



Magistrada-Ponente: **YOLANDA JAIMES GUERRERO**

Exp. 1999-15531

Los abogados Luis I. Mendoza Machado y Luis A. Ortiz Alvarez, inscritos en el Inpreabogado bajo los números 8.602 y 55.570, respectivamente, actuando en su carácter de apoderados judiciales de **AEROLINEAS ARGENTINAS S.A.**, empresa constituida conforme a las leyes de la República de Argentina, según documento constitutivo otorgado en fecha 22 de octubre de 1990, ante la Escribanía General del Gobierno de la Nación de la ciudad de Buenos Aires, por escritura pública N° 240, pasada al folio 472 e inscrita en la Inspección General de Justicia, quedando anotada bajo el N° 7922, del Libro 108, Tomo A de sociedades anónimas y cuya última reforma consta de Escritura Pública pasada al folio 3377 de fecha 18 de noviembre de 1994, inscrita ante la Inspección General de Justicia, bajo el N° 12137 del Libro 116, Tomo A de fecha 23 de noviembre de 1994, mediante escrito de fecha 2 de febrero de 1999, presentado ante la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, demandaron en forma solidaria a la **REPÚBLICA DE VENEZUELA**, hoy **REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA** y al **BANCO CENTRAL DE VENEZUELA**, este último ente creado por Ley del 8 de septiembre de 1939 y regido para el momento de interposición de la demanda por Ley especial de fecha 4 de diciembre de 1992. Dicha demanda se generó como consecuencia de la supuesta responsabilidad extracontractual en que incurrieron los demandados, por el retardo o inactividad administrativa que ocasionó la pérdida del diferencial cambiario entre lo que la demandante tuvo que pagar al **BANCO CENTRAL DE VENEZUELA** a la tasa de Bs. 290,00 por dólar y lo que efectivamente le correspondía cancelar, que debió ser calculado a la tasa de Bs. 170,00, por dólar, para realizar las remesas a su casa matriz de los saldos netos producidos por la venta de boletos aéreos durante los meses de junio, agosto, septiembre y octubre de 1995, así como marzo de 1996, daño extracontractual que asciende, según la actora, a la cantidad de TRESCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MILLONES TRECE MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN BOLÍVARES CON CERO CÉNTIMOS (Bs. 356.013.641,00).

En fecha 3 de febrero de 1999, se dio cuenta en Sala y se ordenó pasar el expediente al Juzgado

de Sustanciación.

Admitida la demanda por auto de fecha 16 de marzo de 1999, se ordenó emplazar a los demandados, para que dentro de los 20 días siguientes a que constare en el expediente la última de las citaciones, dieran contestación a la demanda.

Dentro de la oportunidad legal para contestar al fondo la demanda, la representación judicial del Banco Central de Venezuela, en su lugar, mediante escrito de fecha 17 de junio de 1999, opuso las cuestiones previas contenidas en los ordinales 5° y 6° del artículo 346 del Código de Procedimiento Civil.

Por escrito de fecha 6 de julio de 1999, los apoderados judiciales de la parte actora contradijeron y rechazaron las cuestiones previas que le fueron opuestas por los codemandados.

En fecha 15 de junio de 2000, se publicó la sentencia de cuestiones previas, la cual declaró sin lugar las mismas.

Notificadas las partes del contenido de la sentencia de cuestiones previas, las representaciones judiciales del Banco Central de Venezuela y de la República de Venezuela, mediante escritos de fechas 26 y 27 de septiembre de 2000, respectivamente, dieron contestación al fondo de la demanda.

El 1° de noviembre de 2000, la codemandada **BANCO CENTRAL DE VENEZUELA** y la parte actora promovieron pruebas, las cuales fueron admitidas en fecha 30 de enero de 2001.

Por cuanto se encontraba concluida la sustanciación del expediente, el 24 de abril de 2001, se remitió el mismo a la Sala.

En virtud de la designación de los Magistrados HADEL MOSTAFÁ PAOLINI Y YOLANDA JAIMES GUERRERO, y la ratificación del Magistrado LEVIS IGNACIO ZERPA, por la Asamblea Nacional en sesión de fecha 20 de diciembre de 2000, publicada en la Gaceta Oficial N° 37.105 del día 22 del mismo mes y año, se reconstituyó la Sala Político Administrativa el 27 de diciembre de dicho año.

El 3 de mayo de 2001, se dio cuenta en Sala y se designó ponente a la Magistrada **YOLANDA JAIMES GUERRERO**, fijándose el 5° día de despacho para comenzar la relación de la causa.

Llegada la oportunidad de presentar informes, la parte actora y la representación judicial del **BANCO CENTRAL DE VENEZUELA** consignaron en fecha 31 de mayo de 2001, sus escritos respectivos.

Mediante escrito de fecha 19 de junio de 2001, la co-demandada, **BANCO CENTRAL DE VENEZUELA**, presentó las observaciones a los informes consignados por la actora.

El 19 de julio de 2001, se dijo “Vistos”.

Mediante diligencias del 28 de noviembre de 2001, 7 de noviembre de 2002, 21 de enero de 2003, la parte actora solicitó se dictara sentencia.

El 9 de abril de 2003, la representación judicial del **BANCO CENTRAL DE VENEZUELA**, solicitó se dictara sentencia.

DE LA DEMANDA

Conforme a lo narrado por la parte actora en el libelo de demanda, esta Sala observa que los alegatos de hecho y de derecho a los que se refiere la presente acción son los siguientes:

1. Que en Venezuela durante el período de 1994 – 1996, se decretó un régimen de control de cambio, con ocasión del cual se establecieron tres tasas o tipos de cambio, dos de ellos fijos y uno variable. La primera de ellas, de Bs. 170,00 por dólar, vigente desde el 9 de julio de 1994 hasta el 25 de octubre de 1995; la segunda, constituida por el denominado tipo de cambio Brady, cuya duración fue desde el 26 de octubre de 1995 hasta el 10 de diciembre de 1995, que modificó la tasa de cambio para el rubro de viajes al exterior y gastos hechos fuera del país con tarjeta de crédito y por último una tercera tasa por un monto de Bs. 290,00 por dólar, vigente para el período comprendido entre el 11 de diciembre de 1995 hasta el 17 de abril de 1996. Asimismo, alegaron que de esta última fecha en adelante, se estatuyó la libre convertibilidad de la moneda.

2. Que durante la vigencia de dicho régimen se estableció un procedimiento a objeto de que las líneas aéreas obtuvieran las divisas necesarias para realizar las remesas de sus ingresos con destino a sus casas matrices, para lo cual la Junta de Administración Cambiaria adscrita al entonces Ministerio de Hacienda, consagró expresamente tal derecho, en los términos de que a las mencionadas aerolíneas se les aplicaría en el momento de realizar la remesa correspondiente, el tipo de cambio vigente para la fecha en que éstas habían efectuado la venta de los boletos aéreos, pero que en el caso de AEROLINEAS ARGENTINAS S.A, le fue autorizada la remisión de divisas en diciembre de 1995, a la tasa vigente para ese momento que era de Bs. 290,00 por dólar, cuando lo conducente era que se debitaran los bolívares de su cuenta a la tasa de Bs. 170,00 por dólar, pues esa era la tasa vigente a la fecha de la solicitud de adquisición de divisas y a la venta de boletos objeto de la remisión que se autorizaba, efectuadas durante los meses de junio, agosto y septiembre de 1995, lo cual ocasionó a su representada un daño patrimonial producto de la pérdida del diferencial cambiario, el cual fue estimado en la cantidad de CINCUENTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SEIS BOLÍVARES CON CERO CÉNTIMOS (Bs. 58.198.806,00), más los intereses moratorios e indexación de dicha suma devengados hasta la fecha de su pago definitivo; así como la compensación equivalente al daño sufrido por su representada en virtud de la inactividad de la Administración que impidió se efectuara con normalidad la remesa correspondiente a los meses de octubre de 1995 y marzo de 1996, la cual calculó en la cantidad de DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO BOLÍVARES CON CERO CÉNTIMOS (Bs. 297.814.835,00).

3. Que, el mencionado derecho se encuentra regulado, además del derecho interno, por fuentes internacionales, tal es el caso del Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, suscrito entre la República de Argentina y la República de Venezuela, en Caracas el 16 de noviembre de 1993, publicado en Gaceta Oficial N° 4.801, Extraordinario de fecha 1° de noviembre de 1994, que a su

vez autoriza la aplicación de otros Tratados como lo es el 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 N° 34.749 de fecha 4 de julio de 1991, que tiene por objeto el desarrollo del transporte aéreo entre los países contratantes y en el cual se establece el derecho de ambas a operar servicio de transporte aéreo y la fijación de tarifas que redunden en un beneficio razonable, así como de convertir y transferir la cantidad que exceda de los ingresos recibidos en Venezuela, por lo cual la aplicación retroactiva de la tasa de Bs. 290,00 por dólar que dispuso el Banco Central de Venezuela viola disposiciones del derecho internacional, entre otras, aquella que previene sobre el derecho a obtener beneficios razonables, al no ser tomada en cuenta la tarifa justa que correspondía, la cual debió sujetarse a la tasa de Bs. 170,00 por dólar.

4. Que si bien los tratados internacionales que regulan la materia, suscritos por los países parte en el conflicto, no contienen cláusulas expresas que dispongan que las remesas de divisas a sus casas matrices deben calcularse conforme a la tasa vigente para la fecha de la venta de los boletos, no es menos cierto que tal circunstancia es reconocida en el tratado suscrito por la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos, lo cual se extiende a la demandante en razón del reconocimiento del principio de igualdad, constituido por la Cláusula de la Nación más favorecida que contempla el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios que forma parte del Acuerdo de Marrakech, por el cual se estableció la Organización Mundial del Comercio, acuerdo ratificado por la República de Venezuela mediante Ley Aprobatoria publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.829 Extraordinario del 28 de diciembre de 1994.

5. Que de no ser aceptada la aplicación del mencionada tratado a la demandante se propendería un trato discriminatorio a favor de las líneas aéreas neerlandesas que operan en Venezuela, las cuales en los términos de la citada norma internacional tienen derecho a realizar la remesa de sus ingresos, obteniendo la aprobación para ello en un plazo no mayor de 30 días y a la tasa vigente para la fecha de la venta.

6. Que “En virtud del Artículo II (‘Trato de la Nación más Favorecida’) del ‘Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios’ (Anexo 1B del ‘Acuerdo Marrakech por el que se establece la Organización Mundial del Comercio’), Venezuela se obligó y comprometió a ‘OTORGAR INMEDIATA E INCONDICIONALMENTE a los servicios y proveedores de servicios de cualquier otro Miembro UN TRATO NO MENOS (sic) FAVORABLE que el que conceda a los servicios similares y a los PROVEEDORES DE SERVICIOS SIMILARES DE CUALQUIER OTRO PAÍS’...”.

7. Que “...uno de los ‘PRINCIPIOS GENERALES’ que informa el régimen de la aviación civil internacional es el de la ‘IGUALDAD DE TRATO’...”. A propósito de ello, invocaron el Preámbulo de la Convención de Chicago del año 1944, a tenor del cual los Estados declararon que uno de los PRINCIPIOS que inspiró la suscripción de ese Tratado es “...que los SERVICIOS INTERNACIONALES DE TRANSPORTE AÉREO puedan establecerse SOBRE LA BASE DE

IGUALDAD DE OPORTUNIDADES y realizarse de modo sano y económico'....”.

