

**RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO E
INTERVENCIÓN EN LA ECONOMÍA**
*(Breves comentarios en torno a la sentencia 03-480 de la Sala
Político-Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia)*

Alfredo Parés Salas¹

SUMARIO

INTRODUCCION

- I. LA DEMANDA POR RESPONSABILIDAD VS. LA SENTENCIA “ABSOLUTORIA”
- II. LAS PRETENDIDAS INMUNIDADES DEL PODER PUBLICO O LOS AMBITOS DE EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION (CONTROL DE LA LEGALIDAD Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL)
- III. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN COMO UNO DE LOS PILARES FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO

REFLEXIONES FINALES

INTRODUCCION²

Nueve de julio de 1994. El Ejecutivo Nacional dicta el Decreto 268 contentivo de las Normas para la Administración y Obtención de Divisas³, a través del cual se faculta al Ministro de Hacienda, en conjunto con el Banco Central de Venezuela, para acordar limitaciones y restricciones a la libre convertibilidad de la moneda, a través de los Convenios Cambiarios⁴. Ese mismo día es publicado en la Gaceta Oficial el primer Convenio Cambiario⁵, conforme al cual el valor de la divisa americana –cuyas operaciones de compra y venta se centralizan exclusivamente en el Banco Central de Venezuela⁶– se fija en Bs. 170,00, para su venta.

Un año y tres meses después, el 26 de octubre de 1995, es publicado el segundo Convenio Cambiario, que establece el tipo de cambio “Brady”⁷. Casi dos meses más tarde, el 11 de diciembre de 1995, es publicado el tercer y último Convenio Cambiario⁸, conforme al cual, la venta de divisas se realizaría a Bs. 290,00 por Dólar.

¹ Abogado *summa cum laude*, Universidad Católica Andrés Bello.

² El presente estudio versa sobre la sentencia número 00480, dictada el 26 de marzo de 2003, en el Expediente número 12.711, contentivo de la demanda interpuesta por American Airlines, Inc. en contra de la República de Venezuela y el Banco Central de Venezuela.

³ Publicado en la Gaceta Oficial número 4.747 Extraordinario del 9 de julio de 1994.

⁴ Artículo 1° del Decreto 268.

⁵ Publicado en la Gaceta Oficial número 4.747 Extraordinario del 9 de julio de 1994.

⁶ Artículo 2° del Decreto 268.

⁷ De acuerdo la Cláusula Segunda del Convenio, el Banco Central determinaría diariamente el tipo de cambio para la venta de divisas, el cual sería igual al tipo de cambio implícito que resultare del precio promedio ponderado de los títulos denominados en divisas emitidos por la República, negociados el día en que se efectúe dicha determinación en las Bolsas de Valores de Caracas y Electrónica de Venezuela

⁸ Publicado en la Gaceta Oficial número 35.856 del 11 de diciembre de 1995.

Alfredo Parés Salas

Por la trascendencia de la actividad que desarrollan, casi inmediatamente después de la entrada en vigencia de este régimen excepcional, la Junta de Administración Cambiaria o “JAC” dicta la Resolución N° 19, para regular la situación de las líneas aéreas⁹, entre ellas, a American Airlines, Inc.

Durante los primeros meses de funcionamiento del régimen, las autorizaciones para la adquisición de divisas, al menos por lo que respecta al caso bajo estudio, son expedidas en un promedio de once días. Desde el momento en que la aerolínea presenta su solicitud a través de su “operador cambiario”, hasta el momento en que la “JAC” autoriza la compra de las divisas sólo transcurren, en promedio, esos once días¹⁰, llegando incluso a ser expedidas en alguna oportunidad hasta en tan sólo tres días¹¹. Como puede apreciarse, pues, la operación necesaria para otorgar la autorización es, amén del “papeleo” y de la intervención casi simultánea de varios órganos, relativamente simple o, al menos, relativamente rápida. Durante todo este tiempo, se halla en vigor el primer Convenio Cambiario, el cual fijaba el valor de la divisa en Bs. 170,00.

No obstante ello, durante los meses de julio, agosto y septiembre de 1995, el procedimiento de aprobación de compras de divisas es –de facto– suspendido. Esa sorpresiva –y sorprendente– suspensión se mantiene hasta que es publicado el tercer Convenio Cambiario, que fija la paridad cambiaria en Bs. 290,00.

Inmediatamente después de esa última variación de la paridad cambiaria¹², la “JAC” expide las autorizaciones de compra de divisas que tiene pendientes desde hace hasta cuatro meses y que habían sido solicitadas bajo la vigencia del primer Convenio Cambiario (Bs. 170,00/1\$).

Empero, el Banco Central de Venezuela vende las divisas a la aerolínea a la nueva tasa de Bs. 290,00/1\$ –no está de más recordar que esa venta era inevitable o indetenible, porque el Banco Central debitaba automáticamente de la cuenta que la aerolínea mantenía en su “operador cambiario” la cantidad en Bolívares representativa de los montos de las divisas cuya compra había sido previamente aprobada–.

En el caso que nos ocupa, en vez de debitarse a la tasa de Bs. 170,00/1\$ –vigente para el momento de la venta del boleto¹³, de la solicitud de autorización de

⁹ Dictada en fecha 22 de agosto de 1994 y publicada posteriormente en la Gaceta Oficial número 35.530 del 23 de agosto de 1994.

