

FACULTAD DE CIENCIAS SOCIALES Y HUMANÍSTICAS

DEPARTAMENTO DE DERECHO

Trabajo de Diploma

Título: El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano.

Autora: Juliet Calvo Ramírez.

Tutor: Lic. José Alberto Dueñas Fragoso.

“Año 54 de la Revolución”



“En la Justicia no cabe demora, y el que dilata su cumplimiento, la vuelvo contra sí”

José Martí.

Dedicatoria:

A mi hijo por ser la razón de mi vida, por darme fuerzas cuando parecía que todo estaba perdido y por quien seguiré esforzándome cada días más.

A mis padres, como regalo por todo lo que han hecho por mi, por permitirme contar siempre con ellos, por estar ahí cuando más los necesite y por haber forjado en mi lo que soy.

A mi hermano y abuelos por guiarme siempre por el camino correcto, por estar en difíciles y felices momentos y por brindarme su fuerza y apoyo.

Agradecimientos

A mi tutor José Alberto por su apoyo incondicional, por creer en mí y darme la oportunidad de demostrar mis potencialidades.

A mi pareja por permitirme disponer generosamente de su tiempo libre en función de este propósito.

A Sonia y Boria Iván por ofrecerme inspiración, cobijo y aliento en todo momento.

A mis 2 compañeras de estudio, Diamely y Mayumy por su soporte y tolerancia.

A mi especial hermana Aniurka por guiarme por el camino de la verdad cuando parecía que todo estaba perdido, por brindarme su hombro en momentos de desaliento

A todos aquellos, amigos y compañeros de trabajo que de una u otra forma contribuyeron a la culminación de mis estudios y en especial al Dr. Elivel Alonso quien dio forma final al trabajo.

Resumen

“El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano”, investigación presentada por la autora Juliet Calvo Ramírez propone regular el procedimiento de concesiones administrativas relacionado con los diferentes sectores de la inversión extranjera en Cuba. Realizado por la metodología de la investigación socio-jurídica, empleando los métodos Teórico-Jurídico, Histórico- jurídico, exegético analítico y del nivel empírico el método, sociológico y el análisis de documentos, se planteo como problema científico y objetivo general la fundamentación de la carencia de uniformidad y claridad en la definición de los términos y condiciones en cuanto al otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en Cuba, específicamente argumentó doctrinalmente la concesión como institución del Derecho Administrativo, explicando el tratamiento legislativo de las concesiones administrativas, valorando la carencia de una normativa general a los diferentes sectores de la inversión extranjera. El aporte de la investigación está basado en que demuestra que a pesar de que muchas investigaciones han tratado el tema, aún no se ha logrado establecer un cuerpo legal único que de forma general regule el procedimiento de las concesiones administrativas en relación con los diferentes sectores de la inversión extranjera en Cuba.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: CONSIDERACIONES DOCTRINALES DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS	9
1.1: Origen y evolución de las concesiones administrativas.....	9
1.2.1: Elementos de las concesiones administrativas.....	20
1.2.2: Naturaleza jurídica de la concesión administrativa.	25
1.2.2.1: Teoría del contrato administrativo strictu sensu.....	26
1.2.2.2: Teoría del acto unilateral.	27
1.2.2.3: Teoría del acto mixto.....	28
1.3: Sujetos que intervienen en las Concesiones Administrativas.....	29
1.3.1: Derechos y obligaciones del concedente.....	30
1.3.2: Derechos y obligaciones del concesionario.	31
1.4: Enfoque doctrinal sobre la inversión extranjera.....	32
1.5: Ventajas y desventajas de la aplicación de las concesiones administrativas.	36
CAPÍTULO II: EL PROCEDIMIENTO DE SELECCIÓN DEL CONCESIONARIO EN CUBA.	39
2.1: Acerca del tratamiento legislativo las concesiones administrativas en Cuba.....	39
2.2: De los sujetos de la relación concesional en la normativa administrativa cubana. 47	
2.3.- Forma de selección del concesionario en Cuba.	54
CONCLUSIONES	68
RECOMENDACIONES	69
BIBLIOGRAFÍA.....	70

Introducción

Dentro del mundo del Derecho existen instituciones jurídicas que concentran en sí todo el atractivo científico y práctico de la rama jurídica a la que pertenecen. Ellas reflejan a su alrededor las grandezas y también las diferencias de la dinámica social en la que se enmarcan; y el acercamiento a estas instituciones permite apreciar, desde su perspectiva particular, la capacidad real del hombre para dar respuesta a la ordenación de las relaciones de la vida en colectivo, como presupuesto necesario e indispensable para el buen desenvolvimiento de esa vida.¹

Mirando el planteamiento anterior desde el plano del Derecho Administrativo, se percibe que la concesión administrativa es una de esas instituciones jurídicas que es síntesis y expresión en sí misma de toda la riqueza que la esfera jurídica administrativa puede mostrar. La utilidad práctica, la polémica teórica, la importancia económica y política, un desarrollo histórico interesante, son sólo argumentos de inicio y sobrados además para justificar cualquier acercamiento al estudio de las concesiones administrativas.

Una de las razones más importantes para fundamentar esta acción teórica es el hecho de que a través de ella tenemos la posibilidad de adentrarnos en el ordenamiento jurídico del Derecho Administrativo, el cual marcha incansablemente hacia la consolidación definitiva de sus principios e instituciones.²

La concesión administrativa es una de las instituciones jurídicas características del Derecho Administrativo desde el siglo XIX hasta hoy. Gustosa ha sido la jurisprudencia y la experiencia legislativa en el Derecho Germano Romano Francés. Las antiguas historias que se han consolidado con el devenir de los tiempo, a pesar de ser un tema recurrido una y otra vez, su atractivo científico no ha cedido ni un ápice y el interés a su alrededor se mantiene vivo. Pues

¹ Matilla Correa Andry. Introducción al Régimen jurídico de las concesiones administrativas.- La Habana: Centro de Estudios de Administración Pública, 2009.-p.11.

² *Ibidem*,.p.12

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

muchos de los aspectos que involucra no alcanzan aún una definición completa, ni sobre ellos se ha cerrado de discusión científica.³

Ahora bien, la concesión administrativa es una figura jurídica cuyo papel en el tráfico jurídico de una nación en su vida misma dependerá indisolublemente de las concesiones políticas, económicas y sociales que en ella imperan; fluctuado en idéntica medida con dichas ideas. El saldo real que pueda presentar finalmente su utilización estará en estrecha dependencia de los intereses que se busquen alcanzar con su uso y del manejo que se haga de la concesión en la práctica.⁴

A diferencia de lo que concurre en otros contextos en relación con la cesión administrativa, el caso específico de Cuba es muy interesante por varias razones, la primera relacionada con el desarrollo histórico que esa institución ha tenido en nuestro país, el cual se torna peculiar por el enfoque diverso que se ha asumido esa figura jurídica, en períodos también distintos de nuestra historia. La segunda razón es que en poco más de 150 años de existencia de los estudios científicos nacionales sobre la materia iusadministrativa, todavía no se ha publicado un trabajo que trate de manera completa y propia los aspectos fundamentales de la concesión administrativa.⁵

La tercera es la importancia práctica que revisten las concesiones administrativas en el actuar contemporáneo de la Administración Pública cuba, pues se ha convertido en un instrumento nada despreciable para la solución de problemas actuales que afectan necesidades colectivas. Especialmente porque han permitido suplir por esa vía las imposibilidades materiales de la Administración Pública cubana para afrontar directamente la realización de algunas actividades de carácter administrativo, como prestación de servicios públicos y explotación de dominio público.⁶

³ *Ibidem*,. p.13

⁴ Matilla Correa Andry. Introducción al Régimen jurídico de las concesiones administrativas.- La Habana: Centro de Estudios de Administración Pública, 2009.-p.11.

⁵ Consideraciones generales de las concesiones administrativas. Tomado De: <http://www.Concesionesadministrativas.com>, 12 de marzo de 2012

⁶ *Ibidem*

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

La instrumentación de la concesión administrativa en el nuestro ordenamiento positivo cubano se observa que existen algunos problemas que se hace inmenso salvar y que atenta contra la construcción jurídica adecuada del sistema concesional cubano originado por la falta de un sustrato teórico interno que sustente esa instrumentación.⁷

Los motivos anteriores, unidos a la necesidad de construir a la perfección constante todo un sistema jurídico nacional, exige tanto en lo teórico como en lo práctico, los argumento de base que han impulsado a la realización de la investigación que tiene como centro las concesiones administrativas.

Las Concesiones administrativas, al igual que el resto de las instituciones del Derecho, están en constante cambio y transformación, debido al influjo que reciben de las situaciones económicas, sociales, políticas e históricas que las determinan en última instancia en mayor o menor medida.⁸

Cuba en unos pocos años, ha transitado por diferentes formaciones económico-sociales, bregar que ha determinado que el Derecho se adecue a las mismas, por ello al estudiar cualquier rama del Derecho cubano se puede observar la adaptación de las instituciones jurídicas a las cambiantes condiciones de vida propias de cada etapa.

La concesión es una de esas instituciones que puede mostrar en su "*currículum vitae*" cubano toda una serie de vicisitudes que aumentan, aún más, el atractivo que de por sí tiene su estudio. En efecto, las concesiones administrativas en Cuba han tenido etapas de utilización destacable y de apreciable valor. Luego se les fustigó su existencia y empleo por no ser compatibles con los fines y funciones que debía cumplimentar un Estado de nuevo tipo.⁹

Después de ser marginadas, se impuso la necesidad de acudir nuevamente a ellas ante los retos de una crisis económica. Además, la institución de marras sirvió, de una u otra forma, como vía para lograr ciertos intereses políticos de dominación e influencia sobre la Nación, al poner en manos foráneas

⁷ Matilla Correa Andry. Introducción al Régimen jurídico de las concesiones administrativas. - La Habana: Centro de Estudios de Administración Pública, 2009. -p.11.

⁸ *Ibidem*, ..[s.p.]

⁹ Matilla Correa Andry. Acerca de concepto y las características de las concesiones administrativas. Revista Cubana de Derecho. (La Habana) (17): 64, Enero-Junio de 2001.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

importantes objetivos económicos indispensables para la vida nacional electricidad, telefonía, telegrafía, gas, bienes nacionales, transporte.¹⁰ Su eliminación, por otro lado, permitió destruir la influencia extranjera y encaminar al país por la plena autodeterminación.¹¹

Autores como Andry Matilla Correa, Héctor Garcini, Rafael Badell Madrid, Lissette Pérez Hernández han emitido diferentes criterios sobre las concesiones administrativas a partir del estudio del Derecho Constitucional, el Derecho Administrativo y la inversión extranjera en Cuba. Investigaciones como: “El régimen de las Concesiones Administrativas”, “Temas de Derecho Constitucional Cubano”, “Manual de Derecho Administrativo”, “ El sistema concesional cubano”, también tratan el tema de las concesiones desde la perspectiva jurídica, su desarrollo en Cuba así como el procedimiento de licitación y la selección del concesionario en Cuba, lo que reviste total importancia en el ordenamiento jurídico cubano.

Se retoma la concesión administrativa posteriormente, con miras a hacerle frente a nuevas circunstancias, pero desde una perspectiva diferente. En los últimos años se ha retomado gracias a las siempre omnipresentes necesidades económicas.

Una vez explicadas las líneas generales de los procedimientos previstos para el otorgamiento de las concesiones, se distingue que el procedimiento otorgativo se asemeja en sus rasgos más generales para todas ellas, aunque con sus matices y particularidades, según sea el objeto a conceder. La forma de otorgamiento primaria, y casi exclusiva, es la del otorgamiento rogado, pues el interesado entre la solicitud de concesión al órgano designado, previo cumplimiento de los requisitos exigidos, y dicho órgano, luego de un estudio, eleva su dictamen sobre si es aconsejable o no otorgarla al ente competente para el otorgamiento.¹²

¹⁰ *Ibíd*em, ..[s.p.]

¹¹ *Ibíd*em, ..[s.p.]

¹² *Ibíd*em, ..[s.p.]

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

No siendo así el proceso en el supuesto de la pesca, pues se carece del elemento del estudio y del dictamen, lo que quizás deriva de la menor complejidad y trascendencia que tienen el objeto a conceder en su caso, lo que hace que el procedimiento sea más sencillo y menos riguroso. En comparación con los otros; la decisión que se pone en conocimiento del solicitante por conducto de la entidad a la que se le entregó la solicitud.¹³

La Ley No. 77 de fecha 5 de septiembre de 1995, en su artículo 2 inciso f) define a la concesión administrativa y en el artículo 24.2 establece que el Consejo de Ministros otorgará la concesión administrativa para la explotación de un servicio público o un recurso natural o la explotación o ejecución de una obra pública bajo los términos y condiciones que establezca. Es necesario destacar que en el cuerpo legal antes citado no se regula el procedimiento para el otorgamiento de concesiones administrativas en las diferentes formas de inversión extranjera.

Aquí, la relación entre concedente y persona interesada no es directa, sino que en ella interviene otro órgano que es el que sí se relaciona de manera inmediata con el interesado. La legislación cubana deja siempre abierta la posibilidad, sin previa convocatoria de la Administración, para que el procedimiento a efectos del otorgamiento de la concesión se active por iniciativa del concesionario potencial; manejando sólo la idea de que el Estado o la Administración Pública. Iniciativa llevada a cabo en las concesiones mineras, al establecer artículo 36 de la Ley de Minas¹⁴

Puede decirse como derivación de lo que se recoge en las disposiciones normativas, que la licitación, como vía para otorgar concesiones, tiene una presencia mínima en Cuba, estando de forma expresa habilitada sólo en las

¹³ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Ley No. 164.-En Gaceta Oficial de la República de Cuba.- La Habana: [s.n.], 28 de mayo de 1996.

¹⁴ La Ley de Minas establece en su artículo 34 que el Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo dicta la disposición por la que se otorga una concesión, la que contiene los fundamentos que amparan la decisión, el tipo de concesión a que se refiere, la identificación del solicitante, los límites precisos del área de terreno a que se contrae, los minerales que ampara, el término por el cual se concede el derecho, la determinación, forma y momento del pago de la regalía, la cuantía de los fondos financieros para restaurar el medio ambiente y cualesquiera otras consideraciones y condiciones que resulten del análisis del expediente, la política minera establecida y la legislación vigente.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

concesiones mineras, por preferencia legal directa, mas no está establecida expresamente la manera en que se realizará. De conformidad con ello, el procedimiento que se inicia con la solicitud del interesado es el que caracteriza el otorgamiento de las concesiones nacionales.¹⁵

Por su parte, el derogado Decreto No. 190 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros¹⁶, en su apartado 2.2, párrafo 3, empleaba el vocablo licitación, pero no se pronunciaba acerca del procedimiento licitador.¹⁷ La legislación deja siempre abierta la posibilidad, sin previa convocatoria de la Administración, para que el procedimiento a efectos del otorgamiento de la concesión se active por iniciativa del concesionario potencial; manejando solo la idea del Estado o la Administración Pública, al establecer una posible licitación, pero sin ir más allá de la mención y sin especificar la manera en que se llevara a cabo, o sus características.

La presente investigación tuvo como **Campo de Acción** las concesiones administrativas en Cuba.

El **objeto de estudio** estuvo dirigido a la carencia de uniformidad y claridad en la definición de los términos y condiciones en cuanto al otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en Cuba.

Como **problema científico** de la investigación se determinó: *La carencia de uniformidad y claridad en la definición de los términos y condiciones en cuanto al otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en Cuba.*

Para el desarrollo del presente trabajo se delimitó como **Objetivo General:** Fundamentar la carencia de claridad y uniformidad en la definición de los términos y condiciones en cuanto al otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en Cuba.

Los objetivos específicos propuestos fueron:

¹⁵ *Ibíd*em, p. 169.

¹⁶ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Ley No. 190.-*En* Gaceta Oficial de la República de Cuba.- La Habana: [s.n.], 27 de octubre de 1959.

¹⁷ Matilla Correa Andry. Introducción al Régimen jurídico de las concesiones administrativas.- La Habana: Centro de Estudios de Administración Pública, 2009.-p.168.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

1. Argumentar doctrinalmente la concesión como institución del Derecho Administrativo.
2. Explicar el tratamiento legislativo de las concesiones administrativas en Cuba
3. Valorar la carencia de una normativa general en materia de concesión administrativa en los diferentes sectores de la inversión extranjera en Cuba.

Idea a Defender

La no existencia de una normativa general en materia de concesión administrativa que genera una falta de uniformidad y claridad en la forma de proceder para este tipo de relación en los diferentes sectores de la inversión extranjera en Cuba.

Para la realización de esta investigación se aplicaron los siguientes métodos de la metodología de la investigación socio-jurídica.

Del nivel teórico:

Teórico-Jurídico: durante toda la investigación se empleó para el estudio de las categorías concesión administrativa, concedente, concesionario, instituciones y fundamentos doctrinales que constituyen el soporte teórico de la investigación.

Histórico- jurídico: permitió conocer la evolución histórica de las concesiones administrativas.

Exegético analítico: permitió un estudio de las normas legales cubanas afines al tema, de modo que se comprenda el sentido y alcance de la inversión extranjera en Cuba, así como lograr la regulación de un procedimiento uniforme para el otorgamiento de las concesiones administrativas en Cuba.

Del nivel empírico:

Método sociológico: Permitted el estudio de diferentes fenómenos sociales existente en el otorgamiento de las concesiones administrativas y llevar a cabo la uniformidad y claridad en la definición de los términos y condiciones en cuanto al otorgamiento de concesiones administrativas.

Como técnica se aplicó el ***análisis de documentos:*** permitió mediante la revisión de leyes, decretos, resoluciones y acuerdos la obtención de

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

información amplia, que refuerzan las ideas expuestas durante el desarrollo del proceso investigativo.

Sobre el tema de las concesiones administrativas se han realizado varios razonamientos desde el punto de vista técnico jurídico de las normas que la regulan en general, otros particularizando en determinado tipo de concesión como las mineras o de telecomunicaciones en Cuba. La novedad de la presente investigación es que durante su desarrollo abarcó el tratamiento doctrinal que recibe esta institución, como es recogida en Cuba y la forma de selección del concesionario, a partir del estudio de las normas que regulan la actividad concesional en Cuba.

El aporte de la investigación está basado en que muchas investigaciones han tratado el tema, pero aún no se ha logrado establecer un cuerpo legal único que de forma general logre regular el procedimiento de concesiones administrativas en relación con los diferentes sectores de la inversión extranjera en Cuba, búsqueda que realiza la investigación realizada.

