, “Excepciones a la estabilidad.”

<sup>138</sup> CNFed CA, Sala I, *Fedullo, LL*, 2001-C, 342, año 2000.