

OBSERVACIONES SOBRE EL RÉGIMEN LEGAL VIGENTE DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS EN CUBA

Andry MATILLA CORREA*

SUMARIO: I. *Bases normativas del régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba.* II. *A propósito de la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas a la luz de la normativa vigente.* III. *Acerca de las regulaciones sobre los derechos del concesionario.* IV. *Especial referencia a la caducidad de la concesión administrativa al amparo de las regulaciones vigentes.*

I. BASES NORMATIVAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS EN CUBA

Luego de varios años de retomar a las concesiones administrativas en la práctica jurídica cubana, el primer paso que debemos dar en un análisis global de dicha figura jurídica es el que nos debe conducir a ver cómo se articula el régimen normativo vigente que regula en nuestro país a las concesiones administrativas.

Sin perjuicio de las reglamentaciones que regulan aristas muy particulares de las relaciones concesionales específicas (cuya mención aquí no aportaría mucho a nuestro objetivo), podemos establecer que el régimen legal interno de las concesiones administrativas en Cuba está determinado por las normas jurídicas que seguidamente reseñamos.

* Profesor de Derecho administrativo en la Universidad de La Habana.

La base constitucional de las concesiones administrativas se ubica en el artículo 15, párrafo tercero, de la Constitución.¹ En éste, luego de establecerse los bienes que integran la propiedad estatal y la excepcionalidad de la transmisión del derecho de propiedad sobre ellos a personas naturales o jurídicas, se dispone la posibilidad de la “transmisión de otros derechos sobre estos bienes a empresas estatales y otras entidades autorizadas, para el cumplimiento de sus fines”, según lo previsto en la ley.²

Aunque en todo el cuerpo constitucional vigente no hay mención expresa de la concesión administrativa, puede entenderse que esa figura alcanza rango constitucional de manera indirecta por el mencionado artículo 15, párrafo tercero, pues, en su dinámica funcional, la institución concesional conlleva la transmisión en favor del concesionario de derechos, distintos del derecho de propiedad (esencialmente, el uso y disfrute), sobre bienes y actividades de titularidad estatal. Ese tercer párrafo del artículo citado (consecuencia y expresión de las transformaciones económicas que enfrentó el país en los comienzos de la década de los noventa del siglo XX) constituyó el reconocimiento al más alto nivel normativo de relaciones jurídicas que anteriormente no tenían aplicación práctica en el tráfico jurídico cubano, o de aquellas que no contaban con un reconocimiento a ese nivel.

Por ese artículo 15, párrafo tercero, se le ha otorgado rango constitucional (en una acertada inclusión en ese texto, desde nuestro punto de vista valorativo) a instituciones jurídicas (como la concesión) que no presentaban anteriormente ese estatus. Si bien el párrafo mencionado está redactado de una manera que no se refiere a esas figuras de modo taxativo y explícito (por su denominación), en esa redacción pueden entender-

¹ En sentido concordante: Lanza López, María Teresa, “La concesión administrativa de servicio público”, en varios autores, *Estudios de derecho administrativo cubano*, Habana, Félix Varela, 2002, pp. 153 y 154 y el mismo trabajo esta vez en varios autores, *Temas de derecho administrativo cubano*, t. II, Habana, Félix Varela, 2004, pp. 405 y 406; y los artículos de nuestra autoría “El sistema concesional cubano”, *Revista Peruana de Derecho Público*, Lima, año 2, núm. 3, julio-diciembre de 2001, p. 158; *id.*, “Cuba y las concesiones administrativas hoy”, *Jurisprudencia Argentina, Suplemento de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, 2002-II, suplemento del fascículo n. 1, 4 de abril 2002, p. 31; *id.*, “Cuba y las concesiones administrativas hoy”, en Carello, Luis Armando (dir.), *Derecho constitucional y administrativo 3*, Rosario, Librería JURIS, noviembre de 2002, p. 211.

² Ese tercer párrafo del artículo 15 de la Constitución cubana aparece como resultado de la reforma constitucional de 1992.

se subsumidas y reflejadas todas las figuras que impliquen “transmisión de otros derechos” (excepto el de propiedad) sobre los bienes estatales enumerados en la parte inicial de ese artículo.

Desde nuestro punto de vista, el párrafo tercero del artículo 15 de la Constitución, por el rango superior de esa norma, ha sido la expresión normativa más alta de la ruptura, en el ámbito jurídico, con la línea de actuación administrativa sostenida antes de 1992, en relación con la gestión de los servicios públicos, la realización de obras públicas y la explotación de bienes públicos. La regulación contenida en el párrafo aludido es, además, una señal de la importancia que se le concedía en ese momento (y con proyección futura), dentro de la actividad administrativa cubana, a las figuras jurídicas que involucra.

Pensamos que la inclusión de la referencia a instituciones jurídicas administrativas como la concesión administrativa (que es el caso que nos interesa a los efectos de este trabajo) en la letra de la Constitución cubana (con independencia que esa referencia sea indirecta) se justifica en su necesidad, porque la dinámica relacional que esa institución abarca está en estrecha correspondencia con los principios estructurales sobre la base de los cuales se construye la proyección del actuar del Estado (de la administración pública); principios éstos, entonces, que deben encontrar expresión en la ley fundamental.

La norma con carácter más general que se refiere a las concesiones administrativas es la Ley núm. 77, Ley de la Inversión Extranjera. En su letra, las regulaciones sobre esa figura se concentran en dos artículos: el 2o., inciso f, en el que se establece qué se entiende por concesión administrativa a los efectos de ese cuerpo legal; y en el 24, apartado 2, donde se dispone el órgano que puede otorgar la concesión administrativa.

En materia de servicios públicos de telecomunicaciones, el régimen legal de las concesiones administrativas está integrado por: el Decreto núm. 275 (el acto de concesión a ETECSA); el Acuerdo núm. 3807 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros (el acto de concesión a TDATA Cuba); el Acuerdo núm. 4042 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros (el acto de concesión a Movitel, S. A.), y el Acuerdo núm. 3736 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, que regula el objetivo, las funciones y atribuciones específicas del Ministerio de la Informática y las Comunicaciones, especialmente el apartado segundo.

En materia de servicio público de acueductos, alcantarillado, saneamiento y drenaje pluvial, ese régimen se compone de: el Acuerdo núm. 3596 del

Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros (el acto de autorización de la creación de Aguas de La Habana y, a su vez, el acto de concesión a esa entidad del referido servicio); la Resolución núm. 4/2000 del presidente del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, por la que se regula las formas y condiciones en que se ejecutará la concesión otorgada por el mencionado Acuerdo núm. 3596, y el Acuerdo núm. 3954 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, por el que se aprobaron el objetivo, las funciones y atribuciones específicas del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos, especialmente el apartado segundo.

En materia de minas, el régimen legal de las concesiones administrativas tiene sus bases en: la Ley núm. 76, Ley de Minas; el Decreto núm. 222, Reglamento de la Ley de Minas; el Acuerdo núm. 2825 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, que aprobó el objetivo, las funciones y atribuciones específicas del Ministerio de la Industria Básica, especialmente el apartado segundo; el Acuerdo núm. 3190 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, por el que se delegó en el Ministerio de la Industria Básica el otorgamiento o denegación, anulación o extinción de las concesiones mineras para los minerales que enumera; el Acuerdo núm. 3632 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, sobre otorgamiento, denegación, anulación, extinción o prórrogas de concesiones mineras, según los artículos 18 y 24 de la Ley núm. 76; el Acuerdo núm. 3985 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, por el que se aprobaron las funciones y atribuciones específicas de la Oficina Nacional de Recursos Minerales.

En materia de zonas francas, el régimen legal de las concesiones administrativas se asienta sobre: el Decreto-Ley núm. 165, de las Zonas Francas y Parques Industriales; el Acuerdo núm. 3076 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, por el que se creó la Oficina Nacional de Zonas Francas; los decretos núms. 219 (modificado por Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros del 24 de mayo de 1999), 220 y 224, que constituyen los actos de concesión de zonas francas; la Resolución núm. 56/2000 del ministro de la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica, que establece las tarifas por el uso especial de zona franca; la Instrucción Z. F. núm. 1/96 del ministro de la Inversión Extranjera y la Colaboración Económica, que establece el procedimiento para la presentación de la solicitud de otorgamiento de una concesión administrativa respecto a una zona franca y su tramitación.

En materia de pesca, el régimen legal de las concesiones se sustenta en: el Decreto-Ley núm. 164, Reglamento de Pesca; la Resolución núm. 339/99 del ministro de la Industria Pesquera, que establece el sistema de concesiones para el desarrollo de la acuicultura en jaulas flotantes en aguas marinas y salobres de la República de Cuba; el Acuerdo núm. 2828 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, que aprobó el objetivo, las funciones y atribuciones específicas del Ministerio de la Industria Pesquera, especialmente el apartado segundo, modificado por el Acuerdo núm. 3154 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros; el Acuerdo núm. 2994 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, por el que se crea la Oficina Nacional de Inspección Pesquera.

En materia de puertos, el régimen legal de las concesiones administrativas se basa en: el Decreto-Ley núm. 230, de Puertos; el Decreto núm. 274, Reglamento del Decreto-Ley de Puertos; el Acuerdo núm. 3377 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros (el acto de concesión a Cubanco, S. A.), modificado por Acuerdo del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros del 29 de julio de 2002.

Del esbozo realizado sobre las principales regulaciones normativas de las concesiones administrativas pueden obtenerse varias ideas referidas ya al diseño normativo genérico del régimen jurídico de las concesiones administrativas, ya al régimen específico de las tipos de concesiones que existen reguladas, según el objeto sobre el que dichas concesiones recaen.

No debe verse la Ley núm. 77, Ley de la Inversión Extranjera, como la principal norma jurídica del sistema concesional cubano, pues de los propios preceptos contenidos en dicha disposición podemos deducir la poca vocación que lleva en sí misma esa Ley, para desempeñar el papel de norma rectora de todo el sistema de concesiones administrativas en Cuba.

En primer lugar, debe señalarse que, en lo que respecta a las concesiones administrativas, la Ley núm. 77 sólo contiene regulaciones mínimas, pues su letra se refiere de manera expresa a las concesiones administrativas únicamente en dos momentos: cuando define a la concesión a los efectos de su contenido (artículo 2, inciso f) y cuando establece que, si el objetivo de la inversión aprobada es la explotación de un servicio público, 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, bajo los términos y condiciones que establezca (artículo 24, apartado 2). Esa parquedad es conse-

cuencia lógica del objetivo fundamental de esa Ley, que es el de proveer las principios jurídicos fundamentales de la inversión extranjera en nuestro país.

Por los objetivos a los que responde, y por las regulaciones relativas específicamente a las concesiones que su cuerpo contiene, la Ley de la Inversión Extranjera no podría cumplir el rol de disposición normativa fundamental en el tema de las concesiones administrativas en Cuba. En ésta, la concesión administrativa figura sólo como una de las posibles vías en las que puede manifestarse la inversión extranjera en el país, sin ir más allá de otras disposiciones que no sea la de fijar quién es el órgano autorizante de la misma en ese caso.

De ello se colige que ese cuerpo legal carece por completo de las regulaciones fundamentales básicas que permitan establecer los principios normativos generales en cuanto al régimen jurídico de las concesiones administrativas.

Además, por el alcance objetivo de la Ley núm. 77, esa norma no alcanza a aquellas relaciones concesionales donde no hay presencia del capital extranjero en el concesionario. Relaciones que deben someterse entonces a las regulaciones de otra normativa distinta a ese Ley.

Vista así la cuestión, puede sostenerse que el ordenamiento positivo cubano muestra aún la ausencia (como en sus inicios, en 1992) de una norma jurídica principal, que establezca los principios normativos fundamentales sobre los cuales se debe desenvolver, en nuestro país, la aplicación práctica de la institución concesional administrativa.³

En nuestra opinión, esa situación, al no tener una atenuación por otra vía (como la armonía entre los distintos cuerpos normativos que incluyen regulaciones sobre las concesiones administrativas), provoca que se atente contra el carácter armónico y sistémico que debe regir en un ordenamiento positivo para que este último funcione como tal.

