

NOTA INFORMATIVA

notacefp / 094 / 2009

Noviembre 24, 2009

Aspectos relevantes de la iniciativa de Ley de Asociaciones

Público-Privadas*

Introducción

La presente nota tiene como propósito resaltar algunos aspectos relevantes de la Iniciativa que el Ejecutivo Federal envió al Senado de la República el pasado 10 de noviembre y que pretende expedir la Ley de Asociaciones Público-Privadas (LAPP), la cual hace referencia a una nueva modalidad en que el sector privado puede prestar servicios a los distintos niveles de gobierno y construir infraestructura.

En la Iniciativa presentada al Senado, la Secretaría de Gobernación expone que el objetivo de crear la LAPP es regular la preparación y el tratamiento de proyectos, solicitados o no por las dependencias, que el sector privado proponga al sector público federal. Se intenta también regular el concurso y la adjudicación de proyectos, la adquisición de bienes y los requisitos que deben cumplir los contratos, permisos, autorizaciones y concesiones necesarios para cada proyecto particular.

La nueva Ley intenta promover el desarrollo de nuevos proyectos de infraestructura que atiendan las necesidades de la población en las distintas regiones del país impulsando el empleo y el crecimiento económico. Se plantean además cuestiones relativas a la adjudicación directa de proyectos, a la compra de inmuebles y los procedimientos de expropiación.

En la exposición de motivos de la Iniciativa, el Ejecutivo Federal reconoce la importancia del desarrollo de infraestructura para impulsar el desarrollo social y combatir la pobreza, así como la integración nacional y regional.

Los proyectos de obra pública con participación privada existen ya en el país en la forma de concesiones, proyec-

tos de infraestructura de impacto diferido en el gasto (Pidiregas), proyectos "llave en mano", contratos integrales y de servicios múltiples; sin embargo, con el propósito de acelerar la puesta en marcha de nuevos proyectos en los sectores que así lo demandan, se considera necesario permitir la unión de esfuerzos del gobierno y el sector privado en el desarrollo de infraestructura para la satisfacción de necesidades colectivas.

De la Ley de Asociaciones Público-Privadas

En la Iniciativa se menciona que actualmente las acciones de política pública del gobierno federal promueven proyectos carreteros, portuarios y aeroportuarios, centros de salud y educativos que requieren de un marco legal que permita la participación de inversión pública y privada garantizando la certeza jurídica en proyectos de largo plazo. La nueva Ley pretende abonar en la satisfacción de necesidades colectivas procurando compartir riesgos entre ambos sectores a través de contratos flexibles.

Se pretende que el sector privado sea proveedor de servicios a la administración pública con la obligación para el primero, de construir la infraestructura necesaria para la prestación de dichos servicios, mientras que para el Estado el contrato no representará la adquisición de activos fijos.

Si bien este tipo de proyectos han existido en el país desde la década de los noventa (y a través de los cuales se han llevado a cabo proyectos de infraestructura hidráulica, carreteras, hospitales y de operación de rellenos sanitarios, entre otros) el Ejecutivo expresa que se requiere de un marco legal que brinde seguridad y certeza jurídica tanto al Estado como a las empresas prestadoras de esos servicios.

* Palabras Clave: Contrato, infraestructura, servicios, concurso, avalúo, concesión, adjudicación, gasto público.

En el primer capítulo de la Ley se hace referencia a las disposiciones preliminares y se establece que los proyectos conjuntan esfuerzos, mediante una relación contractual de largo plazo, tanto del sector público como el privado en la satisfacción de necesidades del mismo sector público y de una colectividad.

La Iniciativa prevé que si la prestación de servicios contratados requiere de la construcción de infraestructura, ésta deberá ser ejecutada total o parcialmente por el sector privado. Lo anterior es una de las distinciones principales entre la Iniciativa y la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector público (LAASSP), pues no sólo implica la prestación del servicio sino también la ejecución de infraestructura. Asimismo, se establece la diferencia entre la LAPP y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM) en cuanto a que la primera contrata la prestación de un servicio y no la construcción de activos fijos.

Se propone que la LAASSP y la LOPSRM no sean aplicables a los proyectos previstos en esta Iniciativa para evitar duplicidades y posibles contradicciones entre ellas. La LAPP sería opcional y complementaria a los esquemas ya existentes; las dependencias y entidades elegirían el esquema más conveniente a cada proyecto en particular.

La LAPP pretende regular la preparación y el tratamiento de los proyectos no solicitados que el sector privado proponga al sector público, la adquisición de los bienes necesarios y los requisitos de los contratos, permisos, autorizaciones y concesiones necesarios para llevar a cabo dichos proyectos.

Se establece que los estados y municipios pueden participar en este tipo de esquemas mientras sean proyectos financiados, en parte, con recursos federales.

