

Secretaría de Hacienda y Crédito Público



Ley de Asociaciones Público Privadas

Tuxtla Gutiérrez, Chiapas

16 de Febrero de 2011

Antecedentes

- Bajo el régimen jurídico actual, para la prestación de servicios o la construcción de infraestructura, el Gobierno Federal cuenta con las siguientes figuras:

FIGURAS:	APLICABLE EN CASO DE:	DISPOSICIONES QUE LAS REGULAN:
1. CONTRATOS TRADICIONALES	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios Públicos: Compra de materiales de uso cotidiano de oficina, arrendamiento de vehículos y prestación de servicios de mantenimiento general o telefonía. ▪ Obra Pública: Construcción de inmuebles para oficinas de dependencias, escuelas, presas, etc. 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Ley de Adquisiciones. ▪ Ley de Obra Pública.
2. CONCESIÓN	<ul style="list-style-type: none"> ▪ Prestación de Servicios públicos a través de particulares. ▪ Obra pública concesionada (puertos, carreteras) ▪ Uso o Explotación de bienes del dominio público por particulares. (Incluye de ser necesaria, la construcción de infraestructura) 	<ul style="list-style-type: none"> ▪ La ley de cada materia. (Ej.: Caminos y puentes, Puertos, Minas, Aguas, Telecomunicaciones, entre otras).

Proyectos para la Prestación de Servicios (PPS)

En el esquema PPS se advierten las siguientes áreas de oportunidad:

1. El fundamento se encuentra en un acuerdo secretarial, lo que en ocasiones genera incertidumbre jurídica tanto para los inversionistas como para los servidores públicos involucrados.
2. El procedimiento de contratación se regula paralelamente por la Ley de Adquisiciones y el citado acuerdo secretarial.
3. La prestación del servicio se regula, también de forma paralela, por la Ley de Adquisiciones y la ley de la materia (camino, salud, etc.), lo que genera en muchos casos contradicciones o divergencias sobre la norma aplicable.
4. El acuerdo no regula expresamente el caso en que la prestación de un servicio involucra el otorgamiento de una concesión.
5. Tampoco regula expresamente la participación del gobierno Federal con otros niveles de gobierno (estatal y municipal).

Proyectos para la Prestación de Servicios (PPS)

6. La autoridad tiene facultades limitadas para modificar condiciones de la concesión, lo cual incrementa el riesgo, mismo que repercute en el costo (remuneración esperada).
7. Las controversias son resueltas por instancias y tribunales administrativos:
 - a) La Dependencia contratante, mediante el recurso de inconformidad
 - b) La Secretaría de la Función Pública, a través de la conciliación o el recurso de inconformidad, y
 - c) Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, mediante juicio de nulidad.

Resulta difícil poder pactar mecanismos alternativos de solución de controversias.

8. Los incumplimientos de cláusulas tanto esenciales como secundarias, pueden derivar en rescisión administrativa (decisión unilateral) del contrato.

Ninguna de las tres figuras (Contrato, Concesión o PPS) tiene fundamento legal claro y específico para transmitir riesgos del Estado a los particulares y, en consecuencia, cubrir contraprestaciones acordes con los riesgos asumidos.

Proyectos para la Prestación de Servicios (PPS)

Ramo: Comunicaciones y Transportes

Proyecto	Monto Total Inversión ^{1/}	Valor Total Contrato ^{2/}	Obligación de pago prevista			
			2010	2011	2012	2013
Nuevo Necaxa-Ávila Camacho	4,387	2,255	68	350	449	449
Nueva Italia-Apatzingán	596	499	81	78	78	78
Río Verdes-Ciudad de Valles	3,095	1,725	154	334	334	334
Irapuato-La Piedad	631	904	284	190	190	190
Querétaro-Irapuato	1,172	1,753	265	513	513	513
Tapachula-Talismán	949	839	80	126	126	126
Mitla-Tehuantepec II ^{3/}	7,373		58	650	900	1,200

1/ El monto total incluye inversiones de años anteriores.

