

Marco Regulatorio para el Desarrollo de Asociaciones Público-Privadas en Estados de la República Mexicana

Análisis comparativo de la legislación en materia de PPS y Concesiones



Informe Final

Este documento fue elaborado por Derek M. Woodhouse
Socio de Woodhouse Lorente Ludlow, S.C.

México, Distrito Federal
Agosto 2010



Patrocinado por el Fondo Multilateral de Inversiones del
Banco Interamericano de Desarrollo

Los criterios aquí expresados son de los autores y no
necesariamente reflejan la posición oficial del BID ó del FOMIN

INDICE

INTRODUCCIÓN	4
Asociaciones público-privadas.....	4
Clasificación de las APP en México	5
Análisis Comparativo de la legislación de APP en México	12
PPS.....	13
Nivel del ordenamiento jurídico que prevé el esquema PPS	14
Nombre que recibe el esquema PPS.....	16
Tipo de reforma realizada para incorporar el esquema PPS.....	18
Tipo de regulación para PPS (según la ley que los rige)	20
Ley que rige la adjudicación de PPS.....	22
Reglas para garantizar el “valor por dinero” de los PPS	24
Aprobación por parte del Congreso Local.....	26
Normas especiales respecto al contenido obligacional de los contratos	28
Normas especiales para mecanismos alternos de pago	30
CONCESIONES.....	32
Tipo de regulación para Concesiones (según la ley que los rige)	33
Plazo máximo de duración	35
Cesión, gravamen y enajenación de derechos del concesionario	37
Rescate	39
Revocación de la Concesión	41
Recurso de la Concesión	43
APÉNDICES	45
Estado de Oaxaca.....	47
Estado de Durango.....	54
Estado de Guerrero.....	61
Estado de México.....	65
Estado de Nayarit.....	74
Estado de Quintana Roo.....	79
Estado de Baja California Sur.....	83

Estado de Zacatecas.....	87
Estado de Michoacán.....	91
Estado de Tabasco.....	95
Estado de Aguascalientes.....	98
Estado de Coahuila.....	102
Estado de San Luis Potosí.....	106
Estado de Chiapas.....	110
estado de Veracruz.....	115
Estado de Tamaulipas.....	118
Distrito Federal.....	124
Estado de Jalisco.....	128
Estado de Sonora.....	132
Estado de Guanajuato.....	139
Estado de Morelos.....	144
Estado de Puebla.....	154
Estado de Yucatán.....	159
Estado de Querétaro.....	165
Estado de Campeche.....	172
Estado de Baja California.....	176
Estado de Nuevo León.....	176

ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS

Origen y justificación de las APP

Es innegable que la adecuada dotación de infraestructura básica tiene un impacto altamente positivo en el desarrollo de un país, estado o región, ya que repercute en su productividad, crecimiento económico, competitividad y, sobre todo, contribuye significativamente a un mayor bienestar social y a una mejor calidad de vida. Por ello, uno de los retos más importantes que enfrentan todos los gobiernos consiste precisamente en poder desarrollar más y mejor infraestructura básica en las diferentes áreas que demanda la sociedad, particularmente en los sectores de salud, vivienda, agua, energía, comunicaciones, transporte, seguridad pública y educación.

En el contexto mundial y regional actual, caracterizado por economías fuertemente recesivas donde se aplican políticas de ajuste presupuestario y reducción de déficit fiscal cada vez más rigurosas, los recursos presupuestarios y financieros con los que cuenta el sector público resultan insuficientes para hacer frente a los requerimientos de inversión para desarrollar infraestructura básica. Ante tal escenario, en las últimas décadas se han desarrollado nuevos canales, mecanismos y procedimientos que permiten aprovechar los recursos con los que cuentan los sectores social y privado para desarrollar esa infraestructura básica, entre ellos su capacidad financiera, de gestión y de innovación. A estos nuevos esquemas de contratación, participación o alianzas se les conoce con el nombre genérico de asociaciones o alianzas público-privadas ("APP").