El trabajo se estructura en introducción, dos capítulos, conclusiones y recomendaciones. En el primer capítulo se aborda aspectos relacionados con el origen y evolución, enfoque teórico, elementos, naturaleza jurídica, derecho y obligaciones del concesionario y el concedente. Comprende también las ventajas y desventajas de la aplicación de las concesiones administrativas. El segundo capítulo relacionado con el procedimiento de selección del concesionario en Cuba”, se refiere al tratamiento brindado por la legislación cubana, la valoración hecha para el futuro referido a la carencia de uniformidad y claridad en la definición de los términos y condiciones en cuanto al otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en Cuba.

Capítulo I: Consideraciones doctrinales de las concesiones administrativas

1.1: Origen y evolución de las concesiones administrativas.

En el Derecho, los elementos y categorías tienen en sus construcciones una evolución, propiciada por las variables circunstancias sociales, políticas e históricas; y las instituciones propias de una etapa que van dando origen, poco a poco, a otras nuevas más afines a esas condiciones, no siendo, precisamente, iguales a sus predecesoras. Este contexto se hace más palpable en ramas como el Derecho Administrativo¹⁸, por tener situaciones específicas y por poder encuadrarse en una etapa establecida.¹⁹

La concesión y otras figuras jurídico-administrativas, en cuanto a instituciones de esa rama, no son obra de una combinación de transformaciones, sino que se desarrollaron a partir de tipos jurídicos existentes, pero que, no pueden señalarse, pertenecientes al Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo no existía con autonomía en las etapas históricas anteriores; además de tener un desenvolvimiento y fundamentación diferentes.

Ahora bien, en la época de los reyes el predominio de las concesiones administrativas estaba dirigido a las regalías que pertenecían a los señores de la realeza, otorgadas por un derecho a los súbditos, con el objetivo de explotar y aprovecharse de determinados bienes que pertenecían a la corona.

Las regalías, se distinguieron como el antecedente inmediato de las concesiones administrativas.²⁰ La concesión entroncaba con la base del

¹⁸ Se puede concretar que la doctrina cubana administrativista define el Derecho Administrativo como aquella rama jurídica que fija los principios y analiza las normas que orientan y regulan las relaciones sociales que se producen en la organización y en la actividad de la Administración del Estado considerada en todas sus esferas, tanto nacional como local.

¹⁹ Matilla Correa Andry. Acerca de concepto y las características de las concesiones administrativas. *Revista Cubana de Derecho*. (La Habana) (17): 64, Enero-Junio de 2001.

²⁰ Las regalías constituían prerrogativas pertenecientes a los reyes, por las cuales se otorgaban ciertos derechos a los súbditos, principalmente para explotar o aprovechar determinados bienes pertenecientes a la Corona, como las minas, salinas, tierras, montes, etc., a cambio del pago de un tributo. También existían otras que no presentaban carácter patrimonial y estaban vinculadas a la Iglesia o a cargos públicos. Las regalías encontraron su mejor momento durante las monarquías absolutas, pues éstas concentraban en sus manos un enorme poder y

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

sistema feudal. El feudo se identificó, en efecto, por ser un mecanismo económico, social y político de un marcado estilo autónomo y reservado a un terreno cada vez más cerrado.²¹

Había sido entregado a un noble por el rey, o por otro noble de mayor poder, para que se beneficiara con sus rentas, lo administrara, gobernara y defendiera. El beneficio suponía la aprobación de una tierra con la condición de no tener sobre ella sino el usufructo, en tanto que se reconocía el dominio al señor que la entregaba. Podía ser hereditario y se revocaba de común acuerdo o cuando una de las partes podía probar que la otra había violado alguno de los puntos del contrato feudal. Cada señor podía, a su vez, entregar parte de la tierra recibida a otro señor en las mismas condiciones.²²

De lo anterior, queda claro, que concurren puntos coincidentes entre el beneficio feudal y la concesión administrativa. En principio, la autoridad pública superior confería a un siervo una porción de territorio como compensación por los servicios prestados, con el fin de que se beneficiara económicamente y realizara ciertas acciones de carácter público, conllevando también al beneficio del señor, los tributos que recibía de sus servidores en virtud de ese consentimiento.

En la Roma Antigua la tierra se dividía en *ager privatus* y *ager publicus* o *ager romanus*, el cual era propiedad del Estado romano; abarcando, en un principio, el territorio inicial de la *civitas* y luego el de Italia. Más tarde, apareció el territorio provincial, producto de las conquistas romanas, más allá de la península itálica. Parte del *ager publicus* se incorporó, mediante un procedimiento de venta, a los dominios privados de los ciudadanos.²³

Otra parte se le otorgó a los veteranos del ejército como liquidación de sus servicios o a los ciudadanos que constituían colonias más allá de los predios de

los derechos patrimoniales de los particulares se basaban, mayoritariamente, en la gracia del monarca.

²¹ Fernández Bulté, Julio. Historia General del Estado y el Derecho, Primera Parte.-La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.-p.78.

²² Romero, José Luis. La Edad Media, 5^{ta} edición.- México: Fondo de Cultura Económica, 1949.- p. 48.

²³ Fernández Bulté, Julio. Manual de Derecho Romano.-La Habana: Editorial Félix Varela.- p.111.

la antigua *polis*. El resto del *ager* fue ocupado por los ciudadanos bajo anuencia del Estado, quien se reservó la propiedad, a cambio del pago de un censo.²⁴

Respecto a los territorios provinciales, Eugene Petit²⁵ manifestó que pertenecieron al Estado por derecho de conquista y los particulares no podían ser propietarios, sino solamente poseedores, debiendo pagar al Estado, que conservaba la propiedad de los fundos provinciales, un censo llamado *tributum* o *stipendium*.²⁶ También dentro del Derecho Romano había una figura jurídica, que es la del *precarium*, por la cual un terrateniente entregaba porciones de tierra a los clientes y, en un principio, fue revocable en cualquier momento por voluntad del primero.²⁷

La incauta representación sobre la propiedad en Roma, permite demostrar que se admitían dos tipos jurídicos que involucraban otorgamiento, de hecho o de derecho, de bienes adscritos al Estado a favor de sus ciudadanos, o de particular a particular, con similitudes genéricas al régimen de las concesiones administrativas. El estudio evolutivo de la concesión administrativa no puede seguir una línea coherente, contrario de la obligación o el contrato de compraventa, por sólo mencionar ejemplos en el campo del Derecho Civil. Sin embargo, no es una institución desprovista, pues se conecta, de manera muy general con el pasado jurídico.

1.2: Enfoque teórico del concepto de las concesiones administrativas.

La definición de las concesiones administrativas dadas por varios de los

²⁴ Matilla Correa Andry. Acerca de concepto y las características de las concesiones administrativas. *Revista Cubana de Derecho*. (La Habana) (17): 64, Enero-Junio de 2001.

²⁵ Eugenio Petit Muñoz, (1896-1977), fue abogado, profesor, historiador y ensayista de Uruguay. Destaca su extensa trayectoria en la docencia, habiendo dictado cursos de Historia en Enseñanza Secundaria, en los Institutos Normales, en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, en la Facultad de Humanidades y Ciencias. Publicó más de 50 títulos en libros, folletos y revistas. Fue director de la revista "Ensayos" que editó 21 números durante la dictadura de Terra. En el primer número de Cuadernos de Marcha (mayo de 1967), titulado "Rodó", Inmediatamente después del estallido de la Guerra Civil (julio de 1936), integró el Consejo General del Comité Nacional Pro Defensa de la República Española, junto a otros notables integrantes del movimiento solidario.

²⁶ Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano.- Madrid: Editorial "Saturnino Callejas", S.A., 1926.- p.19.

²⁷ Fernández Bulté, Julio. Manual de Derecho Romano.-La Habana: Editorial Félix Varela.- p.109.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

tratadistas y estudiosos del tema es un requisito sine qua non.²⁸ El Diccionario de la Real Academia Española define a las concesiones administrativas como el negocio jurídico por el cual la Administración le otorga a una persona potestades de uso exclusivo de un capital de dominio público o la gestión de un servicio público en un plazo fijado con determinadas condicionantes.²⁹

De ahí entonces, se debe agregar su autorización al apoyo de una empresa o particular, con consentimiento privado de dominio público, según sea el factor tanto en minas, agua o montes, con el objetivo de urbanizar o utilizar obras públicas para establecer, respaldar o beneficiar los servicios de la administración. El concesionario, sujeto de las concesiones, se debe ajustar a un pago convenido el cual debe estar sometido a una tarifa.³⁰

La doctrina expone que la concesión ha estado sujeta a dos acepciones desiguales. El Derecho Administrativo, como rama jurídica, lo presenta en sus dos posiciones: en lato sensu y la segunda en strictu sensu.

Dentro de los autores que siguen las concepciones amplias del concepto de concesiones administrativas, se encuentra Fernández Velasco³¹, quien la define de la siguiente manera, gracia, merced o reconocimiento expreso o tácito, que se otorga por la Administración, mediante ciertos requisitos o formalidades, confirmando un derecho, permitiendo su ejercicio, o creándolo, bien a solicitud de un particular, bien por oferta administrativa.³² Para el tratadista Santi Romano Sotto questa categoria non di raro si sono compresi tutti gli atti costitutivi di poteri o diritti a favore di determinate persone e anche di status.³³

El tratadista Guido Zanobini expresó al respecto que la concesión consiste, en otros vocablos, una transferencia de facultades del ente público al privado, en

²⁸ Matilla Correa Andry. Cuba y las concesiones administrativas hoy.-La Habana: Centro de Estudios de Administración Pública.- p.5.

²⁹ Concesiones administrativas. En Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta (2004)..[s.p.]

³⁰ Concesiones administrativas. En Diccionario de Economía y Finanzas del Banco Central de Cuba. (200?).[s.p.]

³¹ Pedro Fernández de Velasco. Corregidor de Madrid en 1634-1636 y II Conde de la Revilla.

³² Fernández Velasco, Recaredo. Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración, Tomo II. 2 da edición.- Barcelona: Librería Bosch, 1931.- p. 312.

³³ Frase que significa: Esta categoría no es rara pero si comprensible en la sociedad constituida de poder o dirigida a favor de determinadas personas de acuerdo a su Estado.

heterogéneos procesos. El acto crea una capacidad o un derecho, que derivan solamente del ordenamiento jurídico.³⁴

El concepto de la concesión contiene los actos que autorizan la legitimidad de un hijo natural, la ciudadanía a un extranjero, un título honorífico, la personalidad jurídica a determinado ente, el cambio de apellido, el derecho de vecindad. Estos actos otorgan el ejercicio de ciertos derechos subjetivos, la construcción de una obra pública, la realización de un servicio público y la utilización de un bien de dominio público.

Además, de los referidos actos, se enajenan bienes nacionales, las licencias, los permisos, las autorizaciones. También los actos legislativos que confieren un privilegio o un derecho especial a favor de persona y aquellos actos administrativos que no conceden nada, sino que se limitan a consignar o certificar un hecho o una capacidad o una especial condición de la que derivan ciertas ventajas para el particular.

Los tratadistas y autores se basan en la legislación y la jurisprudencia de varios países, así como cierto sector doctrinal, se han utilizado de forma indiferente fundamentalmente durante el siglo XIX y los primeros del XX como licencia, permiso, concesión y autorización; queriéndose llegar a una figura más global. Dicha posición es acogida al planteamiento de Adolfo Merkl, quién plantea que muchos de los actos citados suelen separarse de las concesiones y ser comprendidos con el título de permisos y autorizaciones. Pero no se ve la existencia de una particularidad, que no sea la diferencia de contenido, que justifique este corte sistemático.³⁵

Rechazado cada vez por un mayor número de estudiosos del tema, el concepto expuesto anteriormente centró el fundamento de la definición de concesión en los actos que confieren a determinada persona derechos, poderes y facultades, pertenecientes a la Administración Pública. Estos derechos gravitan en torno a la realización de un servicio público, una obra pública o la utilización excluyente

³⁴ Zanolini, Guido, Curso de Derecho Administrativo, Volumen I. Parte General.- Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954.- p.334.

³⁵ Merkl, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo.-Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1935.-p.250.

de un bien de dominio público.

Se entiende por concesión el contrato por medio del cual una persona pública, denominada concedente, encarga a otra persona, denominada concesionario la realización o explotación de una obra destinada al uso público, la gestión y explotación de un servicio público. También cabe incluir la ocupación de ciertas dependencias del dominio público, mediante una remuneración que deriva del derecho del concesionario a percibir las tarifas, precios o ganancias, durante un tiempo determinado suficiente para recuperar la inversión efectuada por éste.³⁶

Es importante destacar que dentro de esta propia concepción amplia el concepto de concesión administrativa puede verse desde tres puntos de vista: como derecho, como procedimiento, haciendo especial énfasis en la licitación y como título jurídico administrativo. Se define la concesión como aquel **derecho** otorgado por la administración a un particular o Empresa para realizar o prestar algún objeto, algún servicio, de la incumbencia propia y exclusiva de aquella, sujeto a tarifa la explotación.³⁷

Puede apuntarse, además, que es un **procedimiento** por medio del cual una entidad de derecho público, llamada concedente, entrega a una persona natural o jurídica, de derecho privado, llamada concesionario, el cumplimiento de uno de los siguientes objetivos: prestación de un servicio público, la construcción de una obra pública, o, la explotación de un bien estatal.³⁸ La licitación es un procedimiento seguido por la Administración pública para celebrar los contratos en que es parte cuando no contrata directamente con el particular requerido.³⁹

Como **título jurídico- administrativo**, la concesión constituye un título administrativo otorgado por la Administración Pública competente. En virtud del otorgamiento, un particular puede llegar a actuar por derecho propio en áreas

³⁶ Badell Madrid, Rafael. "El régimen de las Concesiones Administrativas".- Caracas: ..[s.n.], 1996. Conferencia dictada en el marco de las II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Valencia, 27 agosto 2004.

³⁷ Matilla Correa Andry. Acerca de concepto y las características de las concesiones administrativas. Revista Cubana de Derecho. (La Habana) (17): 69, Enero-Junio de 2001.

³⁸ *Ibidem*, p.70.

³⁹ Colectivo de Autores. Estudio de Derecho Administrativo Cubano.-La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.-.[s.p.]

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

de actividades originalmente reservadas a aquella.⁴⁰

Para la doctrina cubana, aceptar esta concepción en sentido extenso, se concebiría en buena medida el alcance de su significado, obstaculizando su restricción con exactitud y en relación directa con ello, el inconveniente de establecer diferencias precisas con otras instituciones. Estos elementos conllevarían a inevitables confusiones técnico-jurídicas que, a la altura en que se encuentra hoy la teoría administrativa, podrían llamarse equívocos elementales imperdonables.⁴¹ Un concepto demasiado abierto estimularía que se incluyeran en él actos que a simple vista, involucren la creación de derechos, facultades o poderes.

La oposición de los doctrinólogos y tratadistas administrativos a la concepción amplia de la concesión, facilitó el origen a un concepto más restringido. El término concesión administrativa, ahora, permitía una mayor precisión en su uso y configuraba una categoría general más sólida, salvando las especificidades de los diferentes tipos concesionales, evitando desconciertos conceptuales. En sentido estricto, el argentino Rafael Bielsa⁴², por su parte alegó de modo genérico que se considera a la concesión como la atribución de un poder jurídico de ejecución en parte de la Administración Pública.⁴³

Para José Luis Villar Palasi⁴⁴, el procedimiento de concesión se traduce de este modo en la entrega al súbdito de una esfera funcional de competencia atribuida

⁴⁰ Molinedo Chacano, José. Contratos de las Administraciones Públicas, Tomo II, 2da edición.- Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados, 1997.-p. 245.

⁴¹ Mercadal Casañas, Ada. Acercamiento a la licitación como figura jurídica. Tomado de: http://www.opciones.cubaweb.cu/el_asociado/mayo_2005.acercamineto.htm, 10 de enero de 2012.

⁴² Rafael Bielsa. Nació el 15 de febrero de 1953, en Rosario, Argentina. Es un abogado, político, escritor y poeta. Fue Ministro de Relaciones Exteriores de la Nación cuando asumió el presidente Néstor Kichner, hasta diciembre de 2005 cuando asume como Diputado de la Nación. Fue candidato a Gobernador de la Provincia de Santa Fe por el Frente para la Victoria en 2007, luego de ser elegido en elecciones primarias compitiendo con el diputado nacional Agustín Rossi, pero fue derrotado por el socialista Hermes Binner, ex Intendente de la ciudad de Rosario, quien representaba al Frente Progresista Cívico y Social.

⁴³ Colectivo de Autores. Estudio de Derecho Administrativo Cubano.-La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.-p.23.

⁴⁴ José Luis Villar Palasi, (Valencia, 1922) Fue Presidente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas y Ministro de Educación en el gobierno de Franco desde el 18 de abril de 1968 al 11 de junio de 1973. Dejó el gobierno tras ser nombrado Presidente el Almirante Carrero Blanco que nombró en ese puesto a Julio Rodríguez Martínez. Pertenecía a lo que durante el Franquismo se consideró tendencia democristiana del Régimen, con vínculos con el Opus Dei, aunque no perteneció a él directamente.

a la Administración Pública, o más precisamente, la investidura de una función pública. En efecto existe en una parte de la doctrina otra definición de la concesión aún más restringida, la cual incluye sólo la realización de un servicio público.⁴⁵

Bajo esa idea, León Duguit⁴⁶, considerada la palabra concesión como el acto por el cual una colectividad pública, Estado, provincia, ciudad, colonia encarga a un particular, en general, a una compañía, que acepta, de asegurar el funcionamiento de un servicio público, bajo ciertas condiciones determinadas en un acto llamado pliego de condiciones.⁴⁷ Esta tesis tuvo gran acogida durante el apogeo de la creencia de que el servicio de tal naturaleza era la esencia del actuar de la Administración y la piedra angular del Derecho Administrativo.

Para arribar a un concepto de concesión administrativa, puede definirse como el acto bilateral por el que la Administración Pública concede, generalmente con carácter temporal, ciertos derechos que le son inherentes por su naturaleza, relativos a la prestación de un servicio público, a la realización de una obra pública, o a la explotación individual de un bien de dominio público, a determinada persona, quien los asume, en principio, con su patrimonio, buscando obtener ventajas económicas, en contraposición con la Administración que busca satisfacer el interés general. De ahí que dicho acto se formalice por la vía del contrato administrativo o por un acto administrativo unilateral, de acuerdo con el criterio político y legal imperante en el Estado de que se trate.

Para el profesor, DrC. Andry Matilla Correa,⁴⁸ las concesiones administrativas

⁴⁵ Villar Palasi, José Luis. Principios de Derecho Administrativo, Tomo III.- Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1983.-p.313.

⁴⁶ Marie Léon Duguit Pierre (1859 - 1928) fue un jurista francés especializado en Derecho público. Colega de Émile Durkheim, se convirtió en profesor de Derecho público y decano de la Universidad de Burdeos. Su trabajo jurídico se caracteriza por la crítica a las teorías entonces existentes de Derecho y por su establecimiento de la noción de servicio público como fundamento y límite del Estado.