8. Que las autorizaciones administrativas correspondientes a los meses de junio, agosto y septiembre de 1995, le reconocen a AEROLÍNEAS ARGENTINAS S.A, el derecho a repatriar sus ingresos netos a la tasa de ciento setenta bolívares (Bs. 170,00), por dólar estadounidense y consecuentemente, que los daños y perjuicios cuyo resarcimiento se exige, son producto de la flagrante violación de los derechos reconocidos por las aludidas autorizaciones.

9. Que dentro de las fuentes que informan al derecho interno, la Resolución N° 19 de fecha 22 de agosto de 1994, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.530 del 23 de agosto del mismo año, dictada por la Junta de Administración Cambiaria, también estableció claramente el derecho de las líneas aéreas a remesar a sus casas matrices el saldo neto de los ingresos obtenidos en el país a la tasa vigente para la fecha de la venta de los boletos.

10. Que para la fijación de la tasa respectiva, se dictó el Convenio Cambiario N° 1 de fecha 9 de julio de 1994, el cual fijó un tipo de cambio de Bs. 170,00 por dólar y éste a su vez fue derogado por el Convenio Cambiario N° 2 del 26 de octubre de 1995, el cual también se modificó por el Convenio Cambiario N° 1 del 11 de diciembre de 1995, siendo éste último el que dispuso que “...las operaciones de venta de divisas cuya liquidación hubiere sido solicitada al Banco Central de Venezuela por los operadores cambiarios antes de la entrada en vigencia del presente Convenio, se realizará al tipo de cambio establecido en el Convenio Cambiario N° 1 de fecha 09 de julio de 1994.”. En tal sentido, alega la demandante que dicha tasa era de Bs. 170,00 por dólar y a ella debió ajustarse la Administración cuando debitó de su cuenta el contravalor en bolívares para otorgar las divisas solicitadas para las remesas de junio, agosto y septiembre de 1995.

11. Que no obstante lo anterior, se le produjo un daño a su representada, en el momento en que el Banco Central de Venezuela, con base en las autorizaciones para la adquisición de divisas tardíamente expedidas, debitó de la cuenta que el BANCO PROVINCIAL C.A, mantiene en el Instituto emisor, los bolívares representativos de los ingresos netos correspondientes a los meses de Junio, agosto y septiembre de 1995, siendo la tasa de cambio que se aplicó para dicha operación la de Bs. 290,00 por dólar, en lugar de Bs. 170,00 por dólar, concluyendo a tal efecto que la cantidad retirada ilegalmente asciende a la suma de CINCUENTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SEIS BOLÍVARES CON CERO CÉNTIMOS (Bs. 58.198.806,00).

12. Que en el presente caso se produjo un daño, como consecuencia de la actividad anormal de la Administración, desplegada por sus organismos cambiarios, quienes paralizaron la venta de divisas desde el mes de junio de 1995, hasta que se produjo la variación en la tasa de cambio y que a pesar de haber sido compelida a someterse a un débito excesivo y a recibir divisas a Bs. 290,00 por dólar, cuando su derecho era de recibirlas a Bs. 170,00 por dólar, tal circunstancia no le quita el derecho a reclamar la indemnización correspondiente al diferencial que injustamente le fue impuesto en contravención a principios generales de derecho nacional e internacional; e igualmente porque la Administración vulneró

la Resolución N° 19 emanada de la Junta de Administración Cambiaria, así como la cláusula vigésima del Convenio Cambiario N° 1 de fecha 11 de diciembre de 1995, disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias que imponían a la actividad administrativa la obligación de fijar la tasa de cambio para realizar los débitos correspondientes conforme a la fecha de la venta de los boletos aéreos, que es el momento en el cual se generaron saldos netos que podían ser remesados.

13. Que por tales motivos solicitan el pago, a título de resarcimiento por la responsabilidad extracontractual de la Administración, causada por el retardo e inactividad administrativa, de la pérdida del diferencial cambiario entre lo pagado al Banco Central de Venezuela a la tasa de Bs. 290,00 por dólar en lugar de Bs. 170,00 por dólar, para remesar a su casa matriz los excedentes producidos por la venta de boletos aéreos, durante los meses de junio, agosto y septiembre de 1995 y en lo que respecta a los meses de octubre de 1995 y marzo de 1996, solicitan igualmente le sea indemnizado la pérdida del diferencial cambiario a la que fue sometida su representada, por cuanto hubo un retardo injustificado por parte de la Administración en la expedición de las autorizaciones correspondientes a las remesas solicitadas en tales meses que condujo a la aplicación de una tasa de cambio muy superior a la vigente para la fecha en que se realizaron dichas solicitudes, lo cual fue estimado en la cantidad de DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO BOLÍVARES CON CERO CÉNTIMOS (Bs. 297.814.835,00).

14. Que en forma subsidiaria, y en caso de no ser acordada la diferencia indemnizatoria solicitada, demandan por separado tanto a la República Bolivariana de Venezuela como al Banco Central de Venezuela, en el supuesto que la Sala estime que uno sólo de ellos es el responsable de los daños originados a su representada.

III

CONTESTACIÓN A LA DEMANDA POR LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Mediante escrito presentado en fecha 27 de septiembre de 2000, las abogadas Ana Vejar Barajas y Rosa Rodríguez Nieves, inscritas en el Instituto Nacional de Previsión Social del Abogado bajo los Nros. 42.223 y 74.888, respectivamente, procedieron en su carácter de representantes de la República, a dar contestación al fondo de la demanda en los siguientes términos:

En primer lugar, negaron, rechazaron y contradijeron en todas y en cada una de sus partes, tanto los hechos como el derecho invocado por la actora en su escrito libelar, por cuanto la acción de indemnización por daños y perjuicios intentada – a su entender – carece de veracidad fáctica y fundamentación jurídica.

Seguidamente, indicaron que es improcedente la reclamación autónoma de daños y perjuicios por hecho ilícito, sin la previa solicitud y declaratoria de nulidad del acto administrativo causante del daño, de conformidad con el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

Por otra parte, alegaron que la Administración tiene derecho a modificar la paridad cambiaria cuando determinadas circunstancias de orden económico así lo aconsejen. En tal sentido, aducen que el procedimiento administrativo destinado a la adquisición de divisas a precios preferenciales, se enmarca dentro de las regulaciones de carácter económico dictadas por el Estado, cuyos elementos fundamentales son la heterogeneidad, el carácter intervencionista y la mutabilidad.

De igual modo, sostuvieron que “...para que se concrete la responsabilidad del Estado, es menester la ejecución de un acto, hecho u omisión que viole los límites de su poder. De modo que para que el administrado pueda invocar un derecho subjetivo a su favor es necesario, en primer lugar, que sea titular de tal derecho subjetivo y de otra parte, que el daño sufrido sea la consecuencia de una actuación antijurídica de la Administración quien también es titular, insistimos, de un derecho subjetivo que se concreta en la exteriorización de su poder...”.

Bajo estas premisas, dicha representación judicial estimó que “...siendo uno de los elementos del hecho ilícito, el incumplimiento o la violación del ordenamiento jurídico positivo, y siendo que la actuación de la Administración se ha adecuado en un todo al ordenamiento jurídico vigente, carece de toda fundamentación la pretendida responsabilidad que invoca la demandante... no sólo por no ser titular de un derecho subjetivo a la obtención de divisas a tasas preferenciales, como se evidencia de los argumentos que anteceden, sino también porque la actuación de la Administración carece de la antijuridicidad que se le atribuye, antes bien, se trata de una manifestación de su derecho subjetivo, de su potestad soberana”.

Asimismo, invocan una serie de decisiones judiciales conforme a las cuales se ha considerado improcedente la reclamación formulada por la actora y por otra parte, se ha establecido la inaplicabilidad de la normativa internacional citada como fundamento jurídico de su acción.

Finalmente, solicitaron que conforme a lo antes expuesto fuera declarada sin lugar la presente demanda.

IV

DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA POR EL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA

La representación judicial del Banco Central de Venezuela sostuvo en su escrito de contestación a la demanda, lo siguiente:

Que el régimen cambiario que rigió en Venezuela durante el período 1994-1996 estaba condicionado a las disponibilidades de divisas en el instituto emisor, cuyo precio se establecía en el momento de la venta de las divisas a los operadores cambiarios que hacían labor de intermediación en las operaciones de compraventa, situación que descarta, *ab initio*, cualquier pretensión que tenga como objeto la aplicación de tasas de cambio preferenciales o anteriores al momento en que se produce la venta de divisas.

En este mismo orden de ideas, destacan que en ejecución de las Normas para la Administración y Obtención de Divisas, el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela acordaron la celebración

del Convenio Cambiario N° 1, (G.O N° 4.747 Ext. del 09.07.94), cuyas cláusulas octava y novena establecieron que su representada vendería las divisas al tipo de cambio de Bs. 170,00 por dólar de los Estados Unidos de América, sólo cuando existan disponibilidades de acuerdo con el monto determinado por dicho Instituto. Asimismo, indicaron que en los sucesivos convenios cambiarios suscritos entre el Ejecutivo Nacional y el Banco Central de Venezuela dichas disposiciones conservaron su vigencia.

Igualmente alegaron que la intervención del estado en la economía y concretamente, en las operaciones de compra y venta de divisas, se justifica en la defensa de los superiores intereses de la colectividad: la estabilidad económica y financiera, señalando a tal efecto, que la Administración está facultada para intervenir en las relaciones económicas y para ello cuenta con los denominados poderes de policía económica y en ese sentido, el establecimiento de normas dirigidas a regular la adquisición y disposición de divisas por parte de particulares, constituyen una clara manifestación de esa potestad administrativa.

Por otra parte señalaron, que la naturaleza variable de las disposiciones reguladoras del régimen cambiario, pone de manifiesto que dicho régimen y concretamente, las normas que establecen una tasa o tipo de cambio fijo, no comporta la creación de un derecho a favor de los particulares, ni una obligación para los entes estatales de vender las divisas al precio estipulado, cuando además, ese régimen ha dejado de tener vigencia – como ocurre en el presente caso -.

Igualmente, alegaron que del examen de los textos normativos reguladores del régimen de control cambiario que estuvo vigente desde el año 1994 hasta el año 1996, queda evidenciado el carácter eminentemente discrecional de la potestad de la Administración cambiaria para conceder divisas a una tasa de cambio fija.

Por otra parte señalaron en cuanto al alegato de la parte actora, relativo a que a su representada le era aplicable la cláusula de la nación más favorecida, que la mayoría de los países miembros de la Organización Mundial del Comercio “...han reconocido la necesidad de relajar o flexibilizar la regla de la nación más favorecida con el fin de fomentar el crecimiento económico y participación en el comercio internacional de los países en vía de desarrollo...” y que de acuerdo al artículo XI , numeral segundo del Acuerdo de Marrakech “...los países menos adelantados reconocidos como tales por las Naciones Unidas sólo deberán asumir compromisos y hacer concesiones en la medida compatible con las necesidades de cada uno de ellos en materia de desarrollo, finanzas y comercio o con sus capacidades administrativas e institucionales...”.

Así, indicaron que conforme al citado tratado internacional es posible que aquellos países que estén atravesando dificultades financieras establezcan restricciones a la aplicación de la Cláusula de la Nación más Favorecida, aunado a que dicha cláusula sólo puede ser invocada para los supuestos en los cuáles ha sido establecida.

