

## CAPÍTULO VII

### ACTOS Y ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

#### SUMARIO

I. <i>Iniciación del procedimiento y apertura a prueba</i> .....	PRA-VII-1
1. Iniciación de oficio o a petición de parte .....	PRA-VII-1
2. Oportunidad de efectuar la apertura a prueba .....	PRA-VII-1
3. Ejemplo de expediente mal llevado por no realizarse oportunamente la apertura a prueba .....	PRA-VII-2
4. Consecuencias prácticas de ese procedimiento defectuoso.....	PRA-VII-3
5. Ejemplo de tramitación correctamente efectuada .....	PRA-VII-3
6. Consecuencias prácticas de este procedimiento.....	PRA-VII-4
7. Su aceptación por la Procuración del Tesoro de la Nación.....	PRA-VII-5
8. Ofrecimiento y producción de la prueba .....	PRA-VII-6
9. Pruebas admisibles.....	PRA-VII-6
10. Gobierno y control de la prueba .....	PRA-VII-6
11. Apreciación de la prueba .....	PRA-VII-7
12. Criterio a seguirse en caso de duda .....	PRA-VII-7
II. <i>El acto impugnabile</i> .....	PRA-VII-8
13. Acto general o particular, productor de efectos jurídicos inmediatos .....	PRA-VII-8
III. <i>Publicidad. Publicación y notificación</i> .....	PRA-VII-9
14. La publicidad del acto como presupuesto del recurso.....	PRA-VII-9
15. Publicación .....	PRA-VII-9
16. La publicación debe reproducir íntegramente el acto.....	PRA-VII-9
17. Cómputo del término a partir de la publicación .....	PRA-VII-9
18. Notificación .....	PRA-VII-10
19. Falta de constancia de la notificación.....	PRA-VII-11
20. Notificación y publicación. Imposibilidad de intercambiarlas.....	PRA-VII-11

21. Improcedencia de recurrir un reglamento no publicado.....	PRA-VII-12
22. Validez de la notificación.....	PRA-VII-12
23. Notificación espontánea por el particular .....	PRA-VII-12
IV. <i>Términos para recurrir</i> .....	PRA-VII-13
24. Días corridos o hábiles administrativos .....	PRA-VII-13
25. Días hábiles en la administración y en la justicia .....	PRA-VII-14
26. Cómputo de términos .....	PRA-VII-14
27. No se computan respecto de los actos nulos e inexistentes....	PRA-VII-15
28. Suspensión de los términos. El pedido de vista .....	PRA-VII-15
29. Suspensión espontánea de los términos por la administra- ción .....	PRA-VII-16
30. Interrupción de los términos.....	PRA-VII-17
31. Continuación: Recurso presentado ante autoridad incompetente.....	PRA-VII-17
32. Continuación: La voluntad de recurrir como requisito de la interrupción .....	PRA-VII-17
33. Interrupción por recurso o acción judicial.....	PRA-VII-18
V. <i>Nulidad de los actos de procedimiento</i> .....	PRA-VII-18
34. Distinción entre la nulidad de los actos de trámite y del acto que resuelve el fondo de la cuestión .....	PRA-VII-18
35. El criterio de que no hay nulidad sin daño se aplica sólo a los actos de trámite .....	PRA-VII-19
36. La violación de la garantía de la defensa como nulidad de fondo o de procedimiento.....	PRA-VII-19
VI. <i>Costas</i> .....	PRA-VII-20
37. Improcedencia .....	PRA-VII-20
38. Supresión del sellado de actuación .....	PRA-VII-20
39. Caso en que hay dos particulares en contradicción .....	PRA-VII-21

## Capítulo VII

### ACTOS Y ETAPAS DEL PROCEDIMIENTO

#### *1. Iniciación del procedimiento y apertura a prueba*

##### *1. Iniciación de oficio o a petición de parte*

El procedimiento administrativo puede iniciarse de oficio o a petición de parte interesada.

En el primer caso (iniciación de oficio) se tratará generalmente de alguna irregularidad que un organismo técnico estima haber encontrado en las obras efectuadas por un contratista, o en el comercio o industria de algún particular, o en la forma de cumplirse una concesión de servicios públicos, etc. En tales hipótesis, debe darse traslado del informe técnico que señala la irregularidad a la empresa o individuo interesado, a fin de que haga su descargo y eventualmente produzca la prueba de que quiera valerse para refutar los hechos observados por el técnico.

##### *2. Oportunidad de efectuar la apertura a prueba*

A nuestro juicio éste es el correcto proceder desde el punto de vista jurídico (ya señalamos cómo los antecedentes estadounidenses formulan el principio de la audiencia debida con el alcance de que ella debe producirse antes de la toma de la decisión que afecta los derechos del individuo), pero es importante destacar que a más de las razones estrictamente jurídicas que existen para fundamentar dicha solución, deben tomarse en cuenta esenciales consideraciones de buena administración.

Y es importante recordar aquí cuáles son esas consideraciones de técnica administrativa, particularmente en cuanto no hay discrepancia en la práctica administrativa en sostener que la debida audiencia y por lo tanto la oportunidad de producir prueba de descargo, debe producirse *en alguna* etapa del procedimiento. Si bien dudan a veces los funcionarios de inferior jerarquía acerca de si es posible realizar dicha audiencia y prueba recién en una etapa final (cuando

se tramita el recurso jerárquico), o intermedia (cuando se tramita el recurso de revocatoria) o si en cambio debe realizársela ya desde la etapa inicial (antes de tomarse decisión alguna sobre el problema planteado, por parte de la autoridad que entiende originariamente del asunto), el aspecto práctico de la cuestión, en cambio, no admite duda alguna; a pesar de lo cual no es conocido por todos los administradores —particularmente, repetimos, los que se encuentran en las gradas inferiores de la jerarquía administrativa—.

### 3. *Ejemplo de expediente mal llevado por no realizarse oportunamente la apertura a prueba*<sup>1</sup>

Pues bien, está absolutamente fuera de toda duda que, para una mayor racionalización y eficiencia administrativa, la audiencia del interesado y la apertura prueba *deben hacerse en la primera oportunidad o instancia administrativa, antes de adoptar decisión alguna sobre el fondo de la cuestión.*

Piénsese en un expediente común: El particular pide un permiso, una autorización, un préstamo, etc., porque se considera encuadrado en tal o cual artículo de una ley o decreto; o inversamente, la administración piensa aplicar una sanción al particular, por considerarlo incurso en la violación o incumplimiento de alguna disposición legal o reglamentaria.

La administración pide informes a una oficina determinada, tal vez luego a otra; realiza si acaso una pericia y, previa presentación ocasional del interesado rebatiendo o intentando rebatir lo que resulta de los informes y peritajes, se pasa el expediente al asesor letrado. Éste considera lo afirmado en los informes y peritajes y, sopesando su carácter público y oficial frente a las simples manifestaciones de un particular, considera que las primeras contienen la verdad de los hechos<sup>2</sup> y dictamina en consecuencia. En base a su dictamen se toma una decisión administrativa y se dicta el correspondiente acto.

El particular presenta un recurso de revocatoria, insistiendo en puntos de hecho y de derecho. Salvo que sea patente el derecho del particular, se lo rechaza, de plano o tal vez previo informe del asesor letrado que aconseje su rechazo; el particular interpone ahora recurso jerárquico. El recurso jerárquico llega por fin al Ministerio, donde la Dirección General de Asuntos Jurídicos, no pudiendo establecer los hechos con más exactitud que quienes la han precedido, y a menos que por lo endeble de las afirmaciones y decisiones administrativas y lo convincente de los argumentos del peticionante pueda resolverse favorablemente su

<sup>1</sup> Reiteramos aquí conceptos de nuestro artículo “La apertura a prueba en el procedimiento administrativo,” publicado en la *Rev. de Administración Pública*, n° 1, Buenos Aires, 1961, p. 45 y ss.; reproducido con tal título en *La Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Montevideo, 1963, t. 60, n° 43, p. 58.