⁴⁷ Giraldo Castaño, Oscar. Derecho Administrativo General, 6 ta edición.-Medellín Ediciones Abogados Librería, 1995.- p.195.

⁴⁸ Andry Matilla Correa, Ciudad de La Habana, 1976. Doctor en Ciencias Jurídicas por Universidad de La Habana, 2005. Profesor de Derecho Administrativo de la Facultad de

son un acto bilateral por el que la Administración Pública concede, oficialmente con carácter temporal, ciertos derechos que le son inherentes por su naturaleza, relativos a la prestación de un servicio público, a determinada persona, quien los asume, en principio, con su patrimonio, buscando obtener ventajas económicas, en contraposición con la administración que busca satisfacer el interés general. Este acto se formaliza por la vía del contrato administrativo o por un acto administrativo unilateral, de acuerdo con el criterio político y legal imperante en el Estado que se trate.⁴⁹

Antes de concluir este epígrafe es importante destacar las diferencias existentes entre concesión, autorización, licencia y permiso, a partir de su estudio conceptual. Teniendo en cuenta que estas figuras han sido en muchas ocasiones, utilizadas como sinónimo en la doctrina e incluso en la legislación, es pertinente realizar una diferenciación con el fin de establecer su significado.

Precisamente el Diccionario de Derecho, define al término autorización como el acto de naturaleza jurídica administrativa o simplemente privado, en virtud del cual una persona queda facultada para ejercer determinado cargo o función o para realizar determinado acto de la vida civil.⁵⁰ El propio Diccionario establece como permiso la autorización de la autoridad competente para hacer o dirigir algo⁵¹ y la licencia es la autorización administrativa necesaria para la instalación de alguna industria, apertura de establecimiento comercial o despacho.⁵²

En el campo del Derecho, la autorización es un acto realizado por una autoridad, a través del cual se permite a un sujeto una cierta actuación que, en otro caso, estaría prohibida. Además se puede conceptualizar como un acto o documento a través del cual se permite a una persona realizar aquello que solicita, siempre y cuando cumpla con los requisitos exigidos por las leyes para

Derecho de la Universidad de La Habana. Miembro de Número de la Sociedad de Derecho Constitucional y Administrativo de la Directiva Nacional de dicha Sociedad. Miembro fundador de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano del Derecho Administrativo.

⁴⁹ Matilla Correa Andry. Acerca de concepto y las características de las concesiones administrativas. *Revista Cubana de Derecho*. (La Habana) (17): 70, Enero-Junio de 2001.

⁵⁰ Autorización. *En Diccionario de Derecho*. 2da edición (1970).-[s.p.].

⁵¹ *Ibidem*, ..[s.p.].

⁵² *Ibidem*, ..[s.p.].

cada caso.

La concesión administrativa es uno de los mecanismos más apropiados para la transferencia de la gestión del Servicio Público de manos de la Administración Pública a manos de particulares o de personas jurídicas individualizadas. La misma, lejos de transmitir al particular la propiedad de los bienes pertenecientes al patrimonio público que se ponen en uso para la gestión del Servicio Público, los mantiene bajo su control y dispone su utilización en aras de la eficiencia del propio servicio. De esta forma el procedimiento concesional refleja entonces el traspaso de ciertos poderes de la Administración Pública al particular que considere más adecuado para la prestación de un servicio predeterminado.

La concesión administrativa le permite al Estado, que en definitiva es el responsable de que se logre satisfacer el interés público, asegurar la ejecución normal del Servicio Público a través del derecho de reglamentación que posee, el cual es independiente al contrato. Otra de las características singulares de la mencionada institución es que ésta es precaria, es decir, que puede cesar en cualquier momento en que la Administración entienda insatisfecho el interés público, razón por la cual fue otorgada la concesión administrativa.⁵³

La concesión se otorga directa e inmediatamente en interés público. Es por ello que no puede ser renunciada unilateralmente. De manera que se explique a la vez, que el control del Estado sobre la actividad del concesionario se intensifique. El concesionario actúa por cuenta y riesgo percibiendo por su labor la contribución correspondiente que puede ser el precio pagado por los usuarios o en subvenciones y garantías otorgadas por el Estado o en ambos casos a la vez.

El concesionario actuará bajo el severo control y regulación de la autoridad concedente. Ésta no descarga ejercicio de poder alguno en el concesionario. La concesión es una transferencia transitoria de potestades públicas, es decir, que el concesionario actúe por su propia cuenta y riesgo no significa que toda

⁵³ Lanza López, María Teresa. La concesión administrativa de servicio público.-La Habana: Editorial Félix Varela, 2003.-p.24.

la responsabilidad que derive de hechos que concreten el ejercicio de la concesión le corresponde al concesionario.

La responsabilidad que se pueda derivar del contenido de la concesión, de su texto y de sus modalidades no corresponde al concesionario sino al concedente, con lo que ambas partes, concesionario y concedente, se mantienen responsabilizadas de una forma u otra con la correcta satisfacción del interés público.⁵⁴ El Estado, al otorgar una concesión de Servicio Público, debe fijar las condiciones en que el concesionario prestará el servicio, por lo que no se despoja de sus facultades soberanas ni del deber que tiene de defender las necesidades públicas en las condiciones que esas necesidades lo exijan.

La persona licitada por el Estado para que se convierta en concesionario sustituye al Estado en la prestación del servicio, se somete a las reglamentaciones de la Administración Pública en lo que respecta al régimen de tarifas de obras y cargos públicos. En este supuesto, la potestad del Estado no se puede ver menoscabada por la iniciativa particular, sino que debe conducir a que el concedente mantenga el deber de satisfacer las nuevas necesidades sociales, sea atendéndolo directamente, o exigiendo del respectivo concesionario que los atienda y sirva, aun cuando tal obligación estuviera contemplada en el acto constitutivo de la concesión.⁵⁵

El empleo de procedimientos jurídicos de servicio público en una concesión de este tipo se justifica plenamente porque la base de la misma sigue siendo la satisfacción de necesidades de interés general. El régimen jurídico de la concesión administrativa de servicio público se asienta en dos principios fundamentales.⁵⁶

a) La concesión se otorga directa e inmediatamente en interés público.

⁵⁴ Colectivo de Autores. Estudios de Derecho Administrativo.- La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.-p.150.

⁵⁵ *Ibíd*em, p. 153.

⁵⁶ *Ibíd*em, p. 154.

b) El servicio público concedido, a pesar de tal concesión, sigue siendo servicio público, de ahí que los principios esenciales de éste tengan plena vigencia en la concesión.

De lo dicho se desprende que el sistema jurídico de la referida concesión está directamente influido por el régimen jurídico del servicio público. Esta afirmación tiene su base en que el Servicio Público aunque concedido no deja de ser Servicio Público.

En resumen, se puede invocar como concepto de concesiones administrativas el expuesto por el DrC. Andry Matilla Correa, pues la concesión, es un hecho exclusivo del Estado el cual le confiere, a la Administración la facultad de autorizar a una entidad o empresa privada, por un tiempo determinado, la explotación de una actividad, que está revestida de los caracteres que presenta el servicio público sin que pueda, durante ese lapso de tiempo, ser revocada por la Administración a no ser por incumplimiento por la contraparte concesionaria.

1.2.1: Elementos de las concesiones administrativas.

Como institución, las concesiones administrativas tienen sus líneas típicas, las cuales han sido marcadas por los afanosos con cierta variabilidad más o menos coincidente. Utilizando como base esas observaciones y los caracteres de la figura, se destacan los siguientes elementos de las concesiones:⁵⁷

❖ Acto de Derecho Público:

La concesión es un acto de Derecho Público, pues en ella interviene como sujeto, la Administración Pública en representación de poder público, persiguiendo de esta misma manera tal significación. Se determina como objeto la relación, un servicio, una obra o un bien, impregnado de su naturaleza.⁵⁸ De ahí entonces, la relación originada a raíz del acto en cuestión, las partes no mostrarán una equivalencia jurídica entre ellas, el acto administrativo se complacerá de una situación relevante en el mismo, con

⁵⁷ Matilla Correa Andry. El sistema concesional cubano. *Revista Cubana de Derecho* (La Habana) (17): 79, Enero-Junio de 2001.

⁵⁸ Matilla Correa Andry. Cuba y las concesiones administrativas hoy.-La Habana: Centro de Estudios de Administración Pública.- p.25.

respecto al otro sujeto que interviene, donde es ostentada entre otras facultades, la potestad de calificar y controlar la ejecución de lo entregado y de cambiar o concluir la relación.

❖ **Bilateral.**

Pues requiere el consentimiento de las partes que se vinculan jurídicamente para que el acto produzca los efectos previstos; y porque la voluntad de ambas intervienen en el fondo del acto, aunque no de forma idéntica y con el mismo alcance.⁵⁹

❖ **Acto discrecional.**⁶⁰

Es un acto discrecional por ser un acto de consentimiento, que depende de la administración, referido a su competencia, siendo la naturaleza de los derechos o facultades que involucra. Este proceso tuvo lugar en la primera mitad del siglo XX, donde era el producto entre el concedente en su decisión discrecional, idea que expresaba que el concedente era el único competente para decidir a quién se le otorgaba la concesión.⁶¹

Los entes que prueban ser concesionarios no alcanzan obligar a la Administración Pública para que les otorguen la concesión, ya que no poseen ese derecho asociado en su ámbito subjetivo. Les es permitido solicitar al ente público su otorgamiento sin involucrar esta solicitud, donde la obligación de la Administración Pública está en acceder a la petición, donde rige la discrecionalidad.⁶²

Las concesiones administrativas como contrato administrativo evolucionaron conquistando propiedad, pero el sistema licitador atrajo seguidores hacia él, comenzando a disminuir equitativamente el poder discrecional de la administración pública para elegir el concesionario. La Administración debía regirse por los procedimientos para la selección que establecían las normas.

⁵⁹ Parada, Ramón. Derecho Administrativo, Parte general, 9na edición.- Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1997.- p. 26.

⁶⁰ Los actos discrecionales son aquellos en que se aplican preceptos que conceden a la Administración cierta actuación libre, puesto que la norma fija un ámbito de acción y la facultad de elegir entre varias formas posibles de comportamiento, dentro de los límites jurídicos enmarcados en la norma.

⁶¹ Garcini Guerra, Héctor. Derecho Administrativo.-La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1982.- p.85.

⁶² *Ibidem*, p.89.

❖ **Es intuitu personae.**

Mediante el elemento intuitu personae el concedente posee las condiciones personales del concesionario, basándose en ella para acceder a la autorización la concesión. Su justificación, está dada, en la forma de conceder los derechos dirigidos, por una vía u otra, en perturbar intereses colectivos, que no pueden adjudicarse a cualquier persona, sino sola aquellas que realmente respondan a dichos intereses que no sean perturbados.⁶³

Lo anterior trae aparejado la realización de una actividad patrimonial, donde el concesionario debe tener capital suficiente para ello. El carácter del concesionario, se manifiesta, precisamente en ejecutar lo concedido; donde se describe que los operadores de lo concedido estén subordinados al concesionario en una relación de empleo por el hecho de afrontar con su patrimonio la ejecución del objeto dado en concesión. Los derechos concedidos al concesionario no son transmisibles, salvo que el concedente faculte a los herederos a obtener el derecho por transmisión, evidenciando así su carácter personalísimo.

❖ **Origina derechos para el concesionario.**

Característica esta que desde el punto de vista fundamental de la concesión, da inicio a actos nuevos con derechos para el concesionario, donde los mismos poseen el otorgamiento con anterioridad, no figurando su esfera subjetiva sea provecho de la naturaleza de ellos, siendo esto lo que lo marca como su diferencia en relación con otros actos.

❖ **El concedente se reserva facultades exclusivas y unilaterales.**

El concedente se reserva facultades exclusivas y unilaterales, donde a administración atribuye derechos que le son inherentes por su naturaleza, que no pueden ser desatendidos de ellos, pues tienen que custodiar que la diligencia concedida se efectúe conforme las circunstancias instauradas en el acto, para que el interés público no se afecte.⁶⁴ Esta característica queda de arreglo con el compromiso del concedente de vigilar, dirigir, controlar, modificar

⁶³ *Ibidem*, p.191.

⁶⁴ Parada, Ramón. *Derecho Administrativo, Parte general*, 4ta edición.- Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1992.- p. 52.

y finalizar la concesión de la actividad concedida, siempre y cuando el interés público lo solicite; si la Administración no disfrutara de dichas potestades sería imposible suspender al concesionario alcanzar beneficios económicos excesivos que afecten las ventaja común.

❖ **Es temporal.**

El elemento temporal está relacionado con el período establecido por el que se atribuye al concesionario potestades, por parte de la Administración Pública, que debe aparecer por norma.⁶⁵ Este lapso constituye la garantía concesional pues la administración no otorga interminablemente una esfera de su competencia al concesionario. Además enlaza al concesionario, paralizándole su accionar en cualquier momento, permitiéndole establecer la compensación que le corresponda siempre que la Administración retire anticipadamente los beneficios de dicha concesión.

En efecto estos plazos pueden ser prorrogables cediendo de esta forma una mayor regularidad y continuidad en la actividad objeto de la concesión. La idea de la prórroga para el concesionario está fundamentada en el hecho de obtener mejores ganancias, lo cual no se ha logrado liquidar en las inversiones en su plazo inicial.

❖ **Es un acto formal.**

El acto formal, requiere para su existencia la forma escrita y de otros requisitos que impone la legislación al respecto, acto que pueda ser declarada su nulidad o anulabilidad. Una de las garantías es la protección del interés común y la manera que tiene la Administración de expresar su voluntad, en cuanto persona moral o jurídica.⁶⁶ Sus formalidades obedecerán al tipo de concesión y a las vía que se escoja para su otorgamiento, existiendo siempre solemnidades comunes para la forma escrita y la notificación, que puede formalizarse a través de un acto o de un contrato administrativos, de acuerdo con el criterio político legal que se adopte.

⁶⁵ Garcini Guerra, Héctor. Derecho Administrativo.-La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1982.- p.92.

⁶⁶ Matilla Correa Andry. El sistema concesional cubano. Revista Cubana de Derecho (La Habana) (17): 90, Enero-Junio de 2001.

❖ **La actividad objeto de la concesión, en principio, corre por cuenta y riesgo del concesionario.**

Al comienzo el concesionario se comprometía con su capital en todos los riesgos que podían surgir en la actividad económica objetivo principal de la concesión. En la actualidad no se refleja de esa manera, pues aquí el concesionario recibe ayuda del concedente y en el momento en que necesite enfrentar la responsabilidad puede apoyarse en la ayuda solidaria de otro ente que interviene en el contrato.⁶⁷

Pero aquí los estudiosos agregan que lo antes expuesto está dado a las transformaciones sufridas desde el punto de vista económico - político y el paso del Estado abstencionista al intervencionista

❖ **En la concesión hay un vínculo directo con los terceros.**

Justamente en la concesión hay un vínculo directo con los terceros, característica propia de la concesión que es establecida por la relación que existe entre el concedente y el concesionario.⁶⁸ Por ejemplo, en el caso de la concesión de los servicios públicos la remuneración proviene de los terceros que ostentan la condición de usuarios y en el caso de concesión de obra pública obtiene los dineros de los que utilizan la obra o de los obligados al pago de la contribución de mejora.

❖ **La concesión tiene siempre un trasfondo económico.**

La concesión tiene siempre un trasfondo económico y éste sin dudas es la última razón de existencia en la vida jurídica de las concesiones, que son otorgadas ante la imposibilidad de la Administración Pública que lleva a cabo directamente, o que también responde a motivos de política económica, cuando aun ese ente tenga la aptitud financiera y los recursos para ello.⁶⁹

En realidad el planteamiento no debe obviarse nunca, porque marca las diferencias en la utilización cuantitativa de las concesiones en los países desarrollados en comparación con los subdesarrollados. Es evidente que en los

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 75.

⁶⁸ Lanza López, María Teresa. *Estudio de Derecho Administrativo Cubano*.- La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.-p.282.

⁶⁹ Matilla Correa Andry. *El sistema concesional cubano*. *Revista Cubana de Derecho* (La Habana) (17): 90, Enero-Junio de 2001.

primeros la Administración es económicamente fuerte y poderosa, y no tiene necesidad objetiva - como sí la tienen los Estados que están en vías de desarrollo - de acudir a figuras como las concesiones de obras y bienes públicos, por ejemplo, para lograr los fines que las involucran. Claro está, la observación parte de un criterio puramente fáctico, pues la aplicación de los referidos tipos concesionales dependerá de la política económica seguida por los Estados. Pero aún en aquellas naciones industrializadas donde la política a seguir se encuentra marcada por el liberalismo o el neoliberalismo, ellos tienen las condiciones objetivas necesarias para prescindir de esos tipos de concesiones.⁷⁰

Dicha afirmación se evidencia también en el caso de los países que estuvieron acogidos al sistema socialista y en los que todavía lo están pero han variado su postura al respecto, donde por los postulados básicos de ese modelo social, no era admitida la existencia de la concesión en el ordenamiento jurídico porque los contradecía.

1.2.2: Naturaleza jurídica de la concesión administrativa.

Un análisis consecuente de la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas ha permitido el estudio de diversas tesis que determinan en primer lugar el momento preciso de perfeccionamiento de la concesión, con el acuerdo de voluntades o por el acto administrativo unilateral. En segundo lugar, si el contenido de la concesión es determinado unilateralmente o si es producto de acuerdos entre los sujetos de la misma o en este caso la Administración Pública y el concesionario.

⁷⁰ Chase Píate, Luís Enrique. Los Contratos Públicos.-Asunción-Paraguay: Intercontinental Editora, 1998.-p.131. Apunta respecto a la concesión de obra pública: "El problema más angustioso con que tropieza la Administración es la falta de fondos públicos para construir o realizar un emprendimiento de magnitud financiera. Por lo general, los presupuestos públicos apenas pueden cubrir las necesidades fundamentales de la nación, especialmente en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo. No es el caso de países como E. E. U. U. de América, Japón, Alemania, Francia, Italia, Inglaterra, Holanda, España, etc. Por esta circunstancia, es necesario buscar un sistema apropiado, desde el aspecto jurídico y el financiero, para realizar o construir una obra pública. Si no hay dinero del presupuesto, si ya no es posible obtener préstamos o financiamiento externo en condiciones favorables para el país, sea el que fuere la causa, no queda otra alternativa que acudir al capital privado"

1.2.2.1: Teoría del contrato administrativo strictu sensu.

