

APUNTES SOBRE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

Mtro. Roberto Zavala Chavero.

Febrero 2015.

APUNTES SOBRE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

1.- La participación del sector privado en la contratación pública.- 2.- Razones que justifican la aplicación de las inversiones Privadas.- 3.- Herramientas para la toma de decisiones: value for money.- 4.- Las Asociaciones Público Privadas.- 5.- Asociaciones Público Privadas contractuales e institucionales.- 6.- La Contratación de las Asociaciones Público Privadas.- 7.- Expansión de las Asociaciones Público Privadas.- 8.- Esquemas de asociaciones público-privadas.- 9.- Requisitos del Marco Jurídico de las Asociaciones Público Privadas.- 10.- Factores de éxito de las Asociaciones Público Privadas.

En la mayoría de los países, las necesidades de inversión en infraestructura superan por mucho la capacidad financiera del Gobierno por lo que es necesaria la participación del sector privado. Esta situación hizo que algunos países y de forma muy destacada Gran Bretaña, a finales de los años 80, pusiera en práctica la Iniciativa de Financiamiento Público o Public Finance Initiative que produjo el esquema de Asociaciones Público Privadas o Public Private Partnership, mediante el cual, a la fecha han desarrollado en ese país centenas de proyectos y lo han extendido con gran éxito a muchos otros países del mundo.

A partir de entonces los esquemas de asociación público privada se han replicado con mayor o menor intensidad en todos los continentes, en la mayoría de los países y en los más diversos sectores. De acuerdo datos del Banco Mundial, entre 1990 y 2011, se han llevado a cabo en 136 países, 5238 proyectos que involucran una inversión del orden de USD \$1'826,202, 000,000. La mayor parte de la inversión corresponde a proyectos de energía, pero el mayor número de proyectos al sector de telecomunicaciones¹.

Lo anterior resulta de gran relevancia si consideramos que la falta de inversión en infraestructura hace que los gobiernos pierdan competitividad, es decir la capacidad de atraer

¹ Treviño Moreno Francisco Javier, La Nueva Ley de Asociaciones Publico Privadas, Editorial Porrúa, México, D.F. 2014.



y retener talento e inversión, por lo que la ausencia de infraestructura, por consiguiente, origina un deterioro económico de la sociedad y poca efectividad en la prestación de servicios públicos. De ahí la necesidad de contar con mejores esquemas que permitan generar desarrollar este tipo de proyectos, tal como es el caso de las Asociaciones Publico Privadas.

Lo anterior ha hecho necesario que los gobiernos acudan a las Asociaciones Publico Privadas, cuya existencia data de muchos años atrás, de hecho la primera que diversos autores reconocen como tale es la concesión otorgada por la autoridad a un particular, para la prestación de un servicio público en Francia, ocurrió en el siglo XVI, precisamente en 1554 y fue otorgada a un señor de nombre Adam Crapone para la construcción de un canal.

Así púes, en este capítulo se revisa el concepto de Asociaciones Publico Privadas con una reflexión sobre los motivos que justifican su aplicación frente a otros mecanismos convencionales de provisión de infraestructura. Además se describirá el concepto de value for money; y, finalmente, se ofrece una visión de las tendencias en la aplicación de Asociaciones Publico Privadas en algunos países del mundo.

1.- La participación del sector privado en la contratación pública.

La necesidad de aumentar la inversión en Contratación Pública y en particular en los proyectos de infraestructura amerita no solo incrementar la inversión pública en las diversas áreas que lo requieran, sino también mejorar los mecanismos de participación de agentes económicos privados en el sector². En consecuencia, el diseño de políticas orientadas a aumentar la inversión requiere conocer mejor las fortalezas y debilidades de los diversos mecanismos de participación privada y diversificar las opciones de articulación de esfuerzos públicos y privados en el emprendimiento de nuevos proyectos de infraestructura. De esta manera, el Estado puede incrementar la eficiencia en la asignación de los recursos de que dispone y evitar así su dilapidación en iniciativas fallidas que el sector público ha debido rescatar y, en muchos casos, refinanciar para impedir su colapso definitivo.

2 En los países latinoamericanos que mejores resultados exhiben en esta materia son los que estimularon la inversión privada sin renunciar a la inversión pública.



En esta parte el objeto será el identificar los principales mecanismos que han hecho posible la participación privada en la ejecución y el desarrollo de proyectos de infraestructura en las últimas dos décadas, haciendo hincapié en los mecanismos que involucran aportes privados al financiamiento de las obras emprendidas, asumiendo que ningún mecanismo es mejor que otro *-por sí mismo-* y que la utilización de uno u otro se aconseja dependiendo de las circunstancias de cada proyecto que se intenta ejecutar.

2.- Razones que justifican la aplicación de las inversiones Privadas.

Uno de los temas que se discuten con mayor frecuencia a la hora de decidir si desarrollar un proyecto mediante la aplicación de inversiones privadas o mediante un procedimiento de adjudicación convencional, es valorar las potenciales ventajas que el primer método tiene frente al segundo.

Las razones que tradicionalmente se apuntan en favor de las inversiones privadas son principalmente tres:

- ✓ Las ganancias de eficiencia técnica derivadas de la competencia entre empresas privadas y de permitir al sector privado integrar todas las fases del ciclo de proyecto: diseño, construcción, financiación mantenimiento y explotación.
- ✓ La posibilidad de que el sector privado acometa infraestructura socialmente necesaria, pero que no pueden llevarse a cabo debido a restricciones presupuestarias.
- ✓ La mejora de la calidad ofrecida al usuario debido a una mayor exigencia del sector público al sector privado.

Por su parte, los dos inconvenientes principales que se suelen atribuir a las APP son:

- ✓ Los costos de transacción son mucho más elevados que un procedimiento convencional de provisión de infraestructura.



- ✓ El costo financiero es mucho más elevado en una APP que en el caso de que el proyecto se financie con deuda pública.

2.1.- Ganancias de eficiencia.

El concepto de eficiencia tiene varias acepciones. La literatura económica distingue entre eficiencia asignativa y eficiencia técnica. La eficiencia asignativa se refiere a los precios que hacen que el bienestar social sea máximo. La eficiencia técnica se logra cuando, para un determinado nivel de calidad, se produce al menor costo posible que permite la combinación de los factores de producción.

La eficiencia asignativa se produce cuando los usuarios de un sistema de transporte asumen el costo marginal social que producen. En el momento en que dicho costo es superior al que asumen los usuarios se justifica la aplicación de una tarifa por el uso de la infraestructura desde la perspectiva de la maximización del bienestar global. El valor de esta tarifa no tiene por qué ser suficiente para ser capaz de autofinanciar la infraestructura. Como se aprecia, la eficiencia asignativa depende del precio por el uso de la infraestructura, que puede ser establecido, tanto si el proyecto se lleva a cabo mediante una APP, como si se lleva a cabo mediante un procedimiento de licitación convencional.

La eficiencia técnica depende de varios aspectos. En primer lugar, del uso eficiente de los factores de producción, de la escala de producción y del ámbito de producción. El uso eficiente de los factores de producción va a venir dado en gran medida por la competencia, que, en el caso de la infraestructura se introduce mediante un proceso de licitación encaminado a otorgar la infraestructura a la empresa que haga la oferta más barata o más conveniente para la sociedad.

La explotación de muchas de la infraestructura por parte del sector privado ha demostrado ser un elemento clave para incrementar la eficiencia en su provisión. Aunque el sector público esté compuesto de excelentes profesionales, la falta de medios económicos de que disponen, la escasa flexibilidad de gestión de las entidades administrativas y la falta de incentivo que este personal tiene debido a la rigidez de sus retribuciones, están llevando a



que las tareas esencialmente productivas se transfieran progresivamente al sector privado y queden reservadas para el personal perteneciente a las administraciones públicas las tareas de planificación y control, dentro del nuevo papel que está adquiriendo la administración. De hecho, muchos son los países que han constatado importantes ganancias de eficiencia al transferir los contratos de gestión de infraestructura a empresas privadas.

La competencia fuerza a los licitadores a hacer una oferta lo más competitiva posible, que les obligará a buscar la manera de reducir sus costos al máximo. No obstante, esta competencia en la licitación se introduce tanto en las APP como en los procesos de adjudicación convencionales que entregan la realización de la obra a la empresa que ofrezca el mínimo pago por llevarla a cabo, por lo que en principio no tendría que haber gran diferencia.

La eficiencia de escala se refiere, generalmente, al tamaño óptimo de producción o, en otras palabras, al tamaño de la empresa que hace que el costo medio de producción sea mínimo. Se dice que existen economías de escala cuando los costos medios de producción disminuyen con el tamaño de la empresa.

Finalmente, la eficiencia del ámbito de producción se refiere al conjunto de actividades que se incluyen en el proceso de producción. Mientras que en los procedimientos de licitación convencionales, el contratista puede fomentar su eficiencia únicamente en la ejecución de un proyecto que ha sido previamente impuesto por la administración, en las APP el sector privado tiene un ámbito para mejorar la eficiencia mucho más amplio que proviene de la posibilidad que tiene de reducir costos e incrementar la calidad con la integración conjunta del diseño, la construcción, la financiación, el mantenimiento y la explotación de la infraestructura.

Este último aspecto marca, sin lugar a dudas, una de las mayores ventajas de las APP frente a los procedimientos de licitación convencionales. Ya que las APP implican una integración del diseño, la construcción, la financiación, el mantenimiento y la explotación. El sector privado tiene un ámbito de actuación mucho mayor para ser eficiente, que en el caso de los contratos de obra convencionales.



2.2.- Limitaciones Presupuestales.

El segundo de los objetivos anteriores, relativo a la obtención de financiación adicional sin comprometer los presupuestos públicos, tiene su fundamento en atraer el ahorro privado a la financiación de infraestructura. Como se ha visto en capítulos anteriores, el control del déficit público resulta un elemento esencial para garantizar la estabilidad macroeconómica de un país, en la medida en que un déficit controlado garantiza unos tipos de interés bajo que favorecen la inversión y el empleo, e impulsan el crecimiento de la economía de modo sostenido.

Ello ha llevado a que muchos gobiernos en el mundo estén esforzándose por recortar lo máximo posible su déficit público, lo que se ha traducido en un recorte directo del gasto público dedicado a construir nueva infraestructura y a mantener la existente. El recorte del gasto en infraestructura ha sido siempre políticamente más sencillo que otros conceptos de gasto público.

Algunos críticos de la financiación privada hacen el razonamiento de que la financiación mediante deuda pública es mucho más barata que la financiación privada y, por lo tanto, el acudir a fórmulas de financiación privada implica un sobrecosto para la sociedad, derivado del mayor costo financiero que debe asumir quien pague la infraestructura.

El argumento anterior denota una falta de conocimiento sobre el modo en el que los mercados financieros establecen el costo de capital. La financiación pública es más barata porque quién respalda esa financiación no es el proyecto que se acomete, sino el país que respalda la deuda pública correspondiente. En consecuencia, el riesgo de esa inversión se traslada a los ciudadanos del país que emite la deuda pública. En otras palabras, la financiación privada establece el verdadero precio que los ahorradores fijan para prestar dinero a un determinado proyecto, en función del riesgo de ese proyecto. El hecho de que el costo sea inferior cuando el gobierno pide prestado directamente a los ahorradores se debe a que los ahorradores no perciben el riesgo del proyecto sino el riesgo de que el gobierno repague finalmente.



Con independencia de lo anterior, la excesiva emisión de deuda pública tiene un importante costo para la marcha de la economía nacional, ya que va generalmente acompañada de la subida de los tipos de interés, que frena la inversión al disminuir la producción y dañar el empleo.

Otro aspecto importante en defensa de la financiación privada de proyectos es que las entidades financieras, a fin de garantizar que sus préstamos sean devueltos de acuerdo a lo establecido en el contrato, se ven obligadas a llevar a cabo un riguroso análisis y valoración del proyecto que garantiza que éste se estructure correctamente. En cierta medida se puede afirmar que las entidades financieras cumplen un papel de due diligence para el proyecto, que complementa el control que siempre tiene que llevar a cabo el sector público.

A raíz de ello, para satisfacer las crecientes necesidades de inversión en infraestructura y garantizar un crecimiento económico sin estrangulamientos, resulta necesario acudir al sector privado. Ahora bien, para que el sector privado se sienta cómodo invirtiendo sus recursos resulta fundamental que éstos estén respaldados por una corriente de ingresos futuros que deberá provenir en la mayoría de los casos de los usuarios.

2.3.- Mejoras de la calidad.

El tercer objetivo se basa en fomentar, mediante la incorporación del sector privado a la gestión de infraestructura, una mayor calidad en la prestación de los servicios.

Esa mejora en la calidad puede lograrse mediante el establecimiento de adecuados incentivos a la gestión, que son indudablemente más fáciles de introducir en contratos que integran diseño, construcción, mantenimiento y operación, que en contratos convencionales en los que el sector privado se encarga, exclusivamente, de la construcción de la infraestructura.

Si el contrato entre el sector público y el sector privado establece, originalmente, una serie de indicadores de calidad de tal manera que el consorcio privado puede obtener una cierta recompensa por operar la infraestructura mejor, dicho consorcio privado se esmerará en



diseñar, construir, mantener y operar la infraestructura correspondiente, de modo que preste el mejor nivel de servicio posible. De ese modo, se consigue alinear los beneficios sociales y los privados.

2.4.- Peligro de la APP como un simple instrumento de ingeniería contable.

Los proyectos de APP tienen innumerables ventajas. No obstante, existe el peligro de que las administraciones públicas empleen la participación público-privada, no tanto como un medio para incrementar la eficiencia y calidad del sistema, sino como un mecanismo para sacar adelante inversiones cuya justificación no queda clara desde un punto de vista social.

Aquí se presenta el caso de la aplicación indiscriminada del peaje sombra y el caso de la creación de sociedades instrumentales, cuyo único objeto es disfrazar el verdadero costo que tiene una infraestructura para la sociedad.

