

LA CAUSALIDAD ESTRUCTURAL Y LA FALLA DEL SERVICIO

Carlos H. Urán R.

**Abogado Facultad Derecho y Ciencias Sociales.
Universidad de Uruguay, Montevideo.**

**Abogado Asistente Sección Primera Sala Contencioso-
administrativo, Consejo de Estado.**

Bogotá D. E., Palacio de Justicia.

Nuestro propósito es solamente intentar definir los límites teóricos del concepto de falla del servicio con referencia a la estructura interna del servicio a la cual se aplique. Esta noción de falla del servicio es hoy el eje fundamental de las acciones contra el Estado cuando se trata de la responsabilidad extracontractual y su ampliación e indefinición hacen cada vez más difusos sus delineamientos. No se pretende pues excluir otras causales del servicio sino puntualizar la anunciada.

La falla del servicio y la estructura del Estado.

Este concepto, sobra decir, es una reminiscencia del viejo fundamento del derecho público basado en la noción de servicio público que ha sido matizada, como fundamento único, por la evolución posterior, pero de la cual ha resultado imposible desprenderse. El servicio público cobijaba toda la vida del Estado y prácticamente se le interpretaba como sinónimo de él; se podría decir que en esta concepción el Estado era un servicio público, y que el derecho público, por lo mismo, no tenía otra función que la de tratar de interpretar la vida y los conflictos de este servicio, fueran conflictos internos entre los elementos que lo prestaban, vale decir entre los organismos públicos, o conflictos entre ellos y los destinatarios del servicio.

La relativización de esta noción vino principalmente de la intervención cada vez más creciente del Estado en la vida de la sociedad, ya no solo para prestar servicios sino también para lucrarse de una actividad en concurrencia con la actividad de los particulares, sometida a sus mismos riesgos y eventualidades. Las empresas industriales y comerciales del Estado y también las Sociedades de Economía Mixta tipifican hoy esta situación.

La noción de servicio público al relativizarse como eje de la vida del Estado y la diversificación misma de la actividad de éste, ha traído como consecuencia inevitable el oscurecimiento de la noción. Ya el servicio público no es inequívocamente sinónimo del Estado sino que lo es solamente según el tipo de servicio que se preste, las facultades de que disfrute, en una palabra, según la reglamentación que reciba. Por poner un ejemplo, si el servicio está prestado por un particular en nombre del Estado no podrá ser considerado como imagen de éste sino dentro de los límites que se le han señalado; igualmente los servicios que son prestados directamente por el Estado lo representan diferentemente, en distinta extensión, y en límites definidos, según el campo en que

se realicen, es decir, una es la exigencia al servicio y la representación del Estado, si el servicio es de policía y otra si se trata de la recolección de basuras aun cuando ambos sean prestados directamente por el Estado.

En el caso de la prestación de servicios directamente por el Estado, se debe señalar que no siempre se le puede considerar como si la imagen del Estado no tuviera límites a través de él, porque puede suceder que el mismo servicio sea también atribuido o contratado o compartido con una entidad particular y aun cuando sea prestado integralmente por el Estado, pueda ser fraccionado según las zonas geográficas de una ciudad o según el número de habitantes de cada una de ellas, en fin, según otros parámetros diferentes y entonces cada servicio comprometerá al Estado y será su imagen, según los límites en que se concrete.

Lo anterior implica que es necesario en cada caso particular o mejor, según el servicio, hacer esta diferenciación: el servicio es sinónimo de Estado, pero sólo dentro de los límites fijados a él por la estructura del mismo, es decir del Estado, porque es éste quien según su capacidad organizativa y su desarrollo determina en cada caso la distribución del ejercicio de su soberanía por medio de la prestación del servicio. En resumen, ya no se puede como antes, hacer sin vacilaciones la sinonimia total entre soberanía del Estado y su manifestación a través del servicio público, para exigir también sin limitaciones a ese servicio la responsabilidad como si fuera el Estado mismo, sino que es necesario examinar internamente el servicio para saber cuál es la parte precisa de soberanía que detenta y precisar así hasta donde llega su sinonimia con el Estado.

La evolución de la estructura del Estado.

