

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRES BELLO"
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POST-GRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

EL DAÑO MATERIAL

Informe Final del Trabajo Especial de Grado,
para optar al Grado de Especialista en Derecho
Administrativo

Autora: Rosana Andrea Bielinis Spada
Asesor: Dr. Iván Darío Pérez Rueda

Valencia, Abril 2006

UNIVERSIDAD CATÓLICA "ANDRÉS BELLO"
DIRECCIÓN GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POST-GRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

EL DAÑO MATERIAL

Autora: Rosana Andrea Bielinis Spada

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE POST-GRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

APROBACIÓN DEL ASESOR

En mi carácter de Asesor del Trabajo Especial de Grado, presentado por la ciudadana abogada **Rosana Andrea Bielinis Spada**, para optar al Grado de Especialista en Derecho Administrativo, cuyo título es: **EL DAÑO MATERIAL**; considero que dicho Trabajo reúne los requisitos y méritos suficientes para ser sometido a la evaluación por parte del jurado examinador que se designe.

En Valencia, a los veintiocho (28) días del mes de Abril del 2006.

Dr. Iván Darío Pérez Rueda

C.I. 4.454.602

UNIVERSIDAD CATÓLICA “ANDRES BELLO”
DIRECCION GENERAL DE LOS ESTUDIOS DE POST-GRADO
AREA DE DERECHO
ESPECIALIZACIÓN DE DERECHO ADMINISTRATIVO

EL DAÑO MATERIAL

Por : Rosana Andrea Bielinis Spada

Trabajo especial de grado de Especialización en Derecho Administrativo, aprobada en nombre de la Universidad Católica Andrés Bello, por el jurado abajo firmante, en la ciudad de _____, a los _____ días del mes de _____ de _____ .

C.I.

C.I

A Dios todopoderoso, por permitirme vivir y aprender a vivir.

A Hector Bielini, por ser PADRE, y formarme con su ejemplo y su recuerdo en la honradez, la constancia y el amor por la familia.

Al nono, por su infinito amor y protección ayer, hoy y siempre.

A Andrea Victoria, por el amor, la dulzura, la esperanza y la alegría.

A Adriana, Marcia, Sergio, Luisi y Vale, por el apoyo y el afecto en los momentos difíciles.

A Azucena Ferreira, por tenderme su mano protectora é incondicional a lo largo de mi vida.

Al Dr. Iván Darío Pérez Rueda, mi tutor, por el apoyo, la confianza y el afecto.

A Amada Fernández, por su prudencia, su eficacia, lealtad y respeto.

A todos los que han hecho posible este sueño.

**UNIVERSIDAD CATÓLICA ANDRÉS BELLO
DIRECCIÓN DE ESTUDIOS DE POST-GRADO
ÁREA DE DERECHO
ESPECIALIDAD EN DERECHO ADMINISTRATIVO**

EL DAÑO MATERIAL

Autora: Rosana Andrea Bielinis Spada
Asesor: **Dr. Iván Darío Pérez Rueda**
2006

RESUMEN

Este Trabajo está dirigido a desarrollar el tema relativo al daño material dentro del género daño, como elemento de la responsabilidad del Estado, manifestación directa de la tutela judicial efectiva. En tal sentido se utilizará una metodología de tipo documental y descriptiva apoyándose en métodos cualitativos, por cuanto no busca cuantificar sino indagar, estudiar y evaluar recursos legales, jurisprudenciales y doctrinarios. Se analizarán en especial instrumentos legales tales como la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, con referencias al Código Civil venezolano. Se espera abordar las generalidades sobre la responsabilidad del Estado y del daño, para luego ahondar más detalladamente en el daño material, objeto de la presente investigación, y de esa manera lograr determinar las características y requisitos propios del mismo, reconocidos por la ley, la doctrina y la jurisprudencia venezolana, que permitirán su correcta aplicación y de esa manera, lograr el efecto deseado, cual es la efectiva indemnización por parte del Estado.

Descriptores: Responsabilidad del Estado, requisitos, daño material, regulación y características del daño material, prueba y reparación del daño material, clasificación.

INDICE GENERAL

	Pag
APROBACIÓN DEL ASESOR.....	iii
APROBACION DEL JURADO.....	iv
DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO.....	vi
RESUMEN.....	vii
INTRODUCCION.....	1
I. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO.....	5
- Generalidades Sobre La Responsabilidad.....	5
Evolución.....	7
- De la Responsabilidad del Estado.....	9
Régimen.....	13
En Venezuela.....	18
Fundamento.....	29
II. LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO CIVIL.....	31
- Concepto.....	31
- Clasificación.....	32
- Finalidad.....	32
- Requisitos.....	32
La Actuación U Omisión.....	33
La Ilícitud.....	33
El Daño.....	33
La Relación De Causalidad.....	33
La Culpa.....	34
- Diferencias Con La Responsabilidad Del Estado.....	34
III. PRESUPUESTOS O REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD....	38
- La Actividad de la Administración.....	41
- El Daño.....	42
Material o Patrimonial.....	43
Moral.....	44
	viii

- La Relación de causalidad.....	51
IV. ASPECTOS GENERALES DEL DAÑO.....	53
V. EL DAÑO MATERIAL.....	59
- Definición.....	59
- Regulación.....	61
- Características.....	62
Personal.....	66
Cierto.....	67
Indemnizable.....	72
No debe haber sido reparado.....	74
Debe Afectar un Interés Legítimo de la Víctima.....	76
VI. DE LA PRUEBA DEL DAÑO MATERIAL.....	78
- De su reparación.....	82
- Oportunidad de su liquidación.....	84
VII. CLASIFICACIÓN DEL DAÑO MATERIAL.....	88
- Daño Emergente.....	93
Cristalizado en la lesión a personas.....	94
Cristalizado en la lesión a bienes.....	96
- Lucro Cesante.....	97
Cuando la lesión la sufre una persona.....	99
Cuando la lesión es a un bien.....	101
- Diferencias entre daño emergente y lucro cesante.....	102
CONCLUSIONES.....	105
REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS.....	108

INTRODUCCION

Es de la esencia de todo estado de Derecho el que los ciudadanos soliciten del Estado que se les haga justicia, en el entendido de que tal justicia sea *efectiva*, pues resultaría ilógico pensar que los ciudadanos tienen derecho a una justicia ineficaz. En todo Estado de Derecho los ciudadanos tienen el derecho fundamental a una *tutela judicial efectiva*.

La misma existencia de la tutela judicial efectiva obedece al explícito reconocimiento de que los derechos e intereses que el ordenamiento jurídico atribuye al individuo sólo son reales y efectivos en la medida en que pueden hacerse valer en caso de conflicto (frente al poder público). La justiciabilidad de las controversias que se susciten entre el ciudadano y los poderes públicos es, desde luego, la garantía más firme, el mejor barómetro de la juridicidad de todo un Estado.

Sin embargo, cuando es el Estado, precisamente, el que ha causado una lesión al derecho del particular, el ordenamiento jurídico debe tutelar de manera especial los derechos de éste, habida cuenta que el daño ha sido causado por alguno de sus órganos.

Dentro de los derechos tutelados y reconocidos por el ordenamiento jurídico venezolano vigente, se encuentra el de la Responsabilidad del Estado, instituto consagrado en el artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, que junto a otras normas constitucionales, constituyen el bloque normativo de la responsabilidad del poder público, objetivo, que gira en torno a la integridad patrimonial de la víctima, cubriendo todas las lesiones o daños materiales o morales producidos por las autoridades legítimas –competentes o incompetentes- y por todo tipo de

actividad administrativa (lícita o ilícita, formal o material, negativa o positiva, etc.) de las mismas.

Cuando la Administración en sentido lato, con su conducta lícita o ilícita, de hacer o de no hacer, causa daño al particular, está obligada a repararlo.

Pues bien, ese derecho del particular a lograr una justa indemnización, viene dado por la demostración de una serie de requisitos, sin los cuales, aquella no podría hacerse efectiva. De éstos requisitos, y aún cuando todos son concurrentes, el daño, constituye en opinión de la autora, el más importante, habida cuenta que sin que se verifique el mismo, aún existiendo actividad de la Administración y nexo de causalidad (los otros dos requisitos), no podrá condenarse a indemnización alguna.

El daño, como elemento de la responsabilidad del Estado, manifestación directa de la tutela judicial efectiva, se hace más evidente a los ojos del juez, a través de la verificación de la lesión ocasionada en el patrimonio de la víctima, con una comparación – y demostración – de la situación en que ésta se encontraba antes y después de la conducta dañosa, que no es otra cosa que la constatación del daño material.

Sin embargo, la verificación por parte del juez de la lesión material ocasionada, requiere una serie de requisitos y formalidades sin las cuales, aún habiéndose causado daño, no se puede determinar en juicio que éste ha sido probado; y, en consecuencia, al no probarse conforme a derecho, no podrá condenarse a su indemnización.

Además, en los casos que el daño material logra demostrarse, y condenada en consecuencia la reparación del mismo, ocurre que la ejecución de la

decisión se hace bastante difícil, por cuanto la Administración, generalmente aduce falta de disponibilidad presupuestaria, prerrogativas, y una serie de formalidades que impide a la víctima, de manera efectiva, obtener la justa indemnización por el daño material sufrido.

Tenemos entonces, un sistema de responsabilidad objetivo, que gira en torno a garantizar los derechos de la víctima frente a la administración, pero con una serie de requisitos y formalidades sin los cuales, no puede hacerse efectiva.

De tal forma que deberá establecerse las generalidades sobre la responsabilidad del Estado y del daño, para luego ahondar más detalladamente en el daño material, objeto de la presente investigación.

En tal sentido el análisis del daño en el ordenamiento jurídico venezolano y dentro de éste, concretamente el daño material, permitirá definir, primero, de una manera somera, al daño en general como uno de los elementos concurrentes de la responsabilidad del Estado frente al particular, y de una manera detallada, el daño material, como uno de los daños reparables por la administración; y ese conocimiento a su vez permitirá lograr la efectiva indemnización que se pretende obtener.

De tal manera, que el análisis de todo lo que al daño concierne, tanto a nivel legal, doctrinario y jurisprudencial como en relación al derecho comparado, será de gran utilidad para poder demostrar y exigir, una indemnización por parte del Estado.

Asimismo, proporcionará el conocimiento de la responsabilidad del estado y los presupuestos a cumplir para que ésta pueda hacerse efectiva.

La investigación se dirigirá a enfocar la figura del daño material como una de las clases de daño desde el punto de vista de la legislación venezolana, pero comparándola con la legislación extranjera, orientándola al campo práctico, pues de nada sirve al interesado saber que existe teóricamente una figura con determinadas características que le dará cierta tranquilidad a la hora de hacer valer sus pretensiones; lo que le interesa en todo caso, es saber como hacer uso de esta figura y que debe hacer él por su parte, para estar efectivamente amparado por ella.

Nuestro interés es el de realizar un trabajo que recopile el tratamiento que se le ha dado en el ámbito legal y social al daño material, circunscribiendo el estudio de este solo en relación a la responsabilidad patrimonial del Estado, para lograr un estudio completo y profundo, partiendo del supuesto de que el daño material tiene características propias que lo individualiza, de una manera diferente al concepto de daño moral.

Los elementos a utilizar en la investigación no presentarán gran innovación pues consistirán en textos sobre la materia, leyes vigentes, sentencias y en fin, todo tipo de material bibliográfico que sea posible obtener.

El trabajo que se presentará consta de siete capítulos, y en cada capítulo cuando el caso lo amerite, se harán las críticas y reflexiones necesarias provenientes de la experiencia personal y de los conocimientos adquiridos antes y durante la presente investigación que se espera puedan utilizarse para analizar este elemento de la responsabilidad del Estado que a fin de cuentas van a afectar los bienes de la vida diaria del común de las personas.

I

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DEL ESTADO

Generalidades Sobre La Responsabilidad

El significado etimológico de la palabra responsabilidad proviene del latín “responder”, entendiéndose en tal sentido, como la obligación que surge entre las partes de responder, por los daños causados.

Desde el punto de vista legal, la institución de la responsabilidad es una sola, pero tiene la cualidad de adquirir las características de la rama del derecho donde se manifieste. Sin embargo, de producirse *daño*, puede generarse una responsabilidad civil o penal. El Estado solo responde civilmente por los daños causados como consecuencia de su conducta frente a la víctima del mismo.

Esta suerte de responsabilidad civil, de la cual responde el Estado, tiene dentro del derecho público características que le son propias, y que difieren de la responsabilidad civil de los particulares. Pero, en términos generales, la expresión jurídica “responsabilidad civil” en uno y otro caso, alude a la distribución de los daños o pérdidas que se producen como consecuencia de la acción o inacción de las personas (de derecho público o de derecho privado, según sea el caso), que quedan incursas en una situación jurídica de tal peligrosidad que, de no cumplir espontáneamente con la reparación que se pone a su cargo, verán expuesto su patrimonio a ser agredido por un órgano del Estado (juez) en beneficio del acreedor de la indemnización.

Sin embargo, para el autor Mosset (2004), en el obrar del Estado y su responsabilidad, son igualmente aplicables los llamados principios del Derecho Privado tales como buena fe, prescripción del abuso, y prohibición de volver sobre los propios actos; los cuales no señala como exclusivamente propios de tal Derecho, sino principios generales que fueron científicamente establecidos y desarrollados en el dominio del Derecho Privado, pero que superaron su marco, y pasaron al Derecho Administrativo (p. 104).

En tal sentido, no desconoce que la responsabilidad patrimonial, como los contratos, las servidumbres, la propiedad, etc., también la prescripción, son instituciones elaboradas y utilizadas en el seno del Derecho Privado, pero sostiene que se trata sólo de una cuestión cronológica, que ocurrió así por la mayor antigüedad de ese Derecho, pero que eso no significa que sean de naturaleza esencialmente privada, pues como acertadamente lo señala Retortillo (1996), "No son figuras de regulación monopólica por el Derecho Privado o por el Derecho Público, sino que se perfilan como institutos comunes al Derecho Público y al Derecho Privado, de regulación ambivalente; esencialmente figuras jurídicas que no tienen una sola e idéntica unidad lógica (p. 54 y ss).

La referida responsabilidad, puede entonces originarse por un contrato, o por otra conducta del presunto responsable, caso en el cual estaríamos hablando de responsabilidad contractual o extracontractual, como acertadamente lo señaló recientemente la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia venezolano en sentencia No 403 de fecha 24/02/2006,

y el autor Santamaria (2000), al referirse a la responsabilidad de los órganos del poder público en contraposición con la expropiación, cuando aseveró:

“el instituto de la responsabilidad intentaría cubrir los daños ocasionados por la Administración de modo incidental: esto es, los producidos por hechos o actos que persiguen un fin distinto de la privación, pero implican, como efecto no querido, la generación de un daño... La Responsabilidad en que la Administración puede incurrir puede tener lugar tanto en el seno de un contrato como fuera del mismo: existe, pues, al igual que sucede en el derecho privado, una responsabilidad contractual de la Administración y una responsabilidad extracontractual o aquiliana” (p. 472 y 473).

Evolución

Amparados en la idea que reinaba en la época, de que su poder emanaba de Dios y si Dios era infalible, igualmente lo eran ellos, en un comienzo se consideraba al soberano o al rey como al Estado mismo, por lo que eran totalmente irresponsables; y ese rechazo frontal, que se apoyaba en principio de origen romano, reformulado por los teóricos ingleses, se basaba en que la actividad pública era tan absolutamente reducida, que las posibilidades de que el aparato administrativo causase daños a los particulares eran muy pocos; el rey no podía cometer ilegalidades ni daños de ningún tipo (the King can do not wrong).

Posteriormente, y como fundamento de la irresponsabilidad del Estado, surge la teoría de la soberanía, la cual implicaba, que por el solo hecho de ser soberano, las actuaciones del rey o monarca no serían sujetas a discusión alguna, y por tanto no podía ser responsable de ningún daño causado. Responsabilidad y soberanía eran conceptos antagónicos.

El Estado como ente responsable comenzó a considerarse recién a partir del siglo XIX, al establecerse que el poder no emanaba de Dios sino que era un poder popular donde el Estado actuaba en representación de la comunidad en general y su fin primordial era la búsqueda del bien común, donde los particulares tenían derechos que no podían ser vulnerados por la administración.

Durante esa época se llegó a considerar que el Estado respondía únicamente por la acción de sus agentes o daños causados en ejercicio de un acto de gestión y no por actos de poder, asimilándose a los principios de responsabilidad del derecho civil.

Tiempo después al ir aumentando el Estado su poder, buscó una mayor intervención dentro de las actividades propias de los particulares, generando una ampliación de los casos de responsabilidad y formulación de nuevos principios de responsabilidad estatal. El fallo emitido por el Tribunal de conflicto francés en 1873 conocido como “el fallo blanco” modificó el concepto y estableció la autonomía del derecho administrativo.

En Venezuela, inicialmente la responsabilidad del Estado se rigió por los principios propios del derecho civil, equiparándola a la responsabilidad de los particulares, consagrándose una responsabilidad de carácter subjetivo donde el Estado respondía por la culpa in eligiendo o la culpa in vigilando, presumiéndose la culpa estatal en una coexistencia de responsabilidad del agente y del Estado. Esta posición fue modificada por considerarse que el Estado no era el que elegía directamente sino que le eran impuestos o elegidos por sus propios funcionarios. Así, se comenzó a considerar responsable al Estado en forma directa independientemente de la culpa del funcionario pero fundamentándose todavía en los principios del derecho civil.

Es a partir de la Constitución de 1901, cuando en el parágrafo 1 de su artículo 14, se comienza a aplicar los principios propios del derecho público en general y del derecho administrativo a la responsabilidad del Estado y comenzó a considerarse la existencia de diferencias sustanciales entre el derecho administrativo y el derecho civil. El texto del referido artículo fue repetido en las posteriores constituciones.

Actualmente, vemos que el texto de la norma constitucional que consagra la responsabilidad del Estado en nuestro país, el artículo 140, constituye, como se indicó supra, un precepto de gran amplitud y de corte moderno iuspublicista, inspirado en las mejores normas del Derecho comparado, tales como las colombianas y españolas.

De la Responsabilidad del Estado

Siguiendo el mismo orden de ideas, tenemos claro entonces, que el Estado responde civilmente –léase patrimonialmente – por los daños causados por todos los órganos que lo integran, en ejercicio de sus funciones, tal como acertadamente lo señala Gordillo (2001), “La responsabilidad del Estado es en consecuencia –en estos casos- siempre directa; pues no tiene el Estado “agentes”, esto es, personas humanas, que no sean órganos suyos. No altera esta conclusión el que la actividad del órgano se manifieste a través de actos o de hechos, legítima o ilegítimamente” (p.320).

En éste sentido, el sistema de responsabilidad administrativa deberá entenderse en el sentido lato y aplicable a todos los órganos o autoridades legítimas del Poder Público en función pública, y, alcanzando a todas sus

actividades o inactividades, lícitas o ilícitas que de forma directa hayan causado daño de cualquier tipo a la víctima, por la disminución considerable en su patrimonio, en razón de la acción u omisión de la Administración. Constituye entonces, una técnica para el control jurisdiccional de la administración y para la concreción del principio de legalidad y el estado de derecho.

Pero el Estado responde civilmente tanto en materia contractual como extracontractual, y así lo ha ratificado recientemente el Supremo Tribunal de la República en Sentencia Nro. 403 del 24/02/2006 de la Sala Constitucional: "En este orden de ideas, debe destacarse que la responsabilidad patrimonial del Estado puede devenir de una obligación contractual o extracontractual, siendo susceptible esta última de reclamación proveniente de una responsabilidad con falta de la Administración por la comisión de un hecho ilícito o una responsabilidad sin falta ocasionada por el anormal funcionamiento de los servicios públicos."

En materia contractual, debe distinguirse y separarse el contrato de derecho privado y el contrato administrativo del derecho público, pues el contrato privado es nacido de una relación horizontal igualitaria, donde impera la justicia conmutativa (ley entre las partes), mientras que en el derecho público es el resultado de una relación vertical, como acertadamente lo define Mosset (2004), " donde actúa la justicia distributiva, preocupada por las "razones de interés público" – de oportunidad, mérito o conveniencia – y, con ese fundamento decidida a conceder a una de las partes, la administración pública, " todos los elementos necesarios para la efectiva realización del bien común" (p.289).

En éstos casos, consideramos que dependiendo de la naturaleza del contrato se determinará la jurisdicción que conocerá del daño patrimonial causado, debiendo distinguirse si la administración ha actuado y causado daño en el ejercicio de alguna prerrogativa o cláusula exorbitante (contrato administrativo), en cuyo caso se deberá ocurrir a la jurisdicción contencioso administrativa, para solicitar cumplimiento o resolución de contrato y la indemnización de daños y perjuicios si hubiere lugar, invocando el artículo 1167 del Código Civil, en concordancia con el artículo 259 constitucional. En estos casos, los daños y perjuicios deberán invocarse mediante la solicitud de condena al Estado por el desequilibrio económico financiero sufrido por el particular contratante, para luego especificarse los daños materiales y/o morales, si los hubiera.

