

5

EL SERVICIO PÚBLICO EN CUBA. UNA VISIÓN HACIA LA ACTIVIDAD DEL EMPRESARIO MERCANTIL EN LA ACTUALIZACIÓN DEL MODELO ECONÓMICO

Yomisel Galindo Rodríguez (*)
Alcides F. Antúnez Sánchez (**)
Universidad de Granma (Cuba)

RESUMEN

El tema de los servicios públicos en Cuba resulta de extrema complejidad a partir de las transformaciones que ha sufrido el país en su modelo económico, así como sus condiciones socio-políticas. Esta investigación establece un primer acercamiento general en la relación de la actividad administrativa reconocida en la doctrina como servicio público y el derecho mercantil, con énfasis en las formas de empresarios —social e individual— reconocidas. En tal sentido se analizan los elementos doctrinales que conforman los servicios públicos, sus formas de gestión y control. Luego se analiza la situación cubana en torno a los servicios públicos y su relación con la actividad mercantil sobre la base del nuevo modelo económico, político y social imperante en Cuba. De ahí se analizan un grupo de normas que posibiliten dicha relación y que muestran un futuro en la prestación de los servicios públicos en Cuba.

PALABRAS CLAVE:

administración pública, servicios públicos, empresario mercantil, Cuba.

ABSTRACT

The issue about *public service* in Cuba has become extremely complex since the recent transformation occurred on the economic model, as well as in its socio-political conditions. This paper provides a general approach in the relation between the public administration recognized as *public services* and the *commercial law* emphasizing the different legal form of organizations —individual and collective— recognized by law. It is analyzed the doctrinal elements that shape the public services, its management and control. Then, it is analyzed the Cuban situation of the public services and its relation with the commercial law under a new economic, political and social model taking place in Cuba. Finally it is analyzed a bunch of norms that may make that relation possible in the near future in Cuba.

KEY WORDS:

public administration, public services, commercial law, Cuba.

(*) E-mail: ygalindor@udg.co.cu

(**) E-mail: aantunez@udg.co.cu

RECEPCIÓN: 06/04/15

ACEPTACIÓN FINAL: 23/09/15

1 INTRODUCCIÓN

Desde el surgimiento de las relaciones entre los hombres —cuestión tan antigua como su propia existencia— de una u otra forma pudiera decirse que se realizan en mayor o menor medida determinadas actividades —cambios de mercancías por otras— de características económicas, que pudiesen ser consideradas como mercantiles. Desafortunadamente las propias condiciones imperantes no permitieron a las primeras y fuertes civilizaciones ordenar jurídicamente estas relaciones que se establecía en el entonces. Es por ello que estas actividades reconocidas como mercantiles y según concuerda la doctrina, no tendrían un asentamiento sino hasta los siglos X y XI en Roma, tomando fuerza en la actualidad con el desarrollo económico y social de los Estados.

Con la evolución del Estado y las sociedades, aparece la Administración Pública y con ella su especial finalidad, así como las formas que facilitan su efectividad. Lo interesante de las actividades que serán realizadas por ésta, o en su defecto por determinados sujetos en su representación, marcan su finalidad. La utilidad pública constituye su objetivo manifiesto y la solución a determinadas situaciones que atañan a la colectividad o generalidad, la meta a alcanzar.

El servicio público constituye una de las formas de la actividad administrativa más discutidas y empleadas históricamente para solventar necesidades

generales o colectivas. A pesar de mostrarse diferente, este tipo de actividad a lo largo de la historia ha permitido dar solución a determinados problemas y necesidades sociales que de otra forma no pudieran ser resueltos; permitiendo a la Administración Pública garantizar al menos un mínimo vital a los individuos, independientemente de quien sea el sujeto prestador de la actividad —gestión directa o indirecta—, llegando a trascender según criterios de autores entendidos en la materia, como el eje central del derecho público, considerándolo como «el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos» (Jèze, 1948).

En el caso cubano de cierta forma se ha tenido en cuenta esta forma de actividad administrativa que —con sus particularidades— se presenta como condicionadora de igualdades sociales. Sin embargo no escapa a las transformaciones sociales con repercusión jurídica que se suscitan, sobre todo con las nuevas aperturas a la actividad privada y modalidades de empleos que hoy se manifiestan. Independientemente de cómo se muestra en otros contextos, específicamente el caso cubano, se presenta con un atractivo y asombroso escenario por diversos motivos.