Hemos mencionado la evolución de la actividad del Estado a raíz del crecimiento que se ha dado en su intervención dentro de la vida de la Sociedad. El factor económico aparece como movilizador de esa intervención puesto que el Estado se presenta como ya se dijo, en concurrencia con los particulares y sometido a su mismo riesgo en busca de una ganancia. Pero también influyen en esa evolución los factores políticos sean internos del Estado mismo o sea referidos a lo internacional en donde, sobre todo los estados subdesarrollados, sufren más fuertemente el impacto de la evolución política del mundo. Así, el reforzamiento de los bloques existentes en la comunidad internacional, determinan a veces una

modificación interna en la estructura y en la actividad de los Estados con el apareamiento de nuevas fuerzas contraloras de la vida social, y también determinan el apareamiento de nuevos polos de desarrollo según las necesidades globales del bloque en el cual el Estado se encuentra insertado.

Esto, que aparentemente no tiene ninguna relación con la vida del derecho público, constituye sin embargo un eje necesario de la interpretación que en cada caso se le debe dar a la acción del Estado pues no es lo mismo que ésta se ejerza según su propia decisión autónoma que si se ejerce según las presiones de la comunidad internacional.

Precisar entonces cual es la estructura del Estado y de cada Estado, se hace indispensable para poder determinar hasta dónde puede llegar su responsabilidad en un momento dado y hasta dónde por lo mismo, se puede esperar de sus estructuras.

No sobra advertir que en este punto se hacen presentes dos visiones sobre el Estado en lo que atañe a su responsabilidad: una que por principio lo considera todopoderoso, previsor y casi infalible y otra que lo acepta como a cualquier otra organización susceptible de defectos y de limitaciones. De acuerdo con la primera, al Estado se le considera también por principio, responsable de cualquier falla mientras que en la segunda se podrá llegar a exonerar de esa responsabilidad según el caso.

Cualquiera sea la tesis defendida, exige sin embargo que se tenga en cuenta que la vida del Estado no se desenvuelve sino por medio de órganos concretos, de estructuras definidas que hacen parte de la unidad que él constituye. Cada estructura tiene a su vez una organización interna, unos estatutos, unas funciones y en fin, un objetivo que alcanzar por el cual y solamente por el cual se le podrá responsabilizar.

La noción de estructura.

Toda estructura supone en primer lugar una relación de orden que por lo mismo incluye implícitamente las nociones de **jerarquía**, por un lado, y de ajuste entre las partes, es decir de **conjunto**, por el otro.

Sin embargo lo que constituye la estructura no es el conjunto mismo ni los elementos que hacen parte ni tampoco las diferentes globalidades que pueden llegar a formar dichos elementos, sino que la constitución de la estructura viene dada por el tipo de

relaciones (conexiones) definidas al interior del conjunto mismo. Es decir, cada elemento puede llegar a existir y a tener valor solamente como soporte de toda la globalidad del conjunto o puede llegar a tener un valor autónomo aunque ligado en el conjunto mismo y según las necesidades de éste.

En las ciencias sociales sin embargo, las estructuras son configuraciones en movimiento, es decir, las relaciones que se constituyen dependen funcionalmente de la movilidad de la misma estructura, por lo cual se puede decir que la estructura es una realidad puramente de relaciones, para descubrir las cuales es necesario precisar el principio que define el establecimiento de ella y de sus elementos.¹

Lo anterior aplicado a la vida del Estado quiere decir dos cosas: 1º Que él en sí mismo es una estructura y 2º Que él está constituido de subestructuras funcionales que guardan con el todo una relación de dependencia.

Esta relación de dependencia no significa, sin embargo, incapacidad de actuar por sí mismas porque la misma operatividad del conjunto exige que se le de una autonomía que aun cuando relativa sin embargo le permita actuar. Por eso, se establece una relación dialéctica entre la subestructura y la globalidad del Estado y **es esa relación la única que puede explicar en un momento dado, tanto el significado de la estructura global como de la subestructura.** Por eso se dice que para obtener una verdadera explicación hay que determinar claramente **el principio** que rige el establecimiento de cada estructura, ya que en sí mismo ella no explica nada. El principio entonces suministra el criterio que permite comprender por qué cada estructura y subestructura tiene un papel diferente de la otra o prioritario sobre una similar, es decir, la estructura es apenas un indicio de su sentido pero no lo revela totalmente y por ello se hace necesario esclarecer siempre la razón de su establecimiento para aprehender en definitiva el resorte escondido de toda estructuración.

