

LA CONVERSION DEL PROVEIMIENTO ILEGITIMO

Juan De Stefano

*Profesor de Derecho Administrativo,
Universidad Central de Venezuela*

La conversión es una institución formulada en el derecho civil y, al aplicarla al derecho administrativo, asume el nombre de "conversión de un proveimiento ilegítimo". Esta supone que un acto no ostenta los requisitos contemplados por la norma jurídica, en atención a la cual el mismo fue emanado por el órgano administrativo. Por lo tanto, de acuerdo a tal norma jurídica dicho proveimiento resulta ilegítimo, anulable; sin embargo, este proveimiento contiene los requisitos previstos por otra norma para un acto distinto, del cual se deriva un efecto jurídico igual.

En estos casos el derecho permite mantener firme el proveimiento en su efecto, en virtud de una norma distinta, que expresamente contempla los requisitos que son propios de otro acto producente del efecto del proveimiento viciado. Al convertir el primer proveimiento inválido en otro distinto válido, se infiere que el segundo proveimiento, aunque no querido realmente por la entidad pública, está comprendido en el primero por satisfacer el interés general, que ella se ha propuesto (concepción objetiva).

Desde el punto de vista preliminar, tal como observa Emilio Betti, "aun cuando la estructura jurídica de un negocio no es exactamente mensurable con la de otro, de modo que el primero se diga incluido en el segundo, no se puede desconocer que quien quiere un negocio de tipo a), quiere por eso mismo también el negocio de tipo b), cuya finalidad práctica esté en relación de parte a todo respecto a la finalidad del primero, o sea, con ella interferente, por cuanto satisface el mismo interés¹.

Para que tenga lugar la conversión es necesario que: 1º) exista un acto administrativo ilegítimo, por cuanto en él falta o resulta viciado algún elemento constitutivo exigido por la norma, en base a la cual fue expedido; 2º) tal nulidad relativa no se hace valer; en efecto, el proveimiento que debería ser convertido guarda todo su valor y obliga, tal como es, hasta que se impugne, o el órgano advierta su invalidez y decida sanarlo; 3º) se acierta si en el acto inválido están presentes los requisitos, contemplados por otra disposición para la validez del proveimiento que puede sustituirse al primero, para obtener así el efecto jurídico al cual estaba dirigido el acto inválido; 4º) "la entidad administrativa averigua que el proveimiento es ilegítimo, pero no declara su nulidad. En efecto, con tal declaración eliminaría el proveimiento del campo jurídico, y vendría a faltar la posibilidad de la conversión por la falta del acto a convertir: se averigua la invalidez, sin declararla"².

De esos supuestos se derivan tres consecuencias: a) es menester que la competencia para emanar el segundo proveimiento pertenezca al mismo órgano, que expidió el primero. Puede ser un mismo Ministerio, por cuanto si hay una incompetencia por grado, de estar conforme el funcionario competente, éste ratificará el acto convertido, o bien él procederá a la conversión. En efecto, sólo esta autoridad y no otra quiere los efectos jurídicos del proveimiento inválido; b) según la doctrina "de la voluntad", el acto que sustituye al primero debe relacionarse con la voluntad del órgano, es decir, se presume que si el mismo hubiese conocido la invalidez del propio acto, habría adoptado el segundo; c) la presunción de voluntad del órgano

1. Emilio Betti, *La conversione nel negozio giuridico. Novissimo Digesto Italiano*, Turin, 1959, Vol. IV, p. 811.

2. Piero Bodda, *La conversione degli atti amministrativi illegittimi*, Milan, 1935, pp. 87 y 88.

que expidió el proveimiento inválido, puede inferirse por juicio lógico sólo cuando el efecto jurídico del segundo acto válido sea igual al efecto, al cual se dirigía el primero³. Se estima que, para alcanzar tal efecto, el órgano habría adoptado el segundo proveimiento, si hubiese conocido la ilegitimidad del primero.