Aunque el peaje sombra tiene indudables ventajas desde un punto de vista de racionalidad económica, porque se traslada el esfuerzo a las generaciones que van a disfrutar de la infraestructura e introduce al sector privado en la gestión, éste mecanismo tiene el peligro de que los gobiernos gasten por encima de lo que la sociedad se puede permitir en un momento dado, a costa de transferir esa carga a generaciones futuras. Este incentivo perverso se debe a que la construcción de nuevas carreteras en régimen de peaje sombra tiene un claro beneficio electoral para el gobierno –permite cortar cintas al político correspondiente– sin ningún costo para éste, ya que el déficit público en el corto plazo no se ve afectado. En consecuencia, es fácil que se invierta por encima de lo necesario hoy, creando un efecto bola de nieve, que hipoteque los presupuestos de generaciones futuras.

Pero, el uso indiscriminado del peaje sombra no es el único ejemplo de una utilización inadecuada de las Asociaciones Publico Privadas. Está siendo también común la creación de Asociaciones Publico Privadas institucionales en forma de sociedades mixtas cuyo único objetivo es intentar, en muchos casos con poco éxito, que las inversiones sean valoradas como inversiones fuera del balance de la administración pública. Un ejemplo de este tipo



de estructuras es el caso de Calle-30 en Madrid que tiene gran relevancia, tanto por la singularidad de la obra como por su volumen de inversión.

El proceso con el que se diseñó Calle-30 fue bastante complejo. Inicialmente, el ayuntamiento de Madrid creó la Sociedad Mercantil Pública Calle-30, controlada por ayuntamiento al 100%. Ésta encomendó la construcción de las obras a varias empresas constructoras mediante contratos de obra convencionales. Posteriormente, Calle-30 realizó una ampliación de capital y vendió el 20% de las acciones a inversores privados. Los socios privados, es decir, los adjudicatarios del 20% del capital de Calle-30 adquirieron diversos compromisos entre los que se encontraban: otorgar un préstamo participativo a Calle-30 y formalizar con esta última un contrato por 35 años a través de una sociedad constituida al efecto, cuyo objeto fuera prestar determinados servicios de gestión de la M-30. Calle 30 recibiría del ayuntamiento de Madrid unos pagos anuales por las actividades desarrolladas, que se modularían en función de determinados criterios de calidad de servicio, pero que no dependen del tráfico. Esta sociedad mixta asumió los contratos de obra previos formalizados por Calle-30 cuando era totalmente pública.

Este esquema se enfrenta a varias dificultades. En primer lugar, la sociedad mixta es tratada como una entidad pública en contabilidad nacional, al ser el ayuntamiento de Madrid su socio mayoritario. Las normas de contabilidad nacional europeas establecidas por EUROSTAT exigen, para que las inversiones de estas sociedades se consideren fuera del balance de la administración, que al menos un 50% de los costos de dicha sociedad provengan de los usuarios. Aunque Calle-30 cumplía esa regla, dichos ingresos provenían de la propia administración que era dueña mayoritaria de Calle-30, por lo que finalmente todas las inversiones realizadas por Calle 30 constituyen gasto público y toda la deuda de Calle 30 ha pasado a ser considerada como deuda pública.

La consecuencia final ha sido que el ayuntamiento de Madrid ha excedido su límite de endeudamiento, establecido legalmente. Por ello, ha sido sometido a un plan de saneamiento financiero, y toda operación de endeudamiento adicional ha de ser aprobada por el Ministerio de Economía y Hacienda. En definitiva, un proyecto como el de la reforma de la M-30, de gran envergadura y muy complejo técnicamente, ha encontrado



graves problemas en su articulación económico-financiera al plantearse un esquema de Asociaciones Publico Privadas inadecuado.

De lo anterior se concluye que los proyectos de Asociaciones Publico Privadas pueden no tener sentido social, si la única razón que lleva a ponerlos en práctica es tratar de evitar la contabilización a déficit público, además de que se corre el riesgo de que, como pasó con Calle-30, al final ni siquiera se cumpla este objetivo.

Una importante lección de esto es que el fin principal de las Asociaciones Publico Privadas debe ser ante todo lograr una mayor eficiencia y calidad en la prestación de bienes y servicios públicos.

Al final, el hecho de que la inversión se contabilice de un modo o de otro, aunque importante a efectos presupuestarios, no afecta a la realidad de las personas que cada día usan la infraestructura.

3.- Herramientas para la toma de decisiones: value for money.

Uno de los elementos que ha demostrado ser crucial en la toma de decisiones a la hora de aplicar APP o decantarse por un modelo de provisión de infraestructura convencional, es la valoración de las ganancias sociales que la aplicación de las APP tiene frente a los mecanismos convencionales.

El procedimiento empleado con mayor frecuencia es el que se denomina value for money, que puede ser traducido al español como “valor del dinero”. En otras palabras, lo que se pretende es valorar que el dinero público se emplea del modo más eficiente posible para la sociedad, con independencia de que las labores de construcción y explotación sean llevadas a cabo por el sector público o por el sector privado.



3.1.- Aplicación del value for money.

El procedimiento de value for money fue desarrollado en primer lugar en Reino Unido, dentro del contexto de la política del Private Finance Initiative (PFI) que este país lleva desarrollando en los últimos años. Uno de los motivos por los cuales Reino Unido comenzó con estos análisis, es que allí rara vez se plantea que sea el usuario el que pague el servicio, sino que es el Gobierno el que antes o después queda encargado de remunerar al contratista o concesionario, sobre la base del tráfico que circula por la infraestructura (peaje sombra shadow toll) o sobre la base de una serie de indicadores de calidad establecidos en el contrato performance-based standards, o bien una combinación de ambos. En consecuencia, el Gobierno o la agencia pública sobre la que este delegue tiene la obligación de demostrar a la sociedad que se está haciendo un empleo lo más eficiente posible de los recursos públicos.

Los requisitos fundamentales establecidos para llevar a cabo un proyecto a través del PFI son dos: i) demostrar que el proyecto que se quiere llevar a la práctica genera un adecuado value for money; y, ii) llevar a cabo una transferencia de riesgos al sector privado, en la medida en que éste es quién mejor puede gestionarlos. El término value for money refleja la ganancia económica que experimenta la sociedad por el hecho de que un servicio sea prestado a través de APP, en lugar de llevarlo a cabo con un esquema tradicional de gestión y, en muchos casos, financiación pública.

El óptimo value for money representa la mejor combinación de todos los costos y beneficios que genera el proyecto a lo largo de su vida. Hay tres decisiones que tomar referentes a ello, aunque en la práctica dos de ellas pueden tomarse a la vez:

- ✓ Si proceder con el proyecto como tal, lo que se deduce de un análisis de tipo económico desarrollado en los manuales de inversión pública.
- ✓ Si emplear una APP o un procedimiento convencional.
- ✓ Seleccionar el proveedor para proporcionar el activo/servicio.



Una cuestión crítica para decidirse por una opción de PFI es identificar cuál proporciona el mejor value for money. En este sentido, la libre competencia es la mejor garantía para obtener este óptimo, porque de allí surgirán las mejores opciones de PFI. Sin embargo, éstas deben ser comparadas con los sistemas convencionales de financiación, lo que se lleva a cabo aplicando el denominado comparador con el sector público Public Sector Comparator, que se explicará más adelante.

El PFI considera tres tipos de proyectos distintos: i) proyectos financiados sin apoyo público, ii) servicios vendidos al sector público y iii) colaboraciones entre el sector público y el sector privado. En proyectos financiados sin apoyo público no es necesario llevar a cabo el procedimiento de value for money, ya que el Estado no compromete ningún recurso público.

No obstante, en caso de que el sector público quiera que los usuarios no se vean sometidos a precios muy elevados y decida, por tanto, subvencionar parte de la tarifa aportando unos fondos determinados, sí que resultaría necesario aplicar dicho procedimiento.

En el caso de servicios vendidos al sector público resulta necesario comprobar, para llevarlos a la práctica, que generan un value for money positivo con la transferencia de riesgos que se ha establecido en el contrato. Por su parte, en el caso de colaboraciones entre el sector público y privado, solamente es necesario someter al procedimiento de value for money a la contribución financiera del sector público.

La óptima transferencia de riesgos, aquélla que por tanto maximiza el value for money, varía ampliamente según los tipos de contrato y servicio. Como regla general, en los esquemas de PFI es aconsejable transferir siempre al proveedor del servicio los riesgos de diseño, construcción y operación. No obstante, el riesgo de demanda y otros riesgos deben ser materia de negociación a fin de lograr un mayor value for money. En todo caso, deben ser soportados por el sector público los riesgos que dependan de la administración, como son la exigencia de un posible requerimiento, especificado incorrectamente en los términos de referencia, y el riesgo de un cambio en la legislación que afecte sustancialmente al proyecto.



Sobre la base del procedimiento aplicado en Reino Unido, otros gobiernos están desarrollando actualmente sus propios mecanismos de evaluación del procedimiento más adecuado para aplicar a un determinado proyecto. Entre ellos cabe mencionar algunas Agencias Estatales de Australia –como las que existen en los estados de British Columbia o Queensland, Holanda, Irlanda, Suráfrica y Hong-Kong. Asimismo, algunos estados de los Estados Unidos que están actualmente empezando a desarrollar APP están también fomentando la aplicación de herramientas de value for money.

3.2.- Componentes del value for money.

Generalmente, el análisis de value for money dispone de dos componentes: uno cuantitativo y uno cualitativo. El componente cuantitativo incluye todos los factores que pueden ser evaluados en términos monetarios, y su análisis se basa en comparar la licitación mediante APP con otro escenario que recibe el nombre de Public Sector Comparator (PSC). El PSC es un escenario hipotético usado en la valoración para determinar qué costaría desarrollar el proyecto, si el gobierno quisiera llevarlo a cabo siguiendo el modo convencional de licitación.

El análisis cualitativo tiene en cuenta aquellos aspectos del proyecto que son difícilmente cuantificables y, además, pone su atención en otros aspectos como son las características del mercado y la competitividad para la licitación correspondiente, también se fija en los recursos y capacidades del sector privado y del sector público.

Cuando se lleva a cabo el análisis del value for money de un proyecto, uno de los aspectos de mayor importancia es llevar a cabo una adecuada definición del PSC que se estima, calculando el valor presente neto de los costos para la agencia pública a lo largo de la vida del proyecto, en caso de que el proyecto se licite mediante el procedimiento convencional.

Ese mismo análisis de descuento de flujos de caja para calcular el valor presente neto se lleva a cabo también para el escenario del proyecto desarrollado mediante una APP.



Un aspecto clave de este análisis es la tasa de descuento que se utiliza para descontar los flujos, ya que del valor de dicha tasa de descuento va a depender en gran medida el resultado final del análisis. Generalmente, como tasa de descuento, para este análisis, se suele adoptar la tasa libre de riesgo en el plazo del proyecto más un premio por riesgo.

Uno de los aspectos más importantes de la comparación es suponer que los estándares de calidad y prestación de servicio en ambos casos son los mismos, lo que exige calcular los costos de ambas opciones para prestar un nivel de calidad similar. Asimismo, el análisis establece un valor neutral de comparación que elimina las posibles ventajas competitivas que la provisión pública puede tener sobre la provisión público-privada, en lo que se refiere a aspectos como los impuestos, las tasas, los privilegios de la gestión pública, entre otros.

Otro de los aspectos clave del análisis es el ajuste por riesgo. Para ello, se lleva a cabo una primera identificación de los riesgos, una valoración de las consecuencias que pueden tener, el cálculo de su probabilidad y, finalmente, el cálculo de su valor que, en esencia, se calcula como la consecuencia por la probabilidad de ocurrencia de dicho riesgo más un valor contingente que se incluye para tener en cuenta costos inobservables que pueden llevar a una subestimación del valor del riesgo.

Este análisis sirve, a su vez, para determinar la distribución óptima de riesgos entre el sector público y el sector privado. Los riesgos se clasifican en transferibles y retenidos. Los primeros son aquéllos que se pueden transferir al sector privado, mientras que los segundos son aquéllos que permanecen en manos del gobierno y, en consecuencia, pueden tener un costo futuro para la administración.

Para calcular el valor del costo en los proyectos APP, con el fin de estimar el value for money, la agencia que licita determinará los flujos de caja proyectados sobre la base de los riesgos retenidos y los pagos por servicio que esa agencia pagará al sector privado a lo largo de la vida del contrato. Estos costos se actualizan de cara a obtener el valor presente neto. El valor actual neto de los pagos y los riesgos potenciales asumidos por la administración o la agencia que ella determine es comparado con el valor actual neto de los pagos y los riesgos que asumiría la administración en el escenario del PSC. El value for



money será la diferencia entre el valor actual neto del PSC y el valor actual neto de acometer el proyecto mediante una APP. Si el primer valor es superior al segundo querrá decir que llevar a cabo el proyecto mediante una APP tiene mayor valor para la sociedad.

4.- Las Asociaciones Público Privadas.

En las últimas décadas, las Asociaciones Público-Privadas han ido adquiriendo gran relevancia en el mundo desarrollado, debido a la creciente necesidad que muchas administraciones públicas tienen de incorporar los recursos y la experiencia del sector privado para mejorar la provisión de bienes y servicios públicos.

Las Asociaciones Publico Privadas se fundamentan en cuatro principios:

- ✓ En primer lugar, en la idea de que hay una serie de bienes y servicios de interés general, que, debido a fallos de mercado (como monopolios naturales, bienes públicos o presencia de externalidades), deben ser supervisados por el sector público.
- ✓ En segundo lugar, en la idea de que el sector privado puede contribuir enormemente a una mayor eficiencia y calidad en la asignación de recursos públicos.
- ✓ En tercer lugar, en la necesidad de definir una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado para que la relación funcione lo mejor posible.
- ✓ En cuarto lugar, en la idea de que la participación del sector privado en todas las fases del ciclo de proyecto (diseño, construcción, financiación, mantenimiento y operación) puede ser beneficiosa para la provisión de bienes y servicios públicos. Los principios anteriores se pueden sintetizar en cuatro términos: regulación, competencia, integración de la gestión y adecuado reparto de riesgos.