En el segundo capítulo se aborda lo relativo a la preparación de los proyectos y la rentabilidad social de los mismos. Al referirse a esquemas complementarios a los ya existentes, la realización de los proyectos a que hace referencia la Iniciativa debe ser producto de análisis de conveniencia y estudios previos realizados por las dependencias y entidades en los que los proyectos de asociación público-privada aporten un mayor valor agregado, de acuerdo a la metodología que establezca la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP).

En el tercer capítulo se regula la presentación de propuestas no solicitadas por las dependencias, por medio de las cuales los particulares pueden presentar proyectos sin que éstas hayan convocado a concurso siempre y cuando tomen en consideración los programas y proyec-

tos de éstas últimas. Se prevé que a los proyectos que no hayan resultado ganadores se les reembolse el costo de los estudios preliminares utilizados en la realización de la propuesta.

El cuarto capítulo hace referencia a que la adjudicación de proyectos será mediante concurso público en los que no se hará distinción entre participantes nacionales y extranjeros con el objeto de que se presenten el mayor número de propuestas. Los mecanismos de evaluación del costo-beneficio deberán ser cuantificables y objetivos. Los proyectos se adjudicarán a la propuesta solvente que ofrezca las mejores condiciones aunque no sea propiamente la propuesta más baja. En caso de igualdad de condiciones se dará preferencia a los proyectos que apoyen el empleo de recursos humanos del país y la utilización de bienes y servicios de procedencia nacional.

En su capítulo quinto la Iniciativa regula la adquisición de los bienes para desarrollar los proyectos, entre los requisitos que se establecen están:

- Indemnización con base en un avalúo elaborado por un tercero; es decir, por el Instituto de Avalúos de Bienes Nacionales, o bien, por una institución de crédito nacional autorizada.
- Los avalúos considerarán la plusvalía de los bienes por la realización del proyecto; sin embargo, cuando las pretensiones de los titulares de los bienes sean exorbitadas y fuera de toda proporción, el sector público federal, en ejercicio de sus atribuciones, podrá proceder a la expropiación.

Como se mencionó anteriormente, los servicios contratados pueden ser de naturaleza diversa, desde el más sencillo proporcionado de manera directa y exclusiva a una dependencia o entidad de la Administración Pública Federal, hasta uno prestado a la comunidad, para atender una necesidad que corresponde satisfacer al Estado.

En los casos en que el tipo de proyecto lo requiera, además del contrato de asociación público-privada, será necesario el otorgamiento de las concesiones, autorizaciones o permisos en los términos de las leyes especiales que resulten aplicables, para que el particular esté en posibilidad de prestar tales servicios; en este caso el esquema de asociación público-privada comprenderá documentos distintos.

Para armonizar ambos contratos se prevén las siguientes modificaciones a los regímenes específicos que regulan las concesiones, permisos y autorizaciones:

- Su otorgamiento se hará mediante el concurso en el que se adjudique el proyecto, y su vigencia podrá ser hasta de cincuenta años.

- La empresa desarrolladora está obligada a constituir una empresa (independiente) de objeto específico, la cual sería la signataria del contrato y titular de los permisos, autorizaciones y concesiones correspondientes, así como la encargada de ejecutar el proyecto. Lo anterior con el fin de aislar el patrimonio destinado a la ejecución del proyecto, con lo que se protege el contrato respecto de otras obligaciones previas o posteriores por parte de la persona que haya concursado y que pudieren afectar negativamente el desarrollo del mismo; proporcionando ventajas administrativas y facilitando la supervisión y vigilancia del proyecto.

En el capítulo séptimo se determina que la sociedad desarrolladora es la responsable primaria de aportar los recursos necesarios para la ejecución de las obras de infraestructura aunque ello no excluye que el sector público federal también aporte recursos.

También se prevén servicios de supervisión y control de los servicios contratados así como los indicadores de desempeño.

Asimismo, 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, pues se privilegia, en todo momento, los servicios prestados con base en este esquema.

En el capítulo octavo se prevé la modificación y prórroga de los proyectos bajo los siguientes supuestos:

- 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.
- Cuando algún acto de autoridad competente afecte el equilibrio financiero del proyecto (e implique una ganancia extraordinaria para el particular).

En el capítulo nueve se señala que el contrato de asociación público-privada contendrá los términos y condiciones 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.

En el capítulo décimo se faculta a las dependencias o entidades coordinadoras de sector para efectuar la supervisión de los proyectos de acuerdo a las normas específicas aplicables.

El undécimo capítulo se refiere a las sanciones e infracciones; en él se intenta proteger los recursos públicos basándose en los principios de honestidad establecidos en la Constitución así como brindando seguridad a los servidores públicos que intervengan en el desarrollo de los proyectos.