Si por el contrario, se trata de un contrato civil, en el cual el Estado actúe como un particular (ejemplo, un contrato de arrendamiento), se aplicaran las reglas de la responsabilidad civil, para los contratos, pudiendo entonces solicitarse cumplimiento o resolución, además la indemnización por daños, pero ante un juez civil y con los elementos de ése tipo de responsabilidad.

En materia extracontractual, el cambio, tal como lo ha referido el derecho argentino en sentencia de la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires en sentencia SCJBA, 5-7-96, "Rodríguez Victorino, M. y otro c/Municipalidad del Partido de Merlo s/Daños y perjuicios", "La responsabilidad patrimonial extracontractual del Estado es la obligación que le incumbe de reparar económicamente los daños lesivos a la esfera jurídica garantía de otro y que le sean imputables en ocurrencia de comportamientos unilaterales, lícitos o ilícitos, **comisitos** u omisivos, materiales o jurídicos".

Así, la responsabilidad extracontractual del Estado encuentra su fundamento en el principio de garantía de la integridad del patrimonio del particular frente a la acción del Estado, por lo cual, independientemente del tipo de actuación determinante del daño, a los efectos de establecer la responsabilidad en el campo del Derecho Administrativo, basta que se produzca una lesión atribuible a la actividad administrativa. En Venezuela, muy recientemente ha señalado el Máximo Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia 1384 de la Sala Constitucional de noviembre del 2002, caso Gladis Carmona y otros contra la República de Venezuela, ratificado en reciente Sentencia N° 403 de la Sala Constitucional de fecha 24-03-2006 que:

“... infiere esta Sala que la responsabilidad patrimonial del Estado no debe ser considerada como una garantía en favor de los entes públicos; por el contrario, su consagración constitucional exige que la misma sea interpretada por los jueces en sentido amplio y progresista como una garantía patrimonial del administrado frente a las actuaciones de la Administración generadoras de daño...”

Por otra parte y como consecuencia del fundamento señalado, la responsabilidad del Estado es *general* ya que abarca a todos los órganos y entes que ejerciten una función pública, y es *mixta* por cuanto, si bien lo objetivo es predominante, ya que la responsabilidad surge con la generación del daño independientemente de si la actuación administrativa es lícita o no, en ciertos casos resulta importante considerar la presencia del elemento subjetivo de culpa atribuible a la Administración, tal como lo enfatizase el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en reciente sentencia número 403 de la Sala Constitucional de fecha 24/02/2006, donde se señaló lo siguiente:

"No obstante, la responsabilidad patrimonial no puede ser enmarcada como erróneamente lo considera el fallo objeto de la revisión en un sistema puramente objetivo, es decir, que ante cualquier falta de la Administración deba ser ésta objeto de condenatoria patrimonial, ya que lo mismo, podría conllevar a un

estado de anarquía judicialista, que pondría en peligro la estabilidad patrimonial del Estado."

Efectivamente, tomando en cuenta que el Estado somos todos, mal podría abusarse, por falta de análisis, _____ del patrimonio público, de todos los venezolanos.

Régimen

La doctrina hace referencia a tres regímenes dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado: la responsabilidad por falta o funcionamiento anormal de servicio, la responsabilidad por sacrificio particular y la responsabilidad por riesgo creado.

La responsabilidad por falta o funcionamiento anormal del servicio, según Badell (2001), supone el incumplimiento por parte de la administración de obligaciones preexistentes que le vienen impuestas por las leyes en la prestación de su actividad y dicho incumplimiento, cuando genera un daño, debe indemnizarse (p.28). El autor Ortiz (1995), ofrece en tal sentido una definición más completa, por cuanto señala que si bien es cierto que en este tipo de responsabilidad debe necesariamente existir una falta (incumplimiento), también en la responsabilidad por sacrificio particular puede existir una falta; pero en la primera de las nombradas es determinante su prueba; no así en la responsabilidad sin falta, en la cual resulta irrelevante (p.121).

El funcionamiento anormal es la causa que hace antijurídico a un daño porque no tiene porque ser soportado, y es la condición determinante de la responsabilidad; por lo cual, la víctima deberá probar la falta, salvo en los casos de presunción de falta en las cuales se invierte la carga de la prueba y la administración deberá demostrar la ausencia de falta para liberarse. Por su

parte, podrá exonerarse el responsable, probando falta de la víctima, fuerza mayor, caso fortuito, hecho de un tercero y ausencia de mal funcionamiento, con excepción de los casos de presunción de falta, en los cuales sólo podrá exonerarse con la prueba de fuerza mayor o falta de la víctima.

Asimismo, no se exige que los daños sean anormales y especiales, dado que cualquier daño debe ser indemnizado, aunque suele distinguirse entre faltas simples y faltas graves.

Su fundamento es el derecho de los administrados a obtener un funcionamiento normal de los servicios públicos, funcionamiento normal que es variable según diversos estándares que corresponderá al juez evaluar: circunstancias de tiempo y lugar, dificultades reales, medios del servicio, previsibilidad de los daños, comportamiento de la víctima, e inclusive ese elemento abstracto de lo que es un buen servicio.

En cambio, la responsabilidad por sacrificio particular supone según el autor Badell (2001), una actuación lícita de la administración que sin embargo, causa un daño que genera una ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, que coloca a un particular en una situación de daño mayor a aquel que el común de las personas debe soportar (p. 31). Pensamos, al igual que en el caso anterior, que resulta mas acertada definirla como el autor Ortiz (1995), “aquella en la cual el carácter normal o anormal, lícito o ilícito del funcionamiento de la actividad de la Administración es irrelevante a los fines de declarar la responsabilidad, bastando al efecto el daño anormal y especial y su imputación a la actividad administrativa” (p. 125)

Consecuencia de este tipo de responsabilidad es que la víctima no tiene que probar la falta o el funcionamiento anormal de la actividad administrativa, sólo

el daño anormal o especial producto de su actividad u omisión.

Al menos doctrinariamente y en forma casi unánime, sólo se admiten como causales de exoneración el hecho de la víctima y la fuerza mayor, no así el hecho de un tercero ni el caso fortuito, quedando a salvo la acción de repetición a favor de la Administración. Sin embargo, jurisprudencialmente ha habido vacilaciones en ese sentido que tienden a admitir todas las causas de exoneración aún tratándose de responsabilidad sin falta. Así, en el caso de Auto tapicería Falcón contra Enelbar, el Tribunal Supremo de Justicia venezolano, en sentencia N° 455 del 20 de Marzo de 2003 señaló:

“...aún cuando la Administración estaría obligada a reparar el daño presuntamente sufrido por la actora como consecuencia de su funcionamiento normal, lo cual comporta la noción de responsabilidad objetiva de la Administración, esta Sala no puede dejar de advertir que tal noción admite límites que se derivan de los eximentes de responsabilidad que consagra el derecho común, que no pueden ser soslayados pues atienden a la responsabilidad general por hecho ilícito, como son las constituidas por causas extrañas no imputables, respecto de las cuales no existe razón alguna para que la Administración no pueda invocarlas. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.193 del Código Civil, *“Toda persona es responsable del daño causado por las cosas que tiene bajo su guarda, a menos que pruebe que el daño ha sido ocasionado por falta de la víctima, por el hecho de un tercero, o por caso fortuito o fuerza mayor”*.

En cambio, han existido otros criterios del mismo Tribunal y la misma Sala, que aunque aislado, por ser votos salvados, no son menos importantes a los fines de nuestro estudio. En tal sentido, en el voto salvado de la sentencia 736 del 20 de mayo del 2003, caso Aerolíneas Argentinas, se señaló:

“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...”

En el caso de una demanda por indemnización debido a un cable de alta de tensión que cayó sobre dos jóvenes ocasionándoles la muerte en forma instantánea señaló la Sala Político Administrativa, del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia 01005 de fecha 30 de julio del 2000, caso Carlos León Rondón y otros- CADELA:

“... En cuanto al vínculo de causalidad entre el hecho imputado y el daño ocurrido, es útil advertir que en el presente caso la demandada no se ha excepcionado en el sentido de atribuir la responsabilidad del hecho a otro o a alguna causa derivada de un hecho fortuito o fuerza mayor, como causas extrañas no imputables que en nuestro ordenamiento jurídico configuran las únicas defensas de las cuales puede valerse el guardián de una cosa para exonerarse, al destruir la relación causal que lo une al daño generado; antes bien, la demandada se limitó a negar pura y simplemente la imputación que se le hacía...”

Y la Sala, ya había señalado que se trataba de una responsabilidad por sacrificio particular, por cuanto dio por sentado que el daño había sido ocasionado por la empresa eléctrica, por el sólo hecho de haberse demostrado que le correspondía funciones de mantenimiento y reparación del cableado de la zona donde se produjo el fatal accidente. Obsérvese así que en un caso de responsabilidad por funcionamiento anormal, se admitió el hecho fortuito como causal de exoneración.

Otro aspecto a considerar en la responsabilidad por sacrificio particular, es que esta existe cuando un daño se vuelve insoportable al sobrepasar un cierto nivel que va a afectar la igualdad ante las cargas públicas, de modo que presente ciertas características que lo hacen particular o caracterizado, principalmente su gravedad e intensidad (anormal) y adicionalmente su singularidad o individualidad (especial); y es que en principio los daños deben ser soportados por los particulares, pero siempre que estén por debajo de un cierto nivel, vale decir, que no sea anormales y especiales.

Esos niveles son variables, pero hay ciertos parámetros en cada actividad específica; y aunque la anormalidad va referido al daño y no al hecho generador, cierto tipo de hechos generadores como los que ocurren, por ejemplo, en situaciones de riesgo, pueden hacer descender el nivel de tolerabilidad de los daños y en estos mismos casos el daño es en sí mismo la prueba de la especialidad.

En cuanto a la responsabilidad del Estado por riesgo creado, implica para Badell (2001), el cumplimiento por parte del Estado de actividades, que si bien son lícitas, llevan implícitas un riesgo superior a las actividades normales, debiendo responder por el daño causado con independencia de toda culpa objetiva o subjetiva (p. 33). Sin embargo, consideramos que más que un tipo de responsabilidad, quedaría incluida dentro de la "responsabilidad sin falta fundamentada en la idea o teoría del riesgo", aunque incluso pareciera que en la mayoría de los casos tampoco es necesario acudir a esa idea, ya que el principio de igualdad ante las cargas públicas es suficientemente amplio como para comprender todos los supuestos de responsabilidad sin falta.

Otros autores como Tamayo (2000), consideran que esta responsabilidad por riesgo excepcional es un régimen subsidiario aplicable solamente cuando la prueba de culpa de la administración en la causación del daño resulta imposible por el afectado ya que, si puede demostrarse esa culpa, ella determina la responsabilidad, y que tampoco puede encontrar su fundamento en la ruptura del principio de igualdad ante las cargas públicas, ya que ello implicaría que cualquier actividad del Estado daría lugar a su responsabilidad en la medida que cause daño a los particulares (p.34).

En todo caso, ciertamente el principio de igualdad ante las cargas públicas es el fundamento directo y exclusivo de la responsabilidad por daños producidos por actividades lícitas no accidentales.

En Venezuela

El artículo 47 de la Constitución de 1961, prescribía con relación a la responsabilidad patrimonial del Estado: “En ningún caso podrán pretender los venezolanos ni los extranjeros que la República, los Estados o los Municipios les indemnicen por daños, perjuicios o expropiaciones que no hayan sido causados por autoridades legítimas en el ejercicio de su función pública”. Por interpretación a contrario, el referido texto consagraba un mecanismo de responsabilidad en el cual tanto los venezolanos como los extranjeros podían reclamar indemnización por daños, perjuicios y expropiaciones al Estado, si éstos fueron causados por autoridades legítimas en ejercicio de sus funciones.

Por otra parte el artículo 206 de la misma Constitución de 1961, atribuía a la jurisdicción contencioso administrativa la competencia para condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en

responsabilidad de la Administración, estableciendo de este modo una noción objetiva de responsabilidad.

Sin embargo, tal como lo refiere el autor Linares (2003), la declaratoria de responsabilidad del Estado Venezolano hasta hace muy poco, dependía de la aplicación de normas civilistas según las cuales era necesaria la prueba de la culpa, no bastando al efecto la prueba del daño y de la relación de causalidad entre éste y un hecho de la administración (p. 67)

De tal modo que la responsabilidad de la administración era tratada como responsabilidad extracontractual por hecho ilícito, hecho constituido por una acción u omisión culposa que estaba prohibida por el ordenamiento jurídico y que causaba un daño.

El texto del artículo 206 de la Constitución de 1961 fue incorporado en la Constitución de 1999 en el artículo 259, con la mención expresa que también a la jurisdicción contencioso administrativa le corresponde conocer de reclamos por la prestación de servicios públicos:

Confirma el texto constitucional citado que el Estado está obligado a la reparación en toda circunstancia, esto es, tanto por su actuación ilegítima, como si en el ejercicio legítimo de sus cometidos ocasional daños a los ciudadanos; por lo cual resulta válido el principio según el cual la actuación del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones organizativas a través de las cuales ejerce el poder y presta servicios a la comunidad, debe siempre resarcir a los particulares, tanto si por el resultado de su actuación se produce la ruptura del equilibrio social, manifestado en la igualdad que debe prevalecer entre los ciudadanos ante las cargas públicas, como porque el daño provenga del funcionamiento anormal de la Administración Pública.

En nuestro país, actualmente el particular afectado en su patrimonio por la actividad o inactividad administrativa puede pedir al Estado indemnización, sea a través del recurso contencioso-administrativo de abstención o anulación según sea el caso, que adicionalmente permite la solicitud de indemnización por daños y perjuicios si los hubiere, o, mediante la interposición de una demanda autónoma contra el ente público causante del daño, por responsabilidad patrimonial del mismo.

La responsabilidad del Estado se nos presenta así como una institución preconstitucional bastante consolidada en la que la vigente Constitución de la República Bolivariana de Venezuela juega, de conformidad con su artículo 7, un papel fundamental, por cuanto como acertadamente lo refiere el autor Ortiz (1995) tiene un carácter normativo de inmediatos efectos sociales y jurídicos (p.87).

De ésta manera para el autor en referencia, la responsabilidad patrimonial del Estado es, ante todo, un “principio general del Derecho” e igualmente uno de esos “valores superiores” inherentes a todo Estado de Derecho y, por tanto, un derecho inherente a la persona humana integrante de cualquier sociedad democrática y de justicia, que tiene tal fuerza, que incluso puede alcanzar un rango supraconstitucional; pues lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, obligatoriamente ha de ser, por estar consagrado y garantizado, el elemento nuclear del derecho.

Este elemento nuclear de tal derecho, señala, resulta intocable por cualquier Ley e incluso por cualquier reforma constitucional o proceso Constituyente, por tratarse de un principio superior y un derecho fundamental, por lo que cualquier modificación sólo cabría en dirección a afinar – mejorar - la

redacción de las referidas normas y, en todo caso, “a reforzar aún más la amplitud y fuerza de la institución resarcitoria”.

Así el sistema de responsabilidad del Estado en Venezuela está considerado por la jurisprudencia patria como un sistema amplio é integral de responsabilidad patrimonial, y en tal sentido, dispone de un bloque normativo que consagra la tutela judicial efectiva y un sistema de responsabilidad administrativa mixto que gira en torno a la integridad patrimonial de la víctima y no de la Administración, para cubrir las lesiones o daños producidos a aquellos, por cualquier tipo de actividades administrativas, lícitas o no, que no estén obligados a soportar. En tal sentido, la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, determinó en sentencia N° 403 de fecha 24-02-2006:

“En consonancia con lo expuesto, debe atenderse que visto que no existe un catálogo expreso de cuándo se podría estar en presencia de una responsabilidad sin falta o con falta de la Administración, se hace necesario que el juzgador determine en cada caso concreto cuándo debe analizarse integralmente la existencia de una falla en el servicio, en cuanto al grado de normalidad y de soportabilidad por parte del administrado y/o cuándo es necesario la existencia de una actuación ilegítima de la Administración para proceder a la condena patrimonial de la Administración, debiendo demostrarse la relación de causalidad.”

Sin embargo, se ha determinado excepcionalmente la responsabilidad subjetiva de la administración, pero sólo para aquellos casos en que existiese una completa ruptura entre el agente causante del daño y su conexión con el servicio público, pues tal como se estableció en Sentencia N° 943 de fecha 15-05-2001 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, el presupuesto forzoso para la determinación de la responsabilidad extracontractual del Estado, es que los agentes públicos que

hayan cometido el hecho antijurídico, se encuentran en el ejercicio de sus funciones:

"aún en el marco de los criterios que modernamente imperan en relación con la responsabilidad del Estado y que como se observó se suceden en amplia garantía de los administrados, sin embargo, no puede establecerse que quede excluida la búsqueda del responsable de ser ello posible, por lo que la responsabilidad subjetiva, basada en la culpa del agente, se mantiene, pero su utilidad o radio de acción se reduce (más no por ello deja de ser fundamental) a los supuestos de daños ocasionados por la acción personal del agente público, es decir, donde quede de manifiesto una completa ruptura de su conexión con el servicio público. En tal sentido, lo que se impone no es abandonar por completo los criterios de culpabilidad, ni excluir de límites a los criterios objetivos, sino yuxtaponer éstos con las tendencias modernas, a fin de armonizar el sistema de la responsabilidad de la Administración Pública. Surgen así las siguientes precisiones que realiza la Sala: No obstante las exaltadas tendencias de la doctrina moderna, dirigidas a ampliar (algunas veces en extremo) la responsabilidad de la administración pública, en garantía de los derechos ciudadanos y basadas en el elemento reparabilidad del daño, abandonándose el elemento culpabilidad; subsisten, acertadamente, los criterios que distinguen la falta personal de la falta de servicio. Ese contexto expresa así, una armónica asociación o yuxtaposición de tales criterios o teorías. "

Este sistema de responsabilidad del Estado completo y efectivo, ya estaba presente en el texto de la Constitución de 1961, tal como la doctrina y en parte la jurisprudencia se encargaron de desarrollar y aplicar. Sin embargo, no puede negarse que la nueva Constitución de 1999 no sólo ha dado más importancia al tema de la responsabilidad del Estado sino que, además, ello ha sido hecho con nuevas normas de mayor rigor técnico.

Así, la Constitución de 1999 dispone de preceptos concretos relativos a la responsabilidad de los órganos del poder público, tanto en su preámbulo

como en sus primeros artículos (1, 3 y 6), y en los artículos 140, 259, 26, 49, 25, 139, 141 y 30 de la misma.

El Preámbulo de la Constitución de 1999, prevé claramente, en lo que refiere a la responsabilidad administrativa:

“...se establece bajo una perspectiva de derecho público moderna la obligación directa del estado de responder patrimonialmente por los daños que sufran los particulares en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento, normal o anormal, de los servicios públicos y por cualesquiera actividades públicas, administrativas, judiciales, legislativas, ciudadanas o electorales, de los entes públicos o incluso de personas privadas en ejercicio de tales funciones.”

De tal manera que la administración – en sentido lato – es, como se dijo, responsable de todo el daño causado por sus órganos o por quien ejerza sus funciones.

Tal aseveración se encuentra establecida, como se dijo, en el actual artículo 140 constitucional, que, aunque menos explícito que el preámbulo, tiene idéntico significado que aquel:

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

Constituye ésta norma, la norma matriz de la responsabilidad administrativa en Venezuela que a decir, acertadamente de Ortiz (1995), “es un precepto de gran amplitud y de corte moderno iuspublicista, inspirado en las mejores normas del Derecho comparado (en concreto colombianas y españolas)”

Tales normas constitucionales extranjeras son el reflejo de las tendencias modernas, ya bastante consolidadas y desarrolladas jurisprudencialmente, en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, basado en el derecho de los particulares a la integridad patrimonial y en la noción objetiva de daño anitjurídico.

Ahora bien, aunque el artículo 140 transcrito no indica detalladamente que corresponde a todos los órganos del poder público y no a una sola de sus manifestaciones, la referida norma se encuentra en el Capítulo I “Disposiciones Fundamentales” del Título IV “Del Poder Público”, por lo que resulta claro que la misma se aplica, a todos y cada uno de sus órganos, como bien lo señala el preámbulo, incluso a personas privadas en ejercicio de funciones públicas, tal como ocurre en los casos de actos de autoridad.