¹⁰ Nos referimos aquí al período comprendido entre las autorizaciones solicitadas desde el mes de agosto 1994 (remesa de julio 1994) hasta el mes de junio de 1995 (remesa de mayo de 1995), ambos inclusive.

¹¹ Solicitud presentada el 11 de octubre de 1994 y aprobada el 13 de ese mismo mes y año.

¹² Para el caso de American Airlines al día siguiente –para la remesa de julio– y a las dos semanas –para las de agosto y septiembre de 1994–.

¹³ El derecho a remesar a la casa matriz los ingresos netos obtenidos por la aerolínea a la tasa vigente al momento de la venta del boleto –y no al momento en que le viniese en gana a la Administración expedir las autorizaciones de adquisición de divisas– se halla reconocido en el “Acuerdo entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos para Servicios Aéreos”, publicado en la Gaceta Oficial número 4.609 Extraordinario, de fecha 19 de julio de 1993, aplicable al caso de la especie en virtud de la denominada Cláusula de la Nación más Favorecida contenida en el “Acuerdo de Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio”, publicado en la Gaceta Oficial número 4.829, del 29 de diciembre de 1994.

compra y también para el momento en que, de haber seguido operando con normalidad, la “JAC” hubiese debido otorgar las respectivas autorizaciones de adquisición de divisas– el Banco Central debita a la tasa de 290,00/1\$, vigente para el momento en que tardíamente la “JAC” expide las referidas autorizaciones, con lo cual, por cada Dólar americano que la aerolínea compra, pierde, a causa de ese diferencial cambiario, un monto de Bs. 120,00. A causa de la expedición tardía de la autorización y del débito errado, la adquisición de divisas se hizo sensiblemente más onerosa, aproximadamente un 70% más onerosa, lo cual produjo que en el caso bajo estudio, los perjuicios llegaran a superar los tres mil millones de Bolívars.

Finalmente, el 17 de abril de 1996, el Ejecutivo Nacional dicta el Decreto 1.292¹⁴, por medio del cual deroga el régimen de limitaciones y restricciones impuestas al principio de libre convertibilidad de la moneda nacional, volviendo a la regularidad o normalidad, sin embargo, el perjuicio causado a las aerolíneas no fue ni reconocido, ni reparado.

I. LA DEMANDA POR RESPONSABILIDAD VS. LA SENTENCIA “ABSOLUTORIA”

Escasos meses después, el 12 de junio de 1996, *American Airlines*, al igual que varias aerolíneas más, demanda por ante la Sala Político-Administrativa de la entonces Corte Suprema de Justicia, a la República de Venezuela y al Banco Central de Venezuela por la responsabilidad patrimonial derivada del daño causado por la pérdida por diferencial cambiario.

La demanda se fundamenta, de manera principal, en la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal, en la que incurrieron, por una parte, la República –por órgano de la “JAC”– en virtud del injustificado retraso en la expedición de las autorizaciones de compra y, por la otra, el Banco Central de Venezuela, por el débito incorrecto realizado a la cuenta de la demandante para la venta de las divisas.

Como ya lo adelantáramos *supra*, durante los primeros meses del control cambiario, las autorizaciones eran expedidas en un promedio de once días, sin embargo, para las autorizaciones de los meses de julio, agosto y septiembre de 1995, la Junta de Administración Cambiaria se demoró, sin justificación alguna, cuatro, tres y dos meses, respectivamente. Valga recordar aquí que la primera de estas autorizaciones fue expedida el 12 de diciembre de 1995 o lo que es lo mismo, el día siguiente a la entrada en vigencia de la nueva tasa de Bs. 290,00/1\$ ¿Mera coincidencia?

Para el hipotético caso en el que se llegase a considerar que esa injustificada paralización de hecho de los procedimientos administrativos de autorización y el débito incorrecto realizado por el Banco Central, no suponían funcionamiento anormal o falta alguna, de manera subsidiaria, la demanda se fundamentó también en el régimen de responsabilidad por responsabilidad sin falta o por sacrificio particular, habida consideración del sacrificio exigido a la demandante, el cual supuso la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, concretamente con relación a las otras aerolíneas a las que sí se les otorgó divisas a la tasa de Bs.

¹⁴ Publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 35.491.

Alfredo Parés Salas

170/1\$. Eran estos, *grosso modo*, los argumentos fundamentales de la demanda interpuesta.

Casi siete años más tarde, el 26 de marzo de 2003, el Supremo Tribunal dicta la sentencia número 00480¹⁵, a través de la cual no sólo declararían sin lugar la demanda, sino que, en pocas palabras, se vendría a revivir el ya superado principio “*the king can do no wrong*”¹⁶. Si bien no sería del todo correcto afirmar que este fallo pudiera ser considerado como un retroceso, porque resulta hartamente difícil creer que en esta materia hayamos dado avance alguno, sí podríamos decir que el mismo viene a afianzar y seguir petrificando esa visión conforme a la cual el Estado sigue siendo irresponsable en materia de intervencionismo económico¹⁷, concretamente por lo que respecta a las restricciones a la libre convertibilidad de la moneda o control cambiario. De acuerdo con esa tesis, existirían campos en los que la Administración, haga lo que haga, estaría exenta de comprometer su responsabilidad, ya

¹⁵ Con voto –muy bien– salvado del Magistrado Hadel Mostafá Paolini.