2/ Valor presente neto en la fecha de adjudicación, descontando al 12% en términos reales.

3/ En licitación, sin embargo para 2010 se requerirá de realizar pagos.

Proyectos para la Prestación de Servicios (PPS)

Ramo: Salud

Proyecto ^{1/}	Monto Total Inversión ^{2/}	Valor Total Contrato ^{3/}	Obligación de pago prevista			
			2010	2011	2012	2013
HRAE de Ixtapaluca	813	7,737		322	322	7,092
HRAE de Cd. Victoria	1,333	5,269	231	224	224	4,375
HRAE del Bajío	1,576	4,167	166	176	176	3,173

1/ HRAE significa Hospital Regional de Alta Especialidad

2/ El monto total incluye inversiones de años anteriores.

3/ Valor presente neto en la fecha de adjudicación, descontando al 12% en términos reales.

Ramo: Educación Pública

Proyecto	Monto Total Inversión ^{1/}	Valor Total Contrato ^{2/}	Obligación de pago prevista			
			2010	2011	2012	2013
Universidad Politécnica de SLP	640	1,095	144	148	152	816

1/ El monto total incluye inversiones de años anteriores.

2/ Valor presente neto en la fecha de adjudicación, descontando al 12% en términos reales.

Fuente: Proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación 2010.

Algunos retos de infraestructura mediante APPs

El Programa Nacional de Infraestructura prevé que el 58% de la inversión en los Sectores de Comunicaciones, Transportes y Agua provenga del sector privado.

Sin embargo, existen proyectos emblemáticos que no se han podido realizar por no existir el marco jurídico correspondiente que los impulse.

Sector	Monto Total de Inversión * (millones de pesos)
Carreteras	52,190
Agua y Residuos Sólidos	10,557
Transporte Público	38,467
Otros**	20,960
TOTAL	122,174

* Montos correspondientes a Proyectos emblemáticos con apoyo del FONADIN que presentan retrasos y a Proyectos emblemáticos en puerta.

** Fondo Verde, CIP Pacifico, Aeropuerto Riviera Maya, Puerto de Manzanillo, Puerto de Lázaro Cárdenas, Cárceles.

Diagnóstico

- El marco legal vigente ofrece los elementos indispensables para auspiciar APPs.
- Sin embargo, los instrumentos legales con fundamento en los cuales se debe realizar actualmente la infraestructura (la Ley de Obras y Ley de Adquisiciones) no fueron diseñados para las APPs.
- La Ley de Obras y la Ley de Adquisiciones resultan poco flexibles para desarrollar infraestructura bajo la modalidad APPs.
- Ninguna de las figuras tradicionales (contrato, concesión o PPS) tiene fundamento legal claro y específico para transmitir riesgos del Estado a los particulares y, en consecuencia, cubrir contraprestaciones acordes con los riesgos asumidos.
- La dispersión de normas y su jerarquía generan inseguridad y falta de certeza jurídica tanto a inversionistas como a servidores públicos.

Diagnóstico

- Esto inhibe la confección de algunos esquemas de APPs, sobre todo por la aversión al riesgo de parte de los agentes públicos y privados.
- Las inversiones públicas y privadas importantes requieren un marco legal que garantice seguridad y certeza jurídicas en proyectos de largo plazo.
- Ello es requisito para atraer tecnología de punta, capacidad empresarial, en ocasiones recursos privados a proyectos públicos, así como mejorar el desempeño de los proyectos.
- Por ello se requiere un ordenamiento sistemático y moderno que regule:
 1. Esquemas con requerimientos distintos a la contratación tradicional de obra pública y de servicios relacionados con ésta.
 2. De manera integral y auto-contenida esquemas de APPs con seguridad y certeza jurídicas para los particulares y para servidores públicos.

¿Qué son las Asociaciones Público Privadas (APPs)?

