

NOTAS SOBRE LOS ALCANCES DE LA LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN MÉXICO.

Mtro. Roberto Zavala Chavero.

Marzo 2015.

Asociaciones Público Privadas
Contratación Pública
Controversias
Servicios
Responsabilidades
Obras Públicas **Servicios**
Responsabilidades
Asociaciones Público Privadas
Adquisiciones
Transparencia
Arrendamientos
Controversias
Arrendamientos
Contratación Pública
Obras Públicas

NOTAS SOBRE LOS ALCANCES DE LA LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN MÉXICO.

1.- Génesis de la Ley de Asociaciones Público Privadas.- 2.- Objeto de la Ley de Asociaciones Público Privadas.- 3.- Definición Legal de las Asociaciones Público Privadas.- 4.- Breves notas del contenido de la Ley de Asociaciones Público Privadas.- 5.- Interpretación y Aplicación de la Ley de Asociaciones Público Privadas.- 6.- Ámbitos de Vigencia de la Ley de Asociaciones Público Privadas.- 7.- Requisitos para llevar las Asociaciones Público Privadas.

En México, cita Francisco Javier Treviño Moreno¹, el código Mexica aludía a la construcción y conservación de los caminos en cuyos trabajos todos los habitantes, salvo los guerreros, magistrados y otros dignatarios, estaban obligados a participar, constituyendo así un antecedente remoto de las Asociaciones Público Privadas mexicanas. Así pues, muchos proyectos de prestación de servicios públicos y de construcción de infraestructura se han hecho en el país a lo largo de su historia mediante colaboraciones público-privadas, por lo que su presencia tiene profundas raíces en nuestro país.

México fue el primer país de América Latina en usar esquemas Asociaciones Público Privadas en infraestructura, ya que a fines de la década de los 80, fueron realizados tres proyectos de ensayo que tuvieron éxito.

En México, el marco normativo aplicable a las Asociaciones Público Privadas, se caracterizaba por una amplia variedad de ordenamientos de distinta categoría normativa que regulan materias en las que el sector privado participaba con diferentes grados de intensidad y responsabilidad dando por resultado la ejecución de centenas de proyectos con participación privada que han transformado el entorno, produciendo en ocasiones la sensación de que dichos proyectos han estado ahí desde siempre.

En este contexto antes de la promulgación de la Ley de Asociaciones Público Privadas, en nuestro país era común desarrollar proyectos de prestación de servicios públicos, incluyendo infraestructura asociada, en los diversos sectores de los órdenes de gobiernos, utilizando

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

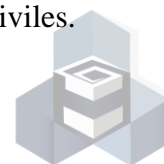


para ello diversas leyes u ordenamientos que no estaban diseñadas para ello como son entre otras las siguientes:

- ✓ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Prestaciones de Servicios del Sector Público.
- ✓ Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas
- ✓ Ley de Aeropuertos.
- ✓ Ley de Aguas Nacionales.
- ✓ Ley de Ciencia y Tecnología.
- ✓ Ley de Minería.
- ✓ Ley de Petróleos Mexicanos.
- ✓ Ley de Puertos.
- ✓ Ley de Aviación Civil.
- ✓ Ley Federal de Telecomunicaciones.
- ✓ Ley de Vías Generales de Comunicación.
- ✓ Ley de Vivienda.
- ✓ Ley General de infraestructura Física Educativa.
- ✓ Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal.
- ✓ Ley Federal de Radio y Televisión.
- ✓ Ley sobre Monumentos y Zonas Arqueológicas.
- ✓ Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario.
- ✓ Ley de Seguridad Nacional.

1.- Génesis de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

El 5 de noviembre de 2009, el Presidente de la República, en ejercicio de sus facultades constitucionales, remitió al Congreso de Unión, la iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley de Asociaciones Público Privadas, y se reforman, adicional y derogan diversas disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios relacionados con las mismas; Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; Ley de Expropiación; Ley Agraria; Ley General de Bienes Nacionales y Código Federal de Procedimientos Civiles.



A través de esta iniciativa², se planteó la necesidad de contar con un marco jurídico que regulara la contratación entre instancias del sector público y el sector privado aplicada en materia de infraestructura y prestación de servicios, otorgando con ello distintos beneficios a los esquemas que pretenden establecer una relación contractual de proyectos a largo plazo necesario para impulsar la inversión y el financiamiento privado en proyectos que sean socialmente rentables y financieramente viables.

Esta iniciativa partió de la necesidad de crear un instrumento que permita unir esfuerzos del sector público (en sus tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal) con integrantes de los sectores social y privado interesados en prestar servicios públicos y desarrollar proyectos de infraestructura para satisfacer necesidades de la colectividad mediante la transferencia equitativa de riesgos a través de mecanismos flexibles y que se traducen en una gran variedad de modalidades según las necesidades de cada proyecto. Esto redundaría en la creación de incentivos para destinar mayores recursos privados a proyectos públicos.

Este ordenamiento pretendió incorporar la experiencia acumulada en el ámbito nacional e internacional en los últimos años, con el objeto de regular los esquemas en los que existe una participación conjunta de los sectores público y privado en el desarrollo de infraestructura y la prestación de servicios diversos a la contratación tradicional de obra pública y de servicios relacionados con esta última.

Tres fueron los instrumentos que pretendió regula esta Ley:

- ✓ La propia Ley de Asociaciones Público Privadas y su funcionamiento.
- ✓ El contrato que celebre el sector público con el sector privado.
- ✓ Las concesiones, permisos y autorizaciones que, en su caso, sea necesario otorgar para la prestación de servicios contratados o la construcción de la infraestructura asociada.

2 Ver exposición de motivos en la siguiente página electrónica:
http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2009/11/asun_2605820_20091110_1257869060.pdf



Así pues, el proyecto propuesto regularía la preparación de los proyectos el tratamiento de proyectos no solicitados que el sector privado proponga al sector público; el concurso y adjudicación de los proyectos; la adquisición de los bienes necesarios y los requisitos que deben cumplir los contratos, permisos, autorizaciones y concesiones necesarios para cada proyecto en particular.

Por su parte, el contrato que celebre el sector público con el sector privado tendría por objeto los servicios a ser proporcionados por el particular con sus especificaciones, términos y condiciones. También sería objeto del contrato establecer las contraprestaciones a favor de los particulares por los servicios prestados e identificar con precisión los riesgos que cada una de las partes asumirá en el desarrollo de cada proyecto.

En aquellos proyectos que requieran concesión, permiso o autorización por parte de la dependencia o entidad responsable, se deberá celebrar el contrato respectivo y además otorgar la concesión, la autorización o el permiso de que se trate. El contrato debería de contener todas las cláusulas para regular la relación convencional entre las partes y para su modificación se requerirá el acuerdo de ambas partes. La concesión se refería a las condiciones mínimas que establezcan la dependencia concedente para la prestación de los servicios de que se trate o el uso de bienes de dominio público y el contrato regulará el resto de la relación contractual.

En resumen dicho proyecto de Ley de Asociaciones Público Privadas pretendió aportar una mejora sustancial en la certeza y seguridad jurídica tanto a las empresas como a las dependencias contratantes y los funcionarios que las representan para modernizar, simplificar y mejorar los procedimientos de contratación pública para el desarrollo e innovación de infraestructura por contar con un marco legal más sólido y homogéneo para determinar la conveniencia de realizar un proyecto bajo un esquema de Asociaciones Público Privadas, así como para regular su preparación, construcción y operación. Esto es, en una sola ley especial se regula el proceso en su integridad.



Bajo el proyecto los esquemas de Asociaciones Público Privadas serían opcionales, ya que las dependencias y entidades podrían optar por seguir aplicando los ordenamientos que les han permitido a la fecha desarrollar sus proyectos o la nueva Ley.

Al decir de diversos autores y especialistas³, el proyecto de Ley de Asociaciones Público Privadas representaría un instrumento con mejores esquemas para la ejecución de nuevos proyectos en los más diversos sectores con lo cual se atraerán mayores inversiones a México, contribuyendo al desarrollo económico de entidades federativas, municipios y regiones, incrementando su productividad y competitividad con la construcción de nueva infraestructura.

Por otra parte, de acuerdo con lo dispuesto en el dictamen técnico de Senado de la Republica en México, mediante el cual se aceptó la iniciativa de la Ley de Asociaciones Público Privadas⁴ con ella se buscaba que con dicho instrumento se lograra: i.- la participación conjunta del sector público y el sector privado; ii.- la transferencia equitativa de riesgos; iii.- la celebración de un contrato para recibir del sector privado la prestación de un servicio sin que el Estado adquiriera activos fijo, y iv.- propiciar mayor seguridad y certeza jurídicas de los particulares interesados y los servidores públicos que intervengan en el desarrollo de estos proyectos.

2.- Objeto de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

El 16 de enero de 2012, fue publicado en el Diario Oficial el Decreto por el que se expidió la Ley de Asociaciones Público Privadas y en donde también se reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de otras leyes con las que anteriormente se desarrollaba la contratación pública. Esta Ley aparecen como una alternativa adicional a la contratación tradicional, que se realiza conforme a las leyes de Obras Públicas y Servicios Relacionados

3 Cuando estaba en discusión el proyecto de Ley, en la sociedad Mexicana se desarrollaron diversos coloquios y seminarios en donde especialistas nacionales e internacionales, manifestaban la necesidad de que dicho proyecto se aprobara ya que con ello se fomentaría el desarrollo de la infraestructura de nuestro país, elogiando su contenido. Tristemente tales comentarios quedaron sin sustento, si consideramos lo acontecido hasta este momento con dicha Ley.

4 Dictamen técnico del Senado de la República Mexicana para decretar procedente la Iniciativa de Ley de Asociaciones Público Privadas del 26-Abr-2010.



con las Mismas y de Adquisiciones y de Arrendamientos y Servicios del Sector Público, cuyo objeto es crear esquemas de participación público-privada mediante en los cuales el sector privado, no solo aproveche las oportunidades de inversión en infraestructura sino se sume a la prestación de servicios al sector público o al usuario final y asimismo permitir que el sector público cumpla con su responsabilidad en la prestación de servicios de calidad a la población.

Así pues, el objeto de la Ley de Asociaciones Público Privadas es regular los esquemas para el desarrollo de proyectos de Asociaciones Público Privadas respetando los principios que establecen los artículos 25 y 134 de la Constitución, de tal forma que en su formación la Ley es más descriptora de procedimientos que de aspectos sustantivos; esto es: el objeto sustantivo de tal Ley está de los principios que derivan de los artículos Constitucionales mencionados, ya que en su propia concepción se formuló como una Ley Formal.

2.1.- Principios que derivan del artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

De acuerdo con el artículo 25 de la Constitución, corresponde al Estado la rectoría del desarrollo social a efecto de garantizar que éste sea integral, fortalezca la soberanía de la Nación y su régimen democrático mediante el fomento del crecimiento económico, el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permitiendo el ejercicio pleno de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales cuya seguridad protege a la Constitución.