Para la autora Rondon (2002), la referida norma consagra la responsabilidad civil abierta del Estado, señalando que “el calificativo de abierto alude al hecho de que no se trata de una responsabilidad por hechos ilícitos, sino que es una responsabilidad objetiva, esto es, independiente de la eventual culpa del autor del daño, con lo cual la norma significa una consagración de la llamada teoría del riesgo administrativo” (p.36); señalamiento que nos llama la atención por la referencia a la teoría del riesgo, que conforme a lo expuesto en líneas anteriores, no resulta una noción que permita explicar todos los supuestos de responsabilidad del Estado, por lo que menos aún podría la norma comentada servir de consagración de tal idea.

Por el contrario, sí nos parece acertada su aclaratoria sobre el uso del termino “imputable” en el artículo 140, el cual no se refiere a la asignación de culpa en el daño sino al señalamiento de la autoría de un hecho sin consideración sobre la intencionalidad.

Por otra parte, es en la interpretación de la norma del nuevo texto constitucional que la más reciente jurisprudencia del máximo tribunal se ha referido a la competencia de la jurisdicción contenciosa administrativa en materia de responsabilidad patrimonial del Estado, sin que sea necesario recurrir, en todo caso, a las fuentes del derecho civil sobre el hecho ilícito, para determinar esta especial responsabilidad, como ya lo había reconociendo la doctrina extranjera.

Así, leemos en sentencia de 12 de marzo de 1984 de un Tribunal Español:

“...Que habiendo pasado la institucionalización de la responsabilidad patrimonial del Estado en el Ordenamiento Jurídico, desde su imputación a través de la culpa extracontractual de los artículos. 1902 y 1903 del C. Civil., y la definida para los Entes Locales en los arts. 405 y 406 de la L. de Régimen Local, hasta concluir en el momento presente para «consignarla en términos más generales», a fin de cubrir todos los riesgos que para los particulares puede entrañar la actividad del Estado, salvo cuando exista justa causa que obligue a reparar el daño sin indemnización... en la seguridad de que todo lo que robustezca el principio de responsabilidad viene a consolidar el prestigio y eficacia de la Administración y la leal colaboración de los administrados, con lo que se llega a una cuasi objetivación de la responsabilidad patrimonial a través de la aplicación del mecanismo del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos...”

Sin embargo, en ocasiones nuestros tribunales incurren, quizás todavía por hábito, en vincular la responsabilidad de la Administración con ideas propias del derecho civil y ejemplo de ello es el señalamiento de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en la sentencia 2130 de fecha 9-10-01, caso Hugo Betancourt contra la República Bolivariana de Venezuela en el cual hubo una evidente responsabilidad “sin consideración de la falta” y sin embargo declaró la responsabilidad de la Administración por

su obrar negligente cuando señaló que: "...resulta claro para esta Sala que la República actuó negligentemente y en tal virtud es responsable..."

Sin embargo es destacable que si bien nos estamos iniciando en una anhelada responsabilidad objetiva, eminentes juristas como Gonzáles (2002), han señalado "... llegando a reconocerse en algunos ordenamientos jurídicos una responsabilidad objetiva de la Administración... Sistema que ha comenzado a tambalearse... se han extendido de tal manera los límites de la responsabilidad por el funcionamiento normal de los servicios públicos que no existe presupuesto que pueda soportar las consecuencias. De allí que se haya abierto una extensa polémica sobre la viabilidad del sistema" (p.40)

Los comentarios del ilustre jurista quizás se justifican en la realidad española, en la cual se ha tratado la responsabilidad de la administración como de exclusivo carácter objetivo, lo que al parecer ha llevado a consideraciones extremas sobre la materia.

Finalmente en nuestra legislación, el artículo 14 de la reciente Ley Orgánica de la Administración Pública robustece la norma contenida en el artículo 140 de nuestra carta fundamental, por cuanto la misma establece la responsabilidad, ahora sí, de la Administración Pública, por la gestión de sus respectivos órganos, respondiendo patrimonialmente por los daños que sufran los particulares, siempre que la lesión sea imputable a su funcionamiento.

Todo ello, con el fin supremo de refundar la República para establecer una sociedad democrática, participativa, protagónica, multiétnica y pluricultural en un Estado de justicia, propugnando la solidaridad, el bien común, el imperio de la ley, la igualdad y la garantía universal e indivisible de los derechos

humanos, y en consecuencia, responsabilidad en el ejercicio de la función pública, con sometimiento pleno a la ley y al derecho, entre otras, tal como lo señala igualmente el referido preámbulo y los artículos 1, 3 y 6 de la vigente Constitución.

Estos principios, suponen la existencia y desarrollo de un sistema adecuado de responsabilidad patrimonial del Estado, enmarcado en una visión moderna iuspublicista que permita reparar cualquier daño que sufra en sus bienes o derechos con ocasión del funcionamiento normal y/o anormal del Estado, aún cuando el artículo 140 de la Constitución, señale sólo el funcionamiento de la administración, sin distinguir si es normal o anormal, por lo que se entiende que el referido precepto arropa a los dos casos.

Tal posibilidad de solicitar indemnización, ya señalamos que se encuentra establecida claramente en el artículo 259 de la vigente Constitución, como norma adjetiva de la responsabilidad que consagra la competencia de los órganos de la jurisdicción contencioso administrativa para condenar al pago de sumas de dinero y a la reparación de daños y perjuicios originados en responsabilidad de la administración (esta última en sentido lato). Tal competencia, se ve reforzada por el resto de las normas que sobre el Poder Público, consagra nuestra Constitución:

- El artículo 25, que establece la responsabilidad civil, penal y administrativa de los funcionarios y funcionarias públicas.

- El artículo 26, que prevé la tutela judicial efectiva de los derechos, y entre ellos los patrimoniales, así como el derecho que tiene toda persona de acceso a los órganos de la administración de justicia para hacer valer sus derechos é intereses, entre los cuales, tenemos el derecho a ser

indemnizado cuando en ejercicio de sus funciones, la administración le haya causado daño, que conlleva el derecho a exigir la plena responsabilidad patrimonial del Estado.

- El artículo 30, que consagra la obligación del Estado de indemnizar integralmente a las víctimas o a sus causahabientes, de las violaciones de derechos humanos que le sean imputables, incluido el pago de daños y perjuicios.

- El artículo 49, que consagra el derecho constitucional a la defensa y su garantía – constitucional – a un debido proceso de los derechos, entre ellos los patrimoniales, a ser juzgado por sus jueces naturales, y a solicitar del Estado la reparación o restablecimiento de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo ú omisión injustificada, entre otros, que conlleva el derecho a exigir la plena responsabilidad patrimonial del Estado.

- El artículo 139, que establece la responsabilidad individual que acarrea el ejercicio del Poder Público, por abuso, desviación de poder o por violación de la Constitución o de la ley.

- El artículo 141, que prevé que la Administración Pública en ejercicio de la función pública es responsable, con sometimiento pleno a la ley y al derecho.

- El artículo 281, contempla la legitimación del defensor del Pueblo para ejercer acciones para el resarcimiento de daños ocasionados por el funcionamiento de los servicios públicos.

Estos preceptos constitucionales citados, por sí solos, tanto más combinados, permiten e imponen la construcción general y la articulación técnica de un sistema de responsabilidad patrimonial completo del Estado venezolano.

Vemos entonces que se impone constitucionalmente una reparación integral de todo tipo de daño que sufra un particular proveniente de cualquier actividad del Estado, mediante una responsabilidad directa y no subsidiaria, quedando a salvo la posibilidad de que el Estado, en caso de falta personal de los funcionarios, repita contra éstos en ciertos casos, o la posibilidad de que el particular demande directamente al funcionario a título personal, o solidariamente a ambos. Así, la Administración responde objetivamente, y su fundamento general de todo ese sistema es la *integridad patrimonial*. El criterio general de la responsabilidad es así la idea de lesión, o sea, de la lesión *antijurídica* en el entendido de que el particular no tiene la obligación de soportar sin indemnización el daño sufrido.

Fundamento

La obligación del Estado a reparar, tiene su fundamento jurídico en que todo aquel que cause daño a otro, deber repararlo.

Tomando en cuenta que en la Constitución Venezolana de 1961 se definió en su exposición de motivos al Estado como una organización política y jurídica representada por el Poder Público frente a las actividades privadas, podemos entonces afirmar, tal como señala el autor Chiossone (1998), que el Estado no es propiamente la personificación jurídica de la Nación, sino el Poder Público que emana de la Constitución dividido en sus ramas, es el

Estado mismo y por consiguiente, puede atribuírsele responsabilidad por aquellos actos de poder que causen daño indebido a los particulares (p. 97).

De ésta forma el fundamento ideológico de la responsabilidad en Estados en que como el nuestro, se fundan en un estado de derecho, está consagrada en la Constitución, como norma suprema que consagra las normas fundamentales de la organización del Estado, que regula el funcionamiento de los sus órganos y que establece un sistema de derechos y garantías a los particulares dentro del Estado.

Vemos entonces, que la responsabilidad tiene su fundamento en la teoría objetiva, no en la culpa sino en un hecho cierto y tangible: el daño. Basta con que se hubiere ocasionado un daño para que la víctima tenga derecho a la reparación, aún cuando el agente del perjuicio no hubiese incurrido en la culpa. El creador de un riesgo debe asumir las consecuencias de su realización; toda actividad implica algún riesgo, tanto para los terceros como para el que actúa, y es justo que la persona que crea esos riesgos para su propio provecho, con el fin de obtener ganancias o satisfacciones, sufra las consecuencias, reparando los daños producidos por el riesgo que ha introducido en la sociedad.

En este sentido, coincidimos definitivamente con el autor Ortiz (1995), para quien el fundamento general o unitario de todo el sistema de la responsabilidad, o de los dos regímenes de responsabilidad administrativa es la integridad patrimonial y la lesión o daño antijurídico, en el sentido de que el particular no tiene la obligación de soportar el daño sin indemnización, de tal forma que se justifica el instituto de la responsabilidad administrativa, en la idea de la reparación del daño causado por la administración, en el ejercicio de sus funciones (p.89).

II

LA RESPONSABILIDAD EN EL DERECHO CIVIL

Aún cuando existen diferencias sustanciales entre la responsabilidad del Estado y la responsabilidad civil, no es menos cierto, que en ambos tipos de responsabilidad, interviene el daño como elemento de las mismas, y siendo el caso que el daño material constituye el objeto de la presente investigación, se hace necesaria la referencia a la responsabilidad civil, a los fines de poder individualizar tal elemento, cuyas características, clasificación y regulación en el derecho privado, son igualmente utilizados en la doctrina y jurisprudencia administrativa para definirlo.

Concepto

En materia civil, la responsabilidad es, según Maduro (1989):

“ la obligación de reparar un daño proveniente del incumplimiento culposo de una conducta o deber jurídico preexistente, que si bien el legislador no determina expresamente, sí lo protege o tutela jurídicamente al establecer su sanción dentro del Ordenamiento Jurídico Positivo. Ocurre, cuando el agente causa un daño a la víctima mediante la comisión de un hecho ilícito. En éste caso, la responsabilidad civil delictual es la derivada del hecho ilícito, también denominado delito civil, que está contemplado como principio general en el primer párrafo del artículo 1.185 del Código Civil venezolano” (p.136)

Clasificación

A su vez este tipo de responsabilidad se subdivide en responsabilidad ordinaria (en la que el agente del daño es la persona que lo va a reparar) y en responsabilidad compleja o especial (en la cual el daño no es causado directamente por la persona que está obligada a repararlo, sino por personas o cosas dependientes de aquellas por lo cual el legislador la considera responsable y le impone la obligación de reparar) y dentro de la responsabilidad especial se distingue la responsabilidad por hecho ajeno y responsabilidad por cosas que estén bajo su guarda, control y vigilancia.

Finalidad

Vemos entonces que la responsabilidad civil tiene idéntica finalidad a la responsabilidad en materia administrativa, pues es una situación eminentemente patrimonial, y persigue el resarcimiento o la compensación del daño causado mediante la reparación del mismo a través del cumplimiento de una prestación, a cargo del patrimonio del causante del daño. Sin embargo, la responsabilidad en materia civil se diferencia de la responsabilidad en materia administrativa, principalmente en que la primera es subjetiva y es ocasionada por un particular, y la segunda es causada por órganos de poder público y en principio, es objetiva.

Requisitos

En éste primer caso (responsabilidad civil), la doctrina del máximo Tribunal de la República, Sala Político Administrativa en Sentencia Nro. 575 del 14 de agosto de 1996, con ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño, caso: Régulo Martínez Cabrera y otros, expediente N° 7.095, ha descrito el hecho

ilícito civil como la actuación u omisión culposa que cause daño, no tolerada ni consentida por el ordenamiento jurídico positivo. Señalándose así, por tanto, como elementos del hecho ilícito:

La Actuación U Omisión

Constituido por la conducta de hacer o de no hacer del o los agentes causantes del daño, consistente en el incumplimiento de un deber jurídico preexistente cuya violación acarrea al infractor la obligación de reparar el daño causado a la víctima en perjuicio del patrimonio material y moral de la misma.

La Ilícitud

Representado por la violación a la ley positiva contemplada en el artículo 1.185 del Código Civil, constituida por el incumplimiento de un deber jurídico, cual es la obligación de no causar un daño a otro.

El Daño

Toda disminución o pérdida que experimente una persona en su patrimonio o acervo material (daño material o patrimonial) o en su patrimonio o acervo moral (daño moral).

La Relación De Causalidad

Vinculación existente entre la conducta culposa del causante del daño y el daño ocasionado. Se trata de una relación de causa a efecto entre la

culpa del agente del daño en función de causa y el daño experimentado en función de efecto.

La Culpa

A diferencia de la responsabilidad administrativa, en la responsabilidad civil delictual, el incumplimiento debe ser necesariamente culposo para que genere la obligación de reparar el daño causado. Para ser responsable en materia civil a diferencia del derecho administrativo, es necesario ser culpable. En materia de responsabilidad por hecho ilícito el término culpa es tomado en su acepción más lata que comprende, tanto el incumplimiento intencional o doloso como el incumplimiento propiamente culposo, tal como lo prevé el artículo 1.185 del Código Civil cuando establece: *“El que con intención, o por negligencia, o por imprudencia, ha causado un daño a otro, está obligado a repararlo.”*

Igualmente, dentro de los grados de culpa, la responsabilidad civil extracontractual va a proceder por todo tipo de culpa, tanto la culpa grave, como la leve y como la levisima; sólo basta que la conducta del agente cause un daño a la víctima para que nazca la obligación para aquel de reparar tal daño.

Diferencias con la Responsabilidad del Estado

Vemos entonces que existen importantes diferencias entre la responsabilidad privada y la pública, y que de los cinco elementos de la responsabilidad civil mencionados, la responsabilidad administrativa participa sólo de tres (3), cuales son, la actuación de la administración (lícita o no), el daño y el nexo o relación de causalidad, los cuales serán desarrollados más adelante.

Para los “civilistas”, tal como acertadamente lo señala Mosset (2004), la responsabilidad por un daño causado, quien fuere el autor, no ha menester de una norma expresa que la consagre. No hay un catálogo cerrado de legitimados pasivos, personas a las cuales pueda demandarse; así como tampoco existe, en Derecho de Daños, un catálogo cerrado de legitimados activos, personas con derecho a accionar en procura de una reparación (p.96). En cambio, la responsabilidad extracontractual del Estado implica necesariamente que el sujeto pasivo sea la administración (en sentido lato) y que los funcionarios que la representen y hayan causado daño, se encuentren en el ejercicio legítimo de una función pública, independientemente de que se trate de una actuación ú omisión, y que la misma sea lícita o no.

De tal forma, que no forma parte ni la ilicitud ni la culpa, de la responsabilidad administrativa, por cuanto la materia se proyecta a través de una perspectiva iuspublicista, en la que sólo se toma en cuenta el hecho dañoso causado por la administración a un particular que no tenía el deber de soportarlo, y que éste pueda ser imputado a la misma, independientemente de que haya sido o no con culpa, intención, o dolo.

En la actualidad el fundamento de la responsabilidad de la administración ya no es determinada en función de lo dispuesto en el Código Civil, por cuanto se trata de una responsabilidad propia de la administración. Y así lo ha dicho el Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia N° 2132 de fecha 16-11-2005, expediente N° 10623 de la Sala Político Administrativa, ratificada en sentencia N° 798 de la misma Sala de fecha 28-03-2006, en la que se lee:

“(…) En tal sentido, se observa que la Sala Político-Administrativa, en anteriores oportunidades había ordenado la

indemnización de ciudadanos que habían sufrido daños en su esfera patrimonial o moral por razón de actos y hechos imputables a la Administración. En el caso específico de hechos ilícitos, el fundamento de la responsabilidad de la Administración había sido determinado en función de los artículos 1185 y siguientes del Código Civil, estableciendo, en casos aislados, una responsabilidad propia de la Administración. Más aún, en situaciones similares a la que nos ocupa, se había ordenado la indemnización por daños materiales y morales en función del artículo 1193 invocado en este caso por la parte actora (CSJ-SPA, caso Alba Orsetti Cabello Sánchez, 19.07.84; CSJ-SPA, caso Cedeño Salazar vs. Cadafe, 11.02.85; CSJ-SPA, caso Nemecio Cabeza vs. Cadafe 05.04.94). (...) Ahora bien, el constituyente de 1999, haciéndose eco de tales reclamos consagró en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela una norma que prevé de 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. Dicha norma dispone: “Artículo 140.- 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”. Con la anterior prescripción constitucional, se establece un mandato obligatorio a los Tribunales de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para ordenar cuando sea procedente, la indemnización de los daños sufridos por los particulares como consecuencia de la actividad de la Administración.”

Otra diferencia entre ambas responsabilidades, es que la civil, como se dijo, el sujeto pasivo de la reparación puede ser distinto al causante del daño, tal es el caso de la responsabilidad compleja o especial; mientras que en la responsabilidad administrativa o patrimonial del Estado, el sujeto pasivo siempre será la administración, el Estado, quien responderá por cada uno de sus órganos, siempre y cuando su actuación esté dentro de una función pública. Ahora bien, aún cuando ello así suceda si la víctima no demanda a la administración sino al funcionario, la administración no respondería, pero

en ese caso, en consecuencia, no sería responsabilidad patrimonial del Estado, sino responsabilidad individual del funcionario.

Igualmente constituye otra diferencia la naturaleza de la responsabilidad en cada caso, pues en la civil, es subjetiva y en la administrativa es en principio objetiva.

Por tanto, en materia de responsabilidad administrativa, las referencias exclusivas al Código Civil como base normativa de la responsabilidad, resultan innecesarias, pues ésta se rige por principios propios de Derecho Público los cuales, si bien en algunos casos son compatibles con los principios de Derecho Privado, en general los sobrepasan y difieren de éstos.

III

PRESUPUESTOS O REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD

Partiendo entonces que la definición que la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela señala en su artículo 140 el régimen objetivo de la responsabilidad patrimonial en Venezuela, la doctrina y jurisprudencia venezolana ha establecido la necesidad de que se conjuguen (03) presupuestos o requisitos concurrentes para que surja por parte del Estado, la obligación de reparar la lesión causada efectivamente a la víctima.

Estos requisitos han sido repetidamente exigidos por los tribunales de la República, siendo una de las sentencias que más los definen, la N° 1176 de fecha 01-10-2002 de la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia, ratificada por la misma Sala en Sentencia N° 798 de fecha 28-03-2006, expediente N° 2002-0287 con ponencia de la Magistrado Yolanda Jaimes, que señaló:

"En la vigente Constitución, el ámbito de responsabilidad patrimonial de la Administración se extiende, de acuerdo con su artículo 140, "a todo daño sufrido por los particulares en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea imputable al funcionamiento de la Administración Pública", consagrando en definitiva y sin margen de dudas, la responsabilidad objetiva, patrimonial e integral de la Administración, cuando con motivo de su actividad ocasione daños a los particulares, no importando si el funcionamiento dañoso de la Administración ha sido normal o anormal, a los fines de su deber resarcitorio.(...) de acuerdo al mandato constitucional resulta imperativo señalar los elementos constitutivos que deben concurrir para la procedencia de la responsabilidad de la Administración. Tales elementos son, conforme a la Carta Fundamental: 1.- Que se haya producido un daño a los particulares en la esfera de cualquiera de sus bienes y derechos. 2.- Que el daño inferido sea imputable a la Administración, con

motivo de su funcionamiento y 3.- La relación de causalidad que obligatoriamente debe existir entre el hecho imputado y el daño producido. Respecto del ámbito que abarca la responsabilidad del Estado, es terminante la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela al disponer que son resarcibles patrimonialmente los daños que sufran los particulares por el funcionamiento de la Administración, en cualquiera de sus bienes y derechos, lo cual implica que el daño moral es igualmente indemnizable, si este tiene origen en una actividad imputable a la Administración. "

En tal sentido, los requisitos o presupuestos de la responsabilidad del estado son:

- Que se haya producido un daño a los administrados en la esfera de cualquiera de sus bienes y derechos.
- Que el daño inferido sea imputable a la Administración con motivo de su funcionamiento, sea éste normal o anormal.
- La imprescindible relación de causalidad que debe existir entre el hecho imputado a la Administración y el daño efectivamente producido por el mismo.

