

Comentarios Legislativos

COMENTARIOS SOBRE LA APROBACIÓN DEL PRESUPUESTO 2017 Y LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

José Ignacio Hernández G.

*Profesor en la Universidad Central de Venezuela y la
Universidad Católica Andrés Bello*

Resumen: *Las especiales condiciones bajo las cuales se dictó el presupuesto 2017, exigen considerar la posible responsabilidad patrimonial del Estado por operaciones de crédito público que sean declaradas inconstitucionales.*

Palabras Clave: *Crédito público, régimen presupuestario, responsabilidad patrimonial del Estado.*

Abstract: *The unique conditions applicable to the 2017 national budget, requires the consideration of the liability of the State by public loans operations subscribed in violation of the Constitution.*

Key words: *Public loan, public budget framework, state liability.*

INTRODUCCIÓN

El conflicto entre la Asamblea Nacional y la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia desarrollado en 2016, derivó en una crisis relacionada con el presupuesto 2017. De esa manera, reiterando la tesis según la cual toda la actuación de la Asamblea Nacional es nula al encontrarse en situación de “desacato”, la Sala Constitucional “interpretó” la Constitución a fin de permitir al Poder Ejecutivo dictar mediante Decreto-Ley la Ley de presupuesto de 2017 y la Ley de endeudamiento de ese ejercicio económico. Ambos Decretos-Leyes se presentaron ante la Sala Constitucional y no fueron sometidos al control de la Asamblea.

Ante esta situación, la Asamblea Nacional, a través de Acuerdo, ha advertido que todas las operaciones de crédito público contratadas en el ejercicio 2017, al haber sido contraídas en contra de la Constitución, son nulas, con lo cual, no generan efecto jurídico alguno.

Esta crisis nos permite repasar algunas ideas básicas del control parlamentario sobre el presupuesto y, más en concreto, sobre las operaciones de crédito público, de cara al principio constitucional de responsabilidad patrimonial del Estado.

I. ESQUEMA DE LOS CONTROLES PARLAMENTARIOS APLICABLES SOBRE LA GESTIÓN PRESUPUESTARIA

Es preciso, para poder simplificar el análisis, resumir los principales controles parlamentarios que rigen sobre el presupuesto y las operaciones de crédito público, de conformidad con la Constitución y la Ley Orgánica de la Administración Financiera del Sector Público (LOAFSP).

.- De esa manera, el primer *control aplicable* es sobre el presupuesto, el cual debe ser previamente autorizado mediante Ley de la Asamblea Nacional. Esa Ley versa, en concreto, sobre el presupuesto de ingresos y de gastos. Como consecuencia de ello, la Constitución recalca que no puede efectuarse gasto público que no esté previsto en el presupuesto aprobado por Ley de la Asamblea. Tal es la configuración básica del principio de legalidad presupuestaria¹.

.- En *segundo* lugar, encontramos el control parlamentario sobre las operaciones de crédito público, esto es, las operaciones de endeudamiento por medio de las cuales el Estado procura ingresos para sufragar gastos públicos. La Constitución exige, en tal sentido, el control previo de la Asamblea, mediante Ley, del límite anual de endeudamiento público, así como la autorización mediante Ley de las operaciones de crédito público. Con lo cual, las operaciones de crédito público requerirán de la autorización de la Ley especial de la Asamblea, salvo las excepciones establecidas en la LOAFSP².

Cabe acotar que la vigente LOAFSP suprimió el control previo de la Comisión Permanente de Finanzas sobre las operaciones de crédito público ya autorizadas mediante Ley, salvo cuando se trate de operaciones de crédito público que se ejecutarán a través de contratos de interés público³. De igual manera, la referida Ley –como ha sido la tradición– excluyó del control parlamentario a ciertas operaciones de crédito público⁴.

¹ Artículos 313 y 315 de la Constitución.

² Artículo 313 de la Constitución. Esa norma alude al límite anual de endeudamiento mediante Ley y la Ley especial que autorice las operaciones de crédito público. Por lo tanto, la Ley de la Asamblea cumple dos propósitos: (i) establecer el límite máximo de endeudamiento y (ii) autorizar las operaciones de crédito público, salvo las excepciones establecidas en la Ley Orgánica. Este control se asocia con el control sobre el presupuesto, pues el control sobre las operaciones de crédito público debe relacionarse con la previsión presupuestaria del gasto que será sufragado con base en tal operación.