En tal sentido cabría preguntarnos ¿se corresponde las consideraciones sobre los servicios públicos y la actividad mercantil con la realidad y práctica cubana actual? ¿Se encuentran atemperadas las normativas jurídicas cubanas a fin de ordenar estas actividades y su relación en sí? Las respuestas a estas interrogantes no solo serían útiles a esta investigación, sino que podrían ser tomadas en cuenta en pos de poder perfeccionar el derecho positivo cubano. Es por ello que se presenta como objetivo realizar un breve análisis del servicio público, a partir de los elementos que lo configuran y su relación con la actividad mercantil en Cuba, en pos de contribuir al perfeccionamiento de la doctrina nacional y el derecho positivo cubano. A fin de lograr los objetivos propuestos han sido utilizados un grupo de métodos para las investigaciones científicas que contribuyan a guiar este trabajo a fin de llegar a resultados que a la postre sirva de base a futuras tomas de decisiones e investigaciones. De ahí que fueron utilizados los métodos histórico jurídico, inducción–deducción, jurídico doctrinal, analítico jurídico, exegético jurídico.

2 GENERALIDADES DEL SERVICIO PÚBLICO COMO FORMA DE ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

El tema sobre los servicios públicos no resulta nuevo, sino todo lo contrario, ha sido discutido desde variados puntos de las diferentes doctrinas, teniendo

su génesis en Francia, a partir de una serie de hechos trascendentales que marcaron un hito en la historia de esta institución jurídica administrativa.¹

Los servicios públicos tienen su base en la Francia del siglo XIX. Esta concepción tuvo entre sus principales exponentes a Duguit (1915) quien basa su pensamiento en la clara igualdad de los hombres en la sociedad, realizando una clara distinción entre gobernantes, gobernados y los deberes a cumplir por unos y otros, según los intereses de la generalidad. En esta corriente no se considera al Estado como un poder soberano, sino como una agrupación de individuos que prestan, crean y gestionan servicios públicos. Esta noción clásica del servicio público presentaba ciertos caracteres que pueden destacarse: «a) Un elemento finalista o teleológico: que se tratara de una actividad tendiente a satisfacer una necesidad de interés general; b) Un segundo elemento subjetivo u orgánico: que la actividad estuviere a cargo de una entidad estatal; c) Un tercer elemento formal, que la actividad se encuentre regulada por el derecho público» (Silva, 1980:112).

Como puede apreciarse la doctrina francesa resultó ser el movimiento que en el entonces elevó la institución del servicio público a su máxima expresión. Sin embargo también le correspondió asumir las consecuencias de la amplitud brindada en su definición y las implicaciones que la misma traía consigo.

2.1. EL FRANCO DECLIVE DEL SERVICIO PÚBLICO ¿CRISIS O RENOVACIÓN DE LA ACTIVIDAD?

Entre críticas, concepciones y manifestaciones estatales, en esta misma etapa la noción del servicio público francés comenzó a perder fuerzas. A partir de la década del 1940 la denominada concepción «tradicional o clásica» del servicio público sufrió fuertes embates teóricos en la cual la jurisprudencia jugó un papel fundamental. En el fondo del asunto estas sátiras no serían lo suficientemente abrumadoras como para hacer caer tan importante definición. Ya en la primera mitad del siglo XX se evidencia por primera vez la llamada por la doctrina «crisis de la noción de servicio público». En este sentido cabe destacar que en ese entonces la Administración Pública no se limitaba solamente a dirigir servicios públicos, pues la prestación de este no siempre era llevada a cabo por medio de procedimientos de derecho público, pues en ocasiones se acudía a procedimientos de derecho privado.

La primera consideración sobre la crisis de la noción del servicio público se produce tras concluir la Primera Guerra Mundial, pues, tanto el Tribunal de Conflictos como el Consejo de Estado reconocieron en Francia los servicios públicos de carácter industrial y comercial, considerándolos como servicios

públicos de un nuevo tipo, operantes en condiciones similares a las previstas por el derecho privado (Torres, 2009). En tal sentido «la crisis de la noción del servicio público se deriva de un fenómeno que posee dos aristas. Por un lado la aparición de actividades empresariales públicas con un carácter industrial, mientras que por el otro se presenta la prestación de determinadas actividades públicas que en un principio debían ser prestadas por el Estado y estaban siendo realizadas por sujetos particulares» (Martín, 2008: 360). En otros criterios se ataca en primer lugar atacan a la persona que lo atiende. Siguiendo esta línea la llamada crisis aparece toda vez que el prestador del servicio sea un particular, pues a decir de la escuela francesa solo lo haría la Administración. Claro esto es solucionable si se admite dentro de la noción del servicio público la posibilidad de ser gestionados de forma directa por la Administración o indirecta por determinados sujetos que no responden, al menos, no subordinadamente a ella. En segundo lugar y más complejo es lo referido al régimen jurídico. Esta cuestión se afecta a partir de la aparición de servicios catalogados como públicos que podían ser sometidos a regímenes tanto de derecho público como de derecho privado. Aquí se hace clara alusión a los servicios industriales y comerciales. (Diez, 1979).

