

## Comentarios Jurisprudenciales

### EL CONTROL JUDICIAL DE LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA COMENTARIOS A LA SENTENCIA DE LA SALA POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DEL 15 DE DICIEMBRE DE 2011

José Ignacio Hernández G.

*Profesor de Derecho Administrativo en la UCV y en la UCAB  
Director del Centro de Estudios de Derecho Público, Universidad Monteávila*

**Resumen:** *El artículo analiza la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 15 de diciembre de 2011, en la cual se establecen restricciones al control judicial de las decisiones adoptadas por la Administración electrónica*

**Palabras Clave:** *Administración electrónica, jurisdicción contencioso-administrativa.*

**Abstract:** *This article analyzed the sentence of the Political-Administrative Chamber, dated December 15, 2011, that impose restrictions to the judicial review of the decisions adopted by the electronic Administration.*

**Key words:** *Electronic administration, judicial review of the Administration.*

La Administración electrónica en Venezuela ha evolucionado mucho más rápido que nuestras Leyes administrativas, de lo cual resulta un desfase lesivo para los derechos de los ciudadanos: mientras las Leyes administrativas se basan en el principio de escritura (muy especialmente la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos), la Administración electrónica se basa en el uso de las Tecnologías de la Información y del Conocimiento (TIC) y en el documento electrónico. El procedimiento administrativo electrónico, en la práctica, se separa de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que sólo reconoce el expediente administrativo físico, la presentación de solicitudes por escrito y el acto administrativo escrito. Pese a ello, la Administración Pública venezolana, para llevar a cabo su cada vez más intensa actividad de limitación, acude a las TIC. No se niega que el uso de medios electrónicos coadyuva a simplificar esos trámites. Sin embargo, la ausencia de una Ley específica en la materia genera incertidumbre jurídica y lesiona, en definitiva, los principios derivados de la buena Administración al servicio de los ciudadanos.

Uno de los casos emblemáticos de uso de las TIC, conjuntamente con la forma escrita del procedimiento, son los trámites seguidos ante la Administración cambiaria, la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI). El procedimiento complejo que se inicia con la solicitud de autorización para la adquisición de divisas intercambia trámites electrónicos con trámites escritos, al punto que por lo general, la Administración se comunica con los interesados a través de medios electrónicos. Tal forma mixta se aparta de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos y de la Ley de Simplificación de Trámites Administrativos, en tanto la Administración ha creado un procedimiento no establecido en la Ley, con requisitos

formales alejados del principio de simplificación, por ejemplo, como el tamaño, color y forma de las carpetas que deberán usarse para acompañar la solicitud escrita de autorización.

Dentro de ese formalismo improvisado, el ciudadano suele encontrarse con una difícil coyuntura: ¿cómo impugnar en sede judicial la decisión de CADIVI que niega la autorización solicitada, pero que se ha expresado por medios electrónicos? Si se trata de equiparar esa decisión electrónica al acto administrativo, nos encontramos con evidentes vicios formales, pues esa decisión no cumple con los requisitos mandatorios del artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en especial, la motivación.

La jurisprudencia había aclarado que en tales casos el ciudadano no puede invocar la violación del citado artículo 18, pues en definitiva, la decisión electrónica no sustituye al acto administrativo escrito que debe ser dictado (sentencia de 8 de julio de 2009, caso *Isf Alpiz Integradores de Soluciones Financieras*). Ese criterio luce apegado a la estricta legalidad administrativa: la decisión de la Administración que es relevante para el Derecho administrativo es el acto escrito, no el documento electrónico. Pero se trata de un criterio injusto para el ciudadano, quien acudió al trámite electrónico bajo la legítima confianza que éste era el medio apropiado para la sustanciación de su petición. Y en definitiva, es un criterio que lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues condiciona la tutela judicial de la decisión de CADIVI al acto escrito que deberá ser solicitado por el interesado luego de obtener la decisión electrónica, a fin de poder ejercer plenamente sus medios de defensa.