Igualmente alegaron que no es cierto que su representado le haya concedido divisas a Bs. 170,00 a otras aerolíneas que se encontraban en la misma situación de la demandante.

Por otra parte, entienden que no es posible la aplicación retroactiva de las normas que regulan la materia, por cuanto el principio general que rige la materia de compraventa de divisas, establecido en el artículo 94 de la Ley del Banco Central de Venezuela, dispone que el tipo de cambio aplicable para dichas operaciones es aquél que se encuentre vigente para la fecha en que se produzca el ingreso o egreso de las divisas respectivas “...(Artículo 94.- *Los pagos estipulados en monedas extranjeras se cancelarán salvo convención especial, con la entrega de lo equivalente en moneda de curso legal, al tipo de cambio corriente en el lugar a la fecha de pago*)...”.

Asimismo, indicaron que “...Tampoco podían tales autorizaciones, comportar el nacimiento de una obligación para el Banco Central de Venezuela de suministrar a la demandante las divisas solicitadas, toda vez que dichos actos tenían como único efecto el conceder la posibilidad de optar a la venta de divisas a una determinada tasa de cambio, pero en modo alguno crear en una esfera jurídica un derecho subjetivo a tales divisas...”.

Por otra parte, sostuvo que era imposible demandar daños y perjuicios dado que el acto administrativo que estableció la tasa de cambio aplicada se encuentra firme y al no existir “...un acto expreso de revocación ni mucho menos una decisión judicial que reconozca la nulidad de los actos administrativos que autorizaban la venta de divisas por el Banco Central de Venezuela, dictados por la Junta de Administración Cambiaria, cualquier demanda contra el Instituto Emisor que aspire una condena indemnizatoria en los términos de la presente reclamación administrativa (sic), debería ser declarada sin lugar...”.

Finalmente, concluye que “...No cabe argumentar en el presente caso la existencia de responsabilidad patrimonial del Banco Central de Venezuela por falta o funcionamiento anormal, ni mucho menos la existencia de la responsabilidad objetiva, pues no se encuentran dados los elementos indispensables para reclamar su procedencia...”.

V

PUNTO PREVIO

Como punto previo al fondo debe esta Sala pronunciarse en torno al alegato formulado por la representación judicial de la República, relativo a la improcedencia de la presente acción por cuanto – a su entender – no puede exigirse la reclamación autónoma de daños y perjuicios por hecho ilícito, sin la previa solicitud y declaratoria de nulidad del acto administrativo causante del daño, de conformidad con el artículo 131 de la Ley Orgánica de la Corte Suprema de Justicia.

En relación a este requisito, el artículo 131 de la Ley que rige las funciones de este Alto Tribunal de Justicia establece lo siguiente:

“Artículo 131. En su fallo definitivo la Corte declarará si procede o no la nulidad del acto impugnado y determinará los efectos de su decisión en el tiempo. Igualmente, la Corte podrá de acuerdo con los términos de la respectiva solicitud, condenar el pago de sumas de dinero y reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración, así como disponer lo necesario para el restablecimiento de las situaciones jurídicas subjetivas lesionadas por la actividad administrativa.”

Dicho dispositivo contempla la posibilidad de acumular en una misma demanda la pretensión de nulidad del acto administrativo recurrido y la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar.

Ahora bien, en el presente caso no se ha demandado la nulidad de acto administrativo alguno, sino que por el contrario, la pretensión de la actora se circunscribe al pago de una indemnización por daños y perjuicios derivados del retardo o inactividad de la Administración en producir determinados actos, los cuales debían emitirse con ocasión del cumplimiento y ejecución de actos administrativos previos o pendientes de ejecución. En efecto, si bien se cuestiona a la Administración el haber debitado de las cuentas de la demandante una cantidad de bolívares a una tasa determinada (Bs. 290,00 por dólar), no es menos cierto que la nulidad de dicho acto no ha sido recurrida, **sino los perjuicios que se originaron por la tardanza en adoptarlo**, pues de haber sido emitidos dentro del plazo que la demandante considera debido, el contravalor en bolívares de divisas solicitadas habría sido calculado a Bs. 170,00 por dólar.

En razón de lo anterior, el artículo 131 de la Ley que rige las funciones de Alto Tribunal de Justicia, no regula el supuesto de hecho a que se refiere la presente acción y por tanto, no es aplicable a la misma, toda vez que ésta se refiere a una reclamación autónoma de daños y perjuicios. De ahí que esta Sala deba forzosamente desestimar el punto previo analizado, relativo a la improcedencia de la presente acción. Así se decide.

VI

MOTIVOS PARA DECIDIR

El objeto de la presente acción se circunscribe a determinar si existe o no responsabilidad extracontractual tanto de la República como por el Banco Central de Venezuela, por la presunta actividad anormal de la Administración, derivada del retardo o inacción que suspendió, por una parte, durante un tiempo determinado, la entrega de divisas ya autorizadas por los organismos competentes, y por otra, la paralización del trámite de otras solicitudes en proceso de aprobación, circunstancias éstas que según dice la demandante generó daños en su esfera patrimonial, pues en los períodos que ella menciona el tipo de cambio varió en su perjuicio, lo cual conduce a esta Sala a examinar el marco que regula la venta de divisas a las líneas aéreas, dentro de un mercado controlado.

Al respecto, conviene advertir que en la referida regulación de la materia debatida en el presente caso, convergen normas provenientes tanto del derecho internacional como del derecho interno, siendo importante destacar que la aplicabilidad del primer grupo de las nombradas, se encuentra establecida en los artículos 6º del Decreto 268 de fecha 09 de julio de 1994, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.747 Extraordinario de la misma fecha y 8º del Decreto 714 de fecha 14 de junio de 1995, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.921 Extraordinario, instrumentos que contienen las Normas para la Administración y Obtención de Divisas, que con idéntico texto establecieron que: “...**las normas y compromisos internacionales establecidos**

en los acuerdos y tratados bilaterales, multilaterales y de integración serán de aplicación preferente a las disposiciones de este Decreto...”.

Siendo ello así, se aprecia que el Acuerdo para la Promoción y Protección Recíprocas de Inversiones, suscrito entre la República de Argentina y la República de Venezuela, en Caracas el 16 de noviembre de 1993, publicado en Gaceta Oficial N° 4.801, Extraordinario de fecha 1° de noviembre de 1994, dispone en su artículo 7 “*COMPENSACIÓN DE DAÑOS*”, lo siguiente:

“Los inversores de una Parte Contratante, que sufrieran pérdidas en sus inversiones en el territorio de la otra Parte Contratante, debido a guerra u otro conflicto armado, **estado de emergencia nacional**, revuelta, insurrección o motín, recibirán, en lo que se refiere a restitución, indemnización, compensación u otro resarcimiento, **un tratamiento no menos favorable que el acordado por ésta última a sus propios inversores o a los inversores de un tercer Estado.**”

Ahora bien, con relación al tratamiento que ha sido conferido a aerolíneas pertenecientes a terceros Estados para ejercer el derecho a remesar divisas a su casa matriz, se observa que el Acuerdo Sobre Transporte Aéreo, celebrado entre la República de Venezuela y la República de Colombia y suscrito en Bogotá el 8 de mayo de 1991, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 34.749 del 4 de julio de 1991, dispone en su artículo 17°.- TRANSFERENCIA, lo siguiente:

“La línea o líneas aéreas designadas por cada Parte Contratante, tendrán el derecho a convertir y transferir, la cantidad que exceda de los ingresos recibidos en el territorio de la otra Parte Contratante sobre sus gastos en el mismo, en relación con su actividad, como transportista aéreo.

Tal transferencia se efectuará conforme a la legislación interna de cada país.”
(Resaltado de la Sala).

Como puede apreciarse, dicho dispositivo prevé el derecho de adquirir y remesar divisas otorgadas a las líneas aéreas internacionales; sin embargo, del mismo no se evidencia todo lo concerniente a la tasa en bolívares en que podían ser adquiridas las mismas, ni el momento en el cual el Banco Central de Venezuela estaría obligado a venderlas, sino que, por el contrario, el mencionado tratado remite a la legislación interna de cada país, la cual será posteriormente analizada por esta Sala.

Por otra parte, invoca la demandante el Acuerdo celebrado entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos para Servicios Aéreos, suscrito en Caracas el 1° de julio de 1993 y publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.609 Extraordinario de fecha 9 de julio de 1993, el cual le sería aplicable en virtud de la denominada “Cláusula de la Nación más favorecida”, contenida en la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech donde se establece la Organización Mundial de Comercio, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinario N° 4.829 de fecha 29 de diciembre de 1994.

Específicamente, los demandantes destacan el contenido del artículo 10 del Acuerdo, el cual considera le debe ser reconocido y es del siguiente tenor:

“1. Las líneas aéreas de las Partes Contratantes tendrán libertad para convertir y transferir

desde el territorio de la venta al territorio de su sede y/o a otro territorio, cualquier cantidad que exceda, en el territorio de la venta, de los ingresos sobre los gastos. Estarán incluidos en tal transferencia neta las ganancias sobre las ventas realizadas directamente o a través de agentes, de los servicios de transporte aéreo y de los servicios auxiliares o complementarios y los intereses comerciales normales devengados por tales actividades mientras estén depositados en espera de la transferencia.

2. Tal transferencia **será hecha en moneda de libre conversión en concordancia con las leyes y reglamentos en vigor en el territorio de cada Parte Contratante.**

Si fuese aplicable, las líneas aéreas de las Partes Contratantes recibirán la aprobación para dichas transferencias en un lapso máximo de 30 días después de la solicitud, en moneda libremente convertible a la tasa de cambio para la conversión de la moneda local, para la fecha de la venta”. (Destacado de la Sala).

Con relación a dicha norma aducen los demandantes que la misma sirve de sustento a su pretensión, básicamente por dos motivos fundamentales. El primero de ellos, es que la tasa de cambio aplicable a las divisas a ser remesadas sería la vigente a la fecha de la venta de los boletos aéreos o en todo caso a la fecha de la solicitud de adquisición de divisas; y en segundo lugar, que el lapso máximo de aprobación para su solicitud de adquisición sería de 30 días. Sin embargo, la interpretación que esta Sala ha dado a tales normas es radicalmente opuesta a lo expresado por la demandante. En efecto, en reciente decisión, signada con el N° 00469, dictada en fecha 25 de marzo de 2002 con ocasión del juicio intentado por la sociedad mercantil AEROVÍAS NACIONALES DE COLOMBIA S.A vs. REPÚBLICA DE VENEZUELA y EL BANCO CENTRAL DE VENEZUELA, y posteriormente ratificada en sentencia N° 00480, del 26 de ese mismo mes y año, Caso: AMERICAN AIR LINES INC, se dispuso lo siguiente:

“...Si bien el texto transcrito señala que la transferencia operará sobre las ganancias obtenidas por las ventas producidas; y que tal transferencia será hecha en moneda de libre conversión a la tasa de cambio para el momento de la venta, no escapa a esta Sala que el mismo dispositivo destaca que ésta se hará ***‘en moneda de libre conversión en concordancia con las leyes y reglamentos en vigor en el país de cada Parte Contratante.’***...”