Este modo de razonar encontró acogida en el Código Civil Alemán & 140, y posteriormente en el Código Civil Italiano, Art. 1424: "El contrato nulo puede producir los efectos de un contrato diverso, del cual contenga los requisitos de sustancia y de forma, cuando, habida cuenta del fin perseguido por las partes, deba considerarse que éstas lo habrían querido si hubiesen conocido la nulidad".

Respecto a lo expuesto en los párrafos b y c, de acuerdo a la teoría de la voluntad precisa aclarar: "la voluntad del órgano debe interpretarse en cuanto voluntad abstracta y no real, es decir, se debe reconstruir la voluntad que el órgano habría tenido, no una que haya tenido efectivamente y que no puede haber tenido, por cuanto desconocía la invalidez o ineficacia del propio acto. En otros términos, la voluntad hipotética del órgano se determina cuando, con vista del fin práctico perseguido, este fin se realice por medio de otro proveimiento, del cual se den los requisitos y, por lo tanto, éste puede, en atención a todas las circunstancias, considerarse querido"⁴.

La averiguación acerca de la voluntad hipotética del órgano, es decir, acerca de la voluntad que el órgano habría tenido, si hubiese conocido la nulidad, procede por medio de la interpretación "integradora" del negocio jurídico. Dicha interpretación Bodda la califica de "modificadora"⁵.

Si de tal interpretación resulta dudoso que el órgano habría optado por el otro proveimiento, hay que aceptar la solución negativa, por cuanto la conversión del acto inválido en otro distinto válido, al tener por objeto la posibilidad de realizar el mismo, o un igual fin, siendo dudoso si tal fin práctico se consigue mediante el otro proveimiento, desaparece la razón justificadora de la conversión⁶.

Emilio Betti⁷ es contrario a esta doctrina que explica la conversión en base a la voluntad, en el sentido arriba expresado de que el proveimiento es objeto de la conversión, porque el órgano, o las partes, si hubiesen conocido la nulidad, habrían querido el otro acto administrativo que tiene un fin igual, o menor. Este modo de pensar para Betti resulta defectuoso: si el organismo hubiese conocido la nulidad, probablemente la habría evitado en cuanto le hubiera sido posible, sin orientarse hacia otro proveimiento; por otra parte, lo que interesa no es el medio jurídico, sino el resultado práctico. Aunque en el Art. 1424, 2ª parte, del Código Civil italiano se acepte tal concepción voluntarística, no puede haber duda de que, según el espíritu y el sistema conjunto de la ley, el interprete debe orientarse hacia una solución objetiva del caso concreto. Por otra parte, como se puede atribuir eficacia a una voluntad que no se hace claramente reconocible en la declaración, sino que ha quedado hipotética y en estado virtual.

Según la concepción objetiva, un proveimiento ilegítimo, para ser convertido en otro de tipo diverso, debe: a) poder ser utilizado para recavar de él, tal como es objetivamente, los elementos esenciales de otro proveimiento; b) éste, aunque no haya sido efectivamente querido por el órgano, ni siquiera de modo eventual, resulte comprendido en el órbita del interés práctico del proveimiento ilegítimo, para que pueda igualmente servir, al menos en vía subordinada, a lograr el fin práctico que se proponía el anterior. Esto se obtiene a través de la interpretación

3. Oreste Ranelletti, *Teoria degli atti amministrativi speciali*, Milan, 1945, p. 110.

4. Luigi Cariota Ferrara, *El negocio jurídico*, Madrid, 1956, p. 311.

5. Bodda, *Obra cit.*, pp. 58, 59.

6. Carlota Ferrara, *Ob. Cit.*, p. 312.

7. Emilio Betti, *Teoria generale del negozio giuridico*, Turin, 1942, pp. 508 a 510.

integradora, en atención también a los criterios de oportunidad, equidad y justicia que se ajusten a la situación, o caso, concretos.