De esta forma, el precepto mencionado orienta el ejercicio de dicha facultad del Estado –la de rectoría del desarrollo nacional– para que atienda a los valores políticos sobre los que se funda nuestra Constitución: soberanía de la Nación en sus aspectos interno y externo, régimen democrático, justicia social y libertades garantizadas por la Constitución. Principios todos ellos que deben ser considerados en la implementación de proyectos Asociaciones Público Privadas.



Así pues, para los efectos de nuestro estudio, el texto constitucional define principios y reglas sobre el sistema de economía mixta que postula la Constitución en el que los sectores público, privado y social deben concurrir con responsabilidad social. Este principio es la esencia misma de las Asociaciones Público Privadas por lo que es posible concluir que ellas vienen a ser una materialización moderna de los principios de concurrencia y responsabilidad social mencionados⁵.

En este contexto, la ejecución de proyectos Asociaciones Público Privadas se ve necesariamente alimentada por estos principios de cuya adecuada estructuración depende en gran medida la obtención de los resultados esperados.

En este contexto la rectoría del Estado no sólo corresponde al Poder Ejecutivo, ya que en ella también participan dentro del campo de sus respectivas atribuciones los tres órdenes de gobierno, por lo que la Ley de Asociaciones Público Privadas, prevé su eventual aplicación a proyectos estatales o municipales.

Esta invitación a participar en el desarrollo que la Constitución formula al sector social y privado es sin perjuicio de las responsabilidades indeclinables del Estado entre las que destacan:

- ✓ El cuidado del equilibrio macroeconómico, indispensable para propiciar el crecimiento sostenido y equilibrado de la economía.
- ✓ El impulso y orientación del desarrollo a mediano y largo plazos.
- ✓ La justa distribución del ingreso que no es posible obtener exclusivamente a través de los mecanismos del mercado.
- ✓ Las grandes obras de infraestructura.
- ✓ El arbitraje de los conflictos sociales.
- ✓ El desarrollo sustentable que atiende con mayor énfasis el medio ambiente.
- ✓ El cuidado de los recursos naturales.

⁵ Pese a que la Legislación Petrolera es también una área estratégica para el desarrollo social, la Ley de Asociaciones Público Privadas, excluye en forma expresa su aplicación en todo el Ramo Petrolero -Artículo 10-.



- ✓ En forma creciente, la ineludible responsabilidad de los gobiernos de conducir las relaciones económicas internacionales en beneficio del interés de cada país.

2.2.- Principios que derivan del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

La Ley de Asociaciones Público Privadas prevé como un elemento esencial de su concepción – por tratarse de una Ley procedimental – que la contratación de estos proyectos debe realizarse bajo los principios que para tal efecto señala el artículo 134 de la Constitución, esto por la obvia razón de que en cualquiera de los casos existirá la entrega y administración de Recursos Federales⁶.

Con independencia de lo señalado en el capítulo segundo de este trabajo, particularmente en lo referidos a los principios señalados en el artículo 134 de la Constitución, considero importante hacer mención a lo que señala el maestro Francisco Moreno Trevisio⁷, que en su parte conducente define todos y cada uno de tales principios: eficiencia, eficacia, honradez y el de idoneidad respecto del ejercicio del gasto.

“Eficiencia. El concepto de eficiencia lo encontramos en materia de economía y es diferente al de eficiencia técnica que se utiliza en otras ciencias: no se trata de la maximización del producto por unidad de energía o de materias primas, sino de una relación entre el valor del producto y de los recursos utilizados para producirlo. La eficiencia económica pone de relieve entonces la relación entre el valor del producto y de los recursos utilizados para producirlo. La eficiencia económica pone de relieve entonces la relación entre el costo y el valor de lo producido. Se habla de estar en la frontera de eficiencia cuando se llega a la maximización del valor a un coste dado, siempre y cuando lo producido tenga demanda en el mercado.

6 Artículo 1 de la Ley de Asociaciones Público Privadas.- “ La presente Ley es de orden público y tiene por objeto regular los esquemas para el desarrollo de proyectos de asociaciones público-privadas, bajo los principios de los artículos 25 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”.

7 Treviño Moreno Francisco Javier, La Nueva Ley de Asociaciones Público Privadas, Editorial Porrúa, Pags. 46-48, México, D.F. 2014



Se entiende como eficiencia el uso racional de los medios para alcanzar un objetivo predeterminado, es decir, cumplir con un objetivo con el mínimo de recursos disponibles y tiempo logrando la optimización.

Existen diversas opiniones respecto de la caracterización de este principio. Para algunos tiene una mera connotación técnica que vincula las metas previstas en un programa con su realización, independientemente de que la obtención de las metas administrativas logre efectivamente el resultado práctico que se pretende o resuelva el problema específico a cuya solución tiende. En otra perspectiva, la eficiencia se entiende como la virtud administrativa consistente en alcanzar los fines propuestos con el uso más racional posible de los medios existentes, dicho de otra manera, obtener el fin al menor costo posible.

Como puede verse la primera concepción atendería únicamente a un aspecto teórico que no satisfaría los requerimientos de la práctica al no exigir un resultado eficaz. No es concebible que el Constituyente se haya propuesto elevar al rango de norma suprema la mera verificación de la obtención de metas sin constatar que el alcance de las mismas efectivamente atienda la solución de problemas concretos.

Eficacia. *Se entiende como la capacidad de lograr los objetivos y metas programadas con los recursos disponibles en un tiempo determinado, así como la capacidad para cumplir en el lugar, tiempo, calidad y cantidad las metas y objetivos establecidos. Es la capacidad de alcanzar el efecto que se espera o desea tras la realización de una acción.*

En el sentido que se ha dado a la eficiencia queda comprendida la eficacia entendida ésta como la obtención del resultado práctico deseado. De ahí se cuestiona si es necesario identificar a la eficacia como un principio administrativo distinto. La respuesta debe ser afirmativa si se considera que no todas las acciones gubernamentales pueden estar regidas un cálculo de costo-beneficio y que existen casos como pueden ser situaciones de emergencia en los que exige del administrador público la capacidad de respuesta inmediata para resolver un problema sin que necesariamente determine con antelación cual es la opción menos costosa pues la demora podría provocar daños adicionales o irreparables.



Honradez. Este principio se explica por sí mismo y se refiere a la propia acepción gramatical del vocablo que supone la manera de obra del que no roba, estafa, defrauda o engaña, o bien, la forma de comportarse de quien cumple escrupulosamente sus deberes profesionales. Este principio no solo hace alusión al aspecto económico de no apoderarse de los bienes ajenos o aprovechar la posición para obtener ventajas indebidas, sino en general al comportamiento responsable del administrador público que consiste en el cumplimiento puntual de sus obligaciones así como el servicio oportuno y debido a los administrados

Idoneidad del gasto. Aunque no está expresamente denominado de esta manera, en la parte final del primer párrafo del artículo comentado se hace referencia a la adecuación que debe existir entre el empleo de los recursos económicos que se administran y los objetivos que se persiguen, Debe entenderse que la correcta administración no puede sustentarse en un ejercicio desordenado del gasto que alcance ciertos fines en detrimento de otros distraendo indebidamente recursos de carácter público; todo ello sin perjuicio de los necesarios reordenamientos debidamente normados que la práctica aconseja.

En el segundo párrafo de la disposición constitucional que nos ocupa e amplía el concepto original que contenía este artículo, en cuanto a la realización de obras por medio de convocatorias públicas para ampliarlo a todo tipo de contratos que suscriba el sector público comprendiendo adquisiciones, arrendamientos, enajenaciones – esto es el traslado de dominio de bienes por parte de la administración pública- , servicios y obras. Se prevé que la manera de efectuar estos actos debe ser por medio de licitaciones públicas.

La idea de subasta, es decir, ofrecimiento al mejor postor a fin de que el acto jurídico de que no se trate se efectuó en las mejores condiciones posibles, no solamente en cuanto al precio, sino como el propio artículo señala estimando aspectos como la calidad, el financiamiento, la oportunidad y otras circunstancias.

El administrador público debe tomar en cuenta todos estos elementos, ya que en un momento dado un oferente de servicios o bienes puede otorgarlos a un precio más reducido que otros pero de calidad inferior o bien en un tiempo de entrega inoportuno.



La licitación pública debe ser precedida de una convocatoria igualmente pública, de modo que puedan acudir aquélla todos los interesados que cumplan con los requisitos previamente establecidos.

Se prevé también el procedimiento para la prestación de las proposiciones por parte de los interesados que deberían hacerlas en sobre cerrado que será públicamente con el propósito de garantizar la imparcialidad de la decisión.”

3.- Definición Legal de las Asociaciones Público Privadas.

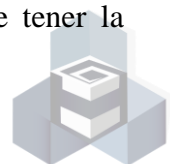
La Ley de Asociaciones Público Privadas en el primer párrafo de su artículo 2 señala una definición de proyectos Asociaciones Público Privadas regulados por ella, que a la letra señala:

"...aquellos que se realicen con cualquier esquema para establecer una relación contractual de largo plazo, entre instancias del sector público y del sector privado, para la prestación de servicios al sector público o al usuario final y en los que se utilice infraestructura provista total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el País.

En los términos previstos en esta Ley, los proyectos de asociación público-privada deberán estar plenamente justificados, especificar el beneficio social que se busca obtener y demostrar su ventaja financiera frente a otras formas de financiamiento.”

De acuerdo con lo antes mencionado en la primera parte, y para una mejor comprensión, a continuación listamos los elementos que deben contener dichos proyectos al tenor de lo expuesto:

- ✓ Que los proyectos pueden bajos con cualquier esquema entre los entes públicos y privado.
- ✓ Que se establezca una relación contractual de largo plazo, entendiéndose por tal cuando la construcción de la infraestructura y la prestación de los servicios requieran un contrato con una duración mayor a tres años.
- ✓ La prestación de servicios al sector público o al usuario final tiene que tener la finalidad de aumentar el bienestar social y la inversión en el país.



- ✓ En los proyectos se debe utilizar infraestructura provista total o parcialmente por el sector privado.

De acuerdo con escrito en el segundo párrafo de tal artículo, los proyectos que se lleven a cabo deben estar plenamente justificados. Esto es, si el costo del capital privado generalmente es mayor que el costo del dinero público, es sobre costo del capital debe justificarse con mayor eficiencia y con los ahorros que dicha eficiencia debe traer consigo en la presentación del servicio que es lo que normalmente debe ocurrir en cualquier proyecto de Asociaciones Público Privadas y es una de las razones principales que los justifican.