³ Véase la LOAFSP publicada en la *Gaceta Oficial* N° 6.210 extraordinario de 30 de diciembre de 2015. Según la nueva redacción del artículo 97, “*el Ejecutivo Nacional, una vez sancionada la Ley Especial de Endeudamiento Anual, podrá realizar las operaciones de crédito público previstas en ella, en las mejores condiciones financieras que puedan obtenerse e informar semestralmente a la Asamblea Nacional*”. En la Ley derogada se establecía el control previo de la Comisión Permanente de Finanzas de la Asamblea. Sin embargo, la Ley vigente deja a salvo “*aquellas que impliquen la celebración de contratos de interés público nacional, estatal o municipal con Estados o entidades oficiales extranjeras o con sociedades no domiciliadas en Venezuela, en cuyo caso se requerirá la autorización previa de la Asamblea Nacional, acompañando la opinión del Banco Central de Venezuela*”.

⁴ El Capítulo III del Título III de la LOAFSP establece diversas excepciones. En resumen, (i) se exceptúan de la Ley especial autorizatoria las *operaciones* descritas en los artículos 99 y 100, esto es, (a) la emisión y colocación de letras del Tesoro con la limitación establecida en el artículo 82, así como cualesquiera otras operaciones de tesorería cuyo vencimiento no trascienda el ejercicio presupuestario en el que se realicen; (b) las obligaciones derivadas de la participación de la República en instituciones financieras internacionales en las que ésta sea miembro y (c) las operaciones de refinanciamiento o reestructuración que tengan como objeto la reducción del tipo de interés pactado, la ampliación del plazo previsto para el pago, la conversión de una deuda externa en interna, la reducción de los flujos de caja, la ganancia o ahorro en el costo efectivo de financiamiento, en beneficio de la República, con respecto a la deuda que se está refinanciando o reestructurando. Además, (ii) el artículo 101 exceptúa de todo el Título III a ciertos sujetos, a saber, (a) el Banco Central de Venezuela; (b) el Banco de Desarrollo Económico y Social de Venezuela (BANDES); (c) las sociedades mercantiles del Estado dedicadas a la intermediación financiera y de seguros, regidas por la Ley de Instituciones del Sector Bancario y las regidas por la Ley de Empresas

- En *tercer* lugar, y de acuerdo con la vigente LOAFSP, las operaciones de crédito público que sean calificadas como “contratos de interés público”, quedarán sujetas al control de la Asamblea Nacional de acuerdo con el artículo 150 de la Constitución. Aun cuando un sector de la doctrina (posición que compartimos) ha concluido que los contratos de crédito público son una categoría distinta a los contratos de interés público, la LOAFSP, siguiendo a la sentencia de la Sala Constitucional de 24 de septiembre de 2002, concluyó que los contratos de interés público sí pueden ser considerados contratos de interés público.

De acuerdo con las condiciones específicas exigidas en esa sentencia, sin embargo, no todo contrato de crédito público es un contrato de interés público. Por el contrario, dos condiciones concurrentes especiales se exigen: *(i)* debe tratarse de contratos que prevean pagos con cargo a más de un ejercicio fiscal y *(ii)* debe tratarse de contratos cuyo monto comprometa la vida económica y social del Estado. Se trata de una condición cualitativa de muy difícil precisión, pero que en todo caso exige condiciones especiales y excepcionales. De lo anterior se deriva que las operaciones de crédito público normales y necesarias para sufragar gastos públicos no deberían ser consideradas contratos de interés públicos.

En cualquier caso, que una operación de crédito público sea calificada excepcionalmente como contrato de interés público, no supone que aplique siempre el control de la Asamblea. Por el contrario, ese control solo aplica, según el artículo 150 constitucional, en dos casos. Así, *(i)* cuando ese control esté previsto en la Ley (primer párrafo) y *(ii)* cuando el contratista del contrato de crédito público considerado contrato de interés público sea *(a)* un Estado o entidad oficial extranjera, o *(b)* sociedades no domiciliadas en Venezuela⁵.

II. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN POR OPERACIONES DE CRÉDITO PÚBLICO CELEBRADAS EN EL EJERCICIO 2017

Según explicamos en la introducción, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia interpretó que, debido a la situación de desacato de la Asamblea Nacional, el presupuesto y endeudamiento del ejercicio 2017 no debían ser sometidos al control de la Asamblea, en especial, tomando en cuenta el régimen de excepción derivado del Decreto de Emergencia Económica⁶. Como resultado de ello, el Ejecutivo dictó, mediante Decretos-Leyes presentados ante la Sala, la Ley de presupuesto 2017 y la Ley especial de endeudamiento

de Seguros y Reaseguros, y *(d)* las sociedades mercantiles creadas o que se crearen de conformidad con la Ley Orgánica de Hidrocarburos y las creadas o que se crearen de conformidad con el artículo 10 del Decreto Ley N° 580 del 26 de noviembre de 1974, mediante el cual se reservó al Estado la industria de la explotación del mineral del hierro. Ello, sin perjuicio de ciertos controles administrativos previstos en esa norma. Por su parte, *(iii)* el artículo 102 dispone que los institutos públicos cuyo objeto principal sea la actividad financiera, así como las sociedades mercantiles del Estado, están exceptuados del requisito de la Ley especial autorizatoria para realizar operaciones de crédito público, nuevamente, dejando a salvo ciertos controles administrativos. Entendemos que esta excepción aplica a operaciones de crédito público realizadas a título propio por esos entes, pero no a los casos en los cuales esas operaciones se llevan a cabo para la realización de proyectos de la competencia de la Administración Pública Nacional Central pero que son ejecutados por esos entes, de acuerdo con el artículo 86 de la LOAFSP.

⁵ Estas conclusiones corresponden al análisis que, con mayor detenimiento, hemos realizado en José Ignacio Hernández G., *Derecho Administrativo y arbitraje internacional de inversiones*, CIDEPEditorial Jurídica Venezolana, Caracas, 2016, pp. 125 y ss.

⁶ Sentencia N° 814/2016 de la Sala Constitucional, de 11 de octubre.

anual, igualmente, del ejercicio 2017⁷. Frente a la anterior situación, la Asamblea Nacional ha afirmado que toda operación de crédito público en el ejercicio 2017 es inconstitucional y nula, con lo cual, no será reconocida⁸.

Para justificar esa conclusión la Asamblea Nacional invocó el artículo 312 constitucional, de acuerdo con el cual “*el Estado no reconocerá otras obligaciones que las contraídas por órganos legítimos del Poder Nacional, de acuerdo con la Ley*”. De igual manera, el artículo 92 de la LOAFSP dispone lo siguiente:

“Las operaciones de crédito público realizadas en contravención a las disposiciones establecidas en este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley se considerarán nulas, sin perjuicio de la responsabilidad de quienes las realicen. Las obligaciones que se pretendan derivar de dichas operaciones no serán oponibles a la República, ni a los demás entes públicos”

El artículo 312 de la Constitución aplica a las operaciones contratadas por órganos que no sean legítimos, lo que parece aludir a operaciones contratadas por autoridades ilegítimas o de facto. En casos de violación de la Constitución y de la LOAFSP por autoridades legítimas, por el contrario, aplica el citado artículo 92 de la LOAFSP.

Ahora bien, bajo el citado artículo 92 no puede afirmarse, de manera general y categórica, que toda operación de crédito público contraída en el ejercicio 2017 es inconstitucional y nula y que, por ende, no será oponible al Estado. La realidad es mucho más compleja y exige considerar diversas situaciones que, a modo esquemático, pasamos a enumerar.

.- En efecto, la *primera condición* que debe tenerse en cuenta es que de acuerdo con la LOAFSP hay ciertas operaciones de crédito público exceptuadas del control previo mediante la Ley especial, con lo cual, la falta de Ley especial no puede afectar la validez de esas operaciones. Sin embargo, incluso estas operaciones quedarían sometidas al control de la Asamblea en la medida en que sean excepcionalmente consideradas contratos de interés público, bajo los dos supuestos ya tratados del artículo 150 de la Constitución. Ello, tomando en cuenta la conclusión –que no compartimos– según la cual en ciertos casos las operaciones de crédito público pueden ser consideradas contratos de interés público que, bajo ciertas condiciones excepcionales, podrían quedar sometidas al control de la Asamblea.

.- Más allá del régimen de crédito público, la *segunda condición* que debe tomarse en cuenta es que todo gasto público realizado al margen de la Ley de presupuesto viola el artículo 314 constitucional. Con lo cual, incluso asumiendo que hay operaciones de crédito público exceptuadas del control de la Asamblea de acuerdo con la LOAFSP y el artículo 150 de la Constitución, el gasto público contraído por la República –y sufragado con los recursos provenientes de la operación de crédito público– sería contrario al artículo 314 constitucional. Nótese que el vicio de inconstitucionalidad no deviene de la operación de crédito público sino de la violación del principio de legalidad en materia de gastos públicos, violación que se