En el capítulo duodécimo se detalla el procedimiento aplicable para la resolución de controversias que se susciten entre las partes durante la ejecución del proyecto. Contempla la posibilidad de recurrir al arbitraje para dirimir las diferencias de carácter técnico y económico (en apego al Código de Comercio) lo que resulta más expedito y ágil que los medios de defensa jurisdiccional.

Se prevé que 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.

Agilización del gasto público en infraestructura

La iniciativa identifica cuestiones que de mejorar harían más eficiente y oportuna la ejecución de obras públicas que son: 1) la simplificación de los supuestos para asignación de contratos en materia de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios; 2) el permitir esquemas de licitación mixta, y 3) la agilización y flexibilización de procedimientos para adquirir terrenos.

En cuanto al primer punto, y con el objeto de brindar mayor certidumbre al gasto público se propone incorporar a la LOPSRM que será responsabilidad de los licitantes gestionar la adquisición de los inmuebles en los que se ejecutará la obra pública.

En la LAASSP y la LOPSRM se pretende establecer la posibilidad de adjudicar directamente contratos cuando ante la invitación a cuando menos tres personas para participar en un concurso se declare desierta, ya que en la actualidad se requiere de dos invitaciones desiertas. También se prevé la posibilidad de adjudicación aún cuando se reciban menos de tres propuestas y ante la existencia de una sola, también se podrá adjudicar si el proyecto reúne las condiciones requeridas.

En lo referente a las licitaciones mixtas se modificaría la LOPSRM para que en un mismo concurso se licite la concesión de un proyecto y en su caso la asignación de un contrato para construir, mantener, explotar u operar la obra pública de que se trate.

El tercer punto se refiere a la Ley de Expropiación, y plantea que las dependencias puedan solicitar la expropiación y el avalúo de inmuebles ante cualquier institución de crédito y no solo ante el Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales. Dichos avalúos se sujetarán a la normativa de la Secretaría de la Función Pública (SFP) y ésta deberá a su vez, tener en cuenta el valor de los bienes posterior a la ejecución de las obras en las tierras expropiadas.

Se plantea que esta normatividad sea también aplicable a las tierras ejidales y comunales unificando los procedimientos que regulan la expropiación de los distintos regímenes de propiedad por lo que será necesario también modificar la Ley General de Bienes Nacionales.

Consideraciones Finales

La instrumentación correcta de políticas tendientes a promover el crecimiento económico y el empleo requieren que el impacto del gasto público se lleve a cabo de manera pronta y eficaz. Por lo anterior, la iniciativa plantea la necesidad de agilizar el otorgamiento de contratos de largo plazo de prestación de servicios al gobierno y para la realización de proyectos de infraestructura.

Plantea también agilizar el proceso de compra y, en su caso, de expropiación de bienes inmuebles que tanto los proyectos de servicios como los de infraestructura requieran.

El Artículo 96 de la LAPP, establece que *“los derechos del desarrollador, derivados del contrato de asociación público-privada, 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.”*

Al respecto en el documento de trabajo “Pension Fund Investment in infrastructure”, publicado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), se señala que a efecto de desarrollar un mercado saludable de títulos (bonos) respaldados en infraestructura son deseables las siguientes características:

- Flujos de ingresos estables y predecibles a largo plazo (esto es peajes y/o derechos con una demanda estable).
- Tasas de retorno no sensibles a las fluctuaciones en los

mercados financieros o tasas de interés.

- Indexación a la inflación (para coadyuvar al calce de pasivos).
- Bajas tasas de incumplimiento en los pagos a inversionistas (*default*).
- Bajas correlaciones con otra clase de activos, con lo cual se puede ofrecer una auténtica diversificación de los portafolios.
- Inversión socialmente responsable (que ofrezca servicios esenciales para la sociedad)
- Transparencia y efectividad fiscal, con la cual se evite la evasión o la doble tributación.

Por otro lado, el mismo documento, señala algunas características económicas que son relevantes pues la carencia de una regulación adecuada puede conducir a prácticas monopólicas:

- Importantes barreras a la entrada.
- Economías de escala (altos costos fijos y costos marginales casi nulos).
- Demanda inelástica de servicios (lo cual da poder para fijar precios).
- Bajos costos y amplios márgenes de operación.
- Larga duración (concesiones de 25 años y arrendamientos de hasta 99 años).

En el mismo artículo se estipula que *“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.”* Con lo cual se espera que los activos respaldados en infraestructura, así como las acciones de las empresas desarrolladoras se conviertan en activos bursatilizables (en los mercados financieros, primarios y secundarios), por lo cual se hace más necesaria su regulación.

Referencias

Gaceta del Senado, no. 47, martes 10 de noviembre de 2009. Oficio con el que remite iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley de Asociaciones Público Privadas y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios <relacionados con las Mismos, 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.

Inderst, G. “Pension Fund Investment in Infrastructure” OECD working papers on insurance and private pensions, No. 32, OECD Publishing, 2009.