La carencia de una norma que sirva de centro de gravedad del sistema positivo cubano en materia de concesiones administrativas, y que opere también como fuente de aplicación supletoria, frente a las regulaciones específicas que existen sobre los distintos tipos concesionales en particu-

³ En sentido concordante: Lanza López, María Teresa, *op. cit.*, nota 1, p. 155, y *Temas...*, *cit.*, nota 1, p. 407; y los artículos de nuestra autoría “El sistema concesional cubano”, *cit.*, nota 1, p. 162; “Cuba y las concesiones administrativas hoy”, *Jurisprudencia Argentina...*, *cit.*, nota 1, p. 33; “Cuba y las concesiones administrativas hoy”, en Carello, Luis Armando (dir.), *op. cit.*, nota 1, pp. 215 y 216.

lar, tampoco tributa favorablemente a la garantía del principio de seguridad jurídica que debe informar el tráfico jurídico administrativo cubano (seguridad que no debe ser vista desde el prisma estrecho del concesionario, sino debe ir más allá y extenderse al ángulo de la administración pública y al de los usuarios y miembros de la colectividad). Ante una dispersión normativa cada vez mayor de las regulaciones sobre las concesiones administrativas, y frente a las zonas de desregulación en determinados aspectos relativos a ellas (los que tendremos ocasión de ejemplificar en algunos casos más adelante), el ordenamiento positivo cubano no aporta un criterio legal (que resultaría de esa norma general a la que nos referimos) que permita dar una unidad coherente a esa dispersión, y que actúe, a su vez, como criterio de aplicación subsidiaria al tiempo de darle solución a las cuestiones que puedan originarse en relación con los tipos de concesiones particulares existentes, y que por estar desregulados en los cuerpos normativos correspondientes carecen de una solución desde su propia norma específica. Sobre este último elemento puede decirse, igualmente, que tributa en favor del estado de desregulación anteriormente señalado.

Atendiendo ahora al régimen legal propio y específico de los tipos de concesiones administrativas regulados según el objeto sobre el que éstas recaen, hay que observar que el panorama tampoco se perfila de manera acabada, homogénea y adecuada.

Lo primero que hay que apuntar es que no todos los tipos concesionales han recibido un tratamiento legal mínimamente apropiado, e incluso algunos de ellos presentan una situación de desregulación.

Las concesiones administrativas relativas a la explotación de bienes de dominio público (entiéndase las de minas, pesca, zonas francas y puertos), presentan, en su diseño estructural legal, una mejor situación en comparación con las de servicios públicos, pues al menos en cada una de ellas se parte de una norma general de base,⁴ que aporta los fundamentos legales primarios para los otorgamientos concesionales que tienen por objeto las actividades que dichas normas regulan.

Sin embargo, la situación que presentan las concesiones de servicios públicos (telecomunicaciones y acueductos) es mucho más precaria en

⁴ Esas normas básicas son en sus casos respectivos: la Ley núm. 76 y su Reglamento, el Decreto núm. 222; el Decreto-Ley núm. 164; el Decreto-Ley núm. 165; y el Decreto-Ley núm. 230 y su Reglamento, el Decreto núm. 274.

este sentido que la aludida en el párrafo anterior, porque, más allá de los actos concretos de concesión, de reglamentos contentivos de disposiciones orgánicas sobre las facultades de los organismos de la administración central del Estado que rigen la rama dentro de la que se inserta el objeto de la concesión, y de algunas disposiciones que establecen otros efectos de esos actos concesionales concretos, tales concesiones no cuentan con un soporte legislativo que contenga los principios básicos a los cuales responder. Los actos de concesión (en nuestro país se conciben normativamente como actos administrativos, como veremos más adelante) no deben confundirse con normas de carácter legal o reglamentario, pues entre ambos hay diferencias de sustancia y de naturaleza jurídica. De ese estado de hecho resulta una inapropiada desregulación de las concesiones administrativas de servicios públicos que existen actualmente en nuestro país.

Asimismo, como tendremos oportunidad de develar desde algunas aristas en el transcurso de este apartado, las normas relativas a los diversos tipos concesionales presentan enfoques heterogéneos a la hora de regular cuestiones de manifestación común en ellas. Esto genera una disparidad de criterios que se manifiestan en imprecisiones técnicas lamentables.

La articulación legal que se le da actualmente a la figura de la concesión administrativa en nuestro país no favorece su perfeccionamiento y desarrollo jurídico. Notamos que se está regulando la concesión de forma atomizada. Se asume, no como una única figura jurídica (que por ser tal tiene puntos comunes a toda clasificación o división que se establezca), sino como que existen tantas instituciones concesionales como objetivos distintos y particulares haya, sin tener relación, por tanto, un tipo de concesión con el otro, a partir de bases comunes o de un criterio de uniformidad. Desde nuestro punto de vista, la manera empleada para ordenar legalmente a las concesiones administrativas desvirtúa el desarrollo unitario, sistémico y ordenado que debe tener la concesión en el orden positivo.

Es necesario potenciar decididamente la satisfacción del imperativo teórico y práctico de crear un cuerpo legal aunador de los principios generales de la concesión, con el lógico desenvolvimiento de cada tipo que así lo amerite en una legislación especial, pues esa acción se nos aparece como la forma de actuación jurídica adecuada y consecuente para enfrentar, revertir y evitar las consecuencias perjudiciales que la falta de una disposición de esa índole genera que se están manifestando en nuestro ordenamiento positivo y en la realidad jurídica que envuelve a las concesiones.

En nuestra opinión, el orden positivo cubano requiere, desde hace tiempo, la creación de una norma legal básica que aúne criterios y fije principios normativos generales por los que se rija la aplicación de las concesiones administrativas en el tráfico jurídico administrativo cubano. En este sentido, conocemos que desde hace varios años se está preparando un proyecto legislativo en función de crear una norma básica para las concesiones administrativas; proyecto que, a pesar del tiempo transcurrido y las variadas versiones que ha tenido, aún no ha acabado de concretarse en una disposición legal.

Además de los consiguientes beneficios en el plano de la ordenación, un adecuado diseño legal en el campo de las concesiones administrativas, en este caso específico, coadyuvaría a reforzar la seguridad jurídica en las relaciones económicas con la administración pública cubana y a que se alcancen eficazmente las consecuencias jurídicas propias de tales relaciones, más allá de los mecanismos de garantía extralegal que puedan operar.

II. A PROPÓSITO DE LA NATURALEZA JURÍDICA DE LAS CONCESIONES ADMINISTRATIVAS A LA LUZ DE LA NORMATIVA VIGENTE

Un análisis consecuente de la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas a la luz del ordenamiento positivo vigente⁵ presupone la necesidad de tomar como punto de referencia obligado las definiciones legales que, sobre esa institución, aparecen reflejadas en la letra de las disposiciones normativas que así lo refrendan. Tales definiciones legales figuran establecidas en: los artículos 17 de la Ley núm. 76, Ley de Minas; 2o., inciso f, de la Ley núm. 77, Ley de la Inversión Extranjera; 15 del Reglamento de Pesca, el Decreto-Ley núm. 164; 2o., apartado 2, párrafo quinto, del Decreto-Ley núm. 165, de las Zonas Francas y Parques Industriales; el apartado tercero de la Resolución núm. 339 de 1999 del Ministro de la Industria Pesquera; en la legislación de puertos no hay una definición legal de concesión administrativa, pero en el tercer *por cuanto*

⁵ Véase nuestros anteriores artículos: “El sistema concesional cubano”, *cit.*, nota 1, pp. 168 y ss.; “Cuba y las concesiones administrativas hoy”, *Jurisprudencia Argentina...*, *cit.*, nota 1, pp. 33 y ss.; “Cuba y las concesiones administrativas hoy”, en Carello, Luis Armando (dir.), *op. cit.*, nota 1, pp. 220 y ss.

del Acuerdo de concesión a Cubanco, y del Acuerdo del 2002 modificativo de ese primer Acuerdo, ambos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, se recoge la definición que aparece en la Ley núm. 77 de concesión administrativa. En cuanto a las concesiones de servicios públicos existentes, éstas fueron otorgadas a través de un Decreto (el núm. 275 en el caso de ETECSA) y de acuerdos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros (los núms. 3807 y 4042), que son los instrumentos jurídicos administrativos que utilizan el Consejo de Ministros y su Comité Ejecutivo, para emitir sus declaraciones volitivas unilaterales (reglamentos y actos administrativos).

Para poder valorar en su justa dimensión los pronunciamientos de la normativa cubana sobre la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas, y derivar de ahí las conclusiones más acertadas, nos proponemos dividir nuestro enfoque en dos vertientes: la primera, sobre la base de las distintas definiciones que la propia normativa cubana plantea al respecto; la segunda, tomando como centro de atención la visión general que impera sobre la naturaleza jurídica de la concesión administrativa en el orden positivo, más allá de regulaciones específicas en alguna norma.

Ajustándonos ahora a la primera de esas vertientes apuntadas, debemos decir que el estudio debe partir, a su vez, de la agrupación de los preceptos legales atendiendo a la similitud de los mismos en la definición que contienen. Lo cual nos conduce por el camino de tener que considerar tres grupos en este sentido.

En una primera agrupación de preceptos, centraremos nuestra atención en los artículos siguientes: el 17 de la Ley núm. 76;⁶ el 2o., inciso f, de la Ley núm. 77;⁷ el 2o., apartado 2, párrafo quinto, del Decreto-Ley núm. 165;⁸ y

⁶ En el artículo 17 de la Ley núm. 76, ley de Minas, se establece que a los efectos de la misma se entiende por concesión minera: "... La relación jurídica nacida de un acto gubernativo unilateral por el que se otorga temporalmente a una persona natural o jurídica el derecho de realizar actividades mineras, bajo las condiciones y con todos los derechos y obligaciones que esta Ley y su Reglamento determinan...".

⁷ El artículo 2o., inciso f, de la Ley núm. 77, Ley de la Inversión Extranjera, define como concesión administrativa: "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 a explotar una obra pública bajo los términos y condiciones que se establezcan".

⁸ En el artículo 2o., apartado 2, párrafo quinto, del Decreto-Ley núm. 165, de las Zonas Francas y Parques Industriales, se define la concesión como: "acto unilateral del

el tercer *por cuanto* del Acuerdo de concesión a Cubanco, y del Acuerdo del 2002 modificativo de ese primer Acuerdo, ambos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros.⁹ El denominador común de esas disposiciones, que representan un bloque de regulación sobre las concesiones cualitativa y cuantitativamente importante desde los puntos de vista jurídico y económico, es el de entender a la concesión administrativa como un “acto gubernativo” o un “acto del gobierno de la República de Cuba”.

Desde esa perspectiva, el orden positivo cubano se inclina por la idea de la unilateralidad en las concesiones, pero rompe con el planteamiento típico que sobre esa unilateralidad se ha hecho, al señalar que la concesión es un acto gubernativo o acto del gobierno y no un acto administrativo. Decimos que rompe con tal planteamiento, porque en los que siguen esa posición no encontramos una línea teórico-práctica que considere el calificativo que las mencionadas normas cubanas utilizan: acto de gobierno.¹⁰ En este sentido, la unilateralidad de la concesión está asociada a la figura del acto administrativo.

Por tal motivo, la distinción entre los actos de gobierno y los actos administrativos adquiere relevancia a los efectos de estas líneas.

Desde el propio siglo XIX se ha intentado delimitar la fisonomía de la categoría acto de gobierno y sus diferencias con los actos administrativos; aunque el resultado obtenido no está en exacta proporción con el esfuerzo que se ha realizado. Mucho se ha escrito entonces desde ese tiem-

Gobierno de la República de Cuba, por el que se otorga a una persona natural o jurídica la facultad de fomentar y explotar una zona franca, con sujeción al cumplimiento de determinadas condiciones”.

⁹ En ese *por cuanto* se recoge la definición que aparece en la Ley núm. 77 de concesión administrativa

¹⁰ En la literatura jurídica analizada no encontramos un supuesto que catalogue de lleno a la concesión como un acto de gobierno. Sólo en el caso del español Carlos Puyuelo (*Derecho minero*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1954, p. 61) hemos podido constatar que un autor utiliza esa calificación para referirse a la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas. Dicho autor plantea en la referida página: “... Por ello nos inclinamos a ver en la concesión un acto del Poder público, un acto de gobierno para el cumplimiento de los fines del Estado que implica el nacimiento de ciertos derechos a favor del particular en cuanto éste ha de realizar determinadas prestaciones y que suele revestir forma contractual más o menos acusada según la clase de concesión como medio de expresar la aceptación de las obligaciones y condiciones impuestas”. Sin embargo, y a pesar del uso de la expresión “acto de gobierno”, si seguimos el hilo conductor de las ideas de Puyuelo, podremos constatar que sus conclusiones nos acercan al prototipo del acto administrativo requerido del consentimiento del particular.

po hasta hoy respecto al acto de gobierno.¹¹ Es por esa razón (y porque su tratamiento específico a fondo excedería los marcos de nuestros objetivos en estas líneas) que no nos detendremos a analizar todo lo concierne a este tipo de acto, sino que nos limitaremos simplemente a fijar unas ideas básicas para apreciar su noción y lo que en ella subyace.

El acto de gobierno, y su presencia dentro de los ordenamientos jurídicos, ha sido una de las figuras jurídicas más atacadas dentro del derecho público, especialmente por su efecto de no ser revisable en la vía contenciosa-administrativa.