Adicionalmente, cabe señalar que la estructuración de los proyectos de Asociaciones Público Privadas suele resultar más cara que la de una obra pública tradicional por lo que el beneficio económico y financiero a obtener mediante la aplicación de estos esquemas debe acreditarse.

Por otra parte, es claro que al tratarse siempre de la prestación de servicios públicos y eventualmente del uso de bienes públicos, y de la aportación o uso de recursos públicos que necesariamente demandará en mayor o menor medida la implementación de la Asociaciones Público Privadas, la rentabilidad social del proyecto también debe acreditarse.

4.- Breves notas del contenido de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

Para el conocimiento y el entendimiento de una ley, cualquiera que esta sea, es necesario reparar en cada uno de los títulos, capítulos artículos, y hasta párrafos que los componen; en este sentido y toda vez que no es objeto de este estudio el describir su contenido de la Ley de Asociaciones Público Privadas y todos los aspectos a que la misma se refiere, sino simplemente realizar un estudio jurídico que nos permita entender su poca efectividad en nuestro país, a continuación únicamente expondremos los aspectos que regula en cada uno sus capítulos, con el objeto de brindar al lector una idea breve y general de su contenido.



4.1- Naturaleza de desarrollo de Proyectos de Asociaciones Público Privadas.

Capítulo Primero. Disposiciones Preliminares. En este apartado se determina la naturaleza de los esquemas de asociación público-privada a través de las disposiciones que las regularán: primero la propia ley; segundo el contrato que celebre el sector público federal con las instancias del sector privado; y tercero las concesiones, permisos y autorizaciones que resultaren necesarias otorgar para la prestación de servicios respectivos (Artículos 1 a 12).

4.2.- Inicio de Proyectos de Asociaciones Público Privadas.

Capítulo Segundo. De la Preparación e Inicio de los Proyectos. La preparación e inicio de los proyectos. Entre los estudios previos, se incluye el relativo a la rentabilidad social del proyecto así como a la conveniencia de llevarlo a cabo mediante un esquema de Asociación Público Privada en el que se comprenda un análisis respecto de las otras opciones existentes. Establece que serán los únicos estudios necesarios y que el Reglamento no deberá establecer requisitos adicionales. Esto garantiza la agilidad de los procedimientos respectivos y da mayor seguridad jurídica a las dependencias y entidades, así como a los particulares (Artículos 13 a 25).

4.3.- Propuestas no solicitadas.

Capítulo Tercero. De las Propuestas No Solicitadas. La presentación de las denominadas "propuestas no solicitadas", prevé que los particulares interesados en desarrollar un proyecto de asociación público-privada, podrán presentar sus propuestas, sin que se hayan solicitado o hayan convocado a concurso por la Administración Pública Federal. Con ello, propicia condiciones e incentivos para que el sector privado presente proyectos que, de ser de interés del sector público, puedan llevarse a la práctica. Al recibir un proyecto la Administración Pública Federal tendrá hasta tres meses para emitir una opinión sobre su viabilidad. En caso de materializarse este proyecto, el promotor podrá recibir el reembolso de los gastos incurridos en los estudios realizados en caso de que no resulte ganador o no participe en el



concurso correspondiente. Este reembolso será con cargo al adjudicatario del contrato (Artículos 26 a 37).

4.4.- Adjudicación de Proyectos de Asociaciones Público Privadas.

Capítulo Cuarto. De la Adjudicación de los Proyectos. La adjudicación de los proyectos, mediante concurso público en el que puede participar cualquier interesado que cumpla los requisitos de la convocatoria y las bases correspondientes. No se establece la distinción entre concursos nacionales e internacionales. Las limitantes para los extranjeros se dejan a los ordenamientos específicos que regulen el proyecto de manera sustantiva. Establece que los concursos se lleven a cabo conforme a los principios de legalidad, libre concurrencia y competencia, objetividad e imparcialidad, transparencia y publicidad, así como en igualdad de condiciones y sin preferencias indebidas para alguno de los participantes. En los concursos podrán utilizarse mecanismos flexibles de evaluación que incorporen criterios de costo-beneficio, siempre y cuando se trate de mecanismos objetivos, definidos y cuantificables, que permitan una valoración imparcial (Artículos 38 a 66).

4.5.- Bienes necesarios para los Proyectos de Asociaciones Público Privadas.

Capítulo Quinto. De los Bienes Necesarios para los Proyectos. La adquisición de los bienes para desarrollar los proyectos. Se prevén distintas formas para adquirir los inmuebles, derechos y demás bienes necesarios. La adquisición puede realizarse por la dependencia o entidad, por los particulares, o por ambas partes con la mayor flexibilidad. Procede la negociación y, cuando no sea exitosa, podrá recurrirse a la expropiación en los términos previstos específicamente por este ordenamiento. Para que la negociación o, en su caso, la expropiación sea justa para ambas partes, dispone que se realice un avalúo elaborado por un tercero; es decir, por el Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales, o bien a las instituciones de crédito autorizadas por el País; los corredores públicos o los profesionistas con posgrado en valuación. Los avalúos deben considerar la plusvalía de los bienes por la realización del proyecto, respetando la propiedad privada. La vigencia de los avalúos será de un



año. Establece que en relación con la declaración de utilidad pública, la dependencia o entidad responsable hará la declaratoria correspondiente respetando el principio de publicidad. De esta manera, se cumple con el mandato constitucional y con el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de otorgar derecho de audiencia a los posibles afectados de una expropiación. Para los casos de terrenos ejidales y comunales la ley respeta el contenido de carácter social de la Ley Agraria dando una completa protección a los ejidatarios, a través de la ya descrita garantía de audiencia, la previsión de que los predios sólo podrán ser ocupados una vez realizado el pago o depósito del importe total de la indemnización y que el pago se realice de inmediato una vez publicado el decreto de expropiación (Artículos 67 a 86).

4.6.- Contratación de Proyectos de Asociaciones Público Privadas.

Capítulo Sexto. De las Asociaciones Público Privadas. Los elementos que configuran un esquema de Asociación Público Privada, los contenidos mínimos de los contratos correspondientes, los derechos y obligaciones de los desarrolladores, los términos de los contratos y los permisos, concesiones y otras autorizaciones que se requieran para la ejecución de un proyecto. La duración de los contratos, incluidas sus prórrogas, no deberá exceder en su conjunto cuarenta años, a efecto de hacer esta disposición congruente con la que de manera general se establece para la vigencia de las autorizaciones para la prestación de servicios en este mismo capítulo (Artículos 87 a 103).

4.7.- Ejecución de Proyectos de Asociaciones Público Privadas.

Capítulo Séptimo. De la Ejecución de los Proyectos. La ejecución de los proyectos, reconociendo que en estos, es la sociedad desarrolladora la responsable primaria de aportar los recursos necesarios para la ejecución de las obras de infraestructura. Ello no excluye que el sector público federal también aporte recursos, en cuyo caso deberá cumplir con los requisitos presupuestarios y de las disposiciones aplicables. Establece los indicadores de desempeño que deberán cumplir los servicios contratados y se previene la intervención temporal de la dependencia o entidad contratante en la



ejecución de la obra o la prestación del servicio contratado cuando la sociedad desarrolladora incumpla con sus obligaciones y ponga en riesgo el proyecto objeto del contrato (Artículos 104 a 116).

4.8.- Modificaciones y prórrogas de Proyectos de Asociaciones Público Privadas.

Capítulo Octavo. De la Modificación y Prórroga de los Proyectos. La modificación y prórroga de los proyectos. Ante la imposibilidad, al celebrarse el contrato a largo plazo de prever todas las contingencias durante la vida del esquema, se regula la posibilidad de modificar los contratos durante el periodo de ejecución de los mismos. Se prevé la posibilidad de modificar estos contratos para mejorar las características de la infraestructura, incluyendo obras adicionales, incrementar el nivel de desempeño de los servicios o bien reconocer la existencia de circunstancias supervenientes que obliguen a ajustar el alcance del proyecto, de los servicios contratados, o de ambos. Incluye la protección del medio ambiente, la preservación del equilibrio ecológico y la conservación de los recursos naturales, como causal de modificación de los contratos de asociación público privada, la atención de estos temas en la regulación de las modificaciones a la vigencia original de los mismos. Se garantiza que en el marco contractual atienda las necesidades que surjan durante el plazo de ejecución del proyecto. Establece que los diferentes supuestos en los que procederá la revisión y, en su caso, modificación de los contratos y de las autorizaciones correspondientes, deberán preverse en los propios contratos, según acuerden las partes y que deberá incluirse en ellos el supuesto relativo a la revisión del contrato cuando algún acto de autoridad competente afecte el equilibrio financiero del proyecto. Asimismo, si el equilibrio financiero se rompe e implica una ganancia extraordinaria para el particular, también procederá la revisión del contrato (Artículos 117 a 12).

4.9.- Terminación de Proyectos de Asociaciones Público Privadas.

Capítulo Noveno. De la Terminación de la Asociación Público-Privada. Detalla las causales de terminación de los contratos de asociación público-privada con el propósito de dar certeza y seguridad jurídica a ambas partes en relación con los



supuestos que motivan la terminación, entre los cuales se incluyen la cancelación, abandono o retraso en la prestación del servicio, la revocación de las autorizaciones necesarias para su prestación y las demás que deriven de la aplicación de los indicadores de desempeño previstos en el propio contrato. Asimismo, se señala que el contrato contendrá los términos en los que, en caso de terminación anticipada por cualquier causa, proceda el reembolso al desarrollador del monto de las inversiones que demuestre haber realizado (Artículos 122 a 124).

4.10.- Supervisión de Proyectos de Asociaciones Público Privadas.

Capítulo Décimo. De la Supervisión de los Proyectos. La supervisión de los proyectos corresponderá a la Secretaría de la Función Pública desde la preparación, el inicio y la adjudicación de los proyectos. La supervisión técnica de cada proyecto se realizará por parte de las dependencias o entidades coordinadoras de sector. En todo caso, las mismas podrán utilizar los servicios de agentes certificadores, así como los parámetros señalados en las disposiciones de la Ley de Metrología y Normalización. La supervisión se efectuará en los términos, condiciones y alcances que determinan las leyes especiales, atendiendo al proyecto desarrollado con este esquema. Las dependencias y entidades así como los desarrolladores conservaran toda la documentación e información electrónica comprobatoria de los actos y contratos correspondientes durante toda la vigencia del contrato y por un plazo adicional de doce años contados a partir de la fecha de terminación del mismo (Artículos 125 a 127).

4.11.- Infracciones y Sanciones en Proyectos de Asociaciones Público Privadas.

Capítulo Undécimo. De las Infracciones y Sanciones. Las infracciones y sanciones están referidas a las disposiciones vigentes de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y las demás disposiciones que resulten aplicables al caso (Artículos 128 a 133).



4.12.- Controversias en Proyectos de Asociaciones Público Privadas.