Dicha interpretación . . . "tiende a desarrollar la declaración en sus supuestos y en su lógico alcance, a corregir las fórmulas inexactas (por ejemplo el erróneo *nomen iuris* usado) de acuerdo al fin práctico de las partes, a colmar las lagunas y a poner en evidencia el contenido preceptivo implícito o marginal, dejado en la sombra por las partes, y así puede servir a la conversión como medio a fin"⁸.

La institución de la conversión se basa en el principio de la economía de los actos jurídicos, y más concretamente en el de la conservación del negocio jurídico, por el cual la acción y el proveimiento administrativo deben poderse mantener en vigor lo más posible para la realización del fin público perseguido. Por lo tanto, no es la declaración de la voluntad dada, tal como nació, la que debe valer; sino que son la actividad, la prestación, o el contenido del proveimiento, los que deben mantenerse, siempre que pueda realizarse el fin perseguido. La conversión mira a la conservación de los actos jurídicos, mediante un proceso interpretativo, que llega a modificar la calificación jurídica del proveimiento.

Precisa subrayar también que el tipo de un proveimiento se caracteriza no sólo por su estructura jurídica, sino también por el ejercicio de la particular función administrativa, de la cual es la expresión. La conversión supone un grado de flexibilidad entre funciones de interés público (causas) típicas de proveimientos diversos, o bien la subsunción del motivo, que determinó la voluntad del órgano, bajo la causa de otro tipo de proveimiento. La conversión no tiende a modificar el fin práctico, que el órgano quiere alcanzar, el cual va, al contrario, mantenido, sólo trata de cambiar el medio jurídico para realizarlo. Con la conversión se busca dirimir la divergencia entre el fin práctico de quien actúa y la función de interés público (causa) que caracteriza el tipo del proveimiento. En este sentido Betti⁹.

Que el acto ilegítimo produzca los efectos de un acto jurídico diverso, cuya función práctica sea conexas o comprendida en la del acto nulo, y de éste contenga los requisitos de fondo y de forma, es cuestión que no puede encontrar objeciones tanto en derecho privado, como en derecho administrativo.

Piero Bodda se adhiere a la concepción objetiva en el enfoque de la conversión. Para este autor la supuesta voluntad de la parte debe ceder ante la simple comprobación objetiva, que el acto responde a la satisfacción de las necesidades públicas previstas por las normas jurídicas. Una vez que el órgano competente haya averiguado la existencia del fin legítimo, que puede atribuirse al proveimiento, es lícito proceder a la conversión. En efecto, ésta no puede forzar la voluntad de la autoridad pública y atribuirle un acto que rechazaría, en cuanto la administración actúa sólo con vista de tal fin legítimo. Que ésto indique también una presunción de voluntad por parte del sujeto público, resulta admisible; sin embargo, no parece absolutamente necesario elevar tal presunción a requisito esencial de la conversión.

Se podría objetar que no es indiferente escoger la una u otra teoría, por cuanto, en la una se pone por base del acto a convertir una presunción, la cual, aunque fundamentada, puede ser excluida, mientras en la otra se procede sólo sobre una comprobación y, luego, se hace la conversión pertinente.

Sin embargo podría contestarse que los efectos son los mismos. En realidad: en la primera hipótesis, para hacer caer la presunción, es suficiente demostrar la inexistencia del legítimo interés público, o la existencia de otro diverso no asimilable; en la segunda hipótesis, para obtener tal efecto, basta la mencionada comprobación. En ambos casos esta última se muestra, en consecuencia, como el elemento en que se apoya la posibilidad de conversión del proveimiento ilegítimo¹⁰.