En la vida del Estado ese resorte no es otro que el de que cada subestructura contribuya con su funcionamiento a la marcha del Estado que como un sistema está integrado por diferentes elementos. Pero esa buena marcha puede aceptar contribuciones

(1) Para esta breve alusión a la noción de estructura nos hemos servido del trabajo "El estructuralismo entre la ciencia y la filosofía" de Jean Ladrière, Louvain, Bélgica, 1971.

desde ángulos muy diferentes. Lo comprueba el hecho de las distintas configuraciones de los entes públicos y de los distintos objetivos que a cada una se le señala, económico algunas veces, de orden público en otras, de salud o de asistencia social en las demás.

La estructura y la falta de servicio: Lo dicho anteriormente nos permite asentar una primera hipótesis: no es posible definir la falla de cada servicio si no consideramos la relación dialéctica entre el organismo respectivo y la globalidad del Estado, entre contribución que se le tiene asignada y la conformación interna del servicio, en una palabra entre la adaptación existente de objetivos perseguido y de medios de que dispone para alcanzarlos.

En efecto, no es posible atribuir a un organismo público cualquiera que él sea, la responsabilidad que se le exige a la globalidad del Estado aun cuando ese organismo sea representativo; no es posible tampoco exigir a cada organismo particularizado toda la responsabilidad que **teóricamente** le corresponde según el objetivo que persigue sino según la estructuración interna que le permita o no alcanzar dicho objetivo. No es lo mismo, por citar un ejemplo, exigirle a un organismo de salud pública según la responsabilidad teórica que tiene en cuanto tal, si este organismo está bien estructurado y equipado que si sus elementos son claramente deficientes. La calificación de ser organismo de salud pública no es suficiente para responsabilizarlo de la mala función sino en proporción a los medios de todo orden de que efectivamente dispone para cumplirla. Lo contrario equivaldría a operar en el campo jurídico con dos nociones que son antagónicas entre sí: la una ideal dada por la definición conceptual del organismo (salud pública, orden público, asistencia social, ecológica,) y la otra material concretada en lo que el órgano realmente es. Hacer prevalecer la primera para exigir una responsabilidad total significa esperar el cumplimiento de una función que no se le ha asignado puesto que no se le han dado los medios, y es por lo mismo operar con una estructura ideal del Estado que no se ha concretado todavía en la del Estado en que se vive.

Esto significa que si se opera así, el juez termina creando por el fallo mismo un Estado que no existe, y exigiendo una responsabilidad que no se debe por lo menos en los términos en que él lo considera.

Hacer operar exclusivamente la segunda noción es decir la material, significaría desconocer el **elemento explicativo** del esta-

blecimiento de cada organismo o de cada subestructura, esa relación dialéctica entre la globalidad del Estado y el organismo respectivo que espera de este último sólo un tipo de función determinada y a la cual estos elementos materiales (personal humano, equipos técnicos y medios legales) deben servir con exclusividad.

Si la aplicación única del concepto ideal que el juez tenga sobre la subestructura es una desviación inaceptable, también la aplicación exclusiva de la materialidad de los instrumentos de todo orden que se disponen, es decir, de su buena adaptación a los fines propuestos, es un error, porque ellos como se dijo, solamente pueden servir a la función confiada por el Estado a dicho organismo y no esperarse de los mismos un rendimiento óptimo que aunque posible no les está atribuido.

Para citar un ejemplo de la comprensión actual sobre la noción de falta o falla del servicio, tomemos uno de los fallos más caracterizados de este punto a saber el de 28 de octubre de 1976 exp. 1482 actor: Banco Bananero del Magdalena. En él se dice que la falta o falla del servicio, o mejor, de la administración es la fuente más común y frecuente de la responsabilidad estatal y requiere: "a) Una falta o falla del servicio o de la administración, por omisión, retardo, irregularidad, ineficiencia o ausencia del servicio. La falta o falla de que se trata, no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración. b) Lo anterior implica que la Administración ha actuado o ha dejado de actuar, por lo que se excluyen los actos del agente ajenos al servicio, o ejecutados como simple ciudadano. c) Un daño, que implica la lesión o perturbación de un bien protegido por el derecho, bien sea civil, administrativo, etc., con las características generales predicadas en el derecho privado para el daño indemnizable, como de que sea cierto, determinado o determinable, etc d) Una relación de causalidad entre la falta o falla de la administración y el daño sin la cual aun demostrada la falta o falla del servicio, no habrá lugar a la indemnización".

"Obvio habrá casos de concausalidad, bien entre la falla y la culpa de la víctima, entre la falla y el hecho de un tercero o aún, entre la falla y la fuerza mayor o el caso fortuito en los cuales la responsabilidad del Estado quedará limitada en la proporción en que su falta o falla sea reconocida como causa eficiente del daño sufrido, presentándose entonces, la figura conocida en el derecho, "como compensación de culpas" o repartición de responsabilidades".