4.1.- La noción de las Asociaciones Público Privadas.

El esquema de Asociación Público Privada (privada y gestión privada) se refiere al modelo que resulta de la venta o privatización de los activos públicos del sector a empresas privadas, y de la creación por iniciativa privada de empresas prestadoras de servicios de infraestructura, como ocurrió en algunos países en áreas como el transporte terrestre, la telefonía o la energía eléctrica.

En general, esta última opción ha implicado la adopción de medidas de liberalización de los mercados para estimular el ingreso de inversionistas y agentes privados a las distintas áreas de la infraestructura. En las actividades que se caracterizan por altos niveles de concentración, los países han debido establecer marcos regulatorios que impidan el abuso por parte del operador debido a su posición dominante en los distintos aspectos relacionados con la prestación del servicio (acceso, tarifas, calidad y seguridad, entre otros) de modo de preservar y cautelar los derechos esenciales de los usuarios, ya sea que se trate o no de mercados que correspondan a situaciones de monopolios naturales.

Asimismo, como lo indica Guasch (2005), los marcos regulatorios han sido utilizados como mecanismos de seguridad jurídica para los potenciales inversionistas, en tanto contribuyen a restringir eventuales conductas oportunistas por parte de los gobiernos, que podrían verse tentados de adoptar decisiones tarifarias o tributarias orientadas a la captura de las cuasi rentas que se generan cuando los costos asociados a las inversiones en infraestructura están hundidos y no pueden recuperarse o rescatarse fácilmente, sobre todo en contextos de deterioro de las economías.

Durante los años noventa, el incremento de la participación privada en la industria de la infraestructura se produjo tanto por medio de los mecanismos que hicieron posibles nuevas formas de asociación entre el Estado y las empresas privadas como por efecto de la privatización de empresas y la transferencia de activos estatales.

Según datos presentados por Vivien Foster (2003) en una reunión organizada por el Banco Mundial sobre la infraestructura en América Latina, más de la mitad (54%) de las



inversiones privadas en infraestructura que se realizaron en la región entre 1990 y 2002 correspondieron a operaciones definidas como asociaciones público-privadas, con predominio de las opciones de construcción, operación y transferencia (que representaron el 34% de ese valor) y las concesiones (que constituyeron el 20% restante). A la vez, el 46% del valor total correspondió a privatizaciones o adquisiciones de empresas privadas. En número de operaciones, los contratos BOT, de construcción, operación y transferencia, fueron los preferidos con el 43% del total de las operaciones realizadas. En orden de importancia, le siguieron las concesiones (29%), los contratos de administración gerencial (21%) y las adquisiciones de activos y privatizaciones (7%).

4.2.- El Concepto de Asociación Público Privadas.

El término Public-Private Partnership está de moda, lo que provoca que su uso en seminarios y conferencias se haya incrementado considerablemente en los últimos años. Al igual que pasa con otros términos de moda, es común escuchar hablar de APP de modo ligero, sin que en realidad se conozca en detalle de qué se está hablando. Es quizá ése el motivo por el que existe una confusión generalizada sobre el significado del término APP, lo que viene reforzado por el hecho de que pocas personas se han atrevido a dar una definición precisa de dicho término. Esto ha provocado que diferentes personas, instituciones y administraciones entiendan cosas distintas.

A todo ello se une el hecho de que, al ser el término APP un término acuñado en el Reino Unido, sean los británicos los que han asumido ese término como propio. Esta situación ha llevado a que, desde muchos foros, se considere que las únicas APP son las que tienen su origen en Reino Unido, como si se tratase de un producto con denominación de origen. La realidad, sin embargo, es muy distinta. Países como España, Chile, México y Colombia promueven exitosamente esquemas de Asociaciones Público-Privada desde hace años.

Las asociaciones público-privadas se han transformado en un importante complemento de la inversión pública destinada al desarrollo de las actividades de infraestructura. Bajo este esquema, el gobierno define el servicio o la obra que requiere del sector privado y este



financia su construcción y lo opera, e incluso puede llegar a realizar el diseño correspondiente.

Estas asociaciones comenzaron en 1992 en el Reino Unido con el lanzamiento del programa Iniciativas de Financiamiento Privado. Hasta mediados de 2006 existían más de 700 proyectos con estas características que representaban una inversión superior a los 66 000 millones de euros.

El 21% de los contratos era en el área de la salud, el 18% en el sector del transporte, el 15% en defensa y el 13% en educación. En América Latina, el pionero en utilizar esta modalidad fue Chile y el sistema recibió un fuerte impulso con las modificaciones legales introducidas en 1997, que permitieron la emisión de bonos de infraestructura. En la actualidad, un número importante de países avanzados de la Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos (OCDE) han adoptado este tipo de asociaciones. De acuerdo con el Fondo Monetario Internacional (FMI), el programa Iniciativas de Financiamiento Privado, que representa el 14% de la inversión pública del Reino Unido y se aplica en áreas clave de la infraestructura, es probablemente el mejor programa de asociaciones público-privadas desarrollado hasta el presente. Otros países con una significativa participación de asociaciones público-privadas son Australia (en especial el estado de Victoria) e Irlanda. Por otra parte, países con amplias necesidades de infraestructura y una débil posición fiscal, como Hungría, Polonia y la República Checa, han comenzado a implementar estas asociaciones, y Chile y México han sido pioneros en impulsarlas en América Latina y el Caribe.

La experiencia de México es amplia en el área de la energía a través de los Proyectos de Impacto Diferido en el Gasto (PIDIREGAS), mientras que Chile ha utilizado estas asociaciones en emprendimientos vinculados al transporte, los aeropuertos, las cárceles y el riego (FMI, 2004).

En la práctica, existen modalidades en las que el Estado puede participar de manera más activa en la operación o en la inversión, lo que implica que el alcance de esa participación varía según el tipo de asociación público-privada de que se trate. Por ejemplo, en el caso de



la formación de una empresa de propiedad conjunta (joint venture), el Estado puede aportar ciertos activos que sean imprescindibles para el desarrollo del negocio. Asimismo, en el caso de las concesiones, el Estado puede contribuir con activos físicos y recursos financieros, en calidad de subsidios, con el propósito de dar viabilidad económica y financiera al negocio.

Como contrapartida a la inversión privada, el Estado se compromete a pagar una renta al inversionista privado durante el período de asociación o, en su defecto, lo autoriza a prestar un servicio y cobrar las tarifas reguladas.

Mediante esta modalidad, la parte privada debe cubrir el financiamiento total o parcial de las inversiones. No obstante, tras el período pactado de explotación, o por otra disposición que se establezca en los contratos firmados entre las partes, la propiedad de los activos adquiridos o construidos se transforma en propiedad pública, mientras que los activos entregados por la parte pública (si los hubiere) no pasan a ser propiedad del operador privado en ninguna fase del proceso.

De este modo, el sector privado puede crear obras de infraestructura y proveer servicios en áreas tradicionalmente atendidas por los gobiernos —como carreteras, autopistas, hospitales, escuelas, cárceles, caminos, plantas de saneamiento y obras de riego— a cambio de una remuneración o del derecho al cobro de tarifas.

En este esquema —impulsado por los organismos multilaterales de crédito como un mecanismo paliativo de la caída de la inversión pública que permite asignar recursos a otras necesidades presupuestarias—, se propone que los organismos estatales limiten su participación a definir el servicio que se requiere, a supervisar la ejecución del proyecto y a fiscalizar el desempeño de las empresas operadoras, en concordancia con el objetivo general de reducir la participación del Estado como agente productor de bienes y servicios, y se focalicen en actividades estrictamente normativas y fiscalizadoras.

Asimismo, en este esquema se propone que los agentes privados asuman la responsabilidad de diseñar, construir y financiar los proyectos de infraestructura, así como de operar los



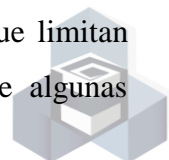
servicios, lo que constituye un cambio radical respecto de los mecanismos de participación privada que, hasta los años noventa, se limitaba a actividades relacionadas con la construcción y conservación de las obras, y, eventualmente, con la ejecución de algunas tareas complementarias.

No obstante, esto no impide que, en la práctica, el Estado intervenga estableciendo el diseño o participando de manera conjunta tanto en la construcción y el financiamiento de los proyectos como en la prestación y operación de los servicios, asumiendo, de este modo, riesgos compartidos.

De modo que las asociaciones público-privadas requieren un cambio en los papeles tradicionales de cliente y contratista que usualmente han representado los gobiernos y los inversionistas privados. Se trata de una nueva forma de relación, en la cual el sector público debe concentrarse en la supervisión y regulación del servicio, así como en el ejercicio de prácticas de buen gobierno, mientras que el sector privado debe asumir los riesgos en la ejecución, la operación y el financiamiento del proyecto.

Los impulsores de los esquemas de asociación público-privada creen que el mayor atractivo que este mecanismo tiene para los gobiernos es la posibilidad de crear nueva infraestructura sin sumar un gasto de capital al presupuesto, ya que el financiamiento de dicho gasto correría por cuenta del sector privado. Este sería remunerado por el gobierno mediante tarifas, cánones, alquileres u otra forma de erogación corriente cuando el proyecto esté finalizado y el activo esté operando. En tal sentido, este mecanismo no solo permite incorporar capital y capacidad de gestión, sino que también facilita a los gobiernos la distribución del costo de las inversiones en ejercicios futuros. El pago comenzaría a ser efectivo a partir de la entrada en funcionamiento del servicio y se prorratearía hasta que se recupere la inversión. En el caso de servicios tarifados a cargo de los usuarios, la fuente de pago serían los ingresos generados por el proyecto.

Así pues, las Asociaciones Público Privadas constituyen una fuente alternativa adicional al financiamiento público, que permite superar las restricciones presupuestarias que limitan las posibilidades de inversión de los gobiernos. Sin embargo, en el caso de algunas



modalidades de asociación público-privada, los gobiernos no han logrado sustraerse por completo de sus erogaciones y se ha debido desembolsar importantes montos por concepto de subsidios cuando la rentabilidad de los proyectos no se alcanza exclusivamente mediante la explotación del negocio.

Asimismo, los gobiernos han debido contraer importantes pasivos contingentes, algunos en relación con los cambios que pueden suscitarse en las variables que definen la rentabilidad del negocio y otros en relación con los conflictos que suelen surgir entre los actores públicos y privados, la mayoría de los cuales han sido dirimidos a favor de los agentes privados.

No obstante, las asociaciones público-privadas tienden a presentarse como una alternativa de asociación eficiente cuando los gobiernos pueden establecer la calidad del servicio y traducir esto en indicadores de suministro. Una vez establecida la calidad y la cantidad, los gobiernos están en condiciones de plasmar estos requerimientos en contrato con el sector privado que vincula el pago con el servicio recibido por los usuarios. Cuando no se esperan modificaciones sustanciales en la calidad o cantidad de los servicios suministrados, las asociaciones público-privadas se adaptan con comodidad a estos contratos. Estas asociaciones permitirían ganancias en eficiencia y una mejor inversión pública.

En cuanto a su objeto inmediato, el alcance del término Asociaciones Público Privadas presenta variaciones dependiendo del lugar y momento específico en que el mismo se utilice. En algunos casos el término Asociaciones Público Privadas es utilizado exclusivamente para esquemas que tienen por objeto la provisión de infraestructura básica a cargo del Estado, en otros se incluye además la prestación de servicios públicos, y en otros también puede comprender el mejor cumplimiento de funciones o la prestación de servicios que, aunque no sean propiamente servicios públicos, se encuentran a cargo del Estado.

En cuanto al grado y la forma en que pueden participar en la asociación los sujetos de la misma, en algunos casos el término Asociaciones Público Privadas se utiliza para caracterizar cualquier tipo de asociación en la que participe una entidad privada para satisfacer ciertas necesidades colectivas que se encuentran a cargo del Estado, sin importar

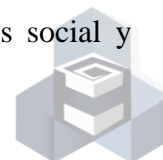


si el grado de esa participación es mínimo, o bien, total. En estos casos, a los que denominaremos “Asociaciones Público Privadas en sentido lato”, el término Asociaciones Público Privadas abarca un espectro sumamente amplio de esquemas de asociación entre el sector público y el sector privado; desde una simple contratación de servicios, como sería la contratación de una empresa privada por parte de un organismo público para que se encargue de diseñar los planos de una nueva unidad para un hospital a cargo del Estado, hasta un proceso de privatización, como sería la enajenación de activos de distribución de gas natural propiedad del Estado a empresas del sector privado mediante un procedimiento de licitación pública y la previa expedición de un nuevo marco jurídico que establezca la regulación económica a la que se sujetará la distribución de gas natural por parte de los particulares. Esta acepción del término Asociaciones Público Privadas es común en países latinoamericanos y no lo es tanto en países anglosajones en los que el término APP, o APP por sus siglas en inglés, se utiliza más comúnmente en su sentido estricto.

En su sentido estricto, el término APP comprende una gran variedad de esquemas de asociación que pueden llevarse a cabo a través de concesiones de servicios públicos, concesiones de infraestructura pública, contratos llave en mano, contratos de construcción-arrendamiento-transferencia, contratos de construcción – operación - transferencia, contratos de construcción - operación, contratos de diseño – financiamiento - construcción-operación, contratos para la compraventa de capacidad y energía eléctrica, empresas públicas con participación privada, empresas privadas con participación pública, fideicomisos públicos con participación privada, fideicomisos privados con participación pública, contratos de asociación o convenios de participación, y contratos de prestación de servicios integrales a largo plazo, entre muchos otros.

4.3.- Definición de las Asociaciones Público Privadas.

No existe una definición universalmente aceptada de lo que debe entenderse por Asociaciones Público Privadas y ello se debe a que el término ha sido utilizado para caracterizar de distintas maneras, en distintos lugares y desde muy diversos ángulos, cierto universo de actividad económica que involucra la participación de los sectores social y



privado en actividades tradicionalmente a cargo del Estado y, por otra parte, la forma de esa participación ha estado en constante evolución.