8. Betti, *Ob. Cit.*, p. 512.

9. Betti, *La conversione del negozio giuridico*, *N.D.I. ya mencionado*, Vol. IV, p. 812.

10. Bodda, *Ob. Cit.*, pp. 50 y 51.

Desde el punto de vista general Pietro Gasparri¹¹, como ejemplos, indica que en una declaración de certidumbre está implícita una declaración de opinión; que en una declaración de juicio de valor jurídico (según la cual en favor de alguien se debe tener un dado comportamiento) está implícita una declaración de juicio económico (aquella conducta es favorable al destinatario); que en un juicio sobre el valor de un hecho es implícito un juicio sobre la existencia del hecho. El caso de implicación que más se verifica a los fines de la conversión es el de los efectos jurídicos de un proveimiento en los de otro del mismo género. Un proveimiento expedido por tiempo indeterminado, que resulta nulo, puede ser válido como medida con duración limitada (un despido nulo puede ser eficaz como suspensión). Un acto, que debe producir sus efectos *ex tunc* y como tal nulo, podrá utilizarse como un proveimiento con efectos *ex nunc*, por ejemplo: una concesión anulada para que sus efectos cesen desde el origen, por resultar ilegítima a este fin, mantenerse como declaración de decadencia, por lo que quedan a salvo los efectos producidos durante la vigencia de la concesión. Un proveimiento que debe valer *erga omnes*, y anulable como tal, se puede mantener como acto dirigido a personas determinadas. Un nombramiento para ingresar a una institución en calidad de empleado ordinario, y como tal inválido, puede convertirse en un contrato por tiempo indeterminado.

El nombramiento de un empleado público, hecho sin el previo concurso, es ilegítimo para la inclusión en el escalafón con carácter definitivo, puede ser considerado válido como nombramiento provisional, en la espera de que se cumplan los requisitos del concurso (Alessi)¹².

Un Municipio expide un proveimiento en base a un reglamento de edificación, el cual resulta ilegítimo por cuanto el fin público, al cual se dirige, no está contemplado por normas jurídicas específicas (exceso de poder). Sin embargo, una vez que se averigüe que, además de los otros requisitos necesarios, el fin del proveimiento es propio de la actividad de policía urbana, atribuida al Municipio en virtud del reglamento respectivo, se lleva a cabo la conversión de un acto ilegítimo de edificación en otro plenamente válido de policía urbana.

Se declara dimisionario de oficio a un empleado público sólo por escaso rendimiento. La medida es ilegítima, porque las dimisiones por iniciativa de la autoridad se conminan por otras causales (abandono del cargo, acción turbativa durante el servicio, etc.). Sin embargo, si se demuestra que el empleado estaba sometido a confirmación anual también tácita, el acto de dimisiones puede ser convertido en denegación de nueva confirmación en el cargo. (Consejo de Estado italiano, secc. IV, 20-12-1912).

La autoridad municipal había decidido no renovar a Caio por el año en curso la patente de comercio de venta al público. Las normas jurídicas que consideraban el caso contemplaban: a) rechazo de la patente; b) retiro definitivo de la licencia en casos graves; c) simple cierre temporal del fondo de comercio en los casos de menor gravedad, esto es, suspensión de la licencia. La medida del Municipio no tenía ninguna base explícita en las dichas normas y, como tal, se debía considerar ilegítima. La defensa del Municipio sostenía la tesis que el proveimiento significaba una denegación de patente; ésto hacía siempre ilegítimo el fin de la propia autoridad, por cuanto la denegación de licencia se refiere a los que la piden por primera vez. El Consejo de Estado italiano, secc. V, 30-4-1932, en lugar de anular el proveimiento en objeto, optó por mantenerlo considerando que el mismo establecía una suspensión de la patente de comercio, y le dio así una válida base jurídica (caso señalado por Bodda, *obra cit.*, p. 71).