Sin embargo, tal como lo ha señalado la Sala Político Administrativo del Máximo Tribunal de la República en Sentencia N° 1175 de fecha 01 de Octubre 2002, ponente Magistrado Levis Zerpa Juicio Civca vs Elecentro. "lo anterior no significa que toda actividad administrativa de la Administración que cause daño a un particular deba ser resarcido por el Estado" por cuanto, es necesaria que se trate de una afcción cierta al patrimonio de los bienes y derechos del administrado, o en caso de que el objeto indemnizatorio del daño a resarcir, comporte una actividad de naturaleza ilícita por parte de los

afectados; razón por la cual, se dirá que, “en principio” la Administración deberá responder é indemnizar, ante la presencia de éstos tres (3) elementos de forma concurrente.

Para el autor venezolano Badell (2001), la responsabilidad del Estado tiene sólo dos elementos, al expresar:

“al ser la responsabilidad patrimonial del Estado un sistema directo y objetivo, en el que la culpa carece de importancia, su procedencia está a la verificación de dos elementos, a saber: 1. El daño imputable a la Administración entendido como toda disminución sufrida en el patrimonio de un sujeto de derecho como consecuencia de una actuación administrativa; y 2. Un nexo causal que permita vincular ése daño con la gestión administrativa” (p.38).

Estos elementos han sido reconocidos por la jurisprudencia extranjera, en casos en que como la argentina, el tratadista Gordillo (2001), ha señalado que los elementos del concepto clásico de responsabilidad civil extracontractual del Estado son así: a) un daño cierto, b) que ese daño haya sido ocasionado por, o pueda ser imputado al, funcionamiento (defectuoso) del servicio o al accionar irregular del presunto responsable –relación llamada causalidad, así como la posibilidad de que también puede haber responsabilidad del Estado en virtud de una omisión en el ejercicio de función administrativa. Esta reflexión, la señala categóricamente al señalar que tal como lo ha dicho así la Sala II del Tribunal Supremo de la Provincia de Buenos Aires:

“...el reconocimiento de la responsabilidad estatal por actividad ilícita o ilegítima en el campo en examen, exige siempre para su procedencia el cumplimiento de ciertos requisitos imprescindibles, esto es, por una lado, la existencia de un daño cierto, la relación de causalidad entre el accionar ilícito del Estado, o

funcionamiento irregular o defectuoso del servicio por no cumplirse de manera regular las obligaciones emanadas de las normas jurídicas y aquel perjuicio, y por otro, la posibilidad de imputar jurídicamente esos daños a dicho Estado” (p. 123).

De tal forma que los requisitos exigidos por la legislación venezolana, son los que modernamente exigen otras legislaciones que han venido acogiendo nuestro mismo sistema de responsabilidad.

Actividad De La Administración

Como elemento de la responsabilidad administrativa, refiere a toda conducta de hacer o no hacer de la Administración, entendida ésta en sentido lato, tal como: acto administrativo, hecho administrativo, operación administrativa, omisión, abstención y vía de hecho, que cause daño a los particulares.

Para Rondón (2000), la expresión “Actividad Administrativa” es equivalente a la noción de la Administración Pública en sentido material o sustancial, esto es, al cúmulo de todo aquello que la administración, entendida como estructura orgánica, realiza, es decir, a su hacer esencial. Este conjunto de actuaciones “llega a identificarse con la propia entidad que actúa o con aquella quien tales actuaciones son imputables” (p. 15).

Para Lares (2000), la actividad administrativa tiene que ver con el objeto del derecho administrativo, cuando señaló:

“Según lo antes expuesto, pensamos que, al tratar de determinar el objeto del derecho administrativo, debemos señalar una actividad, pero referida a los órganos de los cuales emana. Nuestra disciplina regula la actividad desplegada por ciertos órganos, cualquiera que sea el contenido material de los

cumplidos en ejercicio de aquella. Esto nos lleva a definir la administración, como la actividad realizada por la rama ejecutiva del Poder Público, es decir, por el conjunto de órganos estatales regidos por relaciones de dependencia a los cuales corresponde ordinariamente la misión de ejecutar las leyes (p.131)

Sin embargo, el requisito señalado en el artículo 140 de la vigente Constitución, atañe a toda la administración pública en sentido lato, y no exclusivamente a una rama del poder público como lo es el poder ejecutivo; razón por la cual disentimos de la última definición aportada, por cuanto en el presente caso, la actividad de la administración como elemento de la responsabilidad del estado viene referida al actuar de todos y cada uno de los órganos de cualquiera de las ramas del poder público, en ejercicio de cualquier función, incluso de aquellos entes privados que dictan actos de autoridad, como acertadamente lo señaló su preámbulo.

El Daño

Elemento esencial para que se configure la responsabilidad por parte de la administración. Definido por la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 798 de fecha 28-03-2006, como “ toda disminución o menoscabo sufrido por una persona como consecuencia del acaecimiento de un hecho determinado, en su esfera patrimonial o moral y tiene por característica fundamental la que sea cierto, vale decir, efectivamente ocurrido.” Si no se produce, no existe la obligación de reparar y no puede acudir a la administración para que responda por un perjuicio que no ha causado.

El *daño* como elemento de la responsabilidad del Estado, debe ser cierto, efectivo, real y actual así como singular o individualizable, es decir, no debe constituir una carga general impuesta a todos ya que, justamente, debe ser

causa de ruptura de la igualdad ante las cargas públicas. Debe además tratarse de un daño antijurídico (antijuridicidad objetiva) que constituya una lesión injusta que impone al particular una carga que no tiene el deber de soportar.

A su vez, el daño puede ser material o patrimonial, y moral o extrapatrimonial, y dentro del primer género, (daño material) tenemos el daño emergente o directo y el lucro cesante o indirecto, perfectamente definidos en especial por el derecho civil. Sobre el particular, se ahondará en el capítulo V de éste trabajo.

Daño Material o Patrimonial

Es aquel que afecta al patrimonio de la víctima, actualmente o en el futuro, bien porque se hayan afectado directamente sus bienes, o porque se le haya disminuido su capacidad de trabajo.

En tal sentido, el artículo 1273 del Código Civil venezolano vigente, consagra tanto el daño material directo o daño emergente, como el daño material indirecto, o lucro cesante, definiendo al Daño Emergente: como e correspondientes a los daños ocasionados a la víctima (acreedor) por la pérdida sufrida en su patrimonio, y al Lucro Cesante, como la utilidad que se le haya privado como consecuencia de la lesión. Sobre el particular, se ahondará en el capítulo V de éste trabajo.

Daño Moral

La consagración legal de éste daño, también llamado extrapatrimonial, se encuentra en el Código Civil venezolano vigente.

Así, tal como acertadamente lo señaló la jurisprudencia patria en sentencia de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 03-08-1995, con ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas, caso: Caso Wilmer Aponte y otros contra el Instituto Nacional de Hipódromos:

“Constituye daño moral el sufrido por un individuo en la esfera íntima de su personalidad que conlleve a la degradación de su valor como persona humana, respecto de otros en la sociedad en que se desenvuelve o frente a sí mismo, daño ocasionado injustamente por un tercero. Igualmente, es susceptible de ser considerado presupuesto de daño moral, el sufrimiento padecido por una persona en virtud de lesión corporal o por la pérdida física de determinados familiares ocasionada por un acto ilícito de un tercero”.

Para algunos autores como Orsini (2001), la distinción entre el daño material y daño moral corresponde a la gran división de los derechos en derechos patrimoniales (derechos reales y personales) y derechos extrapatrimoniales (derechos de la personalidad, derechos de la familia). Quienes así piensan no dudan, por supuesto, que todo cuanto se relacione con atentados al honor, a la libertad personal o los sentimientos de una persona no pueden sino ser daños morales (p.156).

Para Henao (2001), son perjuicios que no tienen una naturaleza económica, en el sentido de que, por definición, no se les puede medir en dinero. Distinto al daño material en donde se puede encontrar un valor de reemplazo, más o menos exacto, al perjuicio. Por tal razón, la indemnización que se decreta con el otorgamiento de una suma de dinero frente a un daño moral, por ejemplo, no busca el pago de las lágrimas ni del dolor producido por el hecho dañino. Las lágrimas vertidas están naturalmente fuera del comercio; el dolor es imposible

medirlo con patrones objetivos, por ser en esencia subjetivo. Sin embargo, si ubicamos dicha indemnización desde el ámbito de la compensación y no de la restitución del bien afectado, aquella se defiende en el plano conceptual (p.230).

Sostiene el mismo autor, que en los eventos de indemnización del daño inmaterial la naturaleza de la indemnización, se reitera, es compensatoria, en el sentido de que mediante el bien equivalente del dinero, o de cualquier otra manera a petición razonable de la víctima o por decisión del juez, se otorga a aquella un bien que le ayuda a aliviar su pena, sin que sea relevante que la indemnización sea o no dineraria. Tampoco se trata de castigar al responsable, pues haya obrado o no con culpa, debe indemnizar estos daños (p. 231).

La postura anterior, que justifica la indemnización del daño inmaterial, es la que ha guiado a la jurisprudencia colombiana y la francesa. En ambos derechos se ha impuesto la lógica de que “es mejor la pena con pan que sin pan” y, por ello, con un criterio también pragmático se ha aceptado que el dolor, que la pérdida del consejo sabio del padre, que la afrenta a la honra, etc., se puede indemnizar.

En efecto, la tipología que actualmente muestra cada uno de los sistemas señalados es diferente, ya que mientras en el derecho colombiano hoy en día se indemnizan el tradicional daño moral y el llamado perjuicio fisiológico o a la vida de relación, en el derecho francés, aunque se reconoce también el daño moral, se indemnizan las

alteraciones en las condiciones de existencia que no han sido aceptadas como tales por la jurisprudencia colombiana. No existe por tanto una sinonimia entre los diversos rubros del perjuicio inmaterial en ambos países.

En nuestro país el daño moral es indemnizable por el estado, se trate la víctima de una persona natural o jurídica. En doctrina del Máximo Tribunal de la República, en Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 4622 de fecha 06 de Julio de 2005, expediente N° 2000-0382 con ponencia de la Magistrado Yolanda Jaimes Guerrero, se expuso claramente este criterio, cuando se enfatizó:

“ La indemnización por daño moral encuentra su fundamento en la afección de carácter intangible desde el punto de vista material que se produce en la esfera inmanente al individuo, tomándose en cuenta para su valoración las circunstancias personales de la víctima, es decir, la edad, sexo y el nivel de incapacidad que le produjeron los daños. Debe indicarse que este derecho a la indemnización por daño moral no persigue en modo alguno sancionar civilmente al causante del daño -como sucede en otros ordenamientos jurídicos- pues su fundamento es el de indemnizar el dolor sufrido por una persona a raíz de una pérdida inmaterial, espiritual o afectiva. De allí que el legislador haya dejado al Juez la estimación de la indemnización que merece en cada caso, quien haya resultado dañado moralmente. Advierte la Sala que para la determinación del monto de la indemnización no está obligado el Juez a tomar en cuenta el monto sugerido por la parte actora ya que dicha cantidad se formula a los únicos efectos de la estimación de la demanda. Ahora bien, a los fines de determinar la indemnización debida, se observa que en el expediente quedaron evidenciadas las lesiones corporales sufridas por el actor, entre las cuales, se destaca la amputación de ambas piernas, lo cual constituye inexcusablemente un hecho generador de daño moral e

irreversible. Adicionalmente, tal como se ha podido evidenciar, resulta obvio que el actor sufrió lesiones corporales que le han producido y le seguirán produciendo un intenso dolor; no solamente físico, sino también un daño moral en el aspecto psíquico de éste como es la amputación de ambas piernas, y las quemaduras son de tal magnitud o gravedad que, según lo afirmado en el primer informe médico antes referido, el actor deberá ser sometido a futuras intervenciones quirúrgicas. Los magistrados que integran esta Sala, no tienen duda alguna que un accidente como el narrado en el libelo y demostrado en autos, pueda producir dolor, angustia y afectación psíquica. Del mismo modo, se observa que el accionante para el momento en que ocurrió el accidente, tenía 23 años de edad, llevaba una vida sin limitación física alguna, en virtud de lo cual podía realizar cualquier actividad propia de una persona joven y capaz, siendo todo esto truncado por el accidente sufrido.

En la oportunidad de la referida sentencia, la Sala estimó que con fundamento en los elementos antes enunciados, esperaba que la indemnización acordada sirviera como coadyuvante para mitigar el sufrimiento del actor y así pueda llevar una vida menos penosa.

En cuanto a la forma de determinar por parte del Juez la justa indemnización por daño moral, y con respecto a la interpretación del artículo 1196 del Código Civil que consagra el daño moral, la Sala Civil del Tribunal Supremo de Justicia venezolano cuando en Sentencia N° 278 de fecha 10-08-2000, estableció:

“la estimación que al respecto hagan los jueces de mérito así como la indemnización que acuerden en uso de la facultad discrecional que les concede el citado artículo, son de su criterio exclusivo. Asimismo, el artículo en comento dice "puede" y en este sentido el artículo 23 del Código de Procedimiento Civil autoriza al juez para obrar según su prudente arbitrio consultando

lo mas equitativo, justo o racional, y, por lo tanto, está autorizado para conceder la indemnización o forma de reparación que considere conveniente sin que tal indemnización tenga que ser necesariamente de contenido patrimonial y ello, desde luego, porque el daño no es material, sino moral."

Este mismo criterio fue ratificado por la misma Sala Civil, en Sentencia Nro. 240 del 30/04/2002, cuando se dijo que: "... En igual sentido, la Sala ha indicado de forma reiterada que '...la reparación del daño moral lo hará el juez, según lo establecido en el artículo 1196 del Código Civil, es decir, queda a su apreciación subjetiva y no limitada a lo estimado en el libelo..."

Ahora bien, para que el Juez proceda a declarar con lugar una acción por daño moral y cuantificarlo, según criterio de la Sala Social del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia N° 144 del 07-03-2002, se estableció que debe hacer un examen del caso en concreto analizando los siguientes aspectos:

- la entidad (importancia) del daño, tanto físico como psíquico (la llamada escala de los sufrimientos morales);
- el grado de culpabilidad del accionado o su participación en el accidente o acto ilícito que causó el daño (según sea responsabilidad objetiva o subjetiva);
- la conducta de la víctima;
- grado de educación y cultura del reclamante;
- posición social y económica del reclamante,
- capacidad económica de la parte accionada;
- los posibles atenuantes a favor del responsable;
- el tipo de retribución satisfactoria que necesitaría la víctima para ocupar una situación similar a la anterior al accidente o enfermedad; y, por último,

- referencias pecuniarias estimados por el Juez para tasar la indemnización que considere equitativa y justa para el caso concreto.

En consecuencia, el Juez debe expresamente señalar en su decisión el análisis que realizó de los aspectos objetivos señalados en el precedente párrafo, exponiendo las razones que justifican su estimación, las cuales lo llevaron a una indemnización razonable, que permita, controlar la legalidad del quantum del daño moral fijado por el Juez.

Sin embargo, conforme a lo ratificado en la misma Sala de Casación Social del mismo Tribunal, pero en Sentencia N° 340 de fecha 31-10-2000, en la probanza de los daños materiales, lo único que debe demostrarse plenamente en una reclamación por daño moral es el hecho generador, o sea, "el conjunto de circunstancias de hecho que genera la aflicción cuyo petitum doloris se reclama." En dicho caso, la Sala expresó nuevamente su criterio reiterado desde el 10 de Octubre de 1991, y con tal aseveración, ratificó que el trabajo más fuerte, lo tiene el juez posteriormente en la estimación.

Con respecto a los daños extramatrimoniales causados a las personas jurídicas, existen criterios no compartidos por nuestros tribunales, que señalan que no son indemnizables por tratarse de entes que no son susceptibles de sufrir padecimientos espirituales: dado su capacidad jurídica está limitada por el principio de la especialidad, y la finalidad propia de ellas consiste en obtener ganancias: y en consecuencia, todo aquello que pueda afectar su prestigio o buen nombre comercial, redundará en una disminución de sus beneficios o bien carece de trascendencia a los fines indemnizatorios.

Pero en disidencia con el criterio expuesto, sostenemos que si bien se reconocen las características y diferencias de las personas jurídicas con las personas físicas, ello no impide que las primeras, provistas de subjetividad jurídica, posean atributos de igual naturaleza extramatrimonial, como el prestigio, el crédito comercial o el derecho al nombre, valorizados por la comunidad en que se desenvuelven, y por tal razón, el daño moral causado a las mismas sí es indemnizable.

Finalmente, la doctrina venezolana es conteste al ratificar que en los casos de daño moral, la indemnización no procede, por cuanto la indemnización es fijada por el Juez en la oportunidad de la sentencia, dado que lo único que puede efectuar la víctima al momento de la demanda, es una estimación.

La Sala de Casación Civil, del Tribunal Supremo de Justicia, en Sentencia Nro. 131 del 26/04/2000, expuso al respecto:

“El daño moral es la lesión a los sentimientos del hombre que por su espiritualidad no son susceptibles de una valoración económica. En relación con la corrección monetaria, la doctrina expresa que la inflación no afecta a la víctima en su personalidad moral o espiritual, en sus afectos o sentimientos, y queda sujeta a la fijación del juez en la sentencia. La indexación o corrección monetaria rige solamente para el pago de las prestaciones sociales debidas al trabajador al momento de la terminación del contrato, lo cual excluye la indexación por daño moral.”

En idéntica interpretación se pronunció el mismo Tribunal Supremo de Justicia, pero ésta vez en Sala Político Administrativa, sentencia N° 382 de fecha 06-07-2005 con ponencia de la Magistrada Yolanda Jaimes Guerreo, cuando expuso: “ Por lo que respecta a la solicitud de indexación reclamada por la parte actora, la Sala debe negarla en virtud de que resulta

improcedente en materia de daño moral acordarla, ya que se trata de una indemnización fijada por el Juez en la oportunidad de dictar el fallo, por lo tanto resulta improcedente su ajuste por el transcurso del tiempo. Así se declara.”

La Relación de Causalidad

Respecto del *nexo causal*, el mismo representa la vinculación del daño con una actuación u omisión de la administración. Según la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia N° 798 de fecha 28-03-2006, es el extremo necesario para que determinado órgano de la administración pueda ser responsable del daño material que hubiere podido causar a un particular.

Sobre el nexo causal descansa las causas de exoneración o atenuación de la responsabilidad del Estado y al respecto han habido ciertas vacilaciones de nuestra jurisprudencia al señalar, una veces en forma afirmativa y otras en forma negativa, expresa o implícitamente, que es posible la exoneración de la administración por la prueba de cualquiera de las causas extrañas no imputables en los dos tipos de responsabilidad que tradicionalmente se han considerado.

Igualmente sobre el elemento causal descansa la posibilidad de compensación de las faltas consagrado en el artículo 1189 del Código Civil, que permite establecer un sistema de corresponsabilidad. En ese sentido el Supremo Tribunal de la República en Sentencia de la Sala Político Administrativa N° 4622 de fecha 06-07-2005 se pronunció en los siguientes términos:

“En efecto, además de la actuación del accionante, que contribuyó en parte para la producción del daño, al mismo tiempo debe reconocerse que también existió por parte del Club una actuación negligente, al no informar a la empresa eléctrica acerca de la existencia de ramas o árboles en la línea conductora de electricidad que pasaba por sus predios, a lo cual estaba obligado en virtud del contrato de servidumbre, situación que también permitió la ocurrencia del accidente. De ahí, que sólo le es exigible o imputable a la sociedad civil **MARACAIBO COUNTRY CLUB**, una porción de la indemnización reclamada por concepto del daño, que a juicio de la Sala debe ser fijada atendiendo a la concurrencia de la responsabilidad establecida en este fallo. En consecuencia y conforme a lo expuesto, no le es exigible indemnización alguna en el presente caso a la **COMPAÑÍA ANÓNIMA ENERGÍA ELÉCTRICA DE VENEZUELA (ENELVEN)**”

Finalmente ha de señalarse que la relación de causalidad se desvirtúa, y en consecuencia igualmente la responsabilidad del Estado, por las siguientes eximentes de exoneración: La fuerza mayor, el hecho de la víctima, el hecho de un tercero, y el caso fortuito. De estas eximentes, las dos primeras (La fuerza mayor y el hecho de la víctima) se aplican al sistema de responsabilidad por falta y las cuatro restantes, al sistema de responsabilidad por funcionamiento anormal.