Como construcción jurídica, su origen se debe al Consejo de Estado francés,¹² en unas circunstancias políticas peculiares. En la década de los años veinte del siglo XIX, el Consejo de Estado francés, especialmente en el *arrêt Laffitte* del 1o. de mayo de 1822,¹³ inauguró una línea jurisprudencial que excluía del conocimiento jurisdiccional por exceso de poder las reclamaciones contra los actos emanados de la administración pública que tuvieran una motivación política, evitando así conocer de tales reclamaciones vinculadas a cuestiones políticas. Esta decisión fue un medio de defender su existencia y atribuciones durante el periodo de la res-

¹¹ Nos limitaremos sólo a mencionar algunos textos importantes de diversos países, que tratan la cuestión de los actos políticos o de gobierno, dentro de los tantos que hay en la bibliografía jurídica: Duez, Paul, *Les actes de gouvéasement*, París, Librairie du Recueil Sirey, 1935; Carré de Malberg, R., *Teoría General del Estado*, 2a. ed. en español, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 480 y ss.; Apelt, Willibalt, “L’acte de gouvéasement dans la jurisprudence et la doctrine en France et en Allemagne”, trad. de Marcel Martín, *Le Conseil D’État. Livre Jubilaire*, París, Recueil Sirey, 1952, pp. 633 y ss.; Borsi, Umberto, *La giustizia amministrativa*, CEDAM, Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, 1930, pp. 16 y 17; García de Enterría, Eduardo, “La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo (poderes discrecionales, poderes de gobierno, poderes normativos)”, en Nieto, Alejandro, *34 artículos seleccionados de la revista de Administración Pública en ocasión de su centenario*, Madrid, Instituto Nacional de la Administración Pública, 1982, pp. 508 y ss.; *id.*, y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 11a. ed., Madrid, Civitas, t. I, pp. 574 y ss.; Gordillo, Agustín, *Tratado de derecho administrativo*, t. II: *La defensa del usuario y del administrado*, 4a. ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 2000, pp. VIII-1 y ss.; Ríos Elizondo, Roberto, *El acto de gobierno. El poder y el derecho administrativo*, México, Porrúa, 1975, pp. 387 y ss.

¹² Como una de las escasas máculas de la historia ejemplar de ese Consejo de Estado la califican García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *op. cit.*, nota anterior, p. 575.

¹³ Véase Long, M. *et al.*, *Les grands arrêts de la jurisprudence administrative*, 7a. ed., París, Sirey, 1978, p. 15.

tauración borbónica, frente a una realidad política que le era hostil a ese Consejo por su origen napoleónico. A partir de ese momento surgió lo que se conoce como la “teoría del móvil político”, por la que siempre que un acto fuera dictado por una autoridad administrativa con un fin político, sería un acto de gobierno y no un acto administrativo, y, por ser tal, no podía ser recurrido en la vía contencioso administrativa; convirtiéndose así en un acto inatacable jurisdiccionalmente.

En la década de los años setenta del siglo XIX, en el *arrêt Prince Napoléon*, del 19 de febrero de 1875, con conclusiones del comisario David,¹⁴ el Consejo de Estado francés modificó su posición al respecto y redujo los actos de gobierno a determinados actos en concreto, dando origen a la “teoría de la naturaleza del acto”; por la que se circunscriben los actos de gobierno a un grupo de actos cuya composición ha variado con el tiempo (merced sobre todo a la expansión del alcance del principio de tutela judicial efectiva sobre los actos de la administración pública) y se ha anclado básicamente en los actos relativos a las relaciones internacionales, a las relaciones entre los poderes públicos, los actos de indulto, amnistía, declaraciones de guerra y situaciones excepcionales.¹⁵

Sin embargo, el saldo final actual en relación con los actos de gobierno, cuyo efecto fundamental está en que los acompaña el beneficio de la no revisión jurisdiccional de los mismos en sede contencioso administrativa, es el de la tendencia a la reducción a su mínima expresión, frente a la extensión del alcance objetivo de la garantía del control jurisdiccional de los actos que emanan de la administración pública. Ello es así porque la categoría actos de gobierno ha sido una figura imprecisa en su contenido y con una clara vocación de vulnerabilidad para dar cabida a un desnaturalizado ejercicio del poder público.

En definitiva, lo que impulsa la distinción entre actos de gobierno y actos administrativos es la diferencia entre la función de gobierno o gubernativa y la función administrativa, como dos funciones de contenido diverso cuyo ejercicio normalmente confluye en un mismo órgano de la

¹⁴ *Ibidem*, pp. 14 y ss.

¹⁵ Nótese que en nuestro país, a tenor de lo dispuesto en el artículo 90 de la Constitución, muchos de estos actos enumerados corresponden como facultad al Consejo de Estado y no al Consejo de Ministros como Gobierno de la República.

estructura estatal.¹⁶ Ambos actos son expresiones características correspondientes a las mencionadas funciones de gobierno (acto de gobierno) y administrativa (acto administrativo). La primera, orientada al establecimiento y conducción de la línea política por la que ha de encauzarse el grupo social políticamente organizado; y la segunda, perfilada hacia la satisfacción directa de las necesidades colectivas, de las cuales depende la marcha de ese grupo social en cuanto colectividad.

En una conclusión parcial de lo dicho hasta aquí, afirmamos, entonces que la definición que sobre las concesiones administrativas se hace en los aludidos artículos de la Ley núm. 76, de la Ley núm. 77, y del Decreto-Ley núm. 165 al calificarla de acto gubernativo o del gobierno, es, en buena medida, resultado y expresión de que no se tuvieron en cuenta las diferencias teóricas y técnicas que se presentan para deslindar cuándo el Consejo de Ministros actúa en función de gobierno y cuándo lo hace en función administrativa.¹⁷

El artículo 95, párrafo primero, de la Constitución, al regular que el Consejo de Ministros es el máximo órgano ejecutivo y administrativo y constituye el gobierno de la República de Cuba, deja claro que en ese Consejo convergen la condición de máximo órgano administrativo y órgano de gobierno del país. Por lo que se puede entender que la propia Constitución enuncia un criterio formal que pretende distinguir cuándo el Consejo de Ministros ejerce gobierno y cuándo ejerce administración. Sin embargo, atendiendo a la realidad política cubana y el diseño estructural y funcional de los órganos de poder público en Cuba, a partir del principio de unidad de poder, el ordenamiento positivo nacional no resulta claro al establecer materialmente en qué órgano se ubica, principalmente, el ejercicio de la función de gobierno, a pesar de que constitucionalmente se establezca que el Consejo de Ministros constituye el gobierno, pues, en sentido material, varias de las atribuciones del Consejo de Estado son atribuciones también de contenido gubernativo.¹⁸

¹⁶ Contrástese ese planteamiento con el desarrollo de las funciones del Estado que realiza Fernández Bulté, Julio, *Teoría del estado y el derecho*, t. I: *Teoría del Estado*, Habana, Félix Varela, 2002, pp. 62 y ss.

¹⁷ Véase, por ejemplo, la manera en que se expresaba Vega Vega, Juan, *Cuba: inversiones extranjeras a partir de 1995. Comentarios a la ley cubana de 1995 de la inversión extranjera*, Madrid, Endymión, 1995, p. 44, a tenor de la definición legal de concesión administrativa contenida en la Ley núm. 77.

¹⁸ Véase, especialmente, los artículos 90 y 98 de la Constitución, en los que se determinan, respectivamente, las atribuciones del Consejo de Estado y del Consejo de Ministros.

Más allá de confusiones al tiempo de determinar efectivamente los ámbitos de actuación gubernativa y administrativa del Consejo de Ministros en nuestro país, debemos precisar que la concesión administrativa no es un otorgamiento gubernativo, sino un otorgamiento administrativo. La concesión administrativa es, *per se*, un acto de naturaleza administrativa (mírese desde la bilateralidad o desde la unilateralidad) y no un acto de gobierno, porque, en sí misma no es expresión ni resultado de la actividad del Estado como entidad política, sino de la administración pública, como aparato de ese Estado, en función de garantizar las necesidades de dicha entidad que le permiten marchar como colectividad. La concesión administrativa no busca establecer líneas de conducción política del grupo social políticamente organizado, sino que es expresión concreta de esas líneas para garantizar la marcha de ese grupo en cuanto colectividad.

Además, la concesión administrativa es un acto perfectamente recurrible por las vías jurisdiccionales establecidas, en caso de que origine controversias.

En definitiva, la concesión administrativa es expresión de la función administrativa que realiza el Consejo de Ministros y no de su función de gobierno. Y, como tal, tendrá todas las implicaciones jurídicas que acompañan a los actos de índole administrativa en nuestro país.

Un elemento que ha podido actuar en favor de la idea de que las concesiones administrativas sean entendidas legalmente como actos gubernativos unilaterales, puede ubicarse en la memoria histórica cubana. Antes del triunfo de la Revolución, la institución concesional sirvió como instrumento para poner en manos privadas, nacionales y extranjeras (con predominio norteamericano), importantes bienes y servicios públicos; acentuando la penetración y dependencia político-económica y estampándonos el sello de la dominación. Cuando se mira desde nuestros días el pasado anterior a 1959, la concesión administrativa bien puede ser sinónimo de “hipoteca de la soberanía nacional”.

Ese antecedente negativo, unido a la circunstancia coyuntural económica y política que propició la reaparición de la concesión administrativa en nuestro país, hace que se vea reforzada la arista política alrededor de esa institución jurídica administrativa. La amarga experiencia que se tuvo con las concesiones administrativas antes de 1959 y la realidad política que rodea el desarrollo de la vida cubana actual son factores de peso para sostener que no pueden ponerse en manos de cualquier inversor privado (en nuestro caso, inversor extranjero) los bienes y servicios públi-

cos de importancia para el desarrollo de la nación, a pesar de las dificultades económicas. De ahí que el otorgamiento de una concesión a una entidad donde intervenga el capital privado lleve aparejada una cuidadosa valoración política.

Desde el punto de vista netamente político, la operatividad de esos argumentos es totalmente válida. Pero desde el enfoque eminentemente jurídico —muy cercano a la política, pero no cubierto por ella totalmente— no es exclusivamente suficiente para determinar la construcción de la naturaleza jurídica de una figura del derecho.

Lo primero que debe tomarse en cuenta, en lo atinente a las concesiones administrativas, es que éstas (como el resto de las instituciones jurídicas en el derecho administrativo y en el sistema de derecho en general) son sólo instrumentos en manos de los hombres, para que éstos puedan hacer valer y alcanzar los intereses que los mueven dentro de la vida social. Como medios al fin, ellas no están aptas, *per se*, para desatar consecuencias positivas o negativas en contra de los intereses colectivos. Quienes provocan las consecuencias negativas y desnaturalizan las instituciones jurídicas en la consecución de intereses desviados, son los hombres que hacen uso abusivo de ellas.

Estigmatizar a una figura jurídica porque en el pasado fue utilizada para manejos turbios es un argumento que peca de superficial, al atacar la forma y no el fondo de la cuestión, pues hace caso omiso de la verdadera raíz de todos los males: los intereses mezquinos y egoístas del hombre. No debe olvidarse nunca que la espada en poder de los verdugos se traduce en destrucción y muerte, pero en manos de los bienhechores significa esperanza; quien traza el camino de la espada no es ella misma, sino la mano que la empuña.

Por lo tanto, a la luz de la Cuba de hoy, carece de fundamento sólido recelar de la concesión administrativa y de los peligros que ella puede acarrear, en relación con un posible menoscabo de la soberanía nacional. Además, la propia dinámica funcional de la concesión administrativa dota a la administración pública de los mecanismos necesarios para la salvaguarda de esa soberanía, a partir del conjunto de poderes jurídicos que ella ostenta en los marcos de esa relación.

Por otro lado, la realidad que rodea el desenvolvimiento práctico de las relaciones concesionales en Cuba plantea características especiales que permiten impulsar el desarrollo de esa figura desde nuestra propia vivencia, sin el lastre del pasado.

Si hacemos un recorrido por la totalidad de las concesiones otorgadas, veremos que lo que inicialmente salta a la vista es que la abrumadora mayoría de los concesionarios en nuestro país son empresas estatales, entidades públicas con forma de asociación privada y empresas mixtas. En consecuencia, se justifica poco una visión estrecha de la relación concesional como posible “título de hipoteca de la soberanía de los cubanos”.

La relación que se establece entre el concesionario y el concedente, al amparo de la vida cubana actual, no es una “lucha de contrarios”, donde se debe tratar de “estar en guardia” con el primero. El nexo concesional es un vínculo de colaboración donde se llama al concesionario, y se le abre un espacio, para que participe en calidad de colaborador, y no de oponente, en la gestión de una actividad administrativa objeto de concesión; dejando siempre a salvo la defensa del interés público a partir de las potestades del concedente. La concesión asume hoy así la cualidad de vía alternativa válida (incluso en zonas inexploradas como el ámbito local u otros tipos de servicios públicos que no sean los de telecomunicaciones y acueductos) para solucionar determinados problemas de prestación de servicios públicos, de realización de obras públicas y de mejor aprovechamiento de la riqueza contenida en algunos bienes públicos, donde esos objetos de concesión deben ponerse en manos de aquellos que puedan y deban hacer de su gestión una acción más eficaz y eficiente para la colectividad.