Existe un común denominador en el uso del término Asociaciones Público Privadas y es la presencia de una o varias entidades que representan los intereses del Estado, a las que podemos denominar conceptualmente como “entidad pública” y la presencia de una o varias entidades de los sectores social y/o privado, a las que podemos denominar conceptualmente como “entidad privada”. La entidad pública y la entidad privada constituyen los sujetos de una Asociaciones Público Privadas, y no es posible que exista una de ellas en la que no coexistan ambos sujetos.

Otro común denominador en el uso del término Asociaciones Público Privadas es su objeto mediato ya que en última instancia siempre tendrán por objeto satisfacer un conjunto de necesidades colectivas, que corresponde o ha correspondido tradicionalmente atender al Estado mediante el aprovechamiento de las capacidades y habilidades que pueden aportar los sujetos de la Asociaciones Público Privadas.

El Estado, a través de las Asociaciones Público Privadas, puede aprovechar mejor las capacidades del sector privado (entre ellas su capacidades financieras, tecnológicas, administrativas, creativa de respuesta inmediata o una combinación de las anteriores) para generar o mantener determinada infraestructura básica o poder prestar cierto servicio público que corresponde proveer al Estado para satisfacer las necesidades básicas de la población, incluyendo salud, vivienda, agua, energía, seguridad, transporte, comunicación y educación.

Con el objeto de construir una definición de lo que son las Asociaciones Público Privadas podemos señalar que en la contratación de agentes económicos privados, por parte del sector público, para la producción de un bien o la prestación de un servicio que era suministrado por entidades públicas. Mediante esta modalidad, el sector público busca definir contractualmente el monto final de la inversión y de los costos de operación de los activos asociados con el desempeño del servicio y, a su vez, mejorar la calidad de la prestación de dicho servicio. En este sentido, las asociaciones público-privadas no tienen



como único propósito que el sector privado contribuya de manera decisiva al financiamiento de la infraestructura pública, incluso adelantando programas de inversiones que no pueden llevarse a cabo por motivos de restricciones presupuestarias, sino que también apuntan a aprovechar la capacidad de gestión de los agentes privados y a mejorar la relación costo-beneficio del gasto y de la inversión pública.

Para una mejor comprensión de lo anterior, a continuación, utilizando la brillante exposición del maestro Francisco Treviño Moreno³, describiremos los elementos más trascendentales, que para tal autor, debe de contener una correcta definición:

- ✓ ***Es una relación contractual.*** Esto porque supone un acuerdo de voluntades entre partes iguales y no la imposición de condiciones en una relación de supra a subordinación. Lo anterior no significa que se deje de lado la protección del interés público derivado de la prestación de servicios públicos o la utilización de bienes del dominio público.
- ✓ ***Es una relación de largo plazo.*** Las condiciones que es necesario reunir para lograr una APP exitosa requieren de tiempo: para preparar los proyectos, estructurarlos, lanzarlos al mercado, permitir que el sector privado los entienda y desarrolle apetito por ellos.
- ✓ ***Es una relación del sector público y del sector privado.*** La fuerte participación del sector privado caracteriza de manera esencial a las APP, ya que al tratarse siempre de prestación de servicios públicos y en su caso el uso de bienes públicos, el Estado lleva a cabo una transferencia sustancial de riesgos al sector privado. En otras palabras, si el proyecto de que se trate lo lleva a cabo el sector público en el apoyo del sector privado para su diseño y construcción, estaríamos en presencia de obra pública tradicional. Si el sector privado llevara a cabo por sí solo el proyecto, sin cierta participación del sector público estaríamos en presencia de una privatización.

³ Treviño Moreno Francisco Javier, La Nueva Ley de Asociaciones Publico Privadas, Editorial Porrúa, México, D.F. 2014.



- ✓ ***Está basada en la confianza mutua y en la equidad de la relación.*** A diferencia de la obra pública y la privatización, en las APP se establece una especie de asociación, caracterizada por la confianza recíproca, propia de todas las sociedades; relación que debe ser equitativa, de acuerdo con la distribución de riesgos plasmada en el contrato, que cada parte debe afrontar y donde el papel del Estado con su imperium se da respecto de la protección y preservación del interés público y la salvaguarda obligacional de la relación, donde ambas partes actúan en condiciones de igualdad y el sector privado va solo a su riesgo y ventura en los resultados.
- ✓ ***Se crean con el propósito común de prestar servicios públicos.*** La esencia de las APP nace de la premisa en donde el Estado no necesita ser dueño de los activos para prestar los servicios que está obligado a prestar; y que puede obtener grandes beneficios si en vez de comprar activos compra servicios.
- ✓ ***Buscan condiciones de mayor eficiencia y calidad que las alcanzaría el sector público si lo hiciera por sí mismo y a un costo significativamente menor.*** Los esquemas APP tienen su principal fundamento en que al poner en juego las fuerzas del mercado, cada vez más globalizada, es posible proveer de mejores servicios a la población y desarrollar la infraestructura asociada con una menor utilización de recursos públicos, a un menor costo, en plazo, con más calidad y con un efectivo traslado de riesgos al sector privado, quien está dispuesto a tomarlos a cambio de una rentabilidad razonable del capital del capital invertido.
- ✓ ***Pretenden una menor utilización de recursos públicos.*** Es generalmente aceptado que un proyecto donde el Estado debe aportar la casi totalidad de la inversión, no justifica la aplicación del modelo APP dados los costos y complejidad que su implementación requieren.
- ✓ ***Tiene el objetivo de obtener un rendimiento razonable al capital privado invertido.*** En cualquier caso el sector privado estará dispuesto a invertir en un proyecto y tomar los riesgos que esté en posibilidad de manejar sólo a cambio de la



obtención de un rendimiento, llamémosle “de mercado”, en correspondencia con los riesgos asumidos. La estructuración del proyecto debe tomar en cuenta, la real posibilidad que el sector privado tenga de obtener dicho rendimiento, si hace bien las cosas.

4.4.- Características de las Asociaciones Público Privadas.

No obstante lo revisado en el punto anterior, no debemos perder de vista que las Asociaciones Público Privadas poseen cuatro características principales:

1. Constituyen una relación contractual entre la autoridad contratante o concedente (gobierno central o estadual, comisión interministerial, municipio, agencia reguladora) y el operador privado, que establece los deberes y derechos de cada parte, así como las condiciones del acuerdo, para explotar obras de infraestructura, cuya creación y desarrollo (o rehabilitación y mejora en el caso de infraestructura existente) se logran mediante financiamiento privado o bajo su responsabilidad.
2. Los contratos de asociación público-privada corresponden a un período definido de tiempo (entre 15 y 30 años) que puede extenderse si las partes así lo acuerdan. Durante la vigencia del contrato, el operador goza del derecho exclusivo a usar los activos, explotar las instalaciones existentes y crear otras nuevas. En consecuencia, en el contrato se establece bajo qué condiciones y a qué precios, así como con qué reajuste, el operador presta el servicio y utiliza la infraestructura, que continúa siendo de propiedad pública.
3. En los contratos de asociación público-privada, el operador privado es responsable de todas las inversiones asociadas al desarrollo del proyecto, que se ejecuta bajo la supervisión del Estado o del órgano regulador que corresponda. Es frecuente que en el contrato se incluya una cláusula donde se especifica una compensación por las inversiones que no hubiesen sido completamente amortizadas al final del período de extensión de dicho contrato.



4. El operador recibe una remuneración de acuerdo con las tarifas establecidas en el contrato, con pautas claras de revisión y ajuste, que cobra directamente a los usuarios. En algunos casos, el operador percibe un monto adicional por concepto de subsidio cuando el ingreso esperado a través de las tarifas no permite rentabilizar la ejecución del proyecto.

En este orden de ideas, el Libro Verde sobre Asociaciones Público Privadas de la Comisión Europea, publicado en 2004, establece de modo acertado una serie de características que debe cumplir todo proyecto de este tipo:

- ✓ La relación entre el sector público y el sector privado debe tener una larga duración.
- ✓ El sector privado debe participar de algún modo en la financiación.
- ✓ El sector privado debe tener un papel fundamental en el mantenimiento y explotación de la infraestructura.
- ✓ La relación debe establecer una adecuada distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado.

Como se observa, no toda relación en la que participen el sector público y el sector privado puede ser considerada como una APP. Así, por ejemplo, un contrato convencional de obra pública por certificaciones en el que participan el sector público y el sector privado no puede ser considerado como una APP, pues no cumple las características 1 y 3, y, en cierta medida la 2. Del mismo modo, un contrato de conservación pagado por unidades tampoco puede ser considerado como una APP ya que no cumple la característica 2 y, en cierta medida, la 1. Las APP, por tanto, van mucho más allá de la mera relación entre el sector público y privado, en la medida en que implican no sólo una relación sino una colaboración con la finalidad de lograr un máximo bienestar social.

5.- Asociaciones Público Privadas contractuales e institucionales.

Las APP se pueden diferenciar, tal y como hace el Libro Verde sobre APP de la Comisión Europea, en contractuales e institucionales. Las primeras son aquéllas en las que el vínculo



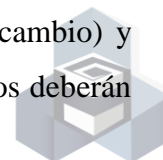
entre el sector público y el sector privado se establece esencialmente a través de un contrato. La idea de las APP contractuales es que la relación entre ambos sectores funciona como una relación entre un agente (contratista), que vela por su propio interés pero con fuertes incentivos para reducir costos y mejorar la calidad de servicio, y un principal (sector público) que vela por los intereses de los ciudadanos. Dicha relación se encuentra regulada sobre la base de un contrato que se establece al principio y que debe fijar la asignación de responsabilidades para cada sector.

El tipo más común de APP contractual es la concesión de infraestructura tal y como se entiende en España o América Latina. Dicha concesión es muy similar en su concepto a otro tipo de contratos, que aún no denominándose concesiones, pueden ser considerados en la práctica como tales, como es el caso de los contratos Design Build Finance Operate (DBFO) en Reino Unido.

El segundo tipo de APP se denomina APP institucionales. En este caso, la relación entre ambos sectores no se basa en una relación contractual entre un agente y un principal, sino en la participación conjunta del sector público y privado en una entidad encargada de la gestión de la infraestructura. El modelo de APP institucional es mucho menos común que el modelo de APP contractual y tiene la desventaja frente al primero de que apenas se introduce competencia, por lo que no hay garantías de que se incentive al sector privado a ser más eficiente. Un ejemplo de APP institucional es el establecimiento de sociedades de economía mixta. Éste es el caso de las autopistas francesas hasta que se llevó a cabo una privatización de las mismas.

6.- La Contratación de las Asociaciones Público Privadas.

Estas asociaciones no son sencillas. En general, se trata de contratos de largo plazo en los que el único demandante del servicio operado por el sector privado tiende a ser el propio gobierno (con excepción de las concesiones y las empresas de propiedad conjunta) y donde estarán presentes los riesgos usuales en este tipo de emprendimientos, como los riesgos de construcción (vinculados al diseño), financiamiento (tasas de interés y tipo de cambio) y provisión del servicio. En los esquemas de asociación público-privada, los riesgos deberán



transferirse del sector público al sector privado, aunque el análisis de diferentes experiencias ha demostrado la gran dificultad relacionada con la reasignación de riesgos, no siendo infrecuente que el Estado haya mantenido alguno de estos en su poder. En contrapartida, los gobiernos deben asumir los compromisos políticos y las prácticas de buen gobierno que den confianza al sector privado y permitan acotar los riesgos.

Debido a la gran variedad de escenarios en que se utilizan las asociaciones público-privadas y a los diversos riesgos que conllevan, pueden alcanzar una gran complejidad, lo que implica que los Estados deben desarrollar una institucionalidad adecuada previo a su implementación. Esto se debe a que los contratos que sustentan estas asociaciones requieren de una fiscalización y supervisión habitual a cargo de un órgano que controle su cumplimiento y que pueda, además, conciliar interpretaciones, llevar a cabo revisiones y actualizaciones periódicas de tarifas, y renegociar los términos y las condiciones contractuales, entre otras funciones regulatorias. Esto supone que se debe crear un órgano estatal para el ejercicio de las funciones mencionadas y un marco legal que regule tanto su desempeño como el de los actores privados involucrados en la aplicación de estos mecanismos. De esta manera, el gobierno debe cumplir dos funciones: establecer las reglas para que exista competencia en el momento de la licitación y vigilar la ejecución de los términos de los contratos y el cumplimiento de las normas dispuestas en el marco legal regulador⁴.

4 Para Newbery, la transferencia de los servicios públicos de infraestructura al sector privado normalmente incluye los siguientes pasos:

1. *División y estructuración del sector para que las empresas estatales sean desmembradas (separadas) y, de ese modo, se facilite la competencia y se reduzcan los posibles abusos del poder monopolístico o las posiciones dominantes. A menudo se imponen restricciones de tipo vertical y horizontal para prevenir abusos de parte de las posiciones dominantes y promover el uso estratégico de las facilidades esenciales.*
2. *Reforma reguladora, en la cual se implementan las regulaciones y se establecen los organismos reguladores con el objeto de limitar las ventajas del monopolio natural y proteger a los usuarios de un comportamiento monopolístico y a los inversionistas de las acciones arbitrarias del gobierno.*
3. *Precalificación, que establece las condiciones técnicas o económicas básicas (o ambas) que los distintos operadores privados deben cumplir para ser elegibles en los procesos de licitación y selección.*
4. *Licitación competitiva o mecanismo de subasta para disipar las rentas monopolísticas y seleccionar al operador más eficiente entre los operadores privados interesados.*
5. *Adjudicación del contrato de concesión a uno de los operadores privados sobre la base de los criterios de selección.*
6. *Componentes del contrato de concesión, que incluyen las estipulaciones acerca de su duración, los requisitos de inversión, los parámetros de calidad y servicio, las fuentes de ingresos, las disposiciones reguladoras, la*



Los conflictos y problemas que se pueden suscitar por deficiencias en materia de institucionalidad y regulación no constituyen el único punto focal del análisis del proceso de implementación de los mecanismos de asociación público-privada.