<sup>2</sup> Salvo, desde luego, que el informe o pericia sea evidentemente superficial; o arbitrario, ilógico, irrazonable; pero no teniendo ninguno de esos vicios el asesor letrado se encuentra de hecho obligado a atenerse al mismo, en ausencia de pruebas en contrario.

pedido, debe inclinarse a aconsejar el rechazo del mismo. Si a pesar de ello hay dudas acerca de la exactitud de la solución, es posible que se pase el expediente a la Procuración del Tesoro de la Nación, donde ha de ocurrir exactamente lo mismo: que a menos que lo actuado administrativamente sea claramente inexacto, o resulte irrazonable, no puede en rigor hacerse prevalecer los simples escritos del particular.

#### 4. *Consecuencias prácticas de ese procedimiento defectuoso*

Y el caso curioso es que el particular puede en realidad tener razón, y simplemente no ha podido hacérsela ver a la administración porque ésta no le ha dado oportunidad de producir la prueba que la podía demostrar.

Y ahora, en el más alto grado de la jerarquía administrativa, ¿puede realmente esperarse que a tal altura del expediente, cuando se han acumulado por lo menos un centenar de páginas con informes, pases, notas, constancias, dictámenes de asesorías letradas, decisiones fundadas, escritos del particular, recursos, y más dictámenes letrados y decisiones fundadas, se mande racionalmente abrir a prueba el expediente? ¿No parece incomprensible e injustificable, que después que toda la administración ha actuado, después que se han tomado decisiones, emitido dictámenes, realizado actuaciones, *venga ahora a averiguarse cuáles son los hechos sobre los que versa el expediente?*

Y si efectivamente se abre a prueba el expediente,<sup>3</sup> ¿no es otra cosa que irrazonable y estéril haber llevado todo un expediente para averiguar *recién al finalizar el mismo, qué era lo que debía considerarse en él, qué era aquello sobre lo que las decisiones y dictámenes precedentes debían haber versado?*

Y si al terminar el expediente en la última instancia administrativa resulta que los hechos del caso no eran tales como lo decían los informes o el peritaje inicial, resultará pues que todos los informes, decisiones, pases, dictámenes, recursos, nuevas decisiones y recursos y dictámenes, etc., que todo, en una palabra, fue vano, todo un esfuerzo absurdo para desembocar en la nada. El estudio del caso planteado en el expediente, comienza así recién en la última instancia administrativa, *a la que precisamente no correspondía hacerlo; y no hay ya ahora oportunidad de que analicen el caso las instancias inferiores, que eran precisamente las que debían haberlo hecho.*

#### 5. *Ejemplo de tramitación correctamente efectuada*

En concreto, si las actuaciones del expediente, tanto en su faz inicial como en las sucesivas etapas que puedan presentarse, han de versar sobre una situación de hecho que el particular afirma es inexacta, lo lógico es que esa controversia

<sup>3</sup> Generalmente la inercia administrativa es muy grande, y si no son los propios asesores letrados los que reclaman la apertura a prueba antes de emitir su dictamen, los funcionarios ejecutivos nunca la disponen por iniciativa propia.

sobre los hechos sea concreta y definitivamente aclarada *antes de proseguir con trámite alguno* en el expediente.

La forma de aclararla es abrir a prueba la cuestión por un período de quince o más días, notificando al particular de la iniciación del término durante el cual puede ofrecer las pruebas que considere pertinentes a su derecho, y proceder inmediatamente después al diligenciamiento de la prueba ofrecida —siempre que la misma sea razonable—y de la que la administración por su parte considere oportuna. Terminado el diligenciamiento de la prueba, y habiendo tenido el particular una oportunidad de alegar sobre la prueba producida, la administración puede seguir adelante con el procedimiento, sin que exista ya razonablemente temor alguno de estar trabajando en falso. El particular ya ha ofrecido su prueba, ella se ha diligenciado, y el particular ha argumentado sobre ésta: Ahora la administración puede decidir, con todos los elementos de juicio necesarios, cuál es la verdad de los hechos sobre los cuales va a tomar su decisión.

Es muy posible incluso que el particular, ante una decisión inicial que desecha razonada y ordenadamente sus argumentos, mostrando en base a la prueba producida cómo los mismos carecen de asidero, desista de seguir con el fatigoso expediente hasta llevarlo al Poder Ejecutivo; al fin y al cabo una cosa similar sucede en la justicia, donde más de un letrado o litigante advierte ya al terminar el juicio en la primera instancia que no le asiste razón, o por lo menos no tanta como creía al principio, y desiste de llegar hasta la Corte Suprema.

Y si ello sucede así, esta oportuna apertura, ofrecimiento, producción y consideración de la prueba, hace innecesario recargar luego las etapas posteriores con cuestiones de hecho dudosas o controvertidas que dificultan, cuando no inutilizan, los dictámenes y decisiones siguientes. En efecto, cuando el particular plantea el recurso de reconsideración o revocatoria, y cuando más tarde se decide el recurso jerárquico, ya estará clarificada la situación de hecho y solamente habrá de discurrirse sobre el derecho aplicable o las conveniencias de interés público; habrá pues una decisión rápida y sencilla.

Por excepción podría plantearse una cuestión probatoria en la segunda o tercera instancia administrativa, cuando el órgano inferior hubiese denegado arbitrariamente la producción de pruebas ofrecidas por el particular, o cuando se hubieran producido hechos nuevos o descubierto pruebas desconocidas al momento de realizarse la oportuna producción de las mismas; o cuando el particular quiera ampliar la prueba ofrecida y producida, o lo haga de oficio la administración. Pero todas estas posibilidades son evidentemente muy poco frecuentes cuando se ha diligenciado ya a conciencia toda la prueba pertinente a los hechos controvertidos.

#### 6. *Consecuencias prácticas de este procedimiento*

Así, en lugar de plantearse y posponerse en cada instancia la controversia sobre los hechos; en lugar de dictarse decisiones administrativas sobre hechos que a

lo mejor se prueba luego que no son exactos; en lugar de emitirse dictámenes letrados sobre asuntos que no están claramente especificados o que están mal planteados en lo que a los hechos se refiere; en lugar, en definitiva, de hacer correr el expediente inútilmente, debe abrirse a prueba en la primera oportunidad en que surjan los hechos controvertidos, y *antes de dictar decisión alguna que esté motivada sobre esa situación de hecho*. De esa forma se tendrá una decisión inicial que descansará sobre base firme, y que habrá podido apreciar correctamente el juego de los intereses públicos y privados en el caso; se tendrá luego un *recurso claro y expeditivo*, por la mayor sencillez y mejor planteamiento de las cuestiones a resolver; se tendrán finalmente dictámenes letrados y resoluciones o decretos finales que podrán dictarse sin necesidad de laboriosos estudios del expediente, *sin necesidad de esfuerzos imaginativos acerca de qué es lo que efectivamente ha ocurrido allí*, y sin necesidad, en suma, de derrochar tiempo y esfuerzos en encarar problemas que podrían venir solucionados desde su iniciación.

Cuando en un procedimiento administrativo, pues, hay hechos que la administración aprecia de una forma y el particular de otra, corresponde por la aplicación del principio de la defensa en juicio que se dé al particular oportunidad de ofrecer y producir la prueba de descargo de que quiera valerse; y esta apertura a prueba, por un criterio de eficacia administrativa y de racionalización de trámites concordante con una mayor plenitud del derecho del administrado, debe hacerse en la primera oportunidad o instancia administrativa, antes de tomarse decisión alguna sobre el fondo del expediente.