A tenor de lo dicho, es que consideramos que la visión que debe imperar en nuestro país sobre la concesión administrativa debe trascender de una vez y para siempre el perímetro achicado de verle como que la contraparte de la relación involucra exclusivamente a un concesionario privado, para abarcar una perspectiva más amplia y real: la de ser un título jurídico que habilita a una persona diferente al concedente para el ejercicio de una zona de actividad cuya titularidad le corresponde al segundo.

La concesión administrativa es hoy en nuestro país un medio que sirve para ordenar ciertas relaciones jurídicas administrativas donde la administración pública, titular de una actividad administrativa, habilite a otra persona (privada o pública), para que, por esa vía, esta última participe en la gestión de dicha actividad. Actividad que sólo puede ejecutarse por un sujeto distinto a su titular si éste obtiene un título de esa naturaleza, porque su contenido está sustraído del tráfico jurídico privado y de la esfera de actuación subjetiva individual. De ahí entonces que la concesión

constituya un medio de acción jurídica administrativa por excelencia y no un medio de acción política o gubernamental.

Desde nuestra perspectiva, todo lo antes expuesto nos ofrece los elementos valorativos necesarios para no apoyar como acertado el enfoque que de la naturaleza jurídica de la concesión administrativa se refleja en los artículos 17 de la Ley núm. 76, 2o., inciso f, de la Ley núm. 77 y 2o., apartado 2, párrafo quinto, del Decreto-Ley núm. 165.

Al definirse por parte de la normativa cubana vigente la concesión administrativa como un acto gubernativo o del gobierno se evidencia cómo se ha hecho un uso inapropiado de la categoría “actos de gobierno”, lejos del alcance real de tal categoría. Y podemos interpretar que en esa preceptiva se soslayó la dimensión adecuada de las nociones de acto administrativo, función de gobierno, función administrativa, y de la propia idea de concesión administrativa, a la hora de asumir una posición sobre su definición y naturaleza jurídica, desde el ámbito normativo.

La segunda definición legal por analizar es la de concesión de pesca, contenida en el artículo 15 del Decreto-Ley núm. 164;¹⁹ y en la que se cataloga a la concesión administrativa como una autorización.²⁰ En el artículo 13 del Decreto-Ley núm. 164 se realiza una construcción legal donde se entiende que la autorización es un *genus* que comprende como especies a la concesión, a la licencia y al permiso.²¹ De ese forma, y a los efectos de esa disposición legal, la concesión administrativa no es otra cosa que una especie del género “autorización”.

¹⁹ En el artículo 15 del Reglamento de Pesca, el Decreto-Ley núm. 164, se destaca que las concesiones de pesca son aquellas autorizaciones que con tales fines se emiten por un periodo mínimo de cinco años. Véase el cuarto *por cuanto* de la Resolución núm. 339/99 del ministro de la Industria Pesquera.

²⁰ En la literatura jurídica administrativa cubana, Andrés Segura Cabrera (*La zona marítima terrestre, la propiedad privada, el dominio nacional y el uso público. Puertos, muelles, concesiones, obras, baños, arenas, pesca*, Habana, Casa Editorial Librería “Cervantes”, 1925, p. 209) expresaba sobre el concepto de concesión: “... ceñido el concepto a la rama del derecho administrativo, se toma por concesión, la autorización que se le da a una compañía o a un particular para la construcción o explotación de una obra, a la que queda obligado, pudiendo disfrutar de su uso y beneficio”. Véase lo que recogía el máximo tribunal cubano, en sede contencioso administrativo, en la sentencia núm. 18 del 25 de noviembre de 1904.

²¹ En la primera parte del artículo 13 de Decreto-Ley núm. 164 se regula: “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 y permisos de pesca estableciendo los requisitos y mecanismos correspondientes para su otorgamiento y control...”.

Por lo pronto, resulta discutible el elemento de base que asume el Reglamento de Pesca (Decreto-Ley núm. 164) para distinguir o tipificar a la concesión, a la licencia y al permiso. El criterio básico de distinción que se toma en esa norma parte del tiempo de duración de la “autorización”. Así, la autorización que se emite como mínimo por cinco años es una concesión;²² la que se emite anualmente es una licencia;²³ y la que se otorga temporalmente y con fines específicos es un permiso.²⁴

De la construcción legal que realiza el Decreto-Ley núm. 164 se puede observar que asumió un criterio muy superficial y desajustado a la realidad, para tipificar o marcar diferencias entre las figuras de la autorización, la concesión, la licencia y el permiso; y no tuvo en cuenta las diferencias de sustancia entre esas instituciones jurídicas, especialmente entre la autorización y la concesión. El parámetro de la mera prolongación en el tiempo, que si es mayor o menor convertirá a una autorización en concesión, licencia o permiso, seguido por el Reglamento de Pesca, es del todo insuficiente para pretender tipificar las figuras señaladas, pues el elemento temporal no es más que una consecuencia del ejercicio de los derechos que de esos actos se derivan, de la cualidad de los mismos y de la intensidad que reviste ese ejercicio.

Pretender unir a la autorización y la concesión bajo la idea de que son una misma figura, y hacer de la concesión un tipo de autorización, evidencia una identificación de instituciones jurídicas distintas que resulta técnicamente imprecisa y trasunta un desconocimiento de lo que ambas instituciones encierran. Además de que se pasa por alto la dinámica funcional propia que las caracteriza y determina.

La teoría administrativista, igualmente desde el siglo XIX, se ha empeñado en fijar las diferencias entre la autorización y la concesión administrativa. Si bien a simple vista la autorización y la concesión administrativa pudieran parecer actos identificables, pues de las dos resulta la posibilidad del ejercicio de derechos por parte del autorizado y del concesionario, existen diferencias sustanciales entre ellos que los llevan a ser actos distintos en su naturaleza jurídica. Con mayor o menor claridad es

²² Véase el artículo 15 del Decreto-Ley núm. 164.

²³ *Ibidem*, artículo 16: “Las licencias de pesca son autorizaciones que se emiten anualmente y podrán tener un carácter renovable...”.

²⁴ *Ibidem*, artículo 18: “Los permisos de pesca son aquellas autorizaciones que se otorgan solamente en carácter temporal y para fines específicos”.

hoy un lugar común entre los científicos del derecho administrativo que ambas figuras jurídicas, desde el punto de vista estrictamente técnico, son dos instituciones jurídicas diferentes.²⁵

La autorización es el acto administrativo en virtud del cual se permite a determinada persona el ejercicio de una actividad de carácter privado (actividad que no es entonces de titularidad pública) y cuyo ejercicio se encuentra limitado en función del interés público.²⁶

El punto de diferenciación clásico entre la autorización y la concesión está dado porque la autorización no determina el surgimiento, en el auto-

²⁵ Para la distinción en la doctrina entre la autorización y la concesión véase, entre muchos otros, a: Batbie, A., *Traité théorique et pratique de Droit Public et Administratif*, Paris, Deuxième édition, L. Larose et Forcel Libraires-Editeurs, 1888, t. VII, p. 239; Mayer, Otto, *Derecho administrativo alemán*, t. II: *Parte especial. Poder de policía y poder tributario*, trad. de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Depalma, 1950, pp. 59 y ss.; Ranelletti, Oreste, “Teoria generale delle autorización e concessioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorización e concessioni amministrative”, aparecido en 1894 en *Giur. ital.* y consultado por nosotros en Ranelletti, Oreste, *Scritti giuridici scelti*, t. III: *Gli atti amministrativi*, Edizioni a cura di Erminio Ferrari y Bernardo Sordi, Jovene editore, Facoltà di Giurisprudenza dell’Univéasesità di Camerino, 1992, pp. 35 y ss.; *id.*, *Teoria generale degli atti amministrativi speciali*, settima edizione riveduta e integrata, Milán, Dott. A. Giuffrè, 1945, pp. 21 y ss.; Zanobini, Guido, *Curso de derecho administrativo*, vol. I: *Parte general*, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954, pp. 335 y ss.; Vitta, Cino, *Diritto Amministrativo*, 4a. ed., Torino, Unione Tipográfica-Editrice Torinese, 1954, vol. 1, pp. 35 y ss.; Alessi, Renato, *Instituciones de derecho administrativo*, 3a. ed., trad. de Buenaventura Pellisé Prats, Barcelona, Bosch, 1970, t. I, pp. 313 y ss.; Caseta, Elio, *Manuale di diritto amministrativo*, 4a. ed., Milán, Dott. A. Giuffrè Editore, 2002, pp. 296 y ss.; Martín-Retortillo Baquer, Sebastián, “Acción administrativa sanitaria: la autorización para la apertura de farmacias”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, año VIII, núm. 24, septiembre-diciembre de 1957, pp. 146 y ss.; García-Trevijano Fos, José Antonio, *Los actos administrativos*, 2a. ed., Madrid, Civitas, 1991, pp. 245 y ss.; García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 8a. ed., Madrid, Civitas, 2002, t. II, pp. 133 y ss.; Santamaría Pastor, Juan Alfonso, *Principios de derecho administrativo*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 1999, vol. II, pp. 267 y 268; Desdentado Daroca, Eva, *El precario administrativo. Un estudio de las licencias, autorizaciones y concesiones en precario*, Pamplona, Aranzadi, 1999, pp. 65 y ss.; Diez, Manuel María, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1956, pp. 97 y ss.; Cassagne, Juan Carlos, *La intervención administrativa*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, pp. 77 y ss.

²⁶ Para Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández (*op. cit.*, nota anterior, p. 137): “... la autorización se perfila hoy como un acto de la administración en el que ésta consiente a un particular el ejercicio de cierta actividad privada, aunque inicialmente prohibida con fines de control administrativo de su ejercicio, constituyendo al propio tiempo la situación jurídica correspondiente”.

rizado, de un nuevo derecho, sino que solamente hace posible el ejercicio de un derecho que ya le pertenece, pero ese ejercicio estaba sometido a limitación en interés público; como dijera Ranelletti, la autorización es un acto de “remoción de límites y consiguiente transformación de un derecho potencial en actual”.²⁷ Mientras que en la concesión administrativa se le otorga al concesionario el derecho de ejercer temporalmente una actividad cuya titularidad no le corresponde (está sustraída del tráfico jurídico privado), sino que la tiene la administración pública concedente; por lo que el acto de concesión constituye en el concesionario un nuevo derecho, cuya cualidad es diferente a aquellos que de ordinario ostenta en su esfera de actuación subjetiva como individuo y que tiene un precedente en la esfera funcional del concedente.

La concesión se refiere a una actividad sobre la cual la administración pública tiene un monopolio de derecho; mientras que la autorización recae sobre una actividad que no está sustraída del tráfico jurídico privado.

La concesión administrativa se otorga en interés público; la autorización tiene más en miras directas el interés del destinatario, aunque en ella el interés público es un elemento de valoración.

Otras diferencias pudieran señalarse, pero en vista de la magnitud que esa cuestión reviste (que desborda por mucho los límites de este trabajo y sus objetivos), los elementos hasta ahora apuntados resultan suficientes para hacer ver que la autorización y la concesión no son hoy dos figuras que tienden a identificarse científicamente; antes bien, ocurre todo lo contrario.

Cuando se observan detalladamente las disposiciones contenidas al respecto en el Decreto-Ley núm. 164, veremos que lo que se está configurando en el artículo 15, más que una concesión, es una verdadera autorización, si partimos de que en nuestro país la actividad de pesca, en sentido general y no en alguna de sus especificidades, no es exclusivamente de titularidad estatal, no está bajo *publicatio* o régimen de monopolio de derecho en favor de la administración pública. Esta cuestión permite apreciar que la figura de la concesión administrativa, dentro de esa normativa, está entonces carente de una cobertura real que permita su adecuada constitución a partir del consecuente ajuste de la regulación legal a la realidad que ella conlleva.

²⁷ Ranelletti, Oreste, “Teoria generale delle autorizzazioni e concessioni amministrative...”, *cit.*, nota 25, p. 50.

Por eso sería provechoso, en aras de una mejor ordenación y cobertura legal de las relaciones jurídicas que se establecen al amparo del Reglamento de Pesca, que se reordene lo dispuesto en su articulado en relación con las figuras jurídicas señaladas y, si es la voluntad del legislador, que se le abra el espacio adecuado a la autorización y la concesión sobre la base de una regulación que las tipifique de manera más precisa y consecuente con sus implicaciones reales.

Enmarcándonos en el tercer tipo de definición legal que se establece en nuestro ordenamiento positivo sobre la concesión administrativa, debemos decir que, de esos tres tipos, el que presenta un mejor nivel de coherencia en su composición es el que aparece en el apartado tercero de la Resolución núm. 339/99 del Ministro de la Industria Pesquera,²⁸ pues da una visión desde otro ángulo (el material) en que puede enfocarse a la concesión, diferente al que muestran los artículos anteriormente referidos; y es cierto que la concesión administrativa de bienes públicos implica, desde el punto de vista material, un otorgamiento temporal del derecho de uso y disfrute de esos bienes.