Para dar respuesta a las limitaciones anteriores, se presenta la posibilidad de establecer a nivel legal la figura de APPs.

¿A que se refiere el concepto de Asociaciones Público Privadas?

- A contratos entre el sector público y la iniciativa privada para la:
 1. Planeación;
 2. Construcción;
 3. Operación, y
 4. Mantenimiento
- De obras de infraestructura pública de largo plazo,
- Así como para la prestación de servicios relacionados con tales obras.

Diferencias con los PPS

- Este esquema contractual es más amplio
 - Se puede adjudicar un proyecto integral
 - En cualquier materia
 - Desde la planeación hasta la operación
 - Incluye:
 - a) Clausulas convencionales, y
 - b) Títulos de concesión, autorizaciones o permisos para ejecutar el contrato.
- La adjudicación ya no se sujetaría la Ley de Adquisiciones, sino a un marco jurídico especial; mas amplio, adecuado y flexible, aplicable a todas las materias.
- Al estar expresamente previsto en la Ley, elimina la incertidumbre jurídica de los acuerdos secretariales, lo que incentivaría la inversión de la iniciativa privada y la decisión de los servidores públicos.

Iniciativa de Ley

- La iniciativa de ley fue enviada por el Ejecutivo Federal a la Cámara de Senadores el 5 de noviembre del año 2009
- Fue aprobada por el Senado el 12 de octubre de 2010
- La Cámara de Diputados la recibió el 14 de octubre de 2010
- Contribuye con las siguientes ventajas:
 - a) Certeza jurídica para el particular;
 - b) Flexibilidad y certeza jurídica para los servidores públicos, y
 - c) Eficiencia en el uso de recursos.

Ventajas

- **Certeza jurídica:**
 1. Se elevan a nivel de ley y de manera autocontenida los procedimientos en todas las materias, salvo las constitucionalmente reservadas.
 2. Se diferencian el acto de autoridad de las materias convencionales
 3. Se precisan los derechos y obligaciones de las partes en los contratos, así como la distribución de riesgos entre el sector público y el sector privado.
 4. Se pueden aplicar métodos de solución alternativa de controversias
 5. Se pueden ceder los derechos de un proyecto para apalancarlo

- **Flexibilidad para los inversionistas y la APF:** En un solo procedimiento de concurso se adjudica el proyecto de manera integral

- **Eficiencia en el uso de recursos públicos:** se genera un efecto multiplicador de los recursos públicos, liberando fondos para atender otras necesidades básicas.

- **Promueve iniciativas del sector privado para ampliar el inventario de proyectos de infraestructura.**

Contenido

Aspectos generales.

- Prevé la formalización de un contrato para la prestación de un servicio a largo plazo que implica la construcción del activo fijo, construido total o parcialmente por el sector privado, o provisto total o parcialmente por el sector público, requiriendo, cuando la Ley así lo prevea, el otorgamiento de una concesión, permiso o autorización.
- Establece un régimen legal especial para la contratación de esquemas de APP, con apego a los principios previstos en los artículos 27 y 134 de la Constitución.
- El esquema APPs no resulta aplicable en los casos expresamente reservados al Estado por la Constitución.
- La Ley de APPs es aplicable a proyectos de entidades federativas y municipios cuando los recursos de éstos sean inferiores a los de la Federación. También es aplicable cuando sea adoptada expresamente por las entidades federativas.

Contenido

Preparación e inicio de los proyectos.

- Se obliga a la dependencia interesada a realizar los análisis previos para determinar la viabilidad de un proyecto APP (impacto ambiental, preservación y conservación del equilibrio ecológico).
- Da prioridad al trámite de los proyectos APP
- Afirmativa ficta cuando la autoridad no de respuesta en 60 días hábiles.
- Para justificar la conveniencia de llevar a cabo un proyecto APP, las dependencias y entidades deberán contar con un análisis respecto de otras opciones de contratación con base en los lineamientos que determine la SHCP.
- Se pueden adjudicar directamente estudios cuando con un costo no mayor al 4% del proyecto o 9.5 millones de UDIs, lo que resulte menor.