Concluyendo a tal efecto la decisión citada, que el artículo 10 del Acuerdo celebrado entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos para Servicios Aéreos, en lo atinente al lapso para aprobar las solicitudes de venta de divisas emplea la expresión ***“si fuese aplicable”***, con lo cual se quiere significar que existe una remisión expresa al marco legal interno de cada país suscriptor de dicho acuerdo.

Asimismo, cabe agregar que el punto N° 2 del artículo 10 del Acuerdo suscrito entre Venezuela y el Reino de los Países Bajos para Servicios Aéreos establece que “...**si fuese aplicable**, las líneas aéreas de las Partes Contratantes recibirán la aprobación para dicha transferencia en un lapso máximo de 30 días después de la solicitud, **en moneda libremente convertible** a la tasa de cambio para la conversión de la moneda local, para la fecha de la venta...”, por lo cual, se reitera que, dicha disposición atiende

únicamente a **las transferencias que pueden realizarse libremente** para la fecha de la venta y no, como en el caso de autos, **bajo un régimen controlado de divisas**; y por consiguiente, no puede pretender la accionante que la Administración hubiera proveído tales solicitudes en el referido lapso ya que las condiciones particulares que rodean al presente caso, ponen de manifiesto elementos distintos al supuesto de hecho previsto en tales normas. Así se declara.

De manera que siendo lo determinante el régimen interno para la obtención y administración de divisas, en relación con la pretensión deducida en autos, esta Sala pasa a analizar el mismo, para lo cual debe detener dicho estudio, en primer lugar, en las normas que regulan el régimen de responsabilidad patrimonial de la República.

En tal sentido, se debe destacar que el tema de la responsabilidad extracontractual de la Administración Pública, de manera especial dentro de los temas del derecho administrativo y del desarrollo del sistema jurídico contencioso administrativo, guarda complejidades de grado sumo. Al respecto, esta Sala ya ha advertido en anteriores oportunidades que “...a la luz de la Constitución vigente queda establecida de una manera expresa y sin necesidad de recurrir a interpretación alguna, la responsabilidad patrimonial de la Administración Pública por los daños que sufran los administrados como consecuencia de su actividad. En efecto, la autonomía de la responsabilidad del Estado deriva – entre otras- de las disposiciones constitucionales contenidas en los artículos 3, 21, 30, 133, 140, 259 y 316...”. (Vide. sent. N° 00943, publicada el 11 de mayo de 2001. Caso: Gladys Josefina Jorge Saad de Carmona vs. República).

Así, el artículo 140 de nuestro Texto Fundamental dispone:

“El Estado responderá patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública.”

Sin embargo, el régimen de responsabilidad de la Administración, vigente para la fecha en que ocurrieron los hechos que originaron la presente demanda, era el previsto en el artículo 47 de la Constitución de 1961, el cual consagra un mecanismo en el cual venezolanos y extranjeros podían reclamar indemnizaciones por daños, perjuicios y expropiaciones al Estado, cuando éstos fueren causados por autoridades legítimas en ejercicio de sus funciones, al disponer que ***“En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o excepciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública”***.

De manera que en los términos del texto constitucional, los elementos constitutivos que deben concurrir para la procedencia de la responsabilidad patrimonial derivada de la actuación normal o anormal de la Administración son: a.- Que se haya producido un daño a los particulares en la esfera de sus bienes y derechos. b.- Que el daño inferido sea imputable a la Administración, con motivo de su funcionamiento y c.- La relación de causalidad que obligatoriamente debe existir entre el hecho

imputado y el daño producido.

Sin embargo, conviene advertir que los requisitos anteriormente enunciados, aún estando presentes, no darían lugar al resarcimiento del daño, cuando su objeto indemnizatorio comporte una actividad de naturaleza ilícita por parte de los afectados, pues no podría el Estado indemnizar a los particulares que sufran los daños generados como consecuencia de su actuación ilegal; y aún más, el perjuicio debe realmente constar, ser procedente y afectar bienes susceptibles de ser jurídicamente protegidos.

Determinado lo anterior, pasa esta Sala a analizar si tales elementos se encuentran presentes en el caso de autos.

A.- Sobre la existencia del daño: La demandante ha sostenido que sufrió un perjuicio en su integridad patrimonial, constituido por:

a.i.- La pérdida del diferencial cambiario de Bs. 170,00 a Bs. 290,00 por dólar, originado en la tardanza de la Administración en debitar de su cuenta el contravalor en bolívares en forma oportuna; y porque el débito materializado fue incorrectamente calculado, pues se debió realizar de acuerdo a la tasa vigente para el momento en que fueron vendidos los boletos aéreos que originaban el excedente a remesar. Tales son los presupuestos de hecho que evidenciarían la existencia de los daños presuntamente infligidos a la Administración, en relación a las solicitudes de divisas correspondientes a junio, agosto y septiembre de 1995, los cuales fueron calculados por la demandante en la suma de CINCUENTA Y OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SEIS BOLÍVARES CON CERO CÉNTIMOS (Bs. 58.198.806,00).

a.ii.- El daño ocasionado por la inactividad de la Administración, concretada en la ausencia o falta de autorización que debió expedir la autoridad cambiaria en relación con la solicitud de adquisición de divisas para la remesa de octubre de 1995 y marzo de 1996, por US\$ 735.744,00 y US\$ 595.649,50, formuladas en fechas 22 de noviembre de 1995 y 6 de mayo de 1996, pérdida cambiaria que alcanzaría la suma de DOSCIENTOS NOVENTA Y SIETE MILLONES OCHOCIENTOS CATORCE MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y CINCO BOLÍVARES CON CERO CÉNTIMOS (Bs. 297.814.835,00).

Con relación a este primer elemento (la existencia del daño) la Sala observa lo siguiente:

a.i.- De las actas procesales se desprende que una porción del daño sufrido y reclamado por la demandante en su esfera patrimonial deriva de los documentos cursante en autos. En efecto, el 10 de julio de 1995, AEROLÍNEAS ARGENTINAS S.A solicitó autorización para adquirir divisas por un monto de US\$ 167.629,77, y el 6 de septiembre y 6 de octubre de 1995 realizó similares solicitudes por US\$ 154.918,28 y 162.442, respectivamente, cuando la tasa de cambio vigente era de Bs. 170,00. Las referidas solicitudes fueron aprobadas en fechas 4 y 18 de diciembre de 1995, aprobación recibida por el banco tramitador el 12 y 26 de diciembre de dicho año, respectivamente, y efectivamente debitadas de la cuenta de la demandante el 28 de diciembre de 1995 cuando la tasa de cambio era de Bs. 290,00 por

dólar, lo cual evidencia la pérdida del diferencial cambiario entre las fechas de las solicitudes y sus débitos, de Bs. 120,00 por cada dólar adquirido (Anexo “E”, folios 404 al 435, primera pieza). 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.

a.ii.- En cuanto a la existencia del daño presuntamente ocasionado por la inactividad de la Administración, traducido en su negativa a autorizar las divisas correspondientes a los meses de octubre de 1995 y marzo de 1996, se observa:

La verificación de la existencia del daño en relación con este particular, necesariamente debe vincularse a la potestad discrecional de la Administración para acoger o negar las solicitudes de autorización de venta de divisas que les eran requeridas, pues ésta recibía las solicitudes, las examinaba, y de acuerdo a los requisitos que ella misma fijó, decidía si las aprobaba o negaba. En caso de autorizarlas, la materialización de la venta, como se advertirá *infra*, quedaba sujeta a la disponibilidad de divisas en el poder del Banco Central de Venezuela, conforme a las prioridades que establecía el Ejecutivo Nacional, las cuales se relacionaban, fundamentalmente, con el abastecimiento de bienes esenciales requeridos por la población.

En el presente caso, consta en autos que no fueron dadas las autorizaciones de divisas para efectuar remesas correspondiente a octubre de 1995 y marzo de 1996, y se desprende de este expediente que la demandante, fuera de haber consignado su solicitud, no ejerció recurso alguno contra la negativa de las autoridades cambiarias de autorizar divisas.

Por otra parte, tampoco se evidencia de autos que la demandante hubiere cumplido con la normativa pautada por la Junta de Administración Cambiaria y la Oficina Técnica de Administración Cambiaria que permita a esta Sala examinar si la actividad de la Administración, cuya discrecionalidad radicaba en otorgar y distribuir divisas en función de las necesidades prioritarias de abastecimiento de materias primas y mantenimiento de las reservas internacionales, devino en obligatoria en virtud del cumplimiento de todos los requisitos por ella exigidos para el otorgamiento de las divisas, incluidas las atinentes a la preservación del desarrollo de la economía.

En efecto, no existe ningún medio probatorio del cual se evidencie que la Administración estuviere obligada a expedir la autorización a que alude el solicitante, habida cuenta de las restricciones existentes que justificaron la centralización y control de la compra y venta de divisas por parte del Banco Central de Venezuela. En consecuencia, resulta claro que no se encuentra demostrada la existencia del presunto daño ocasionado por la inactividad de la Administración en acordar la autorización para remesar divisas correspondiente al mes de octubre de 1995 y marzo de 1996. Así se decide.

B.- Sobre la imputación del daño a la actividad de la Administración:

Determinado que existió un daño patrimonial que soportó la demandante, el cual se contrae exclusivamente a la pérdida del diferencial cambiario en relación con las remesas de divisas

correspondientes a junio, agosto y septiembre de 1995, es preciso dilucidar si tal daño es imputable a la Administración en relación con su funcionamiento anormal o ilegítimo; siendo este último el segundo requisito constitutivo de la responsabilidad del Estado.

Con relación a dicho elemento, se observa lo siguiente:

La sociedad mercantil demandante imputa a la Administración el daño sufrido, por no autorizar la venta de divisas correspondientes a junio, agosto y septiembre de 1995 en tiempo oportuno, por lo cual corresponde examinar tal alegato, en función de los planteamientos de las partes y conforme a la normativa jurídica nacional, a la cual remiten los instrumentos internacionales que han sido mencionados anteriormente.

Siguiendo la premisa de razonamiento señalada, se observa que el Decreto N° 268 de fecha 9 de julio de 1994, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.747 Extraordinario de la misma fecha, que contiene las Normas para la Administración y Obtención de Divisas, dispuso, en su artículo 2° lo siguiente:

“El Banco Central de Venezuela centralizará la compra y venta de divisas, salvo las excepciones que se establezcan, **y adquirirá y venderá las divisas a los tipos de cambio que se fijen en los convenios cambiarios.**” (Negrillas de la Sala).

Asimismo, el artículo 9 *eiusdem*, en su primer aparte, estableció que **“El Banco Central de Venezuela sólo venderá divisas cuando existan disponibilidades de acuerdo con el monto determinado por dicho Instituto de conformidad con este artículo”** norma que se reitera en la Cláusula Novena del Convenio Cambiario N° 1 de la misma fecha.

En igual sentido, la Resolución N° 19 de fecha 23 de agosto de 1994, publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.530 de la misma fecha, dictada por la Junta de Administración Cambiaria, dispuso en su artículo 1° lo siguiente:

“Las Líneas Aéreas Internacionales debidamente autorizadas por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones para operar o mantener oficinas de representación o agencias en el territorio nacional podrán, **previa aprobación de la Junta de Administración Cambiaria o el órgano administrativo cambiario competente para adquirir del Banco Central de Venezuela,** por intermedio de la banca, divisas a objeto de remesar a su casa matriz en su país de origen, el saldo neto de los ingresos obtenidos en el país una vez descontados todos los costos y gastos incurridos en el territorio nacional, necesarios para el buen funcionamiento de las operaciones en el país”. (Negrillas de la Sala)

Por último el Convenio Cambiario N° 1 de fecha 9 de julio de 1994 estableció en su cláusula octava la tasa de cambio en Bs. 170,00 por dólar para la venta.