Capítulo Duodécimo. De las Controversias. La solución de controversias de mutuo acuerdo y con apego al principio de buena fe de las diferencias técnicas o económicas entre las partes, a través de un Comité de Expertos que se integrará por tres expertos en la materia de que se trate, designados uno por cada parte y el tercero por los dos anteriores. Este comité conocerá sólo de las divergencias técnicas o económicas y no de cuestiones jurídicas. Los dictámenes que el comité emita por unanimidad serán obligatorios para las partes. Se plantea la posibilidad de que las partes puedan dirimir sus diferencias con base en el procedimiento arbitral, de estricto derecho, para resolver las controversias que deriven del propio contrato y, en su caso, de las autorizaciones necesarias para el desarrollo del proyecto, en términos de lo dispuesto en el Código de Comercio. Las cuestiones relacionadas con la validez legal de los actos administrativos que dan sustento al contrato de asociación público-privada, así como de los propios contratos, deberán de resolverse por los tribunales federales (Artículos 134 a 143).

5.- Interpretación y Aplicación de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

En nuestro país existe la tradición de otorgar, en una amplia variedad de leyes, el monopolio de interpretación legislativa en el ámbito administrativo a las llamadas “dependencias globalizadoras”, como son la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, La Secretaria de Economía y la Secretaría de la Función Pública. Esto ha originado el problema que de diversas formas los intereses y funciones de dichas dependencias y los que corresponden a las “dependencia ejecutoras” no están alineados y en ocasiones son divergentes.

En el caso de la Ley de APP, otorgada a la Secretaría de Hacienda y Crédito Publico la facultad de interpretarla en el ámbito administrativo, pero al mismo tiempo le impone la obligación de requerir y considerar la opinión de la dependencia o entidad interesada en el proyecto Asociaciones Público Privadas de que se trate. Mientras que a la Secretaría de la Función Pública le corresponde dicha facultad de interpretación solo en asuntos relacionados



con el régimen de propiedad inmobiliaria federal, avalúos y de responsabilidades de los servidores públicos.

Igualmente corresponde a la SHCP la facultad de interpretar el Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas para efectos administrativos, a cuyo efecto debe solicitar y considerar la opinión de la entidad o dependencia interesada, lo que constituye un hito en la historia del Derecho Administrativo Mexicano. Con esta disposición se pretende coadyuvar a resolver el conflicto permanente entre las entidades de control y las entidades de control y las entidades ejecutoras, donde aquellas decidían libremente, muchas veces sin tomar en cuenta las consideraciones siempre valiosas de quien tiene la responsabilidad de ejecutar.

Para efectos de aplicación, los ordenamientos supletorios de la Ley de Asociaciones Público Privadas son: el Código de Comercio, el Código Civil Federal, la Ley Federal del Procedimiento Administrativo y el Código Federal de Procedimientos Civiles. Este orden de supletoriedad coloca a México y a su Ley dentro de una corriente bastante extendida en donde el Derecho aplicable a las Asociaciones Público Privadas se ha ido desplazando hacia el Derecho privado, alejándose de diversas formas de normas propias del Derecho público y particularmente de Derecho Administrativo. Lo anterior lo entendemos como parte de la evolución del Derecho para hacer posible el flujo de recursos públicos hacia los proyectos Asociaciones Público Privadas y la aplicación de principios, incentivos y políticas que promuevan la participación privada en ámbitos y sectores reservados al sector público.

6.- Ámbitos de Vigencia de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

6.1- Ámbito Temporal de validez.

De acuerdo con sus artículos transitorios, la Ley de Asociaciones Público Privadas publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 2012, estableció la entrada en vigor de la ley al día siguiente, es decir el 17 de enero de 2012, salvo lo señalado en el transitorio Quinto, esto es que La reforma al artículo 50 de la Ley General de Bienes Nacionales entrará en vigor cuando el mecanismo de consulta



electrónica del Inventario del Patrimonio Inmobiliario Federal y Paraestatal esté en funcionamiento, lo cual tendrá verificativo en un plazo no mayor a 180 días contados a partir del día siguiente a la publicación del Decreto en el Diario Oficial de la Federación. Para tal efecto, la Secretaría de la Función Pública publicará en el Diario Oficial de la Federación el aviso respectivo.

6.2.- Ámbito Personal de validez.

De acuerdo con los artículos 4 y 12 de la Ley de Asociaciones Público Privadas, en el ámbito Personal de vigencia, tal Ley se le aplica a los siguientes sujetos que realicen proyectos de Asociaciones Público Privadas:

- ✓ Las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.
- ✓ Fideicomisos públicos federales no considerados entidades paraestatales.
- ✓ Personas de derecho público federal, con autonomía derivada de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las cuales aplicarán los criterios y procedimientos previstos en esta Ley, sólo en lo no previsto en los ordenamientos que los rigen y siempre que no se contrapongan con los mismos, en cuyo caso quedarán sujetas a sus propios órganos de control.
- ✓ Las entidades federativas, municipios y los entes públicos de unas y otros, con recursos federales, de conformidad con los convenios que celebren con dependencias o entidades de la Administración Pública Federal. Para estos efectos, se entenderá que los proyectos se realizan con recursos federales, cuando las aportaciones de las entidades federativas, municipios y entes públicos de unas y otros, en su conjunto, sean inferiores en relación con las aportaciones federales. Para efectos de dicho cómputo no quedan comprendidos los recursos federales correspondientes a los fondos previstos en el capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal. En los convenios para la aportación de recursos federales, en numerario o en especie, deberá pactarse expresamente que a las entidades federativas o municipios -según se trate les serán aplicables, en relación con dichos proyectos, las disposiciones de la presente Ley.



- ✓ El Desarrollador, que será la Sociedad mercantil mexicana, con objeto exclusivo de desarrollar un determinado proyecto de asociación público-privada, con quien se celebre el contrato respectivo y a quien se otorguen, en su caso, las autorizaciones para desarrollar el proyecto.
- ✓ El Promotor, que será la persona que promueve, ante una instancia del sector público, un proyecto de asociación público-privada.

6.3.- Ámbito Espacial de validez.

Aunque no exista una disposición expresa en la Ley de Asociaciones Público Privadas que determine el ámbito de vigencia espacial, es obvio que los esquemas de Asociaciones Público Privadas regulados en tal Ley, se refieren a todos aquellos que se realicen con entes públicos de la Administración Pública Federal ubicados dentro del territorio nacional y cuando las actividades, cuya legislación específica prevea la libre participación del sector privado, o bien, mediante, el otorgamiento de permisos, autorizaciones o concesiones, para la prestación de los servicios correspondientes y no podrán referirse a los casos en los que las disposiciones aplicables señalen que no pueda intervenir el sector privado.

6.4.- Ámbito Material de validez.

Es obvio que la Ley de Asociaciones Público Privadas su vigencia material está centrada a todos los proyectos de asociación público privada que se les aplique tal Ley, en donde particularmente intervienen entes públicos que ejercen dentro del ámbito federal recursos públicos que son sujetos de revisión y control. Los cuales en términos de la propia ley deberán estar plenamente justificados, especificar el beneficio social que se busca obtener y demostrar su ventaja financiera frente a otras formas de financiamiento.

De acuerdo con el artículo 3 de la Ley de Asociaciones Público Privadas, también podrán ser proyectos de Asociaciones Público Privadas los que se realicen en los



términos de esta ley, con cualquier esquema de asociación para desarrollar proyectos de inversión productiva, investigación aplicada y/o de innovación tecnológica.

Tratándose de innovación tecnológica las dependencias y entidades optarán en igualdad de condiciones, por el desarrollo de proyectos con instituciones de educación superior y centros de investigación científica - tecnológica públicas del país. A estos esquemas, con independencia de la Ley de Asociaciones Público Privadas, les resultarán aplicables los principios orientadores del apoyo a la investigación científica, desarrollo Tecnológico e Innovación previstos en la Ley de Ciencia y Tecnología.

7.- Requisitos para llevar las Asociaciones Público Privadas⁸.

La Ley de Asociaciones Público Privadas recoge varios de los principios que la doctrina internacional ha atribuido como requisitos para la ejecución de proyectos bajo estructuras de Asociaciones Público Privadas, describiendo expresamente tres requisitos principales como son los siguientes:

- ✓ La celebración de un contrato a largo plazo.
- ✓ Cuando sea necesario, tal como está la Ley es en todos los casos, se requerirá del otorgamiento de permisos, concesiones o autorizaciones para el uso y explotación de bienes públicos y la prestación de servicios contratados. En todos los casos en los que se utilizan bienes públicos o se presten servicios públicos se necesitan concesiones, permisos o autorizaciones.

8 *Artículo 13. Para realizar proyectos de asociación público-privada se requiere, en términos de la presente Ley:*

I.- La celebración de un contrato de largo plazo, en el que se establezcan los derechos y obligaciones del ente público contratante, por un lado y los del o los desarrolladores que presten los servicios y, en su caso, ejecuten la obra, por el otro;

II. Cuando así sea necesario, el otorgamiento de uno o varios permisos, concesiones o autorizaciones para el uso y explotación de los bienes públicos, la prestación de los servicios respectivos, o ambos; y

III. En el caso de los proyectos referidos en el artículo 3, vinculados a innovación y desarrollo tecnológico, se requerirá además, la previa aprobación del Foro Consultivo Científico y Tecnológico previsto en la Ley de Ciencia y Tecnología. Para el análisis y aprobación de estos proyectos el Foro Consultivo Científico y Tecnológico deberá ajustarse a los principios orientadores del apoyo a la Investigación Científica, Desarrollo Tecnológico e Innovación previstos en esa ley.



- ✓ Tratándose de proyectos Asociaciones Público Privadas de innovación desarrollo tecnológico, se requiere además del contrato y las autorizaciones, la aprobación del Foro Consultivo Científico y Tecnológico previsto en la Ley Ciencia y Tecnología.
- ✓ No obstante lo anterior, en la Ley de Asociaciones Público Privadas se lista un gran número de requisitos que se marcan como necesarios para iniciar y/o desarrollar este tipo de Proyectos, como son los que se enuncian a continuación, los cuales pueden ser confrontados en el contenido de la Ley, mismos que trataremos de simplificar y ordenar por según su importancia, con el objeto de hacerlo comprensibles para efectos de este trabajo.

7.1.- Tener un análisis de viabilidad.

