



Autora: Alba Cecilia Gutiérrez Gómez
Título: Danza entre los mundos
Técnica: Óleo sobre lienzo
Dimensiones: 1.20 x 1.50 m
Año: 1993

*La adjudicación de los contratos en el sector público cubano**

* Artículo de investigación, producto del proyecto “La celebración y cumplimiento de los contratos frente a los nuevos modelos de gestión económica en Cuba. Realidades y desafíos para el Derecho Civil, de Familia y Agrario”, desarrollado por el Colectivo de Investigadores del Departamento Civil de la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, la investigadora principal es la Dra. Maidolis Labañino Barrera, son coinvestigadores: Rolando Pavó Acosta, Arsul José Vázquez, Elizabeth Bausa y José Kárel Fernández Martel, proyecto financiado por la Universidad de Oriente, Santiago de Cuba.

DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a05

Fecha de recepción: 09 de marzo de 2015

Fecha de aprobación: 03 de junio de 2015

La adjudicación de los contratos en el sector público cubano

Rolando Pavó Acosta¹

Resumen

Los cambios más recientes en la economía a nivel internacional y nacional implican varios desafíos para la sociedad y especialmente para el marco legal que regula los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. El trabajo presenta un panorama sobre las tendencias fundamentales en las teorías jurídicas y en el Derecho comparado en Iberoamérica y demuestra la existencia de insuficiencias en la legislación cubana que regula los procedimientos para celebrar licitaciones, que no le permiten enfrentar adecuadamente los retos actuales y futuros, particularmente la prevención y enfrentamiento de la corrupción administrativa, la búsqueda de eficiencia en el empleo de los fondos públicos y la necesaria apertura a la inversión extranjera y al comercio internacional.

Palabras clave: adjudicación de contratos, contratos públicos, licitaciones, corrupción administrativa.

The award to the contracts in the Cuban public sector

Abstract

The most recent changes in the economy at international and national level imply several challenges for society, especially for the legal framework that regulates adjudication procedures for public contracts. This work presents a panoramic vision on the main tendencies in the juridical theories and in the comparative Law in Iberoamerica, and it demonstrates the existence of inadequacies in the Cuban legislation that regulates the procedures to celebrate bids which do not allow them to adequately face the current and future challenges, particularly the prevention and confrontation to administrative corruption, the search for efficiency in the use of the public funds, and the necessary opening to foreign investment and the international trade.

Keywords: adjudication of contracts, public contracts, bids, administrative corruption.

1 Profesor Titular de la Facultad de Derecho, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba, Doctor en Ciencias Jurídicas y Especialista de Postgrado en Asesoría Jurídica de Empresas, por la U.O., Especialista de Postgrado en Derecho Constitucional y Ciencias Políticas por el Centro de Estudios Políticos y Constitucionales de Madrid y Master en Derecho Agrario por la Universidad de La Habana. Dentro de este proyecto se dedica a la línea de investigación sobre los contratos administrativos. E-mail: rpavo@fd.uo.edu.cu

Citación de este artículo con el sistema APA: Pavó Acosta, R. (2015). La adjudicación de los contratos en el sector público cubano. *Estudios de Derecho*. 72 (159), 89-117. DOI: 10.17533/udea.esde.v72n159a05

La adjudicación de los contratos en el sector público cubano

Introducción

Lo que debemos hacer con los hechos banales es descubrir qué problemas específicos y quizás originales están conectados con ellos.

El sujeto y el poder. M. Foucault.

Diversos factores han estado generando un aumento y complejización de las transacciones comerciales, entre los cuales se destacan los procesos de globalización y la creciente transnacionalización y la informatización de las operaciones financieras, los avances en los procesos de integración regional; de todo lo cual ha derivado el imperativo de la aproximación normativa e institucional. En ese contexto ha ido avanzando la comprensión sobre la necesidad de contar con instrumentos normativos que regulen adecuadamente la contratación en el sector público de la economía a los efectos de propiciar la racionalidad y el uso eficiente de los fondos públicos, especialmente en el ámbito de la adjudicación de tales contratos mediante licitaciones. A este respecto resulta oportuno traer a colación el hecho de que en el año 2003 fue adoptada la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, que contiene pronunciamientos específicos encaminados a la prevención y enfrentamiento de la corrupción que puede generarse con motivo de la celebración de contratos entre los particulares y las administraciones públicas.

La adjudicación de los contratos en el sector público no ha sido de los temas más transitados por los juristas cubanos, como una consecuencia lógica del predominio del mecanismo de adjudicación directa de este tipo de contratos, sucediendo que en general se habla poco sobre el tema y se publica todavía menos; lo que tal vez se asocia a la percepción de que se trata de hechos banales y que por su cotidianidad deben ser tolerables, o porque se afecta el prestigio de un país y de sus instituciones, o por las consecuencias personales que pudieran acarrear. Es así que aparecen como las únicas publicaciones científicas recientes sobre este tema en las últimas décadas: “Las licitaciones y la competitividad de la empresa cubana”(2004) y “Desafíos actuales y perspectivas de cambio en torno al marco jurídico de las

licitaciones en Cuba” (2006), ambas de Rolando Pavó Acosta y Gledys Taquechel Lafargue, lo que ha desembocado en una situación de carencia en el análisis de las polidimensionales conexiones de la contratación pública con otros fenómenos sociojurídicos, como lo es la corrupción administrativa.

Paradójicamente en las últimas décadas han estado aflorando inquietantes manifestaciones de corrupción administrativa en el ámbito de las transacciones comerciales, todo lo cual debería revitalizar el debate sobre las formas de adjudicación de los contratos en el sector público; en este sentido cabe subrayar que en el caso de Cuba, en el lustro más reciente, se visualiza un escenario matizado, de una parte, por la crisis económica (en la que concurren problemas como la obsolescencia tecnológica, la ineficiencia tradicional de numerosas empresas estatales, las demandas de incrementar la inversión extranjera) y de la otra, por el incremento de las formas de gestión no estatales en la economía, el aumento de la inversión extranjera y de la intensidad de las conexiones entre el sector estatal y el no estatal de la economía, lo que consecuentemente podría –y debería– provocar las reformas legislativas que resulten pertinentes para suprimir los resquicios legales propiciadores de tales actos y asegurar la mayor eficiencia en el uso de los recursos públicos; sin embargo, como aquí se demostrará, aún no ha acontecido así. El examen de estos hechos pone de manifiesto el incuestionable impacto económico, político, social y ético de la corrupción administrativa relacionada con la adjudicación de los contratos en la realidad cubana y muestra la pertinencia del presente análisis.

La investigación se desarrolló asumiendo como problema científico el determinar en qué medida la legislación cubana vigente que regula los procedimientos de adjudicación de los contratos en el sector público en Cuba, ofrece una respuesta acorde con el nuevo panorama social y económico, diagnosticando su pertinencia para enfrentar los retos actuales y perspectivas, particularmente para la prevención del fenómeno de la corrupción administrativa en este ámbito, y la necesidad de eficiencia en el empleo de los fondos públicos, para lo que se partirá de una mirada interdisciplinaria y del examen de los más consolidados criterios doctrinales y legislativos a nivel internacional. Los métodos de investigación científica utilizados comprenden, el análisis histórico jurídico, el análisis jurídico comparado de las normas jurídicas, el análisis exegético jurídico de las normas, la medición sociológica, en este caso a través de entrevistas, la observación sociológica, mediante el análisis de documentos (convocatorias, pliegos de licitaciones y otros) y el estudio de casos, tomando como fuente el análisis de contenido de la prensa plana.

La investigación en una primera parte examinó los conceptos y principios fundamentales que conforman la teoría de los contratos administrativos y sus procedimientos de adjudicación, así como de la corrupción administrativa asociada

a esos ámbitos, a los efectos de establecer las regularidades y tendencias en la doctrina jurídica.

En la segunda parte se analizó la legislación iberoamericana, abarcando: la Ley de los contratos de las administraciones públicas de España de 13 de mayo de 1995; Decreto 1023 de 16 de agosto de 2001; Régimen de contrataciones de la administración nacional; Decreto 893 de 7 de junio de 2012; Ley 19.886 –Ley de compras públicas de Chile– de 29 de agosto de 2003; Ley de obras públicas del Distrito Federal de México; Decreto de 29 de diciembre de 1998 de licitaciones de Venezuela de 1990 y Decreto 1555 de reforma parcial de 13 de noviembre de 2001; Ley 9.854 de 27 de octubre de 1999; Licitaciones y contratos de la administración pública de Brasil; Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública de Ecuador de 22 de julio de 2008; Ley 323 de Contratación del Estado de Nicaragua de 2 de diciembre de 1999.

También se analizaron instrumentos internacionales como: la Declaración de las Naciones Unidas contra la corrupción y el soborno en las transacciones comerciales internacionales de 1996; Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional, entrada en vigor el 29 de septiembre de 2003; la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, adoptada el 12 de diciembre de 2003 en Mérida, México; la Convención Interamericana contra la corrupción, adoptada en Caracas el 29 de marzo de 1996; el Convenio sobre la lucha contra el soborno de los funcionarios públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales, aprobado por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico el 21 de noviembre de 1997. Todo ello a los efectos de constatar las regularidades y tendencias en el tratamiento de la corrupción administrativa asociada a los procedimientos de formación de los contratos administrativos.