Sin embargo, para tener clara la posición que en esa norma se asume sobre la naturaleza de la institución que tratamos, hay que decir que falta en ella el reconocimiento expreso de la perspectiva formal de la institución; es decir, que se exprese directamente la forma en que se articulará dicho otorgamiento para su vigencia en el tráfico jurídico administrativo. Detalle importante para una conclusión como la que buscamos, puesto que no debe olvidarse que la naturaleza de una institución jurídica estará dada, en esencia, por la conjugación de sus aspectos material y formal.

En honor de la verdad, hay que señalar que el ángulo formal no está ausente del todo en esa norma, pues el cuarto *por cuanto* de la Resolución núm. 339/99 del ministro de la Industria Pesquera destaca la definición de concesión recogida en el Decreto-Ley núm. 164, artículo 15. Por lo que puede derivarse que dicha Resolución continúa la senda de la unilateralidad trazada en las otras definiciones ya vistas.

Traspassando el umbral particular de las definiciones normativas específicas que el ordenamiento positivo cubano contiene, y haciendo un ba-

²⁸ En el apartado tercero de la Resolución núm. 339 de 1999 del ministro de la Industria Pesquera se refrenda que a los efectos de ese instrumento jurídico se entiende por concesión, el otorgamiento del derecho de uso y disfrute exclusivo y con carácter temporal por personas naturales o jurídicas para la instalación de establecimientos destinados al cultivo de organismos acuáticos en jaulas flotantes.

lance desde la generalidad de dichas definiciones, podemos concluir al respecto que ese ordenamiento, desde su enfoque global, carece de homogeneidad en lo que manifiesta sobre la noción y naturaleza jurídica de las concesiones administrativas, y denota una inconsecuencia y fragmentación dispar en la articulación jurídica de esa figura. La propia existencia de grupos con definición legal distinta sobre la concesión administrativa revela la falta de uniformidad que impera en nuestro orden positivo sobre la concepción de la institución concesional, y la dispersidad, no sólo de criterios al respecto, sino de rigor en la construcción de la noción de esa figura. La mayoría de las nociones analizadas lleva en sí imprecisiones técnico-jurídicas que identifican la concesión administrativa con otras figuras jurídicas diferentes,²⁹ y muestran la falta del sustrato científico necesario que lleve a hacer de esos pronunciamientos legales regulaciones ajustadas a la realidad y que propicien una adecuada ordenación y realización de las relaciones que tutelan.

En un ordenamiento positivo, las instituciones jurídicas deben estar construidas como un sistema que responda a la premisa de unidad interna de la institución de que se trate, donde sus diferentes partes están engranadas orgánica y armónicamente para que así funcionen. Una visión y articulación normativa sistémica de las instituciones jurídicas es elemento necesario para la correcta ordenación y realización de las relaciones jurídicas, y para que con ello el ordenamiento positivo funcione consecuentemente como lo que debe ser: un orden.

Precisados los aspectos precedentes, es tiempo de entrar en la segunda vertiente de análisis señalada en el inicio de esta sección, y que tiene como centro la perspectiva que impera sobre la naturaleza jurídica de la concesión administrativa en el orden positivo, más allá de regulaciones específicas en alguna norma.

De las definiciones legales varias veces referidas, y por la construcción normativa que se hace en nuestro país de la concesión administrativa, creemos que queda claro que la concesión se regula como un acto unilateral. De esta forma, el ordenamiento positivo cubano, a la hora de configurar la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas, se

²⁹ Véanse los artículos 17 de la Ley núm. 76; 2o., inciso f, de la Ley núm. 77; 2o., apartado 2, párrafo quinto, del Decreto-Ley núm. 165; el tercer *por cuanto* del Acuerdo de concesión a Cubanco, y del Acuerdo del 2002 modificativo de ese primer Acuerdo, ambos del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros; y el artículo 15 del Decreto-Ley núm. 164.

decide abiertamente por la senda de la unilateralidad y asume al acto concesional como producto exclusivo de la voluntad de la administración pública, donde la voluntad del particular es sólo condición de eficacia.

Además de las cuestiones históricas y de política apuntadas cuando nos deteníamos en la crítica a la consideración de la concesión como acto gubernativo, otro punto que a nuestro juicio ha inclinado la balanza hacia la naturaleza unilateral del acto de concesión en el plano interno, radica en que en el sistema positivo vigente en nuestro país no tiene acogida ni regulación la figura del contrato administrativo. Por lo que la única vía que dicho sistema posibilita para instrumentar formalmente las concesiones administrativas es la del acto administrativo. Con el desarrollo de la concepción socialista del derecho administrativo en Cuba, impulsada desde el antiguo bloque socialista de Europa del Este, las relaciones contractuales administrativas (es decir, amparadas por el derecho administrativo) perdieron protagonismo y pertenencia formal a esa rama del derecho, muchos de esos nexos pasaron al ámbito del derecho económico, o dejaron de tener vigencia, y cuando la recobraron fueron reasumidos desde una visión no contractual (como es el caso de las concesiones administrativas cuando reaparecen). Bajo las regulaciones actualmente en curso, no es posible entender que en el orden positivo cubano hay una acogida formal a la institución contractual administrativa como forma de instrumentar relaciones jurídicas administrativas.

Por lo pronto, debemos destacar que, para nosotros, la concesión administrativa es un acto bilateral, rechazando así que esta institución jurídica administrativa pudiera ser, en su naturaleza jurídica, un acto unilateral. Pero, en el sentido de alcanzar más claridad en nuestros planteamientos y de propiciar un razonamiento que nos conduzca a hacer ver que, más allá de pronunciamientos normativos nacionales sobre el tema, no pensamos que en su naturaleza jurídica la concesión administrativa sea un acto unilateral, es que nos vemos obligados a hacer mayores precisiones sobre la teoría que intenta explicar a esa figura desde la idea del acto administrativo; especialmente ante la realidad ineludible de que nuestras normas se pronuncian por esta última solución.

Si seguimos la línea de pensamiento que trazan los afiliados³⁰ a esta teoría de la concesión administrativa como acto administrativo unilate-

³⁰ Entre los autores que recogen esta línea de pensamiento tenemos a: Mayer, Otto, *op. cit.*, nota 25, p. 245; *id.*, *Derecho administrativo alemán*, t. IV: *Parte especial*. Las

ral, tendremos que, en resumidas cuentas, para ellos la concesión es un acto administrativo, especificándose como requerido de coadyuvante o de colaboración o sumisión o del consentimiento del interesado (o del particular).

Parte de los defensores de esta teoría se basan en que depende solamente de la voluntad de la administración pública el otorgar la concesión, careciendo el particular de un derecho para compelerle a ello de manera forzosa, porque el ente público lo que concede es un derecho subjetivo público propio, sobre el que tiene una situación monopólica, para desarrollar determinado objeto con una finalidad colectiva; al ser lo concedido un derecho propio de la administración, no existe libertad en la elección de la otra parte de la relación concesional. El interés del concesionario se subordina al estatal, ocupando el Estado un nivel jurídicamente superior en la relación jurídica que se origina, al poseer poderes unilaterales como los relativos a la terminación o modificación del acto, entre otros. Por esa razón, el régimen concesional estará sometido al de-

obligaciones especiales, trad. de Horacio H. Heredia y Ernesto Krotoschin, Buenos Aires, Ediciones Arayú, 1954, pp. 161 y ss.; Fleiner, Fritz, *Instituciones de derecho administrativo*, 8a. ed. trad. de Sabino Álvarez-Gendín, Barcelona-Madrid-Buenos Aires, Editorial Labor, 1933, pp. 279 y ss.; Merkl, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo*, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1935, p. 250; Cammeo, Federico, “Demanio”, en *Il Digesto Italiano*, Ristampa stereotipa, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1926, vol. IX, p. 911; Romano, Santi, *Corso de diritto amministrativo*, Terza Edizione Riveduto, CEDAM, Padova, 1937, pp. 227 y ss.; Danesi, Gino, *Diritto amministrativo*, Roma, Casa Editrice Carlo Colombo, 1938, p. 36; Gómez González, Mariano, “Concesiones administrativas”, *Enciclopedia Jurídica Española*, Barcelona, Francisco Seix, t. VII, s/a, p. 854; Fernández de Velasco, Recaredo, *El acto administrativo*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1929, p. 128; *id.*, “Relaciones jurídicas bilaterales de origen no contractual”, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, Madrid, año LXXIII, t. 144, 1924, pp. 580 y ss.; Villar Palasí, José Luis, “Naturaleza y regulación de la concesión minera”, *Revista de Administración Pública*, Madrid, vol. I, núm. 1, enero-abril de 1950, p. 88; igualmente de Villar Palasí, “Concesiones administrativas”, *Nueva enciclopedia jurídica*, Barcelona, Francisco Seix, 1981, t. IV, p. 703; García-Trevijano Fos, José Antonio, *Los actos administrativos, cit.*, pp. 244 y 245; Barrachina, Juan, *Lecciones de derecho administrativo*, Barcelona, Promociones Publicaciones Universitarias, 1986, vol. II, p. 819; Silva Cimma, Enrique, *Derecho administrativo chileno y comparado*, 2a. ed., Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1969, t. II, p. 325; Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*, 9a. ed., México, Porrúa, 1990, p. 699; Bacacorzo, Gustavo, *Tratado de derecho administrativo, Derecho administrativo sustantivo y adjetivo*, 5a. ed. actualizada, Lima, Gaceta Jurídica, 2002, tt. I y II, pp. 292 y ss.

recho público y estará regulado por las leyes, reglamentos, decretos y otras disposiciones emanadas de la administración, y por el propio acto.

De aquí se desprende que la actuación del particular se limita a someterse o no al contenido del acto como requisito para su validez, por derivar derechos y obligaciones para él, pero sin poder discutir las condiciones del mismo, las que vienen determinadas en su totalidad sólo por la administración. Ello le impregna un carácter accesorio a la manifestación de voluntad del particular al no incidir en la sustancia de la concesión.

Algunos de los afiliados a estos postulados sostenían, además, la inexistencia de los contratos administrativos o contratos públicos. De acuerdo con sus consideraciones referentes a este punto, sólo podría hablarse de que existe un contrato si las manifestaciones de voluntad de las partes intervinientes presentan igual fuerza jurídica en la formación de una relación;³¹ y, mayoritariamente, eso no ocurre en el derecho administrativo, pues sus relaciones jurídicas están regidas de manera unilateral por la voluntad del Estado. En otras palabras, que la institución contractual, le es ajena a esa rama. Para ellos, los contratos de derecho público no eran más que actos administrativos u órdenes unilaterales que, para surtir efectos, requerían el consentimiento del interesado.³² Eran actos jurídicos bilaterales desde el punto de vista que requerían dos manifestaciones de voluntad para ser legítimos, al vincular jurídicamente a dos sujetos; pero a la vez eran actos unilaterales de la administración pública, en tanto emanaban exclusivamente de ese ente, en cuanto su contenido venía determinado sólo por aquélla.

Otro argumento esgrimido por ciertos impulsores de la tesis que nos ocupa, que los llevó a adoptarla, radica en que como el contrato obliga a las partes a observar su contenido,³³ el Estado debía cumplirlo aun cuando ello representara una amenaza para sus intereses al modificarse las condiciones iniciales en que se concluyó. Ante esa posibilidad, y como el Estado no debe afectarse en sus intereses, el mecanismo idóneo era el del acto unilateral, por soportarse exclusivamente en la voluntad del ente emisor, el cual podía revocarlo o modificarlo en todo momento.

Igualmente deben contarse opiniones como la que expresa, para el caso de la concesión de servicio público (que pueden extenderse a la figura genérica de la concesión), que la misma idea del servicio público justifi-

³¹ Fleiner, Fritz, *op. cit.*, nota anterior, p. 169.

³² *Idem.* Merkl, Adolfo, *op. cit.*, nota 30, p. 251.

³³ Fleiner, Fritz, *op. cit.*, nota 30, p. 171; Cammeo, Federico, *op. cit.*, nota 30, p. 911.

ca la unilateralidad de la concesión, pues no puede entrar en el marco del interés general la idea de contrato “que es esencialmente idea de transacción y de límites”.³⁴

Al exponerse los elementos anteriores, un importante sector doctrinal no tuvo reparos en atacarlos.³⁵

Se le objeta a la teoría en análisis que no le otorga correctamente al consentimiento del concesionario el rol que desempeña, planteándose que no es algo accesorio o secundario en el acto de concesión, que no es mera condición de eficacia, y no carece de importancia al tiempo de conformar su contenido; sino que, por el contrario, ese consentimiento es esencial para la sustancia de la concesión, es un elemento constitutivo.³⁶

³⁴ García Llovet, Enrique, *El régimen jurídico de la radiodifusión*, Madrid, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, 1991, p. 315.