Las nuevas condiciones sociopolíticas y económicas, sumado al desarrollo industrial y el comercio; imponían nuevas fórmulas y desafíos para la existencia de la noción del servicio público francés. Por si no fuera poco muchos tratadistas ya veían al final del túnel la desaparición de la terminología y con ello su funcionalidad, basados en que las finalidades por las que había sido creado habían desaparecido, «(...) es mi firme convicción que la doctrina del servicio (público), tanto en este supuesto (se refiere al radio y la televisión) como en el de la libertad de enseñanza, está condenada a desaparecer en los próximos años. Lo que en verdad resulta difícil de entender es que países —y personas— amantes de la libertad hayan soportado durante tantos años este mito del servicio público y la fe hegeliana en el Estado. Pero esto ha terminado afortunadamente, aunque, como los elefantes, se mantenga en pie después de muerto» (Ariño, 1992: 1315).

No obstante a lo anteriormente expuesto existieron quienes defendieron a ultranza al servicio público como categoría jurídica. Entre los más connotados se encuentra Chevallier (1978), quien comparte la idea que el servicio público lejos de ser una restricción a las libertades de los particulares, constituye una satisfacción de otros derechos y libertades de igual o superior valor, por lo que lejos de ser una amenaza a los derechos fundamentales, constituye una garantía de los mismos. En criterio muy parecido «(...) cuando esto ocurre el

servicio público opera como una técnica de realización o satisfacción de los derechos fundamentales, y no como un instrumento de aniquilación de los mismos» (Chinchilla, 1991: 61).

Ciertamente la noción del servicio público enarbolado por los maestros de la Escuela de Burdeos perdió fuerza ante las nuevas actividades del Estado, sin embargo como institución ha tolerado disímiles críticas y posturas contrapuestas. Es de considerar que no puede entenderse una crisis, configurarse o manifestarse de una forma u otra en una sociedad, sobre todo si se observa desde una óptica cronológica.

2.2. PRINCIPIOS Y ELEMENTOS SUSTENTADORES DEL SERVICIO PÚBLICO

Como es sabido, y por lo que representan para la sociedad, los servicios públicos deben estar sujetos a determinados principios capaces de sustentarlos. Existen principios —o al menos así se ha manifestado— que coinciden con alguna de las características conformadoras del servicio público. Tal es el caso de la *continuidad* y la *regularidad* a la cual debe estar sometido el servicio público. En tal sentido «(...) la continuidad es, así, un elemento conceptual y, a la vez, una consecuencia ineludible de la declaración de una actividad como servicio público, en tal modo que su ausencia hace quebrar la existencia misma de éste» (Ariño, 2004: 3). De ahí que «Á noção de serviço público corresponde, na prática, o serviço público, em concreto que, pela importância de que se reveste, jamais pode ser interrompido» (Cretella-Júnior, 1971: 77). La *obligatoriedad* se constituye como uno de los principales sustentadores del servicio público. Toda vez instituida una actividad por el legislador como servicio público en la norma, corresponde a la Administración, regular, controlar y prestar de forma directa o indirectamente la actividad. Así que, «(...) en el derecho comunitario, todos los servicios que las autoridades nacionales consideren de interés general tienen obligaciones de servicio público, sean o no de contenido económico» (Rodríguez-Arana, 2008: 604).

Quando se pretende establecer un marco conceptual para la delimitación del servicio público, es necesario partir de la posibilidad de variabilidad que poseen las reglas a las cuales se debe sujetar un servicio público. Mientras que por otra quedaba claro la variabilidad de la institución en dependencia del momento histórico que transitaba, el lugar y las condiciones imperantes. Por tales razones es de considerar a la *mutabilidad* como otro de los principios condicionantes del servicio público. Por tanto «(...) la organización del servicio es siempre modificable con arreglo a las del interés general y, en consecuencia, legal y reglamentaria. (Jèze, 1948: 18). Mucho tiene que ver

con el usuario del servicio y la forma en que será tratado, la actividad que se realiza debe ajustarse al punto de poder mostrar un trato igualitario para todos aquellos que se encuentren en situaciones de igualdad. (Lares, 1996). En relación al principio de *prestación en igualdad de condiciones*, como bien se plantea, debe de tenerse en cuenta que esa igualdad será para los iguales. Por su parte *la gratuidad* en el servicio resulta muy importante, pues solo de esa manera podrán acceder a él todos aquellos individuos que lo necesiten. Si por el contrario resultara oneroso, entonces los sectores en desventajas económicas estarán imposibilitados para ello; perdiendo el servicio público la esencia para lo cual fue creado. En este criterio la doctrina resulta uniforme. No obstante hay quienes reconocen la onerosidad en el mismo siempre que no afecte su esencia.

El principio de *legalidad* hace alusión al sometimiento que debe tener la Administración para seguir las leyes y mandatos constitucionales, así como demás disposiciones jurídicas, especialmente en aquellos casos que se afecten libertades y derechos fundamentales que estén establecidos en los cuerpos normativos. «Bajo este principio los poderes públicos se encuentran sujetos a la Ley, por lo que todos los actos por estos realizados deben ser conforme a las disposiciones vigentes; de lo contrario no serían válidos». (Giannini, 1970: 82).