Y finalmente se diagnosticó el estado actual de la legislación cubana vigente sobre los contratos administrativos y los procedimientos de licitación, evaluando su pertinencia para enfrentar retos como la corrupción en esos ámbitos, la necesidad de eficiencia en el empleo de los fondos públicos, la mayor apertura de la economía a la inversión extranjera y al comercio internacional y el aumento de los vínculos entre las empresas estatales y las entidades privadas.

1. La adjudicación de los contratos en el sector público: sus fundamentos teóricos

Se puede o no concordar con que hablar de adjudicación de contratos puede ser un término no bien acogido por la doctrina, entendiéndose que los contratos no se

adjudican sino que se celebran, al ser un acuerdo de voluntades, puesto que además la adjudicación es el acto jurídico unilateral de un sujeto, por el cual hace ingresar un bien o un derecho patrimonial, pecuniario, real, personal o de otra índole perteneciente a su patrimonio, al de otra persona mediante un procedimiento establecido en la ley (Gutiérrez, 1993, p. 965). Es evidente que en las licitaciones no sucede así, pues en realidad el arrendamiento consiste en un derecho real de aprovechamiento sobre un bien ajeno, y la compraventa significa la adquisición del derecho de propiedad sobre un bien ajeno mediante el pago de un precio; resultando que mediante la licitación los particulares si bien no adquieren directamente tales derechos, ocurre que mediante un acto administrativo se declara a su favor un derecho previo de adquirir un bien público por compraventa, o el derecho real de aprovechamiento sobre este bien; tal vez por esa razón una amplia doctrina y legislación sobre este tema continúa hablando de adjudicación de los contratos públicos.

Bandeira de Mello ha afirmado que si los particulares disponen de amplia libertad para vender, adquirir, arrendar bienes, contratar y ejecutar obras y servicios; en cambio los sujetos del sector público para hacerlo necesitan de un procedimiento preliminar rigurosamente determinado y preestablecido legalmente, tal procedimiento se denomina licitación (citado por López Elías, 1999, p. 47).

En este sentido es prudente significar que la doctrina en general ha empleado como criterios identificativos de los contratos administrativos o contratos públicos: 1) el elemento subjetivo (la intervención de la administración como parte contratante); 2) el criterio competencial, que como tendencia histórica han primado, o sea, su no sometimiento a la jurisdicción civil ordinaria a diferencia de lo que acontece con los contratos privados, en este aspecto coincide Mello Coelho (2000, p. 176), al subrayar que en este ámbito los conflictos se someterían a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y 3) el criterio finalista, es decir, que la causa del contrato consiste en la realización del interés público (García, 1999).

En efecto, la administración solo puede adjudicar los contratos de obras públicas a particulares y empresas privadas empleando procedimientos jurídicos especiales; la excepción la constituyen los casos en que la ley así lo autorice porque se trate de obras públicas de escaso valor, por necesidad urgente o por imperativos de la defensa nacional, en cuyos supuestos se podrá adjudicar el contrato por la administración de manera directa sin que medie concurrencia ni negociación, a tal respecto existe coincidencia en la doctrina a nivel internacional en que las licitaciones deben ser como regla general abiertas, pudiendo ser restringidas o negociadas, como excepción en situaciones que se justifique y queden previstas legalmente, porque existan en ese ámbito pocas entidades con posibilidades técnicas de ejecutar esa obra o servicio público (Rizo, 1991, p. 343).

Luego, la naturaleza de la licitación consiste en un procedimiento administrativo, que a juicio de Fraga (1977) “es todo procedimiento integrado por el conjunto de formalidades y actos que preceden y preparan el acto administrativo” (p. 261), este último momento mencionado posee la naturaleza de acto administrativo que contiene y exterioriza una declaración emanada de la administración, con el cual concluye el aludido procedimiento y se decide cuál sujeto es el que va a tener el derecho de concertar con la administración el contrato administrativo convocado.

Resulta forzoso considerar que las licitaciones han devenido en el modo más ventajoso de adjudicación de los contratos celebrados por la administración pública, pues posibilitan estimular la competitividad entre las empresas, propenden al aumento de la calidad de los productos y servicios, contribuyen a la racionalidad en el uso de los fondos públicos, ofrecen mayores garantías para la seguridad jurídica y para el derecho de la libre concurrencia empresarial; todo lo cual deviene relevante desde el punto de vista sociojurídico para sostener la confianza de los ciudadanos en las instituciones públicas, y la confianza de los inversionistas tanto extranjeros como nacionales, y como ya se ha dicho, preservar el prestigio de los agentes de la administración, previniendo la colusión entre contratantes y agentes administrativos (López, p. 57), susceptible de incrementarse si los agentes del sector público pudieran siempre adjudicar los contratos de manera libre, directa y discrecional, o manipular la decisión en caso de concurso si este acto no fuera ordenado, controlable y auditable. De todo ello se colige que el bien jurídico protegido por esta institución es la administración pública o el correcto desempeño de la función administrativa del Estado, evitando que los intereses públicos queden a merced de la codicia, la mala fe y las manipulaciones de los particulares (Del Castillo, 1994, p. 48), por lo que indirectamente también se trata de defender jurídicamente intereses económicos de los ciudadanos y de la sociedad.

En este sentido, cabe significar que el Banco Mundial (citado por ONU, 2003, p. 2), ha estimado que la corrupción puede reducir la tasa de crecimiento de un país entre 0.5 y 1 puntos porcentuales por año. Según las investigaciones del Fondo Monetario Internacional –FMI–, la inversión en los países corruptos es casi un 5% menor que en los países relativamente exentos de corrupción; y por otra parte, la agencia de calificación de valores *Standard and Poor's* afirma que hay una probabilidad de entre un 50% y un 100% de que los inversores pierdan todas sus inversiones en un plazo de cinco años en países con diversos grados de corrupción.

Resulta sintomático de esta patología el hecho de que los empresarios sean también afectados por la corrupción administrativa al tener que realizar sistemáticas erogaciones para satisfacer exigencias ilegales de funcionarios administrativos para

poder obtener licencias y autorizaciones, y para participar en licitaciones y obtener la adjudicación de contratos con el sector público.

En tal virtud, no es despreciable la relevancia ética y política de esta cuestión, pues si falta el marco jurídico adecuado para la justa adjudicación de los contratos públicos se menoscaba el principio constitucional de igualdad, ya que los que posean mayores recursos económicos e importantes cuotas de poder político pudieran sobornar con impunidad a los funcionarios administrativos, o traficar influencias para favorecer a sus clientes en las licitaciones, ensanchándose sus redes de poder informal y entronizándose la desigualdad de oportunidades entre los ciudadanos. A partir de tales premisas se ha estimado que la estrategia de combate contra la corrupción que puede producirse en este ámbito del ejercicio de la función administrativa del Estado debe ser integral y sistémica, orientada fundamentalmente a la construcción de instituciones públicas sólidas y democráticas, lo que exige estructuras legítimas, transparentes y regidas por reglas claras y efectivas (Coalición por la Transparencia, 2004, p. 7).

Efectivamente, la calidad y eficacia de las regulaciones jurídicas relativas a los procedimientos de licitación, determina la vulnerabilidad de la sociedad a una modalidad de la corrupción especial que alguna doctrina ha denominado como “blanca o gris”; en el primer caso son las prácticas y usos que lejos de ser mal vistos son justificados por unos y presumidos por los infractores y en el segundo caso son conductas acerca de las cuales los ciudadanos discrepan sobre si son o no corruptas (González, 2005, p. 51). Estos comportamientos que suelen producirse en los marcos de tales procedimientos administrativos resultan de muy difícil detección, precisamente por los espacios donde suelen ocurrir y porque el estado de la cultura jurídica y política de muchos ciudadanos no permite que todos ellos visualicen este fenómeno como inmoral y antijurídico.

De lo cual resulta que si faltan las normas jurídicas sobre las licitaciones o si su calidad es deficiente pudiera ocurrir que: a) Los empresarios proveedores o contratistas ofrezcan sobornos, propinas o comisiones para obtener la adjudicación del contrato y b) Los funcionarios públicos acepten el pago de comisiones y otros beneficios a cambio de conceder ventajas a algunos concursantes en las licitaciones; esto es, lo que en la doctrina penal se denomina como cohecho activo y pasivo. Aquí cabe la acotación de que la comunidad internacional, mediante la Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción del año 2003, reconociendo la imposibilidad de arribar a una definición universal de la corrupción, sin embargo ha identificado entre los delitos que constituyen actos de corrupción, al soborno o cohecho, englobando aquí al agente activo y al pasivo, y comprendiendo por tanto

a funcionarios públicos y a empresarios, o sea, a todos los que exigen, aceptan, prometen o entregan sobornos.