En esta hipótesis la concesión es un contrato administrativo de una estructura homogénea y única, es decir contractual en todos sus aspectos y contenido. Para los estudiosos que de esta teoría la convierten en una relación jurídica válida y productora de todos los efectos jurídicos a través de un contrato administrativo *strictu sensu*, donde expresan el carácter de contrato administrativo abarca y domina todos sus aspectos y contenido y explican que un contrato administrativo conlleva a la indiscutible posibilidad que, dentro de los límites jurídicos pertinentes, la Administración Pública en el ejercicio de sus prerrogativas introduzca todas las modificaciones que juzgue menester en el funcionamiento y organización del servicio.⁷¹

De ahí entonces, que las llamadas consecuencias de la parte legal o reglamentaria referida por algunos otros tratadistas del tema y afiliados a otras tesis, o sea, la eventualidad de la organización y el funcionamiento del servicio público, están habilitadas por el carácter y la naturaleza del contrato administrativo donde la Administración goza de un conjunto de prerrogativas.

De la misma forma Jéze, Dromi, Villar Palasi, Parada y Garrido Falla⁷² afirman que en la concesión de servicio público se observan todos los elementos y características que son propias de los contratos de Derecho Público. En ese sentido, el contrato de concesión tiene una característica especial y es la de crear una relación jurídica compleja.

Por un lado, aparece una situación reglamentaria que regula la organización y funcionamiento del servicio. Existe también una situación contractual de Derecho Administrativo, que se refiere a la condición económica de la explotación, es decir, a la ecuación económico-financiera. Son esos elementos los que enmarcan al contrato de concesión dentro de la noción de los contratos administrativos⁷³

⁷¹ Badell Madrid, Rafael. "El régimen de las Concesiones Administrativas".- Caracas: ..[s.n.], 1996. Conferencia dictada en el marco de las II Jornadas sobre Derecho Administrativo. Valencia, 27 agosto 2004.

⁷² *Ibidem*, ..[s.p.]

⁷³ Lanza López, María Teresa. Estudio de Derecho Administrativo Cubano.- La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.-p.282.

Los detractores de esta teoría afirman, que los particulares no contratan o convenían con la administración dado el gran cúmulo de prerrogativas de la Administración Pública, así como su enorme poder de imperium sobre la voluntad o los intereses de los particulares en cuanto a transacciones obligacionales con la misma. Un sector de los estudiosos del tema estima que la Administración no celebra contratos, ni privados ni públicos, que actúa siempre en forma unilateral, y esta idea no pierde validez por el hecho que en determinadas circunstancias se requiere el consentimiento o adhesión del particular.⁷⁴

Otra corriente señala que la Administración no puede firmar contratos administrativos con particulares, reconocen la capacidad de la misma para contratar. Además, opinan que estos contratos se regulan por el Derecho Privado y no por el Derecho Público.⁷⁵

En resumen se puede señalar que esta teoría está basada en el contrato administrativo, establecido como relación jurídica válida para todos los efectos, la cual requiere del consentimiento de las partes, gozando la administración de privilegios.

1.2.2.2: Teoría del acto unilateral.

Los que se acogen a esta teoría refieren como elemento determinante el amplio poder de la Administración Pública en relación con cualquier participación de los particulares al momento de conveniar con esta. Se fundamentan en que la relación es de poder administrativo sobre la totalidad de la voluntad del particular cuando este participa en una relación convenial con la primera, es decir, que es el acto de derecho y creador de consecuencias jurídicas el que determina la relación Administración particular.⁷⁶

Los críticos de esta posición prefieren centrar su análisis en la evidencia de falta de manifestación de voluntad por parte del concesionario, ya que los defensores de la teoría unilateral reducen, la participación activa del particular o

⁷⁴ *Ibidem*, p.286.

⁷⁵ *Ibidem*, p.290.

⁷⁶ Rizo Oyanguren, Armando. Manual elemental de Derecho Administrativo.-Nicaragua: Universidad Autónoma de León, 1991.-p.245.

persona jurídica individual. Para estos tratadistas no interesara en absoluto la cualidad adjudicada a esta persona de contraparte de la Administración, desconociendo, además a quien acorta su distancia con la Administración, construyendo un puente de intereses que no hace más que converger en el propio interés social o público defendido por la propia representación estatal. Cabe destacarse que en esta teoría prima el elemento de poder de la Administración Pública relacionado con la participación del particular al momento de establecer la relación jurídica.

1.2.2.3: Teoría del acto mixto.

Esta tesis es defendida por María Teresa Lanza López, desde el punto de vista práctico la teoría que elaboramos del acto mixto entraña la necesidad de existencia de todo un procedimiento que se inicia desde que la situación concesional en latente, es decir, desde que existen tres factores determinantes.⁷⁷ El beneficio público o la necesidad general a satisfacer; La decisión administrativa de conceder bienes incluidos en su patrimonio y el interés económico de la persona jurídica individual por el cual intenta vincularse a determinada Administración pública.⁷⁸

Estos factores originan la necesidad de establecer el procedimiento, recorriendo por la licitación de quien ha resultado elegido por la Administración Pública para convertirse en concesionario, y por todos y cada uno de los pasos regulados por la legislación referida a los vínculos concesionales y por la especificidad normativa del contrato que perfecciona el vínculo obligacional.⁷⁹

En resumen como se puede apreciar cada una de las tesis son admitidas o rechazadas, sin que exista una posición unánime. La doctrina cubana está afiliada al reconocimiento y asentimiento de la segunda de las teorías, relacionadas con el acto unilateral, debido al amplio poder de la Administración Pública en relación con cualquier participación de los particulares.

⁷⁷ Lanza López, María Teresa. Estudio de Derecho Administrativo Cubano.- La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.-p.282.

⁷⁸ Colectivo de Autores. Estudio de Derecho Administrativo Cubano. Editorial Félix Varela, 2002. La Concesión Administrativa de Servicio Público. María Teresa Lanza López. p. 282.

⁷⁹ Lanza López, María Teresa. Estudio de Derecho Administrativo Cubano.- La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.-p.282.

1.3: Sujetos que intervienen en las Concesiones Administrativas.

Las concesiones administrativas están caracterizadas por especiales circunstancias del objeto y los sujetos que en ella intervienen, sea cual sea su especie, existe siempre un denominador común en su propia individualidad corporal y por tanto es concedida por la administración.⁸⁰ Ahora bien como es conocido por todos la concesión administrativa no es más que el acto bilateral que existe entre el concesionario y el concedente.

El concedente es el sujeto que confiere dicha concesión y a su vez transfiere las facultades al otro sujeto, como requisito indispensable el concedente siempre es la administración con aptitud legal para otorgarla. Pero puede la administración mostrarse inexperto por razones de tiempo, territorio, materia o grado, situación esta que el actor o funcionario responsable dentro de la entidad posea también competencia para otorgar la concesión y además poseer capacidad general exigida a la persona natural para poder efectuar actos jurídicos.⁸¹

El concesionario es otro de los sujetos de la concesión administrativa al cual se le otorgan derechos como estar apto para contraer obligaciones o adquirir derechos por la vía contractual que estén fuera de los supuestos de prohibición legal que existan lo cual se puede resumir en que el concesionario debe ostentar plena capacidad de obrar. Pero además existe el requisito necesario la solvencia económica que permita hacerle frente al objeto de la concesión, por la actividad que desarrolla el debe enfrentar los gastos con su patrimonio.⁸²

También están presentes las terceras personas, que a pesar de no ser sujetos juegan un rol importante en la relación jurídico-administrativa concesional, ya que sus efectos directos alcanzan una relación inmediata entre ellos y el concesionario.⁸³ Las concesiones de servicio público y de obra pública son en las que, de manera habitual se hallan en esta posición. Los terceros a los que

⁸⁰ Pérez Gómez, Santiago. Régimen Jurídico de las Concesiones Administrativas en el Derecho Romano.-[s.l.].[s.n.], 1996.- p.104.

⁸¹ Matilla Correa Andry. Reflexiones teóricas sobre la extinción de las concesiones administrativas.- La Habana: Centro de Estudios de Administración Pública, 2007.-p.20.

⁸² *Ibidem*, p.22

⁸³ Greca, Alcides. Derecho y Ciencia de la Administración Municipal, Tomo III. 2da edición.- Santa Fe: Imprenta de la Universidad, 1943.-p.218-219.

alcanzan los efectos de la concesión pueden denominarse: contribuyentes o usuarios. En el supuesto de la contribución de mejora, la relación entre concesionario y contribuyente es de Derecho Público, pues esa contribución es un tributo y a su vez éste es un ingreso de Derecho Público.

1.3.1: Derechos y obligaciones del concedente.⁸⁴

El sujeto concedente de las concesiones administrativas disfruta de derechos y obligaciones que le son inherentes para el buen desempeño de la relación entre ambos los cuales hacemos mención seguidamente.

Derechos:

1. Posee el derecho de exigirle al concesionario el cumplimiento de la actividad concedida, en los términos y condiciones establecidos.
2. Tiene el derecho de interpretar el contenido de la concesión y de controlar la realización de la actividad concedida.
3. Puede dirigir la realización de la concesión y modificarla unilateral.
4. Está facultado para imponer sanciones al concesionario o culminar o cesar unilateralmente el acto.
5. Puede declarar la nulidad absoluta o relativa de la concesión y recibir en correcto estado las obras e instalaciones vinculadas al objeto de la concesión que se establecen previamente.
6. Goza del derecho de percibir un determinado porcentaje de las ventajas económicas que obtiene el concesionario u otra prestación de esa naturaleza que se señale en el acto de concesión.

Obligaciones:

1. Está en la obligación de permitir al concesionario que ejecute su actividad bajo las condiciones fijadas, sin perturbarle en ella injustificadamente.
2. Tiene la obligación de formalizar ciertas acciones que contribuyan a responder que el concesionario ejecute la actividad concedida.
3. Disfruta que una vez concedida la concesión, el concedente no se desvincula de ella, sino que mantiene una vinculación bien palpable con la

⁸⁴ Matilla Correa Andry. Acerca de concepto y las características de las concesiones administrativas. Revista Cubana de Derecho. (La Habana) (17): 64, Enero-Junio de 2001.

misma, al imponérselo el interés colectivo.

4. Posee la obligación de no afectar el equilibrio de la ecuación financiera de la relación con disposiciones unilaterales que afecten su economía;
5. Tiene la obligación de prestar las subvenciones, ayudas o auxilios prometidos en el contenido de la concesión si los hubiere.
6. Asume la obligación de indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios ocasionados al extinguir el vínculo jurídico-administrativo antes de finalizar el plazo fijado.
7. Se beneficia al recibir los bienes involucrados en la operación de reversión, por ser necesarios para la posterior continuidad si la hay de la actividad objeto de la concesión.

1.3.2: Derechos y obligaciones del concesionario.⁸⁵

De igual manera el concesionario posee derechos que le también le son propios los cuales le viabilizan su buen desempeño.

1. Disfruta del derecho a realizar la actividad objeto de la concesión, en principio, bajo los términos y durante el plazo fijados, sin ser entorpecido injustificadamente por el concedente.
2. Está facultado de exigir de la Administración un conjunto de acciones encaminadas a facilitar la normal ejecución de la concesión y de percibir las ganancias económicas previstas.
3. Goza de recibir las subvenciones y ayudas fijadas en los supuestos que se establezcan y de ejercitar en nombre de la Administración concedente ciertas facultades o poderes de orden público necesarios para la ejecución del objeto concedido.
4. Asume el derecho de ejercitar los privilegios o garantías otorgadas por el concedente en el acto, y el de exigir que la Administración cumpla con esas garantías.
5. Mantiene e equilibrio de la ecuación financiera de la relación.
6. Tiene el derecho sobre los bienes que utilice para realizar la concesión, y

⁸⁵ *Ibidem*, p.66.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

que puede ser de propiedad, sobre aquellos que se encuentren dentro de su patrimonio, o de uso, sobre los que no pertenezcan a su patrimonio pero estén afectados a la actividad que desempeña.

7. Se beneficia al percibir una indemnización por daños y perjuicios cuando, sin existir culpa de su parte, la Administración determine finalizar la relación concesional antes del plazo establecido.

Obligaciones:

1. Tiene la obligación de realizar el objeto de la concesión de acuerdo con las condiciones establecidas y en el plazo fijado.
2. Asume con su patrimonio la concesión; corriendo por su cuenta, en principio, los gastos que efectúe y puede ejecutarla personalmente, absteniéndose de transferirla, cederla o gravarla sin previa autorización del concedente.
3. Tiene la obligación de efectuar todas las acciones materiales necesarias para garantizar la ejecución de la concesión.
4. Mantiene y conservar en buen estado las obras relacionadas con la concesión que deben ser entregadas a la Administración una vez concluida ésta.
5. Posee la obligación de entregar a la Administración, al culminar el plazo de la concesión, los bienes y obras determinados, vinculados a la concesión.
6. Tiene la obligación de soportar la dirección y la fiscalización del concedente en el desarrollo de la actividad concedida y cumplir las disposiciones y resoluciones de la Administración Pública relacionadas con la concesión, así como las modificaciones unilaterales que ésta introduzca.
7. Asume la indemnización a los usuarios o terceros que perjudique con su actuar, durante el desenvolvimiento de la concesión.
8. Asume la observancia de las otras disposiciones generales y prescripciones legales vinculadas con el objeto de la concesión.

1.4: Enfoque doctrinal sobre la inversión extranjera.

La historia ha demostrado que las grandes civilizaciones han girado en torno al comercio y a la inversión, impulsados estos en recursos naturales,

infraestructura básica, organización e innovación. Los mayores niveles de internacionalización que han experimentado las economías desde comienzos de la década del 90 han sido posibles gracias a la reducción de barreras al comercio y a la inversión que han hecho los países. Esta reducción de barreras ha incrementado los flujos de inversión extranjera, así como los impactos que estos flujos generan en las economías.⁸⁶

En el campo de la economía y de las finanzas, una inversión es una colocación de capital en búsqueda de una ganancia futura. La disposición de invertir supone resignar un beneficio inmediato por uno futuro que es improbable, teniendo en cuenta que a la hora de invertir hay que contemplar tres variables: el rendimiento que se espera, es decir, cuánto se espera ganar con la inversión; el riesgo aceptado vinculado a las probabilidades de obtener el rendimiento esperado y el horizonte temporal cuándo la inversión ofrecerá ganancias, a corto, mediano o largo plazo.⁸⁷

Con el proceso de globalización, la inversión extranjera comenzó a vivir un período de expansión, sólo limitado en momentos de crisis económica lo cual implicó el libre flujo de capitales, el levantamiento de las restricciones aduaneras e impositivas, la circulación de personal, bienes y otras características que apoyaron a la inversión extranjera.⁸⁸ Pero se debe tener en cuenta que el país que recibe la inversión debe asumir las consecuencias de ésta, por una parte suele generar puestos de empleo e ingresos impositivos al país receptor, por otro lado, las ganancias suelen volver al país de origen. Además se compromete que, muchas veces, los proyectos impulsados por la inversión extranjera generan daños ambientales que afectan a la comunidad local.

Para poder comprender el fenómeno de la inversión extranjera es necesario estudiar los conceptos básicos respecto a este. Inicialmente debemos conocer

⁸⁶ Vega Vega, Juan. Cuba: Inversiones Extranjeras a partir de 1995, 3ra Edición.-Madrid, Ediciones Endymion, 1997.-p.30.

⁸⁷ Cuquet Piñón, Doralina. Las Concesiones Mineras en Cuba. Tomado de <http://www.wikipedia.org>, 16 de febrero de 2012.

⁸⁸ Dávalos Fernández, Rodolfo. El Contrato de Plantas Completas. Revista Jurídica. (La Habana) (6): 45, 1985.

su significado, que no es más que la acción y efecto de invertir.⁸⁹ Inversión, es sinónimo de bienes, cuyo objeto es proporcionar una renta a un propietario, un incremento en su propio valor monetario, o ambas cosas a la vez. Además al término inversión se la dan varios significados según lato sensu,⁹⁰ corresponde a riqueza y desde luego evoca la idea de propiedad, es decir, de algo dotado de valor material del que se espera rinda un beneficio pecuniario. Por otra parte Inversión es también sinónimo de bienes, cuyo objeto es proporcionar una renta a un propietario, un incremento en su propio valor monetario o ambas cosas a la vez.⁹¹

La importancia de la inversión se revela, sobre todo, al hablar de la economía del crecimiento o más precisamente de la teoría del desarrollo económico, donde en economía se define como el proceso de intercambio, en un período de tiempo determinado, de un ingreso monetario por activos empresariales de los cuales existe la expectativa de la obtención de una ganancia de modo que el consumo actual se sacrifica por la expectativa de la obtención de una ganancia económica futura, y la adquisición es por parte de un individual, una empresa o una colectividad, de bienes de capital para aumentar la producción. Haciendo un análisis conceptual también se llama formación bruta o neta de capital, donde los bienes de una inversión incrementan la productividad lo que permite un incremento de bienes de consumo para la comunidad.

Para cuestiones legales en los diferentes países, existen varias categorías de la inversión, hay países que poseen la definición en sus respectivas legislaciones, otros que dicen poseer dicha definición, pero no indican su contenido, aquéllos que señalan no poseer definición algunos países, sin perjuicio de sus normas internas, remiten la definición de inversión extranjera a las normas contenidas en tratados internacionales como el Acuerdo de

⁸⁹ Tomado del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española. www.res.es

⁹⁰ Vocablo que significa: en sentido amplio y se abrevia, suele ser muy usada en Derecho, tiene los mismos usos que la expresión sensu amplio y se opone a la expresión sensu stricto o stricto sensu. Se usa también en las ciencias biológicas, en taxonomía.

⁹¹ Dávalos Fernández, Rodolfo. La instrumentación jurídica de la Empresa Mixta. Revista Jurídica. (La Habana) (7): 25, 1992.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

Cartagena o el Tratado de Libre Comercio de América del Norte.⁹²

Pero para la Ley de Inversiones Extranjeras⁹³ de 31 de octubre de 1974 la define como las realizadas en España por personas extranjeras privadas, físicas o jurídicas, cualesquiera que sea su residencia y por españoles residentes en el extranjero, es decir, la inversión extranjera se califica así por las personas que las realicen, independientemente de los capitales que utilicen para ello y cualquiera que sea su finalidad.⁹⁴

Para Carlos Arellano García⁹⁵, define a la inversión extranjera como la acción de colocar capital representado en diversas formas en países diferentes de aquel en donde se obtienen los beneficios de la aplicación de los recursos. Otro concepto de inversión extranjera es el que responde a la adquisición de activos en el extranjero realizada por el Gobierno o los ciudadanos de un país, en la forma de depósitos bancarios, letras de gobiernos extranjeros, valores industriales o gubernamentales, bienes raíces, edificios, equipo y tecnología.⁹⁶

Conceptualizando de manera general podemos señalar que la inversión extranjera es la colocación de capitales en un país extranjero, o sea, diferente al del origen del capital, referida a aquellas empresas que desean internacionalizarse e instalarse en otros países. En resumen se debe agregar que en los últimos años la inversión extranjera se ve como el motor de

⁹² Ley de Inversión Extranjera para el Derecho Español y Mexicano. Tomado de: <http://www.juridicas.unam.mx>, 12 de marzo 2012.