Cuando las APP se encuentran debidamente diseñadas y correctamente ejecutadas, permiten hacer un uso más eficiente del gasto público y canalizar los recursos disponibles hacia donde más beneficios repercutan a la sociedad. A través de ellas es posible aprovechar la experiencia y los medios de financiamiento y desarrollo de infraestructura con los que cuentan los sectores social y privado, y dirigir los recursos públicos hacia las funciones esenciales de la administración pública. Por ello, en las últimas décadas la participación de los sectores social y privado se ha convertido en un elemento fundamental para desarrollar infraestructura básica y prestar ciertos servicios públicos.

Existen otros factores que han coadyuvado a la difusión y generalización de las nuevas técnicas y alternativas que ofrecen las APP, entre las cuales destacan la ineficiencia del modelo tradicional de administración de infraestructura pública y prestación de servicios; la insatisfacción de los usuarios respecto a la calidad de la infraestructura y servicios públicos; y, la creciente exigencia y presión por parte de los contribuyentes respecto a la eficacia y eficiencia en la administración y destino de recursos públicos.

Los diferentes esquemas de APP que han sido implementados con éxito tanto en México como en otros países varían de manera importante en cuanto a su estructura, naturaleza y alcance. El espectro de APP es sumamente amplio y también lo es la experiencia desarrollada en esta materia a nivel internacional, nacional, estatal y municipal.

Concepto de APP en sentido amplio

No existe una definición universalmente aceptada de lo que debe entenderse por APP y ello se debe a que el término ha sido utilizado para caracterizar de distintas maneras, en distintos lugares y desde muy diversos ángulos, cierto universo de actividad económica que involucra la participación de los sectores social y privado en actividades tradicionalmente a cargo del Estado y, por otra parte, la forma de esa participación ha estado en constante evolución.

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

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

APP = Asociación público - privada
Cualquier asociación entre
una entidad del sector público y una entidad del sector privado
que tenga por objeto contar con cierta infraestructura básica o servicio público.

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

Con base en lo anterior, es posible afirmar que las APP son asociaciones creadas entre una o varias entidades que representan los intereses del Estado, y una o varias entidades de los sectores social y/o privado, con el objeto de satisfacer ciertas necesidades colectivas a cargo del Estado mediante el aprovechamiento de las capacidades y habilidades que aportan en su conjunto esas entidades.

Esta definición, aun cuando resulta demasiado general, permite comprender la naturaleza de las APP en su sentido más amplio. Sin embargo, el uso tan diverso que se le ha dado al término APP en todo el mundo ha generado problemas de terminología que han dificultado su entendimiento y aplicación. La falta de consenso respecto al alcance específico del término APP se origina principalmente por las diferentes posturas que existen respecto al grado y la forma en que pueden participar en la asociación los sujetos de la misma, y respecto a lo que puede ser el objeto inmediato de las APP, es decir, la caracterización de las necesidades colectivas específicas que se pueden satisfacer a través de las APP.

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

En cuanto al grado y la forma en que pueden participar en la asociación los sujetos de la misma, en algunos casos el término APP se utiliza para caracterizar cualquier tipo de asociación en la que participe una entidad privada para satisfacer ciertas necesidades colectivas que se encuentran a cargo del Estado, sin importar si el grado de esa participación es mínimo, o bien, total. En estos casos, a los que denominaremos "APP en sentido lato", el término APP abarca un espectro sumamente amplio de esquemas de asociación entre el sector público y el sector privado; desde una simple contratación de servicios, como sería la contratación de una empresa privada por parte de un organismo público para que se encargue de diseñar los planos de una nueva unidad para un hospital a cargo del Estado, hasta un proceso de privatización, como sería la enajenación de activos de distribución de gas natural propiedad del Estado a empresas del sector privado mediante un procedimiento de licitación pública y la previa expedición de un nuevo marco jurídico que establezca la regulación económica a la que se sujetará la distribución de gas natural por parte de los particulares. Esta acepción del término APP es común en países latinoamericanos y no lo es tanto en países anglosajones en los que el término APP, o PPP por sus siglas en inglés, se utiliza más comúnmente en su sentido estricto.