A pesar de que tales conductas resulten de difícil detección, en la práctica suelen producirse indicios que delatan su ocurrencia como, por ejemplo que: 1) Empresas y empresarios cuyos productos o servicios son de calidad inferior, o de similar calidad a la de todos los que se ofertan, pero con un precio mucho más elevado, obtienen con seguridad la adjudicación de determinados contratos públicos, y 2) Funcionarios públicos que a nombre de empresas públicas compran equipos inservibles o con tecnología obsoleta y defectuosa, o a precios superiores a lo normal, o que venden de productos y servicios, a precios inferiores a lo normal, o que habiendo intervenido en la adjudicación de contratos públicos, autorizan la construcción de carreteras defectuosas, o en los contratos que autorizan no aparecen o presentan deficiencias las cláusulas sobre garantías, servicios postventa, transferencia de tecnología o asistencia técnica; coincidiendo que son los mismos que reciben costosos regalos, acrecen sus cuentas bancarias en cifras ostensiblemente superiores a sus salarios, adquieren inmuebles, autos y otros bienes de considerable valor, o que disfrutan de vacaciones lujosas, incluso costeadas por determinadas empresas o personas. De todo lo cual se induce que se trata de un tipo de corrupción practicada por empresarios y funcionarios públicos de alto y medio nivel, que persiguen un determinado tipo de enriquecimiento. En tal virtud la ya mencionada Convención propuso entre las salvaguardas de la probidad de los servidores públicos, la necesaria declaración de propiedades y rentas, antes y después de cada mandato.

A este respecto, en la mencionada convención quedó acordado que cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, adoptará las medidas necesarias para establecer sistemas apropiados de contratación pública basados en la transparencia, la competencia y criterios objetivos de adopción de decisiones que sean eficaces para prevenir la corrupción, debiendo garantizarse como cuestiones fundamentales: a) La difusión pública de información relativa a procedimientos de contratación pública, b) La formulación previa de las condiciones de participación, c) La aplicación de criterios objetivos y predeterminados para la adopción de decisiones sobre contratación pública, d) Un mecanismo eficaz de examen interno, incluido un sistema eficaz de impugnación, y e) Cuando proceda, la adopción de medidas para reglamentar las cuestiones relativas al personal encargado de la contratación pública, en particular las declaraciones de interés.

A tenor de este instrumento internacional se aprecian avances significativos en la legislación y la jurisprudencia a nivel internacional al establecerse de manera generalizada que los procedimientos de licitación, independientemente de sus

modalidades, deben quedar integrados por varias fases: 1) El aviso, llamado o convocatoria, 2) La presentación de ofertas, 3) La evaluación de las ofertas y 4) La adjudicación del contrato, y que a su vez, estos procedimientos, deben quedar exhaustivamente regulados en cada una de estas fases (Parada, 1997, p. 276) y regidos por los principios de: 1) Imparcialidad, 2) Justicia, 3) Igualdad, 4) Impugnabilidad 5) Transparencia, 6) Publicidad, 7) Objetividad, 8) Claridad de las reglas y 9) Economía.

La jurisprudencia europea ha puesto énfasis en los principios de igualdad y transparencia, considerando que garantizan el desarrollo de una competencia sana y efectiva entre las empresas que participan en una contratación pública y que no exista riesgo de favoritismo y arbitrariedad por parte de la entidad adjudicadora, como lo muestran numerosas Sentencias del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (Tribunal de Justicia de la Unión Europea [TJUE], 2011, pp. 10 y 18).

Se puede constatar que existe a nivel iberoamericano un indiscutible desarrollo normativo en torno a los procedimientos de adjudicación de los contratos administrativos mediante licitaciones, apreciándose como tendencia la elaboración de regulaciones cada vez más previsoras y exhaustivas en cuanto a cada uno de los pasos y detalles del procedimiento de licitación, a los efectos de evitar las manipulaciones y la corrupción, garantizando que el procedimiento resulte posteriormente controlable y auditable y que se puedan detectar con claridad los diferentes vicios que suelen producirse en la convocatoria, presentación, selección de la oferta ganadora y en la comunicación de los resultados del procedimiento, se advierte también la tendencia a que tales procedimientos sean regulados de manera integral mediante una ley o norma con rango de ley de carácter general reguladora de las licitaciones para todo el sector público de la economía, ya sean obras constructivas, tecnológicas, de suministro, prestación de servicios o la compra o arrendamiento de inmuebles públicos, tomando como referentes a los instrumentos internacionales aprobados y evidenciando una mayor toma de conciencia de los políticos y la comunidad internacional sobre la necesidad de disminuir la ocurrencia de los actos de corrupción en los ámbitos de las transacciones entre el sector público con el privado.

Sin embargo, para lograr la eficacia del régimen de adjudicación de contratos en el sector público mediante licitaciones y esperar éxitos en la lucha contra la corrupción que le puede estar asociada, se precisa además que los Estados dicten leyes sobre: los procedimientos administrativos, las administraciones públicas, la responsabilidad de los servidores públicos, el proceso contencioso administrativo, las condiciones generales de los contratos en que intervienen dichas administraciones, y que todas estas disposiciones jurídicas se imbriquen con la debida relación sistemática, y adicionalmente habría que resolver problemas, que rebasan el ámbito

de lo normativo; por ejemplo, se ha considerado la incidencia en este fenómeno, de factores como la elevada centralización política y administrativa, la amplia discrecionalidad de los funcionarios y el debilitamiento del aparato y de la función de la administración pública, asociado a una percepción de la poca utilidad para el ciudadano común sobre la institucionalidad (Coalición por la Transparencia, 2004, p. 10).

2. La adjudicación de los contratos celebrados por las empresas estatales en Cuba; su devenir histórico en las últimas décadas

La Constitución de la República de Cuba promulgada el 24 de febrero de 1976, dispuso en su artículo 16 que el sistema económico se desarrollaba sobre la base del Plan Único de Desarrollo Económico Social. Conforme a ese principio, tanto el Decreto Ley 5 de 22 de septiembre de 1977, Reglamento del Proceso Inversionista, como el Decreto Ley 15/78, Normas Básicas de los Contratos Económicos –ambos ya derogados-, consagrarían el paradigma de adjudicación directa de los contratos económicos, tanto entre empresas estatales, como con otras entidades, ya fueran planificados, o no, aún y cuando en este último supuesto, varias entidades, estatales o no, concurrieran en la prestación de los mismos servicios y suministros requeridos por empresas estatales, de modo que el imperio absoluto del mecanismo de adjudicación directa de los contratos era el correlato derivado del papel hegemónico y omnipresente que había alcanzado la empresa estatal en el contexto económico y social de esas dos décadas. En aquel contexto estas empresas recibían cada año un documento -el Modelo 710- elaborado por la entonces Junta Central de Planificación, donde se señalaban los productos, tipo y cantidad, entidad proveedora y receptora.

Aquí cabe la aclaración de que en esta exposición al hacer referencia al caso cubano se han empleado indistintamente los términos empresa pública y empresa estatal, a pesar de la notable diferencia teórica entre ambos conceptos, ya que en Cuba –tal vez como una deformación–, todas las empresas que operan en todo el sector público se consideran propiedad de un solo ente público: el Estado.

En los años 90 del pasado siglo, Cuba perdería las relaciones con sus socios comerciales de la Europa del Este, y como correlato necesario, la reforma constitucional de 1992 ampararía la inversión de capitales extranjeros y la operación de empresas privadas en la economía, con vistas a satisfacer las necesidades estatales y sociales con el concurso de empresas privadas (Pavó & Taquechel, 2006). En este panorama se dictó la Ley 76 de 1994, Ley de Minas, la cual dispuso en su artículo 36 que el Estado a través de las personas jurídicas que designe puede convocar a

licitaciones para investigación geológica, explotación, procesamiento y comercialización de recursos minerales, a fin de elegir la propuesta más ventajosa; pero lo cierto es que ha demorado unos 20 años, la promulgación de la legislación sobre tales licitaciones.

Algo similar aconteció con la contratación de las obras públicas de carácter constructivo, pues el Ministro de la Construcción dictó la Resolución 328, Reglamento del Registro Nacional de Constructores, Proyectistas y Consultores de la República de Cuba, de 28 de octubre de 1996, en la cual incluyó una definición sobre la licitación, y luego el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros mediante su Acuerdo 4086, de 2 de julio de 2001, encargó al Ministro de la Construcción, la tarea de elaborar y aprobar las normas sobre los procesos de licitación para la proyección y ejecución de obras constructivas; siendo apreciable que quedarían fuera de su ámbito el resto de los tipos de obras públicas.

Las investigaciones empíricas realizadas, aunque de ámbito reducido, han evidenciado que en las últimas décadas, a falta de una ley, determinadas entidades han desarrollado licitaciones en base a legislaciones foráneas –fundamentalmente la española–; en otros casos no se califica como licitación a la manera en que adjudican los contratos, sino que utilizan determinadas denominaciones para designar a esos procedimientos de adjudicación de contratos, como el concurso de ofertas, con un precario marco jurídico, aconteciendo que en varios casos las entidades han decidido que en las licitaciones convocadas solo se permitiera participar a determinadas empresas, discriminándolas por territorios o por los organismos a que pertenecen derivando todo ello en falta de uniformidad e inseguridad jurídica en este tipo de procedimientos. Las informaciones brindadas por entrevistas revelaron irregularidades en las diferentes fases en algunas de las licitaciones celebradas, por ejemplo, en las convocatorias, en la presentación de ofertas, en la apertura de ofertas y en la selección de la oferta ganadora. Estas situaciones generaron sentimientos de inseguridad y desconfianza sobre la seriedad de estos procedimientos y de las instituciones que los organizaron, emitiéndose por parte de algunos de los participantes en tales licitaciones criterios sobre la existencia de posibles manipulaciones (Pavó & Taquechel, 2004, pp. 98-101).