¹⁶ Aun cuando no nos dedicaremos a un análisis puntual de los razonamientos empleados por la Sala, no podemos dejar pasar la oportunidad para advertir sobre dos graves errores de la sentencia que llaman poderosamente nuestra atención y que creemos deben ser siquiera someramente destacados. Ellos denotan los graves descuidos en los que incurre la Sala al analizar el caso. Comencemos pues, por lo que, a nuestro juicio, es el error más grave: cuando es interpuesta la demanda, la accionante reclama por una parte, la pérdida de diferencial cambiario correspondiente a los meses de julio, agosto y septiembre de 1995 por la expedición tardía de las autorizaciones; y, por la otra, la pérdida correspondiente al mes de octubre de 1995, debido a la abstención de expedición de dicha autorización. Sin embargo –y aquí viene el detalle importante– la demanda fue oportunamente reformada. En esa reforma, que la Sala pareciera no haber leído, se suprimió la reclamación respecto del mes de octubre de 1995, por ende, la suma total demandada fue reducida. En fin, el objeto de la pretensión se redujo al resarcimiento de los daños ocasionados por la pérdida de diferencial cambiario únicamente por los meses de julio, agosto y septiembre de 1995. Octubre fue excluido. La exclusión de ese mes supuso una disminución en el monto de la reclamación exigida de más de mil quinientos millones de Bolívares (Bs. 1.500.000.000,00). Lo grave del asunto es que la Sala analiza esta –inexistente– reclamación. Aun cuando basado en un análisis a nuestro entender incorrecto, por suerte para el patrimonio público la Sala desestimó la pretensión resarcitoria por este rubro. Ahora bien, qué hubiese pasado, si, a causa de esa pequeñez, la Sala hubiese condenado a la República o al Banco Central al pago nada de más y nada menos que de mil quinientos millones de Bolívares que no fueron demandados? Asunto serio que debe llamar a la reflexión. Menos grave en cuanto a sus efectos económicos, pero de igual gravedad en cuanto a la seriedad con la que deben ser analizados los casos sometidos al conocimiento de esa Tribunal, es la reiterada mención de un tratado internacional que, según la Sala, línea aérea había invocado. La Sala en diversas oportunidades hace referencia al Acuerdo sobre Transporte Aéreo, suscrito entre la República de Venezuela y la República de Colombia, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela número 34.749 de fecha 4 de julio de 1991. En todas esas oportunidades la Sala afirma que la demandante invocó dicho tratado y que sobre él fundamentó, en parte, su demanda. Nada más alejado de la verdad. Basta ver la reforma de la demanda para comprobar que American nunca fundamentó su demanda en dicho acuerdo. Es más, ni siquiera es mencionado en el texto de la demanda reformada. Pareciera aquí haber habido un pequeño cortocircuito con la sentencia dictada el día anterior, en el caso de Aerovías Nacionales de Colombia, S.A. (Avianca), otra de las aerolíneas a las que la Administración con su irresponsable conducta –irresponsable según la tesis de la Sala– causó graves daños por la pérdida de diferencial cambiario (Sentencia número 469 del 25 de marzo de 2003, Expediente número 14.637).

¹⁷ En propósito, consúltese las sentencias dictadas por la Sala en los casos Laboratorios Sánalo, C.A. (7 de octubre de 1993) y Conindustria (5 de marzo de 1990).

que en esos campos de acción los particulares no podrían alegar derechos subjetivos. Veamos brevemente un resumen de los fundamentos de la sentencia en cuestión.

En lo que consideramos una evidente contradicción con el espíritu y letra de la Resolución 268, cuyo Artículo 6° ordenaba claramente la aplicación preferente de las normas y compromisos internacionales establecidos en los acuerdos y tratados, lo primero que se hace es desechar de plano la aplicación de dicha normativa internacional, para concluir que el asunto se dilucidaría únicamente en atención a la normativa interna.

Posteriormente, se intentan desmontar, por una parte, la pretensión fundamentada en el funcionamiento anormal; y, por la otra, la fundada en la responsabilidad por sacrificio particular.

Por lo que respecta al primero de los fundamentos, se afirma que, como la normativa interna no establecía un lapso para la expedición de las autorizaciones de adquisición de divisas el retardo en el normal otorgamiento de las mismas no constituía falta alguna. Con una dudosa interpretación se llega a la conclusión que el lapso para dicho otorgamiento “no podía ser menor a tres meses”. Es más, se llega a afirmar que el texto que atribuía la facultad para el otorgamiento de las autorizaciones consagraba una potestad facultativa que no tenía especificación alguna del lapso, lo cual resultaba “perfectamente explicable”. Para arribar a tal conclusión se hace uso de dos argumentos, a saber, primero, que el lapso mínimo de autorización era de tres meses, ya que no podía la “JAC” autorizar la adquisición antes de obtener los lineamientos dictados trimestralmente por el Presidente de la República¹⁸; y, segundo, que el Artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, establece, en términos genéricos, que la tramitación de solicitudes no puede exceder de cuatro meses.