Contenido

Propuestas no solicitadas.

- Se prevé que los particulares presenten ofertas no solicitadas por el sector público con las siguientes características:
 1. Permitirán ampliar el inventario de estudios y proyectos.
 2. Sean autofinanciables, innovadoras, de interés público y con una alta rentabilidad social.
 3. A quienes ofrecen las propuestas se les otorga un certificado que les permite obtener un premio de hasta el 10% en relación con los criterios de adjudicación, o bien el derecho de igualar o mejorar la propuesta ganadora.
 4. En caso de no realizar el concurso, la dependencia podrá adquirir los estudios y rembolsar los gastos al particular.
 5. Las dependencias contarán con un plazo de hasta 3 meses, prorrogable por otro igual, para su análisis y evaluación.

Contenido

Adjudicación de los proyectos.

- Mediante concurso público se adjudica el contrato de manera integral, incluyendo la concesión, permiso o autorización que, en su caso, se requiera.
- Se prevén supuestos de excepción al concurso público (seguridad nacional, fines militares, sustitución de desarrollador por terminación anticipada).
- Se puede contratar un agente para llevar a cabo el concurso de APP.
- La impugnación del fallo relativo al concurso no suspenderá éste o la obra, salvo los casos específicos previstos en la ley.
- La impugnación contra el fallo y la suspensión del proyecto requieren garantía (de entre el 10 y el 30% de la propuesta económica del inconforme).
- El contrato se celebra con una sociedad mercantil de objeto exclusivo (desarrollador).

Contenido

Adquisición de bienes.

- Los bienes pueden adquirirse convencionalmente o por expropiación; por la dependencia o entidad o por el desarrollador.
- Es posible negociar con terceros con intereses económicos, y no solo con el titular jurídico del bien afectado.
- Los avalúos los elabora un tercero (INDAABIN, corredores públicos, las instituciones de crédito del país o profesionistas especializados en valuación).
- Avalúo objetivo, determinando un precio justo y equitativo para ambas partes. Se podrá considerar la plusvalía de los bienes necesarios para el proyecto.
- Se podrán pagar anticipos de hasta 50% del precio del inmueble contra la posesión del mismo.

Contenido

- Se incluye como causa de utilidad pública para efectos de la Declaratoria de Utilidad Pública, la realización de proyectos de asociación público – privada.
- Cuando la Declaratoria de Utilidad Pública ha quedado firme, se puede expedir el Decreto de Expropiación y ocupar inmediatamente el inmueble.
- La interposición de recursos y medios de defensa no suspende la ocupación.
- Sólo se puede controvertir el monto y a quién se paga la indemnización.
- Se respetan las disposiciones legales que rigen la expropiación en materia agraria.
- En caso de que se expropie parte del inmueble y la superficie restante resulte inviable, el afectado podrá convenir con el Estado que éste adquiera esa parte.
- Pago de la indemnización en un plazo máximo de 90 días hábiles.

Contenido

Las asociaciones público privadas.

- Se trata de un servicio para cuya prestación puede requerir o no de la obra asociada.
- El contrato que celebran el Estado y el particular (inversionista) establece con claridad la distribución de riesgos entre las partes durante la construcción de la infraestructura y a lo largo de la ejecución y operación del proyecto.
- Se define como plazo inicial de las concesiones, permisos o autorizaciones, 40 años, salvo en aquellos sectores que su Ley de origen establece un plazo mayor.
- Se podrán prorrogar los plazos de vigencia del contrato sin exceder de los previstos en las leyes que rijan a cada autorización (carreteras: 40+20 años; aeropuertos: 50+50 años).