3. La nueva legislación sobre el arrendamiento de bienes estatales al sector privado

No es ocioso remarcar que la Constitución cubana luego de la Reforma Constitucional de 12 de julio de 1992, en su artículo 15, reconoce que la propiedad estatal se conforma por empresas, instalaciones, equipos y otros medios de producción que

han sido nacionalizados y expropiados, construidos, fomentados o adquiridos por el Estado y los que en el futuro construya, fomenta o adquiera; dispone también que estos bienes no pueden transmitirse en propiedad a personas naturales o jurídicas, salvo los casos excepcionales en que la transmisión parcial o total de algún objetivo económico se destine a los fines del desarrollo del país y no afecten los fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado, previa aprobación del gobierno.

Como parte del proceso de cambios económicos, enfatizado por el nuevo gobierno cubano a partir del 2011, se promulgó un paquete de medidas legales regulando de manera experimental la constitución y funcionamiento de las cooperativas no agropecuarias, que incluyó al Decreto-Ley 305, De las cooperativas no agropecuarias, de 15 de noviembre de 2012, el Decreto 309, Reglamento de las cooperativas no agropecuarias de primer grado, de 28 de noviembre de 2012 y la Resolución 570, del Ministerio de Economía y Planificación, Sobre el procedimiento de licitación.

En tal sentido, resulta significativo que según las intenciones del gobierno cubano reflejadas en estos textos legales, los medios de producción estatales, particularmente los inmuebles, no serían vendidos sino arrendados para su uso por parte de las cooperativas no agropecuarias y los trabajadores por cuenta propia. Cabe recordar que tales inmuebles en su mayoría habían sido nacionalizados en la década iniciada en 1960, cuando fueron expropiadas las empresas comerciales privadas y sus establecimientos, incluyendo a los dedicados a la venta a detalle de alimentos, restaurantes y cafeterías (García, Martínez & Martínez, 2004, pp. 72, 81 y 122), como parte de un proceso en el que fueron erradicadas las formas no estatales de gestión de la producción y de los servicios; en consecuencia se enraizaría en la percepción social el paradigma de una empresa estatal capaz de asumir con la calidad y eficiencia la prestación de los servicios comerciales y técnicos a la población; lo que a la larga resultaría una rareza, sino una utopía y una ucronía.

La promulgación del mencionado Decreto-Ley 305, y el hecho de que desde inicios el gobierno haya concebido la constitución de las nuevas cooperativas de manera prioritaria para la prestación de servicios, creándose en un primer momento 230 cooperativas de nuevo tipo, en sectores como: el transporte, la producción de materiales, servicios constructivos, personales, domésticos y profesionales (Martín, Domínguez, Cáceres, Martínez, Rodríguez & Ronquillo, 2012, p. 8), puede apreciarse como una necesaria mudanza de fronteras entre lo estatal y lo privado y delata las múltiples insatisfacciones –tal vez excesivamente postergadas–, en cuanto a la calidad con que tales servicios han venido siendo prestados bajo la forma de gestión estatal, a lo cual se han asociado otros males como la ineficiencia, el descontrol y la corrupción, causantes del desvío sistemático de cifras millonarias de recursos materiales y financieros de las empresas estatales de servicios, y su

perniciosa apropiación por particulares y funcionarios de tales empresas; en un contexto en el que muchos ciudadanos puede que ni cuestionen la eticidad de tales conductas, pues, al decir de Morales, reconocido académico cubano, no reaccionan ante la defensa de los medios de producción de propiedad estatal, al no percibirlos como de su propiedad, generalizándose la expresión popular de que lo que es de todos no es de nadie (2012).

En el caso de la comercialización de los productos agropecuarios y su régimen jurídico en la Cuba de los últimos 50-60 años, su evolución muestra una historia de encuentros y desencuentros entre el Estado y el mercado de estos productos, de decisiones muy variadas y contradictorias: aperturas, cierres y reaperturas. Diferentes estudios han confirmado la cronicidad de algunos problemas en el funcionamiento actual de dichos mercados, como:

- Exceso de regulaciones y limitaciones en cuanto al régimen de concurrencia, como por ejemplo la prohibición de la venta de leche vacuna y sus derivados, carne de ganado mayor, papa, café y otros productos (Nova, 2010, p. 40) y al mismo tiempo insuficientes regulaciones en cuanto al control estatal de los precios y la calidad.
- Deficiente relación precio-calidad de los productos, asociada a la insuficiente oferta, en lo cual han incidido: excesivas pérdidas de la producción en la fase de acopio y comercialización, precaria actividad de beneficio de los productos agropecuarios (Nova, 2013, p. 46), acaparamiento, especulación y desvío de productos desde los mercados estatales hacia otras formas de comercialización, exceso de intermediación, fijación de precios de monopolio por parte de los vendedores concurrentes; todo lo cual ha derivado en una incontrolada elevación de los precios y afectaciones a la seguridad alimentaria (Nova, 2006, p. 308).
- Deficiencias en la protección de los consumidores, asociadas a la ineficiencia, el desinterés, la falta de control y la deficiente calidad de los servicios que se ofertan en estos mercados (Pagés & Castaño, 2006, pp. 4 y 5) (Puig & Martínez, 2013, p. 4).

Coincidiendo en los ya apuntados propósitos de cambio en la comercialización de los productos agropecuarios, se dictó el Decreto 318 de 20 de octubre de 2013, Reglamento para la comercialización de los productos agropecuarios en las provincias La Habana, Artemisa y Mayabeque, que ampara que los mercados agropecuarios puedan ser gestionados no solo por cooperativas no agropecuarias, sino también por cooperativas agropecuarias, empresas y granjas estatales agropecuarias y por los trabajadores por cuenta propia, de lo cual resultó que hasta el 8 de enero de 2014, en las tres provincias objeto de ese experimento, habían sido

arrendados 433 mercados a 157 cooperativas agropecuarias (Ceballos, Sánchez, Díaz & Romero, 2014, p. 4), además está previsto en el Decreto que a partir de la experiencia obtenida durante su aplicación experimental, el gobierno haría los ajustes pertinentes para extenderla a otras provincias o regiones.

La Resolución 570, de 15 de noviembre de 2012, del Ministerio de Economía y Planificación (MEP), establece el procedimiento para que se liciten los bienes de un establecimiento estatal para su gestión por las cooperativas no agropecuarias, incluyendo el arrendamiento o cualquier otro derecho que conceda solo el uso y disfrute de inmuebles; o la venta, arrendamiento o similar de bienes muebles. Resulta deducible la intención del gobierno de buscar la mayor calidad en la prestación de servicios, ahorrar recursos y tratar de prevenir y reprimir la corrupción administrativa que se produciría en este ámbito si estos contratos de arrendamiento se adjudicaran de manera directa por los funcionarios de las empresas estatales propietarias de los mercados agropecuarios o si no hubiera un ordenamiento adecuado de tales procedimientos competitivos, en los que se involucrarían funcionarios estatales, cooperativas y hasta terceras personas interesadas en la inversión y el blanqueo de capitales. Esta decisión también viene matizada por antecedentes inquietantes como que en la última década, en cientos de cooperativas agropecuarias se habían cometido actos de corrupción y servido de instrumento para que particulares realizaran actividades económicas y operaciones financieras ilícitas a través de ellas (Lugo Fonte, 2010, p. 45).

Se dispone en la Resolución que estas licitaciones serían como regla, abiertas y que los organismos, órganos o entidades nacionales que autorizan la licitación podrán excepcionalmente decidir que esta sea restringida, precepto que merece mayor claridad, dado su impacto en lo que se refiere a la prevención y represión de la corrupción que pueda derivar de esa decisión, pues si no se precisan los supuestos jurídicos lo excepcional puede devenir en regla general en la práctica.

Dispone que en toda licitación se observarán los principios de: a) Transparencia, b) Igualdad y c) Publicidad. Con tal fin se regula que la entidad que licita constituirá una comisión integrada por un número impar de miembros, en la que estarán representadas las áreas técnicas, económico-financieras y jurídicas de la entidad y que para cada licitación se librerá una convocatoria, a cuyos efectos se conformará un pliego de licitación, que debe contener como mínimo la información siguiente: a) el objeto de la licitación; b) la identificación del licitante; c) el plazo de duración de la licitación; d) las condiciones específicas de la licitación que debe incluir los derechos y obligaciones esenciales que se asumirán por ambas partes; e) lugar y fecha de entrega de las ofertas; y f) el lugar, fecha y hora en la que se realizará la apertura de los sobres sellados contentivos de las ofertas; al respecto se establece

que los distintos interesados, entregarán sus ofertas en sobres sellados, cuya apertura se realizará ante notario público, dejando constancia del acto en documento público y señalándose que tanto la convocatoria como el pliego de licitación se informarán públicamente por cualquiera de los medios públicos de comunicación que decidan estas entidades.