Lo que no se tomó en consideración es que, en la realidad, durante casi todo el primer año del control, las autorizaciones nunca llegaron a exceder de veintidós días. Su promedio más bien era de once días, e incluso en una oportunidad fueron expedida a los tres días! A la luz de lo anterior, ese pareciera no haber sido un argumento muy sincero. Además, cabe preguntarse cuál es la razón para aplicar el Artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, que establece el lapso máximo para la culminación del procedimiento ordinario y no, *exempli gratia*, el Artículo 67 que consagra el procedimiento sumario. ¿No se supone acaso que algunos de los principios claves en materia de intervención en la economía son la celeridad, agilidad y flexibilidad? En ese mismo sentido apuntaba el Artículo 3° de la propia Resolución 19, que hace referencia a períodos mensuales, ello sin mencionar, la normativa internacional, que estipulaba el derecho a remesar mensualmente a su casa matriz sus ingresos. En fin, esa conclusión, según la cual, el lapso para expedir las autorizaciones no podía ser menor a tres meses, es una conclusión que, por decirlo de alguna manera, se aparta de la realidad.

En fin, en el fallo se afirma que no hubo falta del servicio, porque la Administración podía tardarse indistintamente tres días o cuatro meses en otorgar las autorizaciones, para la Sala el resultado sería siempre igual.

¹⁸ Artículo 9° del Decreto 268.

Alfredo Parés Salas

Tampoco se dice nada respecto de la curiosa expedición de las autorizaciones justo al día siguiente de la variación de la tasa de cambio. Por la naturaleza de las cosas, pareciera que la injustificable demora tenía una explicación: al aprobar la adquisición justo después de la entrada en vigencia de la tasa de Bs. 290/1\$ el Banco Central debitaría en Bolívares un monto mucho mayor al que realmente le correspondía saldar a la aerolínea.

Por lo que atañe a la responsabilidad sin falta, se afirma que resulta imposible invocar derechos ante “...las medidas que dicta el Ejecutivo Nacional en materia económica, monetaria o fiscal (las cuales) son adoptadas en función del interés colectivo¹⁹ y en ejercicio del poder soberano que lo inviste de una facultad discrecional...” porque “...siendo la política monetaria una cuestión de soberanía del Poder Público... no cabe alegar derechos subjetivos”. En pocas palabras, no importa si la conducta de la Administración causa un daño –lo cual fue expresamente admitido por la Sala²⁰–, no importa que se menoscabe el patrimonio de los particulares, porque, según este criterio, el particular no tiene derechos ante la actuación de la Administración cuando ésta ejerce supuestas facultades discrecionales con base en ese también supuesto poder soberano. Esa forma de pensar nos transporta mentalmente varios siglos atrás, porque hasta donde recordamos, hoy en día, la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo (Artículo 5° de la Constitución) y a ella están sujetos los órganos del Poder Público, así que si de supuestos poderes soberanos pretende hablarse, consideramos debe tenerse más cuidado porque la época de los monarcas terminó hace ya bastantes años.

Para graficar un poco más este criterio, nos permitimos transcribir otro pasaje de la sentencia, que reza textualmente de la siguiente manera:

“...el hecho de que la paridad cambiaria sufriera modificaciones entre el momento de la solicitud de las divisas y la venta efectiva de las mismas, no supone, conforme al criterio mantenido por esta Sala, un daño imputable a la Administración por su funcionamiento normal, sino un menoscabo económico producido por la naturaleza misma del riesgo comercial a la que están sometidas las sociedades mercantiles en virtud de su giro, cuando lo deben ejecutar en condiciones económicas excepcionales instauradas en la sociedad donde despliegan sus negocios, riesgo que naturalmente incluye la eventual modificación de la paridad cambiaria.

En consecuencia, el resultado lógico de la aplicación de políticas públicas destinadas a la estabilización monetaria, si bien pudo ocasionar un menoscabo a la integridad patrimonial de la accionante, en modo alguno éste puede atribuirse directamente a los demandados, por lo que, se reitera, no es imputable a la Administración, por funcionamiento normal o legítimo, el daño cuyo resarcimiento exige la parte actora. Así se decide.”

Las dos citas precedentes resumen, en buena medida, la idea que anima el fallo en cuestión, idea según la cual la intervención en la economía por parte de la Administración es la concreción de un supuesto “poder soberano”, por lo que los daños que ésta causa al establecer medidas económicas excepcionales deben ser en-

¹⁹ ¿y cuando es que la Administración no actúa en función del interés colectivo?

²⁰ “la pérdida del diferencial cambiario entre las fechas de las solicitudes y sus débitos, de Bs. 120,00 por cada dólar adquirido...en tal virtud, ciertamente la demandante soportó un menoscabo en su esfera patrimonial, derivado de la modificación de la tasa de cambio. Así se decide”.

tendidos como producto de los riesgos que asumen los actores de la economía y aun cuando esta actuación menoscabe su integridad patrimonial, los daños no son indemnizables, porque se consideran incluidos dentro de los riesgos comerciales propios de una situación excepcional.

En un Estado que dice ser de Derecho y de Justicia, la tesis que pretende afirmar la existencia de campos de actuación en los que la Administración está exenta de comprometer su responsabilidad, *id est*, donde ésta es, simple y llanamente, irresponsable, pudiendo hacer lo que le venga en gana, ya que en dichos campos, se dice, “no cabe alegar derechos subjetivos”, es sencillamente insostenible y resulta contraria a los más elementales principios del derecho.

En un verdadero Estado de Derecho, más allá de la mera hoja de papel que lo consagra, no existe ni puede existir, pues, esa pretendida irresponsabilidad del Estado ni en el ámbito del intervencionismo económico ni en ningún otro ámbito. Cada vez que la Administración con su actuación, lícita o ilícita, causa un daño a los particulares y se verifican los requisitos necesarios para configurar su responsabilidad, ésta debe indemnizar. Como sabiamente afirmaba HAURIOU “que actúe, pero que pague el perjuicio”.