IV

ASPECTOS GENERALES DEL DAÑO MATERIAL

A decir de Moreau, citado por Melich (2001), “sin daño no hay responsabilidad patrimonial de la Administración Pública”, en este sentido es obvio que este es un elemento indispensable de la responsabilidad; por lo que su estudio minucioso es de igual manera indispensable al momento de reclamar indemnización (p.101).

Este mismo criterio, es igualmente compartido por el Uslenghi (1998), cuando señala que sin la existencia de ese menoscabo o deterioro (daño), la responsabilidad no se pone en movimiento (p. 511, 512).

Así, aún existiendo un actuar o un no actuar de la Administración que no estuviere acorde a derecho en el ejercicio de sus funciones (responsabilidad por falta), o que estando en ejercicio de las mismas, constituyera una desigualdad al principio de las cargas públicas (responsabilidad por sacrificio particular), si tal conducta no causara daño, la Administración, en sentido lato como se explicó supra, no sería patrimonialmente responsable. He allí su importancia.

Entendemos por daño, el elemento esencial para que se configure la responsabilidad por parte de la administración. Si no se produce, no existe la obligación de reparar y no puede acudirse a la administración para que responda por un perjuicio que no ha causado.

Así se configura al daño como la base de la responsabilidad, que puede ser causado, a decir de la autora Fernandez (1998), tanto por una actividad lícita como ilícita de la administración (p. 69).

Para Escobar (1998), “El elemento principal de la responsabilidad civil es el daño, cuya existencia concreta es necesaria para la producción de la reacción del ordenamiento jurídico que tutela, mediante la obligación del resarcimiento, el interés jurídico que el daño vulnera” (p. 161)

El Diccionario de la Real Academia Española define como acción de dañar: causar un detrimento, perjuicio, menoscabo, dolor o molestia. Sin embargo, en nuestro ordenamiento no existe una definición legal de daño, pero sí a nivel jurisprudencial y doctrinario.

En nuestra legislación, el término “Daño” hace referencia a lo mismo que “perjuicio”. De tal forma que a los efectos de esta investigación el uso indistinto del vocablo “daño” o “perjuicio” alude a lo mismo; sin embargo trataremos de referirnos al primero con preferencia al segundo.

No ocurre así en España, en donde tal como lo refieren los autores García de Enterría y Fernández (1997):

“conviene comenzar por distinguir el concepto jurídico de lesión del concepto vulgar de perjuicio. En éste último sentido, puramente económico o material, por perjuicio se entiende un detrimento patrimonial cualquiera. Para que exista lesión patrimonial se requiere, sin embargo, que ése detrimento patrimonial sea *antijurídico*, no ya porque la conducta de su autor sea contraria a derecho (antijuridicidad subjetiva), sino, más simplemente, porque el sujeto que lo sufre *no tenga el deber jurídico de soportarlo*.”(p.373)

Si tomáramos en cuenta la distinción de la legislación española, diríamos entonces que en nuestro país, la acepción “daño”, refiere a un detrimento patrimonial *antijurídico* en donde el sujeto que lo sufre no tiene el deber

jurídico de soportarlo; es decir, lo equivalente a perjuicio en España, pero en ningún momento podría aparejarse con el significado de la palabra “daño” en el referido país.

Señala igualmente al respecto, Ortiz (1995) que en España, la abundante jurisprudencia contencioso-administrativa coloca al daño como una condición necesaria de la responsabilidad. Las sentencias coinciden en sostener que “los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes o derechos siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento –normal o anormal- de los servicios públicos” y que entonces entre los “requisitos” de la responsabilidad administrativa está “la efectiva realidad de un daño individualizado y evaluable económicamente” (p. 124).

Por otra parte en Colombia, el daño es una exigencia constante de la jurisprudencia a la hora de determinar la responsabilidad administrativa, al señalar el autor Henao (2001), que “Es elemental la regla del derecho de daños que enuncia que “se debe indemnizar todo el daño, sólo el daño y nada más que el daño” (p. 76), distinguiendo el daño de la indemnización, aduciendo que el primero es un menoscabo patrimonial, y la segunda, el restablecimiento de éste menoscabo.

La jurisprudencia francesa en cambio, ha reconocido igualmente la necesidad del daño, aunque ha tenido la tendencia de negar en ocasiones su existencia, cuando el comportamiento de la administración ha producido consecuencias benéficas a la supuesta víctima, o cuando si bien sin producirse beneficios, al menos no se le han producido verdaderas consecuencias dañosas al demandante. Fuera de tales casos, se suele reconocer el daño material o moral independientemente de su importancia,

como imputable a la administración, otorgando las indemnizaciones respectivas.

En nuestro país, tal como lo refiere acertadamente Mélich (2001), el derecho positivo no reacciona contra el daño en general, o sea, contra cualquier lesión de intereses, sino que únicamente reacciona cuando la lesión sea una de aquellas que, según los criterios que denominan en el respectivo ordenamiento positivo, conviene evitar o reparar (p. 201). Así, el concepto jurídico de “daño” se presenta directamente vinculado al concepto de *interés jurídicamente protegido*, el cual a su vez viene representado por la relación existente entre el ente (sujeto) que experimenta una necesidad *legítima* y el ente idóneo *jurídicamente calificado* que provocaría la reacción del ordenamiento jurídico, el caso concreto a estudiar, la administración.

En nuestros sistemas positivos la noción de daño, sin dejar de ser por ello una noción jurídica, parece recoger sin discriminación todo menoscabo de intereses con abstracción de cualquier ulterior cuestión acerca de si un concreto y determinado daño es o no resarcible.

El Código Civil venezolano (art. 1.185 y siguientes), al igual que todas las disposiciones legales europeas y americanas, hace expresa mención al requisito del “daño”.

Esta necesidad de la existencia del daño constituye un principio aplicable tanto a la responsabilidad extracontractual como a la contractual.

Para Cabanellas, Guillermo, citado por Autores Venezolanos (1998), el daño es, en sentido amplio, “toda suerte de mal, sea material o moral. Como tal proceder suele afectar a distintas cosas o personas, o de diferentes

maneras, es habitual también el empleo pluralizado: *daño*. Más particularmente, el deterioro, perjuicio o menoscabo que por la acción de otro se recibe en la propia persona o bienes”. Igualmente cita el referido autor el concepto legal de daño en la legislación argentina, (artículo 1.068 del Código Civil), al indicar que “habrá daño siempre que se causare a otro algún perjuicio susceptible de apreciación pecuniaria, o directamente en las cosas de su dominio o posesión, o indirectamente por el mal hecho a su persona o a sus derechos o facultades”(p.7)

Para Gordillo (2001), los daños que no son susceptibles de apreciación pecuniaria, no son indemnizables. En consecuencia, serán indemnizables para el referido autor, y en tal sentido, daños resarcibles, los causados por una restricción a la libertad de prensa, una violación de la libertad de enseñar y aprender, o de la libertad de conciencia, o de transitar y salir del país, de petitionar a las autoridades, violaciones de los derechos de los individuos, por cuanto son daños no autorizados por el ordenamiento jurídico (p. 176).

Sin embargo, existen casos en los cuales no existe perjuicio económico ni positivo dolo, no pudiendo en consecuencia ser sancionados, al no entrañar un serio perjuicio social; ello precisamente por tratarse de cuestiones entre individuos de iguales derechos y condiciones.

Cuando los daños son cometidos por las autoridades públicas (responsabilidad administrativa), la cuestión adquiere una importancia fundamental, ya que está en juego la libertad del individuo y el respeto a la persona humana, frente a los abusos y negligencias de los servidores públicos; razón por la cual, al solicitar la víctima la indemnización, y después de acordada ésta, deberá quedar la persona en idéntica situación patrimonial a la que tenía antes de la conducta dañosa de la Administración, ya que,

como bien lo señala Henao (2001), “la función de la responsabilidad no es la de convertir al pobre en rico o viceversa, sino en dejar al pobre pobre y al rico” (p. 56).

Puede haber, al mismo tiempo, daño material y moral, sólo daño material y no moral, o daño moral únicamente.

Las presentes consideraciones realizadas en relación al daño como género, son comunes a todo tipo de daño, - material o moral -, por lo que le serán igualmente aplicables al daño material, en el cual centraremos las próximas líneas de la investigación.

V EL DAÑO MATERIAL

Definición

Recapitulando, tenemos entonces que la responsabilidad de la Administración se funda en el criterio objetivo de la lesión, entendida como daño o perjuicio antijurídico, y que quien lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar.

Que según Peirano (1981), “El daño es la diferencia, perjudicial para la víctima, entre su situación antes de sufrir el hecho ilícito y después del mismo” (p.361), o en decir del autor Navia (1978), “El daño es la lesión de un interés jurídicamente tutelado, como resultado de un actuación humana contraria a derecho” (p.21).

Así, como una especie del género “daños”, el daño material ha sido identificado por la doctrina patria como la pérdida o disminución de tipo económico o patrimonial que una persona experimenta en su patrimonio.

Por su parte, la doctrina patria del autor Melich (2001), ha definido el daño material como aquel que afecta el patrimonio de la víctima, actualmente o en el futuro, bien porque se hayan afectado directamente sus bienes, o porque se le haya disminuido su capacidad de trabajo (p.309).

Según Cabanellas, citado por Autores Venezolanos (1990), el daño material es aquel que recae sobre cosas u objetos perceptibles por los sentidos. El perjuicio patrimonial fácilmente apreciable; como la mora en un pago, en que se resarce (p. 176).

En lo que respecta tanto a la doctrina como a la jurisprudencia patria en materia de responsabilidad administrativa, ambas coinciden que el concepto de daño material, es aquel reconocido por el derecho civil.

Tal aceptación, no se hace a título expreso, pero si puede observarse que al momento de sentenciar, el juez contencioso-administrativo, luego de verificar y analizar si concurren los elementos de la responsabilidad administrativa referidos supra (artículo 140 constitucional), utiliza la acepción civilista para tratar de determinar si lo solicitado como daño material por el particular, concuerda con lo alegado como detrimento patrimonial consecuencia del hecho dañoso.

De ser así, de probarse efectivamente que hubo una disminución en el patrimonio del reclamante, sea actual (daño emergente o daño directo) o futura (lucro cesante), y de ser cierta en ambos casos, el juez deberá en consecuencia acordar la indemnización y condenar a la administración al pago de daños y perjuicios.

De tal manera, que entendemos que la diferencia entre el daño material en la responsabilidad administrativa respecto a la responsabilidad civil, tiene que ver más con el sistema de la responsabilidad al cual pertenece, que a la definición considerada en sí misma; pues ésta, en ambos casos, no ofrece mayores diferencias.

No obstante, consideramos que en la práctica, lo que puede realmente ser distinto, es la forma de hacerse efectiva su reparación, por cuanto, siendo el caso que en la responsabilidad administrativa, la condena va dirigida al Estado, no sería lo mismo tratar de lograr la efectividad de la sentencia, ante

un órgano con prerrogativas y que representa al interés colectivo, en contraposición con el ciudadano común, por ejemplo.

Regulación

Además de todas las normas constitucionales y legales que constituyen el bloque normativo de la responsabilidad administrativa señaladas en capítulos anteriores y ampliamente especificadas, que consagran al daño (incluido en éste el daño material), como uno de sus tres (3) elementos concurrentes según los cuales, no podrá condenarse al pago de daños y perjuicios a la administración, la regulación del daño material en nuestro ordenamiento jurídico está consagrado en los preceptos legales contenidos en el Código Civil, que lo limita, clasifica, condiciona e individualiza del daño moral.

Así, diremos entonces que el artículo 1185 del Código Civil Venezolano vigente prevé que cuando una persona con negligencia, culpa o dolo, cause daño, está obligado a repararlo.

En éste caso, el daño está siendo condicionado a la existencia de una conducta dolosa en sentido lato por parte del agente causante del daño, que obviamente no se requiere, para determinar la responsabilidad administrativa.

Sin embargo, la referida norma sí establece claramente que, al igual que en la responsabilidad administrativa, el daño causado debe ser antijurídico, es decir, no tolerado por el ordenamiento jurídico, por lo cual debe ser reparado o indemnizado. Adicionalmente en la responsabilidad administrativa, igualmente existiría daño, aunque sin ser antijurídica, la conducta de la

administración haya causado una ruptura **al principio de la tolerancia de las cargas públicas.**

Por otra parte, el artículo 1.273 del Código Civil Venezolano, establece la clasificación del daño material, tanto directo (lucro cesante) como indirecto (daño emergente), al señalar que “ los daños y perjuicios se deben generalmente al acreedor, por la pérdida que haya sufrido y por la utilidad de que se le haya privado”

Esta disposición legal contempla, lo que en doctrina se conoce como “**daño emergente**” y “**lucro cesante**”, entendiéndose por el primero aquel que se configura de inmediato en el patrimonio del acreedor tan pronto ocurre el incumplimiento, consistente en una disminución en dicho patrimonio, y como lucro cesante al daño experimentado por el acreedor por un no aumento de su patrimonio, por habersele privado de una ganancia a la cual tenía derecho, privación que se debió al incumplimiento.

Todas estas normas señaladas, reflejan uno de los principios cardinales en que subyace la teoría tradicional del resarcimiento; la obligación de indemnizar, a cargo del deudor, la integridad de las consecuencias patrimonialmente adversas del acto antijurídico.

Características

Para que un daño pueda y deba ser reparado, no basta alegar su existencia; debe tener características que demuestren que existe, y que además se corresponde a una situación antijurídica que permita su indemnización. Tal afirmación se extiende perfectamente al daño material, como una de las clases de daño indemnizable por parte de la administración, por lo que, en lo adelante, las descripciones que respecto del género (daño) se efectúen, le serán igualmente aplicables a la especie (daño material).

Para Melich (2001), la determinación del daño que puede ser objeto de una condena o resarcimiento, supone la consideración de ciertas cuestiones que, siguiendo la terminología de los hermanos Mazeaud, podríamos enunciar así: 1º) el daño debe ser cierto; 2º) El daño no debe haber sido reparado; 3º) El daño debe atentar contra el interés legítimo de la víctima; y 4º) El daño debe ser personal a quien lo reclama.

Ninguno de estos requisitos es objeto de expresa formulación en nuestro Código Civil, pero los mismos se desprenden necesariamente de las circunstancias que determinan la relevancia jurídica de los hechos que se invocan como “daño” y como demostrativos del monto preciso del mismo.

En opinión de Badell (2001), el daño debe tener como características, ser:

- Cierto y efectivo, es decir, real y actual, no eventual ni futuro.
- Especial o personal, individualizado con relación a una persona o grupo de personas.
- Imputable a la Administración, tanto por su funcionamiento normal como anormal.

- Referido a una situación eminentemente protegida por el ordenamiento jurídico.
- Antijurídico, en el sentido que el administrado no tiene el deber jurídico de soportarlo (p. 38,39).

Para el autor Ortíz (1995), las características del daño pueden ser de existencia o de reparabilidad y antijuricidad. Las características de existencia del daño, son que sea cierto y personal, y la característica de reparabilidad y antijuricidad es que el daño deba ser indemnizable. Señala que el carácter “directo”, no formaría parte de las características o condiciones de existencia del daño por cuanto no es una condición propia de éste sino de la responsabilidad, y que tiene que ver con la relación de causalidad (p. 45). Y así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Primera de lo Contencioso Administrativo en Sentencia de fecha 12-12-1988, caso: Alfredo Briceños contra INAVI con ponencia de la Magistrada Hildegard Rondón de Sansó al señalar:

“... corresponde al actor durante el curso del juicio demostrar que los conceptos reclamados constituyen pérdidas derivadas en forma directa del acto ilegal, porque de lo contrario esos impedimentos resultarán totalmente indeterminados y totalmente genéricos, debiendo el Tribunal rechazarlos.”

Vemos entonces, que el daño material tendrá existencia, cuando se tenga la certeza de que se ha producido y de que es a la persona que lo reclama, a quien se debe indemnización, porque como consecuencia del mismo, se ha producido una disminución en su patrimonio. Será reparable y antijurídico el daño, cuando pueda ser indemnizado.

Para Mosset (2004), el daño puede ser referido no solamente a un derecho subjetivo, sino que también puede comprender a la afectación de un interés legítimo y, así mismo, a un derecho de incidencia colectiva (p. 171). Se habla entonces de reparar “toda lesión a una situación jurídica protegida”.

Para Marienhoff, citada por Mosset (2004), para que el daño futuro sea indemnizable debe ser de inevitable producción (p.172)

En sentido que se puede calificar de coincidente, nos dice Entrena (1986), en la doctrina española, que “el daño debe ser efectivo, evaluable económicamente e individualizable con relación a una persona o grupo de personas” (p.73)

Por otra parte, ha dicho la Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires en Sentencia SCJBA, 5-7-96, “Rodríguez Victorino, M. y otro c/Municipalidad del Partido de Merlo s/Daños y perjuicios, que:: “Para que el Estado responda debe darse una serie de requisitos objetivos: a) que el daño sea efectivo y no posible; b) evaluable económicamente; c) individualizado; d) que sea consecuencia de accionar de aquél y, en el caso de comportamientos estatales lícitos, se requiere, además: especialidad y anormalidad, en el sentido de que incida sobre ciertas o algunas personas y supere los pequeños daños derivados de la convivencia”.

Galdos, citado por Mosset (2004), ha sostenido, con apoyo en la doctrina, que la pérdida de un chance también es indemnizable por el Estado en tanto constituye un daño cierto y no conjetural (p. 174).

En consecuencia, para la doctrina argentina representada por Mosset (2004), el daño material debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Evaluable en dinero;
- Subsistente o existir al tiempo de ser resarcido;
- Probado por quien lo invoca, y
- Respecto de administración pública, atribuible a los órganos que integran su estructura.

Tampoco en este tema podemos señalar, desde nuestra óptica, diferencias con los criterios imperantes en el Derecho Civil, a excepción del último de los requisitos señalados.

Pero en la doctrina venezolana, definitivamente las características exigidas para el daño material, son:

Personal

Para Ortiz (1995), el daño será personal cuando “existan identidad entre la persona del recurrente y la persona que hacer valer sus intereses o derechos en el proceso”, ó lo que es lo mismo en palabras de Loreto, citado por Ortiz (1995), se trata de “una relación de identidad lógica entre la persona del actor, concretamente considerada y la personas abstracta a quien la ley concede la acción”. Tal posición ha sido defendida por la doctrina de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en Sentencia de fecha 14-02-1991, caso: Desangles vs. INAVI y Constructora Franvez, con ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas, que en su oportunidad marcó la característica personal del daño en los siguientes términos:

“la reclamación se basa en la muerte de la víctima. En tal caso, la acción para reclamar daños materiales y morales no nace en la cabeza de la propia víctima, ya que ésta ha dejado de existir, sino que nace directamente en cabeza de las personas que demuestren haber sufrido un daño material”

En tal sentido deberá existir legitimación para poder reclamar la indemnización del daño, sin la cual, no podrá producirse, por lo que es una condición necesaria al daño en si mismo. En principio, solo la víctima y sus herederos pueden reclamar el pago del perjuicio causados.

Pero en general, podemos concluir que el daño es personal en el sentido que nadie podrá demandar la indemnización de un menoscabo que no ha sufrido, o no tiene el derecho de reclamar, pues de ser así se generaría un enriquecimiento sin causa.

Cierto

Cuando decimos el daño debe ser cierto, es necesario comenzar por precisar que es lo que entendemos por cierto. La cuestión de la certidumbre de un daño suele suscitarse en la práctica con intenciones diferentes. Se dice a veces que un daño es incierto, para aludir a un perjuicio sobre cuya existencia no cabe duda alguna, pero cuya vinculación causal con el hecho imputado al demandado es problemática.

Que el daño debe ser cierto significa aquí simplemente que es necesario que el juez tenga la evidencia de que el daño ha ocurrido efectivamente.

Cuando la víctima pretende haber sufrido un daño por causa del hecho imputado a la Administración, el juez comienza por poner entre paréntesis toda cuestión acerca de su actuación lícita o ilícita, del demandado para

preguntarse, en primer lugar, si es perceptible directamente, con toda claridad, que la víctima se hallaría, en una mejor situación si el hecho del demandado no hubiera ocurrido, así como comienza el juez a concentrar su atención en el examen de esa situación objetiva alegada por el demandante, pero antes de la realización del hecho imputado al demandado. Para hacerlo, desconecta él provisionalmente su atención de la cuestión de si tal desmejoramiento de la condición del demandante es o no consecuencia del actuar o no actuar de la Administración, y fija su atención exclusivamente en la determinación de la existencia y entidad de ese menoscabo de la situación precedente invocada por el demandante. Un daño es, en ese sentido, cierto, cuando su existencia se hace patente al juez en el curso de este examen.

No ocurre así cuando la prueba del daño alegada depende de acontecimientos cuya ocurrencia es incierta, tratándose simplemente de daños *eventuales, hipotéticos*.

La necesidad del requisito de certeza se confunde con la de la existencia del daño, ya que exigen todas las disposiciones legales que consagran responsabilidad.