³⁵ A pesar de los señalamientos que puedan hacerse a esta teoría, debe reconocerse que hizo aportes significativos que hay que tener presentes al tiempo de analizar la institución. Reconoció, acertadamente, que la concesión era un acto de derecho público creador de derechos y obligaciones para las partes intervinientes, donde el interés de la administración prima sobre el del concesionario y por ello la primera se sitúa en una posición jurídica de privilegio en la relación jurídica que se establece. Y aunque, desde nuestra apreciación, no le da la verdadera dimensión a la voluntad del segundo, tiene la clara visión de no considerar que concedente y concesionario están en un mismo plano jurídico, o que aquél está en una posición tal de supremacía, que el acto no genera derechos para el individuo frente a la entidad pública. Observó, atinadamente, que el interés individual debe subordinarse al general, pero sin sacrificarse completamente. Además, trata de explicar la relación concesional en el marco propio y exclusivo del derecho administrativo, alejándose así de lleno del derecho civil en su intento esclarecedor y propiciando, en lo sucesivo, que se pueda acudir a la rama administrativa para buscar las respuestas necesarias sobre un vínculo de naturaleza pública, creador de derechos y obligaciones para los sujetos y no a otra rama cuyos principios no serían los más idóneos para brindar las soluciones correctas a las interrogantes que se plantean sobre las concesiones.

Con la formulación de la tesis de la concesión como acto administrativo, el derecho administrativo da un signo inconfundible de existencia como esfera autónoma en relación con el derecho común, mostrando su aptitud para responder, por sí solo, a las exigencias teóricas de sus instituciones características.

³⁶ Véase al respecto, por ejemplo, las refutaciones que realizan Saravia, Guillermo Alberto, “Naturaleza jurídica de las concesiones de servicio público”, *Boletín de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales*, Córdoba, núms. 4 y 5, año IX, septiembre-diciembre de 1945, 1946, p. 81; Berçaitz, Miguel Ángel, *Teoría general de los contratos administrativos*, Buenos Aires, Depalma, 1952, pp. 129 y ss., y Lafuente Benaches, María Mercedes, *La concesión de dominio público. (Estudio especial de la declaración de caducidad)*, Madrid, Montecorvo, 1988, pp. 70 y ss.

De ese modo, se pondera la bilateralidad de la institución sobre la unilateralidad con que se quiere revestir.

También se ha atacado esta teoría a partir del argumento de que el hecho que la administración pública determine unilateralmente el contenido de la concesión sin que la voluntad del concesionario influya en ello, no es un dato exclusivo del campo iuspúblico ni suficiente para hacer de la institución un acto administrativo. En este sentido se señala que en el derecho privado hay manifestaciones de esa realidad, como en el contrato de adhesión, y no por eso dejan de ser considerados contratos.³⁷

Igualmente pueden contarse las argumentaciones de ciertos críticos de la tesis del acto administrativo, que la tratan de socavar amurallados en la existencia de los contratos administrativos o de derecho público; es decir, demostrando que existen los contratos en el ámbito del derecho público, y que ésta es la naturaleza jurídica que mejor se aviene a la concesión.³⁸

No ha faltado quien rechaza la teoría del acto administrativo a partir de un argumento que pudiéramos llamar formalmente garantista, porque, como en la concesión administrativa la administración se reserva un cúmulo importante de prerrogativas unilaterales (las que puede hacer valer cuando el interés colectivo lo aconseje), ven, en ese enfoque tendiente a la unilateralidad, un respaldo jurídico a ese poder superior del Estado que podría utilizar arbitrariamente, escudándose en las necesidades que defiende, identificando así a la teoría unilateral con una concepción autoritaria del Estado.³⁹

El argentino Rafael Bielsa⁴⁰ concluía respecto a la concepción seguida por Otto Mayer, quien fue uno de los principales animadores de la tesis que hace de la concesión un acto administrativo unilateral: "... Mayer no ha podido librarse del poderoso influjo de las teorías alemanas que considera-

³⁷ Saravia, Guillermo Alberto, *op. cit.*, nota anterior, p. 83; Berçaitz, Miguel Ángel, *op. cit.*, nota anterior, pp. 129 y ss.; Lafuente Benaches, María Mercedes, *op. cit.*, nota anterior, pp. 70 y ss.

³⁸ Borsi, Humberto, *La giustizia amministrativa*, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, CEDAM, Padova, 1930, pp. 24 y ss.; Saravia, Guillermo Alberto, *op. cit.*, nota 37, p. 81.

³⁹ Marienhoff, Miguel S., *Tratado de derecho administrativo*, 2a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1978, t. III-B, p. 592.

⁴⁰ Bielsa, Rafael, *Consideraciones sumarias sobre la concesión de servicios públicos (a propósito de la 4a. Conferencia Nacional de Abogados)*, Buenos Aires, 1937, p. 31. Véase también, Fiorini, Bartolomé A., "Noción funcional de la concesión, de la autorización y el permiso", *Revista de Derecho y Administración Municipal*, Buenos Aires, núm. 178, diciembre de 1944, p. 1065.

ban, en principio, toda relación entre el Estado y sus colaboradores (funcionarios, concesionarios, etcétera), como acto unilateral. De ahí el empleo casi exclusivo del término acto administrativo en el sentido unilateral”.

En nuestra opinión, la posición doctrinal que pretende ver en la concesión un acto emanado de la administración pública no cubre todas las inquietudes que tenemos respecto a la construcción jurídica de la institución.

Para poder explicar mejor nuestras opiniones sobre dicha construcción, quisiéramos retomar un planteamiento anterior. Está demostrado que al sistema concesional acude la administración cuando no se encuentra en condiciones (por circunstancias objetivas y subjetivas relacionadas con la economía) para asumir directamente su objeto (del que no puede desentenderse por el interés que involucra); siendo ése, en última instancia, el fundamento de la existencia de la relación que se origina entre el concedente y el concesionario en virtud del acto de concesión. Por su parte, el segundo se vincula con el primero por su ánimo de lucro, en busca de dividendos o ganancias económicas. Por lo que se debe entender de ello que en la concesión, necesariamente, debe conciliarse el interés público con el interés privado, con la lógica primacía en las garantías jurídicas de aquél sobre éste, por su naturaleza.

Ahora bien, si la concesión concilia ambos intereses, cabría preguntarse: ¿puede considerarse que la misma es determinada única y exclusivamente por la voluntad de una de las partes interesadas (por demás la que requiere de colaboración) sin ninguna influencia de la otra parte en la sustanciación del producto final (el acto concesional en cuestión), cuya voluntad adquiere, en consecuencia, un carácter de mero accesorio para la producción de los efectos jurídicos? Opinamos que eso es poco creíble en las circunstancias económicas que supone dicho tipo jurídico. Éste implica una realización de funciones propias de la administración pública con una repercusión patrimonial que será enfrentada por el concesionario, en principio, con su patrimonio y a su riesgo y ventura. Por las razones anteriores, el ente público estará compelido a tener en cuenta las pretensiones económicas del segundo (y de hecho lo hace, pues existen muchísimos supuestos en que los términos económicos de la relación se determinan a partir de las negociaciones directas con él o basándose en las propuestas que éste presenta en la licitación que servirá de base para seleccionar a la persona a la que se le adjudicará la concesión) a la hora de conformar el contenido del acto, y a reflejar en él ciertas garantías para el mismo.

La administración, de igual forma, no puede obligar a que una persona asuma la actividad objeto de la concesión (no puede imponerla), sino que debe haber una aceptación voluntaria del futuro concesionario; ocurriendo entonces que él tiene la posibilidad de decidir con su aceptación (aunque sólo fuere el mero asentimiento) si le son convenientes los términos económicos de la misma (que no vienen, por lo demás, concretados para la concesión en particular en las disposiciones normativas que regulan la institución). Su voluntad, por esa vía, se integra también a la concesión, no como simple condición de derecho para que pueda surtir efectos o sea legítima, sino como elemento esencial en ella. Se transforma su expresión volitiva en un requisito para su conformación, adquiriendo, entonces, un carácter constitutivo. La voluntad del particular no puede obviarse a la hora de explicar la concesión, pues es un elemento que incide, de manera inobjetable, en su sustancia.

Basándonos en lo precedente, y como ya habíamos observado en otra ocasión, no estimamos que la concesión administrativa tenga una naturaleza jurídica unilateral. Para nosotros, es un acto bilateral en todo sentido (formal y materialmente considerado), porque el mismo existe no cuando la administración determine entregar a otra persona ciertos derechos que le son consustanciales, sino cuando alrededor del contenido del acto convergen la voluntad de la administración de otorgar y la voluntad de la última de asumir lo otorgado (manifestada de cualquiera de las formas previstas); de lo contrario, no podría materializarse jurídicamente la concesión.

Por tales razones no compartimos, desde el punto de vista técnico, el pronunciamiento de nuestra normativa sobre el carácter unilateral de la concesión administrativa. Consideramos que lo más ajustado a la técnica jurídica y a la realidad práctica que devela el tráfico jurídico administrativo cubano actual, desde las regulaciones vigentes, hubiera sido ponderar a la concesión administrativa como un acto bilateral, formalizable a partir de un acto administrativo (habida cuenta que no se reconoce normativamente la institución contractual administrativa en estos momentos en nuestro país, lo que no obsta que confiemos en que llegará el día en que se revierta esa situación y se reconozca la utilidad y necesidad de emplear el contrato administrativo entre nosotros, como vía para la mejor ordenación y realización de determinadas relaciones jurídicas administrativas.

Es interesante hacer notar, siguiendo la línea del pensamiento anterior, cómo parte del pensamiento jurídico administrativo cubano actual se inclina por entender a la concesión administrativa, no como un acto unila-

teral, sino como un acto mixto donde ocupa un lugar relevante la idea contractual.⁴¹ Ello muestra cómo se ha abierto una brecha científica por donde se trata de actualizar y proveer una base técnica sólida que redunde en una menor instrumentación de las relaciones jurídicas administrativas.

Por nuestra parte, además de los argumentos puramente técnico-jurídicos, podemos valorar otros elementos con una mayor operatividad práctica, que aconsejan un replanteo de los pronunciamientos de nuestra normativa en relación con la naturaleza jurídica de la concesión administrativa.

Nuevamente aparece en pos de redondear una adecuada valoración de la articulación de la concesión administrativa, el principio de seguridad jurídica, que se vería reforzado si, formalmente, se concibiera a la concesión como un acto bilateral. Ello tributaría a la idea de otorgarles mayores garantías formales a los potenciales concesionarios y operaría como un atractivo más, siempre desde lo formal, para los inversores; sin necesidad de comprometer el interés público, el cual queda protegido desde el propio contenido relación con las prerrogativas de la administración pública.

Basándonos en todas las reflexiones precedentes es que consideramos aconsejable que se repiensen y sustituyan las expresiones “acto gubernativo o acto del gobierno”, allí donde existan en relación con las concesiones administrativas (Ley núm. 76, Ley núm. 77 y Decreto-Ley núm. 165), y la de “autorización” (Decreto-Ley núm. 164), por las de “acto administrativo”. Nótese que en esa recomendación eliminamos la referencia expresa a la unilateralidad, porque, con independencia de que se quiera mostrar formalmente que es el concedente quien determina todas las condiciones de la concesión en nuestro país, la unilateralidad absoluta de la misma tendrá un valladar en la necesidad de contar con la voluntad del concesionario para obligarse en ese vínculo.

Con la expresión que proponemos, la de acto administrativo, se lograría igualmente el efecto que se persigue, el de resaltar explícita y formalmente el papel preponderante de la administración pública cubana en el vínculo concesional (que lo lleva *per se* por su condición de garante del interés público, más allá de calificativos legales que lo expresen). Con ello se eliminan las imprecisiones técnicas ya apuntadas de los citados

⁴¹ Véase Lanza López, María Teresa, “La concesión administrativa”, *cit.*, nota 1, pp. 159 y ss., también en *Temas...*, *cit.*, nota 1, pp. 411 y ss.; y Castanedo Abay, Armando, “Ideas acerca del contrato de gestión de servicio público”, en varios autores, *Estudios de derecho administrativo cubano*, Habana, Félix Varela, 2002, pp. 191 y ss.

artículos que, desde nuestra óptica, no favorecen la construcción técnico-jurídica que esa normativa hace de las concesiones administrativas. Además de que se da un paso importante en favor de la homogeneidad y coherencia de todo el sistema concesional cubano (y en favor mismo de su consideración como sistema) en lo que a la naturaleza jurídica de las concesiones administrativas respecta, eliminando la disparidad de pronunciamientos que al respecto se reflejan en la legislación vigente.

III. ACERCA DE LAS REGULACIONES SOBRE LOS DERECHOS DEL CONCESIONARIO

Una de las consecuencias jurídicas fundamentales de la concesión administrativa es la de originar, *ex novo*, derechos para el concesionario, y la de crear una relación mutua con derechos y obligaciones entre concedente y concesionario.

La correcta precisión de esos derechos y su adecuada delimitación en el marco regulador de una relación concesional es un requisito importante en función de que fluya consecuentemente la realización del vínculo concesional administrativo, y es una garantía formal necesaria para el concesionario en aras de la protección de sus intereses individuales.

Los marcos reguladores de las diferentes concesiones administrativas que existen en nuestro país, como es lógico pensar, se han hecho eco de lo anterior, pero no con un tratamiento homogéneo y acabado, revelando incluso zonas de desregulación en relación con esa cuestión.