De los textos transcritos, se evidencia, por una parte, que la tasa de cambio vigente era de Bs. 170,00, tasa de carácter temporal que sufrió sucesivas modificaciones por ulteriores decretos y

convenios cambiarios, pasando a Bs. 290,00 por dólar en fecha 11 de diciembre de 1995, hasta llegar al régimen de libre convertibilidad de la moneda de acuerdo con la fluctuación de la oferta y la demanda o el sistema de fluctuación de tasa entre bandas, lo cual lleva a concluir que las tasas vigentes debían entenderse en relación directa con la real disponibilidad de divisas que poseía el Banco Central de Venezuela, cuyo poder discrecional derivado del artículo 9º del Decreto N° 268, anteriormente citado, lo faculta para vender las divisas de acuerdo con el monto que dicho instituto estimaba, lo cual **no podía hacer sino a la tasa vigente en el momento en que se materializara la venta de divisas y no de los boletos aéreos**. Así se declara.

Por otra parte, la demandante sostiene que solicitó ante la Oficina Técnica de Administración Cambiaria las autorizaciones de compra de divisas para las remesas correspondientes a los meses de junio, agosto y septiembre de 1995 en fechas 10 de julio, 6 de septiembre y 6 de octubre de 1995, momento en el cual el contravalor en bolívares de las divisas solicitadas debió ser debitado, según la accionante, a la tasa vigente para la fecha de la venta de los boletos y de la solicitud de remesas correspondientes.

Al respecto, la Cláusula vigésima del Convenio Cambiario N° 1 celebrado entre el Ministerio de Hacienda y el Banco Central de Venezuela, de fecha 11 de diciembre de 1995, publicado en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.856 estableció:

“Las operaciones de venta de divisas cuya liquidación haya sido solicitada al Banco Central de Venezuela por los operadores cambiarios antes de la entrada en vigencia del presente Decreto, se realizarán al tipo de cambio establecido en el Convenio Cambiario N° 1 de fecha 9 de julio de 1994. Las operaciones de venta de divisas efectuadas por los operadores cambiarios antes de la entrada en vigencia del presente Convenio, con base a las autorizaciones genéricas emitidas conforme a lo previsto en el Decreto 714, serán liquidadas por el Banco Central de Venezuela al tipo de cambio establecido en lo Convenios Cambiarios 1 y 2, según corresponda. Igual tipo de cambio se aplicará para la compra de divisas realizadas por los operados cambiarios antes de la fecha de vigencia de este Convenio.”

En razón del texto anterior, advierte la demandante un supuesto reconocimiento expreso del Banco Central de Venezuela de que vendería divisas a la tasa de Bs. 170,00 por dólar que estableció el Convenio Cambiario N°1 de fecha 9 de julio de 1994, sólo en el caso de que aquellas operaciones de venta de divisas cuya **liquidación** hubiese sido solicitada por los operadores cambiarios antes del 11 de diciembre de 1995. Esto significa que el banco tramitador, una vez tramitada la operación, hubiere requerido del Banco Central de Venezuela la materialización de la venta de divisas con anterioridad a esa fecha, por lo cual para el instituto emisor, la fecha de solicitud de divisas formulada por AEROLÍNEAS ARGENTINAS, S.A, a la Junta de Administración Cambiaria y el examen de los recaudos que se acompañan a dicha solicitud que le correspondía efectuar a la Oficina Técnica de Administración Cambiaria, constituían procedimientos previos y ajenos que eran competencia de otros

organismos, limitando su accionar a tramitar las **solicitudes de liquidación de divisas** que reposaran en su despacho.

Sin embargo, en el caso de autos, se observa que la solicitud de divisas para efectuar la remesa correspondiente al mes de junio de 1995 fue dirigida por AEROLÍNEAS ARGENTINAS al Banco Provincial, que fungía como su operador cambiario, el 10 de julio de 1995 y recibida por ese banco el 13 de ese mismo mes y año. Luego, mediante autorización de compra de divisas N° 0695001588779012, de fecha 4 de diciembre de 1995, la Junta de Administración Cambiaria otorgó autorización para adquirir divisas, la cual fue recibida por el Banco Provincial el 12 de diciembre de 1995, como consta de documento inserto al folio 409 de la 1° pieza del expediente, por lo cual resulta evidente que el operador cambiario no pudo consignar, con anterioridad a esta última fecha, la solicitud de **liquidación** de divisas al Banco Provincial antes de la entrada en vigencia del Convenio Cambiario N° 1, en fecha 11 de diciembre de 1995. En tal virtud, las divisas debitadas por el instituto emisor a la tasa vigente en el referido instrumento, de Bs. 290,00, se corresponde plenamente con el contenido y fines de la normativa aplicable. Así se declara.

Respecto a las solicitudes de divisas correspondientes a los meses de agosto y septiembre de 1995, cabe idéntico razonamiento, sólo que con relación a esta última ninguna fue consignada la autorización de tal remesa y por tanto, resulta imposible constatar la fecha en la que tuvo lugar la misma o el momento en que fue recibida por el operador cambiario; no obstante al tratarse de una remesa de un mes posterior a los debatidos en autos, es evidente que la eventual autorización de dicha solicitud de divisas fue posterior a las fechas indicadas para los meses de junio y agosto, las cuales se expidieron el 12 y 26 de diciembre de 1995, esto es posteriormente a la fecha en que entró en vigencia el Convenio Cambiario que fijó como tasa de cambio aplicable la de Bs. 290 por dólar.

En efecto, en lo atinente a la solicitud perteneciente al mes de agosto de 1995, se observa que ésta fue realizada el 6 de septiembre de 1995 y se autorizó por la Junta de Administración Cambiaria el 26 de diciembre de 1995, por lo que, hasta esta última fecha, el Banco Provincial no podía liquidar dichas divisas pues no contaba con el requerimiento para hacerlo.

En cuanto a la solicitud de divisas, correspondiente al mes de octubre de 1995 y marzo de 1996, si la misma no fue autorizada por el organismo competente en materia cambiaria, mucho menos pudo el Banco Central de Venezuela tramitar liquidaciones de divisas sobre las cuales no tenía conocimiento.

Respecto al segundo supuesto contemplado en la cláusula vigésima del Convenio Cambiario N° 1 del 11 de diciembre de 1995 ya transcrito, según el cual las operaciones de venta de divisas que efectuaran los operadores cambiarios con base a las autorizaciones genéricas contenidas en el Decreto N° 714 de fecha 14 de junio de 1995, éste no resulta aplicable al caso de autos, pues las autorizaciones emitidas por los organismos cambiarios a la demandante no eran de carácter genérico, sino específicas conforme a la Resolución N° 19 de la Junta de Administración Cambiaria, exclusivamente destinadas a las remesas de los excedentes de las líneas aéreas que operaban en el país, como expresamente lo

reconoce la accionante en su escrito de demanda; y en cuanto al último supuesto de aplicación el tipo de cambio a Bs. 170,00 contenido en la cláusula décima del Convenio Cambiario N° 1 del 11 de diciembre de 1995, el mismo se relaciona con compra de divisas y no con la venta de ellas, lo cual resulta ajeno al caso de autos.

En consecuencia, el Banco Central de Venezuela debitó el contravalor en bolívares de las divisas solicitadas, de acuerdo al régimen cambiario instaurado por el Convenio Cambiario N° 1 del 11 de diciembre de 1995, el cual no hizo excepción alguna que permita sostener el derecho de la demandante de recibir divisas a una tasa menor de la que fijaba dicho convenio. Así se decide.

Establecido lo anterior, cabe agregar que resulta contradictorio, a juicio de esta Sala, que se esgrima como fundamento de una pretensión resarcitoria de daños y perjuicios el presunto retardo de la Administración en vender divisas ya autorizadas, y simultáneamente sostener la ilegalidad de la venta ya materializada, como lo hace la demandante al argüir que el débito materializado en sus cuentas abiertas en el Banco Central de Venezuela fue incorrecto porque se hizo con fundamento en la tasa vigente de Bs. 290,00, cuando debió ser de Bs. 170,00 por dólar.

En efecto, el acto por el cual se vendieron las divisas a Bs. 290,00 por dólar para las remesas de junio, agosto y septiembre de 1995, no es susceptible de ser examinado pues, como se advirtiera *supra*, contra el mismo no fue ejercido el recurso adecuado de impugnación para ello dentro de los plazos legalmente establecidos, y de ninguna forma se impugnó el Convenio Cambiario N° 1 de fecha 11 de diciembre de 1995 por el que se estableció dicha tasa, por lo cual tanto el acto que otorgó las divisas como el convenio que sirvió de fundamento a dicho acto no son susceptibles de revisión en cuanto a su legalidad.

En tal virtud, todas las denuncias sobre la presunta actividad anormal de la Administración, referidas a presuntas violaciones al ordenamiento jurídico nacional relacionadas con el principio de legalidad, retroactividad, igualdad de derechos frente a las cargas públicas y usurpación de atribuciones que esgrimiera la sociedad mercantil demandante deben ser completamente desestimadas, pues, se insiste, la acción autónoma de daños y perjuicios **se circunscribe exclusivamente al retardo de la Administración en autorizar la adquisición de las divisas**, mas no a impugnar aquellos actos por los cuales se vendieron las divisas a Bs. 290,00 por dólar para las remesas de julio, agosto y septiembre de 1995, mediante el mecanismo de debitar de la cuenta de la demandante el respectivo contravalor. Así se decide.

Con relación a este punto, destaca la Sala que la Resolución N° 10 de fecha 22 de agosto de 1994 no contempló un lapso obligatorio para la Administración dentro del cual ésta debía aprobar o negar las solicitudes de adquisición de divisas que consignaran las líneas aéreas. En efecto, la referida Resolución dispuso que “Las Líneas Aéreas Internacionales (...) **podrán, previa aprobación de la Junta de Administración Cambiaria o el órgano administrativo cambiario competente, adquirir del Banco Central de Venezuela**, por intermedio de la banca, divisas a objeto de remesar a su casa matriz en su

país de origen, el saldo neto de los ingresos obtenidos en el país...”.

El referido texto consagra una potestad facultativa para los organismos cambiarios de aprobar o no las divisas solicitadas y si bien tal resolución hacía referencia a la posibilidad de remesar excedentes, en su texto se precisaba que las cantidades a remesar estaban sujetas a la previa aprobación del organismo cambiario competente, sin especificación alguna del lapso que tenía dicho organismo para tramitar las solicitudes, cuestión perfectamente explicable dentro del contexto general de la normativa cambiaria.

En efecto, el artículo 9º del Decreto N° 268 del 9 de julio de 1994 dispuso que:

“El Presidente de la República, en Consejo de Ministros aprobará los lineamientos generales para distribución del monto de las divisas, oída la opinión de la Junta de Administración Cambiaria. Dicho monto será determinado trimestralmente por el Banco Central de Venezuela, con base fundamentalmente, en la información que a estos efectos deben remitirle Petróleos de Venezuela S.A y el Ministerio de Hacienda, y que será ajustado por el Instituto Emisor, cada vez que así lo determinen el flujo de caja en moneda extranjera de dicho Instituto.”