Como se ve, en esta mención teórica que parece encerrar todas las posibles causales configurativas de la falla del servicio, en ningún momento se hace alusión a que la estructura del mismo pueda llegar a ser la causa de la falla que se quiere revelar, sino que todo está referido a la **acción** o a la **no acción** del servicio administrativo; en cuanto a la acción se mencionan las fallas por **irregularidad** o por **ineficiencia** y en cuanto a la no acción se habla del **retardo**, de la **omisión** y también la **ausencia del servicio**. Se especifica sin embargo que no se trata en ningún momento de la acción o de la no acción del agente administrativo sino la del servicio o anónima de la administración.

Considerar que se da la falta por la acción irregular o ineficaz o por la acción representada en el retardo, omisión o ausencia del servicio sin entrar a analizar si dicha acción o no acción se debió a que el servicio tal como está estructurado (incluyendo la razón de Estado de su creación) y según los elementos de que dispone no puede comportarse de otra manera, es presumir que el servicio administrativo estaba dotado de todas las facultades tanto legales como materiales que le permitían un comportamiento ciento por ciento favorable, es decir, que su capacidad estructural de servicio existía en el más alto grado. Se parte entonces de un presupuesto que puede no corresponder a la realidad y que puede no existir más que en la mente de quien revisa la actuación o de quien la juzga, y que por lo mismo al no encontrar el comportamiento que idealmente supone, está atribuyendo una falla que el servicio presentaba desde su origen mismo es decir, desde su conformación y más aún desde la motivación de su establecimiento como parte de la estructura del Estado, y que de ningún modo apareció o se derivó de la acción o de la no acción, únicos criterios aceptados en la actualidad.

En una palabra se le está atribuyendo al servicio una falla que nace únicamente de la concepción ideal que se tiene sobre él sin partir desde su estructura real según el acto creador (razón de Estado), la conformación que se le dio, y los elementos de que lo habilitó, criterio que debe ser el eje de la decisión. Enfrentar la concepción ideal de lo que debe ser el servicio con la manifestación de éste en un caso determinado y derivar de allí la falla, no es condenar al Estado desde el comienzo de la discusión?

En el fallo que se mencionó, no se aceptó la del servicio alegada, porque se consideró que la venta del edificio del Banco Bananero verificada dentro de la operación administrativa de liqui-

dación, era necesaria y que la Superintendencia de Sociedades podía realizarla sin necesidad de licencia judicial según el artículo 57 de la ley 45 de 1923 sustituido por el artículo 6º de la ley 57 de 1931. En el mismo sentido se dice que no hubo falla del servicio porque la administración se ciñó "en un todo a las exigencias de la ley", más adelante se dijo que no puede deducirse responsabilidad al Estado por una negociación que se hizo para cumplir un mandato de los accionistas"

Paradójicamente, parece haber aquí una aplicación de la consideración estructural en este caso referida a la Superintendencia Bancaria cuando se hace alusión a las facultades con que estaba dotada legalmente y a las cuales se ajustó la administración.

En los casos en que se trata del servicio público de la Policía y de deducir una falla en la prestación del mismo, la consideración a la estructura de este servicio como causa posible de la falta, aparece mucho menos clara y se oscila entre la valoración prioritaria sea de la acción del agente que actúa en nombre de la administración, sea de las circunstancias en que se movió la misma administración, sea en fin, según las posibilidades que se tenían de prever los resultados.

En los procesos número 2051 y 2193 Actores: María Carolina Sánchez Vda. de Vanegas y María Teresa Murillo M., se trata por ejemplo de deducir por parte de los actores, la falla del servicio por el hecho considerado como indiscutible, de la utilización voluntaria del arma por parte de un agente de policía, para establecer luego la causalidad exigida entre ese hecho y el daño consistente en la muerte causada a un ciudadano. Para el juzgamiento se tuvieron en cuenta: a) el comportamiento del agente al disparar su arma de dotación oficial contra un vehículo que huía, b) la falta de justificación alguna, proporcionada se entiende, para el uso del arma homicida y c) el mal funcionamiento del servicio tipificado en que, como dice el fallo "la huída misma lo da a entender y ese defectuoso funcionamiento costó la vida de una persona inocente y dejó en desprotección a las personas que dependían de éste".