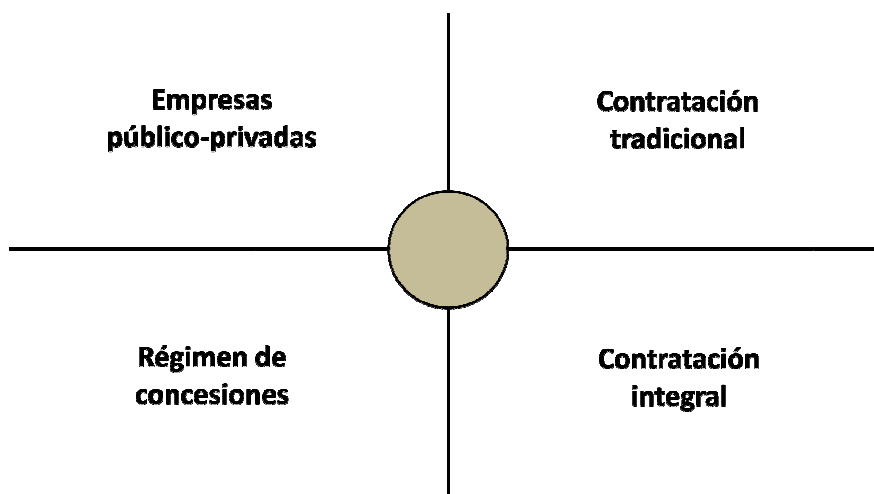
CLASIFICACIÓN DE LAS APP EN MÉXICO

Clasificación jurídica de las APP

Dependiendo de la forma legal que adopte la asociación correspondiente, es decir, del tipo de instrumento jurídico mediante el cual la entidad pública se asocia con la entidad privada, en México las APP pueden clasificarse en cuatro categorías:

- Empresas público-privadas o mixtas, que comprenden a las empresas de participación estatal ya sea mayoritaria o minoritaria, a los fideicomisos públicos, y a las empresas sin personalidad jurídica de participación mixta;
- Contratación tradicional, que comprende la contratación de obra pública, servicios relacionados con la obra pública, arrendamientos, adquisiciones, suministros o servicios;
- Régimen de concesiones, que comprende a las actividades sujetas a concesión, permiso, autorización o licencia mediante las cuales el Estado delega o faculta a una persona del sector privado para que explote un bien o servicio a cargo del estado; y,
- Contratación integral, que comprende la contratación a largo plazo de servicios que requiere la autoridad contratante para poder dar un mejor cumplimiento a su objeto o función y que para ser prestados puede resultar

necesario realizar diversas actividades como el diseño, el financiamiento, la construcción, la puesta en marcha, la operación y el mantenimiento de cierta infraestructura básica y la provisión de ciertos servicios auxiliares.



Atendiendo a la clasificación antes aludida, es posible identificar la naturaleza y las principales características del marco regulatorio que resulta aplicable a cada tipo de APP en México.

Empresas Público-Privadas o Mixtas

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

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

Esta clase de APP tuvo un importante desarrollo en México en la década de los años setentas y primera parte de los ochentas, pero actualmente es poco utilizado en México a pesar de que existe hoy en día una reciente tendencia en países europeos para aprovechar esta clase de esquemas. Es posible anticipar que este tipo de APP tiene

mucho que ofrecer en México y que probablemente será necesario realizar reformas en años venideros para poder aprovecharlo.

Contratación Tradicional

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

La contratación tradicional es sin duda el esquema de APP que mejor se conoce y más se utiliza en México para poder aprovechar la capacidad y los recursos de los sectores social y privado. En la gran mayoría de los casos, el tipo de asociación generada por esta clase de contratos corresponderá a una APP en sentido lato y no a una APP en sentido estricto. Sin embargo, esta categoría permite agrupar tanto a los esquemas tradicionales de contratación como a los que, dependiendo del criterio que se adopte, puedan ser considerados como APP en sentido estricto a pesar de ser realizados a través de un contrato tradicional que adopta cierto grado de complejidad y transfiere mayores riesgos a la entidad privada.