### 7. *Su aceptación por la Procuración del Tesoro de la Nación*

Este criterio que propugnamos ha sido luego expresamente recibido por la Procuración del Tesoro: "...en éste, como en todos los casos en que se plantean controversias de hecho, se considera conveniente abrir las causas a prueba en la misma oportunidad en que se produzcan las diferencias. Con ello, a más de garantizarse desde un principio el derecho de defensa del administrado, se logrará una mayor racionalización y eficacia en los trámites administrativos, dado que los funcionarios que deban expedirse dispondrán de una información completa."

"Ese proceder es asimismo aconsejable por razones de economía procesal, ya que, aclaradas las cuestiones de hecho planteadas en la misma instancia en que tengan lugar las divergencias, los dictámenes y resoluciones que se produzcan y adopten *a posteriori* se fundamentarán en bases más sólidas, y por tanto, es factible que en muchos casos sean consentidos evitándose trámites y recursos que no siempre resultarán indispensables al esclarecimiento de los problemas planteados."<sup>4</sup>

<sup>4</sup> *Dictámenes*, 76: 327.

### 8. Ofrecimiento y producción de la prueba

Las consideraciones precedentes, referidas a una formal apertura a prueba del expediente, en la que se fijarán los puntos de debate, no excluyen desde luego la informal producción de prueba por el administrado en otras oportunidades.

La formal apertura a prueba tiene pues por finalidad esencial poner en conocimiento del particular que, existiendo controversia sobre los hechos que se señalarán en el caso, debe él ofrecer y producir la prueba que considere pertinente; pero también es admisible que él lo haga sin que tal acto formal haya sido dictado, o igualmente después de haberse hecho formalmente la producción de la prueba. Este último principio sufre una excepción cuando la apertura a prueba ha sido consecuencia de una norma expresa que, regulando el procedimiento, estableció concretamente la oportunidad de realizarla: En tal caso se ha entendido que es discrecional de la administración admitir y considerar o no la prueba ofrecida con posterioridad a la indicada etapa formal de procedimiento;<sup>5</sup> este criterio, con todo, es criticable por innecesariamente formalista.

### 9. Pruebas admisibles

No hay en principio limitación alguna respecto a las pruebas que pueden producirse en el procedimiento<sup>6</sup> administrativo. Las más habituales son las documentales, y los informes, dictámenes y pericias; las testimoniales por lo general se presentan sólo en algunos tipos de procedimientos (sumarios contra funcionarios públicos; trámite de jubilaciones, etc.)

### 10. Gobierno y control de la prueba

La administración tiene en principio el gobierno de la prueba,<sup>7</sup> pero sus facultades no son tan amplias como las de un juez para decidir la admisibilidad de las pruebas: *Su obligación básica es hacer efectiva toda la prueba ofrecida por el recurrente*,<sup>8</sup> y sólo por excepción, cuando ella sea claramente irrazonable, podría disponerse su rechazo por decisión fundada. No puede la administración, en particular, negarse a producir informes (por las dependencias técnicas del caso) sobre los puntos propuestos por las partes.

El particular tiene derecho a efectuar el control de toda la producción de la prueba,<sup>9</sup> salvo que exista norma expresa que disponga el secreto de parte de ella (como ocurre por ejemplo en los sumarios administrativos, mientras se confec-

<sup>5</sup> CNFed. CA., caso *Hadid*, en *LL*, 105: 538 y ss.

<sup>6</sup> Ley española, art. 88; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 144 y ss.; PI SUÑER, en el prólogo a la obra de VIVANCOS, pp. 13 y 14; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 81; ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 224.

<sup>7</sup> *Dictámenes*, 68: 11; BIELSA, *El recurso jerárquico*, p. 128; FIORINI, *Recurso jerárquico*, p. 45.

<sup>8</sup> Conf. REAL, ALBERTO RAMÓN, *Obligación administrativa de diligenciar la prueba de descargo*, *op. loc. cit.*, ver la jurisprudencia uruguaya mencionada *supra*, cap. II, nota 52.

<sup>9</sup> Ver CNFed. CA., caso *Paz*, en *LL*, 105: 491 y ss.

ciona la prueba de cargo), y siempre que tal restricción sea razonable, pues de lo contrario sería inconstitucional.<sup>10</sup>

### 11. *Apreciación de la prueba*

La administración no está sometida a reglas prefijadas para apreciar el valor de la prueba,<sup>11</sup> pero ello no significa que su apreciación pueda ser totalmente discrecional,<sup>12</sup> ni menos aún irrevisible, y los superiores jerárquicos y los jueces están plenamente habilitados para controlar la apreciación efectuada acerca de los hechos, como elemento de la legitimidad del acto, y revocar o anular a éste si reputan errónea a aquélla. Como ya lo indicamos al hablar de la llamada “discrecionalidad técnica” (*supra*, cap. III, n° 17), la apreciación de qué es lo que realmente ha ocurrido, o cuál es una situación de hecho determinada, no depende de consideraciones de oportunidad o mérito, sino que debe ser estrictamente ajustada a la realidad fáctica: En otras palabras, la apreciación de la prueba constituye también un aspecto de la legalidad del acto y como tal debe ser controlado.

Por lo demás, la apreciación administrativa de los hechos debe a todo evento ser razonable, no pudiéndose desconocer arbitrariamente las pruebas aportadas al expediente.<sup>13</sup>

### 12. *Criterio a seguirse en caso de duda*

Por último, es muy importante recordar que en la duda debe estarse a favor del administrado. Esto, que es un principio elemental de derecho, no siempre es tenido presente por los funcionarios de las jerarquías inferiores o por algunos asesores técnicos, y en los casos ocurrentes su criterio de apreciación habrá de ser reveído en el aspecto indicado.

Así por ejemplo si los organismos técnicos toman muestras de determinados productos (bebidas, productos químicos, etc.) a efectos de investigar en laboratorio sus cualidades, pero no hacen la investigación o el análisis sino pasado algún tiempo de la obtención de la muestra, y se encuentra en esa oportunidad que el producto investigado está en malas condiciones, ello podrá ser tenido en cuenta como prueba contraria al administrado sólo cuando no exista duda alguna de que

<sup>10</sup> En discrepancia con el criterio de la Cámara, consideramos que tal es el caso del sumario administrativo, pues dado que él consiste fundamentalmente en deposiciones testimoniales, es esencial a la debida defensa del inculpado poder hacer repreguntas a los testigos y evitar que se les hagan preguntas capciosas o tendenciosas. La posibilidad de volver a llamar a los testigos posteriormente es ya inútil, pues el daño y la deformación a su deposición ya está consumado, y la “reiteración del procedimiento probatorio” se torna “ilusoria” en el sentido dado por la Corte Suprema en el caso que recordamos en nuestros *Estudios, op. cit.*, p. 103 y ss.; ampliar allí la crítica constitucional a la citada norma.

<sup>11</sup> ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 224.

<sup>12</sup> ANTONIOLLI, *op. cit.*, p. 224.

<sup>13</sup> Corte Suprema, casos *Reyes* y *Aldamiz*, que comentarnos en nuestro trabajo sobre *El acto, administrativo*, p. 133 y ss.

el tiempo transcurrido no ha podido afectar en modo alguno la condición física o química del producto. Por el contrario, si existe razonable duda acerca de la posibilidad de que por el transcurso del tiempo se haya operado espontáneamente la alteración del producto, o se haya agravado la posiblemente existente, cabe estar, en la duda, a favor del administrado, y no considerar suficientemente probado que el producto haya estado alterado, o haya estado alterado en determinada medida, al momento de tomarse la muestra.