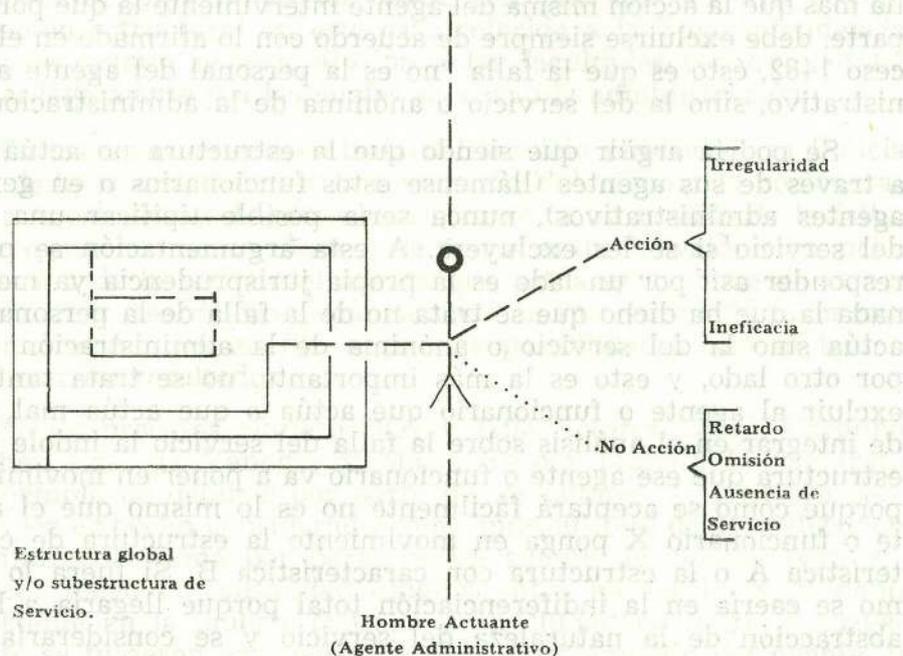
Lo anterior quiere decir que se contó para efectos de proferir el fallo, con que la institución policial habilita suficiente y adecuadamente a sus agentes para apreciar con frialdad y con inteligencia el momento oportuno en que se debe hacer uso del arma oficial; que se analiza también la justificación y la proporción

en que se puede hacer uso de la misma; que dicho personal está suficientemente educado para prever todas las circunstancias que pueden significar una falla de su servicio como aquí el haber permitido la huída de un vehículo a quien se le había dado orden de estacionar y, en fin, que la institución policial goza de una dotación humana y un instrumental técnico necesario para todas sus acciones. Estos presupuestos eximen entonces de preguntarse si, por ejemplo, el número de agentes de que se puede disponer en cada operativo es, por su deficiencia, la causa estructural de la falla más que la acción misma del agente interviniente la que por otra parte, debe excluirse siempre de acuerdo con lo afirmado en el proceso 1482, ésto es que la falla "no es la personal del agente administrativo, sino la del servicio o anónima de la administración".

Se podría argüir que siendo que la estructura no actúa sino a través de sus agentes (llámense estos funcionarios o en general agentes administrativos), nunca sería posible tipificar una falla del servicio si se les excluyera. A esta argumentación se puede responder así: por un lado es la propia jurisprudencia ya mencionada la que ha dicho que se trata no de la falla de la persona que actúa sino la del servicio o anónima de la administración; pero por otro lado, y esto es la más importante, no se trata tanto de excluir al agente o funcionario que actúa o que actúa mal, sino de integrar en el análisis sobre la falla del servicio la índole de la estructura que ese agente o funcionario va a poner en movimiento, porque como se aceptará fácilmente no es lo mismo que el agente o funcionario X ponga en movimiento la estructura de característica A o la estructura con característica B. Si fuera lo mismo se caería en la indiferenciación total porque llegaría a hacer abstracción de la naturaleza del servicio y se consideraría que todas las estructuras o subestructuras de éste son iguales y que por lo mismo, lo único que importa es el comportamiento de quien la pone en movimiento, con lo cual se estaría radicando la falla del servicio no en el servicio sino en la persona actuante. No se trata pues de eliminar del análisis la acción o la no acción del hombre administrativo, sino que en la búsqueda de un criterio más objetivo y definido creemos que se debe indagar sobre cuál es esa estructura o subestructura de servicio que se puso en movimiento (si se dio la acción) o que dejó de entrar en funcionamiento (si lo que ocurrió fue la no acción) para poder sobre esta base hacer la confrontación entre estos extremos: la capacidad potencial del servicio, es decir, todos aquellos instrumentos legales y materiales integrantes de la estructura y que estaban disponibles, y la

respuesta a esa disponibilidad por parte de quien, justamente vinculado al servicio podía ponerlo a marchar en el caso concreto que se analiza.