La Ley de Asociaciones Público Privadas en su artículo 14⁹, establece un catálogo mínimo de análisis que se deben llevar a cabo para determinar la viabilidad o no de

⁹ **Artículo 14.** Para determinar la viabilidad de un proyecto de asociación público-privada, la dependencia o entidad interesada deberá contar con análisis sobre los aspectos siguientes:

- I. La descripción del proyecto y viabilidad técnica del mismo;
- II. Los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el desarrollo del proyecto;
- III. Las autorizaciones para el desarrollo del proyecto que en su caso, resulten necesarias;
- IV. La viabilidad jurídica del proyecto;
- V. El impacto ambiental, la preservación y conservación del equilibrio ecológico y, en su caso, afectación de las áreas naturales o zonas protegidas, asentamientos humanos y desarrollo urbano del proyecto, así como su viabilidad en estos aspectos; por parte de las autoridades competentes. Este primer análisis será distinto a la manifestación de impacto ambiental correspondiente conforme a las disposiciones legales aplicables;
- VI. La rentabilidad social del proyecto;
- VII. Las estimaciones de inversión y aportaciones, en numerario y en especie, tanto federales y de los particulares como, en su caso, estatales y municipales;
- VIII. La viabilidad económica y financiera del proyecto; y
- IX. La conveniencia de llevar a cabo el proyecto mediante un esquema de asociación público-privada, en el que se incluya un análisis respecto de otras opciones.

La información anterior deberá ser publicada en internet y ser presentada ante la Cámara de Diputados.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público coordinará y publicará un registro para efectos estadísticos con la información relativa a los proyectos de asociación público-privada, previstos en la fracción I a la IX del presente artículo. Asimismo, publicará de manera sistemática la información siguiente:

- a) Nombre del proyecto;
- b) Número de licitación y/o registro del sistema electrónico de información pública gubernamental CompraNet;
- c) Nombre del convocante;
- d) Nombre del desarrollador;
- e) Plazo del contrato de asociación público-privada;



realizar un proyecto bajo una estructura Asociaciones Público Privadas. Dicho análisis de viabilidad pretende ser el estudio que intenta predecir el eventual éxito o fracaso de un proyecto, mitigando con ello el margen de error a partir del estudio de las distintas variables y circunstancias vinculadas al proyecto, la viabilidad siempre es previa a la factibilidad del proyecto.

En este contexto la viabilidad que hace referencia la Ley debe contener una descripción del proyecto que forma parte del análisis de viabilidad, es decir los alcances del mismo, la evaluación de su dimensionamiento, la definición de sus componentes y su tamaño, lo que es una conclusión derivada de tres variables fundamentales: la demanda, el monto de las inversiones requeridas y la capacidad de pago de las fuentes disponibles.

Esta caracterización del proyecto debe estar apegada al sistema de planeación democrática del desarrollo nacional, y por ende deben ser congruentes con el Plan Nacional de Desarrollo y el programa sectorial, institucional, regional o especial que corresponda.

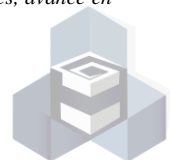
Por otra parte, dentro de este estudio, el proyecto de que se trate debe ser viable técnicamente, es decir debe de estar referenciado a aquello que atiende a las

-
- f) *Monto total del proyecto;*
 - g) *Monto de los pagos programados y ejecutados durante el ciclo de vida del proyecto;*
 - h) *Indicadores asociados a la rentabilidad social, financiera y económica del proyecto, en los términos que determine el Reglamento;*
 - i) *Resultado de la evaluación de la conveniencia a que se refiere el artículo 14 fracción IX;*
 - j) *Otra información que la Secretaría de Hacienda y Crédito Público considere relevante.*

Dicha información será de carácter público, a excepción de aquella de naturaleza reservada o confidencial, en términos de la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental y demás disposiciones aplicables.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público, al presentar el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación deberá incluir, en términos de los artículos 24 de esta Ley, y 41 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, una evaluación del impacto de los proyectos de asociación público-privada en las finanzas públicas durante su ciclo de vida.

Asimismo, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público reportará en los Informes Trimestrales sobre la Situación Económica, las Finanzas Públicas y la Deuda Pública, en los términos de las disposiciones aplicables, la descripción de cada uno de los proyectos autorizados, montos erogados o por erogar conforme a las proyecciones y estimaciones correspondientes, avance en la ejecución y calendario así como el monto de los pagos comprometidos.



características tecnológicas y naturales involucradas en un proyecto, que suele estar vinculado a la seguridad y al control o a las necesidades que la técnica o la tecnología empleadas deben resolver en materia de construcción u operación de un determinado proyecto¹⁰.

Todos los proyectos susceptibles de ser llevados a cabo mediante esquemas Asociaciones Público Privadas, forzosamente requieren de inmuebles. De hecho la disposición oportuna de estos recursos suele ser una causa común de retraso, incremento en los costos o incluso fracaso de los proyectos. Así pues, el análisis de viabilidad de un proyecto debe considerar el inventario de inmuebles que requerirá en sus etapas de diseño, construcción y operación, así como el análisis relativo a los procedimientos para obtener los derechos necesarios para utilizarlos en el propósito de las Asociaciones Público Privadas, que no siempre es el de propiedad; así como la evaluación correspondiente a la factibilidad de su obtención y su costo.

Es de comentar que la evaluación antes mencionada debe comprender no solo los inmuebles, bienes o derechos que se requieren para la ejecución del proyecto, sino también la evaluación de aquellos que serán afectados. Además deben considerar la información del o de los registros públicos de la propiedad de ubicación de los inmuebles necesarios para el desarrollo del proyecto, relativa a la titularidad,

10 Conforme al a. 21 del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas la viabilidad técnica comprende dos aspectos:

- ✓ El primero, relacionado con las características del proyecto, esto es: sus cualidades que permiten distinguirlo e individualizarlo; sus especificaciones; los estándares técnicos que deberá cumplir; los niveles de desempeño, que la propia Ley de APP define como el conjunto de especificaciones y parámetros de desempeño y calidad que deben satisfacerse en la prestación de un servicio o en la construcción y ejecución de la infraestructura. Quedan a considerar por el desarrollador privado, por lo que no deben ser prescriptivos, sino poner énfasis en los resultados. Tampoco deben ser tales que anulen y obstaculicen la capacidad del desarrollador privado de agregar valor agregado al proyecto o que constituyan barreras para que este último desarrolle sus estrategias y capacidad para la construcción, operación y mantenimiento conforme a su plan de negocios. De lo que se trata es de obtener un resultado con ciertos niveles mínimos de calidad.
- ✓ El segundo, relacionado con aquellos elementos adicionales que coadyuven a concluir que el proyecto es técnicamente viable y congruente con el PND y demás programas sectoriales, institucionales, regionales o especiales derivados del Sistema Nacional de Planeación. Aquí es necesario establecer la línea de congruencia entre el proyecto y los documentos de planeación mencionados que resulten pertinentes.



gravámenes y anotaciones marginales; así como la estimación del posible valor de los inmuebles, bienes y derechos.

En cuanto a los bienes que hacen referencia en la Ley de Asociaciones Público Privadas, se debe estar a lo señalado en capítulo II del Título Segundo del Código Civil Federal, es decir aquellos cuerpos que pueden trasladarse de un lugar a otro por sí mismos o por el efecto de una fuerza exterior¹¹.

Por lo que se refiere a los derechos necesarios para el desarrollo de los proyectos, debe entenderse aquéllos que son precisos obtener de terceros y los cuales pueden ser considerados como bienes inmuebles; hay que incluir otro tipo de derechos de naturaleza personal que pudieran ser necesarios para la ejecución de los proyectos, como podrían ser derechos de heredero o de carácter litigioso.

En cuanto hace a las autorizaciones, la Ley de Asociaciones Público Privadas las define como aquellas necesarias para el desarrollo del proyecto como aquellas concesiones, permisos o autorizaciones requeridos para la ejecución de la obra y la prestación de los servicios objeto de un proyecto de asociación público-privada, que constituyen un requisito esencial para su ejecución por parte del sector privado. Siendo importante valorar dentro del programa de ejecución, la oportunidad para la obtención de las autorizaciones y su interrelación con las distintas etapas de implementación, ya que hay ocasiones en que se enfrentan situaciones en las que es

11 Son bienes muebles por determinación de la ley:

- a. Las obligaciones y los derechos o acciones que tienen por objeto cosas muebles o cantidades exigibles en virtud de acción personal.
- b. Las acciones que cada socio tiene en las asociaciones o sociedades, aun cuando a éstas pertenezcan algunos bienes muebles.
- c. Las embarcaciones.
- d. Los materiales procedentes de la demolición de un edificio, y los que se hubieren acopiado para repararlo o para construir uno nuevo, serán muebles mientras no se hayan empleado en la fabricación.
- e. Los derechos de autor.
- f. En general, todos los demás no considerados por la ley como inmuebles.



imposible cumplir con el programa de ejecución del proyecto y la regulación para la obtención de cierta autorización en los tiempos esperados. El análisis relativo a las autorizaciones requeridas por el proyecto debe comprender las correspondientes a los tres órdenes de gobierno (federal, estatal y municipal), distinguiendo las correspondientes a las obras de las propias del servicio.

Por otra parte, dentro de la viabilidad existe la necesidad de tener un estudio de viabilidad jurídica el cual debe comprender la determinación del marco normativo aplicable al proyecto y la definición de las características legales pertinentes, ya sea, porque constituyan una limitación o bien, porque estas últimas requieran el cumplimiento de requisitos que deben ser identificados. Asimismo debe determinar la forma en que la naturaleza jurídica de la Asociaciones Público Privadas seleccionada debe adaptarse al marco normativo aplicable. Cuando se pretende tener acceso a recursos públicos, debe analizarse la viabilidad legal de acceder a ellos y de los requisitos que es necesario cumplir.

Otro requisito dentro del análisis de viabilidad es el análisis sobre impacto ambiental, asentamientos humanos y desarrollo urbano debe contener dos apartados: el de viabilidad ambiental y el correspondiente a asentamientos humanos y desarrollo urbano; dicho análisis se considerará completo con las opiniones de la SEMARNAT y la SEDATU, respectivamente, que se señalan en los dos apartados subsecuentes. El proyecto se considerará viable en caso que las dos opiniones mencionadas resulten favorables.

En esta etapa de viabilidad ambiental debe centrarse en considerar las prohibiciones y restricciones a que estén sujetas la realización de obras y actividades que puedan causar desequilibrio ecológico o rebasar los límites establecidos para proteger el ambiente y preservar los ecosistemas a fin de reducir al mínimo sus efectos negativos sobre el medio ambiente.

Por su parte en el análisis de viabilidad debe atender la regulación de los asentamientos humanos establecida en el párrafo tercero del artículo 27 Constitucional



y la derivada de él; así como los criterios establecidos la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente respecto de los planes y programas en materia de desarrollo urbano, los programas de ordenamiento ecológico del territorio; el uso del suelo; las áreas de conservación ecológica; el aprovechamiento del agua, la corrección de desequilibrios y la previsión de las tendencias de crecimiento.