Dispone que para la adjudicación de la licitación, la comisión seleccionará aquella oferta que asegure las mejores condiciones de precio, calidad, financiamiento, condiciones técnicas, entre otros aspectos, que a tales efectos la comisión de licitación confeccionará un informe público en el que deben constar como mínimo: a) los nombres de los miembros de la comisión; b) el objeto de la licitación c) la identificación de los diferentes oferentes; d) las razones técnicas, económicas, financieras, jurídicas entre otras, que motivaron la selección; e) lugar, fecha y hora del informe; f) la firma de los miembros de la comisión y g) el voto particular de algún miembro si lo hubiere. También dispone que la decisión de la comisión de licitación sea razonada y se ajuste a las reglas y condiciones previstas, debiendo darse a conocer a todos los oferentes en el mismo momento, para lo cual se les citará oportunamente.

Establece como una garantía, que de cada licitación se deje constancia mediante un expediente, que deberá conservarse durante cinco años, y que contendrá como mínimo los siguientes documentos: la autorización de licitación, el medio o modo empleado para hacer público el pliego, el pliego de la licitación, las ofertas entregadas, el documento que acredita el acto de apertura de los sobres.

El análisis exegético jurídico de la aludida norma sobre licitaciones, permite detectar omisiones significativas, como que:

- No se fija un plazo mínimo para librar las convocatorias, tampoco regula vías obligatorias y alternativas para publicarlas, ni las razones para efectuar licitaciones restringidas, todo lo cual queda en el ámbito de la discrecionalidad de la administración que organiza la licitación.
- En cuanto a los pliegos de licitación no se prevén reglas sobre la capacidad de los concursantes - capacidad técnica, profesional, económica, financiera, ética y jurídica-, ni sobre los requisitos formales para acreditarla, ni las causas legales de incapacidad o inhabilitaciones para participar en las licitaciones (Parada, 1993, p. 295), tanto para intervenir como licitador o como para ser miembro del órgano licitante, tampoco se regulan las causas de descalificación de las ofertas y especialmente, la prohibición de descalificación por detalles formales y las exigencias de contenido que deben contener los pliegos de licitación: especificaciones técnicas de los objetos, los criterios de calificación, su ponde-

ración y la forma en que se cuantificarán, las normas, métodos y pruebas que se emplearán para establecer si las propuestas se ajustan a las especificidades definidas, el proyecto de contrato que se suscribirá con el beneficiario, las condiciones y requisitos de las garantías que se exigirán con ocasión del contrato, todo lo cual igualmente quedaría en los ámbitos de la actuación discrecional de la administración que licita. A este respecto, por ejemplo, la legislación de Brasil prevé de manera precisa la posibilidad de impugnar el procedimiento amparándose en la ocurrencia de irregularidades con motivo de habilitación o inhabilitación de un licitante, en la calificación de propuestas, la anulación o revocación de la licitación, o en la rescisión del contrato cuando está determinada por un acto administrativo unilateral (Brasil. Tribunal de Cuentas de la Unión, 2006, p. 367).

- En cuanto a los sujetos que forman parte del órgano administrativo licitante, no se regula la obligación del personal de respetar la confidencialidad, de no usar en su beneficio o de terceros la información privilegiada, ni a la responsabilidad por tales violaciones, las sanciones administrativas por infracciones en las licitaciones y tampoco se prevé la recusación de funcionarios administrativos como miembros de la Comisión de Licitaciones, por parentesco, amistad o enemistad, interés personal, o relación de servicios en la licitación, lo cual constituye una derivación lógica del principio de imparcialidad (Hamdan, 2001, p. 442).
- Se omiten importantes principios rectores de las licitaciones, como los de imparcialidad, objetividad, claridad de las reglas, economía y justicia.
- No se precisan los supuestos de nulidad y anulabilidad de los procedimientos de licitación.
- No se establecen garantías u otras previsiones legales para los casos en que el ganador de la licitación, se rehúse a firmar el contrato, como tampoco las garantías jurídicas en caso de que la administración de manera unilateral, poco tiempo después de adjudicado y firmado el contrato de arrendamiento decidiera resolverlo.
- Existe degradación normativa, pues conforme la consolidada doctrina y práctica legislativa a nivel internacional, se supone que el régimen de licitaciones quede establecido por una ley y no por una norma administrativa ramal.

De manera que en el régimen jurídico del aludido procedimiento administrativo de licitaciones se concede un amplio espacio para la actuación discrecional y no reglada de la administración, a lo cual se agrega como agravante la escasa previsión sobre los límites de esas potestades discrecionales, lo que resulta una deficiencia relevante para la eficacia de dicho procedimiento y la seguridad jurídica.

A este respecto vale la pena traer a colación el tema de la existencia de fronteras en el empleo de las potestades discrecionales concedidas a la administración. Plantea Gordillo (2003), conocido tratadista argentino, que tales límites son: la razonabilidad (es decir, la prohibición de actuar arbitraria o irrazonablemente; en otra formulación, la justicia), la desviación de poder (prohibición de actuar con una finalidad impropia), la buena fe, la discrecionalidad cero, el *alterum non lædere*. De acuerdo con la doctrina éstos son sólo los denominados límites elásticos, pues también deben operar otros límites de las facultades discrecionales, como la equidad y los principios generales del Derecho en cuanto puedan ser de aplicación, debiendo observarse también como límites los principios de legitimidad y de oportunidad (pp. X-21 y X-26).

Como podrá apreciarse se trata todavía –aunque un paso de avance–, de un régimen jurídico bastante primario y básico sobre las licitaciones, muy alejado de los avances conceptuales y técnicos que sobre esta institución se han producido en las últimas décadas a nivel global, muy distante también de la rigurosidad que tales disposiciones exhiben en los países iberoamericanos, pues la resolución comentada, en su lacónico texto, deja sin respuesta un listado amplio de interrogantes, al pasar breve y superficialmente sobre toda una serie de incidencias trascendentes para que una licitación, resulte eficaz, quedando múltiples intersticios para que la licitación resulte un acto banal, formal y burocrático más, o peor aún, para que se deslice impunemente la corrupción administrativa.

La mencionada Resolución 570 del MEP regula que los participantes en la licitación pueden en el término de tres días hábiles a partir de la notificación del informe, presentar ante la Comisión una aclaración del informe, que la comisión tiene un término de cinco días hábiles para dar respuesta aclaratoria y que cualquiera de los oferentes cuya oferta no fuera seleccionada, puede en el término de cinco días hábiles desde la notificación del informe presentar recurso de reforma ante la propia Comisión, y que la misma deberá responder en un término no mayor de 10 días hábiles; regula también que si el recurso de reforma se declarase con lugar generando una decisión diferente a la inicial, se citará nuevamente a todos los participantes para en un único acto dar a conocer la nueva decisión y establece también que la decisión definitiva resolviendo el recurso de reforma es impugnabile ante la vía judicial.

A esos efectos el Tribunal Supremo Popular (TSP) estableció mediante el Acuerdo 1 de su Consejo de Gobierno, de 9 de enero de 2013, que la competencia judicial para conocer de la impugnación de la decisión definitiva de la Comisión de Licitación en este tipo de procedimientos, se ventilará en primera instancia ante las Salas de lo Civil y Administrativo de los Tribunales Provinciales por los trámites del proceso administrativo -o contencioso administrativo-, mandato que resulta ajustado a las tendencias ya consolidadas en la doctrina y el Derecho com-

parado, al exigir una condición de procedibilidad, en este caso, el agotamiento de la vía administrativa para que el inconforme pueda acudir al proceso contencioso administrativo (Briceño, 1968, pp. 229-234); pero se acoge a criterios más recientes de la doctrina del Derecho Procesal Administrativo que se proyectan sobre el principio de economía procesal, considerando ya agotada la vía administrativa cuando la Comisión de Licitación resuelva el recurso de reforma, sin posibilitar ulteriores recursos de alzada o apelación. Se ajusta también a una tendencia reciente del Derecho Administrativo de ampliar el concepto de administración pública y en consecuencia extender el ámbito de la jurisdicción de lo contencioso administrativo, lo cual atiende a un problema práctico: asegurar la tutela judicial de quienes resulten afectados en sus derechos por actos y disposiciones, en casi todo semejantes a los que emanan de las administraciones públicas, tal y como lo justifica, por ejemplo la Ley 29, De la jurisdicción de lo contencioso administrativo, de España, de 13 de julio de 1998, en su exposición de motivos.

Sin embargo, resulta cuestionable la jerarquía de la mencionada disposición jurídica cubana, al no ser una ley, ni otra norma con ese rango la que atribuye a las salas de los tribunales la competencia sobre un nuevo asunto, a pesar de que implica una modificación de los artículos 655 y 667 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral de 19 de agosto de 1977 (LPCAL).

Otra observación crítica, tiene que ver con la omisión en torno a la inactividad formal o el silencio administrativo, pudiendo acontecer que la comisión de licitación no diera respuesta en el término establecido, ante lo cual el afectado debería igualmente poder acudir al tribunal; pero el Acuerdo nada dice sobre esto y mucho menos sobre el término en que podría hacerlo, quedando estas otras dos interrogantes también sin solución legal precisa, lo que derivaría en inseguridad jurídica. También es omiso respecto a si la propia administración en este tipo de licitación ¿puede o no declarar la lesividad a los intereses públicos de una decisión que adjudicare el contrato de arrendamiento?, y en tales casos, ¿Si quedan acaso legitimadas estas administraciones locales para acudir al tribunal instando el proceso contencioso administrativo tal y como lo disponen los artículos 575 y 677 de la LPCAL?