Por otra parte los considerados elementos establecen un marco a la actividad en su determinación o no como servicio público. En primer elemento a tener en cuenta es *la necesidad de carácter general*, «(...) el servicio público es generado por una necesidad humana... que adquiere carácter legal a fuerza de ser la misma de muchas personas, lo que la convierte en una necesidad común (...)» (Fernández, 2005: 115). El *sujeto prestador de la actividad*, en este caso es evidente que se hace referencia a los órganos de la Administración Pública o el sujeto particular encargado de llevar a cabo la prestación. Otro de los elementos importantes del servicio público viene dado por la necesidad de una prestación *regular, continua y uniforme*, para que pueda satisfacer necesidades de las comunidades por sobre los intereses de quienes los prestan. Entre otros elementos de servicio público, no debe de olvidarse el importante elemento de *la titularidad*, es decir ¿quién goza de ser el titular de la actividad que se realiza? En dirección a ello la doctrina responde prácticamente unánime al Estado. Por ello «toda declaración de servicio público significa, como quedó claramente expuesto con anterioridad, que tal actividad queda incorporada al que hacer del Estado y excluida de la esfera de acción libre de los particulares. Es lo que se ha llamado *exclusividad regalista o titularidad pública sobre la actividad* en que consiste el servicio» (Ariño, 2001: 531). Por último y no menos

importante es lo referido al *régimen jurídico especial* lo cual implica para el servicio público gozar de reconocimiento legal, de lo contrario no existirá. En tal sentido Boquera (1979) destaca la condición *sine qua non* para que pueda crearse un servicio público, es decir, que el legislador debe haber calificado de público el fin que será atendido, de esta manera el legislador y la Administración Pública decidirán cuales serán esos servicios sin contar aquellos en los que la Ley impone su creación a la Administración Pública por ser considerado necesario para satisfacer necesidades de carácter colectivo; y en los que se le deja discrecionalmente su creación (servicios voluntarios).

2.3. LA GESTIÓN DEL SERVICIO PÚBLICO COMO FORMA DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

La gestión de los servicios públicos suele ser de diversas maneras. Las Administraciones Públicas pueden gestionar los servicios públicos que son de su competencia de forma, directa o indirecta; algunos autores reconocen la de tipo mixta. En relación a la forma directa Parada (1997), indica que la actividad de prestación o de servicio público puede ser cumplida por la Administración en el régimen de Derecho público. En este caso actúa a través de su propia estructura y organización, aportando el capital necesario para ello, corriendo además con el riesgo de la actividad de gestión.

Por otra parte los servicios públicos pueden ser llevados a cabo por sujetos particulares autorizados por la Administración Pública. De tal suerte que puede ser cedida la gestión a particulares o empresas privadas que puedan económicamente y legalmente prestar el servicio que a la Administración pública interesa, esto responde a que la empresa solo realiza la gestión, pues el titular del servicio realizado sigue siendo el Estado. Se han entendido básicamente tres modalidades en las que pudiesen ser llevadas a cabo las gestiones indirectas: concesión arrendamiento y concierto.

Por último y no menos importante encontramos a la reconocida en la doctrina como gestión mixta, en la cual se agrupa a las empresas mixtas. La gestión se realiza a través de la creación de sociedades mercantiles Anónimas o de Responsabilidad limitada, en la que la Administración participa, por sí o por medio de una entidad pública; en concurrencia con personas naturales o jurídicas, o en la participación de una sociedad mercantil ya creada. Este tipo de gestión cuenta fundamentalmente con dos modalidades: la gestión interesada y la sociedad de economía mixta.

En la primera la Administración Pública y el empresario participan de los resultados de la explotación del servicio público, teniendo en cuenta lo propor-

cionado en el contrato establecido entre ambos, pudiéndose estipular incluso un beneficio mínimo a favor de cualquiera de las partes asociadas atendiendo al resultado de la explotación. El riesgo económico se asume en este caso de modo conjunto. En esta fórmula de gestión la colaboración Administración-particular no se instrumenta mediante la creación de una sociedad sino a través de un contrato. Es por ello que la mayoría de la doctrina reconoce que en puridad nos encontramos ante una concesión administrativa con cláusula de interesamiento, ya que esta gestión no resulta más que una modulación del riesgo y satisfacción implícito en toda concesión.