Como indicó acertadamente Lucioni (2004), el tema de fondo que circunscribe la discusión sobre estos mecanismos se refiere a sus implicancias fiscales. Según lo planteado por el FMI, al no disponer de un sistema de contabilidad y registro de estas operaciones, tiende a dificultarse el control del gasto y el cumplimiento de las obligaciones que estas asociaciones generan en los presupuestos de los gobiernos.

En este contexto, surgen dos áreas de preocupación: las obligaciones contractuales y las garantías de los gobiernos.

El primer punto se refiere a los pagos que los gobiernos deberán realizar cuando haya un compromiso de compra del servicio que el sector privado provee. En la mayoría de los países, este compromiso no es capitalizado. Para el FMI, estos pagos tienen implicancias fiscales y, como mínimo, deberían registrarse. En particular, el FMI señala que la sostenibilidad de la deuda se ve afectada de la misma manera que si los gobiernos se hubieran endeudado para financiar la inversión y operarla por sí mismos. Este, por cierto, no es un tema menor, ya que, como algunos autores sostienen, los mercados financieros consideran de facto las colocaciones de deuda de los organismos públicos como deuda soberana y, en consecuencia, compiten con las del gobierno central.

En cuanto a las garantías, se ha sostenido que cuanto mayor sea el compromiso de los gobiernos para compartir los riesgos a los que están sujetos estos proyectos, mayor será el riesgo fiscal. Esto sucede cuando los riesgos asumidos por el sector privado en una asociación público-privada se reducen o eliminan mediante garantías explícitas de los gobiernos. Por ejemplo, los préstamos garantizados por los gobiernos reducen el riesgo

frecuencia de los procesos de ajuste, la revisión de tarifas y la transferencia de activos a la finalización o el término del contrato.

7. Control de la ejecución del contrato y supervisión regulatoria, a cargo del organismo regulador, si existe, o del ministerio correspondiente al sector.



financiero de los inversionistas, mientras que las garantías de compra del servicio reducen los riesgos de demanda. Para el FMI, el valor esperado de pago de estas garantías debería reflejarse en las proyecciones fiscales y de deuda pública, debido a que podría ser más costoso que el financiamiento público tradicional.

En algunas modalidades de asociaciones público-privadas se crea una entidad específica que asume la responsabilidad del proyecto en su conjunto y está aislada del riesgo financiero global de las empresas privadas que participan en la asociación como inversionistas. Esta entidad deriva los riesgos de construcción y operación a empresas separadas y obtiene el financiamiento adicional necesario mediante emisiones de bonos y otras obligaciones. Estas emisiones se sostienen en la introducción de mejoras en los mecanismos crediticios, que contemplan la participación de aseguradoras especializadas (monoliners) y el otorgamiento de garantías específicas, incluidas las concedidas por organismos públicos de financiamiento internacional.

En los contratos de asociación público-privada, los pagos del sector público al sector privado (con excepción de los suscritos bajo el formato de una empresa de propiedad conjunta y de las concesiones, donde generalmente no hay pagos) se efectúan en plazos que empiezan con la entrega del servicio y se extienden por un período que puede durar entre 10 y 30 años, sujeto a la adecuada disponibilidad de los activos pactados contractualmente. El esquema de asociación público-privada se diferencia de la contratación convencional de obras entre el sector público y el sector privado en que no hay pagos durante el período de construcción y no se contemplan pagos por sobrecostos. El sector público (o los usuarios) paga por resultados o por prestación de servicios y en estos pagos se incluye una amortización de los costos durante la construcción más un margen de rentabilidad acordado entre las partes.

7.- Expansión de las Asociaciones Público Privadas.

La expansión de los esquemas de las Asociaciones Público Privadas se debe a diversas causas, como son las siguientes:



- ✓ Insuficiencia de recursos públicos.
- ✓ Mejoramiento de la eficiencia del sector.
- ✓ Envío de señales a los agentes económicos respecto del modelo económico.
- ✓ Una combinación de las anteriores.

El factor crítico de los proyectos a realizar bajo esquemas Asociaciones Público Privada, en todos los casos, es el financiamiento y sólo existen tres fuentes de financiamiento:

- ✓ Capital privado,
- ✓ Crédito y
- ✓ Dinero público (ingresos fiscales);

Estas fuentes permitirán que los recursos fluyan hacia los proyectos, si y sólo si, la estructura para su implementación considera los factores que determinan su participación entre los que se encuentran sus expectativas e incentivos, los términos y condiciones que dichas fuentes están dispuestas a aceptar para poner en riesgo sus recursos y por último las limitaciones que les son propias y que pueden ser legales, de política, de rendimiento o corporativas, entre otras.

En el caso de la región de Latinoamérica, en mayor o menor medida, la implantación de esquemas Asociaciones Público Privadas ha proliferado, porque ha permitido la canalización de recursos para el desarrollo de proyectos principalmente en los sectores de transporte, energía, agua y saneamiento, telecomunicaciones, salud y educación, lo que apoya el combate a la pobreza y permite incrementar la competitividad general de las economías de los países.

Así pues, si el Estado puede proveer mejores servicios a la población y desarrollar la infraestructura requerida a mejores precios y con inversiones mejor distribuidas en el tiempo, ello liberará recursos que podrá utilizar en atender las necesidades sociales más apremiantes, esquema que resulta atractivo y conveniente.



La infraestructura de un país determina la velocidad de su desarrollo y el grado de bienestar de su población al incidir en los cuatro pilares de la economía:

- ✓ Crecimiento económico,
- ✓ Empleo,
- ✓ Productividad, y
- ✓ Distribución equitativa del ingreso.

En este sentido, la principal razón que existe hoy en día para promover las Asociaciones Público Privadas, es la enorme necesidad de servicios e infraestructura asociada que la población demanda; dicha demanda, a manera de ejemplo, en los países de la región Latinoamericana, no ha podido ser satisfecha por el Gobierno debido a que sus presupuestos son y han sido históricamente insuficientes para atender esas necesidades, lo que ha generado una fuerte presión para que se recurra al sector privado.

Otras causas que han impulsado las Asociaciones Público Privadas pueden desglosarse de la siguiente manera:

- ✓ El alto crecimiento demográfico que imprime presiones de corto plazo en las finanzas públicas para atender demandas de la población;
- ✓ El marcado interés del sector privado en participar en sectores antes reservados al sector público, interés derivado de la interacción económica de tres importantes fuerzas que han creado un mercado enorme, altamente atractivo como son: la concentración de la población en ciudades más grandes (casi el 80% de la población mexicana vive en las ciudades), el desarrollo industrial y de servicios en esas ciudades y a protección del medio ambiente y el desarrollo sustentable.

De este modo, cuando se trata de la utilización de bienes públicos y sociales para la prestación de servicios públicos que requieren de determinada infraestructura para ser prestados estamos en presencia de situaciones naturalmente apropiadas para la realización de Asociaciones Público Privadas. Esto en porque es tal la importancia social, política y



económica de los servicios públicos, que es difícil aceptar dejarlos totalmente a cargo del sector privado sin que se tengan presencia del sector público.

Así pues, la materia de análisis en una APP, realmente se centra en la profundidad, amplitud y las modalidades para que tenga lugar esa combinación de esfuerzos y propósitos entre el sector público y el privado, en cuyos extremos tendríamos por una parte al esquema tradicional de obra pública y prestación de servicios por parte de empresas o entidades públicas y por otra, a la privatización.

Como hemos afirmado, las APP no son ni lo uno ni lo otro, sino un esquema intermedio que en general hace más eficientes las formas de gestión de servicios y la construcción de infraestructura asociada.

Desde otra perspectiva ha sido ampliamente acreditado que las formas tradicionales de contratación del Estado suelen ser menos eficientes que las Asociaciones Público Privadas debido a que en este último caso realmente se ponen en juego las reglas de competencia del mercado, dando generalmente por resultado que el Estado ahorra dinero en la provisión de infraestructuras y en la prestación de servicios, la calidad de ambos se mejora y tiene lugar un efectivo traslado de riesgos al sector privado quien está dispuesto a tomarlos a cambio de una rentabilidad razonable (de mercado) del capital invertido.

8.- Esquemas de asociaciones público-privadas.

En la literatura especializada, la mayoría de los autores distinguen varios tipos o modalidades de asociaciones público-privadas, según el nivel de participación de los agentes privados en las diversas fases de la creación de la infraestructura física y de la prestación de los servicios asociados.

Estos tipos o modalidades de asociaciones público-privadas han sido especialmente relevantes entre las opciones de participación privada que se han desarrollado en las últimas décadas en la industria de la infraestructura. De hecho, la mayoría de los países de los



países de América Latina han adoptado alguna de estas modalidades para incentivar la participación privada en el sector.

Con el propósito de distinguir mejor los diversos tipos o modalidades de asociaciones público-privadas, en este texto se ha optado por establecer dos criterios de diferenciación: i) la naturaleza de los activos sobre los que se emprenden las tareas de habilitación o mejora encomendadas a la empresa privada, en el sentido de que estos pueden existir o no, y ii) la característica esencial del aporte que realiza el Estado para la consecución de los objetivos.

Sobre la base de estos criterios, se distinguen tres tipos de asociaciones público-privadas. El primero de ellos agrupa los contratos de construcción, operación y transferencia (conocidos con la sigla BOT por su designación en inglés: Build, Operate and Transfer), que incluyen a los proyectos de construcción, operación y transferencia propiamente dichos y también consideran los proyectos “llave en mano” o de diseño, construcción, financiamiento y transferencia (por su designación en inglés: Design, Build, Finance and Transfer) y los contratos de diseño, construcción, operación y transferencia (conocidos con la sigla DBOT por su designación en inglés: Design, Build, Operate and Transfer), que tienen como característica común el hecho de ser contratos destinados a la creación de nueva infraestructura, más allá de sus diferencias específicas, según se explicará más adelante. El segundo tipo de asociaciones público-privadas lo constituyen los contratos de concesiones, que se sustentan en la explotación de infraestructura existente a partir de la introducción de mejoras sustantivas y tareas de habilitación conforme a nuevos estándares de calidad. Finalmente, la tercera modalidad la conforman las empresas de propiedad conjunta que se crean específicamente para la explotación de una obra de infraestructura y en las que participan, en calidad de accionistas, tanto el Estado como entidades privadas.

Cada modalidad tiene ventajas y desventajas, así como fortalezas y debilidades, que se detallan en las páginas siguientes. Por esta razón, la decisión de emplear una u otra dependerá de las características del proyecto que se desee emprender y de las circunstancias que lo enmarcan o contextualizan.



8.1.- Contratos Integrales.

La modalidad de asociación público-privada más difundida la constituyen los contratos Integrales, la cual comprende la contratación a largo plazo de servicios que requiere la autoridad contratante para poder dar un mejor cumplimiento a su objeto o función y que para ser prestados puede resultar necesario realizar diversas actividades como el diseño, el financiamiento, la construcción, la puesta en marcha. La operación y el mantenimiento de cierta infraestructura básica y la provisión de ciertos servicios auxiliares.

Esta modalidad se aplica a proyectos nuevos de infraestructura, en los que el sector privado financia, construye y opera el servicio durante un tiempo determinado, y genera una condición de propiedad durante la vigencia del contrato. Al término de este, el operador privado debe transferir el emprendimiento al sector público, que puede operarlo directamente o licitar su operación por un nuevo período, pudiéndolo adjudicar a un nuevo agente o al mismo que lo desarrolló, que deberá suscribir, en esta fase, un contrato de arrendamiento por el período que sigue. Estos contratos incluyen especificaciones técnicas para el proyecto que deben cumplirse obligatoriamente.

El desarrollo de esta modalidad de asociaciones público-privadas ha dado lugar a variantes que agregan o restan pasos del proceso, aunque lo medular del mecanismo —la construcción de una nueva infraestructura de propiedad pública con cargo a recursos privados— se mantiene inalterado.

Una de las variantes que ha logrado un gran desarrollo es la de los contratos de diseño, construcción, financiamiento y operación, o contratos DBFO, en la cual la empresa privada también se encarga del diseño de la obra de infraestructura requerida.

Bajo esta modalidad de contratación, el sector público especifica las características del servicio que desea proveer a la población y encarga al sector privado el diseño del activo adecuado para dicho propósito, su construcción, el financiamiento de la obra y de sus costos operativos, la provisión de los servicios vinculados al activo y el mantenimiento correspondiente. De todos modos, la responsabilidad de proveer el servicio



continúa siendo del sector público y este debe suministrar los insumos complementarios al activo que sean necesarios.

Para hacer efectiva esta modalidad, el sector público debe establecer en las bases de la licitación las características detalladas del servicio a ser provisto, de modo que el agente privado pueda diseñar la obra de infraestructura que considere más adecuada.

Otra de las variantes que ha logrado un fuerte desarrollo es la de los contratos de diseño, construcción, financiamiento y transferencia o contratos DBFT, conocida originalmente con el término de proyectos “llave en mano”. Esta variante consiste en la contratación de un agente privado por parte del sector público, o de la empresa estatal, para diseñar y construir una nueva infraestructura a partir de la especificación de las características de los activos que se requieren, con cargo a recursos aportados por el agente privado. Una vez concluida la construcción de los activos que constituyen el objeto del contrato, el Estado puede operarlos directamente o licitar su operación, la que puede adjudicar al mismo agente o a un tercero mediante un contrato de arriendo. En este tipo de contrato, la remuneración a la empresa adjudicataria se efectuará al cumplirse la transferencia del activo e incluirá los costos del capital.

Los contratos tipo BOT, DBFO y DBFT son diseñados para aportar inversión privada a la construcción de nueva infraestructura. Mientras que en el primer caso, el agente privado construye y maneja, , en el tercero, la parte privada también establece el diseño de construcción. El período de operaciones —generalmente de 10 a 20 años— es lo suficientemente largo como para permitir que la empresa privada cubra los costos de construcción y obtenga utilidades. El gobierno mantiene la propiedad de las instalaciones de infraestructura y se convierte en cliente y regulador del servicio.