El daño eventual se rechaza unánimemente porque para nadie resulta dudoso que semejante daño no tiene existencia real, ni ahora, ni mediante la proyección de nuestro juicio en el futuro, sino que es puramente hipotético y, por definición, inseguro en su existencia.

El requisito de la certeza de daño se vincula a la de la necesidad de comprobar la existencia del mismo, no pudiendo identificarse con el de la actualidad del daño (daño emergente), pues ello equivaldría a negar la posibilidad de reparar el daño futuro (lucro cesante), en cuyos casos la

doctrina y jurisprudencia universales están conformes en la resarcibilidad de ambos.

Ortiz (1995), señala que “de nada sirve definir lo que es certeza de un daño, pues la certeza de un daño es indefinible *ab initio*, dado el carácter relativo de la noción y a su dependencia del plano probatorio de las especies”. Sin embargo, señala, no debe confundirse la certeza del daño con la certeza de su cuantía (p. 35).

Sin la constancia de que el daño es cierto, que existe, no se puede condenar su reparación. Sin embargo, tal como lo ha reconocido la jurisprudencia patria, sí se puede condenar la indemnización aún cuando el daño no sea susceptible de evaluación matemática exacta ni inmediata, lo cual, puede determinarse de los elementos cursantes en autos e incluso, mediante experticia complementaria del fallo, tal como acertadamente se estableció en sentencia de fecha 07-05-92 de la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia, caso: Consorcio Vinccler-Koyaike contra el Instituto Nacional de Hipódromos:

“El daño es cierto y efectivo, y además es actual y puede ser cuantificado. Existe prueba del daño y de su causa, pero no de su monto, por lo que procede fijarlo conforme a lo previsto en el artículo 249 del Código de Procedimiento Civil, mediante una experticia complementaria del fallo practicada por tres (3) expertos
....Omissis....

El daño a su vez debe ser cierto, es decir, real efectivo, tanto que, a no mediar, la víctima se había hallado en mejor situación. Por ello, el daño no deja de ser cierto porque su cuantía sea incierta o indeterminada o de difícil apreciación.

La certidumbre del daño dice relación con su realización, con el hecho de que haya ocurrido realmente y no con su cuantía, ni tampoco con una mayor o menor facilidad para apreciarla o determinarla. Siempre un daño cierto en cuanto a su existencia,

aunque incierto en cuanto a su monto, es indemnizable. En esta situación quedará a la prudencia del Juez fijar su cuantía tomando en cuenta su naturaleza, las circunstancias del hecho y los demás antecedentes del proceso.

El Juez no puede, en ningún caso, desestimar un daño causado por una aparente dificultad para determinar el monto de la indemnización.”

Para Navia (1978), “el daño es cierto cuando a los ojos del juez aparece como evidencia que la acción lesiva del agente ha producido o producirá una disminución patrimonial en el demandante (p. 123)”

En este caso el daño deberá ser suficiente, y deberá existir certeza de su ocurrencia o posible ocurrencia como en el caso del daño futuro, en contraposición al daño hipotético o eventual cuya existencia es incierta, por lo cual no podrá exigírsele responsabilidad alguna.

Observamos respecto a ésta característica que Ortiz (1995), discrepa de la opinión de Badell Madrid, según la cual este último autor equipara el daño futuro al daño eventual, descartando al primero de la categoría de daño cierto. Sin embargo, está claro que el daño futuro podrá ser considerado como daño cierto, siempre y cuando sea una prolongación cierta del daño actual (p.93).

La producción de un hecho lesivo es comprobable de acuerdo con las reglas que dominan en materia probatoria, y en tal sentido, el pretensor de la indemnización tendrá a su cargo tanto la prueba de la realidad del daño como de la extensión del mismo, además de los otros elementos configuradores de la relación, pues de otra forma, de no comprobarse la existencia del daño, sería tanto como fomentar un enriquecimiento sin causa de la supuesta víctima.

Respecto a ésta característica de certeza del daño como condición de existencia del mismo, Ortiz (1995), lo sub clasifica a su vez en daño cierto actual, daño cierto futuro y daño cierto por pérdida de oportunidades, y desecha el daño eventual, como el límite del daño cierto, por cuanto ambos términos son excluyentes: o es cierto, o es eventual (p. 94).

El carácter cierto del daño será actual, cuando los daños ante los ojos del juez sean suficientemente cristalizados, donde su solidez es fácil de determinar, en razón a que los mismos ya existen desde el momento mismo de la producción del daño o para el momento en que se demanda la indemnización, en cuyo caso el reclamante deberá limitarse a probarlos mediante los medios de prueba legalmente admitidos en nuestra legislación.

El carácter cierto del daño será futuro o evolutivo, cuando sea una prolongación normal de una condición existente o la consecuencia de una situación inexistente pero cuya realización en el futuro es bastante cierta.

Importante es destacar la conclusión de quien realiza la presente investigación, en el sentido de afirmar que el daño cuando es cierto en la actualidad o en el futuro, es necesariamente material.

El carácter cierto del daño será por pérdida de oportunidades, cuando el análisis del daño se va a realizar sobre unos supuestos donde la prolongación de los daños no es o no era normal, sino simplemente probable. Aquí se estudia la existencia del daño pero a través de situaciones inexistentes. En éstos casos, el juez estudia el perfil de la víctima y las condiciones en que, por su capacidad o expectativa considerada en sí misma, en su persona, hubiese podido tener a lo largo de su vida, o por lo

menos mientras durare el efecto dañoso, si este no se hubiese producido. Tenemos entonces pérdidas de oportunidades (o chances) profesionales, en materia económica, en materia hospitalaria, etc.

Indemnizable

Diferente ocurre en el supuesto del carácter indemnizable del daño, pues éste no es una característica de existencia del daño sino como se dijo de reparabilidad y antijuricidad del mismo.

Corresponde a la situación en la cual el actuar –o no actuar- de la administración no puede ser soportable por la víctima, por lo cual el agente de la administración causante del daño, debe indemnizar por los daños y perjuicios causados a la víctima.

El criterio clásico para Gordillo (2001), es que todo daño que no reconoce por origen una *conducta u omisión* antijurídica, no debe ser indemnizado porque se trata de un daño fatal e inevitable, poco menos que asimilable al caso fortuito” o la “fuerza mayor”; todo daño económico o moral no es necesariamente un daño jurídico esto es, indemnizable. Por tal razón, si el daño no es antijurídico, o desconocido por el ordenamiento jurídico, no podrá ser indemnizable, y en consecuencia, reparable (p.96).

Nace así la idea de un derecho de daños, más que un tema de responsabilidad. Lo importante es el daño antijurídico sufrido, y de él fluiría la responsabilidad de quien o quienes lo hayan ocasionado por actos, hechos u omisiones aunque estos sean lícitos *por se*.

Es un nuevo desarrollo de la responsabilidad objetiva, por riesgo. La antijuricidad no hay que buscarla en quién inflige el daño, sino en el damnificado. ¿Existe el deber jurídico de sufrir un daño a manos de quien se lo ha ocasionado a uno? No hay razón para que una persona deba sufrir un daño sin indemnización.

Según Gordillo (2001), la carga de la prueba está en este caso en el que provoca el daño. Es cierto que a veces el daño material es una carga que debe soportar en primera instancia cada individuo. A lo sumo podría llamársela así para señalar que es un tipo de responsabilidad que se traduce en una reparación pecuniaria (p.97).

En algunos casos, a los fines del requisito de la indemnización, se exigirá que la conducta dañosa sea apreciable en dinero, mientras que en otros será indemnizable el daño meramente moral, o se calculará presuntivamente el daño en ausencia de elementos probatorios tradicionales. Se revalorizan el daño a la persona y a la intimidad, el derecho a la imagen y a la privacidad, la exactitud de los bancos de datos y que no tengan un carácter irrazonablemente invasivo de la privacidad de las personas.

En este plano, la antijuricidad es un criterio objetivo, pues no se trata de que el autor de la lesión actúe de forma ilegal o ilícita, sino de que la víctima que la sufre no tiene el deber jurídico de soportarla sin compensación, el centro de gravedad de la responsabilidad administrativa no recae sino sobre el patrimonio del sujeto afectado y en el derecho al restablecimiento de integridad patrimonial.

Podríamos agregar, dos (2) características adicionales más, que consideramos importante destacar, cuales son:

No debe haber sido reparado

La acción por responsabilidad se extingue con la reparación del daño. Es pues, lógico que la víctima pierda su acción cuando el daño le haya reparado, porque el propio agente espontáneamente se haya ofrecido a hacerlo, bien porque una tercera haya indemnizado a la víctima. En este último caso, sin embargo, suele presentarse algunos problemas, porque el tercero que ha pagado a la víctima no pudo haber tenido diversas razones para hacer el pago y algunas de ellas bien podrían no tener efecto de desinteresar a la víctima del ejercicio de la acción por responsabilidad civil.

¿Podría la víctima después de haber recibido del tercero lo suficiente para cubrir el daño sufrido, reclamar todavía del agente del mismo la indemnización que le corresponde, de acuerdo con las reglas de la responsabilidad? Este es problema de que se conoce en la doctrina con el nombre de *cúmulo de indemnizaciones*. Para resolverlo se ha apelado sustancialmente a dos criterios: a) al de la finalidad del pago efectuado por el tercero; y b) al de la conexión causal entre el daño y el pago ejecutado por el tercero.

Según el primer criterio, la cuestión debe resolverse en función del “fin” perseguido por el tercero que efectuó el pago: si éste se proponía indemnizar a la víctima, el cúmulo debe rechazarse; si, en cambio, tiene como causa una contraprestación de la víctima y aún puro *animus donandi*, el cúmulo debe admitirse.

Según el segundo criterio, lo que habría de examinar sería si la ventaja que representa para la víctima la percepción del pago hecha por el tercero acumulativamente con la de la indemnización, es una ventaja que puede vincularse “causalmente” con el acto ilícito o si sólo “ocasionalmente” depende del mismo.

Cualquiera que sea, sin embargo, la forma en que plantee la cuestión de la *compensatio lucri cum damno*, siempre se llega a la conclusión de que el único enriquecimiento que el juez puede tomar en cuenta, es aquél que se derive del acto del agente del daño a través de un nexo causal fundado en los mismos criterios de certeza que han servido para establecer la vinculación de los perjuicios del hecho del demandado. En Colombia, tal como lo señala Henao (2001), el Consejo de Estado Colombiano, en sentencia del 12 de Septiembre de 19991, estableció sobre el particular, que: “no es cierto que un delito o un cuasidelito, no pueda ser motivo de enriquecimiento para la víctima. Este resultado se dará cuando exista un título o causa que justifica ése enriquecimiento”. Igualmente en Sentencia del mismo Consejo de Estado de fecha 27-07-1995, se determinó que “el hecho de que la víctima esté devengando una pensión de la entidad demandada, en nada impide que se decrete a su favor indemnización, que proviene, no ya de su relación laboral con dicha entidad, sino de la falla en el servicio cometida.” De ésta forma, se aceptó la existencia de una causa jurídica distinta y la admisibilidad del cúmulo de los reconocimientos de las sumas de dinero.

Debe Afectar Un Interés Legítimo De La Víctima

Alude a la manera según la cual un interés privado determinado es protegido por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia ha sido exigente respecto de la existencia de tal requisito, tal como se puede observar del voto salvado de la sentencia 00736 del 20 de mayo del 2003. Caso América Airlines Inc, que señaló lo siguiente:

“...En otras palabras, no considera el disidente que la sentencia al reconocer la existencia de un daño, y calificarla como tal, posteriormente contemple la imposibilidad de un derecho subjetivo susceptible de ser vulnerado, por cuanto, sobre todo derecho a reclamar debe acaecer o preexistir un daño, tal como ocurre en el presente caso. En este sentido, vale agregar que la sentencia incurre en diversas incongruencias al calificar la pérdida sufrida por la aerolínea demandante, como “menoscabo económico”, “pérdida” o “daño”, cuando previamente determina que no existe un derecho subjetivo lesionado. Siendo esto así, podemos inferir que al no haber un derecho subjetivo lesionado, no puede calificarse de daño a la pérdida sufrida por la reclamante, en todo caso, podría considerarse como un menoscabo económico o pérdida, más no de daño. Por lo tanto, la disconformidad con el criterio manejado en el presente fallo radica en que no puede calificarse y reconocerse de daño a la pérdida del diferencial cambiario sufrida por la sociedad mercantil demandante, y luego, considerar que no existe un derecho subjetivo a reclamar ese daño, aduciendo que en materia de política monetaria, al ser una cuestión de soberanía del Poder Público, no cabe alegar derechos subjetivos, es decir, que no se exculpa a la República de Venezuela invocando alguna eximente de responsabilidad, sino que se niega toda responsabilidad al afirmar, en definitiva, que los reclamantes no eran titulares de un bien jurídico tutelable...”

Así, encontramos por ejemplo la presencia de éste requisito, del examen de los intereses que la ley protege cuando atiende a la integridad del cuerpo humano. Es evidente, que la misma es fuente de satisfacciones económicas y morales para su “propietario”, en cuanto que esta integridad influye en su capacidad de trabajo, en estado cenestésico, etc. Hay aquí un interés privado inmediato en la conservación de esta integridad, y numerosos son los sistemas legales que se ocupan expresamente de prever el derecho a reparación por parte del sujeto que resulte lesionado en su integridad física. Pero en tanto que administrada por su “propietario” en conexión con la inevitable convivencia suya con otros sujetos, la integridad del cuerpo humano de una determinada y concreta persona puede contribuir a satisfacer necesidades económicas o morales de otros sujetos que estén con él en una determinada relación; por ejemplo porque él le presta alimentos, afecto, etc. Hay aquí interés privado en la conservación de la integridad del cuerpo humano *ajeno*, si bien se trata ya de un interés indirecto.

Por lo que la idea de daño supondría siempre la violación de esa particular intensidad de la tutela de un interés determinado que se configura como un “*derecho privado*”.

VI PRUEBA DEL DAÑO MATERIAL

Para el organismo jurisdiccional encargado de pronunciar la condena de indemnización contra la administración, existe el deber de apreciar todos los elementos probatorios aportados por el pretensor, pudiendo resultar una tarea relativamente sencilla si se la reduce a una mera comparación entre el estado del patrimonio luego de la ocurrencia del evento dañoso y la que posiblemente ostentaría de no haberse producido éste.

La necesidad de una demostración del daño patrimonial resarcible, experimentado por el pretensor de la reparación, supone el aporte de todo el material de conocimiento, sobre cuya base el organismo jurisdiccional ordenará la aplicación de un acto coactivo contra los bienes del obligado. Sin embargo, la prueba del perjuicio contempla tan solo un sector de la configuración de los elementos de la responsabilidad del Estado, al que se suman la demostración de la actividad o inactividad de la administración por funcionamiento normal o anormal, y del nexo causal.

La aportación del material de conocimiento que permite subsumir la situación concreta al tipo legal del dispositivo sancionador, es contemplada por la doctrina del derecho positivo como un deber a cargo del sujeto activamente legitimado para promover el acto decisorio. Tal demostración envolvería todo daño material, vale decir, tanto el daño emergente como el lucro cesante. Efectivamente así lo ha afirmado el Tribunal Supremo de Justicia cuando en sentencia N° 296 de fecha 07-03-2001, la Sala Político Administrativa señaló: "el reclamo de la indemnización, en sí mismo, no constituye prueba capaz de demostrar la presunta responsabilidad de la República, pues si ésta

rechaza o no reconoce haber causado el daño, la presunta víctima debe probar que efectivamente la República es el sujeto obligado a la reparación que se exige."

De éste modo, tal como acertadamente lo resaltase la Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 30-11-1994, caso Gallardo contra INOS, con ponencia del Magistrado Humberto La Roche, es imprescindible que el daño material sea probado o demostrado, de acuerdo a los medios de prueba permitidos en nuestra legislación y de acuerdo a las formalidades impuestas para evacuar los mismos, caso contrario, no se le dará valor probatorio a lo aportados a los autos, y el daño material no será reconocido y ni ordenada su indemnización por parte del Tribunal competente. De tal forma, dadas las exigencia del derecho positivo, una presunción de daño de esa índole no funcionaría plenamente, ya que sostener lo contrario equivale tanto como reconocerse que el monto y liquidación de un perjuicio genérico quedarían librados al arbitro del organismo jurisdiccional y significaría una auténtica inversión de la carga de la prueba.

En efecto, ha sido unánime la doctrina del Tribunal Supremo de Justicia al solicitar la demonstración oportuna del daño; pues, no sólo debe ser demostrado en el proceso, sino en la debida oportunidad en que la prueba es permitida y puede traerse a los autos, debiendo seguirse además, las formalidades para su evacuación, conforme a la ley adjetiva, pues de lo contrario, incurriría el Juez en una inobservancia a los principios del derecho procesal conforme a los cuales debe atenerse a lo alegado y probado en autos, de conformidad con lo previsto en los artículos 12 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

En tal sentido, la reciente sentencia de la Sala Político Administrativa N° 638 de fecha 08-03-2006, expediente N° 2002-0113, con ponencia de la Magistrado Evelin Marrero Ortiz, señaló:

“Expuesto lo anterior, observa la Sala que la actora no acompañó al escrito libelar ni consignó en el expediente en la fase correspondiente del proceso algún medio probatorio que permita a este Máximo Tribunal determinar la existencia de los daños por ella denunciados.

En este sentido, la doctrina y la jurisprudencia han señalado que las partes tienen la carga de probar sus respectivas afirmaciones de hecho y quien solicite el cumplimiento de una obligación, debe previamente probar su existencia. (Sentencias Nros. 00277 y 00973 de fechas 23 de marzo y 4 de agosto de 2004, respectivamente).

Conforme a lo anteriormente expuesto, por cuanto la parte actora no consignó medio de prueba alguno en la oportunidad legal correspondiente ni quedó demostrada la existencia de los supuestos daños materiales y morales sufridos, al no darse cumplimiento al primero de los elementos concurrentes para la procedencia de la responsabilidad patrimonial, derivada de la actuación de la Administración previstos en el artículo 140 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, resulta inoficioso pasar a analizar los otros elementos, es decir, si el daño denunciado es imputable a la Administración, con motivo de su funcionamiento y la existencia obligatoria de una relación de causalidad entre el hecho imputado y el daño producido.

En virtud de lo anterior, debe esta Sala rechazar la pretensión aducida por la actora, pues lo contrario comportaría una inobservancia a los principios del derecho procesal conforme a los cuales el juez debe atenerse a lo alegado y probado en autos, y declarar con lugar las demandas que conozca cuando a su juicio, exista plena prueba de los hechos alegados en ella, de conformidad con lo previsto en los artículos 12 y 254 del Código de Procedimiento Civil.

En virtud de lo anterior, se declara improcedente la indemnización de los daños materiales y morales solicitados y, en consecuencia, sin lugar la demanda interpuesta. Así se decide”.

Posteriormente la misma Sala volvió a pronunciarse ratificando el mismo criterio, esta vez en sentencia N° 00798 de fecha 28-3-2006 expediente N° 2002-0287 con ponencia de la Magistrada Yolanda Jaimes:

“...para lo cual los documentos fundamentales serían aquellos que demuestren la existencia del daño y del hecho que lo causó. A tal respecto, se observa que la actora no acompañó a su demanda ningún documento y tampoco hizo valer alguno de los supuestos de excepción a los que se refiere el artículo 434 del Código de Procedimiento Civil y en virtud de ello, resulta forzoso declarar improcedente la consignación de documentos que hizo en fechas 18 de enero y 21 de abril de 2005 y 9 de febrero de 2006, en relación a los cuales alegó que demostraban tanto el daño presuntamente causado al inmueble de su propiedad, así como el hecho que lo provocó. Así se decide.

...omissis...

si bien el proceso debe ser entendido como instrumento que permita el desarrollo de la función jurisdiccional y que por ello en ningún caso se sacrificará la justicia por el cumplimiento de formalidades no esenciales, tal premisa no constituye una subversión de las reglas mínimas que garanticen el principio del contradictorio que entre otros aspectos implica el derecho a refutar, contradecir, impugnar o tachar los documentos que acompañe la parte contraria en las oportunidades previstas para ello, lo cual obviamente no podría hacerse si se permite que éstos sean consignados en cualquier tiempo.

....omissis...

En conclusión y con base en las razones precedentes, al no haber sido demostrado ni el daño ni el hecho que lo causó, resulta forzoso concluir que la demanda planteada por la parte actora no prospera en derecho. Así se decide.”

En la doctrina argentina, prevalece idéntico criterio. Para Mosset (2004), “el perjuicio, menoscabo, detrimento o daño –lesión- debe ser probado por quien lo invoca, la presunta víctima. Si bien la tendencia, en materia de presupuestos de la responsabilidad, es hacia una “dinamización” de la carga de la prueba, repartiendo la actividad de demostrar entre la víctima y el victimario, ello no ocurre con el daño, que, reiteramos, debe ser alegado y probado por quien dice padecerlo o sufrirlo” (p. 270).