En el segundo de los casos permite que la Administración participe parcialmente por sí o por medio de una entidad pública en el capital, aunque de manera minoritaria, pero con medios tecnológicos eficaces y otros recursos que le permitan cierto control sobre la sociedad. En estos casos se trata de sociedades mercantiles prestatarias de un servicio público en la cual el capital que se utiliza resulta perteneciente en parte a la Administración titular y en parte a sujetos privados; encargándose de la prestación de la actividad bajo su titularidad. En esencia uno de los principales problemas que enfrenta Cuba hoy tiene que ver en este aspecto con la carencia de una adecuada doctrina de los servicios públicos sobre todo en la etapa pos-revolucionaria (1959 hasta la actualidad), toda vez que este importante tema ha sufrido un detrimento en los debates actuales sobre todo en la construcción teórica de la institución. Pues, aun y cuando se encuentran trabajos serios al respecto tiene una intención didáctica, resultan insuficientes en necesidad de las futuras aplicaciones e implementaciones prácticas.

3 LOS SERVICIOS PÚBLICOS Y EL EMPRESARIO MERCANTIL EN CUBA

Toda vez analizadas de manera general algunas cuestiones puntuales sobre el tema de los servicios públicos; corresponde entonces apuntar a las relaciones de éstos con la actividad de los empresarios mercantiles en Cuba sobre la base de sus principales formas y manifestaciones, así como las principales dificultades que las mismas presentan desde lo doctrinalmente reconocido hasta lo que legítimamente se encuentra establecido en el ordenamiento jurídico cubano.

3.1. DEL EMPRESARIO MERCANTIL EN CUBA. ALGUNAS CONSIDERACIONES

El empresario mercantil constituye una figura, que a lo largo de la historia —al menos en la etapa revolucionaria cubana— de alguna manera perdió el interés del Estado, sobre todo por las características que presenta sobre la

base de lo que la doctrina considera como tal (Fraga Martínez y Mesa Tejeda, 2005). Sin embargo, si se analiza detenidamente el ordenamiento jurídico cubano, pudiera pensarse que en éste existe también un basamento jurídico. En tal sentido resulta interesante comenzar por las regulaciones constitucionales de las formas de propiedad. En el año 1992 se realiza en Cuba la segunda reforma constitucional encaminada a cumplimentar las recomendaciones del IV Congreso del Partido Comunista de Cuba. Entre otras cuestiones solo es objeto de esta investigación la realizada en el régimen de propiedad, la cual trajo como consecuencia determinadas modificaciones donde se incluye la aparición una nueva forma y que se reconoce como propiedad de las empresas mixtas al enunciar en su artículo 23 (...) El Estado reconoce la propiedad de las empresas mixtas, sociedades y asociaciones económicas que se constituyen conforme a la ley. El uso, disfrute y disposición de los bienes pertenecientes al patrimonio de las entidades anteriores se rigen por lo establecido en la ley y los tratados, así como por los estatutos y reglamentos propios por los que se gobiernan.

A partir de ahí es totalmente visible como la constitución cubana reconoce la posibilidad de existencia de una empresa realizando operaciones económicas en Cuba que no sea de capital totalmente nacional. Razón por la cual, con la apertura de la nación al comercio, no demoró el fomento a la inversión extranjera. Sin embargo, la doctrina cubana —al menos en criterio de importantes autores— no realiza un reconocimiento de las actividades mercantiles: en primer lugar porque no existe un reconocimiento del empresario individual en materia mercantil, utilizando en su lugar el término de trabajo por cuenta propia; bajo la justificación de ser el trabajador por cuenta propia el resultado de una necesidad del Estado en pos de ampliar las posibilidades de empleo en condiciones especiales tales como las vividas por Cuba en la década de los 90 (Fraga Martínez y Mesa Tejeda, 2005).

Por cierto este término —en criterio de este autor— se encuentra mal empleado, pues, al parecer, se toma como una de las principales justificaciones la capacidad jurídica. Como puede apreciarse la legislación cubana en materia de Derecho Penal considera la mayoría de edad a los 16 años cumplidos, toda vez que a partir de ahí el individuo responde penalmente por los actos cometidos. Sin embargo en lo civil autoriza a la realización de actos jurídicos a partir de los 18 años de edad, ya que de otra manera no podrá realizar actos propios de esta naturaleza. Por su parte e cuestiones mercantiles se reconoce como sujeto acto para realizar actividades comerciales a partir de los 21 años de edad. En esencia cuando se permite en la legislación laboral cubana a partir de los artículos 10 al 14 de la Resolución No. 9/05 «Reglamento sobre el ejercicio

del trabajo por cuenta propia en Cuba», realizar actos que incluyen el comercio con menos de 21 años, «(...) pueden ejercer el trabajo por cuenta propia en las actividades aprobadas, los ciudadanos cubanos y los extranjeros residentes permanentes, mayores de 17 años que cumplan los requisitos establecidos en este Reglamento (...)» se deja claro que al menos en este caso no cabe la denominación de empresario mercantil individual.