Con base en el texto transcrito, esta Sala ha interpretado en oportunidades precedentes lo siguiente:

“...una vez presentadas las solicitudes de adquisición de divisas por los operadores cambiarios a la Junta de Administración Cambiaria, no podía dicho organismo autorizarlas sin antes obtener los lineamientos generales para su distribución, lo cual hacía el Presidente de la República en Consejo de Ministros con base en un monto determinado **trimestralmente**, por el Banco Central de Venezuela y oída la opinión de la Junta de Administración Cambiaria, por lo cual el lapso mínimo de autorización de divisas no podía ser menor a tres meses; y aun mas, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ‘La tramitación de solicitudes y resolución de expedientes no podrá exceder de cuatro (4) meses, salvo que medien causas excepcionales’ (Omissis)...”. (Vide. Sentencia N°00469, de fecha 25 de marzo de 2003, Caso: AVIANCA Vs. República de Venezuela y otro, Exp: 14.637).

De lo anterior, resulta evidenciado que no hubo retardo en la autorización de divisas, pues las solicitudes presentadas en fechas 10 de julio y 6 de septiembre de 1995, fueron aprobadas el 12 y 26 de diciembre de 1995, respectivamente, es decir después de que expirara el **lapso mínimo** de 3 meses para la determinación del monto en Consejo de Ministros, circunstancia esta última que se justifica en la medida en que la mencionada autorización sólo podrá acordarse cuando exista la disponibilidad de tales divisas, lo cual es una situación ajena y distinta a la referida determinación del monto, dado que no consta en autos que para las mencionadas fechas de las aprobaciones respectivas existiera la citada disponibilidad de divisas. Así se decide.

En cuanto a la solicitud de divisas realizada el 6 de octubre de 1995, la demandante no consignó copia de la autorización respectiva y por ende, resulta imposible establecer si hubo o no retardo en la

emisión de dicha aprobación. Así se decide.

Asimismo, resulta preciso destacar lo indicado tanto por la representación judicial de la República Bolivariana de Venezuela, como por el Banco Central de Venezuela, en el sentido de que no es posible reclamar el resarcimiento de daños y perjuicios cuando la actividad de la Administración se manifiesta a través del ejercicio de su poder de soberanía en materia económica y monetaria, por lo cual las autorizaciones expedidas por las autoridades cambiarias para compra de divisas en un mercado controlado son meras expectativas de derecho que no otorgan a sus titulares derechos subjetivos, pues toda venta de divisas que se hubiese autorizado previamente estaba sometida a la definitiva condicionante de la disponibilidad de divisas en el Banco Central de Venezuela, organismo que las entregaría, de haber disponibilidad, a la tasa vigente para el momento de la venta. En consecuencia, alegan, en ningún caso puede imputarse a la Administración el supuesto daño que alega la demandante.

Respecto al alegato de los demandados vinculados al hecho de que no es susceptible invocar derechos subjetivos en relación a la política estatal que define sus lineamientos en materia económica y monetaria, considerado por la demandante como un pretendido funcionamiento anormal de la Administración, se observa:

Ha sido reiterada la jurisprudencia de esta Sala en cuanto a que las autorizaciones emitidas por las autoridades cambiarias respecto de las solicitudes de divisas dentro de un mercado controlado, no generan derechos subjetivos para los particulares, porque las medidas que dicta el Ejecutivo Nacional en materia económica, monetaria o fiscal son adoptadas en función del interés colectivo y en ejercicio del poder soberano que lo inviste de una facultad discrecional. Así, en sentencia N° 514 de fecha 7 de octubre de 1993, caso Laboratorios Sánalo C.A. se asentó:

(Omissis...)

“La paridad cambiaria siempre puede ser modificada por el Estado, siendo contrario a los principios que informan la actividad pública en materia monetaria el sostener que las personas naturales o jurídicas afectadas puedan invocar, en razón de las normas derogadas un derecho adquirido al tipo de cambio aplicable antes de cada modificación de la paridad cambiaria (...) la modificación de la paridad cambiaria por parte del Estado no es un hecho ilícito, sino el ejercicio lícito de una facultad soberana y, en consecuencia, es contrario a derecho reclamar divisas al tipo de cambio previsto en la normativa derogada, o pretender obtener una indemnización por haber tenido derecho a adquirir divisas a un tipo de cambio mayor. Así se declara”.

Conforme a la jurisprudencia citada, que se reitera plenamente en esta ocasión, no tiene la demandante, dentro del marco del ordenamiento jurídico interno, un derecho subjetivo que le permita accionar en función de obtener el reconocimiento judicial a su pretensión de que se le debieron debitar de su cuenta los bolívares correspondientes a una tasa que estuvo vigente al momento en que solicitó las divisas, presupuesto que se extiende, indudablemente, al momento en que supuestamente fueron vendidos los boletos aéreos donde se generaron los excedentes a remesar, motivo de la solicitud y

posterior autorización de divisas a tipo de cambio controlado.

Constan igualmente en autos, las pruebas de informes requeridas por la accionante al Banco Central de Venezuela, donde la Junta Directiva del Instituto Emisor, consigna actas donde se da cuenta del sucesivo descenso de la disponibilidad de divisas que aconsejaron suspender la venta y recomendar a la Junta de Administración Cambiaria paralizar las autorizaciones pendientes, por la abrupta caída de la disponibilidad de divisas destinadas al pago de la deuda privada externa y transferencias de capital, así como de las reservas internacionales, por lo cual estando comprobado que no existía suficiente disponibilidad de divisas y siendo la política monetaria una cuestión de soberanía del Poder Público frente a la cual no cabe alegar derechos subjetivos, aunado a la inaplicabilidad en este caso concreto de las normas de derecho internacional público invocadas, no resulta imputable a la Administración por funcionamiento normal o legítimo, el daño cuyo resarcimiento pretende la parte actora. Así se decide.

En tal sentido, en reciente decisión de esta Sala, signada con el N° 00469, de fecha 25 de marzo de 2003, recaída en el Caso: AVIANCA Vs. REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA y otro, Exp: 14.637) se ha destacado que “...la disponibilidad de divisas en poder del Banco Central de Venezuela, no es en sí misma una actividad, sino una circunstancia determinada por un variado número de factores, como aquellos que derivan de los ingresos de la República producto de su actividad petrolera, de los pagos que deba hacer de compromisos internacionales destinados a honrar la deuda pública externa, u otros factores igualmente importantes. Las actividades del Banco Central de Venezuela atienden a la centralización, control y posterior distribución de las divisas ingresadas al país, para lo cual fue facultado con ese objeto, y con la finalidad, entre otras, de no permitir la caída de las reservas internacionales, para asegurar el cumplimiento de los compromisos ya asumidos y que la política que se adopte en materia monetaria no afecte la estabilidad económica indispensable para el desarrollo y progreso del país en su conjunto y de sus habitantes en particular...”.

En dicho marco, continúa expresando la decisión citada que, “...los decretos y convenios cambiarios sucesivamente dictados durante el período 1994 – 1996 responden a una necesidad atinente a la responsabilidad del Estado, que debe preservar, mediante la adopción de políticas públicas, el desarrollo ordenado de la economía en interés de la colectividad y en tal virtud, fue restringida la circulación de divisas para un sector mayoritario de la sociedad; y se dispuso, con base en normas de derecho público interno e internacional, que determinados sectores económicos tendrían acceso, en un mercado controlado, a adquirir las divisas que otros sectores de la economía y particulares, que eran la mayoría, no podían adquirir por las restricciones ordenadas con base en criterios de preservación del flujo de divisas...”; siendo esto último de vital importancia para el presente caso, pues uno de los sectores prioritariamente favorecidos fueron precisamente las líneas aéreas que operaban en el país, al punto de serles asignadas, periódicamente, cantidades ingentes de divisas que libremente podían remesar a sus países de origen, al cambio vigente para el momento en que les eran vendidas por el Banco Central de Venezuela, lo cual no constituía un daño, sino una evidente posición de privilegio frente al

conglomerado general.

En tal virtud, 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, que por voluntad del Estado se minimizó al punto de ser consideradas beneficiarias de un régimen de control de divisas que impedía a la mayoría de la población acceder como ellas pudieron hacerlo.

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.

Aún más, en criterio de la Sala, no es posible invocar daños y perjuicios por la actividad legítima de la Administración cuando quien la acciona es directamente beneficiario de un régimen preferencial que el mismo Estado le ha otorgado, cuando éste, a través de la adopción de políticas públicas, ha considerado que debe proteger a determinados actores económicos por la incidencia que sus operaciones tienen en la marcha general de la economía, otorgándoles el derecho a adquirir divisas preferenciales con la finalidad de que mantengan un adecuado nivel de equilibrio económico, operatividad y rentabilidad que en ningún caso alcanzarían en momentos de insuficiencia de divisas que afectan a toda la población, si no hubiese mediado la protección estatal.

Finalmente, en relación a la petición subsidiaria, relativa a que sea considerado individualmente responsable el Banco Central de Venezuela o en su defecto a la República Bolivariana de Venezuela, esta Sala considera que en los términos arriba indicados no tiene sentido analizar la procedencia de dicha pretensión ya que en ningún caso, esto es conjunta o separadamente, les es imputable a los entes demandados el daño que sufrió la demandante. Así se decide.

VI DECISIÓN

Por las razones expuestas, el Tribunal Supremo de Justicia, en Sala Político Administrativa, administrando justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley, declara:

1.- **SIN LUGAR** la demanda que por daños y perjuicios siguió la sociedad mercantil **AEROLÍNEAS ARGENTINAS S.A.**, en forma solidaria contra la **REPÚBLICA DE VENEZUELA (AHORA REPÚBLICA BOLIVARIANA DE VENEZUELA) Y EL BANCO CENTRAL DE**

VENEZUELA; así como la demanda subsidiaria ejercida contra éstos individualmente considerados.

2.- Se condena en costas a la parte demandante por haber resultado totalmente vencida en este juicio, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 274 del Código de Procedimiento Civil.

Publíquese, regístrese y comuníquese.

Dada, firmada y sellada, en el Salón de Despacho de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, en Caracas, a los quince (15) días del mes de mayo del año dos mil tres. Años: 193° de la Independencia y 144° de la Federación.

El Presidente,

LEVIS IGNACIO ZERPA

El Vicepresidente,

HADEL MOSTAFÁ PAOLINI

Magistrada - Ponente

YOLANDA JAIMES GUERRERO

La Secretaria,

ANAÍS MEJÍA CALZADILLA

YJG/bpc

Exp. N° 1999-15531.

El Magistrado **Hadel Mostafá Paolini**, disiente del criterio expuesto por los distinguidos Magistrados que conforman la mayoría sentenciadora en esta causa, referida a la demanda incoada por los apoderados judiciales de la sociedad mercantil **AEROLÍNEAS ARGENTINAS, S.A.** solidariamente contra la **República de Venezuela** y el **Banco Central de Venezuela**, en razón de la presunta responsabilidad extracontractual en la que incurrieron los demandados por el retardo o inactividad administrativa que ocasionó la pérdida del diferencial cambiario, a la empresa demandante, durante el régimen de restricciones en la venta de divisas implementado en el país durante los “meses de junio, agosto, septiembre y octubre de 1995, así como marzo de 1996”. Disenso que se fundamenta en las razones siguientes:

1.- En torno a la aplicabilidad de normas internacionales al caso de autos.-

En el presente fallo, al analizarse la aplicabilidad de normas internacionales, como son el Acuerdo de Marrakech y el Acuerdo suscrito entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos para Servicios Aéreos, comparto -visto de manera preliminar y en abstracto- el criterio sostenido

por la mayoría sentenciadora, en el sentido de que existe un mecanismo de reenvío por el cual estos acuerdos vuelven a remitir a la legislación interna de cada país contratante.