11. Gasparri, *Corso di Diritto Amministrativo*, Vol. III, Padua, 1964. pp. 183 y 184.

12. Renato Alessi, *Instituciones de Derecho Administrativo*, Barcelona, 1970, Vol. I, p. 342.

Una autorización que se refiere al uso especial de un bien de dominio público, resulta ilegítima, por cuanto se le ha conferido al beneficiario facultades que excedan las que pueden otorgarse con dicho acto. Sin embargo, de presentar dicha autorización los requisitos de fondo y de forma, exigidos para una concesión de derechos reales sobre el mismo bien, ella que resulta inválida en la propia especie viene convertida en esta última. El concesionario recibe así los efectos jurídicos que son parecidos a los que habría recibido en virtud de la autorización. (Zanobini)¹³. Una deliberación de un Consejo Municipal, inválida como ratificación de una decisión de la Junta Municipal, viene considerada legítima, al ser convertida en deliberación propia. Una resolución de urgencia del alcalde, ilegítima como tal, continúa en vigor en calidad de ordenanza ordinaria¹⁴.

La conversión procede aún en el caso de que un proveimiento se modifica en un contrato de derecho privado, por ejemplo: una concesión sobre bienes, la cual está prevista sólo para bienes de dominio público y, al contrario, ha versado sobre bienes del patrimonio disponible del ente público. En tal caso esta concesión puede ser convertida en un contrato de derecho privado, es decir, en un arrendamiento de inmueble; una expropiación por causa de utilidad pública o social que resulta viciada en uno de sus requisitos y, en consecuencia, no válida en su categoría, puede ser transformada en un contrato de compra-venta.

Otro ejemplo de conversión. Un empleado no puede continuar ocupando su cargo, por cuanto su resistencia física resulta disminuida por enfermedad. Por ley la autoridad administrativa tiene la facultad para dispensarle del servicio. Esta dispensa debe estar precedida por una visita médica colegial. Tal experticia no se hizo, o bien se practicó de forma irregular, imperfecta; ésto no obstante, la dispensa se emanó. Tal dispensa del servicio inválida puede ser convertida en otro acto similar, a saber, decadencia del cargo, o bien, dimisiones de oficio. Los efectos jurídicos de los actos ulteriores son iguales a los que produciría el primero.

Los efectos deben ser iguales, si son diversos, más que una conversión, se está ante la nulidad de un proveimiento anterior y la expedición de un acto posterior distinto.

Los efectos jurídicos son *ex tunc*, es decir, son retroactivos porque con la conversión se obtiene una especie de sanatoria, y los efectos retrotraen a la fecha en que se emanó el primer proveimiento.

Se ha considerado que a la conversión se puede atribuir carácter declarativo y constitutivo, a la vez. En la primera fase, se advierte que en la declaración originaria subsisten los elementos necesarios y suficientes para deducir otra legítima. Al constatar y declarar lo que hay de válido, se remueve la incertidumbre de los sujetos afectados por la manifestación ilegítima. Por lo tanto, el acto de conversión se acerca, bajo este aspecto, a la categoría de los actos de averiguación, los cuales presentan, para la doctrina de derecho privado, naturaleza declarativa. En la segunda fase, sobre la relación jurídica así aseverada el órgano competente construye con los elementos válidos y necesarios el nuevo proveimiento, al cual el ordenamiento atribuye aquellos efectos jurídicos, que quería conseguir el primer acto inválido (fase constitutiva).

Ranelletti¹⁵ sostiene: "a la conversión se debe reconocer carácter constitutivo al proveimiento, en que el acto ilegítimo viene convertido, y no sólo declarativo. El nuevo proveimiento no toma vida antes del proceso de la conversión, al punto que su existencia puede considerarse sólo averiguada y declarada por el órgano competente, por interpretación del acto administrativo inválido, pero viene reconstruido por el mismo órgano sobre los elementos necesarios para la válida formación del nuevo

13. Guido Zanobini, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milan, 1947, Vol I, p. 256.

14. Massimo Severo Giannini, *Diritto Amministrativo*, Milan, 1970, Vol II, p. 1052.

15. *Opera Cth.*, p. 111.

proveimiento, deducido del acto inválido. El momento de averiguación y declarativo de estos elementos se pone sólo como un precedente necesario para la constitución del nuevo proveimiento”.