En cuanto al objeto de la prueba, como se señaló supra, éste sólo es necesario probar, la existencia del perjuicio y no necesariamente su cuantía.

De Su Reparación

Para que el daño pueda ser reparado, se hace necesario que, previo análisis particular de la víctima que reclama indemnización se pudiese establecer con certeza la situación patrimonial en que se encontraba y se encuentra antes y después de ocurrida el hecho lesivo.

De tal forma que se hace necesario evaluar tales situaciones para poder determinar el daño efectivamente sufrido de forma que el reclamante quede en la misma situación patrimonial en que se encontraría si éste no se hubiese producido; sin enriquecerse, pero tampoco empobrecerse;

obteniendo para ello, una justa indemnización que en principio sería en equivalente (dinero) aunque nada impide que de ser posibles pudiese efectuarse de otra forma.

Además, debe ser posible que dicha reparación se haga efectiva lográndose a través de la sentencia que condene la indemnización; por cuanto de nada serviría que la misma se quedara letra muerta sin poderse ejecutar. En este sentido la tutela judicial efectiva establecida en el artículo 26 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, refuerza tal afirmativa mediante la cual deberá lograrse la ejecución efectiva de la sentencia.

Melich (2001), señala que el objetivo de la reparación es colocar a la víctima en una situación equivalente a aquella en que se encontraba antes del acaecimiento del daño, es lógico que ella debe comprender, no sólo la restitución de los valores patrimoniales que ya habían ingresado en el patrimonio de la víctima en el momento de cumplirse el acto ilícito, sino también de aquellos que, aunque todavía no ingresados, puede pronosticarse con certeza que habrían entrado a engrosar su patrimonio si el acto ilícito no hubiera venido a impedirlo (p. 232).

Si la reparación, pues, debe borrar no solo los efectos “presentes” (o “actuales”) sino también los “futuros”, ella debe comprender normalmente tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Sobre la reparación del daño, la doctrina de la extinta Corte Suprema de Justicia en Sala Político Administrativa de fecha 07-05-1992. con ponencia de la Magistrada Josefina Calcaño de Temeltas, caso: .Consortio Vinccler-

Koyaike vs. Instituto Nacional de Hipódromos, ha ratificado lo aquí expuesto, al establecer que:

“ En principio, la reparación debe ser completa, es decir, igual al daño causado. Debe cubrirlo en su totalidad. En este sentido, la reparación solicitada tiene por objeto eliminar el perjuicio sufrido. Por esto la indemnización debe corresponder lo más exactamente posible al valor del daño sufrido. Las consecuencias de este principio, y que son lo que han de tomarse en cuenta para la determinación del daño son:

- a) El monto de la reparación depende del hecho;
- b) La reparación ha de comprender todo el perjuicio sufrido por la víctima siempre que sea consecuencia directa y necesaria del delito o cuasidelito y
- c) El monto de la reparación no puede ser superior ni inferior al daño.

El monto de la reparación dependerá de la estimación del daño, pues, es su resarcimiento lo que determina el monto y debe ser completa, igual al daño que se produjo, el patrimonio de la víctima debe quedar en un estado similar al que tendría si el daño no se hubiere producido.

...omissis...

.....la reparación debe comprender el daño emergente y el lucro cesante; debe abarcar la pérdida o disminución efectiva que el sujeto pasivo de la indemnización ha experimentado en su patrimonio y lo que dejó de ganar o percibir a consecuencia del hecho ilícito. En la responsabilidad por el hecho ilícito la indemnización comprende todo tipo de daño causado, sea previsible o no en el momento de efectuarse el hecho ilícito, sin distinguir si se incurrió en dolo o cualquier clase de culpa.”

De modo, que la reparación deberá ser integral y deberá por completo cubrir, mediante indemnización, el detrimento sufrido en el patrimonio de la víctima; pero necesariamente ésta deberá probar todos y cada uno de los gastos o ganancias dejadas de percibir, para que las mismas puedan ser indemnizadas.

Oportunidad de su Liquidación

El momento relevante para la determinación del contenido del daño material, es el momento de la sentencia. Este aserto, generalmente admitido por la doctrina, radica en la necesidad de que la reparación del perjuicio sea integral, y ello no puede lograrse más que mediante la estimación de todos los elementos probatorios recabables en la oportunidad en que - conforme al derecho formal- debe pronunciar la condena el organismo competente. La medida del daño supone, por consiguiente, la mensura, pecuniariamente expresada, de la integridad de la esfera de interés lesionada por la ocurrencia del acontecimiento dañoso en la norma individualizada de la sentencia.

Las fluctuaciones jurisprudenciales ocurridas en Francia sobre el momento en que el titular del organismo jurisdiccional debería hipotéticamente situarse para evaluar el perjuicio, eran en principio, diferentes, (día de realización del daño: Civ. 30 de julio de 1877; Req. 10 de Noviembre de 1924; Civ. 27 de junio de 1928; día de la introducción de la demanda), desaparecen con posterioridad a 1942 (Req. 24 de marzo de 1942 y Cam. Civ. Sec. Comm. de 16 de febrero de 1954) pero finalmente tal dilema terminó, cuando la Casación de ése país se inclinó definitivamente por el sistema de la evaluación el día de la decisión definitiva.

En la oportunidad de la indemnización, deberá tomarse en cuenta el valor de la moneda, como medio con poder cancelatorio de las obligaciones provenientes de la relación jurídica controvertida en juicio, que permitirá a la víctima la satisfacción plena de su patrimonio, restablecimiento del equilibrio patrimonial eventualmente alterado por las incidencias del hecho dañoso.

Las exigencias de la técnica económica en el proceso de previsión y control de las vicisitudes del valor de la moneda son, por tanto, extrañas en principio, a la función meramente descriptiva reservada para el juez contencioso administrativo, quien está facultado para, mediante los razonamientos jurídicos referidos supra, entrar a analizar la certeza o no del daño, y las condiciones legales y jurisprudenciales que lo hiciesen indemnizable, más no la operación matemática que establezca el monto a que se traduce la reparación del daño, al momento de la sentencia; lo cual, en todo caso, podrá efectuar mediante el auxilio de expertos a través de experticia complementaria del fallo.

Respecto a las condiciones necesarias para que la corrección monetaria o indemnización pudiese acordarse, la jurisprudencia ha coincidido que, sólo procede, si la misma es solicitada en su debida oportunidad, cual es con la demanda, y no después, por cuanto, de lo contrario, se aduce, se incurriría en ultrapetita. al sentido, es importante señalar el criterio del Tribunal Supremo de Justicia, que en sentencia N° 244 de fecha 18-01-2001 de la Sala de casación Social, determinó que:

“(...) se aprecia que la experticia ordenada por el ad-quem no está sujeta a la condición de algún hecho futuro e incierto para que se materialice el derecho declarado; sino que ordena la mencionada corrección monetaria, limitándola a los montos condenados a pagar por el a-quo, ello en razón de haberse confirmado dicho fallo. Por lo tanto, no es condicional la recurrida, sino que es referencial con respecto a las cantidades que se ordenan cancelar en el fallo de primera instancia, no sujetándose así, a condición alguna que la haga susceptible de nulidad por este defecto denunciado.”

Sobre el particular, destacable e importante, aunque disiente de la posición anterior, es el razonamiento y conclusión del voto salvado proferido en la

Sala Político Administrativa de la extinta Corte Suprema de Justicia de fecha 07-05-1992 con ponencia de la Magistrado Josefina Calcaño de Temeltas en el caso Consorcio Vinccler-Koyaike contra Instituto Nacional de Hipódromos, cuando se estableció:

“el daño, en sí mismo, no cambia; lo que varía es su valor como consecuencia de la desvalorización de la moneda, por lo que el juez al regular la indemnización debe proceder a tener en cuenta el monto del deterioro de la moneda, a los efectos de que la víctima ingrese a su patrimonio un valor equivalente al perjuicio que le ocasionó el daño, o el valor de la reparación o reposición de bienes.

.....omissis.....

no hay ninguna norma legal que impida a la víctima solicitar en el acto de informes una petición de reajuste, de una suma demandada de autos, más aún considerada que no existe ninguna norma legal expresa que limite la oportunidad de formularla. Por eso considero que no podría sostenerse que resueve ultrapetita si ésta Corte así lo hubiere resuelto.”

Consideramos adecuada y justa la reflexión jurisprudencial citada, por cuanto de lo contrario, se atentaría contra el fundamento mismo de la responsabilidad del Estado, cual es, reparar el daño, colocando a la víctima en la misma situación patrimonial que se encontraba antes de la ocurrencia del daño; y, siendo el caso que, es conocido por todos el tiempo que demora en producirse una decisión definitiva de responsabilidad en nuestro país, no podría en ningún caso negarse, aún cuando no se hubiese solicitado con el libelo, la indexación de la suma señalada como equivalente del daño al momento de interposición de la demanda.

VII

CLASIFICACIÓN DEL DAÑO MATERIAL

Tal como se señaló al inicio de ésta investigación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1273 del Código Civil venezolano vigente, los daños materiales se encuentran clasificados en daño emergente y lucro cesante.

Así, daños de ambas categorías pueden verificarse conjuntamente en relación con el menoscabo de una misma conducta por parte de la Administración; en cuanto a ésta pueda ser susceptible de satisfacer al propio tiempo intereses patrimoniales actuales (daño emergente) o futuros (lucro cesante)

Para Ortiz (1995), el daño material atiende a la siguiente clasificación:

“...en lo que se refiere a la tipología, los daños pueden ser *materiales* (daño emergente y lucro cesante), los cuales pueden originarse por daños a los bienes –destrucción o deterioraciones de los bienes, pérdidas comerciales o financieras, por daños a las personas –agresiones a la integridad física que producen gastos médicos y hospitalarios, - pagos a terceros y agresiones no físicas, esto es, el honor, a la reputación, que pueden originar pérdidas económicas- y por daños originados en pérdidas de *chances* o también pueden ser no materiales o morales pues en la actualidad no hay duda de que “las lágrimas sí se pagan” (p. 87).

Para Melich (2001), cualquiera que sea el punto de vista que se adopte, siempre podrán sub clasificarse los daños materiales (llamados también “patrimoniales” o “económicos”) de acuerdo con los siguientes criterios:

- Daños directos y daños indirectos. Esta clasificación parte de la consideración del nexo causal existente entre la conducta dañosa – en este caso, de la administración,- y el daño. Si la acción destructora o menoscabante se cumple inmediatamente sobre el elemento patrimonial cuya reparación se demanda, se habla de daño patrimonial directo. Si, en cambio, la afectación del interés patrimonial solo resulta mediatamente, como consecuencia de haber sido afectado otro derecho o interés de la víctima del cual depende aquel que se reclama, se hablará de daño patrimonial indirecto. La clasificación incide, pues, sobre el nexo causal que de acuerdo con la propia ley debe vincularse al acto de la administración con los resultados dañinos cuya reparación pretende el demandante (p. 239).

Se considera que ello no implica que el daño que hemos aquí caracterizado como indirecto, no sea objeto de reparación, sino que ella se limita a hacer resaltar la necesidad de que se establezca con certeza el nexo causal entre el acto de la administración y los diversos elementos que integran el daño cuya reparación se reclame, sin que deba entenderse que hay falta de nexo causal por la simple circunstancia de que el daño se haya producido sin un contacto entre el ente que lo produce y el elemento patrimonial que resultó menoscabado.

- Daño emergente y lucros cesante. El artículo 1.273 del Código Civil venezolano expresa: “Los daños y perjuicios se deben originalmente al acreedor, por la pérdida que haya sufrido y por la utilidad de que le haya privado, salvo las modificaciones y excepciones establecidas a continuación”. Se delinea así en este artículo una subdivisión del daño material en dos categorías: *daño emergente*, que comprende toda la disminución inmediata del patrimonio y *lucro cesante*, que comprende toda la privación de incremento del patrimonio ulterior al daño hecho.

La expresada tesis podría además encontrar apoyo en algunas legislaciones extranjeras, en especial latinoamericanas, que han consagrado tal distinción de significados entre las palabras “Daño y “perjuicio”, aplicando la primera a la descripción del daño emergente y reservando la segunda para aludir al lucro cesante, distinción que, como se explicó supra, no ocurre en la legislación ni jurisprudencia patria.

En Colombia y Francia, se constata que si bien existen las nociones de daño emergente y de lucro cesante en el derecho de ambos países, su peso específico es diferente. En el derecho francés operan a plenitud en el campo de la responsabilidad contractual más no en el de la extracontractual, como si ocurre en Colombia.

Para Tamayo, citado por Henao (2001), como punto de partida hay que centrarse en el significado de los dos conceptos que sirven a la subclasificación: “Hay daño emergente cuando un bien económico (dinero, cosas, servicios) salió o saldrá del patrimonio de la víctima; por el contrario, hay lucro cesante cuando un bien económico que debía ingresar en el curso normal de los acontecimientos, no ingresó ni ingresará en el patrimonio de la víctima” (p.197). Henao (2001), opina que ésta definición tiene la virtud de retomar la distinción tradicional de los dos conceptos a partir del egreso patrimonial o de la falta de ingreso. Es decir, lo que vendría a diferenciarlos sería que en el daño emergente se produce un “desembolso” mientras que en el lucro cesante un “no embolso”.

El ejemplo claro de ambos tipos de daño material, sería el daño causado a un particular, como consecuencia de la pérdida de un miembro de su cuerpo, por lo cual inmediatamente hubo una disminución de su patrimonio, como consecuencia de los gastos médicos incurridos (daño directo o emergente, porque se verificó inmediatamente en su patrimonio), así como el daño representado por las remuneraciones dejadas de percibir a futuro, como consecuencia del hecho dañoso, lo cual se verificará mediatamente en su patrimonio (daño indirecto o lucro cesante). Sin embargo, se hace necesario resaltar que en ambos casos del ejemplo, se utilizó el verbo “verificar”, por cuanto, de no ser cierto el daño, de no poderse verificar en tiempo presente y posteriormente en el futuro, el daño no es indemnizable.

Por otra parte, considera la autora que la clasificación de daño material del Código Civil, consagrada en su artículo 1273, guarda perfecta adecuación a la clasificación de daño cierto analizada por Ortiz (1995) citada infra, en el sentido de considerarse como daño emergente, el daño cierto actual, y como lucro cesante, el daño cierto futuro o evolutivo, y en algunos caso, al daño cierto por pérdida de oportunidades.

En efecto, dado que el daño emergente debe verificarse por parte del Juez contencioso administrativo, al momento del reclamo por parte de la víctima, al momento de demandar, significa entonces que el mismo será cierto actual.

Si por el contrario, partiendo del daño cierto actual, se puede verificar por parte del juez, la prolongación del mismo en el tiempo, de manera que comprenderá una privación de incremento del patrimonio ulterior al daño hecho, verificándose así el lucro cesante, ese daño cierto será futuro o evolutivo.

Igual pensamos, en principio, en relación al daño cierto por pérdida de oportunidades o chances, en donde, analizadas y comprobadas las perspectivas probables que tenía la víctima antes del hecho dañoso, una vez ocurrido éste, se le estaría privando de un posible incremento ulterior de su patrimonio, por lo que se estaría hablando igualmente de lucro cesante.

Creemos que, en todo caso, a pesar de tratarse para la autora, de lucro cesante en ambos casos, la diferencia fundamental entre el daño cierto futuro y la pérdida de oportunidades, radica en el origen del mismo, por cuanto en el daño evolutivo, éste provendría del daño cierto actual, mientras que en la pérdida de oportunidades, provendría de las perspectivas particulares de la víctima antes del suceso dañoso, y no del daño en sí. En todo caso, el resultado sería el mismo: el lucro cesante.

La situación de nuestro Código es, sin embargo, comparable con la de los Códigos Civiles de Francia, España, Chile, Perú y con el italiano de 1865, en todos los cuales se habla únicamente de “daño” en la sección referente a la responsabilidad extracontractual. La doctrina y jurisprudencia de todos esos países ha admitido, sin embargo, que en materia extracontractual, al igual que en la contractual, la indemnización debe cubrir tanto el daño emergente como el lucro cesante.

Para Mosset (2004), La indemnización debe ser “integral”, plena o completa y abarcar todos los perjuicios causados, para ser justa y responder adecuadamente al mandato constitucional.

Tratándose “de la actividad ilícita o irregular del Estado”, las opiniones son contestes –citamos por todos a Cassagne – en que el alcance de

la reparación debe ser plena, comprensiva tanto del daño emergente como el lucro cesante, sobre la base del criterio de que nadie está obligado a soportar el perjuicio derivado de la conducta ilegítima de otro, ni aun cuando esas conductas se atribuyen a un órgano estatal.

En cambio, si proviene de la actividad lícita, predomina el criterio de la limitación al daño emergente, excluyendo el lucro cesante, entendido como “las ventajas económicas esperadas de acuerdo con probabilidades objetivas y debidamente acreditadas (p.270).

Tal conclusión parece imponerse. Si el objetivo de la reparación es colocar a la víctima en una situación equivalente a aquella en que se encontraba antes del acaecimiento del daño, es lógico que ella debe comprender, no sólo la restitución de los valores patrimoniales que ya habían ingresado en el patrimonio de la víctima en el momento de cumplirse el acto ilícito, sino también de aquellos que, aunque todavía no ingresados, puede pronosticarse con certeza que habrían entrado a engrosar su patrimonio si el acto no hubiera venido a impedirlo.

Vemos entonces, que el acto antijurídico de la administración suele proyectarse en dos formas cuando el perjuicio es material: daño emergente y lucro cesante.

Daño Emergente

También denominado daño positivo, equivale a la pérdida efectivamente causada en el patrimonio por la incidencia del hecho imputable al deudor.

El daño emergente aparece para la doctrina como la disminución patrimonial, experimentada en sus bienes por la víctima a consecuencia del incumplimiento o del retardo en la ejecución de la prestación, imputables al deudor. Las repercusiones económicas del acontecimiento pueden consistir, no sólo en una disminución del activo, sino en un aumento del pasivo. Este ángulo visual justifica la configuración del lucro cesante como el ausente acrecimiento patrimonial que se habría verificado verosímilmente de no producirse el acto antijurídico generador del deber de resarcir.

Henao (2001), subclasifica el daño emergente en daño emergente cristalizado en la lesión a personas, y en daño emergente cristalizado en la lesión a bienes (p.199).

Cristalizado en la lesión a las personas

Como ya se ha dicho, esta forma de daño se presenta cuando el bien lesionado es la persona humana en un aspecto físico. Esta clasificación no es extraña al derecho francés, en el cual el artículo L:421-I del Código de Seguros, contiene, precisamente, los “daños que resultan de la afrenta a la persona”. Este daño recae sobre la persona humana, en su aspecto físico, y que coincide así con el tradicional concepto de daño corporal.

Finalmente Ejemplo de éstos daños serían: el fallecimiento de la persona, intervenciones quirúrgicas o incurrido en gastos hospitalarios, ó en los eventos en que la víctima sobrevive, se puede sentar la regla que enuncia que todos los gastos necesarios para el restablecimiento de la salud de la persona son daño emergente.

Igualmente deben de considerarse los tratamientos médicos, que pueden ser tanto pasados como futuros y que ambos son considerados como daño emergente para los efectos de su indemnización, puesto que el juez debe tener en cuenta el valor de los gastos médicos que se han realizado y que se deban realizar, así como los pagos realizados a terceros con ocasión de la atención posparto, por ejemplo.

Pero no se trata tan sólo de los gastos estrictamente médicos para efectos del restablecimiento de la salud, sino, se reitera, de todos aquellos necesarios para que la persona lesionada quede en una situación personal lo menos alterada posible. Por ello, si llegare a necesitar de una silla de ruedas a raíz del accidente, el juez no dudará en reconocer el costo correspondiente.

Como se observa, en los casos en que se produce la lesión a la persona se indemniza todos los gastos necesarios para hacer frente al daño. Poco importa que el daño sea pasado o futuro, ya que el juez reconoce en el caso concreto todos los egresos patrimoniales que tengan relación directa con el daño sufrido por la víctima. Por ello, tales desembolsos no pueden ni deben ser clasificados *a priori* y de manera tajante y preconcebida, pues cada situación expresa la forma en la que debe repararse. Será cuestión de reflexión de la víctima para que logre informar cada uno de los rubros que pueda comprender su daño emergente, sin que deba quedar por fuera ninguno de ellos.

Finalmente ha de señalarse que no hay límites a los rubros del daño emergente que se pueden reclamar, las víctimas deben solicitar realmente lo que les sea necesario para que se cumpla lo mejor posible la regla de la indemnización plena del daño.