Ahora bien, en el fallo del cual discrepo la consecuencia que para el caso evaluado se le dio a tal afirmación, fue negar la aplicabilidad de las normas de carácter internacional contenidas en los Acuerdos anteriormente señalados y, en tal orden, se consideraron únicamente aplicables las previsiones normativas contenidas en la legislación nacional. Situación que no comparto, por lo siguiente:

Primero (Consideración Genérica): Se desatiende en el fallo a lo que exhibe nuestro propio ordenamiento jurídico en el sentido de que las normas internacionales deben ser aplicadas con preeminencia sobre las correspondientes a la legislación interna de los países contratantes, por una parte, cuando regulen materias de orden público internacional y, por la otra, cuando las disposiciones internas remitan expresamente a la legislación internacional (independientemente del carácter de orden público o no de esta última). Y es en función de ello que, en mi opinión, en el fallo debió atenderse para la solución de la controversia, por una parte a lo establecido en las normas de derecho internacional de aplicación preferente sobre las normas contenidas en leyes nacionales, por ser aquellas de orden público internacional, como es el caso de *“la cláusula de la nación más favorecida”* (prevista en el Acuerdo suscrito entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos para Servicios Aéreos); y por la otra, a lo dispuesto en los Decretos Nro. 268 del 9 de julio de 1994 y Nro. 714 del 14 de junio de 1995 (que regulan: las *“Normas para la Administración y Divisas”*), en virtud de los cuales se dispone -en texto idéntico-: *“Las normas y compromisos internacionales establecidos en los acuerdos y tratados bilaterales, multilaterales y de integración serán de aplicación preferente a las disposiciones de este Decreto”*.

Siendo ello así, considero en específico que ha debido quedar indubitadamente establecido en el fallo que la regla es la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 10 del Acuerdo suscrito entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos para Servicios Aéreos (aplicable en virtud de la denominada *“Cláusula de la Nación más Favorecida”*, contenida en la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech donde se establece la Organización Mundial de Comercio), es decir, que el plazo que tiene la Administración para la transferencia de divisas una vez realizada la solicitud, es de treinta (30) días.

Por el contrario, en el fallo al insistirse reiteradamente que el referido Acuerdo Internacional remite expresamente al marco legal interno de cada país contratante, en consecuencia, queda la impresión de que se desconoce la aplicación de la aludida norma internacional (integrante incuestionablemente de nuestro ordenamiento jurídico), más aún, cuando resultado de ello a su vez ha sido que en el fallo se adopta el criterio (no compartido por quien disiente) de aplicar normas internas que ni siquiera específicamente regulan el tema de las autorizaciones en la materia objeto de controversia. Específicamente, en la decisión se establece, que la materia se rige por lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto Nro. 268 del 9 de julio de 1994, y el artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, en función de lo cual en definitiva considera la mayoría sentenciadora que para la solución de la controversia debe atenderse a los plazos de tres (3) meses y cuatro (4) meses,

que respectivamente disponen las normas precedentemente mencionadas.

Segundo (Consideración Específica): Como antes se expresó, en el desarrollo de la ponencia objeto del presente disenso, se descarta la aplicación de la norma prevista en el artículo 10 del Acuerdo suscrito entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos para Servicios Aéreos, invocado por la sociedad mercantil demandante con fundamento en el Principio de Derecho Internacional de la “*Nación más favorecida*”, contenida en la Ley Aprobatoria del Acuerdo de Marrakech.

En dicha norma internacional, se concede un lapso de treinta (30) días para la transferencia de las divisas después de presentada la solicitud, en los términos siguientes:

“1. Las líneas aéreas de las Partes Contratantes tendrán libertad para convertir y transferir desde el territorio de la venta al territorio de su sede y/o a otro territorio, cualquier cantidad que exceda, en el territorio de la venta, de los ingresos sobre los gastos. Estarán incluidos en tal transferencia neta las ganancias sobre las ventas realizadas directamente o a través de agentes, de los servicios de transporte aéreo y de los servicios auxiliares o complementarios y los intereses comerciales normales devengados por tales actividades mientras estén depositados en espera de la transferencia.

2. Tal transferencia será hecha en moneda de libre conversión en concordancia con las leyes y reglamentos en vigor en el territorio de cada Parte Contratante.

Si fuese aplicable, las líneas aéreas de las Partes Contratantes recibirán la aprobación para dichas transferencias en un lapso máximo de 30 días después de la solicitud, en moneda libremente convertible a la tasa de cambio para la conversión de la moneda local, para la fecha de la venta. (Negrillas de quien disiente)

Al respecto, en la decisión se afirma que la expresión “*si fuese aplicable*”, debe interpretarse como alusiva a la circunstancia de que se esté bajo el régimen regular de libre convertibilidad de la moneda, pero no bajo un régimen de control de cambio, lo cual en principio y visto en abstracto en efecto comparto. Sin embargo, no es que esa inaplicabilidad establece que deba acudir a otros lapsos previstos en la legislación interna para la solución de la controversia (tal como se concluye y se instituye en el fallo), ya que, en opinión de quien disiente, para el caso objeto del presente juicio el lapso de treinta (30) días dispuesto en la transcrita norma internacional es el que rige en Venezuela; lo que sucede es que en función del espíritu de la norma, ante la circunstancia de que exista una situación excepcional que impida la entrega de divisas, ese lapso si bien no es aplicable, tampoco lo es algún otro, precisamente porque la aludida circunstancia de excepción exime a la Administración de su obligación de entregar las divisas en determinado lapso, ya que sólo estará obligada a hacerlo una vez que dicha disponibilidad exista, en cuyo caso, es decir, desaparecida la situación de excepción, recobra plena aplicabilidad el lapso de treinta (30) días señalado en la norma internacional, ya que forma parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico y es la que en específico regula el tema de las autorizaciones para la entrega de divisas en materia de servicios aéreos, a los fines de que las líneas aéreas internacionales que desarrollan actividad comercial en Venezuela puedan transferir desde nuestro

país al territorio de su sede o a otro territorio, cualquier cantidad que exceda de los ingresos sobre los gastos respecto de las ventas que aquí realizaron.

Debiendo, por lo demás, en tal contexto forzosamente precisar quien suscribe, que en mi opinión no es suficiente que exista un control de cambio sino que además debe haber indisponibilidad parcial o total de divisas para que el aludido lapso de treinta (30) días no sea aplicable.

De manera, que no puedo estar de acuerdo con el fallo, cuando en el mismo se remite tanto al contenido del artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, como a lo previsto en el artículo 9 del Decreto N° 268 del 9 de julio de 1994 (que disponen lapsos de cuatro (4) y tres (3) meses, respectivamente), a los efectos de establecer el plazo del que disponía la Administración Cambiaria para emitir la autorización de transferencia de las divisas.

2.- En torno a los daños reclamados, la responsabilidad de la Administración y la naturaleza de la potestad (¿reglada o discrecional?) de la Administración Cambiaria en el otorgamiento de divisas .-

Se asiente en el fallo en su literal “a.i.”, a suerte de compartir con el demandante el daño que alega, que el menoscabo que soportó la sociedad mercantil demandante en su esfera patrimonial es producto de la modificación en la tasa cambio. Ahora bien, respecto a tal afirmación debo señalar lo siguiente:

No es exacto que la demandante haya alegado que el daño fue ocasionado por tal modificación en la tasa de cambio, ya que lo argumentado por ésta en precisión es: que fue el retardo de la Administración lo que ocasionó la pérdida en el diferencial cambiario y, de suyo, el daño en su patrimonio, en tanto que la tasa era una al momento de formularse la solicitud y otra, superior, al momento en que se entregaron las divisas.

Si se ve desde esta última perspectiva (que en mi opinión es la correcta, y en función de la cual queda exhibido que la demandante no cuestiona la política monetaria del Estado venezolano para modificar la tasa de cambio en el contexto del control de cambio que se había decretado), no tiene frente al caso concreto evaluado pertinencia alguna que se acuda, a los fines de eximir de responsabilidad a la Administración, a toda una disertación cuyo corolario es que siendo las políticas monetarias una cuestión de soberanía del Poder Público no cabe frente a las mismas alegar derechos subjetivos.

Es decir, no es que la merma patrimonial haya sido alegada por la demandante como un daño consecuencia directa de la política monetaria del Estado venezolano, sino que, en su criterio, el daño es producto del retardo en la entrega de las divisas, dado que al momento de entregarse las mismas el cambio estaba a una tasa mayor.

Así las cosas, dentro de este mismo marco contextual debe señalar quien disiente de la mayoría

sentenciadora, que la ausencia de responsabilidad de la Administración no vendría dada por el hecho de que las políticas monetarias sean una cuestión de soberanía del Poder Público respecto de lo cual no cabe alegar derechos subjetivos, sino en cualquier caso porque a pesar de dicho retardo existía una situación de fuerza mayor, a saber, “falta de disponibilidad de divisas suficientes”, y es ello lo que exime a la Administración de responder por la disminución patrimonial soportada por la demandante, tal como lo sugiere, en otra de sus partes, el fallo objeto del presente disenso.

De haber sido ello así, obviamente operaría un voto concurrente de mi parte y no un voto salvado, sin embargo lo que se impone es esto último debido a lo siguiente:

En primer término resulta conveniente advertir el contenido del artículo 9 del Decreto N° 268 del 9 de julio de 1994, publicado en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 4.747 Extraordinario de la misma fecha, que regula la Administración y Obtención de Divisas:

“El Banco Central de Venezuela sólo venderá divisas cuando existan disponibilidades de acuerdo con el monto determinado por dicho Instituto de conformidad con este artículo”. (Negrillas del disidente)

En igual sentido, la Resolución N° 19 del 23 de agosto de 1994, publicada en Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 35.530 de la misma fecha, dictada por la Junta de Administración Cambiaria, dispuso en su artículo 1°, lo que de seguidas se transcribe:

“Las Líneas Aéreas Internacionales debidamente autorizadas por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones para operar o mantener oficinas de representaciones o agencias en el territorio nacional podrán, previa aprobación de la Junta de Administración Cambiaria o el órgano administrativo cambiario competente adquirir del Banco Central de Venezuela, por intermedio de la banca, divisas a objeto de remesar a su casa matriz en su país de origen, el saldo neto de los ingresos obtenidos en el país una vez descontados todos los costos y gastos incurridos en el territorio nacional, necesarios para el buen funcionamiento de las operaciones en el país”. (Negrillas del disidente)

Ahora bien, en atención a las normativas anteriormente transcritas, al verificarse la disponibilidad de divisas, el Banco Central de Venezuela debía proceder a la venta de las mismas, una vez fueran aprobadas las solicitudes de transferencias por la Junta de Administración Cambiaria.