El análisis de esta temática comporta un problema de inicio que puede desglosarse en varios puntos: la diversidad normativa que nos encontramos alrededor de los distintos tipos de concesiones que despliegan sus efectos actualmente en el país; la variedad en la manera en que se asumen las regulaciones en esa normativa; el criterio heterogéneo y dispar a partir del cual se refleja en las normas la cuestión de los derechos del concesionario; y la naturaleza variada de los objetos de concesión, que determina enfoques particulares del fenómeno. Es por eso que no resulta nada sencillo hilvanar coherentemente un estudio con vocación de visión global de esa temática y que lleve, además, intenciones de abarcar completa y sistémicamente sus diversas aristas.

Sin embargo, desde una perspectiva que tributa perfectamente a los objetivos fundamentales que nos animan en estas líneas, pueden sortearse

esas dificultades y llegarse, por otro camino, a la conclusión que buscamos: la de valorar genéricamente cómo se plantea la cuestión de los derechos del concesionario en el marco regulador actual de las concesiones administrativas y las implicaciones que ese planteamiento puede acarrear.

Por lo tanto, tomaremos como base fundamental las prescripciones normativas relativas a las concesiones de minas,⁴² las de pesca,⁴³ las de zonas francas,⁴⁴ las de puertos⁴⁵ y las de servicios públicos de telefonía⁴⁶ y de acueductos.⁴⁷

⁴² 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.

⁴³ El Decreto-Ley núm. 164 no establece nada al respecto y hasta donde conocemos no se ha otorgado oficialmente ninguna concesión pesquera. La Resolución 339/99 del Ministerio de la Industria Pesquera, tampoco se pronuncia en relación con los derechos del concesionario; y, hasta donde conocemos, no se han otorgado concesiones al amparo de esta Resolución.

⁴⁴ El Decreto-Ley núm. 165 regula en su artículo 11, apartado 1, que el acuerdo que otorga la concesión debe contener los datos siguientes: *a)* identidad y personalidad jurídica del concesionario; *b)* ubicación geográfica de la zona franca que se autoriza; *c)* condiciones que se imponen al concesionario; *d)* programa de inversiones; *e)* características del proyecto; *f)* actividades a desarrollar; *g)* régimen especial aplicable; *h)* término por el que se otorga la concesión; e *i)* cualesquiera otros que se considere necesario o conveniente incluir.

⁴⁵ El Decreto-Ley núm. 230 prefija en el artículo 40, apartado 1, que el acuerdo que otorga la concesión contendrá los datos que se relacionan a continuación: *a)* identidad y personalidad jurídica del concesionario; *b)* ubicación geográfica del recinto portuario que se autoriza; *c)* condiciones que se imponen al concesionario; *d)* programa de inversiones; *e)* características del proyecto; *f)* actividades a desarrollar; *g)* régimen especial aplicable; *h)* término por el que se otorga la concesión; e *i)* cualesquiera otros que se considere necesario o conveniente incluir.

⁴⁶ El Decreto núm. 275 (concesión administrativa a ETECSA) no contiene un desarrollo específico de los derechos del concesionario, sino en su letra se incluyen algunas referencias de manera dispersa.

⁴⁷ El Acuerdo núm. 3596 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros (concesión a Aguas de La Habana), por su apartado quinto, difiere la regulación de los derechos y obligaciones del cedente y el concesionario al Instituto de Recursos Hidráulicos; quien la realiza por la Resolución núm. 4/2000, pero en su redacción hay una predominancia amplia de las cuestiones relativas a las obligaciones del concesionario.

Sobre la base de las exigencias legales en cuanto a la conformación del contenido del acto de concesión, y de los actos específicos, se puede apreciar que, a la hora de establecer requisitos estructurales de carácter formal en el acto de concesión, no se consideró que las cuestiones relativas a los derechos del concesionario fueran de necesaria e inexcusable incorporación expresa en la letra de la concesión; y su inclusión en dicho acto se deja a la apreciación del concedente dentro de “cualesquiera otros datos que se considere necesario o conveniente incluir”.⁴⁸

Que no se declare expresamente en los preceptos correspondientes que los documentos de otorgamiento de las concesiones deben incluir con carácter necesario la determinación de los derechos del concesionario, bien precisados en su alcance y extensión (con independencia que en la práctica se incluyan disposiciones más o menos amplias sobre los mismos), unido a la forma en que están redactados muchos artículos relativos a tales derechos en los cuerpos normativos que existen⁴⁹ y a la poca precisión que se muestra en algunos de ellos hace que opinemos que los derechos del concesionario se han descuidado en su regulación legal.⁵⁰

Si tenemos en cuenta que las normas generales que se refieren a las concesiones administrativas establecen regulaciones de carácter genérico para los tipos concesionales que abarcan, y que el acto de concesión es el medio por el que se individualiza y concreta la relación entre el concedente y el concesionario, no será difícil derivar que en este último deben

⁴⁸ Véase, especialmente, los artículos 34, de la Ley núm. 76; 11, apartado 1, inciso i, del Decreto-Ley núm. 165; y 40, apartado 1, inciso i del Decreto-Ley núm. 230.

⁴⁹ Véase, por ejemplo, el artículo 34, apartados 1 y 2, del Decreto núm. 274 y el apartado segundo de la Resolución 4/2000 del presidente del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos. El artículo 34 del Decreto núm. 274, Reglamento del Decreto-Ley de Puertos, regula en el artículo 34, que es el único artículo de la sección primera, “De los derechos”, del Capítulo IV, “De los derechos y obligaciones del concesionario”: “Artículo 34.1. La Administración Portuaria como concesionaria, así como aquellas entidades a las que de forma excepcional se les haya otorgado una concesión de las correspondientes a las regulaciones de puertos, realizarán las actividades previstas en el título de concesión de forma ininterrumpida. Si por fuerza mayor, no se iniciaren o se suspendieren los trabajos dentro de los plazos que se hayan establecido, la autoridad competente, a solicitud del interesado, puede prorrogar tales plazos por un tiempo igual al que dure la causal. 2. Los concesionarios sólo pueden ejecutar las actividades autorizadas y consignadas en el título de concesión otorgada.”

⁵⁰ En sentido concordante véanse nuestros artículos: “Cuba y las concesiones administrativas hoy”, *Jurisprudencia Argentina...*, *cit.*, nota 1, p. 39; “Cuba y las concesiones administrativas hoy”, en Carello, Luis (dir.), *op. cit.*, nota 1, pp. 245 y ss.

figurar especificadas todas las circunstancias cardinales que dicho vínculo involucra.

Es preciso señalar también que en la medida en que estén regulados adecuadamente y bien determinados y previstos los posibles efectos de una concesión administrativa, ésta podrá responder mejor a todos los intereses que estén involucrados en ella. No sólo es menester aclarar bien las obligaciones del concesionario, sino también que sean recogidos adecuadamente sus derechos, como garantía formal para ese sujeto y como vía que tienen los terceros (relacionados con la actuación del concesionario) para conocer hasta dónde llegan las posibilidades de acción efectiva lícita del concesionario y delimitar las fronteras entre los derechos de aquél y los suyos. Esta idea adquiere mayor significación cuando al concesionario se le otorga la posibilidad de ejercer determinadas potestades administrativas (léase, por ejemplo, expropiación, ocupación temporal, potestades de policía) dentro del contenido de la relación concesional, pues ellas implican una acción directa sobre esos terceros y el ejercicio de poderes jurídicos que exceden la esfera de actividad subjetiva ordinaria que tiene el concesionario como persona.

En este orden de ideas, debemos recalcar que una adecuada regulación de los derechos del concesionario y su concreta expresión en los actos de concesión, se convierten en un presupuesto importante en aras de la seguridad jurídica en el tráfico jurídico administrativo; especialmente en aquellas relaciones cuyos efectos también se van a manifestar directamente sobre la colectividad.

La garantía del interés público exige la eliminación de lagunas e imprecisiones legales y de los actos en concreto que puedan dar lugar a interpretaciones libres o con muy amplio margen de discrecionalidad, porque esa misma libertad o amplitud excesiva puede conducir a la desviación del cauce que impone el principio de interés público, como principio informante de toda actuación administrativa. Mayor precisión y claridad en las regulaciones y disposiciones sobre los efectos de los vínculos jurídicos administrativos, sobre todo en aquellos de la índole de la concesión administrativa, son presupuestos de base que guardan una relación directamente proporcional con los principios de interés público y seguridad jurídica, y con la correcta funcionalidad de ese vínculo en cuestión.

Por otro lado, cabría preguntarse qué justificación lógica hay para que se haya determinado expresamente que en los actos de concesión deben aparecer las condiciones que se le imponen al concesionario, y no haya

un pronunciamiento igualmente en relación con los derechos de esa parte. ¿Cómo es posible entender entonces que, si uno de los efectos de la concesión administrativa es el de constituir nuevos derechos en el concesionario, el criterio de la normativa cubana sea el de no contemplar con carácter necesario mayores y mejores precisiones al respecto?

Esas interrogantes nos dan pie para considerar que en las regulaciones vigentes se soslayó la idea de que uno de los elementos que tipifican a la concesión administrativa como institución jurídica es su efecto constitutivo en la esfera subjetiva del concesionario, y que resulta un título por el que se le habilita para la gestión de un servicio público, para la realización de una obra pública o para la explotación de un bien público.

No debemos pasar por alto tampoco que la ponderación inequívoca por nuestra legislación de la unilateralidad de las concesiones administrativas, puede, en nuestra opinión, operar, *de facto*, como un mecanismo subjetivo poco favorable para atraer inversores. Entonces, que los derechos del concesionario deban recogerse consecuentemente por disposición expresa de la ley en el contenido de la concesión administrativa y que aparecieran en ella adecuadamente regulados, resultaría muy beneficioso para la construcción formal de la regulación jurídica de la institución concesional en Cuba, pues constituiría una garantía jurídica más en favor del concesionario, ante la naturaleza de acto unilateral que adquiere la concesión administrativa a la luz del orden positivo vigente. Mientras mayores garantías vea el potencial concesionario, mayores serán las posibilidades de atraerlo al posible objeto de concesión.

Asimismo, hay un silencio extendido en nuestra legislación en relación con los supuestos de ejercicio de la *potestas variandi*, o en los que se configure un caso de *fait du prince* o de la teoría de la imprevisión,⁵¹ o las posibles afectaciones patrimoniales al concesionario y la forma de garantizar ante ello los derechos patrimoniales de dicho sujeto en los marcos de la relación (como una de las aristas que involucra este fenómeno). De ahí que esas cuestiones queden en una zona de desregulación.

La desregulación de los aspectos esbozados en el párrafo anterior atenta contra las garantías patrimoniales del concesionario. Pero también

⁵¹ Donde hemos encontrado descrita una situación cercana a estas ideas, y en una redacción no muy precisa, es en el Decreto núm. 275, concesión a ETECSA, donde el artículo 20 se refiere a la fuerza mayor, pero en una mezcla donde se amalgaman en él referencias a casos que pudieran ser de fuerza mayor, del hecho del príncipe y de la teoría de la imprevisión.

tiene su manifestación en el plano del interés público, pues al no aparecer delineado el criterio por seguir ante alguno de esos posibles eventos, no permite apreciar si la forma de proceder que se adoptaría finalmente frente a una situación de ese tipo, es la que mejor conviene, objetivamente, a las exigencias de ese interés público.

Esa idea así planteada entronca entonces con el principio de control de la actuación de la administración pública, pues en la medida en que se extiendan las lagunas e imprecisiones en el orden positivo, mayor dificultad habrá a la hora de controlar la actividad administrativa. Igualmente, una situación de ese tipo en el ordenamiento legal, provocará que deban aumentar los esfuerzos para realizar efectivamente dicho control.

Como se verá, una adecuada regulación de los derechos del concesionario trasciende el perímetro limitado de la garantía de los intereses individuales del concesionario, para afectar principios del actuar administrativo como los de objetividad, control, responsabilidad, legalidad, seguridad e interés público; y con ello afecta además la propia esencia de la actuación de la administración pública. Por tales motivos es que sólo una clara conciencia y una perspectiva adecuada de las implicaciones funcionales de la dinámica que envuelve a la concesión administrativa es lo que permitirá hacer una construcción legal consecuente de esa relación jurídica, y que la misma se desenvuelva en la práctica con sujeción al objeto esencial que marca su materialización: la satisfacción de necesidades colectivas.

Para nosotros, este tema de la expresión de los derechos del concesionario es una muestra de la contingencia que rodea a la regulación cubana de no pocas instituciones jurídicas administrativas, sin revelar una base científica y legal sólida que permita que esas instituciones se integren en el orden positivo cubano, con un criterio de madurez que las coloque en la posición más acertada para dar las respuestas requeridas a las cambiantes exigencias del interés público. No es difícil armar coherentemente un marco regulador de las relaciones jurídicas administrativas si existe la voluntad para ello; como tampoco es difícil comprender que una adecuada ordenación de esas relaciones es lo que permitirá realmente que su realización responda a la finalidad básica que determina su existencia.