Sin embargo, entendemos que este criterio jurisprudencial es consecuencia de una situación en cierto modo patológica: el uso de medios electrónicos bajo Leyes que solamente reconocen la escritura como forma de la actividad administrativa. Con lo cual, si la Administración decide la petición a través de medios electrónicos, formalmente, el procedimiento iniciado no habrá terminado, en tanto siempre será preceptivo emitir el acto administrativo escrito.

El anterior criterio en todo caso fue modificado por la Sala Político-Administrativo, ahora, para considerar que la decisión electrónica de la Administración que finaliza el procedimiento iniciado a consecuencia de la solicitud presentada para la adquisición de divisas, no es un acto administrativo recurrible, en tanto no se trata del acto escrito, con lo cual, esa decisión no resulta impugnabile. Con ello, en realidad, la Sala Político-Administrativa ha acudido a un viejo dogma de nuestro Derecho administrativo, cual es el acto previo como presupuesto procesal. Es decir, que sin acto administrativo previo no puede formularse la pretensión de nulidad ante el contencioso administrativo. Un dogma que como se recordará, ha tenido -y tiene- especial relevancia ante el silencio administrativo de efectos negativos. De esa manera, si la Administración incurre en silencio administrativo en el procedimiento de primer grado, el interesado no puede acudir al contencioso administrativo a través del recurso contencioso administrativo de nulidad, en tanto “no existe un acto administrativo que recurrir”. De acuerdo con este dogma, el acto administrativo impugnabile es, por ello, el acto expreso y por ende, escrito.

La sentencia de la Sala Político-Administrativa número 1.801 de 15 de diciembre de 2011, caso *MMC Automotriz*, asume este criterio. En esa oportunidad el acto recurrible era la autorización de liquidación de divisas expresada en un correo electrónico. Al tener esa forma, obviamente, no se trataba de un acto administrativo en los términos del artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, lo que constituye una violación al derecho a la defensa del interesado, en tanto muy probablemente la decisión electrónica no contendrá la “motivación del acto administrativo”, lo que impedirá conocer los motivos de la decisión.

Frente a la anterior situación, la Sala Político-Administrativa, en la sentencia comentada, señala que “aquellos particulares que estimen lesionados sus derechos como consecuencia de una de estas autorizaciones, deben solicitar a la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) el texto íntegro del acto que se trate, a fin de conocer los motivos de la Administración y, por ende, poder recurrir del mismo” Es decir, la Sala Político-Administrativa afirmó que la decisión comunicada por medios electrónicos no es el acto administrativo que pone fin al procedimiento, con lo cual los interesados deben exigir a la Administración tal acto para así poder conocer los motivos de la decisión, en tanto esos motivos son propios de la forma escrita del acto, de acuerdo con el requisito formal de la motivación contenido en el citado artículo 18.

Pretende aclarar la sentencia que esta exigencia no impide el control judicial de los actos de CADIVI. De acuerdo con el fallo que comentamos, el criterio sostenido “no implica que los actos emanados de la Comisión de Administración de Divisas (CADIVI) estén exentos de control jurisdiccional, sino por el contrario que para una cabal revisión de la actuación administrativa es importante que los particulares requieran a la Administración la emisión del acto, pues las informaciones que se transmiten respecto al status de las solicitudes realizadas por estos, no contienen los datos íntegros necesarios para el análisis de la actuación administrativa”.

La realidad, sin embargo, es otra, pues la Sala Político-Administrativo termina declarando que el recurso contencioso administrativo de nulidad interpuesto debe declararse inadmisibles pues no existe un acto administrativo –escrito- que recurrir:

“Así las cosas, considera la Sala que los elementos cursantes en autos no son suficientes a los fines de evaluar la legalidad de la actuación administrativa que se recurre, por lo que al no constar el acto impugnado en autos, el recurso interpuesto se considera inadmisibles por no haber acompañado la parte actora los documentos indispensables para verificar si la acción es admisible”