Ya sobre la forma en que ha de ser concebido el régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración se ha pronunciado la Sala Constitucional recientemente²¹. Al respecto se dijo –lo cual todavía parece no ser comprendido del todo– que el régimen de responsabilidad debe ser interpretado como un mecanismo a favor de los administrados, que tiene por finalidad preservar la integridad patrimonial de estos ante el obrar administrativo y no como una garantía para preservar intacto el patrimonio público. De hecho la Sala afirmó “que tratándose la responsabilidad patrimonial del Estado de una garantía constitucional inherente a todo Estado de Derecho, consagrada a favor del particular afectado por la conducta administrativa dañosa, la misma debe ser interpretada por los jueces en forma progresiva y amplia, a favor del administrado”. La responsabilidad del Estado, pues, no debe ser considerada como “una garantía a favor de los entes públicos” ni debe dar mayor relevancia a la integridad del erario público. Así de simple!.

II. LAS PRETENDIDAS INMUNIDADES DEL PODER PUBLICO O LOS AMBITOS DE EXCLUSION DE LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACION (CONTROL DE LA LEGALIDAD Y RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL)

Podemos afirmar sin temor a equívocos que en nuestro país el desarrollo de las técnicas de control de la legalidad de la actuación de la Administración ha sido mucho mayor que el tema de la responsabilidad patrimonial del Estado. La lucha por el perfeccionamiento o mejora gradual de un sin fin de teorías y mecanismos tendentes a controlar el apego al bloque de la legalidad del actuar administrativo ha sido una encomiable labor a la que jurisprudencia y doctrina se han dedicado por largos años. La ampliación del espectro de situaciones que pueden ser sometidas al

²¹ Sentencia 2818 del 19 de noviembre de 2002, Caso: Gladys Josefina Saad (viuda) de Carmo-
na.

Alfredo Parés Salas

conocimiento del Juez contencioso-administrativo es, hoy por hoy, resultado de esa ardua tarea.

La llamada universalidad del control contencioso sobre la Administración, ha servido de fundamento a la ampliación del radio de acción no sólo del control sobre el ámbito objetivo –actos administrativos, omisiones o abstenciones y vías de hecho²²– sino también del ámbito subjetivo de dicho control. Hoy resulta absolutamente normal que el juez contencioso-administrativo imponga órdenes o anule actos dictados no sólo por la Administración, sino también aquellos que sujetos de derecho privado dicten en ejercicio de funciones públicas²³. En fin, no hay actos exentos del control del Juez.

De igual forma, hay que admitir que esta faceta sustantiva no ha sido el único objeto de evolución y desarrollo, porque también sobre la parte adjetiva se ha trabajado arduamente. Ésta ha sido objeto de permanentes búsquedas, a veces acertadas, otras no tanto, en aras del perfeccionamiento de los medios procesales necesarios para hacer valer en la práctica esa teórica amplitud de control. Baste ver las innumerables sentencias que han ido poco a poco perfilando la jurisprudencia en torno, *exempli gratia*, al amparo constitucional o póngase por ejemplo el campo de las medidas cautelares²⁴ –en el que hoy en día se apunta hacia el reconocimiento de un poder cautelar general inherente a la propia función de juzgar– la ampliación de los denominados poderes del juez contencioso-administrativo o el contencioso contra las conductas omisivas, por decir lo menos.

De esta manera, poco a poco se ha ido demoliendo algunas de las injustificadas inmunidades de la Administración, animadas hoy, más por un peso histórico²⁵ –por cierto, impropio de nuestro país– que por fundamentos serios o razonables.

Aun cuando todavía falta mucho camino por recorrer para el derrumbe definitivo de aquellas irrazonables prerrogativas de las que sigue gozando la Administración no podemos negar que agigantados han sido los pasos dados en esta materia,

²² Al respecto, GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; “La lucha contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo”; Editorial Civitas; reimpresión de la Tercera Edición; 1995, Madrid.

²³ La teoría de los actos de autoridad, que a la postre, no fue más que un paso dirigido a la aceptación del control por parte del juez de esos actos dictados por sujetos distintos a la Administración pública, es un buen ejemplo de esta realidad. Múltiples sentencias podrían citarse aquí en los conocidos casos, *ad exemplum*, de los Colegios Profesionales o de las Universidades, entre muchos otros casos más.

²⁴ En este sentido no puede dejarse de lado una decisión de la propia Sala Político-Administrativa en la sentencia del 17 de abril de 2001, caso: “Sociedad de Corretaje de Seguros CASBU, C.A.”.

²⁵ Habría aquí que remontarse a la Ley francesa del 16-24 de agosto de 1790, que estableció la prohibición de que los tribunales molestasen en alguna manera la actividad de los cuerpos administrativos y su imposibilidad de citar a juicio a los administradores en razón de sus funciones. Esta concepción, cuyas razones históricas encuentran explicación más en sucesos políticos que en elementos jurídicos de la Revolución, básicamente por la desconfianza de los Revolucionarios hacia los jueces, ganados al antiguo régimen, fue determinada por la necesidad de una Administración potente y ágil como mecanismo para la consecución de los planes políticos, lo cual suponía esa exención del control de los tribunales. Sin embargo, todo ello no es más que historia. Historia que de no ser por estos últimos reductos, podríamos decir que ya habría sido superada.

sobretudo por lo que respecta a la universalidad del control en su sentido más estricto²⁶.