Por lo antes expuesto, consideramos aconsejable incluir como exigencia expresa de la normativa vigente, en los artículos correspondientes, que en el contenido de la concesión administrativa de que se trate deban aparecer precisados y delimitados adecuadamente los derechos del concesionario.

Observamos como necesario que se debe someter a revisión el marco regulador en curso de las concesiones administrativas cubanas, para que en el mismo se establezca de la forma más coherente y adecuada posible, lo relativo a dichos derechos, salvando así también las posibles lagunas que sobre esa cuestión existen.

IV. ESPECIAL REFERENCIA A LA CADUCIDAD DE LA CONCESIÓN ADMINISTRATIVA AL AMPARO DE LAS REGULACIONES VIGENTES

En la valoración adecuada del régimen legal de una institución jurídica determinada, no sólo debe acudir a la perspectiva general de ese régimen, es necesario también entrar a considerar aspectos puntuales de esa figura.⁵²

La base de nuestra valoración la volveremos a cifrar en cómo se manifiesta el ordenamiento positivo cubano en relación con la sanción más severa que se impone al concesionario en materia de minas⁵³ y de pesca.⁵⁴ Asimismo, se hace necesario ver lo dispuesto en lo que a concesiones de zonas francas⁵⁵ respecta y lo establecido en materia de

⁵² Véase nuestros artículos: “Cuba y las concesiones administrativas hoy”, *cit.*, nota 1, pp. 39 y ss.; “Cuba y las concesiones administrativas hoy”, *cit.*, nota 1, pp. 252 y ss.

⁵³ La Ley núm. 76 establece en el artículo 58, que cualquier concesión otorgada es anulable por la reincidencia en el incumplimiento de los supuestos que enumera. Véase al respecto los artículos 57, 58 y 59 de se este cuerpo legal.

⁵⁴ El Decreto-Ley núm. 164 refiere en su artículo 50, ordinal 4, entre las sanciones aplicables a la infracciones y violaciones del presente Decreto-Ley, a la suspensión o cancelación de la autorización de pesca. Véase al respecto los artículos 50 al 57, ambos inclusive, de esa norma, que se refieren a las infracciones del régimen de pesca y sus sanciones, y del procedimiento a seguir.

La Resolución núm. 339/99 del Ministro de la Industria Pesquera, sólo señala al respecto, en su apartado 5, que entre las razones por las que pueden extinguirse las concesiones están: 1) la de la imposibilidad de pago o el impago por el tributante; 2) el abandono de la concesión (no nos es posible dilucidar, pues no hay otro dato, si ese abandono se considera o no incumplimiento del concesionario); 5) el incumplimiento de las normas vigentes en materia de protección del medio ambiente o de las regulaciones pesqueras establecidas).

⁵⁵ El Decreto-Ley núm. 165 refrenda en el artículo 50, apartado 1, que las infracciones de concesionarios y operadores a que se refieren los artículos 48 y 49 de ese propio texto normativo, podrán determinar la revocación del respectivo título por el organismo estatal que lo otorgó, salvo que se compruebe que el incumplimiento se debió a caso fortuito o fuerza mayor; precisando además, en el apartado 2 de ese mismo artículo, que la

puertos,⁵⁶ de servicios públicos de telecomunicaciones⁵⁷ y de acueductos.⁵⁸

En un balance inicial puede observarse que algunos de esos cuerpos normativos aludidos, y los actos de concesiones resaltados, reproducen

revocación del título consistirá en la anulación total o definitiva de la concesión o de la autorización de operador y la pérdida, a favor del Estado, de los bienes y derechos del infractor vinculados a la zona franca. Por su parte, los apartados vigésimo primero, vigésimo y décimo noveno, de las decretos núms. 219, 220 y 224, respectivamente, recogen de manera idéntica que las concesiones por ellos otorgadas pueden ser revocadas por el cumplimiento inadecuado o incumplimiento de las causales que enumera. Véase además los últimos párrafos de los citados apartados de los tres actos de concesión de zonas francas, así como los apartados vigésimo cuarto, vigésimo tercero y vigésimo segundo de tales actos, respectivamente.

⁵⁶ El artículo 36, del Decreto núm. 274, Reglamento del Decreto-Ley de Puertos, prefiere que las concesiones podrán ser revocadas por cualquiera de las causas que enumera, todas referentes a incumplimientos del concesionario en sus obligaciones. Por su parte, el Acuerdo núm. 3377 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros (concesión a Cubanco) establece en el apartado decimosexto que las concesiones administrativas otorgadas pueden ser revocadas por el incumplimiento o el inadecuado cumplimiento de las causales que estipula. Véase además, en la letra de la concesión a Cubanco, el último párrafo de ese propio apartado decimosexto y el apartado decimoctavo.

⁵⁷ El artículo 56, párrafo séptimo, del Decreto núm. 275 (concesión a ETECSA), señala que las infracciones muy graves son sancionables con iguales medidas que las previstas en cuanto a las infracciones graves, o, excepcionalmente, con la de revocación de la concesión, que consistirá en la anulación total y definitiva del título administrativo autorizador de la prestación del servicio, y la pérdida, a favor del Estado, de los bienes muebles e inmuebles, equipos e instalaciones pertenecientes a la concesionaria, destinados, directa o indirectamente, a la realización de sus actividades, sin derecho a recibir indemnización o compensación alguna. Véase además los párrafos segundo y octavo del artículo 56 del Decreto núm. 275.

El Acuerdo núm. 3807 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros (concesión a TDATA Cuba) sólo establece al respecto, en su apartado octavo, que el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros podrá revocar la concesión administrativa en caso de que TDATA Cuba incumpla las obligaciones que le vienen impuestas en virtud de la misma. Mientras que el Acuerdo núm. 4042 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros (concesión a Movitel) regula al respecto, en su apartado noveno, que se faculta al Ministerio de la Informática y las Comunicaciones a regular mediante resolución, entre otras cuestiones, el régimen sancionador y no contiene otro pronunciamiento al respecto.

⁵⁸ La Resolución 4/2000 del presidente del Instituto Nacional de Recursos Hidráulicos regula en el apartado sexto, que la concesión otorgada a Aguas de La Habana, por el Acuerdo núm. 3596 del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros, puede ser revocada, por la autoridad que la concedió, por el incumplimiento de las causales que establece. Véase además el último párrafo del inciso a de ese apartado sexto y el inciso c del propio apartado.

de manera muy similar entre sí cuestiones relativas a las causales de incumplimientos de las obligaciones del concesionario y a los efectos de la extinción de la concesión por esos motivos, sobre los bienes afectados a la realización de lo concedido. Sin embargo, no es difícil ver que ello no responde a un intento de lograr cierto grado de homogeneidad en el tratamiento legal de esas cuestiones, sino a una traspolación *cuasi* mecánica de lo dispuesto en uno hacia los otros.

Un aspecto tan serio como la caducidad de la concesión administrativa, como medida sancionadora al fin, muestra la falta, en todas las disposiciones vigentes, de regulaciones precisas que establezcan con certeza cuál es el procedimiento a seguir para imponerla, cuáles son las garantías formales que se le otorgan al concesionario dentro de ese procedimiento, y cuáles son los efectos concretos que produce la declaración de caducidad en todos los ámbitos y no sólo en el de los bienes afectados a la realización de lo concedido.

La seriedad de la declaración de caducidad de la concesión administrativa deriva de los efectos que ella produce y que tienen trascendencia para la estabilidad del vínculo concesional (y lo que ello implica) y para el patrimonio del concesionario. Ante esa realidad, las regulaciones sobre el procedimiento para esa declaración deben ser prefijadas de manera precisa y consciente, con todas las garantías necesarias y claramente declaradas para su realización y las consecuencias que la declaración de caducidad puede tener en el concesionario.

Esas precisiones, que resultan de base para poder llevar a cabo una adecuada realización de ese procedimiento de caducidad de la concesión, no sólo están puestas en función de revestir al concesionario de garantías, sino también de que se pueda ejercer un mejor control sobre el actuar de la administración pública en este sentido y de garantizar que su actuación sea la más ajustada a los requerimientos del interés público. De lo anterior se puede derivar, además, que en las regulaciones cubanas sobre la caducidad de la concesión administrativa no se provee de forma suficiente un criterio legal necesario para poder hacer una valoración adecuada de la acción de la administración pública en ese orden.

Otra vez estamos ante una construcción normativa que no da, por sí misma, las respuestas que necesariamente se requieren para el amplio espectro de situaciones que involucra el sistema concesional. Situaciones que no entran en un casuismo improbable, sino que son previsiones per-

fectamente manifestables en la realidad y que las disposiciones legales asumen desde una incompleta desregulación. Esas zonas de desregulación alrededor de la concesión administrativa, como en otros casos, afectan la solidez de esa construcción normativa y la capacidad de respuesta del orden positivo ante las exigencias que revela el interés público. Cuestión ésta que se potencia si notamos la falta de un criterio de aplicación que permita suplir, desde el propio sistema normativo sobre las concesiones administrativas (es decir, desde una norma general sobre concesiones), el silencio de las normas específicas al respecto.

Dejando a un lado el diseño normativo general del régimen de la caducidad en las concesiones administrativas, vamos a circunscribirnos propiamente a un elemento específico que encontramos alrededor de la regulación legal de esta forma extintiva de la concesión y que deviene uno de los elementos desde donde mejor se manifiesta el problema fundamental que nos ha movido por todas estas líneas.

En la regulación de la extinción de las concesiones administrativas por incumplimientos del concesionario en un conjunto de preceptos vigentes, cualitativamente importantes,⁵⁹ se refrenda que esa revocación consiste en la anulación de la concesión administrativa.

En nuestra opinión, esa regulación muestra que se ha identificado (o confundido), en los supuestos aludidos, a la caducidad de la concesión con la nulidad o anulación de ese acto, en un claro olvido de la más elemental técnica jurídica. En un ejemplo más de cómo se introducen, innecesaria e inconsecuentemente, en el ordenamiento jurídico administrativo nacional preceptos ambiguos, imprecisos y erróneos, que socavan la solidez y la armonía de ese orden, el vocablo anulación está usado aquí como equivalente genérico en el lenguaje común que se extiende a la idea de extinción de un acto; y se ha visto así desprovisto de su significado correcto y preciso a la luz del derecho: el de ser una forma de extinción de un acto jurídico por vicios originarios en sus elementos esenciales.

Huelga aquí señalar que la caducidad como sanción en las concesiones y la nulidad o anulación de ese acto son dos supuestos extintivos totalmente diferentes que se fundamentan en motivos fácticos distintos y generan efectos jurídicos también diversos. Baste sólo agregar que la caducidad

⁵⁹ Véase los artículos 56, de la Ley núm. 76, Ley de Minas; 50, apartado 2 del Decreto-Ley núm. 165, de las Zonas Francas y Parques Industriales; 56, párrafo séptimo, del Decreto núm. 275, concesión a ETECSA.

opera como medida extintiva ante la inobservancia del concesionario de sus obligaciones y tiene como presupuesto un acto perfectamente válido en su conformación; mientras que la nulidad o anulabilidad operan como reacción extintiva frente a un acto defectuoso en su nacimiento y, por ende, viciado en sus elementos esenciales. La caducidad de la concesión presupone una inadecuada ejecución del contenido obligacional del acto por una de las partes: el concesionario; la nulidad de la concesión presupone una inadecuada conformación de la concesión en relación con las exigencias que el derecho impone para que ese acto se inserte válidamente en el tráfico jurídico.

Todas las distinciones sustanciales de fondo entre esas figuras propician que el régimen jurídico por donde discurrirá el desarrollo de ambas declaraciones (la de caducidad y la nulidad) resulte distinto. Además, el adecuado soporte científico que debe estar detrás de la articulación de ese régimen legal debe llevar a salvar felizmente el desorden que, en esa dirección, pueden representar los efectos *ex nunc* de la caducidad y de la nulidad relativa o anulabilidad.

En resumidas cuentas, en buena técnica jurídica, la revocación de la concesión por incumplimientos del concesionario (caducidad) no producirá la anulación de la concesión administrativa, más allá que una disposición desatinada, así lo dispongan.

Por esa razón, entendemos que las expresiones a las que nos referimos no son otra cosa que el resultado de una confusión de instituciones jurídicas que convergen en la dinámica que involucra la relación concesional administrativa; incurriéndose en una innecesaria imprecisión o equivocación técnica, ante el olvido de los recursos que ofrece la ciencia del derecho administrativo para salvar este tipo de situación. Sobre la base de ello, pensamos que lo aconsejable es sustituir tales expresiones y recomponer la redacción del contexto en que el que están insertadas las mismas, planteando entonces que la revocación de la concesión por incumplimientos del concesionario (o la caducidad de la concesión, para ser más precisos) produce la extinción (terminación, cesación) de la concesión otorgada (y no su anulación).

Así, se erradicaría de plano la imprecisión jurídica que se manifiesta hoy en los textos aludidos; que en nada beneficia la regulación cubana relativa al sistema concesional, ni la imagen técnica que a través de esa regulación mostramos.