Los tres tipos de contratos mencionados en el párrafo anterior tienden a funcionar bien en los casos en que la creación de nueva infraestructura requiera un financiamiento sustancial.



Los gobiernos suelen utilizar estas modalidades de participación público-privada para la construcción de instalaciones específicas, plantas de agua potable o de tratamiento del agua, y estaciones de transferencia y de residuos. Habitualmente, estos contratos solo implican la construcción y el funcionamiento de una parte del sistema, no de su totalidad (esta es una de las características que los distinguen de las concesiones).

Bajo los contratos tipo BOT y DBFO, el sector privado proporciona el capital para construir la nueva instalación. En retribución, el sector público acepta comprar un nivel mínimo de producción a precios específicos para asegurar al operador privado la recuperación de sus costos. Esto requiere calcular de antemano la demanda de producción de los consumidores finales y que el gobierno garantice las proyecciones, lo que puede causar problemas y ser motivo de intensas controversias, ya que si se subestima la demanda y los ingresos provenientes de los usuarios resultan inferiores a lo esperado, el organismo público debe responder a los compromisos acordados. Los plazos de extensión y tiempo combinados con los contratos tipo BOT y DBFT requieren la elaboración de paquetes financieros sofisticados y, a menudo, complejos.

Las fortalezas de estas modalidades se pueden sintetizar en los siguientes puntos:

- ✓ Son una manera efectiva de conseguir recursos del sector privado para la construcción de infraestructura nueva o la renovación sustantiva de la que ya existe.
- ✓ Tienden a minimizar los riesgos de mercado para el sector privado porque el gobierno es el único cliente, lo que reduce los riesgos de una demanda insuficiente y de la disminución de la capacidad de pago. En general, se ha podido establecer que los operadores privados tienden a evitar los contratos de construcción, operación y transferencia en los que el gobierno se muestra reacio a proporcionar garantías de reembolso al sector privado.
- ✓ El modelo se ha usado para construir nuevas plantas de energía en muchos países en desarrollo.



Las principales debilidades que la literatura especializada suele mencionar en relación con este tipo de contratos son las siguientes:

- ✓ Los contratos tipo BOT y DBFT por lo general solo involucran una parte del sistema, lo que limita la posibilidad del actor privado de optimizar el uso eficiente de los recursos en todo el sistema. Sin embargo, estas modalidades pueden proporcionar una plataforma para aumentar la capacidad total de manejo de las instalaciones de infraestructura.
- ✓ Si bien los contratos tipo BOT y DBFT proporcionan algunos incentivos para mejorar los niveles de eficiencia —debido a la competencia ex ante que libran las empresas privadas en la adjudicación de los contratos—, su extensión y complejidad pueden reducir los efectos positivos de la competencia inicial. Por ejemplo, muchos contratos de este tipo se renegocian durante su aplicación y vigencia, lo que se hace bajo el formato de una negociación directa y sin posibilidad de restablecer las condiciones de competencia ex ante de la adjudicación del contrato que se renegocia.
- ✓ El riesgo de un comprador único afecta el costo de capital (Guasch, 2005). En general, las deudas se garantizan por el valor del contrato para la prestación de los servicios y no por el valor de los activos que estén en poder del operador. Por lo tanto, la estimación del riesgo crediticio del proyecto que realicen las entidades que facilitan el capital se basará en dos elementos: la solvencia del comprador final y los términos del contrato que se refieren al pago. En consecuencia, esta modalidad de asociación público-privada resulta de difícil aplicación cuando los gobiernos no son solventes o tienen dificultades para financiar las inversiones asociadas a una demanda creciente de servicios de infraestructura.

En México, Bajo este rubro se encuentran los esquemas conocidos como PIDIREGAS (proyectos de inversión con diferimiento en el registro del gasto) que se han utilizado en el sector energía bajo diversas modalidades, entre ellas la obra pública financiada, los contratos llave en mano, los contratos de construcción-arrendamiento-transferencia, los contratos de compra-venta de capacidad y energía con productores independientes y los contratos de servicios múltiples. También podemos agrupar en este género a los contratos



de prestación de servicios de largo plazo para plantas de tratamiento de agua y a los proyectos para prestación de servicios (“PPS”), que también utilizan la figura de contratos de prestación de servicios de largo plazo pero se encuentran sujetos a una serie de reglas que aseguran una mayor transferencia de riesgos al sector privado y la posibilidad de que las inversiones realizadas no sean consideradas como deuda pública.

En algunos países se utiliza la figura de la concesión para instrumentar esta modalidad de APP ya que en esos países la concesión es una forma de contratación. En México, la figura de la concesión solamente resulta adecuada si, y sólo si, el proyecto de que se trate genera una fuente de ingresos capaz de retribuir económicamente al concesionario, lo cual difícilmente puede ocurrir tratándose de proyectos de infraestructura o servicios de contenido social, o bien, si el Estado aporta ciertos bienes o servicios para que esa fuente de ingresos sea suficiente para retribuir al concesionario.

En el ámbito federal esta clase de Asociaciones Público Privadas han sido ejecutadas con fundamento en las disposiciones de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, a pesar de que este ordenamiento no fue diseñado para regular esta clase de asociaciones. Algunas leyes en materias específicas establecen reglas especiales para cierto tipo de contrataciones integrales, como es el caso de la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica en el que se regulan los contratos para la adquisición de capacidad y energía eléctrica generada por particulares.

A nivel estatal y municipal la experiencia ha sido muy variada. En algunas entidades federativas se han realizado reformas integrales para incorporar el esquema PPS en su marco constitucional y legal, en otras las reformas han sido mínimas, y en algunas otras las reformas se encuentran siendo analizadas.

Tal como veremos en el siguiente capítulo los PPS constituyen la forma más conocida de contratación integral y no son sino la versión mexicana de la PFI británica (Iniciativa de Financiamiento Privado). Su reciente adopción en el ámbito estatal y municipal en la gran mayoría de las entidades federativas de la República ha detonado un nuevo potencial para



aprovechar la capacidad y recursos del sector privado en la generación de infraestructura y servicios públicos.

8.2.- Concesiones.

En el régimen de concesiones, el gobierno entrega al agente privado (denominado operador o concesionario) plena responsabilidad para prestar los servicios en un área específica, incluidas todas las actividades relacionadas, como el mantenimiento de la infraestructura, el cobro de la prestación del servicio y la administración de las instalaciones. El operador o concesionario también es responsable de cualquier inversión de capital necesario para construir, mejorar o expandir el sistema. Por su parte, el sector público asume la responsabilidad de establecer los estándares de rendimiento y de asegurar que el operador o concesionario los cumpla a cabalidad.

En esencia, el sector público pasa de la condición de proveedor del servicio a la de regulador. El gobierno, como titular de la propiedad de los activos de infraestructura cedidos en concesión, debe fijar las tarifa y los mecanismos de reajuste, además de ejercer un estricto control sobre la prestación, especialmente sobre los estándares de rendimiento que se hayan establecido. Tal desempeño regulatorio, además de la supervisión y fiscalización, es imprescindible en el caso de los bienes públicos y cuando sus sistemas de abastecimiento son monopolios naturales, debido al impacto negativo sobre la competitividad que generarían las prácticas conducentes a la obtención de ganancias extraordinarias derivadas de la condición de monopolio, como el abuso tarifario o el deterioro de la calidad de los servicios prestados.

Los activos fijos de infraestructura son confiados al operador o concesionario durante el período del contrato, pero siguen siendo propiedad del Estado, lo que implica que persiste la responsabilidad del gobierno de cautelar el cumplimiento de los acuerdos establecidos en el contrato en lo que respecta a la ejecución de tareas de habilitación, conservación y mejora de la infraestructura cedida en concesión, y a las inversiones comprometidas. Esto requiere que los países adopten las medidas necesarias para



crear la correspondiente institucionalidad regulatoria antes de implementar los contratos de concesión.

En este contexto, resulta necesario precisar los términos involucrados en la definición del diseño de una concesión y del marco regulatorio que la debería contener, dos conceptos que están relacionados y que dan lugar a la existencia de áreas grises donde una cuestión específica puede considerarse parte del diseño de la concesión o del marco regulatorio.

Siguiendo a Guasch ⁵, entenderemos por diseño de la concesión “el proceso de adjudicación, los criterios de adjudicación, los requisitos de precalificación, las restricciones de la titularidad, temas relacionados con ajuste de la mano de obra, obligaciones de la inversión versus objetivos de resultado, garantías, duración de la concesión, cláusulas de rescisión y normas de compensación, cláusulas de contingencias, garantías de cumplimiento, mecanismo de resolución de conflictos y estructura de apelaciones, asignación de riesgos, entre otros factores a considerar”. A la vez, el marco regulador incluye “la elección de un régimen regulador (tasa de retorno versus precios máximos), estructura de tarifas, procedimientos y disparadores de ajustes de tarifas, revisiones de tarifas ordinarias y extraordinarias, evaluación de los activos, asignación de costos, base de capital, niveles de calidad de servicio, requisitos de información, contabilidad reguladora, instrumentos reguladores, tasas y penalizaciones, derechos del consumidor, servicios que deben ser regulados y todo lo que se relacione con la estructura, organización y procedimientos de la agencia reguladora”.

En la literatura especializada existe una corriente de pensamiento que sostiene que el carácter de propiedad pública conservado por la infraestructura y las demás instalaciones cedidas en el régimen de concesión determina que el principal activo del concesionario es el derecho a los ingresos generados por el cobro realizado a los usuarios por la prestación del servicio durante el período de la concesión, de lo que se concluye que dichos ingresos son el único activo que un operador puede usar como

⁵ Guasch, José Luis, *Concesiones en Infraestructura: Como hacerlo bien*, Barcelona, Antoni Bosch y The World Bank, 2005.



garantía para pedir un crédito, puesto que otros activos, como la experiencia de negocios, el prestigio empresarial y similares, no son ponderados de la misma manera por las entidades crediticias.

Aduciendo que el valor de ese activo es, sin embargo, incierto, debido a las variaciones naturales de la demanda y las tarifas, y a la posibilidad de que el gobierno disponga un término anticipado del contrato, estos analistas sostienen que, en caso de término anticipado del contrato, los acreedores del operador no tienen derecho sobre los ingresos que se generen en el período que no se cumplió por el término anticipado del contrato, lo que incrementa los costos de capital y dificulta el financiamiento de los proyectos. Dichas implicancias financieras han sido expuestas como debilidades inherentes al modelo de concesiones, lo que dio lugar a la elaboración de medidas cautelares a ser adoptadas por la entidad licitante o la autoridad contratante. Esto ha implicado la adopción de cláusulas que permiten enfrentar situaciones que podrían ocurrir en el tiempo y que pueden afectar al titular de la concesión, entre ellas la de facilitar el cambio de nominación del deudor en caso de producirse un cambio en la titularidad de la ejecución del proyecto.

De esta manera, en términos generales, el operador privado es responsable del capital y de los costos de operación, incluida la infraestructura, la energía, las materias primas y las reparaciones, mientras dure el contrato. A su vez, cobra directamente a los usuarios del sistema una tarifa que, en general, se encuentra establecida en el contrato de concesión, lo mismo que los mecanismos de reajuste.

Las concesiones usualmente se entregan por un período de 15 años o más. La duración depende de los requerimientos del contrato y del tiempo demandado por el concesionario para recuperar los costos.

Aunque el plazo de vigencia de una concesión tiende a reflejar el número de años que los inversionistas requieren para recuperar el capital invertido, hay que considerar que no siempre es posible establecer con precisión la extensión del contrato que garantice la amortización total de la inversión. En estos casos, los gobiernos han debido prorrogar el período de la concesión, o crear un mecanismo compensatorio a favor del operador privado



que le permita completar la amortización. En algunas ocasiones, el gobierno puede proporcionar apoyo financiero de soporte para garantizar al concesionario la recuperación de los gastos de capital al final del contrato⁶.

Como mecanismo de asociación público-privada, las concesiones se han aplicado de preferencia para la rehabilitación y mejora de las vías de transporte carretero y las autopistas urbanas, aunque no son privativas de la infraestructura de transporte. En el área de manejo de residuos sólidos, por ejemplo, el gobierno puede entregar una concesión para construir y manejar una planta de reciclaje o de producción de energía a partir de residuos. Asimismo, en el sector del agua, una concesión podría abarcar la prestación completa de servicios de saneamiento y de provisión de agua potable para un área geográfica determinada. En varios países, la mayor parte de las concesiones en la industria del saneamiento se realizaron en la capital o a nivel nacional.

Para la mayoría de los autores consultados (Fernández, 1998; Guasch,; Lucioni, 2004; Millán y Rotaecche, 2004; Mecanismo consultivo sobre infraestructuras públicas y privadas del Banco Mundial, 2006), las concesiones constituyen una alternativa conveniente de asociación público-privada en la medida en que:

6 Sobre este asunto, algunos especialistas han señalado que los servicios de infraestructura requieren inversiones continuas que no pueden preverse con décadas de anticipación y que las inversiones casi siempre deben hacerse hacia el final del contrato, por lo que no llegan a amortizarse antes de que este termine. Sin embargo, esta última afirmación es discutible, en tanto anula una de las características más importantes de la concesión como mecanismo de asociación público-privada e instrumento que permite sustituir las fuentes públicas de financiamiento para desarrollar la infraestructura. ¿Cuál sería el beneficio para un país si su gobierno cediera la explotación de los activos más rentables de su infraestructura física por un largo período, de al menos 15 años, a cambio de compromisos de inversión hacia finales del contrato de concesión, debiendo asumir, en el transcurso, los costos derivados de la pérdida de competitividad que ocasiona la prestación de servicios sustentada en una infraestructura que acentúa su deterioro, que no da lugar a mejoras y que no introduce nuevas tecnologías? Dicho en otros términos, ¿cuál sería el beneficio para un país de posponer, por una cantidad importante de años, la ejecución de uno o más proyectos y entregar la recaudación de las tarifas pagadas por los usuarios durante el mismo período, asociadas a dichos proyectos, a la espera de que el operador reúna los recursos necesarios, o una parte importante de ellos, para sustentar el desarrollo de la infraestructura definido en la concesión licitada?. En este sentido, la definición de un cronograma de inversiones y su evaluación por objetivos de resultados es un aspecto clave del diseño de la concesión, así como también lo es la supervisión y fiscalización de su cumplimiento por parte de las autoridades correspondientes.