## II. El acto impugnabile

### 13. Acto general o particular, productor de efectos jurídicos inmediatos

Hemos señalado ya que mientras que las reclamaciones y denuncias podían impugnar tanto actos como hechos administrativos, los recursos estaban limitados a la impugnación de actos.

Condición necesaria, pues, para la procedencia de un recurso administrativo en sentido estricto, es la existencia de un *acto productor de efectos jurídicos inmediatos*, sean éstos generales (reglamento) o individuales. (Acto administrativo en sentido restringido.)

Lo importante es que el acto sea de suyo apto para producir efectos jurídicos inmediatos; que los efectos jurídicos surjan del acto mismo de que se trata, en forma directa.<sup>14</sup> De allí que los dictámenes, pareceres, informes, etc., de los organismos técnicos o de asesoramiento jurídico, y en general todos los actos preparatorios de decisiones administrativas, no puedan ser atacados mediante recursos.<sup>15</sup> Ello no impide, por supuesto, que el particular presente escritos rebatiendo argumentos y haciendo o ampliando su defensa; pero tales escritos no constituyen sino un acto más de procedimiento a ser resuelto por otras vías: El recurso *stricto sensu* deberá ser presentado una vez que el acto productor de efectos jurídicos inmediatos sea dictado.

Ahora bien, dado que ningún acto produce sus efectos jurídicos en forma inmediata mientras no ha sido dado a publicidad, mediante publicación o notificación según corresponda, ésta constituye un aspecto fundamental a considerar respecto al procedimiento de impugnación. A ella nos referimos a continuación.

<sup>14</sup> FORSTHOFF, *op. cit.*, p. 282; WOLFF, HANS J., *Verwaltungsrecht I*, Munich y Berlín, 1961, 4ª ed., p. 249; BENDER, BERND, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 2ª ed., Freiburg im Bresgau, 1956, p. 95; PETERS, HANS, *Lehrbuch der Verwaltung*, Berlín, 1949, p. 152, a quienes seguimos en *El acto administrativo*, p. 74 y ss.

<sup>15</sup> "Los actos preparatorios de decisiones posteriores no causan perjuicio directo al administrado, el que, por lo tanto, carece de un interés directo de impugnación actual, requisito éste que es previo a todo recurso." (*Dictámenes*, 71: 151; ídem, 64: 100.)

### III. Publicidad. Publicación y notificación

#### 14. La publicidad del acto como presupuesto del recurso

Dado que el acto sólo produce sus efectos jurídicos una vez que ha sido dado a publicidad, ésta se transforma también en presupuesto lógico del recurso.

La publicidad tiene diferentes reglas según se refiera a actos reglamentarios o a actos administrativos individuales; en el primer caso recibe el nombre de “publicación” y en el segundo de “notificación.”

#### 15. Publicación

La publicación es pues la especie de publicidad aplicable a los reglamentos, e implica divulgarlos en forma apta para su conocimiento por el público;<sup>16</sup> puede efectuarse mediante la inserción en un boletín oficial o su colocación en lugar visible y accesible al público.

No es admisible la publicación por medio de periódicos privados,<sup>17</sup> salvo casos de emergencia: En esta hipótesis, con todo, también puede admitirse excepcionalmente la publicación radial o televisiva. Tampoco es admisible a nuestro juicio la publicación en un boletín interno de la repartición, si el acto está destinado a terceros.<sup>18</sup>

#### 16. La publicación debe reproducir íntegramente el acto

La publicación debe reproducir íntegramente el acto de que se trate, siendo inválidas las publicaciones que contengan meramente un extracto o una versión informal del acto.<sup>19</sup>

#### 17. Cómputo del término a partir de la publicación

Es a partir de la publicación que se cuentan los términos para recurrir del reglamento por un interés legítimo o derecho subjetivo que se vea afectado por el mismo; aunque el término puede reabrirse posteriormente si se dicta un acto administrativo concreto en aplicación del citado reglamento, y dicho acto afecta al interesado; en este último caso el recurso se presenta contra el acto concreto, desde luego, pero ello no impide cuestionar la legitimidad del reglamento que él aplique.

Cuando se combinan dos o más medios de publicación (boletín oficial, murales, etc.) la efectuada en el Boletín Oficial debe primar si es anterior.<sup>20</sup> Una segunda

<sup>16</sup> CSJN, *Amaya*, 1962, *Fallos*, 252: 19; 251: 404, *Signo Publicaciones*, 1961; WOLFF, *op. cit.*, p. 250; LAUBADÈRE, ANDRÉ DE, *Traité élémentaire de droit administratif*, París, 1957, p. 167 y ss.; ZANOBINI, *op. cit.*, p. 69; REAL, *op. cit.*, p. 28; nuestro trabajo *El acto administrativo*, p. 151.

<sup>17</sup> Conf. GABOLDE, *op. cit.*, p. 96.

<sup>18</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 97.

<sup>19</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 95.

<sup>20</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 96.

publicación en el mismo Boletín Oficial no hace renacer el término para recurrir.<sup>21</sup> En Francia se sostiene que en los casos de publicación por el Boletín Oficial el término empieza a correr el primer día laborable siguiente a la llegada del Boletín a la cabecera de la localidad donde se domicilia el interesado;<sup>22</sup> esa solución debe tenerse en cuenta para advertir que el cómputo a partir de la publicación no se refiere necesariamente a la fecha que el Boletín tiene, sino a la fecha en que realmente el reglamento está accesible al público; por ello entendemos que en casos de aparición tardía del boletín oficial, es a partir de la fecha *real* de publicación, y no la formal, que debe computarse el término.

### 18. Notificación

En los actos administrativos en sentido estricto, la forma de publicidad aplicable es la *notificación*, que importa un conocimiento cierto del acto por parte del administrado. Salvo casos especiales, no hay normas que determinen la forma de efectuar la notificación, y es así como se dan varios sistemas en la práctica:

- a) Entrega personal de copia auténtica del acto al interesado;
- b) notificación personal de éste en el expediente, dejándose constancia de la misma;
- c) envío de carta simple o de otro tipo, o telegrama, comunicando *la existencia* de un acto que afecta al interesado, *pero no su contenido*: En tal caso la carta o telegrama implica tan sólo una invitación a concurrir a las oficinas administrativas a notificarse del acto; desde luego, la carta o telegrama no implica en sí la notificación del acto;
- d) envío de carta acompañando una copia del acto que se notifica: Este procedimiento se emplea algunas veces, y su validez ha sido en principio reconocida.<sup>23</sup> Sin embargo, es algo dudosa esta solución, pues no constituye necesariamente una notificación personal del acto, y no hay forma de comprobar que el sobre realmente contenía la copia del acto a notificarse. A su vez, por lo que respecta a la prueba de la notificación, nos parece irrazonable pretender, como se ha hecho, que sea el presunto notificado quien demuestre que no recibió la nota, o que pruebe que el portero retuvo o destruyó la carta:<sup>24</sup> En materia de prueba debe adoptarse un equilibrio prudente, y resolver el punto de acuerdo con las pruebas indiciarias y corroborantes, antes que afirmar categóricamente que la notificación está acreditada por el sólo envío de la carta certificada o con aviso

<sup>21</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 95.

<sup>22</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 95.

<sup>23</sup> Pero sólo en casos en que había normas expresas estableciendo este tipo de notificación: CSJN, *Fallos*, 198: 226; 199: 29; 220: 125; CNCiv., Sala E, en *LL*, 98: 665; CNCiv., Sala B, en *LL*, 100: 410. No habiendo norma expresa que autorice este medio de notificación, entendemos que se recae en el principio general de que la notificación, para ser válida, debe ser personal y fehaciente.

