

**EN  
OPINIÓN  
DE...**

## APP, oportunidad de negocios

La Asociación Público Privada es una nueva forma de contratación gubernamental, empápese del tema para no quedar fuera.

El 16 de enero del 2012 finalmente vio la luz la tan esperada **Ley de Asociaciones Público Privadas** (LAPP), producto de una iniciativa de ley que fue presentada por el Poder Ejecutivo Federal ante el Pleno de la Cámara de Senadores el día 10 de noviembre de 2009, es decir, hace más de dos años.

A partir de su presentación, hubo múltiples foros, discusiones y propuestas de diferentes sectores que urgían su entrada en vigor, pero las negociaciones políticas (entre otros factores) no permitieron que este importante ordenamiento entrara en vigor antes de que transcurriera un bienio.

Lo anterior causó cierta expectativa negativa en los principales actores del sector infraestructura, ya que las Asociaciones Público Privadas (APP), también conocidas como *Public Private Partnerships* (PPP), o *P3*, se han convertido en el mundo desde hace varios años en un modelo viable para llevar a cabo infraestructura con una mirada clara hacia una operación sostenible de la misma y, sectores tales como transporte, salud, prisiones, carreteras, entre muchos otros, han visto a la APP a nivel internacional como una vía básica para su desarrollo.

De lo anterior se desprende que la llegada de la LAPP a principios de este año nuevo produce una percepción esperanzadora de la generación a nivel federal de nuevas opciones para satisfacer necesidades bajo este modelo, que bien utilizado y planeado, puede ser una forma eficiente de desarrollar infraestructura con recursos privados, sin que se pueda considerar una privatización.

En virtud de que en el IDC Asesor Jurídico y Fiscal número 271 ya se explicó el contenido general de la LAPP, en este documento, el licenciado Roberto Hernández García, socio director de COMAD, S.C., firma de abogados especializada en contratación pública, infraestructura, energía y construcción pública y privada, presenta la aclaración a cinco puntos cuyo entendimiento es de primordial importancia en el marco de la LAPP.



“Mediante la APP los sectores público y privado se unen aprovechando fuerzas y limitando riesgos para obtener ganancias.”

**Licenciado Roberto Hernández García**  
Socio director de  
COMAD, S.C.

### ¿Por qué es importante la Ley?

Ante la escasez de fondos públicos, desde hace varias décadas, diversos países de la comunidad internacional fueron desarrollando figuras legales-contractuales diferentes a las tradicionales para desarrollar la infraestructura requerida.

La mayoría de estas figuras han tenido como objetivo en mayor o menor medida la participación del sector privado, considerando que éste tiene presumiblemente más experiencia específica sobre la operación de los sectores productivos y asimismo tiene más capacidad de captación de recursos para alcanzar las finalidades planteadas. Así, entre otras figuras podemos evocar a las concesiones, los esquemas *Construir-Operar-Transmitir* (BOT), *Construir-Arrendar-Transmitir* (BLT) en este orden de ideas, y por supuesto, las PPP mencionadas que propiamente empezaron a cobrar fuerza desde hace aproximadamente una década.

En México, la falta de conocimiento de la figura, así como las tendencias políticas, impidieron que en su momento fuera creada una ley especial de la materia, y en una forma tímida, ciertamente atrevida, se creó un marco regulador de la misma, bajo el amparo de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (LAASSP), con los denominados Proyectos de Prestación de Servicios (PPS).

En este tenor, la creación de una ley que regule claramente la figura, la forma en que se deben de adjudicar, celebrar, y ejecutar los contratos, entre muchas otras situaciones, genera una imprescindible seguridad jurídica para las partes interesadas, a la vez que nos pone claramente a México en un nivel de juego aceptable en la competencia por el mercado internacional.

Las APP son lo que su propio nombre expresa: una forma

**idc ONLINE COM.MX**  
**JURÍDICO CORPORATIVO**  
■ ¡Finalmente!  
Asociaciones Público Privadas  
(9 de febrero de 2012)

en que el sector público y el privado se unen para que, aprovechando fuerzas y limitando sus riesgos, puedan tener un mejor resultado en beneficio de la sociedad que se servirá de los proyectos desarrollados bajo este mecanismo.