Si se quisiera ilustrar lo dicho hasta aquí, se podría proceder así:



Jurídicamente, enfrente a esta situación, se ha procedido así: se acepta que la sola vinculación y representación del servicio por el "hombre administrativo" es suficiente para hacer recaer todo en el servicio, es decir, para encontrarlo responsable o para absolverlo. El hombre administrativo aparece entonces asumiendo en él mismo toda la estructura del servicio y por lo mismo ésta queda reducida al comportamiento de él. Podría decirse que en el representante se subsume toda la estructura y entonces equivo-

camente se hace una unidad monolítica e indiferenciada de lo que debería ser una unidad entre partes distintas, es decir, entre el servicio como estructura disponible y quien lo puede representar. Si no se integra en el análisis de la falla del servicio esa estructura, ésta termina disolviéndose en su agente y por lo mismo la falla no se podría de ninguna manera predicar, sino de quien actuó o dejó de actuar.

Si se aceptara que la subestructura como causa puede ser la motivante de la falla, tal vez se tendría que llegar a la exención de responsabilidad en muchos casos. Más aún, si se entendiera a la **causalidad estructural** es decir, a la acción de la estructura toda (Estado) sobre las partes constituyentes (servicios), la decisión sobre la falla que se discute, sería mucho más objetiva.

Es de observar que los casos concretos, hoy terminan siendo analizados aisladamente como si en ese servicio y en el caso de que se trata, se conjugaren idealmente todas las cualidades del servicio global porque de lo contrario se dejaría sin sanción y por lo mismo sin indemnización el daño causado. Se extiende entonces indebidamente esa noción de falla del servicio con la buena motivación, es cierto, de hacer justicia al perjudicado, pero distorsionando así el concepto de la estructuración global del Estado y de las subestructuras del mismo que no tienen los elementos humanos, instrumentales y jurídicos que serían convenientes para un servicio en grado óptimo.

Forzando entonces la noción de falla del servicio se deja de lado como consecuencia, a) lo que debe ser una interpretación rigurosa de la estructura organizativa del Estado que es el único margen atendible para derivar la ocurrencia o no de la falla del servicio puesto que se ha dicho por la jurisprudencia, que no se trata de la falla del agente sino **del servicio** o anónima de la administración, b) otras figuras jurídicas que talvez permitirían igualmente hacer justicia, por vía de equidad por ejemplo como el daño especial, sin ir contra la naturaleza histórica y real, en un momento determinado, de la estructura del Estado.

Se puede argumentar en el sentido de que es justamente esa estructura global, vale decir el Estado, el que está siendo sancionado por la falta del servicio manifestada, es cierto, en un caso concreto. Aquí conviene hacer la siguiente distinción: en el momento actual es notoria la falta de organización del Estado atribuible en gran parte a deficiencias de la dirigencia política, a la falta

de voluntad y aún a la corrupción; por ello lo que se termina sancionando al sancionar al Estado, son las deficiencias de sus dirigentes.

Pero es de esperar que las cosas no continúen igual. Situémonos en un Estado en que los recursos públicos a pesar de ser administrados diligente y honestamente, no permitan una organización mejor tratándose como es el caso, de un país subdesarrollado ¿Sería igualmente sancionable la falta del servicio a partir de una concepción ideal de lo que debe ser el Estado? o, ¿algunas faltas serían excusables en cuanto hacen parte de la estructura de ese Estado que por el grado de desarrollo, **temporalmente**, no puede ser de otro modo?

Creemos que no, porque **la falta se predica de lo que la estructura del Estado y del servicio puede dar y no dio en el caso concreto y no por lo que idealmente, más allá de sus propias estructuras, se le puede exigir.**

Para concluir estos apuntes que no pretenden otra cosa que servir de pretexto para la discusión, queremos decir lo siguiente:

Adquirido este punto de la causalidad estructural como explicación jurídica aceptable de la falla del servicio, corresponde ubicar qué es lo que define la capacidad potencial de cada estructura de servicio, o sea, cómo encontrar el marco de referencia que permita saber hasta dónde se le puede exigir para, sobre esa base, poder determinar si se operó o no la falla del mismo.

Sobre ésto quisiéramos poder elaborar nuevos 'apuntes' posteriormente.