Otro requisito de gran importancia dentro del análisis de viabilidad es aquella que se refiere a la rentabilidad social del proyecto. El fundamento de este análisis radica en la comparación de los costos incurridos por un proyecto contra los beneficios directos e indirectos que genera el mismo, de forma tal que se logre determinar la viabilidad de un proyecto por su generación de riqueza positiva para la sociedad y por la determinación de un momento óptimo para iniciar la inversión, el cual se debe ubicar dentro del horizonte de evaluación del proyecto. Existen en la actualidad diversas referencias en cuanto a lineamientos para realizar evaluaciones sociales, pero todas ellas comparten este mismo fundamento.

La SHCP ha establecido en los lineamientos para determinar la rentabilidad social, los criterios y metodologías para determinar la rentabilidad social de los proyectos, mediante los cuales debe acreditarse que el proyecto en análisis es capaz de generar un beneficio social neto bajo supuestos razonables¹².

12 Conforme a lo dispuesto en el a. 9º transitorio del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas, la SHCP por conducto de su Unidad de Inversiones, publicó en el Diario Oficial de la Federación del 22 de noviembre de 2012 los *“Lineamientos que establecen las disposiciones para determinar la rentabilidad social, así como la conveniencia de llevar a cabo un proyecto mediante un esquema de asociación público privada”* a que hace referencia el artículo 26 del Reglamento, que regulan los análisis de rentabilidad social y de conveniencia de aplicar el esquema de Asociaciones Público Privadas a que se refieren las fracciones. VI y IX del Artículo 14 de la Ley de Asociaciones Público Privadas. Dichos lineamientos tuvieron una corta vida, ya que el 31 de diciembre de 2013, la propia Unidad de Inversiones de la SHCP publicó los *“Lineamientos que establecen las disposiciones para determinar la conveniencia de llevar a cabo un proyecto mediante un esquema de asociación público privada”* cuyo a. tercero transitorio abrogó los que había emitido en noviembre del año anterior.

Adicionalmente, el propio 31 de diciembre de 2013, la Unidad de Inversiones de la SHCP publicó en el Diario Oficial de la Federación los *“Lineamientos para el seguimiento del ejercicio de los programas y proyectos de inversión, proyectos de infraestructura productiva de largo plazo y proyectos de asociaciones público privadas de la Administración Pública Federal”*.



Como parte de la rentabilidad social, la propia Ley de Asociaciones Público Privadas requiere que los análisis de viabilidad incluyan la estimación de las inversiones que requerirá el proyecto, en numerario y en especie, así como la identificación de la fuente, tanto pública (federal, estatal y municipal) cuanto privada o de terceros. La decisión de realizar un proyecto bajo un esquema de Asociaciones Público Privadas debe sustentarse en la certidumbre de la viabilidad financiera de la inversión pues de otra manera el proyecto no encontrará interesados en el mercado privado. En este sentido, deben definirse las características claves del proyecto que ofrezcan cierta garantía para ser viable el proyecto por una parte, y por otra, distinguir con claridad el papel del Gobierno en la configuración de las condiciones necesarias para dar certidumbre a la rentabilidad financiera. La participación del Gobierno puede ser esencial para otorgar viabilidad económica y financiera a un proyecto. La estimación de los ingresos del proyecto y sus beneficios permite acotar la participación privada en el proyecto de acuerdo con las condiciones de mercado del capital en la región o las condiciones que los inversionistas del exterior establezcan, tomando en cuenta los riesgos que perciban en cada caso específico o los que asocien a cada país.

Asimismo, la evaluación social establece el límite socialmente aceptable de participación del Gobierno en el proyecto. En este caso, debe evaluarse con cuidado el valor de los beneficios generados por el proyecto, para evitar sobrevalorar algunos de ellos en relación con lo que la sociedad beneficiada realmente aprecia de ellos (por ejemplo el valor del tiempo o de la seguridad), y por tanto, tomando en cuenta otras necesidades sociales (salud, educación, seguridad, entre otras) acepta que se destinen recursos públicos a un proyecto en particular.

Otro análisis de gran importancia es el análisis de viabilidad económica y financiera el cual debe considerar los flujos de ingresos y egresos del proyecto durante la vigencia del contrato a partir del cual debe concluirse si es o no viable desde esa perspectiva. Cuando se trate de proyectos que consideren aportaciones de recursos públicos federales presupuestarios, el análisis debe incluir la factibilidad de dichas aportaciones por parte de la dependencia promotora del proyecto durante la vigencia del mismo, donde se muestren sus efectos en las finanzas de dicha dependencia.



Los análisis para determinar la viabilidad de un proyecto que se enunciaron deben estar completos conforme se establece en las nueve fracciones del artículo 14 de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

Finalmente y a manera de conclusión en esta parte, es de comentar que no todos los proyectos pueden llevarse a cabo bajo estructuras Asociaciones Público Privadas, ni éstas son siempre recomendables para realizar todos los proyectos. La conveniencia de llevar a cabo el proyecto mediante un esquema de Asociaciones Público Privadas debe ser acreditada con la estimación de las eficiencias que se desprenden de los estudios antes señalados, lo cual necesariamente debe justificarse en comparación con otras opciones o modalidades de ejecución.

El gran tema a resolver es si con tantos requisitos que la Ley de Asociaciones Público Privadas dispone y otros tanto que derivan de otras legislaciones, es posible que los encargados de generar Proyectos en este País puedan bajo tal marco jurídico desarrollar Proyectos de Asociaciones Público Privadas, que al final es el objeto de la Ley.

7.2.- Requisitos para el ejercicio del Gasto Público.

Una vez que se tienen el análisis de viabilidad en los términos antes comentados y de acuerdo con el artículo 14 de la Ley de Asociaciones Público Privadas. La dependencia o entidad promotora determinara si el proyecto es viable, esto mediante el dictamen que elabore con base en los análisis a que se refiere el mencionado artículo, los que serán de su exclusiva responsabilidad.

Con tal dictamen, la dependencia o entidad promotora debe publicar los análisis de viabilidad de los proyectos en internet y presentarla a la Cámara de Diputados, previo estudio y aprobación que realice la SHCP.

En este contexto, para lograr la autorización de la SHCP, se debe considerar que cualquiera actividad relacionada con la programación, presupuestación, aprobación,



ejercicio, control y evaluación de los ingresos y egresos públicos federales, independientemente de que se relaciona o no con un proyecto de Asociaciones Público Privadas, estarán reguladas por los preceptos constitucionales¹³ y por las disposiciones de la Ley Federal de Patrimonio y Responsabilidad Hacendaria

Así pues, para lograr que una dependencia o entidad promotora logre llegar con su proyecto a la Cámara de Diputados debe cumplir una serie de requisitos presupuestales ante la SHCP que respeten criterios de legalidad, honestidad, eficiencia, eficacia, economía, racionalidad, austeridad, transparencia, control, rendición de cuentas y equidad de género, lo que incluso pueden ser fiscalizado por la Auditoría Superior de la Federación.

Sin profundizar mayormente a continuación, señalaremos los aspectos o requisitos que se deben cumplir para el ejercicio del gasto, tratándose de Asociaciones Público Privadas:

- ✓ Aprobación de las aportaciones de los Recursos Federales Presupuestales. Aquí la SHCP realiza una revisión escrupulosa de los aspectos económicos y sociales del Proyecto, con el objeto de aprobar su gasto y subirlo al Presupuesto de Egresos de la Federación.
- ✓ Inscripción del Proyectos en la cartera de SHCP. Sólo se aprobará aquello que se considere viable.
- ✓ Análisis de la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación. Esta debe determinar la prelación de los proyectos Asociaciones Público Privadas, de acuerdo con el PDN y el programa sectorial respectivo, así como su incorporación en el capítulo correspondiente del PEF de cada ejercicio, en el que se deberá prever los compromisos plurianuales de gastos para que sean aprobados por la Cámara de Diputados, incluyendo la descripción de cada uno de los proyectos, montos erogados o por erogar,

13 Ver Artículos 74 fracción IV, 75, 126, 127 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos



avance en la ejecución y calendario, así como el monto de los pagos anuales comprometidos.

- ✓ Acreditar la rentabilidad social de un proyecto Asociaciones Público Privadas es un requisito esencial, que tienen las entidades y dependencias promotoras, para lo cual tienen que acreditar el cumplimiento de los *“Lineamientos que establecen las disposiciones para determinar la conveniencia de llevar a cabo un proyecto mediante un esquema de asociación público privada”*¹⁴, en ellos se describen los requisitos para el registro en cartera de los proyectos de inversión; la autorización de los proyectos Asociaciones Público Privadas y los documentos que deben acompañar; la opinión y en su caso las recomendaciones de la Unidad de Inversión de la SHCP; las aportaciones de recursos federales presupuestario; el índice de elegibilidad; análisis de riesgos; la determinación de los costos del proyecto público de referencia; la determinación de las variables y los costos del proyecto de Asociaciones Público Privadas; la comparación del proyecto público de referencia con el proyecto de Asociaciones Público Privadas; Análisis de sensibilidad; el Valor por dinero del proyecto Asociaciones Público Privadas entre otros.
- ✓ La información que las entidades y dependencia que están obligadas a reportar para el seguimiento de los programas y proyectos están descrito en los *“Lineamientos para el seguimiento del ejercicio de los proyectos Asociaciones Público Privadas”*¹⁵, los cuales tienen como propósito establecer las características que debe cumplir tal información, así como una serie de disposiciones relacionadas con la matriz de riesgo de cada proyecto.

7.3.- Información a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión.

Tratándose de Asociaciones Público Privadas, la SHCP al presentar anualmente el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación deberá incluir una evaluación del

14 Estos lineamientos fueron publicados el 31 de diciembre de 2013 en el Diario Oficial de la Federación.

15 Ver Diario Oficial de la Federación del 31 de diciembre de 2013.



impacto que en su caso tendrá los proyectos Asociaciones Público Privadas durante su vigencia en las finanzas públicas, conforme a lo establecido en el artículo 24 de la Ley de Asociaciones Público Privadas y 41 de la Ley Federal de Patrimonio y Responsabilidad Hacendaria.

La SHCP de incluir en el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación una evaluación del impacto de los proyectos en las finanzas públicas durante su ciclo de vida; y en los informes trimestrales que rinde, la información que dicho precepto menciona en relación con las Asociaciones Público Privadas autorizadas.

Adicionalmente, es obligación de la SHCP reportar trimestralmente:

- ✓ La descripción de los proyectos autorizados.
- ✓ Montos erogados o por erogar.
- ✓ Avances en la ejecución y calendario respectivo.
- ✓ Momento de los pagos comprometidos.

7.4.- Necesidad de tener los Bienes necesarios para el Proyecto.