Una cuestión adicional que vale la pena subrayar es que la impugnación debe basarse puntualmente en irregularidades en el procedimiento de licitaciones, motivos que la doctrina ha denominado como vicios –en la convocatoria, en la apertura de ofertas y en la adjudicación (López, 1999, pp. 205-212)– y en otros incumplimientos de las normas generales de los procedimientos administrativos que afecten los principios que rigen las licitaciones, como sería el caso, por ejemplo, la relación de parentesco entre alguno de los que integran la Comisión de Licitación y los sujetos que intervienen en la licitación, o en el caso de interés manifiesto de alguno de los

miembros de esta Comisión. Pero nada al respecto queda previsto legalmente, sobre ello resulta oportuno apreciar la existencia en los ámbitos de la doctrina iberoamericana una exhaustiva elaboración acerca de los vicios de los actos administrativos; por violación de la legalidad, por violación de los principios generales del Derecho, por usurpación de funciones de autoridad o poder, por desconocimiento del debido proceso, vicios de forma en el procedimiento, referentes al objeto, concernientes a los motivos y a la finalidad del acto, por falsa motivación, por desvío de poder (Santofimio, 1994, pp. 269-349).

Sin embargo pudiera enervar la acción del inconforme el hecho de carecerse en Cuba de una ley del procedimiento administrativo común donde se ofrezcan los presupuestos para la invalidez de los actos administrativos, especialmente de los actos de los procedimientos; aunque al contrario –como lo hace Vicente Rapa Álvarez–, se haya sostenido que existe la posibilidad de aplicación supletoria del Real Decreto de 23 de septiembre de 1888, Sobre Procedimientos Administrativos dictado por la monarquía española para regir en Cuba, argumentando que pese a tener ya más de un siglo de vigencia y a su relativa obsolescencia, no ha sido formalmente derogado y que los jueces en algunos procesos lo han continuado aplicando para la solución de casos precisamente en sede de lo contencioso administrativo (Pavó, 2011, p. 101); pero esta posición sería discutible y es fácil suponer la inseguridad jurídica que deriva de esta situación en la que algunos operadores jurídicos reconocen la vigencia de esta norma y otros incluso no saben de su existencia.

Otro gran inconveniente que enfrentarían los que acudan en busca de justicia mediante el proceso contencioso administrativo, reside en las visibles imperfecciones normativas y todavía más en la eficacia que padece tal proceso en Cuba, aunque igualmente en otros países; el profesor González Pérez con su probada solvencia científica en la esfera del Derecho Administrativo, ha expresado que, “Su eficacia encuentra múltiples obstáculos de índole muy diversa, difícilmente superables. Pero todos giran en torno a un hecho básico; la quiebra del principio de igualdad de las partes y que por eso es la especie que mejor pone de manifiesto las deficiencias y las impotencias del proceso” (1971, p.76). Precisamente una de tales carencias consiste en el recorte que supone el establecimiento en la LPCAL cubana de la inimpugnabilidad de los actos realizados por la administración en el ejercicio de sus potestades discrecionales por vía del proceso contencioso administrativo, criterio reafirmado por el Dictamen 284 de fecha 9 de febrero de 1988, del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo de la República de Cuba, cuando subraya que de conformidad con el artículo 657 de la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, las resoluciones de la Administración en ejercicio de su facultad discrecional, no son interpelables en la vía jurisdiccional; así que a quien el órgano u organismo administrativo le otorgue menos de lo que de él interesó o se le

rechace íntegramente, no puede interponer demanda contra la misma, y de hacerlo, debe ser de plano rechazada. Pero esta posición no es coincidente con las tendencias que se han ido afirmando en la doctrina y en la jurisprudencia a nivel internacional, pues imprime un cierto margen de impunidad al actuar administrativo que no va a someterse a más control que el que se ejerce por los funcionarios administrativos de jerarquía superior a aquel del cual emana el acto, con las limitaciones que se conoce le son inherentes a tal mecanismo.

4. La adjudicación de los contratos en el sector estatal cubano y sus retos: la inconclusa búsqueda de eficiencia, seguridad jurídica y del control sobre la corrupción administrativa

El panorama actual –y en el futuro inmediato– del sistema económico cubano, tal y como ha venido siendo actualizado, pudiera caracterizarse siguiendo el modelo formulado por el profesor Witker (1985), considerando la coexistencia entre un sector económico (que funciona a partir de la propiedad estatal que produce a través de empresas estatales inscritas en planes económicos y con destino a toda la sociedad con el propósito de asegurarle consumos mínimos globales) y de otro sector económico, basado en la propiedad no estatal, que va a producir lo que el mercado demande a través de empresas privadas, con destino a los consumidores con poder de compra (p. 25). Obviamente en ese contexto, también delineado por la persistencia de la crisis económica, se ha estado dibujando un nuevo escenario mucho más complejo, desde el punto de vista de la diversidad de actores y de las interrelaciones entre ellos, incrementándose de modo inédito los contactos entre las empresas y entidades del sector estatal y las empresas privadas, esos espacios han estado generando múltiples desafíos; entre ellos destaca la necesidad de lograr la competitividad de las empresas estatales, la eficiencia en el empleo de los fondos públicos y el establecer un adecuado nivel de seguridad jurídica en el régimen de concurrencia en la producción y la prestación de los servicios entre las formas de gestión estatales y no estatales; otro es la necesidad de modificaciones legislativas que aproximen mucho más al Derecho Empresarial cubano al de los países de la región, dados los avances en los esfuerzos integracionistas. Tales cambios evidentemente han producido un aumento de las oportunidades para la ocurrencia de hechos de corrupción administrativa en las transacciones comerciales entre el sector público y el privado, asociados al mecanismo de libre elección de los contratantes por parte de los directivos de las empresas estatales y por otros funcionarios administrativos.

A tal respecto, viene a propósito recordar que el país acopia en su historia algunos hechos, que si bien no se sancionaron públicamente como actos de corrupción no dejan de resultar todavía raros, a pesar de haber transcurrido varias décadas,

como sucede con la compra de un lote de barredoras de nieve, hecho del cual se ha comentado que, “La compra de semejante artefacto está entre los *Guinness* de las torpezas en la estrategia importadora nacional, pese a que entre este montón de islas e islotes calentones y húmedos es imposible que caiga ni un «copito», por nuestra circunstancia geográfica y atmosférica” (Ronquillo, 2014, p. 3).

Valdría la pena a este respecto, sin pretender ser exhaustivos, considerar algunos hechos tipificables como actos de corrupción ocurridos en fecha reciente, en los que concurrieron precisamente irregularidades en las transacciones comerciales entre empresas estatales y empresas privadas extranjeras. Como se verá, resulta notorio en todos esos casos el aprovechamiento por parte de los infractores, de la excesiva autonomía concedida por la legislación a los funcionarios administrativos para adjudicación directa de los contratos y fijar a discreción sus cláusulas.

Aquí cabe la valoración que hiciera el ya citado profesor Morales (2012), al analizar las causas de la corrupción en Cuba de que, “Muchas personas que ostentan cargos, utilizan su posición dirigente para equilibrar sus ingresos por medio del desvío de recursos. Creándose una red, dentro de la cual, dirigentes de diferentes actividades intercambian favores y privilegios de acceso a bienes materiales”. Pero en estos casos –sobre los cuales vale la pena aclarar que se trata solamente de los que han sido ya sancionados por los tribunales cubanos y se ha brindado información oficial–, resalta que se trata de una corrupción media y alta, es decir, por personas que se lucran con fines de acumulación de recursos financieros para eventuales inversiones posteriores.

En el último trimestre del 2010 fueron procesados penalmente una decena de ejecutivos de las plantas procesadoras de níquel “René Ramos Latour” y “Pedro Soto Alba” por el débil control sobre los recursos destinados al proceso inversionista y productivo de estas industrias, incluyéndose la aceptación de sobornos o comisiones en los contratos autorizados por algunos de estos ejecutivos, hechos que al parecer fueron determinantes en la destitución de la ministra de la industria básica. Como saga de esta causa, el 21 de junio de 2014 concluiría el juicio en el Tribunal Provincial de La Habana contra los empresarios canadienses Vahe Cy Tokmakjian, Marco Vinicio Puche Rodríguez y Claudio Franco Vetere, imputándoles la utilización de mecanismos fraudulentos y sobornos para obtener beneficios en las negociaciones con entidades estatales cubanas, siendo también juzgados en esa causa unos 10 funcionarios administrativos, entre ellos un ex viceministro del extinto Ministerio del Azúcar (MINAZ), el ex director general de la empresa Cubaníquel SA, el ex director de Ferroníquel Minera SA, el ex director de CISTUR, y otros altos funcionarios del extinto MINAZ y del Ministerio de la Industria Básica, más cinco directivos de la Sucursal Tokmakjian Group en Cuba (Nota Oficial, 2014, junio 30).