⁹³ *Ibíd.*, 12 de marzo de 2012.

⁹⁴ *Ibíd.*, 12 de marzo de 2012.

⁹⁵ Garcías Arellano, Carlos: Murió en la Ciudad de México, a los 79 años de edad. Fue magistrado, juez y catedrático. Dedicó 40 años de su vida a la docencia jurídica en la Universidad Nacional Autónoma de México. Obtuvo la licenciatura y doctorado en derecho con Mención Honorífica por la UNAM en 1954 y 1957, respectivamente. Impartió las cátedras de derecho internacional privado, derecho internacional público y amparo, recibió el Premio Universidad Nacional – 2008 por docencia en ciencias sociales, fue Juez de Primera Instancia del ramo civil en Acapulco, Guerrero en 1956, Magistrado del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Sonora de 1961 a 1967 y presidente del mismo en 1962. Autor de más de 92 artículos jurídicos y 19 libros editados como “El derecho internacional público, Derecho procesal civil; El juicio de amparo, con once ediciones, entre muchos otros. Su trabajo fue reconocido en diversos ámbitos, recibió la Medalla “Alfonso Noriega Cantú”; el Premio al Mérito Judicial 2005, otorgado por los presidentes de los tribunales de justicia de la república, y la medalla de la facultad de derecho por sus 40 años de servicio. Este martes se le rindió un homenaje de cuerpo presente en la aula Jacinto Pallares de la Facultad de Derecho de la UNAM, donde asistieron familiares, amigos, compañeros y alumnos.

⁹⁶ Ley de Inversión Extranjera para el Derecho Español y Mexicano. Tomado de: <http://www.juridicas.unam.mx>, 12 de marzo 2012.

desarrollo de los países periféricos, incluso se ha llegado a afirmar que de no ser por la inversión extranjera, estos países nunca llegarán a desarrollarse, y esto ha sido adoptado por los gobiernos de dichos países como única verdad.

1.5: Ventajas y desventajas de la aplicación de las concesiones administrativas.

La doctrina a se ha debatido entre cuatro posiciones relacionadas con los beneficios o desventajas de las concesiones, a continuación las expondremos de forma sucinta, antes de pasar a exponer las ventajas y desventajas de las concesiones. Posiciones que adoptan en dependencia de la posición política que se tenga.⁹⁷

1. La clave para solucionar todos los problemas que aquejan a la colectividad; estos permitirían que la Administración Pública interviniera de forma subsidiaria.
2. Una posible vía de solucionar los problemas la vida de la colectividad, pero estrechamente ligada con la actuación estatal. Los que adoptan esta posición le dan un marcado predominio a la acción estatal.
3. Los que registren su uso al mínimo imprescindible, planteando que al régimen de la concesión se debe acudir lo menos posible; y sólo en aquellas esferas donde al estado objetivamente le resulta imposible sobrellevarlas.
4. Una última posición la rechazaría por completo, pues fundamentan que sería poner funciones y medios del estado en manos de privados.

Como se puede apreciar cada una de las posiciones responde a diversos puntos de vistas políticos y económicos ya sean; neoliberales, intervencionistas, progresistas y socialistas.

La principal ventaja es que permite la satisfacción de necesidades públicas en momentos desfavorables o de crisis económica. Los estudiosos señalan que evita a la Administración desembolsar considerables recursos económicos y por supuesto evitar la total insatisfacción de las necesidades públicas ante

⁹⁷ Greca, Alcides. Derecho y Ciencia de la Administración Municipal. Tomo III. 2da edición. - Santa Fe. (La Habana): p.218, 1943.

momentos adversos de crisis económica.⁹⁸

La doctrina señala un beneficio primario en el hecho de que al responsabilizar a un particular con el costo de la actividad dada en concesión, y con su desenvolvimiento, la administración se evita tener que destinar considerables recursos económicos para poner en marcha esa actividad. Es una erogación menos que dicho ente tiene que realizar. Esa vía evita aumentar el número de funcionarios públicos y no se afrontan los riesgos que una actividad aleatoria conlleva; máxime si es una nueva empresa con un alcance apreciable.

La gestión de lo concedido se torna más eficiente en manos de los particulares pues sus dineros se encuentran en juego, hay una mayor agilidad en la ejecución de la actividad redundando en mayor eficiencia pues no hay ese entramado burocrático. Se considera igualmente ventajoso que a raíz de la cláusula de reversión el poder público obtiene gratuitamente, al finalizar la vida de aquellas, instalaciones, bienes e infraestructura creada ya, de la que se valdrá para posterior ejecución directa de la actividad que la involucra.

Para Marienhoff, el servicio prestado por concesionario "Tiene la ventaja de facilitar todo lo atinente a la "responsabilidad "por un servicio mal prestado. Al concesionario lo controla la administración Pública, sea de oficio o a pedido de un administrado o de un usuario, mientras que si el que presta el servicio es el Estado, a veces el administrado o al usuario le resulta difícil no sólo ser amparado en su queja, sino, sobre todo, hacer efectiva la responsabilidad estatal. Siempre será más complejo y difícil hacer efectiva la responsabilidad del estado que del concesionario.⁹⁹

Todas las desventajas de este sistema lleva en sí la conciliación del interés general con el particular. Para unos, el sistema más acertado es el de la ejecución directa por la Administración Pública, pues, como su fin es el de procurar satisfacer el primero de aquellos intereses, es quien mejor podrá encaminar las acciones hacia ese fin.¹⁰⁰ De forma general, las ventajas y

⁹⁸ *Ibidem*, p. 289.

⁹⁹ Marienhoff, Miguel. *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo III, 2da edición.-Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1979.-p.64.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p.65.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

desventajas de la aplicación del sistema de concesiones, está relacionada con la introducción del capital extranjero dentro de la economía, la entrada al país de nuevas tecnologías con alto nivel competitivo, el aumento de empleos y el desarrollo del capital humano e intelectual.

Capítulo II: El procedimiento de selección del concesionario en Cuba.

2.1: Acerca del tratamiento legislativo las concesiones administrativas en Cuba.

A la vuelta de los años, retomar las concesiones administrativas en la práctica jurídica cubana es muy usual. En el siglo XIX, el otorgamiento de concesiones a particulares y compañías en obras públicas y en bienes de dominio público dio pasos de avance a la economía.

El 1ro de enero de 1959, cuando triunfa la Revolución, se inicia en Cuba un nuevo proceso histórico, a raíz del cual se toman nuevas medidas para someter a revisiones algunas de las concesiones que fueron otorgadas con anterioridad, por existir anomalías en ellas. Inmediatamente se presentó el enfrentamiento abierto con los Estados Unidos, las nacionalizaciones y expropiaciones forzosas y, definitivamente, se instruyó la etapa socialista de la Revolución en 1961.¹⁰¹

Los primeros resultados notorios de la Revolución, estuvieron relacionados con el cambio de relaciones de propiedad que se aplicó en forma continua, esencialmente, entre los años 1959 y 1968, por razón de diferentes procedimientos legales como la confiscación, nacionalización mediante la expropiación forzosa.

Este proceso se llevo a cabo por vía judicial o administrativa, con indemnización y por compra y por intervención directa de los organismos estatales, como paso previo a la confiscación, la nacionalización o la liquidación de la misma. De esta manera se daba lugar al surgimiento de la propiedad estatal socialista.¹⁰²

El proceso de recuperación de las riquezas del país no se desplegó con la aceptación de los colosales intereses foráneos, fundamentalmente los

¹⁰¹ Consideraciones generales de las concesiones administrativas. Tomado De: <http://www.Concesionesadministrativas.com>, 12 de marzo de 2012.

¹⁰² Menéndez, Servando. Resultados a raíz del Triunfo Revolucionario sobre las concesiones administrativas. Tomado De: [http://www.concesiones administrativas.http://.com](http://www.concesionesadministrativas.http://.com), 5 de abril de 2012.

norteamericanos y los de la burguesía nacional. Por ello, el mismo puede identificarse de manera general en tres etapas:¹⁰³

La primera se desarrolló durante el mismo año 1959, el cual asumió como objetivo fundamental la confiscación de los bienes de los dictadores y los de sus copartícipes, así como de los personeros del régimen derrocado, a pesar de dictarse otras disposiciones de carácter nacionalizador. La segunda se comprendió entre los meses de junio y octubre de 1960, nacionalizándose las principales empresas norteamericanas, las cuales se habían adueñado de las primordiales riquezas y recursos naturales del país, y como respuesta a la hostilidad que desde los primeros momentos mostró el imperialismo norteamericano contra la Revolución.¹⁰⁴

La tercera etapa estuvo relacionada con las medidas revolucionarias que adoptaron la forma de respuesta a la reacción de la burguesía nacional asociada al imperialismo norteamericano, facilitando como resultado el desarrollo de las nuevas relaciones de producción, floreciendo de esta manera la estatal socialista, comprendiendo en la etapa de octubre de 1960 a marzo de 1968. Para poder recuperar los bienes de cualquier clase, sustraídos del patrimonio nacional y lograr el restitución total del producto de los enriquecimientos ilícitos alcanzados al amparo del poder público.

Era desconocido con exactitud el número de concesiones otorgadas, así como sus verdaderos destinatarios. Por otra parte, los beneficiarios de las permitidas paralizaban los trabajos de explotación, todo lo cual determinó que la Ley 617 de 27 de octubre de 1959¹⁰⁵ en su artículo 1 dispusiera la obligación de los solicitantes a reiterar las solicitudes formuladas y a reinscribir sus títulos los beneficiarios de las anteriormente concedidas, en un término de 120 días naturales, ante el Registro que se habilitaría a esos efectos en el Departamento de Minas y Petróleo del Ministerio de Agricultura.

¹⁰³ *Ibidem*, ..[s.p.].

¹⁰⁴ *Ibidem*, ..[s.p.].

¹⁰⁵ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decreto-Ley No. 617. La Habana: Edición----- No. , 27 de octubre de 1959.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

La propia norma estableció que su incumplimiento equivaldría a la renuncia tácita sobre los derechos provenientes de las solicitudes y a los beneficios de las concesiones que se venían disfrutando. Además, de conformidad con el artículo 3, los concesionarios autorizados dispondrían de un plazo de sesenta días para comenzar la explotación comercial de la mina, luego del cual se ordenaría la cancelación de la anotación practicada en el Registro de la Propiedad, pasando nuevamente la misma al dominio útil del Estado.¹⁰⁶

La promulgación el 24 de febrero de 1976 de la Constitución de la República de Cuba; solidificó el régimen socialista. El propio artículo 15 de la norma constitucional establecía la irreversibilidad de la propiedad sobre los bienes que enumera, aunque no se observaba ninguna prohibición expresa para la creación de otros tipos de derechos con respecto a dichos bienes, los estudiosos consideraban que la concesión desvirtuaba, la declaración de la propiedad estatal sobre el subsuelo.¹⁰⁷

La conexión establecida en los artículos 15 y 17 infería que el ejercicio respecto a los bienes enumerados por el primero, era privilegio del Estado, representado por las empresas y otras entidades estatales; dejando fuera toda actividad de los sujetos privados que comprendiera los bienes enunciados en el artículo 15. La realización de obras y servicios públicos, era facultad sólo de las empresas estatales; regulación que se hizo a partir de la figura del contrato económico, de acuerdo todo con lo preceptuado en los artículos 2 y 3 del Decreto–Ley No. 15 de 3 de julio de 1978 "Normas Básicas para los Contratos Económicos".

En este Decreto comienza a definirse la personalidad jurídica de las empresas y es en el Decreto Ley No. 24 de fecha 16 de mayo de 1979, donde se establece que el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros a solicitud del Consejo de Estado dictara el Reglamento General de la empresa estatal como entidad económica. Esta decisión se cumplimentó con la promulgación del Decreto No. 42 de 14 de mayo de 1979, que se define a la empresa estatal como una entidad económica con personalidad jurídica propia, que constituye

¹⁰⁶ *Ibidem*, ..[s.p.].

¹⁰⁷ Vega Vega, Juan. Derecho Constitucional Revolucionario en Cuba.-La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1988.-p.152.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

el eslabón primario de la economía y como tal, la base del complejo sistema de relaciones de la economía nacional.¹⁰⁸ En tal sentido Héctor Garcini expresó en su momento el Estado socialista ejerce la actividad económica ajustándose a las leyes generales del desarrollo de la sociedad que analiza y fija el marxismo-leninismo mediante la utilización de entes conformados jurídicamente, denominados empresas que constituye un elemento primordial en la planificación, eje del sistema económico de la sociedad socialista.¹⁰⁹

En Cuba la ejecución de obras públicas, servicios públicos y explotación de bienes de dominio público, entre otros objetos, se realizan directamente por diversas entidades estatales bajo la figura del contrato económico, sin que se utilice la vía administrativa, civil y mercantil, pues el Decreto Ley 15 de 1978 sobre la contratación económica regula en su artículo 1 el referido Decreto Ley no es supletorio para estas materias.¹¹⁰ El contrato económico se impone, porque el administrativo no tiene vida en el ordenamiento jurídico cubano actual, pues las opiniones autorizadas más influyentes no le reconocen sustantividad propia.

Sin embargo, el contrato administrativo es una especie contractual que existe y en algún momento se le debe reconocer su existencia en el orden positivo interno, sobre todo ahora que los vínculos económicos nacionales se están diversificando.¹¹¹ El desarrollo económico impetuoso, muchas veces impone cambios en todas las esferas de la sociedad, cambios que por supuesto tienen que reflejarse en las leyes para que estas mantengan su vigencia, pero en este intento de lograr un equilibrio entre la realidad y las leyes, no puede olvidarse el papel primordial que dentro del ordenamiento jurídico cumple la constitución como la ley suprema.¹¹²

¹⁰⁸ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decreto No. 42.-En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: [s.n.], 14 de mayo de 1979.

¹⁰⁹ Garcini Guerra, Héctor. Derecho Administrativo.-La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1982.- p.194.

¹¹⁰ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decreto-Ley No. 15.-En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: [s.n.], 3 de julio de 1978.

¹¹¹ Matilla Correa Andry. Cuba y las concesiones administrativas hoy.-La Habana: Centro de Estudios de Administración Pública, 2006.- p.5.

¹¹² Pérez Hernández, Lissette y Martha Prieto Valdés. Temas de Derecho Constitucional Cubano.-p.94.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

Producto a los cambios operados en el régimen socioeconómico en Cuba a partir de la década del sesenta y hasta 1992, desaparecieron las concesiones administrativas. Para los administrativistas cubanos de ese período, como Héctor Garcini, la concesión es característica de la sociedad capitalista e inadmisibles en el socialismo.¹¹³

El Estado socialista cubano, que es propietario del subsuelo y de las minas, en principio no otorgó concesiones a ninguna empresa privada para su explotación, sino que explotó el subsuelo y las minas mediante empresas estatales en beneficio del pueblo. Los recursos naturales y vivos dentro de la zona de su soberanía, y los bosques, las aguas y las vías de comunicación son también de propiedad estatal socialista y no eran objeto de concesión.¹¹⁴

Antes de la reforma Constitucional de 1992, si bien no existía un precepto constitucional que prohibiera la transmisión de determinados derechos sobre bienes que formaran parte de la propiedad estatal socialista de todo el pueblo, no estaba protegida por la Carta Magna dicha transmisión. Esto trajo como consecuencia, que los sujetos de la economía veían perjudicada la posibilidad del otorgamiento de concesiones administrativas.

En fecha 10, 11, 12 de junio sesionó la Asamblea Nacional del Poder Popular en su período donde se debatió el proyecto de la Ley de Reforma Constitucional. En los debates se introdujeron modificaciones a los 141 artículos, mayormente relacionados con la economía.

En cuanto los cambios en la estructura en las relaciones de propiedad, es importante destacar que la propiedad estatal sobre los bienes de producción y demás bienes dejó de ser irreversible. Al respecto Juan Vega expresó que la declaración constitucional de casi todos los medios de producción, tanto lo fundamentales como lo que no lo eran, debían ser de propiedad estatal y que

¹¹³ Garcini Guerra, Héctor, Derecho Administrativo, 2da edición corregida y ampliada.-La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1986.-p.191.

¹¹⁴ Garcini, Héctor y Miguel Reyes Saliá. Manual de Derecho Administrativo, Tomo I. Parte General.-[s.l.]: Universidad de La Habana, 1963.-p.36-37.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

dicha propiedad fuera irreversible, imponía determinada rigidez a la legislación económica.¹¹⁵

Esta idea constituía un molde dentro del cual resultaba algo disminuido la propiedad de obtención del concurso de inversiones privadas extranjeras, que con buen sentido, podían contribuir al desarrollo del país. A pesar de ello el artículo 15 de la Constitución, facilita y permite nuevas posibilidades de inversión extranjera, partiendo de su nueva redacción.¹¹⁶ Según las Dra. C. Lissette Hernández y Marta Prieto, es necesario tener en cuenta que si bien la Constitución establece cuáles son los objetos que abarca la propiedad estatal, no delimita en su alcance el carácter fundamental.¹¹⁷

Este aspecto de gran trascendencia para la calificación del proyecto social de acuerdo al artículo 14 evidencia que, si tal carácter se corresponde con los bienes enumerados en el artículo 15, teniendo en cuenta la importancia de cada uno y de todos en su conjunto, conllevaría a la conclusión que, sin lugar a dudas, otros no pueden ser más fundamentales que estos. Por otra parte, el segundo párrafo del propio artículo¹¹⁸ consigna el carácter excepcional en cuanto a la transmisión de estos bienes a personas naturales y jurídicas, y los requisitos establecidos para ello. Esto refirma que la irreversibilidad no fue eliminada de forma absoluta, sino que se tradujo en los términos del nuevo

¹¹⁵ Vega Vega, Juan. Derecho Constitucional Revolucionario en Cuba.-La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1988.-p.152.

¹¹⁶ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Constitución de la República de Cuba.-En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición Extraordinaria No. 003, 31 de enero de 2003. - p.6. --artículo 15.

¹¹⁷ Pérez Hernández, Lissette y Martha Prieto Valdés. Apuntes sobre la Propiedad, desde un punto de vista Constitucional.-La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.-p.100.

¹¹⁸ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Constitución de la República de Cuba.-En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición Extraordinaria No. 003, 31 de enero de 2003. - p.6. --artículo 15.

Este artículo regula que estos bienes no pueden transmitirse en propiedad a personas naturales o jurídicas, salvo los casos excepcionales en que la transmisión parcial o total de algún objetivo económico se destine a los fines del desarrollo del país y no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado, previa aprobación del Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo.