A partir de esta abertura comercial en 1999 aparece una de las normas complementadoras de la actividad como el Decreto Ley 260 de 1999 sobre la importancia de las sociedades mercantiles en Cuba, la cual autorizaba la constitución de sociedades mercantiles cubanas que realizaran —entre otras cuestiones— actividades productivas y/o de comercialización de mercancías y servicios. Toda vez que este tipo de sociedad que será presentada, se le ha añadido en la normativa el apellido cubana, lo que está considerando exclusivamente es la principal condición que debe de ostentar la misma; siendo además de carácter obligatorio que se presentará por la máxima autoridad del organismo o entidad solicitante, exceptuando aquellas que se constituyeron a partir de los pronunciamientos de la Ley 77 de 5 de septiembre de 1995 sobre la inversión extranjera.

Por su parte, la nueva Ley de inversión extranjera cubana, a partir de lo que establece su artículo 21.2 ofrece la posibilidad de realizar inversiones cualquiera sea su modalidad por parte de empresas con capital extranjero, en determinados sectores previa aprobación del Consejo de Estado de la República de Cuba...b) cuando se realicen para la gestión de servicios públicos, tales como transporte, comunicaciones, acueductos, electricidad, la realización de una obra pública o la explotación de un bien de dominio público.

Resulta apreciable a su vez como la Ley 118, a partir de lo regulado en su artículo 22.2 permite la utilización de uno de los instrumentos de la Administración Pública para conseguir los fines del Estado. En este caso se trata de la utilización de una concesión administrativa que, bajo términos y condiciones le podrá ser otorgada por el Consejo de Ministros de la República de Cuba previa aprobación del Consejo de Estado, a un tercero inversionista si el objetivo de la inversión aprobada es la gestión de un servicio público, la realización de una determinada obra pública o la explotación de un bien de dominio público. Sin embargo, hoy en Cuba una de las principales problemáticas en torno al empresario mercantil se encuentra basada en la negación a admitir la existencia de esta figura en las relaciones comerciales en el territorio nacional cubano. Es decir, por las características que presenta la figura del empresario mercantil, y sobre todo con los elementos y requisitos que la doctrina extranjera expone e incluso tal y como se muestra la propia legislación cubana —capacidad

jurídica (21 años), autorización del Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros e inscripción en el registro mercantil— ha resultado impensable la existencia de éste. No obstante cuando se miran de cerca algunas de las actividades realizadas por particulares —sobre todo individuales— en Cuba la realidad práctica es otra. A pesar de resultar un razonamiento un tanto a la carrera pudiese afirmarse que, en la actualidad cubana, la más notable diferencia entre el llamado trabajador por cuenta propia y el reconocido en la doctrina mundial como pequeño empresario mercantil tiene que ver con la inscripción en el registro mercantil, ya que en Cuba no existe tal registro para estos casos. Sin embargo estas personas naturales llamadas trabajadores por cuenta propia se inscriben en los registros de contribución tributaria en la Oficina Nacional de Administración Tributaria (ONAT), la cual ejerce —entre otras cuestiones— el control y fiscalización de estos ciudadanos y la actividad que realizan.

Tal y como se ha planteado existen en Cuba una serie de casos que pudiesen servir como ejemplo, sin embargo en estos momentos solo se hará alusión —de manera muy general— al relacionado con la actividad de transporte por carretera. De ahí que el Decreto-Ley número 168/1996, «Sobre la Licencia de Operación de Transporte», de 26 de noviembre de 1996, establece las normas generales que regulan dicha Licencia para personas naturales, así como en su Reglamento de la Licencia de Operación del Transporte, aprobado por la Resolución número 73/2005, de 22 de abril de 2005, dictada por el Ministro del Transporte, el cual fue modificado por la Resolución número 188/2006, de 14 de junio de 2006, dictada por la misma autoridad; así como normas complementarias al referido Reglamento, se dictó la Resolución número 263/2008, de 17 de octubre de 2008, y la Resolución número 331/2008, de 17 de diciembre de 2008 ambas por el Ministro del Transporte, que tienen por objeto que las personas que soliciten Licencias deben cumplir los requisitos para su aprobación, el proceder sobre el combustible asignados a los porteadores particulares, y el convenio que deben firmar con la Dirección o Empresa Provincial de Transporte.

A partir de lo que establece la Resolución número 399/2010 del Ministerio de Transporte de la República de Cuba en su artículo 4.1 «La Licencia se otorga a cualquier persona natural que la solicite propietaria del medio de transporte o su representante legal o voluntario debidamente acreditado, para prestar profesionalmente servicios públicos de transportación de carga o de pasajeros, según la oferta y la demanda, válida en todo el territorio nacional». Como puede apreciarse un particular puede realizar una actividad que es considerada por el Ministerio de Transporte como un servicio público. Sin embargo el asunto se torna complicado ya que al particular autorizado no se le

concede —concesión administrativa— la gestión de la actividad, la cual resulta una forma de gestión de los servicios públicos, sino que lo que se realiza es una autorización —técnica administrativa— toda vez que este particular solo podrá utilizar esa licencia para un solo medio de transporte.² De ahí que surjan determinadas contradicciones en la gestión y control de la actividad, así como en la instauración de un régimen jurídico adecuado.