En mayo de 2011, fueron condenados por el Tribunal Provincial de La Habana el empresario chileno Max Marambio (juzgado en ausencia), Presidente de la Empresa Mixta Río Zaza SA, productora y comercializadora de alimentos y el ex Ministro de la Industria Alimenticia, por delitos de cohecho, estafa, falsificación de documentos bancarios o de comercio y por actos contra la contratación económica (Nota Oficial, 2011, mayo 5). En el mes de junio, en otro proceso posterior contra Marambio, fueron sancionados 11 ejecutivos de la mencionada empresa Río Zaza SA y funcionarios del Ministerio de la Industria Alimenticia, entre ellos un ex viceministro, porque a cambio de sobornos y comisiones ilegales desviaron y permitieron el desvío de productos y materias primas, falsearon información y adulteraron documentos (Nota Oficial, 2011, junio 10). Este caso no deja de ser curioso, pues Marambio había arribado a Cuba por primera vez a finales de los 60, entablando amistad con altos dirigentes cubanos y también fue jefe de la escolta personal del Presidente Salvador Allende, detalles que aparecen en su libro *Las armas de ayer*, publicado en el 2008 y prologado por el Premio Nobel colombiano Gabriel García Márquez. Posteriormente el empresario chileno acudió a la Corte Internacional de Arbitraje de Comercio de París donde estableció querrela contra el gobierno cubano y no se ha vuelto a hablar públicamente de este asunto.

En junio del 2011 el Tribunal Provincial Popular de La Habana, sancionó (también juzgado en ausencia) al empresario chileno Marcel Luis Marambio presidente de la Empresa Mixta de Viajes Turísticos Sol y Son SA y a 14 directivos de la compañía Cubana de Aviación, por delitos de estafa y cohecho (Nota Oficial, 2011, junio 7).

En julio de ese mismo año el Tribunal Provincial de La Habana, sancionó a unos diez de directivos de la empresa Cubana de Aviación SA y de la Heberbiotec SA, comercializadora de productos biotecnológicos y farmacéuticos, por haber recibido comisiones y otros beneficios para favorecer en las negociaciones contractuales a empresas extranjeras en perjuicio de empresas cubanas, e igualmente a los principales responsables comerciales de la sucursal en Cuba de la empresa extranjera Caribe Cargo SA (Nota Oficial, 2011, julio 30).

5. La adjudicación de contratos en el sector estatal; los tímidos cambios en la legislación reciente

El 7 de octubre de 2010 se dictó la Resolución 32, del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Reglamento del ejercicio del trabajo por cuenta propia, ampliando la autorización hasta más de 200 oficios y servicios, y asociado a ello, luego

de demoradas tentativas, se emitió la Instrucción 7, del Ministerio de Economía y Planificación, Indicaciones a las entidades estatales para la contratación de los productos y servicios de los trabajadores por cuenta propia, de 18 de noviembre de 2011, a tales efectos se reguló que este tipo de relación comercial debe formalizarse a través de contratos y que a dichos contratos se les dará para su aprobación el mismo tratamiento que al resto de los que suscriba la entidad, es decir se concertarán mediante adjudicación directa. A esos fines, el Banco Central de Cuba, dictó la Resolución 101, Normas bancarias para los cobros y pagos, de 18 de noviembre de 2011, por la cual autorizó a las empresas estatales a efectuar los pagos que correspondan a los trabajadores por cuenta propia, fijando como límite que no excedan de los gastos establecidos en el plan o el presupuesto aprobado para cada entidad. Obvio sería deducir que no parece que estas regulaciones legales, tan genéricas, puedan resultar suficientes para prevenir que directores de empresa adjudiquen los contratos a los contratantes que ofrezcan mayores comisiones, sobornos o a cambio de otros favores.

A finales del 2011 mediante la Resolución 122 de 14 de noviembre, el Ministerio de la Agricultura, autorizó la venta directa de productos agropecuarios por agricultores y cooperativas a las entidades del sector del turismo, a los fines de posibilitar mayor autonomía de gestión en las cooperativas agropecuarias y de reducir las importaciones de alimentos. Al amparo de esta disposición jurídica al concluir el 2012 se habían firmado 396 contratos entre 236 instalaciones turísticas pertenecientes a las compañías extrahoteleras y cadenas hoteleras estatales (*Mintur, Gaviota SA, Gran Palco y Habaguanex*) y 197 cooperativas y 2 granjas estatales (Delgado, López & González, 2013, p. 5). En ese sentido resulta significativa la expresión del Jefe de Compras de un hotel importante de La Habana, de que, “Ahora tenemos la posibilidad de escoger a quien le compramos y pactar los precios” (Delgado, López & González, 2013, p. 5); (p. 5) pero emerge inmediatamente la interrogante, ¿Con base en cuáles criterios los gerentes de tales hoteles decidirían que sea uno y no otro el productor adjudicatario del contrato?, y en este sentido, ¿Cómo evitar que la decisión no recaiga sobre el contratante que ofrezca soborno, comisión a ese directivo, o a cambio de otros favores?

En el 2012, se dictó el Decreto Ley 295, con el propósito de darle continuidad al fortalecimiento del sistema estatal de dirección y gestión empresarial cubano, cuyas propuestas centrales han ido en el sentido de combinar la planificación social y el mercado por medio del otorgamiento a la empresa de una mayor autonomía para asegurarse las materias primas y para comercializar los productos terminados. En este sentido vale la pena subrayar que el nuevo Decreto Ley y su reglamento se pronuncian por un mayor empoderamiento de los directores de empresas y uni-

dades empresariales de base en cuanto a decidir con quién contratar, decisiones que anteriormente solo estaban en manos de las uniones de empresas y autoridades ministeriales, según la cuantía de lo contratado; aunque insiste en que las empresas deben garantizar el funcionamiento de su comité de contratación como órgano técnico asesor encargado de revisar y aprobar cada transacción comercial, determinándose también que todos los contratos sean dictaminados por el asesor jurídico de la entidad contratante; pero como podrá apreciarse no instrumenta ningún procedimiento competitivo para la adjudicación de tales contratos.

El 1ro de noviembre de 2012, se dictó el Decreto- Ley 304, De la Contratación Económica y su reglamento el Decreto 310, De los Tipos de Contratos, de 17 de diciembre de 2012, ambos textos legales se apuntan dentro de la tendencia hacia la unificación del Derecho de Contratos. Resalta en el Decreto Ley la consagración de manera enfática y absoluta del principio de autonomía de la voluntad en la contratación, de lo cual no quedó excluido al ámbito del sector público, de lo que deriva que las empresas estatales pueden libremente elegir a la otra parte contratante, aunque sean entes privados; coherentemente con ello, el Decreto Ley no establece la posibilidad de adjudicación de los contratos mediante licitación. Otra consecuencia de la consagración del principio de autonomía de la voluntad es la derogación de todos los decretos que establecían condiciones generales y particulares para determinados contratos, de lo que deriva que las administraciones pueden ahora negociar y determinar libremente las cláusulas de los contratos.

Al parecer la lógica que ha seguido el legislador al asumir esta posición derogatoria, es la de que las disposiciones jurídicas anteriores conducían a un régimen demasiado regulado de tales contratos, que ese exceso es causa de rigidez, un límite innecesario, un obstáculo para la iniciativa contractual y un freno para el desarrollo productivo y las relaciones comerciales, que ha generado estancamiento productivo y el estado de falta de responsabilidad ante los compromisos derivados de los contratos, y que como corolario, la mejor solución sería precisamente, desregular y propiciar la libre contratación; pero en realidad es muy difícil asegurar que esta normativa aludida produzca el efecto que se espera y por otra parte, es evidente que al tratarse de negocios jurídicos que pueden pactarse entre el sector público y el privado, parece que va en retroceso en la búsqueda de eficiencia en el uso de fondos públicos y en la prevención de la corrupción.

El Decreto Ley 313, Sobre la Zona Especial de Desarrollo Mariel, y el Decreto 318 que lo reglamenta, de 19 de septiembre de 2013, prevén un régimen discrecional de autorizaciones administrativas para el establecimiento de los concesionarios y usuarios en dicha zona, y por su parte la Ley 118, De la Inversión Extranjera, de 29 de marzo de 2014 y el Decreto 325, de 9 de abril de 2014, que la reglamenta,

también establece un régimen similar en manos del Consejo de Estado, del Consejo de Ministros y de los Jefes de los organismos de la administración central del Estado para aprobar las propuestas de inversión extranjera; sin embargo, resulta significativo que en estos textos legales tampoco se establece que deban efectuarse licitaciones, sino que por el contrario insiste en el acto de adjudicación directa de estos contratos, aunque se sabe que estas relaciones se van a establecer muchas veces, entre empresas estatales y empresas privadas.

Luego el Consejo de Ministros, aprobó el Decreto 327, de 11 de octubre de 2014, Reglamento del proceso inversionista. En torno a este tema vale la pena tomar en cuenta que en materia de inversiones constructivas el país, es cierto que en las últimas cinco décadas llevó a término múltiples obras de infraestructura y edificaciones con distinto destino productivo y no productivo, pero también sucedió que muchas obras demoraron mucho más de lo debido en su ejecución, otras tantas se ejecutaron sin la debida calidad técnica o estética dilapidándose elevadas cantidades en su ejecución y que ese hecho es uno de los fundamentos para la decisión estatal de abrir el espectro para la participación de entidades no estatales como constructores de obras.