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

No obstante lo anterior, también existen leyes en materias específicas que prevén o establecen reglas especiales para cierto tipo de contrataciones, como es el caso de la Ley Reglamentaria del Artículo 27 Constitucional en Materia de Petróleo y la Ley Orgánica de Petróleos Mexicanos, las cuales establecen un régimen de excepción para cierto tipo de contrataciones.

Régimen de Concesiones

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

El régimen de concesiones ha sido utilizado en México por muchos años y constituye una herencia importante del sistema jurídico francés, español y romano. A diferencia de otros países, el régimen de concesiones no es un esquema novedoso en México. En

algunos países la figura de la concesión es considerada como una modalidad de contratación pública pero en México es considerada como un acto unilateral del Estado y se encuentra sujeto a un régimen especial y a reglas exorbitantes del derecho civil.

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

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

Contratación Integral

En las últimas dos décadas se ha ido gestando a nivel mundial una nueva modalidad de APP cuya formalización requiere de la contratación pública de una serie de funciones y actividades que de manera integral quedan a cargo de una entidad privada y que tienen por objeto proveer directamente cierta infraestructura básica o servicio al público en general, o bien, proveer a una entidad pública los elementos necesarios para que sea esa entidad quien provea la infraestructura básica o el servicio público y con ello pueda dar un mejor cumplimiento a su objeto o función.

Bajo este rubro se encuentran los esquemas conocidos como PIDIREGAS (proyectos de inversión con diferimiento en el registro del gasto) que se han utilizado en el sector energía bajo diversas modalidades, entre ellas la obra pública financiada, los contratos llave en mano, los contratos de construcción-arrendamiento-transferencia, los contratos de compra-venta de capacidad y energía con productores independientes y los contratos de servicios múltiples. También podemos agrupar en este género a los contratos de prestación de servicios de largo plazo para plantas de tratamiento de agua y a los proyectos para prestación de servicios ("PPS"), que también utilizan la figura de contratos de prestación de servicios de largo plazo pero se encuentran sujetos a una serie de reglas que asegurar una mayor transferencia de riesgos al sector privado y la posibilidad de que las inversiones realizadas no sean consideradas como deuda pública.

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

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

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

Los PPS constituyen hoy en día la forma más conocida de contratación integral y no son sino la versión mexicana de la PFI británica (Iniciativa de Financiamiento Privado). Su reciente adopción en el ámbito estatal y municipal en la gran mayoría de las entidades federativas de la República ha detonado un nuevo potencial para aprovechar la capacidad y recursos del sector privado en la generación de infraestructura y servicios públicos.

Concepto de APP en sentido estricto

En la gran mayoría de los casos el término APP se utiliza para caracterizar asociaciones en las que la participación de la entidad privada va más allá de una contratación tradicional, es decir, más allá de la típica contratación de servicios, adquisiciones, arrendamientos u obra pública bajo esquemas tradicionales, pero sin llegar a una privatización de la actividad económica de que se trate. En estos casos, a los que denominaremos "APP en sentido estricto", el término APP abarca un espectro bastante amplio de esquemas de asociación entre el sector público y el sector privado.

El problema que presenta el uso del término APP en este su sentido estricto es la falta de consenso respecto a la ubicación de las fronteras conceptuales que existen entre las APP y la contratación tradicional, por un lado, y la privatización, por el otro.