⁷ Véase la *Gaceta Oficial* N° 41.009 de 14 de octubre de 2016, en concreto, el Decreto N° 2.482, mediante el cual se dicta el Presupuesto para el Ejercicio Económico Financiero 2017, cuya publicación se anunció en la *Gaceta Oficial* N° 6.263 extraordinario de esa fecha; el Decreto N° 2.483, mediante el cual se dicta el Endeudamiento para el Ejercicio Económico Financiero 2017, cuya publicación fue anunciada para la *Gaceta Oficial* N° 6.264 extraordinario de esa fecha, y el Decreto N° 2.484, mediante el cual se establece la Distribución General del Presupuesto de Egresos para el Ejercicio Económico Financiero 2017 anunciado en la *Gaceta Oficial* N° 6.265 extraordinario de ese mismo día.

⁸ Véase el “Acuerdo sobre la violación de los principios constitucionales en materia presupuestaria y de endeudamiento público”, de 9 de febrero de 2017.

extiende incluso al gasto público sufragado con ingresos distintos a los procurados de operaciones de crédito público. En todo caso, entendemos que la violación del citado artículo 314 igualmente sería un vicio a ser considerado para la nulidad de operación de crédito público, en el sentido que esa operación fue contratada en violación al control parlamentario sobre el gasto público.

.- La *tercera condición* que debe valorarse es que la violación del marco constitucional aplicable a las operaciones de crédito público y de gasto público deja a salvo la **responsabilidad patrimonial** del Estado, tanto en el Derecho venezolano como en el Derecho Internacional. De allí precisamente la advertencia antes efectuada, en cuando a la imposibilidad de aplicar el artículo 92 de la LOAFSP de manera absoluta.

En efecto, para las operaciones de crédito público regidas por el Derecho Internacional y sometidas a la jurisdicción de Tribunales extranjeros, habría que tomar en cuenta la tesis de la *deuda odiosa*⁹. De acuerdo con esa tesis del Derecho Internacional, la violación de normas internas no es suficiente para que el Estado pueda negar el pago de contratos de crédito público regidos por el Derecho Internacional, pues ello solo procede si se cumplen varias condiciones, a saber, (i) que el contrato sea suscrito por autoridades ilegítimas, provenientes de regímenes de facto; (ii) que los recursos procurados con esas operaciones se destinen a actos de corrupción o, en su acto, a actos para cometer delitos de lesa humanidad, y que (iii) el acreedor conozca las anteriores condiciones.

Esto quiere decir que frente a un acreedor diligente y de buena fe el Estado no podrá invocar las violaciones a su propio ordenamiento a fin de negarse al cumplimiento del contrato. Por el contrario, el acreedor diligente y de buena fe podrá exigir el cumplimiento del contrato, sin que sea válido alegar, como causa eximente de la responsabilidad del Estado, la violación de la Constitución y de la LOAFSP.

Para las operaciones de crédito público regidas por el Derecho venezolano, la doctrina anterior a la Constitución de 1999 había concluido que la nulidad de los contratos celebrados por la Administración deja a salvo su responsabilidad por enriquecimiento sin causa, de conformidad con el artículo 1.184 del Código Civil¹⁰. Esto implica que, aun admitiendo la nulidad de las operaciones de crédito público, el Estado sería responsable frente al acreedor por enriquecimiento sin causa, lo que obligaría a reconocer el capital de la deuda contraída, pero no así los intereses, en tanto éstos, como lucro, exceden de la indemnización debida en caso de enriquecimiento sin causa.

Empero, esta solución debe reexaminarse a la luz del artículo 140 de la Constitución, que asume como principio fundamental la responsabilidad patrimonial por todo daño que sea imputable al Estado y que el particular no esté en el deber de tolerar¹¹. De esa manera, la

⁹ Jeff A. King, "Odious Debt: The Terms of the Debate", *North Carolina International Journal of Law Volume 32 - Number 4*, 2007, pp. 605 y ss.

¹⁰ Allan R. Brewer-Carías *Tratado de Derecho Administrativo. Derecho Público en Iberoamérica. Volumen III. Los actos administrativos y los contratos*, Thomson-Civitas, Madrid, 2013. pp. 793 y ss. y Luis Brito García, *El presupuesto del Estado*, Publicaciones de la Contraloría General de la República de Venezuela, Caracas, pp. 389 y ss.