Es por eso que en el Dictamen de las Comisiones Unidas de Comercio y Fomento Industrial, de Hacienda y Crédito Público y de Estudios Legislativos, a la minuta con Proyecto de Decreto por el que se expide la LAPP, y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas (LOPSRM); la LAASSP; la Ley de Expropiación; la Ley General de Bienes Nacionales y el Código Federal de Procedimientos Civiles del 14 de diciembre del 2011, se afirmó que la LAPP, así como la reforma a los demás ordenamientos señalados, tiene como principal objeto *la creación de un marco jurídico que formalice la asociación de la Administración Pública Federal (APF) con particulares para la prestación de servicios, incluidos aquellos en los que se requiera construir infraestructura, mediante esquemas de financiamiento distintos a los ahora contemplados por la LOPSRM, así como por la LAASP, a la vez que se pretendía que la iniciativa privada se convierta en un proveedor de obra pública y servicios de la APF, asumiendo en forma equitativa los riesgos que represente la ejecución de los proyectos. El plan, en general, pretende impulsar el desarrollo de nuevos proyectos de infraestructura, incentivar la inversión, atender necesidades sociales e impulsar el empleo y el crecimiento económico, mediante la realización de proyectos de notable magnitud y rentabilidad social.*

### ¿Qué cambia o pretende cambiar la LAPP?

México se ha caracterizado por tener una cuantiosa actividad por parte del gobierno, y la infraestructura no ha sido la excepción. Los grandes proyectos de esta clase son de carácter público y si bien la figura de las concesiones, los productores independientes de energía, y la obra pública financiada (sin olvidar los algún día existentes Fideicomisos para desarrollar infraestructura bajo esquemas CAT), han sido aplicados cada vez más, no ha sido completamente claro un régimen de participación del sector privado en el desarrollo de infraestructura cuando se habla de roles distintos al de la construcción pura de inmuebles.

Lo anterior no sería problema si el Estado contará con recursos suficientes para enfrentar todas las necesidades de infraestructura, situación que afirman no es el caso, razón por la cual la existencia, aplicación y promoción de figuras tales como la APP, que otorguen seguridad jurídica a las partes contratantes (gobierno y desarrolladores), con un adecuado balanceo de riesgo, definitivamente es benéfico para el país.

Para ello, las empresas constructoras que quieran evolucionar, necesitan modificar su forma de conducirse, pasando de constructoras puras a convertirse en empresarias y operadoras (con las limitaciones) de sus propias instalaciones, pasando la

construcción de ser el punto medular de sus obligaciones, a un requisito para poder cumplir con el contrato, que es la prestación de un servicio a largo plazo. En este sentido, es posible que veamos a empresas más comprometidas con concluir las obras, ya que de no hacerlo no se activarán los mecanismos que les permitan obtener ganancias adecuadas.

### ¿Es nueva en el país? ¿Cómo sabremos si funcionará?

Sin perjuicio de que se comentó antes, ya contábamos con una normatividad federal que de alguna forma permitía la existencia de proyectos federales bajo este modo de operación al amparo de la LAASSP, y antes de que entrara en vigor la LAPP, una gran mayoría de estados de la República se adelantaron a la Federación estableciendo reformas constitucionales, cambios legales e inclusive promoviendo proyectos bajo esta base en forma concreta.

Esta situación comenzaba a resultar incómoda a más de uno, pues si bien es cierto que varios proyectos comenzaron a promoverse bajo esta dinámica, la LAASSP y los lineamientos que sostenían los proyectos, carecían de un factor fundamental para la confianza plena de los interesados: un régimen claro, especialmente diseñado para la figura, que tuviera en cuenta la naturaleza y problemáticas de la misma.

Actualmente, la forma de operar la APP ya está siendo utilizada en varios sectores y como ejemplos podemos destacar el carretero, en el que se adjudicaron varios proyectos, asimismo, ciertas prisiones que están siendo construidas se operarán bajo este modo. Por el momento no se sabe si darán los resultados esperados, porque inclusive en aquellos casos de presunto éxito internacional como el metro de Londres, se sostiene que el costo-beneficio y el prototipo en sí mismo no verá los resultados en forma inmediata, sino que se necesita de cierta espera para valorar si las consecuencias son las calculadas.

Lo cierto es que si se adjudican y celebran con las mejores prácticas internacionales que han hecho de la APP una asociación bien lograda, incrementarían las posibilidades de ser fructífera para las partes y el país.