Ranelletti observa también que con la conversión más que transformar el acto ilegítimo en un acto válido, se procede a sustituir el acto inválido con otro acto legítimo, dando así otra base de validez a los efectos hacia los cuales estaba dirigido el primero. Si así no fuera, en el caso del acto nulo se daría vida a un acto que, para el fin al cual estaba dirigido, no existe para el derecho¹⁶.

Sin embargo, precisa advertir que en la práctica los casos de conversión de actos nulos son más bien excepcionales: de ordinario los elementos exigidos bajo sanción de nulidad son requisitos comunes a categorías extensas de actos. Por lo tanto, si un acto falta de los requisitos necesarios para tener validez como acto de un dado tipo, resulta difícil que contenga los para formar un acto válido perteneciente a otro tipo¹⁷.

El efecto peculiar, en la aplicación de la conversión, consiste también en que se cambia la calificación del acto inválido, a saber: un acto, ilegítimo si ostenta una cierta calificación, puede ser legítimo si se le asigna una calificación diversa, para la cual no se requiere la presencia de aquellos elementos que son ilegítimos para el primer acto¹⁸.

La conversión se aplica esencialmente a los proveimientos, los cuales consisten en declaraciones de voluntad, que los órganos expiden con carácter de imperatividad y obligatoriedad, para realizar de modo directo e inmediato un fin público que les incumbe. Esto no excluye que ella pueda aplicarse también a los meros actos administrativos.

La doctrina habla aún de conversión legal o voluntaria. La administración pública procede a la conversión llamada voluntaria, de su iniciativa, sobre recurso jerárquico, o sobre una instancia de reconsideración: es la que más se práctica en las relaciones de derecho administrativo.

Se ha calificado de “legal” la conversión “*ope legis*”, esto es, la dispuesta expresamente por la ley o un reglamento. Se ha observado que no todos los casos que se han considerado de conversión legal, dan lugar al tipo de conversión enunciado de acuerdo a los conceptos y principios de esta exposición. No cabe duda, por otra parte, que la ley puede convertir un acto ilegítimo en uno válido, por su fuerza formal, a prescindir del concurso de las condiciones señaladas en la presente exposición. En algunos casos de esta especie, en lugar de una conversión propiamente dicha, la ley dispone la sustitución de un proveimiento diverso y de efecto distinto al primero, en caso de que éste se considere ilegítimo para la situación o relación específica, en atención a la cual se había emanado.

La conversión puede pronunciarla también un tribunal administrativo. La parte interesada debe solicitar de modo claro tal conversión, y si el tribunal contencioso averigua que realmente están presentes los supuestos que dan lugar a la conversión, procede de conformidad.

En lo referente a los tribunales ordinarios, prevalece la corriente doctrinaria que éstos pueden conocer los casos de conversión de los actos administrativos, solo cuando la ley les atribuye competencia en el “mérito” sobre la materia. En efecto, cuando la autoridad judicial ordinaria interviene en la conversión de un acto administrativo, aun si reglado, se inmiscuye en la actividad de la entidad pública, en el ejercicio de una función que le es propia, se torna en colaboradora e integradora de la voluntad de la administración, al sustituirse en ésta cuando modifica la cali-

16. Ranelletti, *Ob. Cit.*, p. 112.

17. Gasparri, *Ob. Cit.*, p. 184.

18. M. S. Giannini, *Ob. Cit.*, Vol. II, p. 1049.

ficación jurídica del proveimiento. Lo que, salvo casos raros y expresamente previstos por la ley, no está permitido a los jueces ordinarios.

Por lo que atañe a "las formas" en que puede verificarse la conversión, la aplicada es la denominada "expresa". Se trata de declaraciones expresas por las cuales los órganos competentes hacen constar que quieren usar los requisitos de fondo y de forma existentes en un acto, con el objeto de mantener vigente este último, bajo la forma de una manifestación de voluntad diversa. La "tácita" es admisible en actos administrativos individuales y con aquiescencia de la otra parte. Los destinatarios de los proveimientos, o actos, deben saber a qué atenerse en la conducta y en la acción de los organismos públicos.