<sup>24</sup> Así la CNCiv., Sala B, en *LL*, 100: 410, 413.

de retorno. En lo que respecta a la carta simple, creemos que no cabe aceptarla como medio válido de notificación, entre otras razones, porque no permite registrar oficialmente la fecha de recepción de ella;

e) por telegrama: En este caso puede acreditarse el envío del acto, y la notificación es válida siempre que se lo reproduzca íntegramente;

f) por notificación personal espontánea: Se admite que, en ausencia de notificación efectuada a instancias de la administración, el interesado puede presentarse y darse espontáneamente por notificado del acto de que se trate;

g) no se admite la notificación verbal de un acto escrito.<sup>25</sup>

### 19. Falta de constancia de la notificación

En todos los casos comentados, no habiendo constancia cierta de la fecha de recepción del acto, debe interpretarse que el recurso de que se trata está interpuesto en término.<sup>26</sup>

### 20. Notificación y publicación. Imposibilidad de intercambiarlas

Las dos formas de publicidad mencionadas —notificación y publicación— no son intercambiables entre sí.

No cabe admitir entonces la *publicación* de un acto administrativo, pues ella carece de la condición fundamental de ser personal;<sup>27</sup> tal publicación puede a lo sumo tener efecto respecto a terceros, pero no al interesado.<sup>28</sup>

A la inversa, tampoco cabe admitir la *notificación* de un acto reglamentario, pues ello implicaría implícitamente que el acto comenzaría a regir y sería impugnabile por los administrados a partir de las diferentes fechas en que el mismo les sea notificado, lo que atenta contra el principio de la igualdad ante la ley; por la misma circunstancia, tampoco es admisible la notificación espontánea por un particular de un reglamento no publicado.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Ver nuestra nota en la *Revista de Administración Pública*, n° 2. Buenos Aires, 1961, p. 99 y ss.; y nuestro trabajo *El acto administrativo*, p. 151; REAL, *op. cit.*, pp. 28-9.

<sup>26</sup> *Dictámenes*, 59: 430; 71: 137 bis; 75: 22.

<sup>27</sup> Conf. MARTÍN-RETORTILLO, CIRILO, *Nuevas notas sobre lo contencioso administrativo*, Madrid, 1951, pp. 127 y 129; HEREDIA, *op. cit.*, p. 265. En tal sentido ha sostenido el Tribunal Supremo español que “tal publicidad no tiene la eficacia de la notificación ni puede sustituirse cuando existe un interesado conocido.” S. del 26-X-1926, citada por MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, p. 129.

<sup>28</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 95.

<sup>29</sup> Ver nuestro *El acto administrativo*, p. 152; comp. LAUBADÈRE, *op. cit.*, p. 167 y ss.; en contra GABOLDE, *op. cit.*, p. 95, quien admite expresamente el recurso contra un reglamento no publicado; también en contra ZANOBINI, *op. cit.*, p. 70, que admite el “pleno conocimiento” de un reglamento como sustitutivo de la publicación; REAL, *op. cit.*, p. 28.

### 21. *Improcedencia de recurrir un reglamento no publicado*

Además, el plazo para recurrir contra las decisiones generales, o particulares que afecten a otras personas que el interesado y hayan sido publicadas, corre a partir del día siguiente de la publicación, sin que sea aplicable al caso la tesis de acuerdo con la cual, si del expediente no se puede desprender la fecha de notificación, hay que estimar al recurso como interpuesto en término, toda vez que dicha regla supone una decisión que debiera haberse notificado al recurrente;<sup>30</sup> lo que no es la hipótesis considerada.

### 22. *Validez de la notificación*

Para que la notificación sea válida, se requiere no sólo que sea personal,<sup>31</sup> sino también que sea completa y fidedigna; es decir, el acto que se notifica debe reproducirse íntegramente. Este principio no ha sido respetado siempre totalmente, y alguna vez se ha dicho que “la notificación... presupone que se haga saber a la persona a quien haya de notificarse la sustancia del acto que se le notifica,”<sup>32</sup> formulación ésta menos estricta y por lo tanto inconveniente. Así como no puede considerarse suficiente publicación de una ley o reglamento un extracto o “sustancia” de ella, así tampoco puede admitirse similar notificación del acto administrativo. De la precisión con que se conozcan los fundamentos y el articulado del acto puede depender en muchos casos la interpretación que quepa darle, y ella es o puede ser por lo tanto determinante del acatamiento o impugnación del acto. Por lo tanto, reafirmamos el criterio de que la notificación debe contener la reproducción fiel del acto notificado, y no sólo su versión “sustancial.”<sup>33</sup>

### 23. *Notificación espontánea por el particular*

De todos modos, la notificación se perfecciona si el interesado se da formalmente por notificado del acto;<sup>34</sup> pero conviene destacar que cualquier mención que un administrado pueda descuidadamente deslizar en una presentación ante la administración respecto a un acto mal notificado o no notificado, no puede automáticamente importar notificación plena: Es necesario para ello que haya una expresa y terminante manifestación de voluntad del interesado en el sentido indicado; de lo contrario se estará sorprendiendo su buena fe.<sup>35</sup> Por lo demás, el interesado debe darse por notificado “de cuanto precisara para su cabal conocimiento,”<sup>36</sup> lo

<sup>30</sup> *Dictámenes*, 75: 22.

<sup>31</sup> GABOLDE, *op. cit.*, p. 93.

<sup>32</sup> *Dictámenes*, 46: 200.

<sup>33</sup> NAL, *op. cit.*, p. 20; GABOLDE, *op. cit.*, p. 92; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 131; ley española, art. 79.

<sup>34</sup> Ley española, art. 79, inc. 3º: “Las notificaciones defectuosas surtirán, sin embargo, efecto a partir de la fecha en que se haga manifestación expresa en tal sentido por el interesado o se interponga el recurso pertinente;” es de destacar que si no se hace manifestación expresa ni se interpone el recurso, el término no corre. Ver también VIVANCOS, *op. cit.*, p. 131; PERA VERDAGUER, *op. cit.*, p. 25.

<sup>35</sup> Según lo dijimos en *El acto administrativo*, p. 151, nota.

<sup>36</sup> Jurisprudencia del Tribunal Supremo español. Ver MARTÍN-RETORTILLO, *op. cit.*, p. 133.

que aplicamos en el sentido de que si la administración advierte que se ha dado por notificado espontáneamente, pero sin un cabal conocimiento del acto, puede admitir, en homenaje a la buena fe, que la notificación es inválida, y que puede presentar un recurso con posterioridad. Debe, pues, haber un “pleno conocimiento” del acto, para que ello supla la notificación oficial administrativa.<sup>37</sup> Como dato de interés, es de señalar que la ley austríaca, más terminante todavía, rechaza la posibilidad de perfeccionar el acto por un conocimiento no oficial de éste, y considera en todos los casos de falta de formal notificación administrativa, que no ha vencido todavía el término para recurrir.<sup>38</sup>

Por lo demás, la expresa manifestación de voluntad del interesado de darse por notificado de un acto defectuosamente comunicado, no importa a nuestro criterio purgar el vicio de la notificación en forma retroactiva, sino que constituye una notificación nueva. Ello es evidente si se toma en cuenta que el vicio de la notificación es en esos casos (p. ej., omisión de transcribir parte del acto) la *nulidad*, por lo que la eventual anulación del acto de notificación debe producir efectos retroactivos,<sup>39</sup> de allí se desprende que tal vicio es insanable.

#### IV. Términos para recurrir

##### 24. Días corridos o hábiles administrativos

Los términos administrativos se cuentan en ciertos casos por días hábiles administrativos, según lo preceptuado por el decreto 19.041/51: “Para computar los plazos a que se refiere el Decreto N° 7520/44 y su complementario N° 21.680/49, sólo se contarán los días hábiles administrativos.”