¹¹ El sistema constitucional de responsabilidad patrimonial ha sido interpretado por la jurisprudencia de la Sala Constitucional de manera extensiva y objetiva, con lo cual basta que el daño –como minoración patrimonial– sea imputable al Estado para que éste responda de manera integral. Se trata de una interpretación excesiva, pues lo cierto es que desde el artículo 140 constitucional, esa responsabilidad se extiende a todo daño que el particular no esté en el deber de tolerar, todo lo cual

nulidad de operaciones de crédito público por considerarlas contrarias a la Constitución y a la LOAFSP implicaría para el acreedor una minoración patrimonial. Por lo tanto, el acreedor podrá exigir la responsabilidad extracontractual del Estado cuando no esté en el deber de tolerar esa minoración. Tal responsabilidad se rige por el principio integralidad patrimonial conforme al cual, la indemnización debe ser equivalente al daño, lo que abarca al daño emergente y al lucro cesante.

La responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado por operaciones de crédito público nulas, por ello, rige cuando la minoración causada por esa nulidad no sea imputable al acreedor, lo que exige que éste sea un acreedor diligente y de buena fe, lo que se relaciona con el derecho de expectativa legítima.

En resumen, bajo el artículo 140 de la Constitución, el acreedor podrá reclamar de la Administración, a título de responsabilidad extracontractual, el reintegro del capital y de los correspondientes intereses de la operación de crédito público declarada inconstitucional, siempre y cuando demuestre que obró como un acreedor diligente y de buena fe. En tal caso, hay un daño imputable al Estado, pues fue éste quien contrató operaciones de crédito público que fueron declaradas nulas, en lo que constituye un supuesto de actividad administrativa antijurídica o ilícita susceptible de comprometer la responsabilidad extracontractual del Estado¹².

Nótese que este supuesto requiere que el contrato de crédito público haya sido declarado nulo por inconstitucional, pues hasta tanto ello no suceda, el contrato será vinculante para la Administración. En nuestra opinión, esa nulidad solo puede ser declarada por el Poder Judicial, en tanto implica una decisión que afecta la propiedad privada del acreedor.

En conclusión, es necesario que el Poder Judicial declare la nulidad de la operación de crédito público, por violación de la Constitución y de la LOAFSP, para que el Estado pueda eximirse del pago de acuerdo con el contrato. En tal supuesto, y de conformidad con el artículo 140 constitucional, el acreedor podrá demandar al Estado por responsabilidad patrimonial extracontractual invocando la indemnización integral del daño causado, lo que se extiende al daño emergente y al lucro cesante. Para ello, y además de probar ese daño, el acreedor deberá demostrar que obró de manera diligente y de buena fe, y que por lo tanto el daño es imputable a la actividad administrativa antijurídica del Estado.

abarca a dos supuestos: (i) daños imputables a una actividad o inactividad antijurídica del Estado, y (ii) daños causados por una actividad lícita del Estado que, sin embargo, ocasiona en el caso concreto un daño especial. Además, bajo el artículo 140 constitucional rige el principio de integralidad patrimonial, en el sentido que la responsabilidad del Estado se extiende a todo daño, sea daño emergente o por lucro cesante. Con lo cual, el artículo 1.184 del Código Civil no puede afectar ese principio, ni tampoco puede aplicar en casos en los cuales el daño sea imputable a una actividad antijurídica del Estado, en lo que se ha considerado como “funcionamiento anormal” de los servicios públicos, equiparable al hecho ilícito del artículo 1.185 del Código Civil. Recuérdese que la responsabilidad por enriquecimiento sin causa no aplica si el daño es causado por un hecho ilícito, caso en el cual regirá el citado artículo 1.185. *Cfr.*: José Ignacio Hernández G., *La expropiación en el Derecho Administrativo venezolano*, UCAB, Caracas, 2014, pp. 127 y ss.

¹² La ilicitud de la actividad administrativa por la cual se contrató la operación de crédito público declarada nula, precisamente, permite justificar la aplicación del artículo 140 constitucional y no la tesis del enriquecimiento sin causa. Para ello, sin embargo, el daño no puede ser imputable al acreedor, lo que exige que éste haya obrado de manera diligente y de buena fe, bajo la expectativa legítima de que estaba contratando operaciones de crédito público conformes con el derecho venezolano.

Debemos advertir que estas condiciones han sido expuestas solo en sus aspectos generales, sin considerar muchas aristas y situaciones que, en el caso concreto, pudiesen llevar a otras conclusiones. Nuestro propósito ha sido, simplemente, exponer que, bajo el Derecho Internacional y el Derecho venezolano, no basta con considerar que la operación de crédito público se contrajo en violación a la Constitución para que el Estado pueda desconocer el pago de las obligaciones contraídas, tomando en cuenta las particulares condiciones aplicables al ejercicio económico 2017.