Con esta decisión, la Sala Político-Administrativa niega todo valor al acto administrativo electrónico, al aclarar que las decisiones expresadas por la Administración a través de las TIC no son actos administrativos y, por ello, no son recurribles. Ello, asumiendo que el acto administrativo debe ser expreso y escrito. Varios comentarios nos merecen tal posición:

- En primer lugar, estimamos acertado el criterio de la Sala Político-Administrativo de aclarar que las decisiones electrónicas de la Administración no pueden sustituir al acto administrativo escrito como forma normal de terminación del procedimiento administrativo. La materia de procedimiento administrativo es de la reserva legal y, por ello, las formas establecidas en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos son preceptivas. En tal sentido, esa Ley parte del principio de escritura, con lo cual la Administración no puede acudir a la forma electrónica para sustituir al acto administrativo escrito. Los medios electrónicos únicamente pueden complementar a la forma escrita del procedimiento y el acto administrativo, pero no pueden sustituir esa forma, en ausencia de una Ley especial que otorgue cobertura a la Administración electrónica.

- Sin embargo, y en segundo lugar, debe cuestionarse que la Sala Político-Administrativa haya sido tan rigurosa con el principio de legalidad al momento de negar la forma electrónica del acto administrativo, para convalidar sin embargo la violación de la forma escrita en la actuación de CADIVI. De esa manera, si la decisión electrónica de CADIVI no sustituye al acto administrativo dictado de acuerdo con las formalidades del artículo 18 precitado, entonces, tampoco el procedimiento administrativo ante CADIVI podría apartarse de las formalidades de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos. La Sala

Político-Administrativa, sin embargo, sólo exigió el cumplimiento de esa Ley para el acto administrativo definitivo, no así para la irregular sustanciación de los procedimientos administrativos ante CADIVI, que se viola los principios formales previstos en la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, e instituidos en garantía de los ciudadanos. Ha debido la Sala Político-Administrativo aclarar que si el artículo 18 es aplicable a CADIVI, también resultan aplicables las demás formas establecidas en la Ley y que se consagraron como garantías del ciudadano en el procedimiento administrativo.

- En tercer lugar, y como adelantábamos, el criterio que se mantiene en la sentencia de 15 de diciembre de 2011 responde al antiguo dogma del acto previo como presupuesto procesal. Es decir, que sin el acto administrativo expreso y escrito no puede ejercerse el recurso contencioso administrativo de nulidad, lo que es un principio basado en el carácter objetivo y revisor del contencioso administrativo. En suma, se trata del mismo criterio que se ha mantenido con ocasión al silencio administrativo de primer grado: si la Administración no dicta el acto administrativo en el procedimiento constitutivo, el interesado no podrá interponer el recurso de nulidad pues “no hay acto alguno que recurrir”. De hecho, la sentencia comentada, sin decirlo, y al reconocer que la decisión electrónica no sustituye al acto escrito, está asumiendo que CADIVI incurrió en silencio administrativo al no dictar el acto constitutivo, con lo cual, para recurrir, el interesado debe aguardar a que tal acto sea dictado.

Es por ello que la decisión de 15 de diciembre de 2011 parte de un criterio contrario a la Constitución y la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo. Ya no puede sostenerse, como hace la sentencia que comentamos, que el acceso al contencioso administrativo queda limitado al acto administrativo escrito. Conviene recordar que el objeto del proceso contencioso administrativo no es el acto administrativo escrito, sino la pretensión procesal administrativa, que puede ser deducida frente a cualquier manifestación de la actividad o inactividad de la administración, tal y como reconoce el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. Por ello, la ausencia de un acto escrito no es impedimento para que el interesado acuda al contencioso administrativo, dado que, en definitiva, hay una inactividad de CADIVI que es controlable, a saber, la inactividad que consiste en no reconocer el derecho a la adquisición o liquidación de divisas. En definitiva, en el caso examinado, frente a la autorización de liquidación de divisas otorgada por un monto menor, el accionante obtendrá la satisfacción de su interés jurídico con la decisión que condene a la Administración a liquidar las divisas a las cuales tiene derecho. La nulidad del acto administrativo, en sí misma, no satisface ese interés.