Hoy por hoy no hay, pues, ni puede haber actuación que escape de la esfera del control de legalidad –*lato et impropio sensu*– del juez contencioso-administrativo. Varios años atrás ya GARCIA DE ENTERRIA concluía que “el poder administrativo es de suyo esencial y universalmente justiciable”²⁷.

En nuestro país, pareciera que esta sabia expresión ha sido recibida con mayor beneplácito o quizá desarrollada con mayor énfasis, en el ámbito del control de la legalidad, por parte de los tribunales contencioso-administrativos, incluida la propia la Sala. No obstante ello, en materia de responsabilidad de la Administración la realidad ha sido severamente diferente.

Por razones que resultarían sumamente difícil intentar explicar, no sólo por lo puntual del presente estudio, sino también debido a la complejidad del tema en cuestión, en la materia de la responsabilidad patrimonial del Estado todos estos avances de los que hemos hecho somera referencia, han sido escasamente desarrollados.

Es probable que en nuestro país el discurso de la responsabilidad del Estado haya quedado rezagado cuando se le compara con el del control de la legalidad. No obstante ello, existen varios principios generales comunes a ambos regímenes. Uno de esos principios, que por de pronto es el que nos interesa destacar aquí, es el de la universalidad de control de la Administración o, lo que es lo mismo, la inexistencia de los pretendidos círculos de inmunidad de la Administración respecto de los tribunales.

En pocas palabras lo que supone básicamente este principio es la inexistencia de campos de acción de la Administración que no puedan ser censurados por el Juez. Toda, absolutamente toda actividad –e inactividad– en cualquiera que sea el área en la que se despliega puede ser objeto de control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa, no sólo por lo que respecta al control de la legalidad²⁸ sino también por lo que atañe al campo de la responsabilidad patrimonial. Por ende, no resulta posible afirmar que el particular no pueda hacer valer derechos subjetivos en tales campos. Muy por el contrario, los derechos de los particulares pueden ser invocados y tutelados por el juez contencioso-administrativo en absolutamente todos los campos de acción de la Administración. A la luz de este principio, que como decimos, se aplica por igual tanto al campo de la legalidad como al de la responsabilidad, resulta insostenible que en un Estado de Derecho existan ámbitos excluidos de ese control judicial.

²⁶ Con estas afirmaciones no queremos decir en modo alguno que estimamos necesaria la eliminación de todos los privilegios de la Administración. Aquí nos referimos sólo a aquellos privilegios que realmente no responden a verdaderas necesidades colectivas o que no son estrictamente necesarios para el correcto desempeño de la labor de la Administración. Por ser la tutela del interés general la Administración debe contar con ciertas prerrogativas necesarias para el cumplimiento de su función, empero, muchas de las supuestas prerrogativas de las que hoy en día disfruta, en especial en materia procesal, lucen irrazonables y se erigen como vulneraciones a los derechos más elementales del Administrado.

²⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *Ob. Cit.*

²⁸ Nos referimos a la legalidad, excluyendo así los motivos de oportunidad o conveniencia.

Alfredo Parés Salas

En este mismo sentido apunta el principio de integridad patrimonial reconocido a los particulares. Este principio no admite quebrantamiento alguno, por lo que no procede alegar que en ciertos campos pueda éste ser menoscabado por obra de la Administración. Cada vez que ésta menoscaba la integridad patrimonial debe indemnizar el daño producido. Así como la regla según la cual no existen actos administrativos exentos del control judicial no admite excepciones, este principio tampoco las tolera. Empero, todavía parece que nos cuesta comprender esta realidad.

En propósito, bastante ilustrativo resulta el discurso pronunciado por GARCÍA DE ENTERRÍA hace ya más de cuarenta años en la Facultad de Derecho de la Universidad de Barcelona²⁹, en el cual demuestra el vencimiento de esos últimos reductos de la pretendida inmunidad de la Administración “regia”, como lo eran los actos discrecionales, los actos de gobierno y los poderes normativos de la Administración. Ya para ese momento, se concluía que todos estos actos campos de actuación podían ser sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pues bien, de igual manera, debe arribarse a la conclusión de que no existen en materia de responsabilidad del Estado campos que puedan ser suprimidos del control judicial³⁰.

La actividad de intervención en la economía, y en este caso en concreto, la instauración de controles a la libre convertibilidad de la moneda, es un campo fértil en el que la responsabilidad patrimonial del Estado puede ser perfectamente comprometida y, muy por el contrario de lo sostenido por la Sala Político-Administrativa, sí pueden hacerse valer derechos subjetivos³¹. Esta afirmación cobra una importancia trascendental en nuestra sociedad actual, en la que la Administración, que desde hace ya bastante tiempo abandonó su conducta pasiva, ha tomado un papel pre-

²⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo; *Ob. Cit.*

³⁰ En la medida en que se afirma que los particulares no pueden invocar derechos subjetivos ante la actuación de la Administración productora de daños en ciertas y determinadas áreas, se está diciendo implícitamente que ésta se halla exenta del control del juez contencioso-administrativo, quien no puede condenarla.