- ✓ Son una manera efectiva de obtener recursos privados para la construcción de nuevas instalaciones de infraestructura o para la renovación de las instalaciones ya existentes, y permiten la participación privada en sectores en los que la titularidad privada está vedada, ya sea por razones constitucionales, legales o de sensibilidad política.
- ✓ Permiten desarrollar niveles de competencia (ex ante) en áreas de negocios que son, en muchos casos, monopolios naturales o productoras de servicios de difícil sustitución, generando ganancias de eficiencia que pueden transferirse a los demás agentes económicos. La competencia ex ante debería disipar las rentas monopólicas, asegurando que se elija al operador más eficiente, lo que debe ser cautelado por las autoridades sectoriales y regulatorias.
- ✓ La combinación de responsabilidad para inversiones y operaciones da al agente privado mayores incentivos para tomar decisiones de inversión eficientes y desarrollar soluciones tecnológicas innovadoras, debido a que cualquier ganancia en eficiencia aumentará directamente las utilidades. En muchos países, las concesiones han sido exitosas en lo que respecta a la mejora y reducción del costo de prestación de los servicios.
- ✓ Están menos propensas a la interferencia política que los servicios públicos administrados directamente por el gobierno central, debido a que el operador trasciende los cambios en las instituciones políticas.

De todos modos, también existe un conjunto de factores que restan puntos a su aplicación y que fueron advertidos en su oportunidad primero por Fernández (1998) y después por Guasch (2003), entre otros autores:

- ✓ Las concesiones a gran escala pueden ser políticamente controvertidas y difíciles de organizar. Muchas veces, ocurren fallas en cuanto al diálogo necesario y a la planificación conjunta con una amplia gama de partes afectadas antes de entablar compromisos contractuales de licitación.
- ✓ Existe cierta dificultad para ejecutar efectivamente un contrato de largo plazo y limitar los incentivos para renegociar los términos del contrato original. Aunque en los contratos se especifican pautas de desempeño, mecanismos de



ajuste de precios y estándares de servicio, los gobiernos deben supervisar su implementación, lo que, a menudo, requiere que amplíen de manera significativa su capacidad reguladora.

- ✓ Cuando existen múltiples objetivos, es necesario contar con un complejo diseño de sistemas de supervisión y fiscalización.
- ✓ Hay una falta de incentivos de inversión en el tramo final del período de la concesión.
- ✓ Es imposible abarcar todas las contingencias que pueden suscitarse y es difícil establecer marcos de licitación y contratos para concesiones que pueden evolucionar durante un período de 25 años o más. Nadie puede predecir, con la precisión estipulada en las especificaciones de las licitaciones convocadas, la manera más eficiente y efectiva de proporcionar el servicio deseado durante ese período de tiempo. Por esta razón, se han explorado diversos mecanismos para hacer frente a esta debilidad: desde hacer que las empresas licitantes ofrezcan una suma total de la inversión que desean realizar sobre la base de una tarifa predeterminada —sin especificar cómo se distribuirá la inversión total—, hasta establecer provisiones contractuales para revisiones de programas de inversión de capital durante el desarrollo del contrato.
- ✓ Algunos autores argumentan que los beneficios de la competencia se limitan en el mercado de las concesiones, debido a que solo un pequeño número de empresas Internacionales puede garantizar el cumplimiento de algunas exigencias dispuestas en las bases de la licitación de las concesiones en determinado ramo. Además, una vez adjudicada la licitación se crea de facto un monopolio que protege al concesionario durante las renegociaciones del contrato.

En México las APP también pueden formalizarse a través del otorgamiento de una concesión que autorice o faculte a la entidad privada para prestar directamente un servicio público, explotar directamente un bien del dominio público o realizar ambas actividades conjuntamente, o bien, mediante la expedición de un permiso, autorización o licencia que faculte a una entidad privada para realizar ciertas actividades que por su importancia compete regular al Estado.



El régimen de concesiones ha sido utilizado en México por muchos años y constituye una herencia importante del sistema jurídico francés, español y romano. A diferencia de otros países, el régimen de concesiones no es un esquema novedoso en México. En algunos países la figura de la concesión es considerada como una modalidad de contratación pública pero en México es considerada como un acto unilateral del Estado y se encuentra sujeto a un régimen especial y a reglas exorbitantes del derecho civil.

A través de este esquema de APP, el Estado puede delegar o facultar a una persona o empresa privada para que se encargue de desarrollar o proveer cierta infraestructura o servicios, mediante la expedición u otorgamiento de la concesión, el permiso, la licencia o la autorización, misma que establecerá los términos y condiciones bajo los cuales la persona o empresa privada podrá desarrollar o proveer el servicio o infraestructura. De esta manera el Estado conserva la facultad de dirigir y supervisar la actividad que la persona o empresa privada realizará por su cuenta y riesgo.

Las leyes que regulan esta clase de APP también son numerosas y entre ellas se encuentran la Ley General de Bienes Nacionales; las leyes que regulan la explotación de bienes del dominio público y la prestación de servicios públicos en las distintas entidades federativas; una extensa gama de leyes federales en materias específicas como la Ley de Aguas Nacionales, la Ley Minera, la Ley del Servicio Público de Energía Eléctrica, la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Petróleo, la Ley Aduanera, la Ley de Aeropuertos, la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal, la Ley de Puertos, la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, la Ley Federal de Telecomunicaciones, la Ley Federal de Radio y Televisión, la Ley de Vías Generales de Comunicación, la Ley de Pesca, la Ley General de Salud, y la Ley Federal de Seguridad Privada; y, una gama aún mayor de leyes estatales y municipales en materias específicas.

8.3.- Empresas de propiedad conjunta.

Las Asociaciones Público Privadas de capital mixto o empresa de propiedad conjunta (joint venture) involucran al gobierno y a empresas privadas que asumen la corresponsabilidad de la prestación de los servicios.



Bajo un acuerdo del tipo empresa de propiedad conjunta, los socios del sector público y privado pueden invertir en una empresa nueva o asumir la propiedad conjunta de una empresa existente (por ejemplo, el sector público vende al sector privado acciones de una empresa municipal que presta servicios en las áreas de agua o manejo de residuos). En cualquiera de los casos, es fundamental que la empresa sea independiente de la entidad pública local. A menudo, las empresas de propiedad conjunta se usan en combinación con otros tipos de asociaciones público-privadas.

Por ejemplo, el gobierno puede entregar un contrato de servicio, un contrato de construcción, operación y transferencia, o una concesión a la empresa de capital mixto recientemente establecida, para la prestación de servicios de infraestructura.

Las empresas de propiedad conjunta proporcionan un vehículo para “verdaderas” asociaciones público-privadas en que los gobiernos, las empresas, las organizaciones no gubernamentales y otros agentes puedan concentrar sus recursos y generar ingresos compartidos, resolviendo problemas de servicios de infraestructura. Bajo esta modalidad, el gobierno es el regulador final, pero también un accionista activo en el manejo de la empresa. Desde esta posición, puede compartir las utilidades con la empresa operadora. El socio del sector privado suele tener la responsabilidad primaria de realizar operaciones diarias de administración.

En las empresas constituidas bajo el formato de empresa de propiedad conjunta, los socios del sector público y privado deben trabajar juntos desde las primeras etapas, formando, a menudo, una figura institucional (a veces llamada “empresa de pantalla”) o una entidad de desarrollo del proyecto, que tendrá vigencia durante las fases iniciales de desarrollo y preinversión. Esta figura proporciona una plataforma para el diálogo directo de colaboración entre los agentes públicos y privados conforme avanza el desarrollo del proyecto en su totalidad. En el caso de algunos proyectos, se han formado empresas capitalizadas de propiedad conjunta con el propósito de trabajar en el proyecto solo durante la fase inicial.



Bajo el modelo de asociación público-privada que representan las empresas de propiedad conjunta, tanto los socios del sector público como los del sector privado deben contribuir con el costo de los estudios de factibilidad del proyecto desde el inicio y estar preparados para invertir en la nueva empresa cuando se forme. Las asociaciones público-privadas de capital mixto requieren que ambas partes acepten la idea de riesgo y ganancia compartida. En otras palabras, cada uno debe hacer contribuciones cuantificables a lo largo del proyecto y del proceso de implementación. Lo óptimo es que la empresa sea financieramente independiente, pero, de ser necesario, el gobierno puede proporcionar subsidios a la empresa o a sus usuarios.

En los formatos del tipo de empresa de propiedad conjunta se pueden destacar los siguientes puntos fuertes:

Combinan las ventajas del sector privado (dinamismo, acceso a financiamiento, conocimiento de tecnologías, eficiencia gerencial, espíritu empresarial) con la responsabilidad social, la conciencia ambiental, el conocimiento local y la preocupación por la generación de empleo del sector público.

- ✓ En una empresa de propiedad conjunta, tanto los socios del sector público como interés en que la fusión tenga éxito. A menudo, esto permite manejar mejor los conflictos.
- ✓ La responsabilidad total por las inversiones y operaciones da a los socios del sector público y privado un gran incentivo para tomar decisiones eficientes y desarrollar soluciones tecnológicas, ya que cualquier ganancia en eficiencia aumentará directamente sus utilidades y permitirá una mayor expansión de los servicios.
- ✓ La participación de los socios del sector público y privado desde el inicio permite una mayor innovación y flexibilidad en la planificación del proyecto y ayuda a garantizar que tanto los socios públicos como los privados optimicen sus metas.
- ✓ La inversión temprana por parte de los socios del sector público y privado reduce los costos de transacción asociados con los procesos de licitación más



tradicionales, como, por ejemplo, los contratos de construcción, operación y transferencia, y las concesiones.

Esta modalidad también registra algunas debilidades que es necesario tener en cuenta:

- ✓ En muchos casos, los gobiernos locales son tanto accionistas como reguladores de las empresas de propiedad conjunta. Dependiendo de cómo se estructuren y desempeñen estas funciones, esto puede conducir a la instancia de gobierno local a un conflicto de intereses en el intento, por una parte, de mantener la responsabilidad de regulación pública, y por la otra, de facilitar el rendimiento en las ganancias para la empresa de propiedad conjunta.
- ✓ Las organizaciones del sector privado tienden a centrarse en el “límite” financiero, mientras que los gobiernos se centran en el proceso. Estas diferencias suelen manifestarse en los cronogramas que cada sector considera razonables y pueden crear problemas en la fase de desarrollo del proyecto.
- ✓ La participación económica temprana que se requiere de ambas partes no permite el uso de procedimientos de licitación pública y promueve la utilización de otros procedimientos, como la negociación directa. Esto puede ocasionar preocupación respecto de la transparencia, lo que podría afectar la aceptación social o la inversión adicional del sector privado.

Con base en lo expuestos, las APP pueden formalizarse a través de contratos de asociación en participación, contratos de fideicomiso o cualquier otro acuerdo de voluntades que tenga por objeto la consecución conjunta de un mismo fin y para lo cual se asignen recursos y responsabilidades para llevarlo a cabo sin que sea necesario crear una nueva persona moral, o bien, a través de contratos de asociación o sociedad, civil, mercantil o cooperativa, o incluso de leyes o decretos, que tengan por objeto constituir una nueva persona moral cuyo objeto sea realizar el fin deseado. En ambos casos estaremos en la presencia de una empresa de participación público-privada, tenga o no personalidad jurídica y, en caso de tenerla, tenga o no el carácter de entidad paraestatal según lo defina el marco legal aplicable.



En México las leyes que regulan esta clase de APP son numerosas y entre ellas se encuentran la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, la Ley Federal de Entidades Paraestatales, la Ley General de Sociedades Mercantiles, la Ley General de Sociedades Cooperativas, la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, la Ley Federal de Fomento a las Actividades Realizadas por Organizaciones de la Sociedad Civil, el Código de Comercio, el Código Civil Federal, las leyes orgánicas de la administración pública de las entidades federativas y sus municipios, las leyes de entidades paraestatales y paramunicipales en los estados, y los códigos civiles de las entidades federativas.

Esta clase de APP tuvo un importante desarrollo en México en la década de los años setentas y primera parte de los ochentas, pero actualmente es poco utilizado en México a pesar de que existe hoy en día una reciente tendencia en países europeos para aprovechar esta clase de esquemas. Es posible anticipar que este tipo de APP tiene mucho que ofrecer en México, al grado tal que hoy la Reforma Energética ya lo prevé a través de la figura del consorcio⁷.

8.4.- Contratación Tradicional

En México a diferencia de lo que sucede en el mundo existe otra forma en que pueden formalizarse las APP es a través de la celebración de contratos específicos mediante los cuales las entidades privadas se obliguen a realizar una actividad determinada como prestar algún servicio, proveer cierto equipo, suministrar determinado producto, arrendar bienes muebles o inmuebles, realizar una obra, restaurar un inmueble, llevar a cabo trabajos de exploración, etc. Es decir, a través de un contrato de obra pública, de arrendamiento, de adquisición o de servicios, los cuales constituyen la forma tradicional de contratación utilizada por el Estado.

La contratación tradicional es y hasta la fecha ha sido el esquema de APP que mejor se conoce y más se utiliza en México para poder aprovechar la capacidad y los recursos de los sectores social y privado. Sin embargo, esta categoría permite agrupar tanto a los esquemas

⁷ Ver artículos del Reglamento de la Ley de energía.



tradicionales de contratación como a los que, dependiendo del criterio que se adopte, puedan ser considerados como APP en sentido estricto a pesar de ser realizados a través de un contrato tradicional que adopta cierto grado de complejidad y transfiere mayores riesgos a la entidad privada.