3.2. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE LA IMPOSIBILIDAD DE PRESTACIÓN DE ALGUNOS SERVICIOS PÚBLICOS POR EMPRESARIOS MERCANTILES EN CUBA

Persisten en Cuba una serie de actividades prestacionales que en el ordenamiento jurídico cubano no han sido declaradas como servicios públicos, pero sin temor a equivocarse, éstas pueden ser consideradas como tal. En esa dirección pueden enmarcarse las de: educación y cultura; salud, servicio eléctrico, etc. —solo por mencionar algunas— que sobre la base de los pronunciamientos normativos cubanos no pueden ser prestados por sujeto alguno que no sea el Estado cubano u órgano creado por éste para ese fin. A partir de ahí la norma suprema cubana actual establece bajo el capítulo V en su artículo 39 la titularidad del Estado cubano sobre las actividades de educación y cultura al enunciar «el Estado orienta, fomenta y promueve la educación, la cultura y las ciencias en todas sus manifestaciones», así como en los principales postulados que guiarán las mismas, se puede observar en el segundo párrafo b) la determinación de esta actividad como función del Estado cubano y la condición de gratuito, lo que constituye un principio del servicio público y un elemento fundamental en la concepción del Estado como sistema socialista. En este sentido es necesario aclarar el carácter obligatorio del estudio al menos hasta la delimitación del nivel básico cuando expone «la enseñanza es función del Estado y es gratuita. Se basa en las conclusiones y aportes de la ciencia y en la relación más estrecha del estudio con la vida, el trabajo y la producción. Aunque la investigación va encaminada prácticamente al análisis constitucional es importante destacar que este reconocimiento de titularidad del Estado cubano se reafirma en los cuerpos normativos Decreto–Ley 67 de 1983. De los Organismos de la Administración central del Estado, y el Decreto–Ley 147 de 1994, sobre la reorganización de los Organismos de la Administración Central del Estado (OACE) en el artículo 70 donde se establece: El Ministerio de Educación es el organismo encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y del Gobierno en la actividad educacional, excepto de la educación superior (...).

Por su parte el artículo 45 reconoce esta actividad como un derecho ciudadano, por lo que establece por parte del Estado a la prestación obligatoria y

gratuita de la misma. En esencia, cuando la Constitución establece el derecho de todos a la educación, prevé expresamente la obligación del Estado de crear y sostener escuelas, institutos y servicios suficientemente dotados para asegurar el acceso a la educación y la cultura. En Cuba la garantía de esa prestación se manifiesta a partir del propio artículo 39 al establecer: el Estado mantiene un amplio sistema de becas para los estudiantes y proporciona múltiples facilidades de estudio a los trabajadores a fin de que puedan alcanzar los más altos niveles posibles de conocimientos y habilidades.

En el caso del servicio médico sucede algo muy parecido, bajo el capítulo VII dedicado a los Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales se establece, a partir del artículo 50 el derecho de los ciudadanos a que se atienda y proteja la salud, así como la obligación del Estado de garantizarlo. En Cuba la protección a la salud ha sido una de las grandes conquistas de la revolución por lo que corresponde al Estado la titularidad de la prestación, pudiendo ser inferida ésta desde el momento en que se obliga al Estado a garantizarlo; excluyendo de ello a los sujetos particulares. Al igual que con la prestación educacional la titularidad en esta esfera se complementa con los cuerpos normativos citados anteriormente a partir del artículo 81 al establecer: el Ministerio de salud Pública es el organismo encargado de dirigir, ejecutar y controlar la aplicación de la política del Estado y del Gobierno en cuanto a la atención de los problemas de la salud del pueblo (...).

Las normativas infraconstitucionales cubanas también reconocen la imposibilidad de prestación de estos tipos de actividad por empresas mixtas a partir de lo regulado en la Ley No. 118 sobre la Inversión Extranjera en Cuba (...) la inversión extranjera puede ser autorizada en todos los sectores, con excepción de los servicios de salud y educación a la población y de las instituciones armadas, salvo en sus sistemas empresariales. En efecto y como puede apreciarse desde la propia normativa general se declaran estas actividades prestacionales como un derecho exclusivo del Estado cubano; razón por la cual se infiere claramente la exclusión e imposibilidad de un particular bajo cualquier condición jurídica de prestar alguna de estas actividades anteriormente descritas.