En cuanto a la transmisión de otros derechos sobre estos bienes a empresas estatales y otras entidades autorizadas, para el cumplimiento de sus fines, se actuará conforme a lo previsto en la ley.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

artículo 15 en excepcionalidad y resultó una garantía material desde los fundamentos económicos del estado a la salvaguarda del sistema político.¹¹⁹

No obstante, el texto constitucional original debió hacer referencia directa a las concesiones, al estilo de la Constitución de 1940. En el año 1992, se retomó en Cuba el uso de la concesión administrativa como institución y se hizo a través de la concesión del servicio público de Radiotelefonía celular otorgada por el Decreto 167 emitido por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros y posteriormente el 17 de Agosto de 1994 se concedió por el Decreto 190 del Consejo de Ministros el servicio público de Telecomunicaciones.

Puede decirse que la Ley de Minas,¹²⁰ promulgada en Cuba el 21 de diciembre de 1994, revitalizó la institución de la concesión administrativa en el contexto jurídico. Con ello se atiende de manera específica a las concesiones que tienen por objeto el reconocimiento, la investigación geológica en sus modalidades de prospección y exploración, la explotación, el procesamiento y la comercialización respecto a los recursos minerales del país.

El 5 de Septiembre de 1995, la Asamblea Nacional del Poder Popular, promulgó la Ley 77 de la Inversión Extranjera en Cuba. El artículo 2 inciso f), define la concesión administrativa como el acto unilateral del Gobierno de la República, por el cual se otorga a una entidad el derecho a explotar un servicio público, un recurso natural o a ejecutar y explotar una obra pública bajo los términos y condiciones que se establezcan.¹²¹

Según el jurista René Bruguet Rodríguez, dos elementos caracterizantes y esenciales de la institución jurídica de la concesión administrativa recogidos en este artículo, son la existencia del Estado como sujeto activo de la relación jurídica de concesión, y que el objeto de la misma sea la realización de una actividad de carácter público.¹²²

¹¹⁹ *Ibidem*, p.6.

¹²⁰ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Ley de Minas. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 21 de diciembre de 1994.

¹²¹ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Ley de la Inversión Extranjera en Cuba. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 5 de septiembre de 1995. artículos 2 inciso f) y 24 apartados 1 y 2.

¹²² *Ibidem*, p.11. Usese el vocablo "explotación" para significar el fin de lucro que mueve a todo concesionario.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

El Decreto-Ley No. 165 de las Zonas Francas y Parques Industriales de 3 de junio de 1996¹²³ se refiere también en el artículo 2.2 al término de las concesiones de zonas francas a los efectos del Decreto-Ley; dedicando el Capítulo V a los concesionarios de zonas francas, donde se establece además de los derechos y obligaciones, todo el procedimiento de selección y el otorgamiento de las concesiones. También en el Capítulo VII regula otras disposiciones concernientes a concesionarios y operadores y en el Capítulo IX establece las infracciones cometidas por concesionarios y operadores de zonas francas.

El Decreto-Ley No. 164 "Reglamento de Pesca" de 28 de mayo de 1996, regula las referencias a las concesiones pesqueras se establecen básicamente en el Capítulo III, autorizaciones de pesca. En especial en el artículo 13, establece el organismo facultado para el otorgamiento y el artículo 15 se prefija lo que el Decreto-Ley considera como concesiones y quienes pueden ser concesionarios.¹²⁴

La Resolución No. 339 del Ministro de la Industria Pesquera de 27 de diciembre de 1999,¹²⁵ establece el sistema de concesiones para el desarrollo de la acuicultura en jaulas flotantes en aguas marinas y salobres de la República de Cuba. También debe destacarse que en este período el Comité Ejecutivo del Consejo Ministros promulgó una serie de normas dirigidas a la regulación del fomento y la explotación de zonas francas, como zonas industriales, comerciales y de servicios.¹²⁶

¹²³ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decreto-Ley No. 165 "De las Zonas Francas y Parques Industriales". En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 3 de junio de 1996. En la actualidad esta norma se encuentra en consulta para su modificación, en cumplimiento de lo establecido en los Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución. Debe apuntarse, además que mediante acuerdos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de fecha 6 de enero de 2003, fue modificada la denominación de Zonas Francas y Parques Industriales por la de Zona Especial de Desarrollo y Servicios de Logística y Zona de Desarrollo.

¹²⁴ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decreto-Ley No. 164 Reglamento de la Pesca. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 28 de mayo de 1996.

¹²⁵ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Resolución No. 339. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 27 de diciembre de 1999.

¹²⁶ Así lo estableció el Decreto No. 219 de 24 mayo de 1997 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros que otorgó la concesión administrativa para fomentar y explotar una zona franca

Del análisis de la legislación existente en Cuba, en relación con la concesión administrativa, se constata que no existe una norma general que establezca las condiciones generales en relación con la misma, debido a que las concesiones se otorgan de acuerdo con su objeto. Como consecuencia de ello, existen ramas que no cuentan con una disposición normativa que establezca las bases generales para un objeto específico de concesión, como es el caso de las concesiones de servicios públicos, dominio público, y obras públicas. Las concesiones que fueran otorgadas en esta rama, se rigen por lo establecido en los Acuerdos y los Decreto que emite el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

2.2: De los sujetos de la relación concesional en la normativa administrativa cubana.

La regulación actual de las concesiones administrativas es parcial. Las disposiciones jurídico-administrativas no alcanzan tampoco a todas las concesiones respecto al órgano otorgante. Las concesiones son otorgadas por órganos administrativos centrales; no teniendo competencia para ello los Órganos Locales de la Administración Pública.¹²⁷

La profesora de la Universidad de La Habana, Lissette Pérez Hernández, refiere que siendo el Consejo de Ministros (sujeto depositario), un órgano administrativo designado y no electo, se ha confiado en él la facultad de

en el Valle de Berroa, como una zona industrial, comercial y de servicios. También el Decreto No. 220 de 24 de mayo de 1997 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros autorizó la concesión administrativa para fomentar y explotar una zona franca en el área de Wajay, como una zona industrial, comercial y de servicios.

En otro orden el Decreto No. 224 de 10 de octubre de 1997 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros reguló la concesión administrativa para la utilización de la zona franca de Mariel, como una zona industrial, comercial y de servicios. El 17 de diciembre 2003 entró en vigor el Decreto No. 275 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, que autoriza la concesión administrativa a ETECSA. Este último Decreto deroga los citados Decreto 167/92 y Decreto 190/94, ambos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. En ambos casos, dichas concesiones, sólo se regulaban por lo establecido en los Decretos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. No existía en Cuba, una base legislativa que estableciera las condiciones necesarias para regular esta institución. situación que se mantiene hoy para los servicios públicos.

¹²⁷ Dígase de la Provincia o del Municipio.

entregar las concesiones administrativas.¹²⁸ Este criterio de la profesora está basado en las determinaciones que de él se derivan, pues están referidas a cuestiones tan trascendentales para el Estado cubano como la decisión que pesa sobre la transmisión en propiedad u otros derechos reales de bienes de propiedad estatal.¹²⁹

Ahora bien, si en un primer momento se tiene cuenta lo regulado por el artículo 3 de la Constitución,¹³⁰ se pudiera llegar a la conclusión precipitada de que es inconstitucionalmente admitido que un órgano como el Consejo de Ministros, no elegido por el pueblo para representarlo, sea el facultado para decidir sobre la propiedad de sus bienes.¹³¹ En cuanto al planteamiento precedente, debe resaltarse que el artículo 70 de la Constitución, la Asamblea Nacional de Poder Popular es un órgano con potestad constituyente y legislativa; por tanto, el hecho de que se haya depositado esta responsabilidad en el Consejo de Ministros responde a un mandato constitucional que otorga la propia Asamblea Nacional del Poder Popular.

Otro elemento a tener en cuenta es que el Consejo de Ministros, a tenor del artículo 75, inciso II), es un órgano designado por la propia Asamblea Nacional del Poder Popular a propuesta del Presidente del Consejo de Estado, quedando obligado por ley dicho órgano ejecutivo a rendir cuentas periódicamente de todas sus actividades ante la misma. También el artículo 95, párrafo primero, en relación con el 96, ambos de la Constitución, deja establecido que el Consejo de Ministros, es el máximo órgano ejecutivo y

¹²⁸ Pérez Hernández, Lisete. *Temas de Derecho Constitucional Cubano*.-La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.-p.101.

¹²⁹ Los autores no se refieren específicamente a la autorización emitida para concesiones administrativas, sino a todas aquellas que impliquen transmisión total o parcial de la propiedad.

¹³⁰ Este artículo establece que en la República de Cuba la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado. Ese poder es ejercido directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan, en la forma y según las normas fijadas por la Constitución y las leyes. Cuba. *Leyes, Decretos-Leyes, etc. Constitución de la República de Cuba*.-En *Gaceta Oficial de la República de Cuba*.-La Habana: Edición Extraordinaria No. 003, 31 de enero de 2003. -p.8.

¹³¹ Pérez Hernández, Lisete y Marta Prieto Valdés. *Temas de Derecho Constitucional Cubano*.-La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.-p.101.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

administrativo y constituye el Gobierno de la República.¹³² El Comité Ejecutivo puede decidir sobre las cuestiones atribuidas al mencionado Consejo, durante los períodos que median entre una y otra de sus reuniones; según regula el artículo 97 de la Constitución. El propio órgano dispuso en la Ley de Minas que le corresponde al Ministro de la Industria Básica la competencia de otorgar concesiones mineras para pequeños yacimientos de determinados minerales.¹³³ También le corresponde la facultad otorgativa concesional en materia de pesca y de instalación de establecimientos destinados al cultivo de organismos acuáticos en jaulas flotantes, al Ministro de la Industria Pesquera o a la Oficina Nacional de Inspección Pesquera, adscrita al Ministerio del que el primero es titular.

Anteriormente se dice que las concesiones administrativas son consideradas actos unilaterales de gobierno, acto que le corresponde al Consejo de Ministros o a su Comité Ejecutivo, en virtud de un mandato constitucional inmediato, al delegar esa función se entra en franca contradicción con el tratamiento legal que recibe esa institución en Cuba, pues estos organismos emite actos administrativos y de la administración.

Del otro lado de la relación concesional se encuentran los concesionarios que nuestras normas lo regulan así.

La Ley de Minas regula en su artículo 18 que el Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo otorga o deniega las concesiones mineras.¹³⁴ En el artículo 34 faculta al nuevamente al Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo a dictar la disposición por la que se otorga una concesión. Más adelante el artículo 47, párrafo segundo el propio Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo delega

¹³² Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Constitución de la República de Cuba. -En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición Extraordinaria No. 003, 31 de enero de 2003. - p.16.

¹³³ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Ley de Minas. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 21 de diciembre de 1994.

¹³⁴ Está integrado por el Jefe de Estado y de Gobierno, que es su Presidente, el Primer Vicepresidente, los Vicepresidentes, los Ministros, el Secretario y los demás miembros que determine la Ley o a su Comité Ejecutivo, integrado a su vez, por el Presidente, el Primer Vicepresidente, los Vicepresidentes y otros miembros del Consejo de Ministros que determine el Presidente. Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Constitución de la República de Cuba. -En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición Extraordinaria No. 003, 31 de enero de 2003. -p.16.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

en el Ministerio de la Industria Básica el otorgamiento o denegación de las concesiones mineras para pequeños yacimientos de determinados minerales. Esta potestad es complementada por el artículo 54 del Decreto No. 222 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, Reglamento de la Ley de Minas en el que establece que las concesiones para la pequeña minería de los minerales de los grupos I, II y IV serán otorgadas mediante Resolución del Ministro de la Industria Básica. Solo se exceptúan en relación con este precepto, las concesiones para yacimientos de piedras preciosas y semipreciosas, y de las concesiones en las que para desarrollar las actividades mineras se requiere la participación de capital extranjero, que serán aprobadas por el Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo.

Es preciso destacar que en cuanto a la Ley de Minas, el Consejo de Ministros y en defecto, su Comité Ejecutivo es el sujeto concedente por excelencia, salvo que la Ley otorgue esa facultad específicamente al Ministerio Industria Básica. El artículo 20 de la multicitada Ley establece que son concesionarios las personas naturales o jurídicas, debidamente autorizadas para el ejercicio de una o varias fases de la actividad minera por el correspondiente título.¹³⁵

La Ley No. 77 de Inversión Extranjera en Cuba recoge en el Capítulo VIII "De la Negociación y Autorización de la Inversión Extranjera", artículo 24, párrafo segunda pleca que si el objeto de la inversión aprobada es la explotación de un servicio público o de un recurso natural, o la explotación y ejecución de una obra pública, el comité ejecutivo del consejo de ministros puede otorgar la correspondiente concesión administrativa.¹³⁶ Por otra parte, el Decreto Ley No. 165 de las Zonas Francas y Parques Industriales determinan en su artículo 7 que también corresponde otorgar la concesión administrativa al Comité

¹³⁵ Complementado por el artículo 1 del Reglamento de la Ley de Minas establece que toda persona natural o jurídica tiene el derecho de solicitar un permiso de reconocimiento o concesión minera y sus prórrogas respectivas; y por el artículo 3 del mismo Reglamento Para ser titular de un derecho minero se requiere tener domicilio legal permanente en la República de Cuba.

¹³⁶ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Ley de la Inversión Extranjera en Cuba. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 5 de septiembre de 1995. artículos 2 inciso f) y 24 apartados 1 y 2.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

Ejecutivo del Consejo de Ministros con respecto a zonas francas determinadas.¹³⁷

El Decreto-Ley¹³⁸ contentivo del Reglamento de Pesca predetermina que el Ministerio de la Industria Pesquera es el organismo de la Administración Central del Estado facultado para conceder, renovar, modificar y cancelar las autorizaciones de pesca, las que comprenden concesiones, licencias o permisos de pesca. La aprobación corresponde al Ministro de la Industria Pesquera.¹³⁹

En consonancia con lo anterior, se creó la Oficina Nacional de Inspección Pesquera, adscrita al Ministerio de la Industria Pesquera mediante el Acuerdo No. 2996 de 1996 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros. En el Apartado Tercero de ese Acuerdo, inciso 2, se regula entre las atribuciones y funciones de la Oficina las de conceder, renovar, modificar y cancelar concesiones, licencias o permisos de pesca en concordancia con los requisitos y procedimientos establecidos por el Ministerio de la Industria Pesquera.¹⁴⁰

La Resolución 339 de 1999 del Ministro de la Industria Pesquera refrenda en su Apartado Octavo que es responsabilidad de la Oficina Nacional de Inspección Pesquera, subordinada al Ministerio de la Industria Pesquera, la aplicación, ejecución y control del cumplimiento de lo dispuesto en la Resolución. Como no existe otra alusión directa en toda esa disposición al órgano concedente, salvo en su segundo POR CUANTO, se considera que esa facultad le corresponde a la mencionada Oficina en virtud del citado apartado en relación con el segundo POR CUANTO de la presente Resolución.¹⁴¹

¹³⁷ Ahora se denominan zona especial de desarrollo y servicios de logística y zona de desarrollo.

¹³⁸ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decreto-Ley No. 164 Reglamento de la Pesca. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 28 de mayo de 1996.

¹³⁹ Ibidem, p. , artículo 13 en relación con el 14.

¹⁴⁰ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Acuerdo No. 2996. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 1996.

¹⁴¹ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Resolución No. 339. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 27 de diciembre de 1999.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

Las concesiones de servicios públicos¹⁴² fueron otorgadas al amparo de la facultad genérica de dictar Decretos y disposiciones sobre la base y el cumplimiento de las leyes vigentes, que le atribuye el artículo 98, inciso k, de la Constitución, al Consejo de Ministros. Lo mismo ocurrió con el Decreto No. 275 de fecha 16 de diciembre de 2003, que deroga los decretos antes mencionados.

El Decreto-Ley No. 164, el artículo 15, refrenda que podrán ser objeto¹⁴³ de concesiones pesqueras: las personas naturales, las entidades nacionales, extranjeras o de capital mixto. Posteriormente el artículo 26 añade que el aprovechamiento de la pesca comercial sólo puede ser efectuado por las entidades subordinadas al Ministerio de la Industria Pesquera o las autorizadas por éste, o por las personas naturales y jurídicas extranjeras autorizadas por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros; y el artículo 42, por su parte, plantea que el Ministerio de la Industria Pesquera en coordinación con el Ministerio de Ciencia, Tecnología y Medio Ambiente autorizará la pesca de investigación a personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, de conformidad con lo establecido en el Reglamento de Pesca y demás disposiciones legales vigentes.

La Resolución 339 de 1999 del Ministro de la Industria Pesquera, apartado cuarto señala que pueden ser sujetos de las concesiones para la instalación de establecimientos destinados al cultivo de organismos acuáticos en jaulas flotantes, las naturales o jurídicas; y como norma jurídica subordinada al Decreto-Ley No. 164 debe observar al respecto los principios generales que el mismo regula.

El Decreto-Ley No. 165, en el artículo 2, apartado 2, párrafo sexto, regula que concesionario, para el texto legal, es la persona natural o jurídica, con domicilio en el extranjero y capital extranjero o la persona jurídica nacional que, en

¹⁴² Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decretos No. 167. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 1992. Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decreto No. 190. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 1994. Acuerdos de 16 de noviembre del 2000, de 15 de diciembre del 2000 y de 22 de mayo del 2001, todos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

¹⁴³ Considero que utilizaron incorrectamente la palabra objeto en vez de utilizar el término sujeto.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

ejercicio de la concesión correspondiente y con recursos propios fomenta y desarrolla la infraestructura necesaria y suficiente para la instalación y funcionamiento de la zona franca, y asume seguidamente la dirección y administración de la misma.¹⁴⁴ De idéntica forma se pronuncia el artículo 2, inciso a, del Reglamento sobre el Régimen Laboral en las Zonas Francas y Parques Industriales. Luego, el artículo 8, apartado 1, del Decreto-Ley, plantea: "Pueden solicitar el otorgamiento de una concesión administrativa respecto a una determinada zona franca, las personas naturales o jurídicas, con domicilio en el extranjero y capital extranjero, o las personas jurídicas nacionales." Como ya apuntamos llamado a partir de 2003 Zona Especial de Desarrollo y Servicios de Logística y Zona de Desarrollo.¹⁴⁵

Los concesionarios de las concesiones contenidas en los Decretos No. 167 y 190, y en los Acuerdos de 20 de octubre de 1998, de 16 de noviembre del 2000, de 15 de diciembre del 2000 y de 22 de mayo del 2001, todos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, son empresas mixtas. El Decreto No. 275 de fecha 16 de diciembre de 2003, se señala como concesionario a ETECSA. Atendiendo a quiénes pueden ser concesionarios y a partir del análisis de las disposiciones vigentes, algunas de las cuáles mencionamos antes, pueden ser concesionarias en Cuba las personas naturales y jurídicas extranjeras y las personas jurídicas cubanas; excepto en las concesiones mineras, donde se exige que la persona tenga domicilio legal permanente en Cuba.