El dictado de esta norma, aplicable según su texto a los recursos jerárquico y de revocatoria (pues tales son los recursos reglamentados por los decretos que la misma menciona), se tornó necesario porque, no habiéndose previsto para tales recursos, en los decretos de creación, la forma de contar los plazos, se consideró de aplicación el art. 28 del Código Civil, que dispone: “En los plazos que señalasen las leyes o los tribunales, o los decretos del Gobierno, se comprenderán los días feriados, a menos que el plazo señalado sea de días útiles, expresándose así.”

La disposición del decreto 19.041/51 es aplicable no sólo a los términos para interponer los recursos de revocatoria y jerárquico, sino también, en el primero de tales recursos, para computar el término de la denegación tácita allí establecida.<sup>40</sup>

<sup>37</sup>ZANOBINI, *op. cit.*, p. 70; NAI, *op. cit.*, p. 20; Consejo de Estado italiano, sentencia del 4 de abril de 1962, en rev. *Il Consiglio di Stato*, año XIII, n° 4, abril, 1962, p. 752, jurisprudencia uniforme; el “pleno conocimiento” implica “exacta cognición de todos los elementos esenciales y fundamentales del procedimiento mismo.”

<sup>38</sup>HELLBLING, *op. cit.*, t. I, p. 387.

<sup>39</sup>VIVANCOS, *op. cit.*, p. 131; PERA VERDAGUER, *op. cit.*, p. 25.

<sup>40</sup>Conf. FIOIUNI, *op. cit.*, p. 42; en contra PEARSON, *op. cit.*, p. 26, quien sostiene que al no constar salvedad alguna entra a regir nuevamente el art. 28 del C. C; pero es de hacer notar, sin embargo, que el decreto 19.041 es amplio y dice sin distinciones: “Para computar *los plazos* a que se refiere

Pero, fuera de las hipótesis incluidas en el decreto 19.041, pareciera ser del caso retornar al art. 28. del Código Civil, computando entonces los términos en días corridos. Tal es lo que ocurre, por ejemplo, con la reclamación administrativa establecida en las leyes 3952 y 11.634, que fijan al respecto un término de seis meses y otro de tres meses; esos términos deben contarse por días corridos.

### 25. *Días hábiles en la administración y en la justicia*

Es de destacar que se trata de días hábiles *administrativos*, es decir, días en que trabaja la administración pública: La aclaración es conveniente pues cabe recordar que ciertos días de feria judicial (enero, Semana Santa) son hábiles para la administración pública, y por lo tanto los términos siguen corriendo durante ellos; a la inversa, puede haber días de asueto administrativo que no lo hayan sido al mismo tiempo de la justicia.

### 26. *Cómputo de los términos*

Los términos administrativos, al igual que los demás, se deben contar a partir del día siguiente de la notificación del acto.<sup>41</sup>

A su vez, para determinar si el recurso ha sido presentado en término, es necesario distinguir la forma en que el mismo ha sido presentado.

a) Si se trata de un escrito presentado directamente en las oficinas administrativas, habrá que tener en cuenta en primer lugar el sello fechador; en ausencia u obliteración de éste, y no habiendo otra prueba indiciaria, deberá estarse a la fecha enunciada en el recurso,<sup>42</sup> y si éste no la tuviera, considerarlo como presentando en término, por el ya mencionado principio de que en la duda procesal debe estarse a favor del administrado.

b) Tratándose de un escrito enviado por carta debe tomarse *la fecha de emisión* y no la de recepción; tal fecha es la de entrega al correo.<sup>43</sup> No habiéndose agregado el sobre al expediente, o no pudiéndose leer en él la fecha del sello de correos, debe procederse igual que en el caso anterior: Tomar en cuenta primeramente la fecha de la carta y en su defecto considerar que el recurso está presentado en término.

c) Por último, en el caso de recursos enviados por telegrama, la fecha a considerarse es también la de emisión.

el decreto 7.520/44 y su complementario N° 21.680/49,” lo que obviamente es genérico y abarca a todos los plazos previstos por tales decretos 7520/44 y 21.680/49, sin que quepa excluir de su ámbito a uno de los allí establecidos, cual es el de la denegación tácita (decreto 7520/44, art. 3°.)

<sup>41</sup> Código Civil, art. 24; ley española, art. 59; GONZÁLEZ PÉREZ, *op. cit.*, p. 64.

<sup>42</sup> *Dictámenes*, 71: 137 bis.

<sup>43</sup> *Dictámenes*, 74: 109; ley española, art. 66, incs. 3° y 4°; VIVANCOS, *op. cit.*, p. 133. Ha dicho la Procuración del Tesoro, en el dictamen citado (74 :109): “Para facilitar su verificación, conviene impartir instrucciones al personal encargado de la recepción en el sentido de agregar los respectivos sobres al expediente, cuidando de no dañar los sellos fechadores.”

d) Desde luego, también es admisible la presentación ante escribano público, en cuyo caso se tomará como fecha aquella en que haya sido labrada el acta notarial.

### 27. *No se computan respecto de los actos nulos e inexistentes*

¿Se computan los términos en caso de tratarse de la impugnación de un acto nulo (o “nulo de nulidad absoluta,” en otra terminología)? GARRIDO FALLA sostiene que “Transcurrido el plazo el acto administrativo deviene firme y únicamente las causas de nulidad *absoluta* podrían dar lugar a su revisión.”<sup>44</sup> En la práctica administrativa argentina también se sostiene que cuando el acto está viciado de “nulidad absoluta” no corren los términos de impugnación;<sup>45</sup> igual solución es aplicable al caso de inexistencia de acto.

### 28. *Suspensión de los términos. El pedido de vista*

En la práctica actual, los términos no se interrumpen ni suspenden por un pedido de vista de las actuaciones<sup>46</sup> por lo que, en caso de que irregulamente se dificulte el acceso al expediente no obstante habersele notificado al interesado de un acto que lo afecta, será necesario dejar planteado en término el recurso, manifestando en forma clara y terminante la voluntad de recurrir, pero reservándose para más adelante, después de haber visto el expediente, la adecuada fundamentación de aquél.

Con todo, el principio es a nuestro criterio errado, pues no distingue suficientemente tres casos diferentes que pueden plantearse:<sup>47</sup>

1º) Que el interesado, pudiendo obtener acceso al expediente en forma directa e informal, quiera no obstante hacer una presentación escrita y formal para que se le dé vista: En este caso, obviamente el principio es adecuado, por cuando hay negligencia de parte del administrado en iniciar un expediente innecesario. Aquí es de correcta aplicación el fundamento dado en la práctica para establecer el citado principio: Que aceptar lo contrario implicaría supeditar el transcurso de los términos a la voluntad exclusiva de las partes; en efecto, si éstas, a pesar de tener acceso al expediente, piden vista innecesariamente, entonces no hay razón por la cual ese pedido superfluo deba suspender o interrumpir los términos.<sup>48</sup>

2º) En cambio, si el pedido de vista se hace porque se ha negado acceso al expediente al interesado (lo que debe ser expresamente alegado por éste en su escrito pidiendo vista), entonces pareciera que la solución debe ser distinta. Entendemos nosotros que si la queja que esta nota implica era correcta, esto es, si efectivamente se ha impedido irregularmente al interesado tener vista

<sup>44</sup> GARRIDO FALLA, *Régimen*, op. cit., p. 295.

<sup>45</sup> *Dictámenes*, 83: 115.

<sup>46</sup> *Dictámenes*, 71: 280, y otros.