La responsabilidad de adquirir los inmuebles, bienes y derechos necesarios para la ejecución de un proyecto de Asociaciones Público Privadas podrá recaer en la convocante, en el desarrollador o en ambos, según se señale en las bases del concurso o licitación y se convenga en el contrato respectivo. En todo caso, las bases siempre deberán considerar los montos necesarios para cubrir la adquisición de los inmuebles, bienes y derechos necesarios, cuidando que no se generen ventajas indebidas a desarrolladores que puedan ser previamente propietarios de los inmuebles destinados a la ejecución del proyecto.

La adquisición de los inmuebles, bienes y derechos se hará a través de la vía convencional (negociación) o mediante expropiación, la propia Ley de Asociaciones Público Privadas señala los requisitos a cumplir en cada caso.



Para proceder a la adquisición a través de la vía convencional o, en su caso, a la expropiación de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el proyecto de Asociaciones Público Privadas, se solicitará avalúo de los mismos al Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales o a las instituciones de crédito del país que se encuentren autorizadas, o a corredores públicos o profesionistas con postgrado en valuación. En ningún caso el valor de adquisición o de expropiación será menor al valor fiscal de los inmuebles y, en su caso, bienes y derechos de que se trate

7.5.- La celebración de un contrato de largo plazo.

Tal como ya lo mencionamos la Ley de Asociaciones Público Privadas señala como un requisitos que cualquier Proyecto de Asociaciones Público Privadas debe estar concentrado en un contrato el cual debe ser concebido como un acuerdo de voluntades y no un acto unilateral del Estado, como racionalmente se conoce en el Derecho Administrativo, el cual debe ser de largo plazo, ya que no es compatible el corto plazo con las características de estructuración y maduración de este tipo de proyectos, cuyos procesos de preparación, construcción, operación y recuperación de las inversiones suele tomar varios lustros, estableciéndose como mínimo de tres años de plazo para su ejecución o desarrollo.

7.5.1.- Concurso público del Proyecto de Asociaciones Público Privadas.

Previo a la celebración del contrato, por tratarse de un contrato público, el procedimiento licitatorio, licitación o concurso que se debe seguir debe sujetarse a los principios establecidos en el artículo 134 Constitucional, ya que en cualquier caso la adjudicación del proyecto y del contrato de Asociaciones Público Privadas quedará sujeta a concurso público en el que los interesados calificados en igualdad de condiciones, podrán presentar sus ofertas. Quedando expresamente señalado que los servidores públicos siempre serán responsables del cumplimiento de las bases de la licitación en términos del sexto párrafo del artículo de la Constitución mencionado.



La licitación de un proyecto Asociaciones Público Privadas se inicia formalmente con la publicación de la convocatoria respectiva, siempre y cuando previamente se hubieren cumplido los siguientes requisitos:

- ✓ Agotar la etapa de planeación.
- ✓ Obtener las autorizaciones de la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación a que se refiere el artículo 24 de la Ley de APP.
- ✓ Contar con las autorizaciones presupuestarias en caso de que se requieran.
- ✓ Cumplir con las disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica y haber tomado en cuenta las recomendaciones de la Comisión Federal de Competencia.

Los actos del concurso podrán realizarse a través de medios electrónicos, con tecnologías que resguarden la autenticidad, confidencialidad e inviolabilidad de la información, siempre que tales tecnologías, con las características citadas, se encuentren certificadas por tercero especializado de reconocida experiencia que la convocante contrate. En términos de la propia Ley de Asociaciones Público Privadas, los medios de identificación electrónica que se usen con las características producirán los mismos efectos que las leyes otorgan a los documentos con firmas autógrafas y, en consecuencia, tendrán el mismo valor probatorio.

Los concursos podrá participar toda persona, física o moral, nacional o extranjera, que cumpla los requisitos establecidos en la convocatoria, las bases de licitación y en las disposiciones aplicables al proyecto de que se trate, con las excepciones de aquellas personas expresamente señaladas en el artículo 42 de la Ley de Asociaciones Público Privadas. En caso de personas físicas, deberán obligarse a constituir, de resultar ganadoras, una persona. Dos o más personas podrán presentar, como consorcio, una propuesta conjunta, en cuyo caso también deberán obligarse a constituir, de resultar ganadores, una o más personas morales.



Cualquier persona podrá asistir a los diferentes actos del concurso, en calidad de observador, previo registro de su participación ante la convocante. Los observadores se abstendrán de intervenir en cualquier forma en el concurso.

Los elementos que deberán de contener las convocatorias y las bases de la licitación o concurso están enunciados en los artículos 44 y 45 de la Ley de Asociaciones Público Privadas, sin que merezcan mayor comentario, dado que son en esencia las mismas de cualquier procedimiento de este tipo.

Para facilitar la licitación, previo al acto de presentación y apertura de las propuestas, se permite a la convocante efectuar el registro de participantes, así como realizar revisiones preliminares a la documentación distinta a la referida al importe de la oferta económica.

Los concursos tendrán una o más etapas de consultas y aclaraciones, en las que la convocante contestará por escrito las dudas y preguntas que los participantes hayan presentado. Entre la última junta de aclaraciones y el acto de presentación de las propuestas deberá existir plazo suficiente para la presentación de las posturas. De ser necesario, la fecha señalada en la convocatoria para la presentación y apertura de las propuestas podrá diferirse. El plazo para la presentación de propuestas no podrá ser menor a veinte días hábiles, contados a partir de la fecha de publicación de la convocatoria.

Las propuestas se presentarán en sobres cerrados y serán abiertas en sesión pública. Los concursantes sólo podrán presentar una propuesta, con su oferta técnica y su oferta económica. Las propuestas se presentarán en firme, obligan a quien las hace y no serán objeto de negociación, sin perjuicio de que la convocante pueda solicitar a los concursantes aclaraciones o información adicional.

En la evaluación de las propuestas, la convocante verificará que cumplan con los requisitos señalados en las bases, y que contengan elementos suficientes para



desarrollar el proyecto. Los criterios de evaluación deben ser claros y detallados, de tal forma que permitan una evaluación objetiva que no favorezca a participante alguno. En la evaluación, se podrán utilizarse mecanismos de puntos y porcentajes, criterios de costo-beneficio, o cualesquiera otros, siempre que sean claros, cuantificables y permitan una comparación objetiva e imparcial de las propuestas. No será objeto de evaluación cualquier requisito cuyo incumplimiento por sí mismo no afecte la validez y solvencia de la propuesta. En ningún caso podrán suplirse las deficiencias sustanciales de las propuestas presentadas.

Hecha la evaluación de las propuestas, el proyecto se adjudicará al participante que haya presentado la propuesta solvente, por cumplir los requisitos legales, técnicos y económicos, conforme a los criterios establecidos en las bases del concurso y, por tanto, garantiza su cumplimiento.

La convocante elaborará un dictamen que servirá de base para el fallo, en el que se hará constar el análisis de las propuestas, las razones para admitirlas o desecharlas, la comparación de las mismas, y los elementos por los cuales la propuesta ganadora es la que ofrece las mejores condiciones para el Estado. El fallo en el que se adjudique el proyecto o se declare desierto el concurso deberá incluir las razones que lo motivaron. No incluirá información reservada o confidencial en términos de las disposiciones aplicables. El fallo se dará a conocer en junta pública a la que libremente asistan los concursantes y se publicará en la página de difusión electrónica -Internet- de la convocante así como en CompraNet¹⁶, dentro del plazo previsto en las bases del concurso.

Contra el fallo que adjudique el concurso procederá, como un medio de impugnación, a elección del participante interesado: El recurso administrativo de

16 COMPRANET en México así se conoce al sistema de información pública gubernamental sobre adquisiciones, arrendamientos, servicios, obras públicas y servicios relacionados con las mismas de la Administración Pública Federal. Este sistema transaccional propicia la operación de los procedimientos de contratación con transparencia y agilidad, asimismo permite darles seguimiento desde la publicación de la convocatoria hasta el fallo correspondiente.



revisión, de conformidad con la Ley Federal de Procedimiento Administrativo o El juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa. Contra las demás resoluciones de la convocante emitidas durante el concurso no procederá instancia ni medio ordinario de defensa alguno y, en caso de alguna irregularidad en tales resoluciones, ésta podrá ser combatida con motivo del fallo. Los medios de defensa, mediante se impugne el fallo, solamente suspenderán el concurso o la obra en curso, cuando concurren los requisitos siguientes:

- ✓ Que la solicite el agraviado.
- ✓ Que no se afecte el interés social, ni se contravengan disposiciones de orden público.

La formalización del contrato de asociación público-privada se efectuará en los plazos que las bases de concurso señalen. En el evento de que el contrato no se suscriba en el plazo señalado, por causa injustificada imputable al ganador, se harán efectivas las garantías correspondientes. En este supuesto, el proyecto podrá adjudicarse al segundo lugar y, de no aceptar, a los subsecuentes lugares, siempre y cuando cumplan con todas las condiciones previstas en las bases del concurso.

Si realizado el concurso la dependencia o entidad convocante decide no firmar el contrato respectivo cubrirá, a solicitud escrita del ganador, los gastos no recuperables en que éste hubiere incurrido. Los reembolsos sólo procederán en relación con gastos no recuperables, que sean razonables, debidamente comprobados y se relacionen directamente con el concurso de que se trate.

7.5.2.- Contrato Público del Proyecto de Asociaciones Público Privadas.

El contrato Asociaciones Público Privadas es el documento más relevante en la implementación de una APP, en él se prevé el contenido obligacional de las partes y las consecuencias de su incumplimiento. Su objeto es documentar las condiciones de la relación entre las instancias del sector público y del sector privado para la prestación del servicio contratado.



El contrato de Asociaciones Público Privadas sólo podrá celebrarse con particulares personas morales cuyo objeto social o fines sean, de manera exclusiva, realizar aquellas actividades necesarias para desarrollar el proyecto respectivo. El objeto social podrá incluir la participación en el concurso correspondiente.