De la normativa actual se infiere también que las personas naturales cubanas no pueden ser concesionarias. Quedan como las personas que pueden ser concesionarios en Cuba: *el empresario individual extranjero*¹⁴⁶; *el empresario social extranjero*¹⁴⁷; *la empresa mixta*¹⁴⁸. También se incluyen las personas

¹⁴⁴ Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decreto-Ley No. 165. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 3 de junio de 1996.

¹⁴⁵ Ibidem, ..[s.p.]

¹⁴⁶ Empresario Individual extranjero: Persona física o jurídica que en nombre propio y de modo habitual, realiza por sí o a través de representantes una actividad económica para el mercado destinada al comercio, la producción de bienes o la prestación de servicios. Requisitos que debe cumplir: Capacidad Legal, habitualidad y actuar en nombre propio.

¹⁴⁷ Empresario social extranjero: Es la unión voluntaria de personas que de común acuerdo aporten bienes, dinero o industrias con el objetivo de desarrollar una actividad económica, que le permita obtener ganancias y que las mismas puedan ser repartibles entre ellos.

jurídicas nacionales que adoptan la forma de sociedad mercantil, principalmente la de sociedad anónima y cuyo capital es de procedencia estatal; la empresa estatal cubana y otras personas jurídicas nacionales que se autoricen. Ninguna de esas personas, por su carácter de tal, está automáticamente apta para ser concesionaria; necesitan contar, además, con la autorización del órgano competente.

En lo relativo a las normas legales mencionadas *up - supra* se puede inferir que en Cuba la competencia para otorgar concesiones administrativas le corresponde al Consejo de Ministros o a su Comité Ejecutivo; y sólo por delegación de esa función le corresponde al Ministro de la Industria Básica la competencia de otorgar concesiones mineras para pequeños yacimientos de determinados minerales. También le corresponde la facultad de otorgar concesiones en materia de pesca y de instalación de establecimientos destinadas al cultivo de organismos acuáticos en jaulas flotantes, al Ministerio de la Industria Pesquera o a la Oficina Nacional de Inspección Pesquera, adscrita al Ministerio del que el primero es titular.

2.3.- Forma de selección del concesionario en Cuba.

La figura del concesionario, como uno de los sujetos de la concesión administrativa y como receptor y ejecutor directo de las facultades que la Administración le otorga en virtud de ese acto, adquiere una importancia capital en la relación que se constituye, de ahí que su selección debe ser un procedimiento sumamente cuidadoso y consciente para lograr efectivamente el fin último que se desea con la concesión administrativa.

Hay dos formas de elegir al concesionario: la libre elección y la licitación. Por supuesto que la forma que se utilice tiene mucho que ver con el ordenamiento positivo de que se trate. En relación con lo anterior se puede referir que: "Como resultado de la apreciación de la figura de la concesión administrativa, se aprecia que la manera para determinar al concesionario cobra mayor

¹⁴⁸ Empresa Mixta: Implica la formación de una persona jurídica distinta a la de las partes, adopta la forma de compañía anónima por acciones normativas y le es aplicable la legislación vigente en la materia.

relevancia en las concesiones de servicio público y de obra pública, no evidenciándose de la misma manera en la de bienes de dominio público. La última no tendrá la repercusión positiva. Ello no quiere decir que para su otorgamiento no deba utilizarse un procedimiento determinado, sino que en aquéllas la selección del concesionario tiene que ser más cuidadosa y revestir un mayor protagonismo, pues tendrá que desarrollar una actividad que repercutirá directamente en la colectividad.¹⁴⁹

Por el sistema de elección libre, la Administración Pública tiene libertad para determinar quién es la persona a la que se le atribuirá la concesión. Aquí, el concedente es enteramente libre para elegir al concesionario, sin tener que cumplir obligatoriamente ciertos procedimientos legales. Este medio resalta la discrecionalidad de la concesión, pues la selección del concesionario se basa en su arbitrio.

No debe interpretarse la libre elección como un sistema de selección arbitrario, pues la Administración, tiene que desempeñarse en esa tarea acorde con los presupuestos y requisitos generales que hacen que su actuación sea válida. Algunos administrativistas señalan que la libertad de selección permite valorar mucho mejor la verdadera capacidad técnico-económica del interesado en adjudicarse la concesión. Sin embargo, es necesario reconocer que da un margen mayor a irregularidades que en otro procedimiento con más requisitos legales.

La licitación pública, en el plano de la concesión, es el procedimiento en virtud del cual la Administración Pública convoca públicamente, de manera abierta o general y en un plano de igualdad, a las personas interesadas, y que cumplan los requisitos legales establecidos. Luego presentan propuestas u ofertas en un plazo determinado, sobre la base de las condiciones fijadas, con el objetivo de elegir entre ellas la que ofrece mejores condiciones para el interés colectivo, de

¹⁴⁹ Matilla Correa, Andry. Aproximación teórica a los sujetos de la concesión y a sus derechos y obligaciones. p. 5.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

acuerdo con el criterio que positivamente se determine, y otorgarle la concesión administrativa.¹⁵⁰

Se reconoce por los teóricos, que el procedimiento de licitación pública está regido por varios principios propios fundamentales: Publicidad, concurrencia, competencia u oposición, igualdad, claridad de las reglas, economía, transparencia, imparcialidad, justicia e impugnabilidad. De los principios es preciso destacar en que consisten los cuatro primeros por considerar que son los que mayor relevancia.¹⁵¹

El principio de publicidad en la licitación implica que la convocatoria a la licitación y las condiciones que establece la Administración Pública sean publicadas y se den a conocer por los medios oficiales que el Estado tenga. La publicidad del llamado a licitación y de las condiciones de la misma tiene como ventaja, por una parte, que todos los interesados y no interesados conozcan la propuesta de la Administración Pública y sus condiciones, coadyuva a garantizar la legalidad del proceso selectivo y de la selección final que se realice y sobre todo un mecanismo de control de la actuación administrativa en general.¹⁵²

El principio de concurrencia ayuda a que en la licitación pública afluya el mayor número posible de personas interesadas con propuestas u ofertas; si el fin de la licitación pública es hacer la adjudicación a la propuesta más favorable para el interés público, es menester que se presente la mayor cantidad de ofertas. El licitador viene obligado a no colocar de impedimentos a la participación de los interesados en este procedimiento selectivo, si quiere que el principio surta los efectos deseados.

Para garantizar que el principio de publicidad surta el efecto propuesto por la Administración Pública, se hace necesario establecer algunas restricciones; dichas limitaciones están esencialmente encaminadas a garantizar que los

¹⁵⁰ La licitación pública, en el plano de la concesión. Tomado De: <http://www.juridicas.unam.mx>, 12 de mayo 2012.

¹⁵¹ La licitación pública está regido por varios principios propios. Tomado De: <http://www.juridicas.unam.mx>, 12 de mayo 2012.

¹⁵² *Ibidem*, ..[s.p.]

oferentes posean realmente la capacidad jurídica, económica y moral adecuada para llevar a vías de hecho el objeto de la actividad que se le puede adjudicar.

El principio de competencia o principio de oposición permite que entre los participantes en la licitación exista una situación de competencia, disputa, contienda, y oposición por obtener para sí la adjudicación; lo cual llevará a que cada oferente trate de proponer las mejores condiciones al interés público. El principio de igualdad permite que todos los oferentes deban tener iguales oportunidades para ganar la licitación; para ello, la totalidad de los participantes deben tener acceso igualitario a toda la información y un tratamiento igual, liso, semejante, en todas las fases del procedimiento.¹⁵³

El procedimiento de la licitación se descompone en varias etapas.

- Un pliego de condiciones o bases formulado unilateralmente por la Administración Pública, que detalla en forma circunstanciada y precisa, el objeto del contrato a celebrar, su regulación jurídica y los derechos y obligaciones que ha de asumir el cocontratante de la Administración.
 - Una invitación que se hace para la conclusión de un contrato, a quienes tengan interés en ello, sujetándose al pliego de condiciones o bases elaborado para la licitación. Los interesados deben formular sus propuestas con sujeción estricta a ese pliego, estableciendo el contenido del elemento variable que ha de servir para el cotejo de las ofertas. La invitación a participar en el acto puede hacerse en forma pública o privada, licitación pública o licitación privada.
 - Un acto rodeado de formalidades especiales que se celebra en el lugar, día y hora señalados en la invitación y en el cual se abren los sobres que contienen las propuestas hechas si han debido presentarse por escrito, o se formulan, si ellas deben hacerse de viva voz, de todo lo cual se deja formal constancia escrita como condición de validez del acto.

¹⁵³ Sobre el principio de competencia o principio de oposición. Tomado De: <http://www.juridicas.unam.mx>, 12 de mayo 2012.

- Una adjudicación que efectúa la Administración pública, previo estudio de las ofertas hechas, a la que se estime más conveniente, adjudicación que debe notificarse al adjudicatario, momento desde el cual el contrato queda concluido sin necesidad de ninguna otra formalidad. Jurídicamente no existe inconveniente en que la adjudicación se haga al único proponente presentado.

La adjudicación es el acto administrativo por el que la autoridad competente determina la oferta con mejores condiciones de todas las que participaron en la licitación, haciendo de su oferente la persona elegida para vincularse jurídicamente a la Administración Pública en la relación concesional. La finalidad de la licitación es la de escoger la propuesta con mejores condiciones para la colectividad de las que se presenten, por lo que en el acto de adjudicación, que es por el que se determina esa propuesta, será muy importante el criterio que se siga para tomar la decisión que dicho acto implica.¹⁵⁴

Históricamente se han configurado dos modalidades básicas de adjudicación: la subasta y el concurso, apareciendo luego otras técnicas que combinan elementos de uno y otro como el concurso-subasta. El concurso subasta consta de dos fases, la primera se utiliza para mediante criterios no económicos decantar los posibles oferentes y en la segunda fase, la adjudicación se va a otorgar al ente que haga la oferta más ventajosa económicamente.

Ramón Parada ha expresado sobre la subasta que: (...) la mesa de contratación, una vez calificadas previamente los documentos presentados en tiempo y forma, procederá, en acto público, a la apertura de las ofertas admitidas y a proponer al órgano de contratación la adjudicación al postor que ofrece el precio más bajo.¹⁵⁵ Esta forma de adjudicación tiene como ventaja que no admite la subjetividad en la elección pues la Administración Pública está obligada a seleccionar la oferta con los menores dineros a pagar y presentarse

¹⁵⁴ Parada, Ramón. Derecho Administrativo. I Parte General, Novena edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 1997.p. 318.

¹⁵⁵ *Ibidem*, p.318.

el hecho de que las tarifas vienen objetivamente determinadas en las propuestas.

En el concurso la adjudicación recaerá en el oferente que ofrezca las mejores condiciones para el interés general desde todos los puntos de vista,¹⁵⁶ teniendo en cuenta los criterios que se hayan establecido en el pliego de condiciones. El concurso tiene como ventaja en primer lugar que es menos rígido que la subasta y segundo lugar permite a la Administración realizar una valoración de parámetros contenidos en la propuesta como el precio, plazo de ejecución y entrega, calidad y rentabilidad, sin constreñirse únicamente a la parte económica.¹⁵⁷

Ramón Parada sobre el concurso expresó que a diferencia de la subasta, en el concurso el precio ofrecido es un factor más a valorar, pero no determinante para la adjudicación, para ello los pliegos de cláusulas administrativas particulares establecerán los criterios objetivos que han de servir de base para adjudicación tales como precio, las fórmulas de revisión en su caso, el plazo de ejecución o entrega, el costo de utilización, la calidad, la rentabilidad, el valor técnico. Las características estéticas o funcionales, la posibilidad de repuesto, la asistencia técnica, el servicio postventa u otros semejante, todos estos criterios se indicarán en orden decreciente de importancia y por la ponderación que se les atribuya.¹⁵⁸

Otro procedimiento que se estudia como especie de la licitación, es el de la licitación privada. Se puede definir como el procedimiento en virtud del cual la Administración Pública convoca individualizadamente a determinadas personas para que presenten ofertas o propuestas en un plazo definido, sobre la base de los requerimientos previamente fijados, con la finalidad de elegir entre ellas a la

¹⁵⁶ Dígase económico, técnico, personal, entre otros.

¹⁵⁷ Sobre el concurso. Tomado De: [http:// www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), 13 de abril 2012.

¹⁵⁸ Parada, Ramón. Derecho Administrativo. I Parte General, Novena edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A, Madrid, 1997.p. 320.

que ofrece las mejores condiciones al interés público, de acuerdo con el criterio que positivamente se determine, y otorgarle la concesión administrativa.¹⁵⁹

La diferencia esencial entre la licitación pública y la privada, está en el nivel de participación o concurrencia, en la licitación pública la concurrencia se inicia con una convocatoria pública general y en la licitación privada la participación surge a partir de un anuncio o convocatoria a un grupo de sujetos previamente escogidos por la Administración Pública.¹⁶⁰ La licitación privada estará regida por los principios de concurrencia limitada, competencia u oposición e igualdad. La desventaja que produce el no contar en la licitación privada con una concurrencia libre, debe ser vencida con un examen minucioso y preciso de los oferentes que se ha determinado convocar para lograr así, que los oferentes concurren con propuestas que sean verdaderamente convenientes al interés público. A esta modalidad de licitación también le son aplicables la subasta y el concurso como modalidades de la adjudicación.

En la práctica internacional se configura otro procedimiento para la selección del contratista de la Administración Pública en los contratos administrativos y que se denomina procedimiento negociado. El espíritu del procedimiento negociado responde, pues, a un cruce entre el antiguo concierto o contratación directa y el actual procedimiento restringido.¹⁶¹ En el procedimiento negociado se adjudicará el contrato al oferente que haga la proposición más ventajosa e su conjunto.

El procedimiento negociado, es el conducto del que se va a valer la Administración Pública, para que determinadas personas que han sido convocadas con antelación, muestren en un plazo cierto propuestas, sobre condiciones fijadas con anterioridad, elige discrecionalmente, de entre ellas, la

¹⁵⁹ Matilla Correa, Andry. Aproximación teórico- práctica a los procedimientos de selección del concesionario. Colectivo de Autores. Estudio de Derecho Administrativo Cubano. Editorial Félix Varela, 2002. p.167.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 317.

¹⁶¹ Parada, Ramón. Derecho Administrativo. I Parte general, Novena edición, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1997. -p. 317.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

que realice la propuesta más provechosa al interés públicos con el fin de otorgarle la concesión administrativa.¹⁶²

El procedimiento negociado guarda semejanza con la licitación privada, en la invitación particularizada a presentar ofertas y la concurrencia restringida; y se diferencia en que la adjudicación es discrecional, el número de concurrentes es más escaso y el número de oferentes que pueden participar viene determinado positivamente. Se parece a la libre selección, en la discrecionalidad de la adjudicación, discrecionalidad que, por supuesto, debe estar determinada a elegir la propuesta más ventajosa para la colectividad.

Además de los procedimientos ya descritos, Andry Matilla refiere que existe otro mecanismo para la selección del sujeto que integrará con el concedente la relación concesional.¹⁶³ Su característica fundamental, y su diferencia esencial con las formas anteriormente expuestas, radica en que es el interesado o potencial concesionario quien realiza el primer paso efectivo en pos de que se le adjudique la concesión, solicitando directamente a la Administración el otorgamiento de una determinada concesión administrativa o presentando un proyecto de inversión a esa entidad pública para que ésta eche a andar luego su maquinaria valorativa y selectiva con la finalidad de tal adjudicación. A esta fórmula se le denomina selección por iniciativa privada o por solicitud del particular.¹⁶⁴

El procedimiento lo utilizan indistintamente los que ven las concesiones administrativas como un contrato administrativo¹⁶⁵ y un acto administrativo.¹⁶⁶

¹⁶² Matilla Correa, Andry. Aproximación teórico- práctica a los procedimientos de selección del concesionario. Colectivo de Autores. Estudio de Derecho Administrativo Cubano. Editorial Félix Varela, 2002. p.169.

¹⁶³ Matilla Correa, Andry. Aproximación teórico- práctica a los procedimientos de selección del concesionario. Colectivo de Autores. Estudio de Derecho Administrativo Cubano. Editorial Félix Varela, 2002. p.169.

¹⁶⁴ *Ibidem.* p.170.

¹⁶⁵ En la actualidad cubana no existe. el contrato administrativo definido como tal con una regulación homogénea que lo legitime, a juicio del autor se encuentra en desarrollo el embrión de lo que pudiera convertirse en la figura autónoma del contrato administrativo a través de los llamados contratos económicos que suscribe la Administración Pública con particulares o personas jurídicas. Hasta el momento se verifican en esferas como son: minas, transporte, comunicaciones y zonas francas.

¹⁶⁶ El acto administrativo es la declaración unilateral de conocimiento, juicio o voluntad, emanada de una entidad administrativa actuando en su faceta de Derecho público, bien

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

El procedimiento a instancias del interesado en que se le otorgue la concesión puede manifestarse en dos modalidades. La primera se inicia con la presentación de una solicitud de otorgamiento de una concesión administrativa específica, donde la Administración Pública se pronuncia sobre en cuanto al otorgamiento o no de la concesión al solicitante.¹⁶⁷ En la segunda modalidad, las normas jurídicas que regulan las concesiones establecen que el interesado puede presentar una iniciativa de concesión, en la esfera que se permita, para que la Administración Pública la valore y, de considerarla viable, convoque a la presentación de ofertas para adjudicarla según el criterio de conveniencia que se prefije al efecto.

La ventaja principal que obtiene la persona que impulsó la iniciativa en esta modalidad es la de la preferencia en la adjudicación si su oferta se encuentra entre las elegibles, por estar entre las más convenientes para el interés público. A este procedimiento se recurre, sobre todo, en los ordenamientos donde la concesión es tenida como un contrato administrativo, encontrándose generalmente regulada como única alternativa de otorgamiento a iniciativa del potencial concesionario, excluyéndose la posibilidad de que la concesión se otorgue por la vía analizada. Como se puede apreciar la Administración Pública va a poner en funcionamiento el mecanismo de selección del concesionario, siempre a instancias del interesado. La ventaja económica que se le atribuye a este sistema electivo es que constituye una forma de atracción de inversiones sobre todo privadas que toma más en cuenta el interés del inversionista en relación con el objeto a conceder.

Aunque los estudiosos del tema no se han puesto de acuerdo sobre el procedimiento que deba tener preeminencia ya sea la libre elección por parte de la Administración Pública o la licitación. Un sector de la doctrina, plantea la necesidad de que la Administración tenga un poder de selección discrecional lo

tendente a constatar hechos, emitir opiniones, crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas, entre los administrados, o con la Administración, bien con simples efectos dentro de la propia esfera administrativa.

¹⁶⁷ Matilla Correa, Andry. Aproximación teórico- práctica a los procedimientos de selección del concesionario. Colectivo de Autores. Estudio de Derecho Administrativo Cubano. Editorial Félix Varela, 2002. p.171

más libre posible, para considerar adecuadamente las condiciones personales y económicas del concesionario.¹⁶⁸Otra parte de los estudios - criterio al que se afilia la investigación- opta por señalar al procedimiento licitador como la regla general para la selección del concesionario.