Contenido

- Se establece el contenido mínimo de los contratos incluyendo los derechos y obligaciones del desarrollador (ejemplo: prórrogas de los contratos e indemnizaciones por eventos no imputables al desarrollador).
- Los derechos del contrato podrán cederse, darse en garantía o afectarse de cualquier manera, previa autorización de la convocante. Esto facilitará a los desarrolladores la obtención de financiamiento en mejores condiciones.

Contenido

Ejecución de los proyectos.

- La ejecución del proyecto se realiza conforme a niveles de desempeño pactados, debiendo observarse las disposiciones en materia de:
 1. Protección ambiental;
 2. Preservación y conservación del equilibrio ecológico, y
 3. Asentamientos humanos y desarrollo urbano.
- En caso de incumplimiento del desarrollador, para garantizar la continuidad del proyecto, la dependencia puede intervenir hasta por 3 años. Concluye cuando el desarrollador cumpla; de lo contrario se rescinde el contrato.
- No se afectan derechos adquiridos por terceros de buena fé relacionados con el proyecto. Esto brinda certidumbre a los acreedores.

Contenido

Modificación y prórroga de los proyectos.

- Por su naturaleza estos contratos de largo plazo no permiten prever todas las contingencias durante la vida del esquema, por lo que la ley establece la posibilidad de modificarlos e incluso ampliarlos durante el periodo de ejecución, siempre que no se trasladen riesgos diferentes de los originalmente pactados y cumpliendo con las reglas y requisitos que prevé la ley.
- Durante los 2 primeros años estas modificaciones no podrán exceder del 20% del costo pactado. Cuando las modificaciones excedan de ese porcentaje, sólo podrán pactarse después del segundo año.
- Se prevé la posibilidad de revisar los contratos para restablecer el equilibrio económico cuando éste se afecte por actos de autoridad .
- Se establece la facultad de prorrogar los contratos en cualquier momento hasta 1 año antes de la conclusión de su vigencia.

Contenido

Terminación de la asociación público privada.

- Disposiciones que dan certeza y seguridad jurídica a ambas partes respecto a la terminación, tales como la cancelación, abandono o retraso de la ejecución de la obra; la no prestación de los servicios contratados y la revocación de la concesión, permiso o autorización.
- En caso de terminación, se establece que los inmuebles, bienes y derechos destinados al proyecto se revierten en favor de la APF.

Supervisión de los proyectos.

- La supervisión se realiza conforme a los parámetros establecidos en las disposiciones aplicables y lo pactado en el contrato.
- Se prevé la posibilidad de contratar los servicios de supervisión a través de terceros.

Contenido

Solución de controversias.

- Se establecen reglas para dirimir diferencias de carácter técnico y económico:
 1. Mutuo acuerdo y con apego al principio de buena fe.
 2. Mediante un comité de expertos.
 3. Arbitraje vinculante para las partes (en términos del Código de Comercio).

- Prevé la aplicación de la jurisdicción federal para resolver de controversias derivadas de la aplicación de la Ley.

Conclusiones

- Se regulan de forma autocontenida los esquemas de APPs como una alternativa de contratación, y particularmente:
 1. La preparación de los proyectos;
 2. El tratamiento de proyectos no solicitados ;
 3. El concurso y adjudicación de los proyectos;
 4. La adquisición de los bienes necesarios, y
 5. Los requisitos de los contratos, permisos, autorizaciones y concesiones.

- Se establece expresamente en ley una relación diferente a la prevista en los esquemas tradicionales de contratación (Adquisiciones, Obra pública y Régimen de concesiones) con los particulares inversionistas, definiendo un adecuado régimen de distribución de riesgos entre las partes.

Conclusiones

- Atiende el reclamo de importantes inversiones públicas y privadas de garantizar seguridad y certeza jurídicas en proyectos de largo plazo.
- Regula la transferencia justa de riesgos entre el sector público y el privado, a través de mecanismos flexibles, según las necesidades de cada proyecto.
- Se fortalece la coparticipación de los diferentes ordenes de gobierno en proyectos APP