En ese sentido, es forzoso para quien suscribe el presente “Voto Salvado” dejar firmemente asentado, que nos encontramos ante un caso donde la potestad de la Administración es **“reglada”** y no, como se señala en el fallo, discrecional o facultativa. Lo cual en el caso concreto se traduce en que verificada la disponibilidad de divisas y aprobada por la Junta de Administración Cambiaria la solicitud presentada por la aerolínea demandante, el Banco Central de Venezuela estuvo en la obligación de proceder a la venta de las divisas, sin embargo, en el fallo tal proceder quedaba a discreción de dicho ente, tal como se expresa a continuación:

“...lo cual lleva a concluir que las tasas vigentes debían entenderse en relación directa con la real disponibilidad de divisas que poseía el Banco Central de Venezuela, cuyo

*poder discrecional derivado del artículo 9° del Decreto N° 268, anteriormente citado, lo faculta para vender las divisas de acuerdo con el monto que dicho instituto estimaba, lo cual **no podía hacer sino a la tasa vigente en el momento en que se materializara la venta de divisas y no de los boletos aéreos. Así se declara.***” (Negrillas del fallo suscrito por la mayoría sentenciadora)

De esta manera, es preciso destacar que la falta de disponibilidad de divisas como causa que eximía al Banco Central de Venezuela de la obligación de vender las mismas a las tasas de cambio exigidas por la demandante, fue opuesta por la representación de la República, razón por la cual la comprobación de tal circunstancia le correspondía, en virtud de las reglas de la carga de la prueba, a la parte demandada; ello, no ocurrió así en el presente caso, aceptándose sin mayores argumentaciones en la decisión que ese hecho se encontraba probado, tal como se desprende a continuación:

*“...Constan igualmente en autos, las pruebas de informes requeridas por la accionante al Banco Central de Venezuela, donde la Junta Directiva del Instituto Emisor, consigna actas donde se da cuenta del sucesivo descenso de la disponibilidad de divisas que aconsejaron suspender la venta y recomendar a la Junta de Administración Cambiaria paralizar las autorizaciones pendientes, por la abrupta caída de la disponibilidad de divisas destinadas al pago de deuda privada externa y transferencias de capital, así como de las reservas internacionales, **por lo cual estando comprobado que no existía suficiente disponibilidad de divisas y siendo la política monetaria una cuestión de soberanía del Poder Público frente a la cual no cabe alegar derechos subjetivos, aunado a la inaplicabilidad en este caso concreto de las normas de derecho internacional público invocadas, no resulta imputable a la Administración por funcionamiento normal o legítimo, el daño cuyo resarcimiento pretende la parte actora. Así se decide.**”* (Negrillas de quien disiente)

Consecuencia de lo expuesto, es decir, siendo “**reglada**” la actividad de la Administración, y no habiendo quedado plenamente probado en autos que existía una insuficiencia en la disponibilidad de divisas, es que se impone el presente “Voto Salvado” y no un voto concurrente al fallo.

Respecto a ello, y en función de lo señalado en el punto anterior (Punto 1. del presente “Voto Salvado”), concluyo señalando que no habiendo demostrado la Administración, en el presente caso, que existía una insuficiencia en la disponibilidad de divisas (y de tal grado que impedía entregárselas a la línea aérea que actúa como demandante), debía aplicarse lo establecido en la norma internacional aludida *supra*, esto es, el plazo de treinta (30) días previsto en el artículo 10 del Acuerdo suscrito entre la República de Venezuela y el Reino de los Países Bajos para Servicios Aéreos. En este orden de ideas, considera quien suscribe que si la evaluación del caso se hubiere hecho con fundamento en la aplicabilidad de esa norma, seguramente la responsabilidad de la Administración, al menos parcialmente, hubiera quedado establecida.

Por lo demás, llama poderosamente la atención que en el fallo se haya aceptado (página 38) “*que no consta en autos que para las mencionadas fechas de las aprobaciones respectivas existiera la citada disponibilidad de divisas*”. De ello, ha de concluirse que en la sentencia –al menos en esa parte- se

reconoce que no se probó la insuficiente disponibilidad de divisas (de suyo, en mi opinión, la Administración ha debido responder por su mora en la entrega de las mismas), pero entonces resulta contradictorio que luego en la propia decisión se haya expresado en su página 40 (tal como referí *supra*) que: *“estando comprobado que no existía suficiente disponibilidad de divisas y siendo la política monetaria una cuestión de soberanía del Poder Público frente a la cual no cabe alegar derechos subjetivos, aunado a la inaplicabilidad en este caso concreto de las normas de derecho internacional público invocadas, no resulta imputable a la Administración por funcionamiento normal o legítimo, el daño cuyo resarcimiento pretende la parte actora...”*.

3.- Otras Consideraciones:

3.1.-De la inconsistencia, en el fallo, entre lo que se expresa en el “PUNTO PREVIO” y lo que posteriormente se indica en su parte motiva respecto de la falta de ejercicio del recurso “adecuado” contra el acto de efectos particulares que debitó a la tasa de Bs. 290 por dólar, y contra el acto general que modificó la tasa de cambio precisamente al reseñado valor.

Del fallo objeto de la presente discrepancia se observa, que en el “PUNTO PREVIO” se rechaza la defensa opuesta por la representación de la República relativa a la inadmisibilidad de la acción propuesta por no haberse ejercido recurso alguno contra los actos administrativos causantes del daño (léase, en el contexto de la sentencia: el general que fijó la tasa de cambio a 290 bolívares por dólar, y el particular que hizo los débitos a la referida tasa).

Ahora bien tal rechazo se fundamentó expresamente en lo siguiente:

*“...en el presente caso no se ha demandado la nulidad de acto administrativo alguno, sino que, por el contrario, la pretensión de la actora se circunscribe al pago de una indemnización por daños y perjuicios derivados del retardo o inactividad de la Administración en producir determinados actos, los cuales debían emitirse con ocasión del cumplimiento y ejecución de actos administrativos previos o pendientes de ejecución. En efecto, si bien se cuestiona a la Administración el haber debitado de las cuentas de la demandante una cantidad de bolívares a una tasa determinada (Bs. 290,00 por dólar), no es menos cierto que la nulidad de dicho acto no ha sido recurrida, **sino los perjuicios que se originaron por la tardanza en adoptarlo**, pues de haber sido emitidos dentro del plazo que la demandante considera debido, el contravalor en bolívares de divisas solicitadas habría sido calculado a Bs. 170,00 por dólar.*

En razón de lo anterior, el artículo 131 de la Ley que rige las funciones de Alto Tribunal de Justicia, no regula el supuesto de hecho a que se refiere la presente acción y por tanto, no es aplicable a la misma, toda vez que ésta se refiere a una reclamación autónoma de daños y perjuicios. De ahí que esta Sala deba forzosamente desestimar el punto previo analizado, relativo a la improcedencia de la presente acción. Así se decide.” (negritas del propio fallo suscrito por la mayoría sentenciadora)

Dado lo anterior, quien suscribe el presente “Voto Salvado” considera una inconsistencia, que posteriormente en la motiva del fallo textualmente se haya establecido, lo siguiente:

“... En efecto, el acto por el cual se vendieron las divisas a Bs. 290,00 por dólar para las

*remesas de junio, agosto y septiembre de 1995, no es susceptible de ser examinado pues, como se advirtiera supra [paradójicamente se alude a lo señalado en el “PUNTO PREVIO”], contra el mismo no fue ejercido el recurso **adecuado** de impugnación para ello dentro de los plazos legalmente establecidos, y de ninguna forma se impugnó el Convenio Cambiario N° 1 de fecha 11 de diciembre de 1995 por el que se estableció dicha tasa, por lo cual tanto el acto que otorgó las divisas como el convenio que sirvió de fundamento a dicho acto no son susceptibles de revisión en cuanto a su legalidad.”* (Negrillas de quien disiente)

Fíjese entonces que, por un lado se sostiene que puede demandarse la responsabilidad de la Administración sin haberse recurrido previamente de la actuación de la misma, pero por otra parte se afirma que contra tales actos no fueron ejercidos los recursos “**adecuados**”, con lo cual parece sugerirse que dichos actos sí han debido impugnarse.

3.2.- Otra inconsistencia:

Se expresa textualmente en el fallo lo siguiente:

“...el artículo 9° del Decreto N° 268 del 9 de julio de 1994 dispuso que:

‘El Presidente de la República, en Consejo de Ministros aprobará los lineamientos generales para distribución del monto de las divisas, oída la opinión de la Junta de Administración Cambiaria. Dicho monto será determinado trimestralmente por el Banco Central de Venezuela, con base fundamentalmente, en la información que a estos efectos deben remitirle Petróleos de Venezuela S.A y el Ministerio de Hacienda, y que será ajustado por el Instituto Emisor, cada vez que así lo determinen el flujo de caja en moneda extranjera de dicho Instituto.’

Con base en el texto transcrito, esta Sala ha interpretado en oportunidades precedentes lo siguiente:

*‘...una vez presentadas las solicitudes de adquisición de divisas por los operadores cambiarios a la Junta de Administración Cambiaria, no podía dicho organismo autorizarlas sin antes obtener los lineamientos generales para su distribución, lo cual hacía el Presidente de la República en Consejo de Ministros con base en un monto determinado **trimestralmente**, por el Banco Central de Venezuela y oída la opinión de la Junta de Administración Cambiaria, por lo cual el lapso mínimo de autorización de divisas no podía ser menor a tres meses; y aun mas, de acuerdo con el artículo 60 de la Ley Orgánica de Procedimientos Administrativos, ‘La tramitación de solicitudes y resolución de expedientes no podrá exceder de cuatro (4) meses, salvo que medien causas excepcionales’ (Omissis)...’. (Vide. Caso: AVIANCA Vs. República de Venezuela y otro, Exp: 14.637).*

*De lo anterior, resulta evidenciado que **no hubo retardo** en la autorización de divisas, pues las solicitudes presentadas en fechas **10 de julio de 1995 y 6 de septiembre de 1995**, fueron aprobadas el **12 y 26 de diciembre de 1995**, respectivamente, es decir **después de que expirara el lapso mínimo de 3 meses** para la determinación del monto en Consejo de Ministros, circunstancia esta última que se justifica en la medida en que la mencionada autorización sólo podrá acordarse cuando exista la disponibilidad de tales divisas. Así se decide.”* (Negrillas y subrayado de quien disiente)

Visto lo anterior, quien disiente considera que no debió afirmarse en el fallo que ese hecho pone

en evidencia que “**no hubo retardo**”, cuando de lo que allí se expone queda exhibido de manera diáfana que el retardo sí existió. De manera tal que, debo insistir, si bien ha podido quedar relevada de responsabilidad la Administración, ello sólo hubiera sido de tal modo en el caso de que se encontrare demostrada -lo cual no ocurrió en el caso *sub-examine*- la circunstancia excepcional de fuerza mayor relativa a la insuficiencia en la disponibilidad de divisas.

Queda así expresado el “Voto Salvado” en el presente caso, del Magistrado Hadel Mostafá Paolini.
Fecha *ut supra*.

El Presidente,

LEVIS IGNACIO ZERPA

El Vicepresidente Disidente,

HADEL MOSTAFÁ PAOLINI

La Magistrada Ponente,

YOLANDA JAIMES GUERRERO

La Secretaria,

ANAÍS MEJÍA CALZADILLA

Exp. N° 1999-15531

En veinte (20) de mayo del año dos mil tres, se publicó y registró la anterior sentencia bajo el N° 00736, con el voto salvado del Magistrado Hadel Mostafá Paolini.