³¹ Si bien es cierto que no puede exigirse al Estado el mantenimiento de la paridad cambiaria, ya que suponer lo contrario, sería tanto como la negación misma de uno de los principios fundamentales que rigen nuestra disciplina: la preponderancia del interés general sobre el interés particular, porque de aceptar que algún particular pudiese detener la actividad de intervención de la economía o cualquiera actividad administrativa lícita, interfiriendo con la misión de satisfacción del interés general encomendada a la Administración, pues, se pulverizaría esa piedra angular sobre la que descansa en parte toda la estructura del derecho administrativo, no es menos cierto que los daños que la Administración produce con su actuar lícito pueden y deben ser indemnizados. Es cierto entonces que no puede exigirse al Estado que mantenga una tasa de cambio determinada, sin embargo, no es menos cierto que los daños causados, bien por el funcionamiento anormal en que incurra la Administración, como por ejemplo, el retardo en la expedición de las autorizaciones de adquisición, o bien, por la producción de daños anormales y especiales derivados de la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, debe ser indemnizado. El problema que se presenta aquí es un problema de índole práctica que ha pretendido ser solucionado tergiversando el Derecho. Las intervenciones del Estado en la economía suponen, en muchos casos, la producción de ingentes daños de cuantías elevadísimas lo cual ha hecho que la Administración –generalmente con complicidad judicial– busque la manera de deshacerse de su responsabilidad frente a los daños causados.

ponderante en la ordenación de las relaciones jurídico subjetivas entre los diversos actores en el ámbito económico. Esta actividad proactiva de la Administración en cuanto a la regulación de la vida económica, supone la maximización de las posibilidades de causar daños al patrimonio de los particulares. En este sentido se pronuncian DE LAUBADÈRE y DEVOLVÉ cuando afirman que “las intervenciones del Estado son naturalmente susceptibles de causar daños y dar lugar así a un abundante contencioso de la responsabilidad”³².

De esta realidad se desprenden dos consecuencias dicotómicas, por una parte, la pugna de la Administración por pretender permanecer excluida del control de los tribunales, o en todo caso, por pretender su exención ante las eventuales reclamaciones patrimoniales que los particulares puedan exigir por los daños imputables a su funcionamiento; y, por la otra, la lucha de los particulares porque eso que llamamos Estado de Derecho tenga alguna utilidad y que frente a todos aquellos daños que quebrantan el principio de integridad patrimonial, fundamento esencial del régimen de la responsabilidad administrativa, sin importar que sean producto de actividades lícitas o ilícitas de la Administración, sin importar que sean causados por la intervención en la economía o con base en cualquier otro título, sean indemnizados.

En un Estado de Derecho no pueden existir parcelas en las que los derechos fundamentales cedan ante las prerrogativas del Poder Público. Los derechos fundamentales pueden hacerse valer en todo momento y frente toda actuación de la Administración, sin que pueda afirmarse la existencia de zonas de inmunidad o exención donde tales derechos sean ineficaces, o pero aun, no existan. Si como enseña GARCÍA DE ENTERRÍA, ni siquiera ante el interés general pueden ceder los derechos fundamentales, agregamos nosotros, menos aun puede afirmarse que estos cedan ante las prerrogativas, que son una consecuencia de la encomienda a la Administración de la tutela de ese interés.

La lucha contra las inmunidades del poder debe librarse no sólo en el campo del control de la legalidad del obrar administrativo sino, y quizá con aun mayor fuerza debido a que aquí ha quedado rezagada, en el campo de la responsabilidad patrimonial de la Administración.

III. LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN COMO UNO DE LOS PILARES FUNDAMENTALES DEL ESTADO DE DERECHO

“El reconocimiento y la aplicación efectiva de un principio general de responsabilidad patrimonial de los poderes públicos constituye, hoy más que nunca, una de las piezas maestras dentro del sistema de relaciones jurídicas existentes entre la Administración y los ciudadanos. Pues, en efecto, hoy se admite sin disputa que para sujetar al poder público al imperio de la ley no bastan los controles judiciales de legalidad, ni tampoco los controles extrajudiciales de naturaleza política o social”³³.

³² DE LAUBADÈRE, André y DELVOLVÉ, Pierre; “Droit Public Économique”; París, Francia; 1986.

³³ LEGUINA VILLA, Jesús; “El fundamento de la responsabilidad de la Administración”; Revista de Derecho Administrativo número 23; Editorial Civitas; Madrid; 1979.

Alfredo Parés Salas

Doctrina, jurisprudencia y Constitución erigen al principio de responsabilidad patrimonial del Estado, en conjunción con el de legalidad, como uno de los pilares fundamentales o cimientos sobre los cuales descansa la construcción del Estado de Derecho en nuestros días.

Esta doble base ha sido reconocida desde hace un buen tiempo por HAURIOU, quien, refiriéndose a la Administración decía, “que actúe, pero que obedezca la ley; que actúe, pero que pague el perjuicio”.

Más recientemente, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, han afirmado que estos principios constituyen “los dos grandes soportes estructurales del Derecho Administrativo”³⁴. Por su parte, para SANTAMARÍA PASTOR, el principio de garantía patrimonial es una “de las reglas de la cláusula de Estado de Derecho”³⁵.