La gran mayoría de los contratos que celebra el sector público con empresas privadas se lleva a cabo a través de estos esquemas de contratación pública que se encuentran regulados por dos instrumentos normativos que hace apenas dos décadas formaban parte de uno solo: la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios. El nombre que reciben estos ordenamientos a nivel federal y en las diversas entidades federativas varía considerablemente pero en todos los casos es posible identificarlos claramente. Ambos cuerpos normativos han sido objeto de múltiples reformas tanto a nivel federal como en los estados y el Distrito Federal, lo cual ha permitido que ambos esquemas de contratación pública evolucionen y se adapten mejor a las circunstancias particulares de México y de sus diversas regiones.

No obstante lo anterior, también existen leyes en materias específicas que prevén o establecen reglas especiales para cierto tipo de contrataciones⁸.

9.- Requisitos del Marco Jurídico de las Asociaciones Público Privadas.

La realización de proyectos bajo esquemas de Asociaciones Público Privadas requiere, entre otros elementos, contar con un marco jurídico suficientemente sólido⁹, que debe pretender el logro de dos objetivos principales:

- ✓ Otorgar a las partes suficientes certeza jurídica y seguridad jurídica; y
- ✓ La creación de las condiciones legales que permitan maximizar la gestión económica de la infraestructura y el valor por dinero de los recursos públicos aportados por el Gobierno a los proyectos Asociaciones Público Privadas.

⁸ Actualmente la Reforma Energética que se impuso en nuestro país en 2014 ya trata muchos esquemas que permiten las Asociaciones Público Privadas, va a ser interesante ver cómo se van estructurando estos esquemas a medida que se vaya madurando.

⁹ Pese a que la Ley de Asociaciones Público Privadas persiguió crear el marco jurídico suficiente para impulsar el desarrollo en México, considero que tal objeto no se ha logrado, muestra de ello es que a la fecha es un instrumento poco usado.



Para el logro de esos objetivos es necesario que el marco jurídico cumpla con las siguientes características mínimas:

- ✓ Eliminar barreras de entrada al sector privado en los sectores o proyectos que se pretendan desarrollar bajo esquemas de Asociaciones Público Privadas.
- ✓ Otorgar a la entidad pública contratante facultades claras para “participar” en la APP en una perspectiva de largo plazo, mediante fórmulas flexibles.
- ✓ Promover que el proceso de asignación del contrato Asociaciones Público Privadas sea transparente, competitivo y equitativo.
- ✓ Permitir la participación de empresas e inversión extranjeras.
- ✓ Asegurar que las obligaciones asumidas por las partes se cumplan y en caso contrario puedan ser legalmente obligadas a cumplir.
- ✓ Facilitar que los derechos adquiridos por las partes se puedan ejercer.
- ✓ Armonizar el funcionamiento de los derechos y las obligaciones de las partes dentro del régimen legal.
- ✓ Prever fórmulas de salida para el sector privado en caso de terminación anticipada de la Asociaciones Público Privadas bajo condiciones equitativas.
- ✓ Contemplar la real posibilidad del sector privado de acceder a la tierra, al financiamiento y a los permisos requeridos para la ejecución del proyecto APP.
- ✓ Construir una organización institucional capaz de conducir el proceso y un marco regulatorio apropiado.
- ✓ Proteger los derechos de los usuarios de la infraestructura o receptores de los servicios.

Es claro que el logro de estos objetivos conlleva no sólo la expedición de las disposiciones legales que lo hagan posible, sino que implica toda una evolución cultural, institucional, contractual y regulatoria que con el paso del tiempo consolide y actualice permanentemente las condiciones requeridas para atraer capital y cumplir con las finalidades que se pretenden con las Asociaciones Público Privadas en permanente evolución a nivel global.



10.- Factores de éxito de las Asociaciones Público Privadas.

La experiencia recabada a lo largo del tiempo en distintos sectores industriales y en los más diversos países permite identificar los factores de éxito para la realización de Asociaciones Público Privadas, lo cual incluye cosas que se deben hacer forzosamente, otras que es conveniente realizar y otras más que no deben hacerse, porque se sabe de los resultados negativos que producirán.

La mejor forma de agrupar dichos factores es como lo hace Francisco Treviño Moreno ¹⁰ tal como a continuación se enuncia en los siguientes apartados; esto no sin antes advertir que la ejecución de proyectos mediante esquemas Asociaciones Público Privadas implica gran complejidad y el manejo de factores que no siempre están bajo el control del promotor del proyecto.

10.1.- Aspectos Políticos, legales e institucionales.

Para lograr el éxito en este aspecto, las Asociaciones Público Privadas deben considerar los siguientes factores:

1. Políticas públicas claras y congruentes que apoyen y promuevan la participación del sector privado en el desarrollo de Asociaciones Público Privadas.
2. Apoyo político-administrativo a los programas de Asociaciones Público Privadas desde el más alto nivel del Poder Ejecutivo.
3. Apoyo o ausencia de oposición a los programas de Asociaciones Público Privadas por parte del Poder Legislativo.
4. Ausencia de barreras de entrada del sector privado para participar en Asociaciones Público Privadas.

10 Treviño Moreno Francisco Javier, La Nueva Ley de Asociaciones Publico Privadas, Editorial Porrúa, págs. 30 a 34, México, D.F. 2014.



5. Mecanismo de regulación del sector privado que asume la explotación de infraestructura o la prestación de servicios públicos mediante Asociaciones Público Privadas.
6. Ambiente de competencia económica en el sector de que se trate.
7. Base legal para la participación del sector privado en el sector.
8. Base legal que regule la participación del sector privado en la Asociaciones Público Privadas.
9. Facultades expresas de la entidad concedente o contratante para otorgar al sector privado el derecho a prestar servicios públicos y desarrollar infraestructura.
10. Existencia de un “líder” dentro del Gobierno capaz de ejercer el control necesario para la ejecución de los proyectos y coordinar la participación de la entidades públicas involucradas (generalmente la dependencia responsable en la materia, Hacienda y las agencias responsables de los aspectos ambientales, la adquisición de los predios y la emisión de los permisos correspondientes).
11. Estructura institucional capaz de conducir y supervisar los procesos de planeación, licitación, construcción, explotación y mantenimiento desde la perspectiva de los derechos y obligaciones del sector público, conforme a lo acordado en el contrato.
12. Interés del Gobierno y no sólo de la agencia responsable del sector en la realización del proyecto.
13. Marco legal sólido (sin dudas ni sospechas) aplicable al procedimiento de contratación y al proyecto mismo.
14. Equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes participantes en la Asociaciones Público Privadas.
15. Factibilidad real de obtención oportuna de los permisos y licencias requeridos para la realización de los proyectos.
16. Regulación apropiada de los casos de terminación anticipada del contrato por causas del Gobierno, por causas del inversionista privado, por caso fortuito o fuerza mayor y por expropiación.
17. Previsión de los efectos de cambios en la ley que afecten el desempeño del proyecto o los derechos adquiridos del concesionario.



18. Real posibilidad legal de que las partes podrán ejercer sus derechos y podrán obligar a la otra a cumplir sus obligaciones.
19. Regulación de la cesión de derechos de las partes sobre ciertas partes de la concesión o contrato.
20. El enfoque del diseño jurídico-financiero del esquema de ejecución del proyecto debe estar claramente orientado hacia el beneficio del usuario final de la infraestructura: protección de sus derechos.
21. Efectivo mecanismo de resolución de conflictos (mediación, conciliación y arbitraje).
22. Construcción de una relación entre el Gobierno y el Sector Privado basada en la confianza y en la certeza de que cada parte cumplirá oportunamente sus compromisos.

10.2.- Aspectos relacionados con la preparación y ejecución de los programas proyectos.

Al igual que lo enunciado en el punto anterior, los factores que determinan el éxito durante la preparación y ejecución de los programas, son aquellos que se refieren a lo siguiente:

1. Correcta selección de los proyectos y de la modalidad de ejecución.
2. Condiciones de transparencia y credibilidad en la ejecución de los procesos de adjudicación.
3. Aplicación de una metodología probada que asegure una correcta preparación de los proyectos.
4. Disponibilidad de recursos económicos para la contratación de los estudios necesarios, a empresas reconocidas para la correcta preparación de los proyectos.
5. Existencia de un equipo interdisciplinario interno flexible y con capacidad de reacción, capaz de conducir los procesos; y outsourcing especializado de apoyo en tareas específicas.
6. Negociaciones políticas previas entre agencias del Gobierno, poderes involucrados (Ejecutivo y Legislativo), niveles de Gobierno y posibles afectados.



7. Pertinencia de los objetivos buscados con la realización del proyecto como Asociaciones Público Privadas.
8. Análisis relativo a la solidez y viabilidad técnica del proyecto.
9. Análisis y evaluación del interés del mercado en participar en el proyecto y el grado de intensidad de participación deseado.
10. Verificación de la claridad, solidez y armonía del esquema de ejecución de los proyectos en sus aspectos técnicos, ambientales, sociales, jurídico y financieros.
11. Adecuada coordinación de las aras de Gobierno como Promotor, Desarrollador, Operador y Regulador que es en las Asociaciones Público Privadas.
12. Certeza razonable de terminación del Proyecto a tiempo y dentro del presupuesto.
13. Establecimiento de criterios de adjudicación no discrecionales.
14. Procedimiento regulado para proponer la realización de proyectos a iniciativa del sector privado.
15. Clara distribución de competencias entre las entidades gubernamentales participantes y los distintos niveles de Gobierno.
16. Identificación de las decisiones gubernamentales a tomar y programa de ejecución.
17. Definición de los tiempos y estructura del Proceso para la realización del Proyecto en todas sus etapas.
18. Establecimiento de requisitos de experiencia y capacidad técnica, económica y financiera para los participantes en los procesos de adjudicación de los proyectos.
19. Pliego de concurso claro y completo, que comprenda versiones finales o requisitos mínimos de documentos contractuales, fianzas y seguros.
20. Mecanismo de control para la selección de tecnología a ser utilizada en el proyecto.
21. Posibilidad legal de llevar a cabo cambios o ajustes al Proyecto por razones técnicas, económicas, ambientales, arqueológicas o sociales.
22. Prever responsabilidades en el caso de defectos en la construcción, materiales y suministros.



23. Establecer una clara diferencia del papel del constructor y el desarrollador del proyecto, sus derechos, obligaciones y el tiempo que permanecerán en el proyecto.
24. Establecimiento de indicadores de desempeño para el sector privado y penas por incumplimiento.
25. Existencias de espacios para el cambio y la innovación.
26. Previsión de un esquema de relaciones con la comunidad.

10.3.- Aspectos Técnicos - Financieros y de distribución de Riesgos.

En los aspectos técnicos, financieros y distribución de riesgos, los factores de éxitos en una Asociaciones Público Privadas son los siguientes:

1. Verificación de la viabilidad técnica, legal y económico-financiera del proyecto.
2. Confirmación de la “bancabilidad” del esquema y del modelo de negocios aplicado al proyecto.
3. Verificación mediante un procedimiento confiable de: la rentabilidad social del proyecto; la rentabilidad de los recursos públicos que se invertirán o “valor por dinero” que acredite que la Asociaciones Público Privadas generará ahorros de por lo menos el 10% comparado con formas tradicionales de contratación (proyecto público de referencia).
4. Disposiciones legales expresas que permitan al Gobierno aportar activos o dinero (mediante participación en la inversión inicial o con subvenciones a la operación) a la Asociaciones Público Privadas de que se trate, cuando los ingresos que genere el proyecto sean insuficientes.
5. Verificación de que la estructura de ejecución prevista realmente incorpora eficiencia económica a la gestión de la infraestructura y al valor del dinero de los recursos públicos aportados.
6. Revisión de que la Asociaciones Público Privadas cumple con requisitos de mercado para la participación del sector privado (rentabilidad).
7. Revisión de que la Asociaciones Público Privadas cumple con requisitos estándar para recibir crédito bancario.



8. Exigencia de una garantía de seriedad de las propuestas presentadas en la licitación.
9. Exigencia de una garantía de terminación de obra.
10. Exigencia de una garantía de operación.
11. Exigencia de una garantía de mantenimiento.
12. Exigencia de la contratación de pólizas de seguros contra los riesgos asegurables principales y con las coberturas apropiadas.
13. Balance adecuado entre riesgos asumidos y rendimiento otorgado al capital de riesgo invertido.
14. Real posibilidad de incorporar valor agregado al proyecto por parte del sector privado con un traslado efectivo de riesgos.
15. Clara identificación de la fuente de repago del proyecto e idoneidad de la misma.
16. Verificación del equilibrio entre la demanda esperada del servicio asociado al proyecto, los ingresos que generará y los compromisos de pago (evitar sobre apalancamiento).
17. Regulación de precios y tarifas que otorgue certeza y transparencia, suficiente seguridad jurídica a los acreedores y participantes y proteja el interés de los usuarios.
18. Estructura financiera deuda-capital.
19. Financiamiento disponible para cubrir eventuales sobrecostos en la etapa de construcción.
20. Competitiva estructura fiscal del proyecto, comparado con estándares internacionales y con otros sectores dentro del país.
21. Razonabilidad del riesgo cambiario.
22. Base legal para la repatriación de dividendos y capital en el caso de inversiones extranjeras.
23. Reconocimiento expreso de los derechos de los acreedores que portan financiamiento al proyecto (step in rights).
24. Disponibilidad de tiempo suficiente para la gestión de los créditos y el cierre financiero.
25. Mecanismo confiable para el desembolso de créditos, capital de riesgo y recursos públicos.



26. Mecanismos confiables de supervisión del uso de los recursos, de los avances de construcción, de la calidad de la construcción, del mantenimiento y de la operación.
27. Mecanismo confiable de análisis, valuación, distribución y administración de riesgos y de esquemas de contingencia en caso de materialización de los riesgos.
28. Certeza razonable de la confiabilidad del precio del contrato de construcción conforme a los estándares y calidad esperada y las condiciones del mercado.
29. Exclusión del Estado de responsabilidades laborales relacionadas con la ejecución.
30. Previsión de retrasos razonables en el inicio de operación.
31. Previsión de la inflación en el desempeño económico.
32. Regulación apropiada del pago del servicio de la deuda.
33. Obtención de financiamiento a plazos acordes con los procesos de maduración.