<sup>47</sup> Ampliar en nuestros *Estudios*, op. cit., p. 105 y ss.

<sup>48</sup> *Estudios*, op. cit., p. 106.

directa e informal del expediente, entonces corresponde declarar que el término respectivo estuvo suspendido desde ese hecho irregular hasta el momento en que efectivamente tiene acceso a las actuaciones.<sup>49</sup> Si la queja era improcedente, porque no se había dificultado en modo alguno al administrado la consulta del expediente,<sup>50</sup> entonces cabrá resolver que el término para recurrir no fue suspendido por el pedido de vista de las actuaciones.

3°) Por último, si la negativa a permitirle consultar todo o parte del expediente se debe a una disposición que declare reservadas esas actuaciones,<sup>51</sup> el pedido de vista puede significar: *a*) que se ha negado acceso a piezas no previstas en la resolución superior; o *b*) que la resolución es ilegítima o inconstitucional. En tales hipótesis, al haber más complejidad en la cuestión que en el caso anterior (en que sólo se trataba de determinar si se había negado o no acceso al expediente), pareciera impropio hacer una distinción de acuerdo con el resultado del recurso; por lo tanto consideramos que sea cual fuere el resultado del pedido de vista, queda suspendido durante su tramitación el término para recurrir de la decisión originaria,<sup>52</sup> Debe tenerse presente que esta solución no causa perjuicio alguno a la administración, porque lo que se suspende no es en absoluto la resolución recurrida, sino simplemente el término para recurrir de ella; o sea, que la administración puede legítimamente ejecutar el acto de que se trate, sin perjuicio de revisar la legitimidad del mismo si más adelante, una vez que ha tenido vista del expediente, la parte lo cuestiona.

### 29. *Suspensión espontánea de los términos por la administración*

Con prescindencia del criterio que se adopte sobre el problema jurídico mencionado, es de señalar que de todos modos la administración tiene facultades para declarar suspendido el término, hasta tanto se cumpla tal o cual condición. Siendo que las formalidades de procedimiento pueden ser salvadas en beneficio del administrado, nada obsta a que, si alguna razón lo justifica (y un ejemplo de tal tipo de razón puede ser que se esté discutiendo una calificación de “reservado” o “secreto”), decida unilateralmente y con prescindencia de la cuestión comentada, suspender provisoriamente los términos en cuestión.

<sup>49</sup> *Estudios, op. cit.*, p. 106.

<sup>50</sup> Y cabe aclarar, aunque parezca una simpleza, que el derecho a la vista del expediente comprende también el de *copiar* (o reproducir de otra manera) partes o la integridad del mismo. (Pues hay empleados que a veces piensan que la “vista” es nada más que para “leer”....)

<sup>51</sup> Hacernos notar que una tal disposición sólo puede ser adoptada, en principio, por un funcionario con jerarquía no inferior a Director General o cargo equivalente (*Estudios*, p. 99 y ss.) A su vez, en el Seminario de las Naciones Unidas celebrado en Ceilán en mayo de 1959, se consideró que “sólo un Ministro” podría “declarar que un documento determinado no podía ser exhibido.” (*Informe*, p. 2; reproducido como Documento de Trabajo n° 3 en el Seminario de Buenos Aires, *op. cit.*)

<sup>52</sup> *Estudios, op. cit.*, p. 106 y ss.

### 30. *Interrupción de los términos*

La interrupción del término se produce por la interposición del recurso; incidentalmente, es de recordar que si no se ha obtenido vista de las actuaciones conviene presentar el recurso al sólo efecto de interrumpir el término (para obviar toda dificultad), reservándose la fundamentación para luego de conocer el expediente.

Según ya dijimos también, aunque el recurso haya sido mal calificado o tenga defectos formales, es igualmente apto para interrumpir el término.

### 31. *Continuación: Recurso presentado ante autoridad incompetente*

En lo que hace a los recursos presentados ante autoridad incompetente, las soluciones han sido variadas. Se ha entendido en algunos casos que "...su interposición ante autoridad incompetente, por un error excusable tiene efectos suspensivos del término, que no comienza a correr sino a partir de la fecha de la notificación de la resolución desestimatoria que se dicte por el motivo apuntado."<sup>53</sup>

Pero esa solución es híbrida, ya que no supone estrictamente una *suspensión* del término, por cuanto a partir de la resolución denegatoria del recurso por incompetencia, no corren sólo los días restantes de los existentes al momento de presentar el primer recurso,<sup>54</sup> sino que se admite que corre un nuevo término. Tampoco constituye una *interrupción* del término, por la señalada razón de que es necesario reiterar el recurso dentro del término de que se trate, contado a partir de la última decisión. Ello carece de sentido, ya que esta última decisión denegatoria se refiere a una cuestión procesal y no renueva el problema de fondo ni afecta por lo tanto, en ese sentido, los derechos del recurrente. Más lógico es en cambio atribuir al recurso originario presentado ante funcionario incompetente *el carácter de interruptivo del término, sin que sea necesario replantearlo una vez establecida la incompetencia del órgano ante el cual fuera presentado, y debiendo éste enviar el recurso al organismo competente para que él se aboque directamente al recurso.*<sup>55</sup>

### 32. *Continuación: La voluntad de recurrir como requisito de la interrupción*

Como observación general debe advertirse que no se trata de dar el carácter de recurso a todo escrito presentado por el interesado, sino de interpretar con "benignidad" y en su favor, la intención que del escrito se desprende. El principio es que "los recursos administrativos han de interpretarse, no de acuerdo a la letra de los escritos, sino conforme a la intención del recurrente, inclusive cuando éste

<sup>53</sup> *Dictámenes*, 59: 158.

<sup>54</sup> Admiten el carácter suspensivo del recurso presentado ante funcionario incompetente ZANOBINI, *op. cit.*, p.69; VILLAR y ROMERO, *op. cit.*, p. 127.

<sup>55</sup> En este sentido se orienta la práctica predominante y reciente, *Dictámenes*, 71: 89; 72: 18. Admite también el carácter interruptivo HEREDIA, *op. cit.*, p. 265. Por lo demás, resultaría aplicable analógicamente el principio del derecho común de que la acción, aunque fuese presentada ante magistrado incompetente, interrumpe no obstante el curso de la prescripción.

los haya calificado erróneamente, usando términos técnicos inexactos. Basta que, durante el plazo reglamentario, *haya expresado su voluntad de obtener un nuevo pronunciamiento.*<sup>56</sup> Por ello, “...si bien el rigorismo procesal no tiene razón de ser en el procedimiento administrativo, esto es que pueden tener valor ciertas manifestaciones de voluntad desprovistas de formulismos sean legales o consagrados por las prácticas administrativas, *también es exacto que tales manifestaciones deben traducir una clara y cierta voluntad de la interposición del recurso, circunstancia que no se descubre a través de las expresiones de la nota de fs...*”<sup>57</sup> por tales razones no pueden interrumpir el término meras “reservas” de derechos tales como: “Me reservo el derecho de ejercer las acciones judiciales y administrativas pertinentes,” siendo necesario entonces manifestar la voluntad actual de recurrir, en el mismo acto.

### 33. *Interrupción por recurso o acción judicial*

El término también puede interrumpirse, a nuestro juicio, por la presentación de un recurso o acción judicial contra el acto; en tales casos, parécenos posible impugnar posteriormente en vía administrativa —en caso de no haberlo intentado previamente al recurso jurisdiccional— el acto atacado sin éxito ante la justicia.<sup>58</sup> No ocurrirá lo mismo a la inversa: El recurso administrativo presentado en término no puede en principio interrumpir el término para recurrir a la justicia.