La idea de un Estado irresponsable ha sido hoy por hoy plenamente superada. Empero, el desalojo de la conciencia universal del principio del cual la máxima “*the king can do no wrong*” es la mejor expresión, es, como casi todo en el Derecho administrativo, de muy reciente data. Sin embargo, puede afirmarse que el principio de la responsabilidad del Estado es inherente a la actual concepción del Estado de Derecho. Hoy por hoy, pues, resulta imposible concebir un Estado exento de comprometer su responsabilidad patrimonial. Esa premisa ha de ser llevada hasta sus últimas consecuencias.

En fin, el principio de legalidad no es la única garantía que el ordenamiento le ofrece a los particulares ante el actuar de la Administración, quizá en nuestro país sea la más desarrollada, pero no es la única.

Nuestra Constitución es clara al respecto. El Artículo 6, establece que el gobierno de la República de Venezuela y de las entidades políticas que lo componen es y será siempre responsable³⁶. En el Artículo 140 *eiusdem* se consagra, sin excepciones, el régimen de responsabilidad patrimonial del Estado. El Artículo 141, por su parte, erige al principio de responsabilidad como uno de los principios fundamentales que rigen la actuación de la Administración.

A la luz de estos principios, es obvio que no hay –ni pueden haber– exclusiones de la responsabilidad administrativa. Cualquier conclusión en contrario atenta contra el propio texto constitucional y en contra de los principios fundamentales del Estado democrático de Derecho y de Justicia consagrado en nuestra Carta Magna.

³⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomas Ramón; “Curso de Derecho Administrativo”; Editorial Civitas; 1982, Madrid.

³⁵ SANTAMARÍA PASTOR, Juan Alfonso; “Principios de Derecho Administrativo”; Colección Ceura; Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.; Madrid; 1998. Según lo expuesto por el autor, esta garantía patrimonial del Estado a su vez comprende no sólo la responsabilidad patrimonial propiamente dicha sino también al instituto de la expropiación. Por de pronto, lo que a nosotros nos interesa destacar aquí es la parte relativa a la responsabilidad patrimonial pura.

³⁶ Aun cuando la responsabilidad, en puridad de términos, no recae en cabeza del gobierno sino sobre el sujeto de derecho que causa el daño, lo importante que ha de destacarse de esta cláusula es la formulación de la responsabilidad. Según esta cláusula el gobierno es y será siempre responsable, es decir, que no puede haber exclusiones de ningún tipo. En este sentido cualquier intento de exención de la responsabilidad patrimonial de los entes públicos sería inconstitucional.

El fallo objeto de nuestros comentarios no es ni el primer ni el único fallo de la Sala que realiza una interpretación en este sentido³⁷ aun cuando la propia Sala Constitucional ya le haya llamado la atención sobre la correcta interpretación de este régimen, que es, sin duda alguna, pilar fundamental del Estado de Derecho³⁸.

REFLEXIONES FINALES

Como afirmáramos líneas atrás, este fallo constituye otro lamentable precedente para el desarrollo del régimen de responsabilidad patrimonial del Estado. Las nociones en él expresadas son, amén de retrógradas, inaceptables en una sociedad democrática, sociedad cuya Constitución propugna como valor superior del ordenamiento jurídico a la Justicia y fija como uno de los fines del Estado venezolano la garantía del cumplimiento de los principios y derechos en ella consagrados.

El correcto desarrollo del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración no sólo propende a la realización de la justicia en el caso particular y concreto, al garantizar la integridad patrimonial de los ciudadanos frente a los daños causados por la conducta, lícita o no, de ésta, sino que también es un elemento de capital importancia para la evolución cultural y el espíritu cívico de un país. En la medida en que se afirma la irresponsabilidad del Estado se corrompe su actuación y se fomenta la degeneración del obrar de los funcionarios públicos. Por el contrario, un adecuado régimen de responsabilidad patrimonial aporta un elemento moralizante que de suyo contribuye a la realización de los fines del Estado, al respeto de la dignidad humana y al elevamiento de la calidad de vida de los ciudadanos, lo cual es, a la postre, el interés más importante por el que debe velar la Administración.

Como brillantemente lo recoge nuestra Constitución en su Artículo 141, la Administración está al servicio de los particulares. La Administración no *es* más que por los administrados, existe por y para ellos y no sería nada sin ellos. Uno de los mecanismos más efectivos para recordárselo, es mediante la exigencia, sin cortapisas, de la responsabilidad patrimonial.

La responsabilidad patrimonial de la Administración está concebida –y debe ser siempre entendida– en función del administrado, de nadie más. Al igual que la Administración como organización, ésta vive por él y para él y sólo en él encuentra su razón de ser. Aceptar lo contrario es negar su propia esencia.

Esperemos, por último, que algún día ello deje de ser una mera quimera abstracta y teórica para convertirse en una realidad que anime nuestras vidas en el día a día y llegue a arraigarse en nuestra cultura cívica de suerte tal que nadie ose desconocerla como ha sucedido en esta oportunidad.

³⁷ Vid sentencia número 469 del 25 de marzo de 2003, Expediente número 14.637, caso: “Aerovías Nacionales de Colombia, C.A. (Avianca)”; sentencia 943 del 15 de mayo de 2001, caso: “Gladys Josefina Saad” y más recientemente, sentencia 736 del 20 de mayo de 2003, caso: “Aerolíneas Argentinas, S.A.”.

³⁸ Sentencia de la Sala Constitucional del 19 de noviembre de 2002, caso: “Gladys Josefina Saad”.