

Sobre la intervención del Estado en empresas privadas que prestan servicios públicos y esenciales

Art. 110 inc. 4°. Constitución.- El Estado podrá tomar a su cargo los servicios públicos cuando los intereses sociales así lo exijan, prestándolos directamente, por medio de instituciones oficiales autónomas o de los municipios.

Art. 112 Constitución.- El Estado podrá administrar las empresas que presten servicios esenciales a la comunidad, con el objeto de mantener la continuidad de los servicios, cuando los propietarios o empresarios se resistan a acatar las disposiciones legales sobre organización económica y social.

¿Qué es un servicio público y un servicio esencial?

Servicio público es la prestación de actividades tendentes a satisfacer necesidades o intereses generales. Por ello, el servicio público debe prestarse de manera continua, regular, uniforme, general y obligatoria.

Servicio esencial es aquel dirigido a satisfacer necesidades vitales y necesarias para la vida de la comunidad. La noción de servicios esenciales hace referencia a la naturaleza de los intereses a cuya satisfacción la prestación se dirige, conectándose con los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos.

De lo anterior se observa que son conceptos muy abiertos. Eso no significa que queda al arbitrio de los órganos legislativo y ejecutivo definir cuál es un servicio público o esencial, serán los tribunales contencioso administrativos y la Sala de lo Constitucional (siempre que sean independientes) los que controlarán si determinado servicio es o no un «servicio público» o un «servicio esencial a la comunidad». Cuando no existe tal independencia, no existe un control efectivo.

Un ejemplo de un servicio público que ha sido reconocido como tal por la Sala de lo Constitucional es el transporte público de pasajeros.

¿Los servicios públicos pueden ser prestados por privados?

Sí. Los servicios públicos pueden ser prestados:

- a. De manera directa: Cuando el Estado lo gestiona y provee él mismo de manera exclusiva.
- b. De manera mixta: Cuando el Estado crea una empresa proveedora del servicio junto a una empresa privada, o cuando la empresa estatal compite con otros proveedores privados en la prestación del servicio.
- c. De manera indirecta: Cuando son empresas privadas las que proveen el servicio. En este caso el Estado debe ejercer una regulación y supervisión, y existe una concesión o permiso que habilita la prestación del servicio.

¿El Estado puede tomar a su cargo los servicios públicos cuando son prestados por un privado?

Sí. El artículo 110 de la Constitución lo permite cuando los «intereses sociales» así lo exigen. Definir qué es un «interés social» o «cuándo este exige que el servicio sea prestado por el Estado» no son asuntos sujetos a la discrecionalidad de los órganos legislativo y ejecutivo. Los tribunales contencioso administrativos y la Sala de lo Constitucional, cuando son independientes, pueden revisar esos conceptos y si es proporcional la decisión tomada. Cuando no existe tal independencia, no existe un control efectivo.

¿Cuándo el Estado toma a su cargo un servicio público o esencial, puede pasar a disponer de los bienes y activos de la empresa privada que proveía el servicio?

Las facultades del Estado

El art. 110 de la Constitución habilita a suspender el derecho que tiene el privado a prestar el servicio, no a ocupar los activos de ese agente privado.

El art. 112 de la Constitución habilita al Estado a administrar las empresas que presten servicios esenciales a la comunidad. El único objetivo de esta facultad es mantener la continuidad de los servicios. Para que esta facultad se active debe demostrarse:

- a. Que hay un riesgo de que se pierda la continuidad del servicio.
- b. Que hay una resistencia a acatar las disposiciones legales sobre organización económica y social.
- c. Que la administración estatal provisional de la empresa es la única solución, y la menos gravosa (principio de proporcionalidad).

Debe haber un proceso previo

Tanto cuando el Estado suspende a un privado su derecho a prestar el servicio, como cuando pasa a administrar su empresa, se están afectando los derechos del empresario. Por ello, para uno y otro caso debe haber un proceso previo en el que el empresario pueda defenderse (art. 11 Cn.).

Para el caso en que se suspende el derecho a prestar un servicio público, debe aplicarse el proceso de lesividad.

Activar automáticamente esas facultades del Estado sin un proceso previo es violatorio a los derechos a la propiedad y a la libertad económica (que son derechos humanos).

¿Qué es administrar una empresa?

El art. 112 de la Constitución habilita un caso excepcional en que el Estado pasa a administrar una empresa que presta servicios esenciales.

El Estado no se vuelve propietario de la empresa, ni de sus activos. Solo es un administrador provisional en sustitución del legítimo propietario de la empresa para mantener la continuidad de los servicios.

Como administrador provisional de la empresa, el Estado debe cumplir con todas las obligaciones de la empresa (incluyendo las obligaciones laborales, financieras y contractuales) y rendir cuentas ante las autoridades públicas y ante el legítimo propietario de la empresa sobre los ingresos y la administración que se realiza.

Cualquier desvío de recursos o ilícito cometido en el curso de la intervención provisional provoca responsabilidades patrimoniales y penales en los funcionarios que ejecutaron la administración provisional de la empresa.

Confiscación

La disposición de los activos de una empresa sin un procedimiento previo, o desnaturalizando los límites de los artículos 110 y 112 de la Constitución antes citados podría revelar que el acto de autoridad se trata, en realidad, de una confiscación.

La confiscación, como opuesto a la expropiación y su consecuente indemnización, constituye el apoderamiento de todos los bienes de una persona, o de una parte sustancial o importante de ellos, los que en virtud del acto confiscatorio pasan a poder del Estado, sin ningún tipo de indemnización.

Dichos actos, en todos los casos, constituyen un apoderamiento inconstitucional, ya que se encuentran prohibidos por la Constitución (art. 106 Cn.).

Expropiación

La expropiación, por el contrario a la confiscación, sí es una figura constitucional. Pero esta solo opera bajo ciertas condiciones.

- a. Debe existir una causa de «utilidad pública» o «interés social» que la justifique.
- b. Debe existir una ley previa que habilite la expropiación.
- c. Debe seguirse un proceso judicial previo que autorice la expropiación.
- d. Debe pagarse al agente privado expropiado una indemnización justa por los activos que se le expropian.

Condición básica

Las facultades de suspender el derecho de una empresa a prestar un servicio público o de administrar provisionalmente una empresa de servicios esenciales se basan en conceptos indeterminados («servicio esencial», «interés social», «utilidad pública»). Es por eso que para el ejercicio de las facultades del Estado previstas en los arts. 110 y 112 de la Constitución debe existir un órgano judicial independiente que controle a las autoridades que ejercen esas facultades.

Sin un órgano judicial independiente es imposible que los ciudadanos controlen la manera en que las autoridades interpretan y aplican esos conceptos indeterminados.

*Sin jueces independientes el poder deja de estar en las leyes.
Sin jueces independientes es imposible defender los derechos*