El mencionado Decreto 327, dispone en su artículo 49 que para suscribir los contratos en el proceso inversionista se emplearán como métodos de selección de la contraparte contractual el procedimiento negociado o la licitación; y como no se establece otra regla sobre esta decisión, todo indica que la elección de uno u otro procedimiento queda a la decisión discrecional del inversionista. En relación con el procedimiento negociado expresa que es aquel en que se realiza una convocatoria restringida, en que la autoridad que convoca selecciona discrecionalmente al contratante, sin necesidad de hacer pública la decisión, de lo que se deduce que no cabe la impugnación del inconforme. Se dice que excepcionalmente y por decisión de una instancia superior al sujeto que interviene en la inversión, se puede emplear la adjudicación directa; en consecuencia no queda esclarecido si lo que decide la instancia superior es que no se convoque a licitación, o la adjudicación directa de la obra y un peligro adicional es que previsto como excepción puede convertirse en la regla, regulándose que no cabe impugnación de los inconformes con la decisión adoptada ni en la vía judicial ni administrativa. En cuanto al procedimiento de licitación establecido por este Decreto llama la atención que no incluye ninguna regla para discriminar que la licitación sea abierta o restringida.

En resumen, es apreciable que en general este nuevo Decreto reproduce casi textualmente las mismas regulaciones contenidas en la ya comentada Resolución 570 del MEP, así que caben los mismos señalamientos y deja el asunto más o menos en el mismo punto, resultando obvio que ambos textos quedan por debajo de las

expectativas, en cuanto a poder ser eficaces para lograr la eficiencia en el uso de fondos públicos, la seguridad jurídica en la adjudicación de contratos, la necesaria estimulación de la inversión, la prevención de la corrupción administrativa y otros desafíos, advirtiéndose que no son congruentes con los compromisos que en este sentido hicieron a los Estados en la Convención de la ONU contra la corrupción, adoptada en el 2003, de la cual Cuba participó desde su momento fundacional y de la cual es parte signataria.

Conclusión

El orden legal vigente en Cuba, a pesar de la recientes reformas, en lo relativo a los procedimientos de adjudicación de contratos en el sector estatal de la economía, ofrece una respuesta que solo resulta parcialmente acorde con viejos y actuales retos a los que se enfrenta el país, en especial, brindar mayores garantías jurídicas y seguridad para la inversión, prevenir y sancionar la corrupción administrativa en este ámbito de la contratación y lograr eficiencia en el empleo de los fondos públicos; tampoco se corresponde con los instrumentos internacionales aprobados por la ONU ni con los más consolidados criterios doctrinales y las tendencias de la legislación de otros países, pudiendo detectarse numerosas omisiones esenciales que afectan su eficacia, en lo que se refiere al cumplimiento de los fines y principios de esta institución, pues ha continuado reservando amplios espacios para el mecanismo de adjudicación directa de los contratos, y porque conserva excesivas potestades discrecionales para los casos en que se celebren licitaciones, a pesar de que sobre todo en el último lustro, se han producido significativos cambios en el escenario económico, en el que se aprecia un crecimiento del sector privado y sus interacciones con el sector estatal, y por tanto, tal ordenamiento ha continuado resultando incompleto, deficiente, carente de sistemática y desactualizado, cuestión que solamente pudiera quedar en forma adecuada resuelta mediante una verdadera ley de licitaciones y sobre los contratos públicos, acompañada de las demás normas de Derecho Administrativo de las que aún carece el país.

Referencias

- Brasil. Tribunal de Cuentas de la Unión (2006). *Licitaciones & Contratos; orientaciones básicas* (3ra ed.). Brasilia: Tribunal de Cuentas de la Unión.
- Briceño Sierra, H. (1968). *El proceso administrativo en Iberoamérica*. México: UNAM.

- Ceballos González, A., Sánchez García, L., Díaz Padrón, L. & Romero Cruz, Y. (2014, 17 de enero). Experimento en la comercialización agrícola ¿La vida sigue igual? *Granma*, p. 4.
- Coalición por la Transparencia (2004). *Manual de Legislación contra la Corrupción*, Guatemala: Magna Terra Editores.
- Castillo Velazco, J. M. (1994). *Ensayo sobre el Derecho Administrativo mexicano*. México: UNAM.
- Delgado, S., López F. & González, O. (2013, 1ro de marzo). Otra vuelta de tuerca a las importaciones innecesarias. *Granma*, p. 5.
- Fraga, G. (1977). *Derecho Administrativo*. (17ma ed.). México: Porrúa.
- García Gómez de Mercado, F. (1999). Contratos administrativos y privados ante la reforma de la ley de contratos de las administraciones públicas. *Revista Jurídica de la Comunidad de Madrid*, (5), Recuperado de http://www.comadrid.es/pres_serv_juridicos/revista_juridica/numero5/indice.htm
- García Enríquez, F., Martínez Lorenzo, Y., & Martínez Barreiro, J. (2004). *Compendio de disposiciones sobre nacionalización y confiscación*. La Habana: Ministerio de Justicia.
- González Llaca, E. (2005). *La corrupción. Patología colectiva*. México: Instituto Nacional de Administración Pública.
- González Pérez, J. (1971). *Administración Pública y Libertad*. México: UNAM.
- Gordillo, A. (2003). *Tratado de Derecho Administrativo*, 1(8a ed.). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Gutiérrez González, E. (1993). *Derecho Administrativo y Derecho Administrativo al estilo mexicano*. México: Porrúa.
- Hamdan Amad, F. (2001). *Ensayos jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo*. Monterrey: Cámara de Senadores.
- López Elías, J. P. (1999). *Aspectos jurídicos de la licitación pública en México*. México: UNAM.
- Lugo Fontes, O. (2010). *Informe Central al X Congreso de la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños*. La Habana: ANAP.
- Martín, M., Domínguez, A. M., Cáceres P., Martínez, M. M., Rodríguez, J. A. & Ronquillo, R. (2012, 16 de diciembre). Se buscan socios. *Juventud Rebelde*, p. 8.
- Mello Coelho, D. (2000). O Instituto da Licitação no Direito Francês, *Revista de Direito Comparado*, 5, 173-188.
- Morales E. (2012), *Para meditar. Una vez más sobre la llamada corrupción de poca monta, Cuba*. Recuperado de <http://moncadalectores.blogspot.com/2012/09/una-vez-mas-sobre-la-llamada-corrupcion.html>

- Nova González, A. (2006). *La agricultura cubana 1959-2005; evolución y trayectoria (1959-2005)*. La Habana: Ciencias Sociales.
- Nova González, A. (2010). La cadena productiva y comercializadora en el sector agropecuario en Cuba, *Caminos*, (55-56), 32- 42.
- Nova González, A. (2013). *El modelo agrícola y los lineamientos de la política económica y social en Cuba*. La Habana: Ciencias Sociales.
- Nota Oficial. (2011, 7 de junio). *Granma*, p.2.
- Nota Oficial. (2011, 30 de julio). *Granma*, p.2.
- Nota Oficial. (2014, 5 de mayo). *Granma*, p.3.
- Nota Oficial. (2014, 10 de junio). *Granma*, p.2.
- Nota Oficial. (2014, 30 de junio). *Granma*, p.2.
- ONU. (2003) ¿Cómo nos afecta la corrupción?, México: Centro de Información de las Naciones Unidas, p. 2, Recuperado de <http://www.cinu.org.mx/prensa/especiales/2003/corrupcion/intro.htm>
- Pagés, R. & Castaño, R. (2006, 31 de marzo). La solución no es un inspector en cada tarima. *Granma*, pp. 4 y 5.
- Parada Vázquez, R. (1997) *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Marcial Pons.
- Pavó Acosta, R. & Taquechel Lafargue, G. (2004). Las licitaciones y el reto de la competitividad de la empresa cubana. *Santiago*, (105), 83-103, Recuperado de <http://ojs.uo.edu.cu/index.php/stgo/article/viewFile/14504306/846>
- Pavó Acosta, R. & Taquechel Lafargue, G. (2006). Desafíos actuales y perspectivas de cambio en torno al marco jurídico de las licitaciones en Cuba. *Revista del Equipo Federal del Trabajo*, 13 (2), Recuperado de http://www.eft.org.ar/pdf/ef/2006_12pp3-18.pdf
- Pavó Acosta, R. (2011). *La justicia agraria y sus desafíos*. España: Universidad de Málaga, Recuperado de <http://www.eumed.net/libros/2011c/1003/index.htm>.
- Puig Meneses, V. & Martínez Hernández, L. (2013, 5 de julio). Cooperativas no agropecuarias; una apuesta por la eficiencia. *Granma*, p. 4.
- Rizo Oyanguren, A. (1991) *Manual elemental de Derecho Administrativo*. León: Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua.
- Ronquillo Bello, R. (2014, 25 de mayo). El síndrome de la barredora de nieve. *Juventud Rebelde*, p. 3.
- Santofimio, J. O. (1994). *El acto administrativo. Procedimientos, eficacia y validez*, (2da ed.). Bogotá: Universidad de Externado.
- TJUE. (2011). *Contratación Pública. Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea*. Sevilla: Junta de Andalucía.
- Witker, J. (1995). *Derecho Económico*. México: Harla SA.