4 CONCLUSIONES

Como resultado de la insuficiente concepción teórica del servicio público en Cuba, no existe un adecuado reconocimiento de ésta categoría jurídica en la normativa constitucional, aún y cuando pueden encontrarse asomos de su

base legal general —al tener el Estado la posibilidad de entregar a un sujeto la gestión de una actividad encaminada a la solución de intereses generales—, así como algunos principios aislados por el cuerpo normativo; tampoco se advierte un espacio para su regulación sistemática, fiscalización y control; o en su defecto la norma que será la encargada de hacerlo. En Cuba no se ha considerado el reconocimiento del empresario mercantil individual, utilizando en consecuencia la denominación de «trabajador por cuenta propia»; trayendo como consecuencia contradicciones entre lo declarado doctrinalmente y la realidad práctica actual. En esencia existe una relación entre la actividad de estos pequeños empresarios mercantiles y los servicios públicos en Cuba, la diferencia sigue siendo marcada a partir de la denominación que estos sujetos han recibido tanto en la doctrina como en la legislación cubana; quedando solo la denominación de mercantil conforme a la doctrina mundial para las personas jurídicas. De ahí que surjan determinadas contradicciones en la gestión y control de la actividad, así como en la instauración de un régimen jurídico adecuado.

A partir de los pronunciamientos establecidos en las normativas cubanas se declaran las posibilidades de ser realizados los servicios públicos por sujetos mercantiles salvo sectores específicos determinado como exclusividad estatal. Sin embargo no resultan claros y determinados las condiciones y regímenes jurídicos que permitan, sobre todo desde la Administración Pública, la plena realización de estas actividades prestaciones a fin de lograr la solución de las necesidades más generales de la sociedad.

NOTAS

¹ El hecho más trascendental de la época es el hoy reconocido como el *arrêt* Blanco de 8 de febrero de 1873. Con este suceso aparecen fijados los términos de servicio público (6 de febrero de 1903). Con el *arrêt Feutry* se produce una ampliación en el marco de las competencias de los tribunales administrativos en materia de responsabilidad de las entidades públicas. La celebridad de este fallo se atribuye por haber unificado el contencioso cuasi-delictual del Estado y el de entidades territoriales. Por su parte el *arrêt* Thérond, va a convertirse en un elemento importante en la unificación del conten-

cioso-administrativo francés al lograr ampliar la competencia de la jurisdicción administrativa en los casos de controversia como consecuencia de un contrato administrativo (responsabilidad contractual) sobre la base de la idea de un servicio público, donde la entidad contratante fuera una corporación pública territorial.

² Las personas naturales podrán poseer a su nombre una sola Licencia para operar un solo medio de transporte en la prestación de un servicio de transportación de cargas y de pasajeros. Resolución número 399/2010 del Ministerio de Transporte de la República de Cuba. Artículo 4.1.

BIBLIOGRAFÍA

Ariño, G., de la Cuetara, M.J. & López-Muñiz, M. (1997). «Significado actual de la noción de servicio público». En la obra *El nuevo servicio público*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España.

Bacigalupo, S.M. (2003). Servicio público y derechos fundamentales. En *Boletín de la Facultad de Derecho*, número 21, México, 174.

Boquera, J.M. (1979). *Derecho Administrativo*. Editorial Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, España.

Chevallier, J. (1991). *Essai sur la notion juridique de service public*. Déposité illégal. In édition: 1987. 2^{da} édition mise à jour: 1991. juillet.

Duguit, L. (1915). *Las transformaciones del Derecho Público*. Traducción de Adolfo Posada y Ramón Jean, segunda edición. Francia.

Fernández, R.J. (2005). *Panorama del Derecho Administrativo Mexicano*. Universidad Nacional Autónoma de México.

Fraga Martínez, Rayza y Mesa Tejada, Natasha (2005). «Los sujetos mercantiles en Cuba». En: Colectivo de Autores. *Nociones de Derecho Mercantil*, Editorial Félix Varela, La Habana, Cuba, pp. 15–17.

Jèze, Gastón (1948). *Principios generales del Derecho Administrativo. La técnica jurídica del derecho público francés*. trad. de la 3^{ra}. Edición francesa de Julio N. San Millán Almagro.

María Diez, Manuel (1979). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires. Plus Ultra.

Matilla Correa, A. (2009). *Introducción al régimen jurídico de las concesiones administrativas en Cuba*. Editorial universitaria. La Habana.

Silva Cencio, J.A. (1980). *Servicio Público y Concesión de Servicios Públicos*. Montevideo, Uruguay.

Tornos Mas J. y Galán Galán A. (2007). *La configuración de los servicios sociales como servicios públicos. Derecho subjetivo de los ciudadanos a la prestación del servicio*. Secretaría de Estado de la seguridad social.

Torres, Humberto (2009). *Los grandes fallos de la jurisprudencia administrativa francesa*. Editorial ABC, 2^{da} edición en español: Librería ediciones del profesional ITDA.

PARA CITAR ESTE ARTÍCULO:

Galindo Rodríguez, Y. y Antúnez Sánchez, A.F. (2015). «El servicio público en Cuba. Una visión hacia la actividad del empresario mercantil en la actualización del modelo económico», *DAAPGE*, año 15, N° 25, 2015, pp. 115–130. Santa Fe, Argentina: UNL.