Por ello, ha debido la Sala Político-Administrativo entender que, en el presente caso, el interés jurídico del accionante se satisfacía con una sentencia de condena, con lo cual, la decisión de CADIVI, si bien no era un acto administrativo formal, sí podía ser objeto de la pretensión procesal administrativa en los términos del citado artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esa interpretación debía ser adoptada por la Sala Político-Administrativa como consecuencia del carácter no formalista de la justicia y de acuerdo con la interpretación más favorable a la tutela judicial efectiva. Tanto más, acotamos, cuando fue CADIVI quien había generado en el interesado el derecho a confiar legítimamente que el procedimiento electrónico sustanciado, y que terminó con una decisión electrónica, era una forma válida de manifestar su voluntad y que, por consiguiente, cualquier decisión adversa podía ser sometida al inmediato control judicial. Se insiste entonces en que es criticable que la Sala Político-Administrativo haya exigido el cumplimiento de la legalidad formal únicamente detrimento del ciudadano, pero sin reparar en la irregular actuación de CADIVI, quien lleva a cabo su actividad al margen de las formas exigidas en la Ley.

Por ello, si bien es cierto que la decisión electrónica de CADIVI no puede sustituir al acto administrativo escrito, como forma normal de terminación del procedimiento, también es cierto que la forma de la actividad o inactividad administrativa es irrelevante para garantizar el acceso a la justicia administrativa, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, norma que no ha sido interpretada adecuadamente por la Sala.

En todo caso, la sentencia de la Sala Político-Administrativa de 15 de diciembre de 2011 marca las reglas aplicables para la revisión judicial de los actos administrativos de CADIVI. Tales reglas pueden ser resumidas así:

- Si CADIVI termina el procedimiento administrativo con un acto administrativo escrito, en interesado podrá demandar su nulidad ante el contencioso administrativo.

- Si CADIVI termina el procedimiento administrativo con una decisión contenida en medios electrónicos, que no cumple por ello con los extremos del artículo 18 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, el interesado no podrá demandar la nulidad de tal decisión en tanto ella no sustituye al acto administrativo escrito. En tal caso el interesado deberá solicitar a CADIVI el acto escrito, el cual sí podrá ser demandando en nulidad. Obviamente, el plazo para interponer esa demanda debe contarse a partir de la notificación del acto escrito, no de la previa decisión electrónica.

- En el caso anterior, el interesado podrá interponer el recurso de reconsideración, que formalmente, será un recurso ejercido con ocasión al silencio administrativo de efectos negativos generado, al no haberse dictado el acto administrativo escrito. Si la Administración no responde expresamente el recurso de reconsideración, el interesado no podrá interponer la demanda de nulidad –según el criterio de la sentencia comentada- en tanto “no hay acto expreso que recurrir”, ni en el procedimiento de primer grado ni el procedimiento de segundo grado. Pero si el recurso es respondido expresamente, entonces, tal decisión sí será directamente recurrible ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

- Sin embargo, de acuerdo con el artículo 8 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, el interesado podrá formular la pretensión de condena frente a la decisión electrónica de la Administración que niega –total o parcialmente- lo pedido en sede administrativa. Es necesario recordar que el acto administrativo escrito no es ya presupuesto procesal, pues el interesado podrá formular cualquier pretensión frente a cualquier manifestación de la actividad o inactividad de la Administración. Por ello, en aquellos casos en los que CADIVI, por una decisión electrónica, no otorgue totalmente aquello que fue solicitado en sede administrativa, el interesado podrá formular la pretensión de condena frente a tal inactividad, exigiendo al juez que condena a la Administración a otorgar totalmente aquello que había sido solicitado en sede administrativo. Como el objeto de la pretensión no es el acto administrativo, la ausencia de un acto expreso no es obstáculo para el acceso a la justicia.