Este criterio se sustenta en que al establecerse un procedimiento de selección del concesionario, establecido por la ley, se garantiza la nitidez de la elección de ese concesionario restringiendo la actuación discrecional, y cargada de subjetividad, de la Administración Pública en este sentido, así el ente privado más idóneo tiene posibilidad de ser seleccionado; aunque tiene como desventaja que resta poder discrecional a la Administración Pública.

De forma general, el procedimiento regulado legalmente para el otorgamiento de las diferentes concesiones es similar. En el supuesto de las concesiones mineras, la Ley de Minas refrenda que las solicitudes de concesión se presentan por el interesado al Ministerio de la Industria Básica por conducto de la Autoridad Minera, específicamente la Oficina Nacional de Recursos Minerales.

La Oficina comprueba el cumplimiento de todos los requisitos establecidos, conformando un expediente al que adjunta un dictamen con sus consideraciones al respecto. En el expediente también incluye las informaciones existentes sobre investigaciones geológicas ya realizadas o en proceso de ejecución y las propuestas de decisiones a adoptar sobre las áreas solicitadas.

Una vez terminado el expediente la Oficina Nacional de Recursos Minerales remite al Ministerio de la Industria Básica, según establece el artículo 26 de la Ley, complementado por los artículos 5 y 6 del Decreto No. 222 Reglamento de la Ley de Minas. El artículo 27 de la Ley de Minas recoge que toda solicitud para ser titular de una concesión minera debe contener los requisitos generales siguientes:

¹⁶⁸ La Administración como poder de selección discrecional. Tomado De: <http://www.wikipedia.org>, 13 de abril de 2012.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

Los datos relativos al solicitante, así como su capacidad técnica y financiera; identificación del recurso mineral; área de la concesión que se solicita en hectáreas y su ubicación en el terreno, en el sistema de coordenadas nacionales; término por el que se solicita; los objetivos que se persiguen, así como un resumen de los trabajos que se prevé realizar y sus plazos de ejecución. En el caso de las solicitudes de concesiones de explotación, de procesamiento y de las pequeñas producciones mineras; la aprobación por el Instituto de Planificación Física de la microlocalización de la inversión y la certificación del organismo competente sobre el uso y tenencia de la tierra, y cuantos datos y precisiones sean exigibles según lo dispuesto en el Reglamento de la presente Ley.

Luego se establecen otros requisitos que debe cumplir la solicitud de acuerdo con el tipo de concesión minera que se solicite. Una vez cumplidos los requerimientos legales relacionados con la solicitud y aceptada ésta, el artículo 32 de la Ley No. 76 refrenda que el Ministerio de la Industria Básica emite dictamen al Consejo de Ministros o su Comité Ejecutivo sobre la conveniencia de otorgar o denegar la concesión al solicitante, con cuantos otros pronunciamientos procedan.

Oídos los criterios de los órganos del Poder Popular, la Oficina Nacional de Recursos Minerales notifica al solicitante, dentro del término de ciento veinte días posteriores a la aceptación de la solicitud del otorgamiento o denegación de una concesión de acuerdo con el artículo 19 del Reglamento de la Ley de Minas. Por otro lado, la misma Ley de Minas establece en el artículo 36 la posibilidad de que el Estado, a través de las personas jurídicas que se designen, puede convocar a licitaciones para la investigación geológica, explotación, procesamiento y comercialización de recursos minerales, para realizar una actividad minera en el territorio nacional, a fin de elegir la propuesta más ventajosa, sin afectar derecho adquiridos o en tramitación.

Para el caso de la pesca, el Decreto-Ley No. 164 sólo establece en el artículo 14 que la emisión, renovación, cancelación de cualquier tipo de autorización de pesca será tramitada por la Oficinas Provinciales de Inspección Pesquera y será aprobada por el Ministro de la Industria Pesquera.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

En materia de zonas francas, el mecanismo estructurado por los artículos 8, 9 y 10 del Decreto-Ley No. 165 es el que sigue: las personas habilitadas legalmente para presentar la solicitud, la presentan al Ministerio de Comercio Exterior, y conjuntamente con ella, una exposición contentiva de la información siguiente:

- Nombre o razón social y domicilio del solicitante;
- Descripción de los objetivos, actividades, estructuras, organización y servicios planeados, acorde con el plan director de desarrollo del territorio de que se trate; superficie y localización del área de la zona franca;
- Estudio de factibilidad técnica, financiera y económica del proyecto y del mercado posible;
- Indicación de la composición del capital; cronograma de ejecución del proyecto, incluyendo la inversión inicial y esquemas de las inversiones futuras; documentación que acredite su identidad y su solvencia económica.
- De tratarse de una persona jurídica, nacional o extranjera, copia de los documentos constitutivos de la entidad y de los que justifiquen los poderes del compareciente como representante legítimo de la misma, debidamente legalizado; y
- Otros datos e informaciones requeridos en casos particulares por el Ministerio de Comercio Exterior.

El Ministerio de Comercio Exterior, una vez que haya examinado la documentación presentada y consultado en su caso con otros organismos o entidades, remitirá lo actuado a la Comisión. Con estos elementos, la Comisión ofrece su opinión, y finalmente traslada el expediente conformado al efecto al Comité Ejecutivo, a fin de que resuelva lo procedente.

La concesión se otorgará o se denegará dentro del término de sesenta días naturales, contados a partir de la fecha de presentación de la solicitud, y el acuerdo gubernamental que se dicte deberá ser notificado al interesado por conducto del Ministerio para la Inversión Extranjera y la Colaboración

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

Económica. Como se puede apreciar el procedimiento otorgativo se asemeja en sus rasgos más generales para todas las concesiones.

La forma de otorgar las concesiones, es el denominado *otorgamiento a instancia del interesado*, pues el concesionario entrega la solicitud de concesión al órgano designado, previo cumplimiento de los requisitos exigidos. El órgano facultado, luego de un estudio, eleva al ente competente para el otorgamiento su dictamen sobre si es aconsejable o no otorgarla.

En el supuesto de la pesca no se prefija así el proceso, pues se carece del elemento del estudio y el dictamen. El procedimiento se realiza de la menor complejidad y trascendencia que tiene el objeto a conceder en su caso y que hace que el procedimiento sea más sencillo y menos riguroso.

La decisión se pone en conocimiento del solicitante por conducto de la entidad a la que se le entregó la solicitud. Aquí, la relación entre concedente y persona interesada no es directa, sino que en ella interviene otro órgano que es el que sí se relaciona de manera inmediata con el interesado.

Ahora bien, la legislación cubana deja siempre abierta la posibilidad, sin previa convocatoria de la Administración, para que el procedimiento concesional comience por iniciativa del concesionario potencial. Sólo se maneja la idea de que el Estado lleve esa iniciativa en las concesiones mineras, al establecer en el artículo 36 de la Ley de Minas una posible licitación, pero sin ir más allá de la mención y sin especificar la manera en que se llevará a cabo, o sus características.

También se hace mención de la licitación en la Resolución 328 de 1996 del Ministro de la Construcción. La licitación, en Cuba se reduce a su sola mención en los cuerpos legales antes mencionados; pudiendo ser utilizada sólo en las mineras, debiendo significarse que no está establecida expresamente la manera en que se realizará. De conformidad con ello, el procedimiento que se inicia con la solicitud del interesado es el que caracteriza el otorgamiento de las concesiones nacionales.

Este procedimiento tiene como desventaja que impide que la administración pública pueda conocer mayor número de ofertas, sin embargo no obliga a la

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

administración a sujetarse a determinados parámetros legales, tiene un amplio arbitrio.

Conclusiones

PRIMERA: Las concesiones administrativas se encuentran en los límites de los actos de gobierno, y no dentro de los actos administrativos, esto se debe a que el estado lleva con rigor los recursos y actividades que están a su cargo, como forma de defensa de la soberanía nacional; siendo la mejor manera de hacerlo, el que las decisiones relacionadas con esos recursos o actividades partan exclusivamente de la Administración Pública. Al Estado es al único que le incumbe, lo relativo a las concesiones, el particular o concesionario no negocia, simplemente se limita a aceptar o no las condiciones que se le imponen. El régimen concesional en Cuba recae sólo sobre dos objetos: servicios públicos y bienes de dominio público. No existen concesiones sobre obras públicas.

SEGUNDA: Del examen de la legislación cubana en relación con la concesión administrativa se manifiesta que no existe una norma general que establezca las condiciones generales de esta institución esto trae como consecuencia: casuismo, desregulación parcial, dispersión normativa de la misma y no se trata como una institución única. Lo que atenta contra el desarrollo unitario que debe tener esta institución. Los instrumentos jurídicos que se emplean para el otorgamiento son el Decreto o el Acuerdo, y la Resolución y son otorgadas por Órganos de la Administración Central de Estado; no teniendo competencia para ello los Órganos Locales de la Administración.

TERCERA: La delegación a organismos para que otorguen concesiones, van contra la naturaleza de las concesiones establecidas en Cuba, pues estos emiten actos administrativos, no de gobiernos.

CUARTA: La forma de otorgamiento, característica, para la selección del concesionario en Cuba es la denominada a instancia del interesado. La licitación, como vía para otorgar concesiones, tiene una presencia mínima en Cuba; pudiendo ser utilizada sólo en las mineras, aunque no está establecida expresamente la manera en que se realizará.

Recomendaciones

PRIMERA: Proponer a la Comisión de Estudios Legislativos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros que, a los efectos de un posible futuro instrumento legal regulador de las concesiones administrativas en Cuba, sea tenido en cuenta los recogidos en la presente investigación.

SEGUNDA: Resaltar en dicha propuesta que, en caso de adoptarse tal normativa general debe especificarse: a) determinar términos y condiciones establecidos para el otorgamiento de las concesiones administrativas, b) Establecer claridad y uniformidad en el otorgamiento de las concesiones administrativas los diferentes sectores de la inversión extranjera en Cuba.

TERCERA: Proponer el presente trabajo como material de consulta en la carrera de Licenciatura de Derecho.

CUARTA: Socializar el conocimiento contenido en el presente trabajo mediante su publicación en los espacios disponibles, y su presentación y discusión en eventos de la Unión Nacional de Jurista de Cuba y demás eventos afines al tema aquí abordado.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

Bibliografía

Acuerdos de 16 de noviembre del 2000, de 15 de diciembre del 2000 y de 22 de mayo del 2001, todos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.

La Administración como poder de selección discrecional. Tomado De: <http://www.wikipedia.org>, 13 de abril de 2012.

Autorización. En Diccionario de Derecho. 2da edición (1970).--.[s.p.].

Badell Madrid, Rafael. "El régimen de las Concesiones Administrativas".-- /Rafael Badell Madrid Caracas: ..[s.n.], 1996..

Colectivo de Autores. Estudio de Derecho Administrativo Cubano. Editorial Félix Varela, 2002. La Concesión Administrativa de Servicio Público. Maria Teresa Lanza López. p. 282.

Concesiones administrativas. En Biblioteca de Consulta Microsoft Encarta (2004)..[s.p.]

Concesiones administrativas. En Diccionario de Economía y Finanzas del Banco Central de Cuba. (200?)..[s.p.]

Sobre el concurso. Tomado De: <http://www.juridicas.unam.mx>, 13 de abril 2012.

Consideraciones generales de las concesiones administrativas. Tomado De: <http://www.Concesionesadministrativas.com>, 12 de marzo de 2012.

Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decreto-Ley No. 617. En Gaceta oficial de la República de Cuba. La Habana, 27 de octubre de 1959.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decreto-Ley No. 15.-En Gaceta Oficial de la República de Cuba.--La Habana: [s.n.], 3 de julio de 1978.

Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decreto No. 42.-En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: [s.n.], 14 de mayo de 1979.

Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decretos No. 167. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 1992.

Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Ley de Minas. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.--La Habana: Edición----- No. , 21 de diciembre de 1994.

Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decreto No. 190. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 1994.

Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Ley de la Inversión Extranjera en Cuba. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 5 de septiembre de 1995. Artículos 2 inciso f) y 24 apartados 1 y 2.

Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decreto-Ley No. 164 Reglamento de la Pesca. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 28 de mayo de 1996.

Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Decreto-Ley No. 165 "De las Zonas Francas y Parques Industriales". En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 3 de junio de 1996.

Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Acuerdo No. 2996. En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 1996.

Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Resolución No. 339. En Gaceta Oficial de la

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

República de Cuba.-La Habana: Edición----- No. , 27 de diciembre de 1999.

Cuba. Leyes, Decretos-Leyes, etc. Constitución de la República de Cuba.-En Gaceta Oficial de la República de Cuba.-La Habana: Edición Extraordinaria No. 003, 31 de enero de 2003. -p.6. --artículo 15.

Cuquet Piñón, Doralina. Las Concesiones Mineras en Cuba. Tomado de <http://www.wikipedia.org>, 16 de febrero de 2012.

Dávalos Fernández, Rodolfo. La instrumentación jurídica de la Empresa Mixta. Revista Jurídica. (La Habana) (7): 25, 1992.

_____. El Contrato de Plantas Completas. Revista Jurídica. (La Habana) (6): 45, 1985.

Fernández Bulté, Julio. Historia General del Estado y el Derecho, Primera Parte/Julio Fernández Bulté.-La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.-390p.

_____. Manual de Derecho Romano/Julio Fernández Bulté.- La Habana: Editorial Félix Varela.- 263p.

Fernández Velasco, Recaredo. Resumen de Derecho Administrativo y Ciencia de la Administración, Tomo II. 2 da edición/Recaredo Fernández Velasco.- Barcelona: Librería Bosch, 1931.- 312 p.

Garcini, Héctor. Manual de Derecho Administrativo, Tomo I. Parte General/Hector Garcini Guerra y Miguel Reyes Saliá.-.[s.l.]: Universidad de La Habana, 1963.-36-37 p.

Garcini Guerra, Héctor. Derecho Administrativo,/Héctor Garcini Guerra.-La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1982.- 262 p.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

_____, Derecho Administrativo/Héctor Garcini Guerra, 2da edición corregida y ampliada.-La Habana: Editorial Pueblo y Educación, 1986.-191 p.

Giraldo Castaño, Oscar. Derecho Administrativo General/Oscar Giraldo Castaño.- 6 ta edición Medellín: Ediciones Abogados Librería, 1995.- 395 p.

Greca, Alcides. Derecho y Ciencia de la Administración Municipal/Alcides Greca.- Tomo III. 2da edición.- Santa Fe: Imprenta de la Universidad, 1943.- 219 p.

Lanza López, María Teresa. Estudio de Derecho Administrativo Cubano/María Teresa Lanza López.- La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.- 282 p.

_____. La concesión administrativa de servicio público/María Teresa Lanza López.-La Habana: Editorial Félix Varela, 2003.- 275 p.

Ley de Inversión Extranjera para el Derecho Español y Mexicano. Tomado de:
[http:// www.juridicas.unam.mx](http://www.juridicas.unam.mx), 12 de marzo 2012.

La licitación pública, en el plano de la concesión. Tomado De:
<http://www.juridicas.unam.mx>, 12 de mayo 2012.

Marienhoff, Miguel. Tratado de Derecho Administrativo/Miguel Marienhoff.- Tomo III, 2da edición.-Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot, 1979.- 320 p.

Matilla Correa Andry. Acerca de concepto y las características de las concesiones administrativas. Revista Cubana de Derecho. (La Habana) (17): 64, enero-junio de 2001.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

Matilla Correa, Andry. Cuba y las concesiones administrativas hoy Revista Cubana de Derecho. (La Habana) (17): 69, enero-julio de 2003.

_____. El sistema concesional cubano. Revista Cubana de Derecho (La Habana) (17): 79, enero-junio de 2001.

_____. Reflexiones teóricas sobre la extinción de las concesiones administrativas/Hector Matilla Correa.- La Habana: Centro de Estudios de Administración Pública, 2007.- 210 p.

Menéndez, Servando. Resultados a raíz del Triunfo Revolucionario sobre las concesiones administrativas. Tomado De: <http://www.concesionesadministrativas.hpt//.com>, 5 de abril de 2012.

Mercadal Casañas, Ada. Acercamiento a la licitación como figura jurídica. Tomado de: [http:// www.opciones.cubaweb.cu/el asociado/mayo2005.acercamineto.htm](http://www.opciones.cubaweb.cu/el_asociado/mayo2005.acercamineto.htm), 10 de enero de 201.

Merkel, Adolfo. Teoría General del Derecho Administrativo. Revista de Derecho Privado (Madrid) 26, (15): 250. 1993.

Molinedo Chacano, José. Contratos de las Administraciones Públicas/José Molinedo Chacano, Tomo II, 2da Edición.- Madrid: El Consultor de los Ayuntamientos y de los juzgados, 1997.- 245 p.

Parada, Ramón. Derecho Administrativo/Ramón Parada, Parte general, 4ta Edición.- Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1992.- 252 p.

_____. Derecho Administrativo, Parte general, 9na Edición.- Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., 1997.- 226 p.

El procedimiento de otorgamiento de concesiones administrativas para la inversión extranjera en el ordenamiento jurídico administrativo cubano

Pérez Hernández, Lissette. Temas de Derecho Constitucional Cubano/Lissette Pérez Hernández, Martha Prieto Valdés.- La Habana: Félix Varela, 2002.- 294 p.

_____. Apuntes sobre la Propiedad, desde un punto de vista Constitucional.-La Habana: Editorial Félix Varela, 2002.- 369 p.

Pérez Gómez, Santiago. Régimen Jurídico de las Concesiones Administrativas en el Derecho Romano/Santiago Pérez Gómez.-[s.l.].[s.n.], 1996.- 184 p.

Petit, Eugene. Tratado Elemental de Derecho Romano/Eugene Petit.- Madrid: Editorial Saturnino Callejas, S.A., 1926.- 319 p.

Sobre el principio de competencia o principio de oposición. Tomado De: <http://www.juridicas.unam.mx>, 12 de mayo 2012.

Rizo Oyanguren, Armando. Manual elemental de Derecho Administrativo/Armando Rizo Oyanguren.-Nicaragua: Universidad Autónoma de León, 1991.- 245p.

Vega Vega, Juan. Derecho Constitucional Revolucionario en Cuba/Juan Vega Vega.-La Habana: Editorial de Ciencias Sociales, 1988.-152 p.

_____. Cuba: Inversiones Extranjeras a partir de 1995, 3ra Edición.- Madrid, Ediciones Endymion, 1997.-p.30.

Villar Palasi, José Luís. Principios de Derecho Administrativo/José Luís Villar Palasi, Tomo III.- Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1983.- 313 p.

Zanobini, Guido, Curso de Derecho Administrativo/Guido Zanobini, Volumen I. Parte General.- Buenos Aires: Ediciones Arayú, 1954.- 334 p.