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

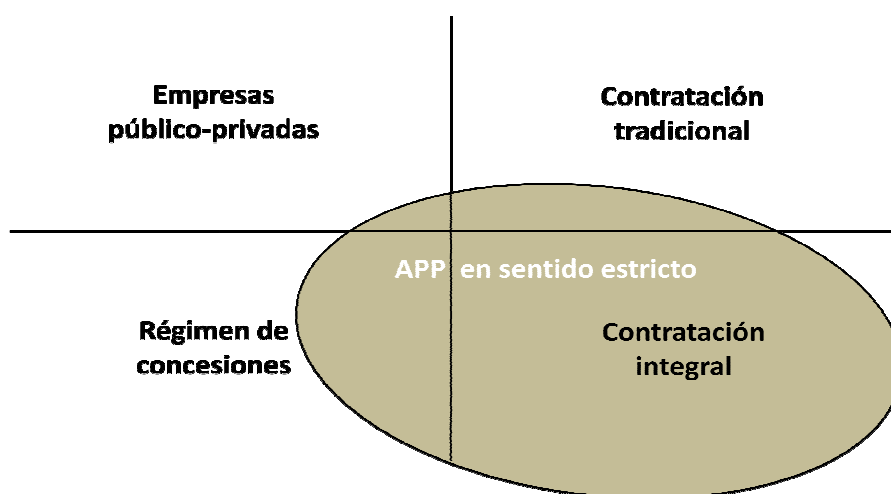
Si bien los elementos que caracterizan a cada una de estas APP son muy variados, en todos los casos la entidad privada se obliga, de una manera u otra, a realizar una serie de actividades y de asumir una parte de los riesgos inherentes a las mismas o inherentes al proyecto de que se trate. Sin embargo, esto mismo resultaría cierto en los esquemas de contratación tradicional y la única diferencia sería el grado de participación en las actividades y la magnitud de los riesgos que asuma la entidad privada. La dificultad que

existe para definir el término APP, en sentido estricto, se debe principalmente a que no existe consenso en cuanto a los aspectos que distinguen una APP de los esquemas de contratación tradicional.

Incluso el Fondo Monetario Internacional reconoce expresamente que no existe uniformidad de criterio en cuanto a qué constituye y qué no una APP y cita una definición de APP de la Comisión Europea (*la transferencia al sector privado de proyectos de inversión que tradicionalmente han sido ejecutados o financiados por el sector público*) para destacar que, además de la ejecución y el financiamiento privado, las APP presentan dos características importantes:

- Un mayor énfasis en la provisión del servicio y en su financiamiento por parte del sector privado; y,
- Una transferencia significativa de riesgos al sector privado.

Esta precisión resulta de fundamental importancia para comprender el verdadero sentido y alcance que guarda el concepto de APP en su sentido estricto, que de hecho es el mayormente utilizado y el que ha despertado un renovado interés en el desarrollo de esquemas de APP en todo el mundo. Es esencial entender que lo que caracteriza a una APP es precisamente la transferencia significativa a la entidad privada de los riesgos inherentes al proyecto y de que existe un mayor énfasis en los resultados que aporta esa entidad privada y en que el financiamiento o una parte importante del mismo quede a cargo de esa entidad privada.



ANÁLISIS COMPARATIVO DE LA LEGISLACIÓN DE APP EN MÉXICO

Desarrollo de las APP en México

La nueva generación de APP, desarrolladas principalmente en Europa y Asia, ha motivado una serie de cambios y ajustes normativos en todo el mundo que han permitido mejorar sustancialmente los esquemas de contratación y participación de los sectores social y privado para poder desarrollar infraestructura básica y prestar servicios públicos. México no ha sido la excepción y prueba de ello son los cambios normativos que se han llevado a cabo en esta materia durante el último lustro a nivel federal, estatal y municipal.

La incorporación, desarrollo y evolución de esquemas de APP ha sido menos evidente a nivel estatal y municipal; sin embargo, en los últimos siete años se han gestado cambios importantes en materia de concesiones y contratación de servicios y obra pública, particularmente en por lo que hace a la reciente incorporación del esquema PPS en la gran mayoría de las entidades federativas.

El presente estudio contiene el resultado de un análisis realizado a los diversos marcos jurídicos que rigen a los PPS y a las concesiones en las entidades federativas de la República. En los apéndices correspondientes se presenta el resultado del análisis por estado y en las siguientes secciones se presenta un análisis comparativo respecto a los puntos más relevantes.