### ¿Qué relación tienen las APP con la obra pública? ¿Seguirá existiendo ésta?

La APP no tiene nada que ver con la LOPSRM, pero los activos en sí mismos podrían considerarse en términos generales como *obra pública*, por tratarse del desarrollo de inmuebles destinados a satisfacer las necesidades y atribuciones del Estado.

De hecho, la LAPP es suficientemente clara en el sentido de excluir de la aplicación de los proyectos o contratos APP a la LOPSRM, salvo por los puntos expresamente permitidos por la ley (por ejemplo, conciliación); adicionalmente seguirá existiendo la obra pública desarrollada bajo la LOPSRM, ya que para que un proyecto pueda ser lanzado bajo una APP, se tienen que llevar a cabo múltiples estudios que justifiquen que es la ruta más viable y necesaria, además de contar con

## Cuestiones relevantes de APP

¿Qué requiere?	➔	Contratos a largo plazo y de ser necesario, permisos y concesiones (art.13)
¿A quién se adjudica?	➔	A quien dé las mejores condiciones en cuanto a precio, calidad, financiamiento, etc. (art. 38)
¿Quién adquiere los bienes para el proyecto?	➔	La convocante, el desarrollador, o ambos, vía convencional o por expropiación (art. 67)
¿Cómo se prestan los servicios?	➔	De manera continua, uniforme y regular, sin trato discriminatorio y acorde a los niveles pactados (art. 106)
¿Qué pasa a la terminación?	➔	Los inmuebles, bienes y derechos de carácter público, incorporados a la infraestructura o indispensables para el servicio, pasan al control y administración de la contratante. Los demás bienes necesarios quedan sujetos al régimen de dominio público de la contratante, en los términos pactados en el contrato

valor social. De lo anterior se concluye que no todas las necesidades de infraestructura se puedan atender con la APP y que ahora tengamos varios esquemas para escoger.

Cabe recordar que una gran cantidad de proyectos son desarrollados por PEMEX y que estando excluidos expresamente por la LAPP, dichos proyectos están regulados por la ley de dicha entidad.

### ¿Qué responsabilidades tendrán los servidores públicos en su actuación relacionada con la APP?

Los servidores públicos participantes en los procesos y contratos de APP, no tendrán una responsabilidad distinta a la que actualmente tienen en relación con procedimientos de obra pública o de adquisiciones, lo que pone a la ley en una situación problemática ya que muchos problemas de la contratación pública devienen de la inmovilidad y falta de decisiones por el *gran temor de los servidores públicos de incurrir en responsabilidades*. Ello no será la excepción, pues la Ley de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos es plenamente aplicable a la APP.

### ¿A qué se refiere la LAPP cuando dice que se podrán modificar los contratos de APP para atender a su equilibrio económico?

A nuestro juicio, una de las contribuciones más importantes al mundo jurídico de la infraestructura en México, es la del *equilibrio económico del contrato*. Éste significa *el balance que debe existir entre dos partes contratantes, entre*

*lo dado y lo recibido en las condiciones existentes*.

Hasta la fecha, el *equilibrio económico del contrato* no es claramente reconocido en la legislación mexicana, no obstante que en muchísimas jurisdicciones hay estudios relevantes y casos en la materia que permiten que una parte no se vea gravemente afectada y la otra beneficiada cuando determinados hechos se dan.

De lo anterior se desprende que en este tipo de contratos a largo plazo, el *equilibrio económico del contrato* resulta de máxima relevancia para evitar perjuicios al desarrollador, respecto a su integridad y al proyecto en sí mismo.

### ¿Son las APP una forma de privatización?

Definitivamente no lo son, pues la privatización implica que el sector privado sea el propietario de los activos y su operador, sin más limitaciones que las que un órgano regulador (en su caso) le imponga.

## Conclusión

La APP, sin ser del todo novedosa por encontrar ya en algunos estados de la República a sus antecesores a la vez que en otros países está en operación, vino insertarse en la maquinaria de la contratación gubernamental, pero fijando la mira en el largo plazo, con las ventajas que ello conlleva.

Sin duda será materia de muchas exploraciones (y se espera que de éxitos también) en cuanto encuentre cabida práctica entre el sector inversionista más *ad hoc* para explotarla. 