El objeto del contrato no podrá ser otro que el que establecen los artículos 2 y 3 de la Ley de Asociaciones Público Privadas, que en esencia se refieren a la presentación de servicios bajo los estándares establecidos por las dependencia y entidades promotoras, mismas que solo pueden tener dos vertientes principales:

- ✓ **La prestación de los servicios que el proyecto implique.** Los desarrolladores deben cumplir con los niveles o estándares de desempeño previstos en el contrato de Asociaciones Público Privadas. Es relevante encontrar el equilibrio; si se establecen demasiados, será difícil o costoso para el ente público supervisar el cumplimiento. Además, el proyecto puede incrementar innecesariamente el costo de financiamiento o incluso de venir en no bancable, si el riesgo de conflicto para el pago de los servicios es muy alto, lo que por otra parte tendrá a estresar las relaciones entre las partes. La entidad contratante debe autorizar el inicio de la prestación de los servicios, previa verificación técnica de las instalaciones, las que deberán cumplir las condiciones de seguridad establecidas en la ley y el contrato.
- ✓ **La ejecución de las obras de infraestructura que requiera la prestación de los servicios, a los que reitera como objeto principal de los contratos de Asociaciones Público Privadas.** Estas conllevan siete obligaciones principales para el desarrollador: i.- la construcción de las obras de infraestructura requeridas para la prestación de los servicios. Infraestructura que debe cumplir con las especificaciones establecidas en la normatividad aplicables y ser capaz de ofrecer los resultados esperados, en términos de servicios, que es nuestra opinión, donde conviene centrar las especificaciones del contrato a fin de permitir que el mercado agregue



valor y calidad al proyecto, en cualquier caso hay que poner especial interés a la seguridad, en sus diversos enfoques, y en su caso, la de construir, equipar, mantener, conservar y reparar la infraestructura requerida para prestar dichos servicios, la que debe ceñirse a los programas y especificaciones pactadas en el contrato, y cumplir las normas ambientales, de asentamientos humanos, desarrollo urbano y aquellas otras aplicables en los ámbitos federal, estatal y municipal. La infraestructura puede comprender instalaciones para la realización de actividades complementarias, comerciales o de otra índole que sean convenientes para los usuarios de los servicios, siempre que sean compatibles y susceptibles de un aprovechamiento diferenciado del servicio principal, cuyas características, términos y condiciones de construcción, uso y destino al final del contrato deben establecer en este último; ii.- Cumplir con las instrucciones que el ente público contratante emita, cuando lo haga con fundamento legal o de conformidad con las disposiciones del contrato; iii.- Contratar los seguros y mantenerlos vigentes de forma ininterrumpida por los plazos establecidos; iv.- Asumir los riesgos establecidos en el contrato. Esta obligación es el corazón de las Asociaciones Público Privadas. El contrato debe ser muy claro en los riesgos que implica, quién los toma, cómo se administrarán y en las consecuencias que se generarán en caso de actualizarse el riesgo de que se trate. Incluso, si resulta posible, incluir su valuación a materializarse ocasionando la suspensión del servicios, la afectación de los estándares de servicio o la inutilización del a infraestructura; v.- Proporcionar la información que solicite la entidad contratante o cualquiera otra autoridad. Esta obligación, no es de carácter absoluto, sino que la misma queda sujeta a otras disposiciones legales entre las que podríamos destacar las correspondientes al secreto bancario, a la reserva fiduciaria, a los secretos industriales o a la información personal, entre otros; vi.- Permitir y facilitar la supervisión y la práctica de auditorías, la cual queda sujeta a la regulación que al respecto se establezca en el contrato y la que resulte aplicable dela normatividad vigente, por lo que se refiere a la competencia



de la autoridad que pretenda llevar a cabo la supervisión o la auditoría de que se trate, por ejemplo en materia fiscal, ambiental, laboral o en la materia sustantiva correspondiente; y vii Guarda de confidencialidad respecto de la información relacionada con el proyecto. La redacción de esta cláusula del contrato, siempre requiere de un cuidado especial para determinar lo que debe entenderse por información confidencial y la información que queda excluida; así como en la determinación del plazo de la obligación, mismo que tiende a ser amplio desde el punto de vista de la entidad contratante y a reducirse por parte del desarrollador. Es relevante no exagerar, sino tratar de evaluar las razones que puede llegar a exceder la vigencia del contrato

- ✓ Los requisitos mínimos a que están condicionado el contrato están descritos en el artículo 91 de la Ley de Asociaciones Público Privadas, señalando expresamente que el contrato y sus anexos son los instrumentos que vinculan a las partes en sus derechos y obligaciones. Las estipulaciones del contrato no deberán contravenir los términos y condiciones de las bases del concurso y los señalados en las juntas de aclaraciones.
- ✓ El plazo máximo del contrato incluyendo con sus prórrogas, no deberán exceder, en su conjunto, de cuarenta años, salvo lo que en forma expresa señala el artículo 87, fracción II, de la propia Ley de Asociaciones Público Privadas.
- ✓ La subcontratación de la ejecución de la obra o de la prestación de los servicios sólo podrá realizarse en los términos y condiciones establecidos en las bases y expresamente pactados por las partes y previa autorización de la dependencia o entidad promotora. En todo caso, el desarrollador será el único responsable ante la dependencia o entidad contratante.
- ✓ Los derechos del desarrollador, derivados del contrato de Asociaciones Público Privadas, podrán darse en garantía a favor de terceros, o afectarse de cualquier manera, en los términos y condiciones que el propio contrato señale y previa autorización de la dependencia o entidad contratante. De igual manera, podrán darse en garantía o transmitirse las acciones



representativas del capital social del desarrollador, de conformidad con las disposiciones estatutarias aplicables y previa autorización de la dependencia o entidad contratante.

- ✓ El desarrollador podrá ceder los derechos del contrato, total o parcialmente, previa autorización de la dependencia o entidad contratante. Esta cesión sólo podrá llevarse a cabo en los supuestos, términos y condiciones previstos en el propio contrato.
- ✓ La construcción, equipamiento, mantenimiento, conservación y reparación de la infraestructura de un proyecto Asociaciones Público Privadas deberán realizarse conforme al programa, características y especificaciones técnicas pactadas en el contrato correspondiente, así como observar las disposiciones de protección ambiental, preservación y conservación del equilibrio ecológico, asentamientos humanos, desarrollo urbano y demás aplicables, en los ámbitos federal, estatal y municipal.
- ✓ El desarrollador deberá prestar los servicios de manera continua, uniforme y regular, en condiciones que impidan cualquier trato discriminatorio, con los niveles de desempeño pactados, en los términos y condiciones previstos en el contrato, autorizaciones para la prestación de los servicios, así como en las disposiciones aplicables.
- ✓ Si los derechos derivados del contrato de Asociaciones Público Privadas y, en su caso, de las autorizaciones para la prestación de los servicios, o bien los inmuebles, bienes y derechos incorporados a la infraestructura o destinados a la prestación de servicios, no considerados públicos, fueron dados en garantía o afectados de cualquier manera, y dichas garantías o afectaciones se hicieren efectivas, los titulares de las mismas sólo tendrán derecho a los flujos generados por el proyecto, después de deducir los gastos y gravámenes fiscales de los mismos.
- ✓ La Ley de Asociaciones Público Privadas prevé que la dependencia o entidad contratante podrá intervenir en la preparación, ejecución de la obra, prestación de los servicios, o en cualquier otra etapa del desarrollo de un proyecto de asociación público-privada, cuando a su juicio el



desarrollador incumpla sus obligaciones, por causas imputables a ésta, y ponga en peligro grave el desarrollo mismo del proyecto.

- ✓ En términos de la Ley de Asociaciones Público Privadas está permitida la rescisión de los contratos de Asociaciones Público Privadas en los siguientes casos:
 - La cancelación, abandono o retraso en la ejecución de la obra, en los supuestos previstos en el propio contrato.
 - La no prestación de los servicios contratados, su prestación en términos distintos a los pactados, o la suspensión de éstos por más de siete días naturales seguidos, sin causa justificada.
 - En caso de que el proyecto requiera autorizaciones para la prestación de los servicios, la revocación de éstas.

- ✓ Corresponderá a la Secretaría de la Función Pública, en ejercicio de sus atribuciones, supervisar que la preparación, inicio y adjudicación de los proyectos de Asociaciones Público Privadas así como de los demás actos regulados por la Ley de Asociaciones Público Privadas. Los aspectos exclusivamente de naturaleza técnica de los proyectos de asociación público-privada no serán objeto de la supervisión de la Secretaría de la Función Pública. La supervisión de la prestación de los servicios, en su caso, de la ejecución de la obra y, en general, del cumplimiento y desarrollo del proyecto de Asociaciones Público Privadas, corresponderá exclusivamente a la dependencia o entidad contratante y a las demás autoridades que resulten competentes. La supervisión de las autorizaciones para la ejecución de las obras, así como para la prestación de los servicios, corresponderá a las autoridades que las hayan otorgado.

7.6.- Expediente de proyecto de Asociaciones Público Privadas.

Es obligación de las entidades y dependencia que participen en un proyecto Asociaciones Público Privadas, integrar un expediente que contenga en su caso, los siguientes documentos:



- ✓ El dictamen de viabilidad con los estudios y análisis que lo soporten.
- ✓ La aprobación de la suficiencia presupuestaria para cubrir erogaciones con recursos federales presupuestarios.
- ✓ El contrato con el agente que hubiere contratado la contratante, incluyendo los documentos relativos a sus actuaciones.
- ✓ En caso de concurso: la convocatoria, las bases con sus anexos y modificaciones, la propuesta ganadora y de las dos inmediatas siguientes, dictamen del fallo, fallo, actas, solicitudes de aclaraciones y de los participantes, aclaraciones al fallo, informe de irregularidades y reembolso de gastos, entre otros.
- ✓ En caso de invitación a tres o adjudicación directa: el dictamen del titular de la dependencia, así como los demás documentos relevantes.

- ✓ Respecto de inmuebles, bienes o derechos adquiridos por la contratante:
 - En caso de adquisiciones convencionales o por licitación: los documentos relativos, avalúos, convocatorias, base de licitación, contratos, comprobantes de pago.
 - El caso de expropiaciones: el expediente de expropiación que incluya la declaratoria de utilidad pública, las publicaciones y notificaciones de dicha declaratoria, el análisis de viabilidad técnica del proyecto, el análisis de rentabilidad social del proyecto, el dictamen de viabilidad del proyecto, avalúo de los bienes, planos topográficos, copia certificada del folio real o de inscripción del inmueble en el Registro Público de la Propiedad; los documentos a que se refiere la Ley Agraria respecto de bienes ejidales o comunales, ejemplar del DOF con la publicación del decreto expropiatorio, comprobantes de pago de la indemnización, aceptación de pagos en especie, acta de ocupación.

- ✓ Personalidad jurídica y representación legal del desarrollador.



- ✓ Cesiones, garantías y afectaciones a los títulos representativos del capital social.
- ✓ Autorizaciones relativas a las obras y los servicios, sus modificaciones, cesiones, afectaciones y demás actos relevantes.
- ✓ El contrato y sus anexos, modificaciones, cesiones y convenios.
- ✓ Garantías.
- ✓ Autorización para el inicio de los servicios.
- ✓ Notificación de la intervención, actuaciones de los interventores, actas de entrega-recepción al inicio y a la terminación de la intervención.
- ✓ Relativos a la terminación del contrato.
- ✓ Recursos y juicios.
- ✓ Los que considere conveniente la contratante
- ✓ En caso de propuestas no solicitadas:
 - Propuesta con sus anexos.
 - Declaración del promotor de que no se trata de propuestas presentadas por el propio promotor y ya resueltas.
 - Opinión de la dependencia o entidad.
 - Documentos del concurso.
 - Documentos relativos a la determinación de los montos a cubrir al promotor por la adquisición de los estudios.