Cristalizado en la lesión a bienes

Para Henao (2001), cuando el hecho dañino afecta a un bien mueble o inmueble, se indemniza todos los rubros que sean consecuencia directa del hecho dañino y cuyo restablecimiento permita volver a la situación que antecedió al daño o, al menos, a la que más se le parezca. Se busca así permitir, mediante la indemnización, que la víctima del daño tenga el dinero para reemplazar el bien, o el dinero necesario para realizar las reparaciones indispensables para que vuelva a cumplir la función que venía cumpliendo antes del hecho dañino, o aún, el dinero que haya invertido en la recuperación de su bien. Es así como la reparación del daño emergente dependerá del nivel de afectación del bien (p. 204).

Si la destrucción es total, el juez reconocerá como daño emergente el valor equivalente en dinero o “el valor de reemplazo” ya se trate de bienes muebles o de inmuebles, valiéndose para ello normalmente de peritajes producidos en el proceso.

En efecto, la reparación del daño corresponde al valor de la reparación o reconstrucción para que quede de manera idéntica al bien deteriorado, y se tiene de todas formas como límite, por simple lógica, que los gastos de reparación no sobrepasen el valor venal del bien el día del accidente. En esta hipótesis el daño se indemniza plenamente con el pago del valor de reemplazo al momento del pago, porque de lo contrario la víctima del daño sería indemnizada por debajo de su aminoración patrimonial.

De igual manera, el perjuicio que resulta de la reparación del bien inmueble es indemnizable, al igual de lo que ocurre cuando se presenta por causa de trabajos públicos.

Más el daño emergente no sólo se predica del daño del bien en sí mismo, sino de todas aquellas erogaciones que son consecuencia de su privación. Es decir, si la destrucción total o parcial del bien implicó otro daño emergente, como por ejemplo contratar un bien similar de reemplazo transitorio, un pago de abogados para efectos de hacer respetar los derechos, etc., la indemnización procede.

Así las cosas, se reitera que el daño emergente a bienes distintos de la persona es íntegramente indemnizable, puesto que en ningún caso ni el derecho francés ni el colombiano califican *a priori* determinado rubro como improcedente. Sostenemos que igualmente este es el criterio sostenido en la legislación venezolana.

Lucro Cesante

También denominada “ganancia frustrada”, asume el aspecto de un perjuicio reflejado en el futuro sobre el patrimonio. No hay lugar a dudas que la determinación del lucro cesante (ganancia que dejó de percibir la víctima) es aún más fácil que la de aquellos elementos del daño emergente que sólo habrán de manifestarse en el futuro. La dificultad de apreciación del lucro cesante por causa de su carácter no actual, no puede invocarse, pues, como una característica particular al mismo y que obstaculice su resarcibilidad, pues el requisito de la actualidad del daño no puede considerarse como uno de los exigidos por la ley para la determinación de la entidad del daño.

Si la reparación, pues, debe borrar no solo los efectos “presentes” (o “actuales”) sino también los “futuros”, ella debe comprender normalmente tanto el daño emergente como el lucro cesante, porque es claro que el legislador por razones de conveniencia particular puede alterar esta regla y excluir el lucro cesante.

En efecto, un examen del articulado de nuestro Código Civil demuestra que no se ha tenido en él, como ocurre en otras legislaciones, la intención de atribuir significados unívocos y correspondientes respectivamente a los conceptos de “daño emergente” y “lucro cesante”, a las palabras “daño” y “perjuicios”.

Las palabras “daños” y “perjuicios” deben entenderse en nuestra legislación como sinónimas, por lo que la expresión debe considerarse equivalente a la de “daños y perjuicios” que se utiliza en materia contractual. Por esta misma razón la clasificación del daño material en *daño emergente* y *lucro cesante* que consagra el artículo 1.273 del Código Civil, es igualmente aplicable en materia de daño extracontractual.

Heno (2001), subclasifica el lucro cesante en lucro cesante cuando la lesión la sufre una persona, y en lucro cesante cuando la lesión es a un bien (p.210).

Cuando la lesión la sufre una persona

Cuando se ataca la integridad de una persona humana se generan secuelas que deben ser reparadas. De la misma manera que en el daño emergente, aquí se deben estudiar los casos en los que una persona fallece y aquellos en lo que sólo es lesionada.

Cuando fallece una persona, sus deudos tienen derecho a recibir indemnización por el dinero que deja de aportarles el muerto, en dicho caso, no basta con que se demuestre que el desaparecido era una persona económicamente productiva, para que automáticamente proceda el reconocimiento de indemnización por perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, es necesario que se demuestre la existencia del daño, probar que con sus ingresos proporcionaba ayuda económica a alguna persona que se vio afectada por no seguir recibiendo tal ayuda. Sin embargo, la colaboración económica entre familiares se presume en virtud del concepto de obligación alimentaria del Código Civil.

Cuando la persona es lesionada, el lucro cesante consistirá en el dinero que había recibido la persona de no haber ocurrido el daño y cuya pérdida o mengua se origina en su incapacidad laboral. La diferencia con la hipótesis de muerte de la persona consiste en que los destinatarios de la indemnización no son normalmente los deudos sino el directamente lesionado y que, por supuesto, no se descuentan los gastos de la propia subsistencia, justo en razón de que el lesionado sigue gastando para subsistir. En éstos caso, la indemnización correspondiente dependerá de la clase de incapacidad laboral que se haya producido.

Como se observa, el lucro cesante consiste en estos casos en el resultado o efecto de la pérdida de capacidad o posibilidad laboral, y se indemniza con una suma de reemplazo de aquella que no fue o no será producida. Al igual que ocurre con el daño emergente, también en cuanto al lucro cesante se deben tener en cuenta todos los rubros que se deriven del daño a la persona. Todo lucro cesante que se genere con la lesión a la persona debe ser indemnizado.

Cuando la lesión es a un bien

Para Henao (2001), cuando la lesión se produce directamente sobre un bien, el lucro cesante está constituido por lo que éste deja de producir en razón del hecho dañino. Todas las ganancias frustradas que se esperaba producirá el bien se tienen como daño indemnizable (p.223).

Es así como, cuando se trata de determinar el lucro cesante, se debe descontar aquello que la víctima habría tenido que gastar para obtener la ganancia esperada.

Según esta posición, en caso de destrucción total del bien se puede tanto pagar lo que la cosa vale al momento de su destrucción más los intereses comerciales de dicho valor desde la fecha del daño hasta el pago, como el lucro cesante que el bien habría producido hasta su vida probable más el valor de la cosa al terminar su vida útil.

En estos casos es sano recordar un principio general de la materia: se indemniza el daño realmente causado a la víctima. Lo anterior significa que se debe probar que además de la pérdida del bien, se produjo un lucro cesante, lo que producía. Si por el contrario, la situación que se presentaba antes del daño permite inferir que existieron utilidades frustradas, se tiene derecho a indemnización del lucro cesante, por cuantiosa que sea. No hay límite al lucro cesante sufrido ciertamente por la víctima, la cual debe ser indemnizada plenamente aun por la destrucción de la gallina de los huevos de oro.

La tercera precisión, que supone la aceptación de la coexistencia de ambos rubros del daño, permite afirmar que lo importante para resolver el problema

es indemnizar separadamente ambos rubros del perjuicio, sin que se genere doble pago entre ellos. Si hay daño emergente, la indemnización debe suponer que la víctima quede con el dinero exacto para su reemplazo. En este evento la función de la actualización, que no es un rubro nuevo del daño, es la de colocar al día de la sentencia el valor de reemplazo de los bienes porque, precisamente, “ningún mecanismo de actualización de precios afecta el valor intrínseco de estos, simplemente corrige su valor extrínseco”, es decir, porque la corrección monetaria “no constituye en realidad una indemnización, sino una operación que se limita a mantener el poder adquisitivo de la moneda.

Si por el contrario, además, hay lucro cesante, se debe fijar el valor de este y también actualizarlo, mes por mes si es necesario.

Se garantiza así, entonces, la indemnización del lucro cesante por la renta que producía el bien y no sólo aquella de la renta del dinero de reemplazo del mismo.

Finalmente, ha de señalarse que el lucro cesante debe fundarse en hechos ciertos, por cuanto de otro modo se trataría de daños hipotéticos o eventuales.

Al respecto, la jurisprudencia de la Sala Político Administrativo del Tribunal Supremo de Justicia en sentencia de fecha 14-12-1995, ratificada en sentencia de la misma sala N° 4622 de fecha 06-07-2005, ha señalado que esta especie de daño material en ningún caso implica que el perjuicio sufrido deba considerarse como eventual o incierto. En efecto, se ha expuesto lo siguiente:

“En otro orden de ideas, tenemos que el denominado lucro cesante es la utilidad o ganancia de que hubiere sido privada la parte perjudicada por la violación, retardo o incumplimiento de la obligación por la otra parte. Consiste en el no aumento del patrimonio del acreedor por habersele privado de un incremento que normalmente hubiese ingresado en su patrimonio de no haber ocurrido el incumplimiento.

Ahora bien, la mera posibilidad o probabilidad de un lucro no puede servir de base a la acción. Es necesario que para su procedencia el reclamante aporte las pruebas necesarias, no necesariamente evidentes, pero tampoco pueden estar fundamentadas en la especulación, en la mera posibilidad de obtener un lucro.”

De tal forma que aún teniendo una expectativa legítima y natural respecto de los ingresos que pudiera haber generado de estar en condiciones normales una persona, si la misma al momento de la producción del daño, no se encontraba, por ejemplo, trabajando, dichos aportes constituirían hipotéticas rentas generadas con ocasión de eventuales trabajos remunerados que hubiese podido llegar a desempeñar, lo cual no puede ser estimado, dado que resulta imposible prever actitudes y voluntades futuras y mucho menos traducir éstas a lenguaje patrimonial.

Diferencias entre Daño Emergente y Lucro Cesante

La diferencia que se pretende establecer entre la resarcibilidad del daño emergente y la del lucro cesante parece reducirse a una mera consideración de la actualidad o no del interés afectado. El daño emergente, en efecto, recae de ordinario sobre el bien que pertenecía ya al patrimonio de la víctima en el instante del acto de la administración, en tanto que el lucro cesante tiene por objeto un interés futuro, o sea, relativo a un bien que todavía no pertenecía a la víctima en el momento del acto de la administración.

El principio general que se localiza en la base de la distinción actual entre el daño emergente y el lucro cesante, reconoce su punto de partida al tiempo en que se verifica el evento dañoso. Si el daño afecta un bien que, en el momento de la ocurrencia del hecho pertenecía al pretensor de la indemnización, nos hallamos ante un daño emergente; si el interés lesionado se refiere a un bien aún no ingresado en el patrimonio del perjudicado, afrontamos un típico lucro cesante.

Tal aseveración suministra dos constataciones consecuenciales: a) Los bienes tomados en cuenta, en uno y otro caso, son aquellos que jurídicamente ingresan en la esfera de disposición del perjudicado, en la medida en que no sean incompatibles con el ejercicio de una actividad lícita; b) La ganancia frustrada responde al beneficio que hubiera podido recabar el perjudicado mediante la normal gestión de su patrimonio, como consecuencia exclusiva (o principal) del aumento de éste por obra de la ejecución de la prestación. En otros términos, el lucro cesante es un elemento calificador del daño genérico que consiste en el valor (económicamente mensurable) realizable.

Finalmente, podemos señalar que la diferencia más palpable entre el lucro cesante y el daño moral, es la referida por la Sala Político Administrativa del Tribunal Supremo de Justicia en Sentencia Nro. 01210 del 08/10/2002, mediante la cual se determinó que si bien es cierto que ambos son sujeto de reparación, se diferencian en su naturaleza, pues el lucro cesante derivado de la responsabilidad civil contractual o por hecho ilícito, tiene que ser especificado y demostrado en cuanto a su existencia y las causas que lo originan, esto es, debe comprobarse plenamente el lucro o utilidad dejada de percibir a consecuencia del hecho dañoso; en tanto que los daños morales

"por su naturaleza esencialmente subjetivas no están sujetos a una comprobación material directa, pues ella no es posible.

CONCLUSIONES

Es el Estado la figura que el ciudadano común, tradicionalmente, ha tenido como ejemplo. Y de allí el dolor que produce la corrupción del Estado, que es, naturalmente, defecto de sus hombres, pero que, como el tema que nos ocupa, le alcanza y le compromete. De allí la importancia de la determinación de su responsabilidad y de los elementos que la componen, para lograr hacerla realmente efectiva.

La responsabilidad del Estado o también llamada responsabilidad administrativa, es en Venezuela un sistema mixto, en el cual la Administración en sentido lato, responde por todas sus actuaciones u omisiones en el ejercicio de su función pública, tanto por funcionamiento normal como anormal.

La responsabilidad del Estado se sustenta en los principios constitucionales del Estado de Derecho, y constituye manifestación importante de la tutela judicial efectiva, cuyo mecanismo garantiza al ciudadano común el derecho que tiene a ser resarcido por el daño causado por la administración, debiendo ser tal resarcimiento integral, comprendiendo tanto el daño material y como el daño moral.

Consagrada constitucionalmente, la referida responsabilidad tiene por fundamento la reparación de un daño antijurídico y el colocar a la víctima en la misma condición patrimonial en que se encontraba antes de la circunstancia dañosa.

Pues bien, de entre los requisitos concurrentes que constitucionalmente exige la jurisprudencia, el daño constituye, sin duda alguna, determinante, puesto que no se puede indemnizar –objeto de la acción de daños y perjuicios – a quien no ha sufrido daño alguno.

De las clases de daños que han sido reconocidos legal, doctrinaria y jurisprudencialmente, tenemos los morales o extrapatrimoniales, y los materiales o patrimoniales, éstos últimos objeto de la presente investigación.

Así, los daños materiales son aquellos verificables directamente sobre el patrimonio de la víctima, sea al momento de que se produjo la conducta dañosa, al momento de la sentencia, o en el futuro.

Pero en todo caso, deberá el juez, al momento de indemnizar, tener la certeza de que existen, y que los mismos son reclamados por la persona que los sufre, para poder condenar su indemnización por parte de la administración.

Igualmente, estos daños deberán ser necesariamente probados en autos, de acuerdo a los medios de pruebas y sus formalidades legalmente establecidos, en ausencia de los cuales, no podrá acordarse el pago de la indemnización.

Los referidos daños materiales se clasifican a su vez en daño emergente y lucro cesante, dependiendo de la oportunidad en que se produzca en el tiempo, siendo los actuales al momento de demandar, daño emergente, y los futuros, lucro cesante.

Pero lo cierto, es cualquiera de los dos tipos de daños, se buscará ingresar nuevamente al patrimonio de la víctima, la disminución del cual fue objeto como consecuencia del actuar de la administración.

Concluimos destacando el paso de la irresponsabilidad del Estado a una responsabilidad cierta y definida, a través de una labor de la doctrina judicial, y autoral, sensible e inteligente, y señalando sin lugar a dudas, que el olvido de la Constitución origina responsabilidad del Estado.

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS

Autores Venezolanos (1998) **Indemnización De Daños Y Perjuicios**. Caracas: Ediciones Fabreton.

Autores Varios. **Diccionario Jurídico Venezolano**. D&F (1990) Tomo I, II, III y IV. Caracas: Líder Editores S.A

Badell Madrid, Rafael (2001) **Responsabilidad Del Estado En Venezuela**. Caracas: Autor.

Código Civil Venezolano. (1982). **Gaceta Oficial de la República de Venezuela**. N° 3.982, 15 de mayo de 1982.

Constitución de la República de Venezuela. 1961

Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. **Gaceta Oficial De La República Bolivariana De Venezuela** N°. 5.453. Extraordinaria del 24 De Marzo Del 2000.

De Grazia Suarez, Carmelo (2003) **La Responsabilidad Extrancontractual Del Estado En El Ordenamiento Jurídico Venezolano**. Evolución Jurisprudencial 1193-2003. Avances Jurisprudenciales Del Contencioso Administrativo. Barquisimeto: Institutos de Estudios Jurídicos del Estado Lara.

Entrena Cuesta, R. (1986). **Curso De Derecho Administrativo**, 9ª Ed. Madrid: Tecnos.

Escobar Gil, Rodrigo (1998). **La Responsabilidad Contractual de la Administración Pública**. Bogota: Editorial Temis.

Fernández, Luisa. (1998) **La Responsabilidad Contractual del Estado**. Bogota: Editorial Temis.

García De Enterría Eduardo y Fernández Tomas Ramón, (1997.) **Curso De Derecho Administrativo**, Octava Edición. Madrid: Editorial Civitas S.A.

Garrido Falla, Fernando (2001). **Tratado De Derecho Administrativo**. Undécima Edición. España: Editorial Tecnos.

Gonzalez Perez, Jesús (2002). **Contencioso De Los Servicios Publicos. Vi Jornadas De Recho Administrativo “Allan Randolph Brewer Carias”. El Nuevo Servicio Publico**. Caracas: Editorial Funeda.

Gordillo, Agustín. (2001) **Tratado de Derecho Administrativo. La Defensa del Usuario y del Administrado**. Tomo 2, 1º Edición Venezolana. Caracas. FUNEDA

Henao, Juan Carlos (2001). **El Daño**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Jurisprudencia De La Corte Primera En Lo Contencioso Administrativo. (2002). Vol II. Caracas: Editorial Melvin C.A.

Lares Martines, Eloy. (2000) **Manual De Derecho Administrativo**. Séptima Edición. Caracas.

Ley Orgánica de la Administración Pública. **Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela** N°. 37.305 Del 17 De Octubre Del 2001.

Linares Benzo, Gustavo. (2003) **La Responsabilidad de la Administración. Avances de la Jurisprudencia Contencioso Administrativo**. Barquisimeto: Instituto De Estudios Jurídicos Del Estado Lara.

Maduro Luyando, Eloy. (1989). **Curso de Obligaciones. Derecho Civil III**. Séptima Edición. Caracas: Editorial Sucre.

Mélich Orsini, José. (2001) **La Responsabilidad Civil por Hechos Ilícitos**. Academia De Ciencias Políticas Y Sociales. 2º Edición. Caracas: Anauco Ediciones, C.A

Mosset Iturraspe, Jorge (2004). **Responsabilidad por Daño**. Tomo X. Buenos Aires: Rubinzal – Culzoni Editores.

Navia Arroyo, Felipe. (1978). **Estudio sobre el Daño Moral**. Bogotá: Ed. Elocuencia.

- Ortíz Alvarez, Luís. (1995 a) **El Daño Cierto en la Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública**. Cuadernos de la Cátedra Fundacional Allan
- Ortiz Alvarez Luis A. (1995 b.) **La Responsabilidad Patrimonial de la Administración Pública**. Caracas: Editorial Jurídica Venezolana
- Ortíz Alvarez, Luís A. (1997). **Jurisprudencia de Responsabilidad Extracontractual del Estado (1961-1997)** Fundación Estudios de Derecho Administrativo (FUNEDA) Caracas: Editorial Jurídica Venezolana.
- Ortiz Alvarez Luis A. (2000) **Cinco Nuevas Grandes Decisiones de la Jurisprudencia Contencioso-Administrativa** (Breves Notas Y Extractos) Revista De Derecho Administrativo. Nº 9 Mayo-Agosto 2000. Caracas: Editorial Sherwood.
- Parra Aranguren, Fernando y otro (2001) **Estudios de Derecho Administrativo**. Tomo 2. Colección Libro Homenaje 2. Caracas: Tribunal Supremo de Justicia.
- Peirano Facio, Jorge. (1981) **Responsabilidad Extracontractual**. Edición 5º. Bogotá: Temis.
- Retortillo, Martín Sebastián y BAQUER, S. (1996. **El Derecho Civil en la Génesis del Derecho Administrativo y sus Instituciones**. Madrid: Civitas.
- Rondon De Sanso, Hildegard. (2000) **Teoría General de la Actividad Administrativa**. Caracas: Ediciones Haber.
- Rondon De Sanso, Hidelgard. (2002) **Análisis de la Constitución Venezolana de 1999**. Caracas: Editorial Ex Libiros.
- Santamaría Pastor, Juan A. (2000). **Principios de Derecho Administrativo**. Volumen II. Tercera Edición. España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A
- Stiglitz, Gabriel. (2003). **Rersponsabilidad del Estado y de los Funcionarios Públicos**. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.

Tamayo Jaramillo, Javier. (2000). **La Responsabilidad del Estado. El Riesgo excepcional y las Actividades Peligrosas.** Bogotá: Editorial Temis, S.A

Tribunal Supremo De Justicia (en línea): Gerencia de Informática y Telecomunicación del Tribunal Supremo de Justicia. Caracas, Venezuela 2003. Decisiones Publicadas hasta Abril de 2006 < www.tsj.gov.ve >

Uslenghi, Alejandro Juan. (1998). **Derecho Administrativo. Obra Colectiva en homenaje al Profesor Miguel S. Marienhoff.** Buenos Aires: Abelardo Perrot.