La diferencia de soluciones se funda en que en el primer caso el término que se considerará interrumpido por extensión, es del procedimiento administrativo, y por ende prima a su respecto el principio del informalismo en favor del administrado; en el segundo se trata de un término judicial y por ello cabe estar más estrictamente a sus requisitos formales.

## V. *Nulidad de los actos de procedimiento*

### 34. *Distinción entre la nulidad de los actos de trámite y del acto que resuelve el fondo de la cuestión*

Es muy importante distinguir la nulidad de los actos de procedimiento, de la nulidad de los actos administrativos que hacen al fondo de la cuestión, pues la apreciación de un vicio determinado variará según se lo considere en relación al procedimiento o en relación al acto. Los actos de procedimiento son en su origen de trámite, y como tales habrán de ser impugnados; sus nulidades serán nulidades procesales. En cambio, una vez dictado el acto decisorio sobre el fondo

<sup>56</sup> *Dictámenes*, 68: 222; 65: 45; 76: 82, etc. El subrayado es nuestro.

<sup>57</sup> *Dictámenes*, 57: 120; el subrayado es nuestro.

<sup>58</sup> Ver ZANOBINI, *op. cit.*, p. 69. La jurisprudencia italiana se pronuncia en el sentido de que si el particular interpone el recurso jurisdiccional creyendo, por un error excusable, definitivo el procedimiento administrativo, la administración puede concederle un nuevo plazo, a partir del rechazo del recurso jurisdiccional, para interponer el recurso administrativo.

de la cuestión, éste puede a su vez ser impugnado en consideración a tales vicios del procedimiento previo a la emanación del acto; tales nulidades pueden ya ser consideradas como nulidades de fondo,<sup>59</sup> particularmente como *vicios de la voluntad administrativa del acto*, antes que como vicios de forma.<sup>60</sup> Mientras el acto administrativo no ha sido dictado, pues, los diferentes actos de preparación y formación de la voluntad administrativa integran simplemente el trámite o procedimiento; si el acto no llegara a ser dictado, se mantendrán como meros actos de procedimiento. Sin embargo, si el procedimiento culmina en un acto administrativo, entonces algunos de esos actos previos pasan directamente a integrar dicho acto, por lo que su régimen jurídico, nos parece, debe ser el que corresponde al derecho de fondo.

35. *El criterio de que no hay nulidad sin daño se aplica sólo a los actos de trámite*

Por ello entendemos que los criterios del derecho procesal de que no hay nulidad sin daño, y de que las nulidades procesales deben interpretarse con criterio restringido, es aplicable sólo a los verdaderos actos procedimentales que no han afectado todavía, o no llegarán a afectar, la validez del acto administrativo de fondo; pues en el último supuesto ya no es de aplicación la teoría de las nulidades procesales, sino la teoría de las nulidades del acto administrativo.<sup>61</sup>

36. *La violación de la garantía de la defensa como nulidad de fondo o de procedimiento*

En lo que hace a la defensa en juicio, por ejemplo, su violación puede constituir tanto un vicio de procedimiento como un vicio del acto administrativo. Mientras no se ha decidido sobre el fondo del asunto, en consecuencia, pareciera posible afirmar que una anterior indefensión no hace necesario anular el procedimiento realizado (salvo que por la naturaleza de la prueba, v. gr., testigos, sea absolutamente indispensable el controlador del interesado durante su producción), y que basta con que en ese monte se comience a permitir la plena defensa del interesado.

Pero una vez que se ha adoptado una decisión sobre el problema de fondo, si previamente a ella no se ha dado intervención a la parte, entendemos que la consecuencia aplicable es la nulidad, correspondiendo revocar el acto y decidir que es el mismo órgano inferior que debe otorgar oportunidad de defensa y volver

<sup>59</sup> Comp. GARRIDO FALLA, *Tratado*, p. 453 y 457, quien sostiene, con la jurisprudencia española, que los actos de trámite no pueden impugnarse por sí mismos, sino en cuanto afecten al acto administrativo final, pero incluso entonces sólo como vicios de forma. Creemos sí que hay que diferenciar el acto-trámite en cuanto tal y en cuanto afecte al acto administrativo; pero no con el sentido indicado, según lo explicamos en el texto.

<sup>60</sup> Ver nuestro trabajo *El acto administrativo*, pp. 117 y ss., 148.

<sup>61</sup> Ver nuestro trabajo citado, p. 81 y ss.

a decidir sobre la cuestión.<sup>62</sup> En esta hipótesis hay nulidad del acto (en el sentido de que se lo extingue retroactivamente), pero no nulidades del procedimiento (en cuanto no habrá necesidad de hacerlo *todo* nuevamente, sino sólo lo inherente a la defensa del administrado.)

## VI. Costas

### 37. *Improcedencia*

En esta materia es clásico del procedimiento administrativo que no haya en él condenación en costas, cualquiera sea el resultado del recurso. En consecuencia, si el recurrente pierde el recurso, sólo debe abonar los gastos del sellado,<sup>63</sup> en caso de que los haya.

En el caso inverso, si triunfa en el recurso, y se le reconoce en definitiva que el acto impugnado era ilegítimo, la solución no varía. Se ha establecido en tal sentido que “Respecto a la solicitud de reconocimiento de honorarios, intereses y sellados, estimo que siendo el recurso jerárquico un recurso administrativo... pero no contencioso... no puede hablarse en él de parte vencida. La reclamación del reconocimiento de los honorarios profesionales por el asesoramiento jurídico, como igualmente el de los intereses y sellados, importa una pretensión de aplicar costas a la administración, lo que no cuadra ni cabe en el procedimiento administrativo.”<sup>64</sup>

### 38. *Supresión del sellado de actuación*

En verdad, pareciera que si en caso de perder el recurso el administrado debe pagar el sellado, en caso de ganarlo correspondería que la administración lo eximiera del pago del mismo.

Pero el problema ha perdido actualidad en este aspecto, pues la ley 16.450 suprimió en el orden nacional el impuesto de sello en las actuaciones administrativas.<sup>65</sup> Dado entonces que ésa era la única objeción que cabía hacer al principio anteriormente citado, puede concluirse en que su solución es, en el presente, correcta: No habrá pues en el procedimiento administrativo condenación en costas ni resarcimiento de gastos, sea cual fuere el resultado del recurso.

<sup>62</sup> Ídem, pp. 119 y 120.

<sup>63</sup> Conf., entre otros, PADILLA VELAZCO, RENÉ, documento de trabajo n° 14, página 14, presentado al seminario de las Naciones Unidas realizado en Buenos Aires, cit.; ley austríaca, art. 75, inc. 3°; HELLBING, *op. cit.*, p. 505.

<sup>64</sup> *Dictámenes*, 67: 59; 64: 1.

<sup>65</sup> Ley 16.450, artículo 6°, punto 25, que deroga el art. 53 de la ley de sellos, t. o. 1961.

### 39. *Caso en que hay dos particulares en contradicción*

Por ello, la regla es en definitiva que tanto la administración como cada parte debe sufragar sus propios gastos.<sup>66</sup>

No obstante, habiendo dos partes en contradicción, y triunfando una, parecería lógico que sea la otra la que debe cargar con las costas que el procedimiento ocasiono a la primera. La ley austríaca autoriza a la administración a fijar dichas costas;<sup>67</sup> pero entre nosotros, en ausencia de norma expresa, dicho reclamo requeriría un juicio ordinario.

<sup>66</sup>Ley austríaca, arts. 74 y 75; HELBLING, *op. cit.*, pp. 500-5; pero es de destacar que la ley austríaca autoriza en ciertos casos especiales a imponer algunos tipos de costas al recurrente. (V. arts. 75 y ss.)

<sup>67</sup>Art. 74, inc. Inc. 2º; HELBLING, *op. cit.*, p. 500.