

Ley de Asociaciones Público Privadas

Antecedentes

El día 16 de enero de 2012 fue publicado en el Diario Oficial el Decreto por el que se expide la **Ley de Asociaciones Público Privadas (LAPP o la Ley)** y se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; la Ley de Expropiación; la Ley General de Bienes Nacionales y el Código Federal de Procedimientos de Procedimientos Civiles.

La LAPP regula los esquemas de participación público-privada (PP) que facilitarán al sector privado, por un lado, para responder a las oportunidades de inversión en infraestructura y para la prestación de servicios al sector público o al usuario final y por el otro, para facilitar el cumplimiento de la responsabilidad del sector público en la entrega de servicios de calidad a la población.

Con la publicación de la Ley, se cuenta ahora con un régimen jurídico específico que reglamentará y muy seguramente propiciará mayores niveles de inversión en el sector de infraestructura que deberán redundar en mejores estándares de bienestar para la población a través de:

Dar mayor certidumbre, establecer un esquema claro que facilite la distribución equitativa de riesgos entre sector privado y sector público, establecer condiciones que faciliten la percepción de riesgo de instituciones financieras y con ello, facilitar la obtención de financiamientos a los proyectos, agilizar el proceso de valuación y adquisición de inmuebles, bienes y derechos requeridos para la prestación de los servicios y el desarrollo de proyectos de participación público-privada (APP) que el sector privado considere relevantes, mediante su propuesta a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

Es importante mencionar que aún está pendiente la publicación del Reglamento correspondiente, que se espera quede aprobado a finales del mes de abril del 2012.

La LAPP comprende doce capítulos, cuyos aspectos más relevantes se resumen a continuación:

Capítulo Primero - Disposiciones Preliminares

La Ley tiene por objeto regular los esquemas para el desarrollo de proyectos (APP)

Los proyectos APP regulados por la Ley son aquellos que se realizan 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.

Los proyectos APP deberán estar plenamente justificados, especificar el beneficio social que se busca obtener y demostrar su ventaja financiera frente a otras formas de financiamiento.

Se menciona también como proyectos APP los que se realicen en términos de la Ley, con cualquier esquema de asociación, para desarrollar proyectos de inversión productiva, investigación aplicada y/o de innovación tecnológica.

Las disposiciones de la LAPP son aplicables a proyectos de APP que realicen:

Entidades y dependencias de la Administración Pública Federal, fideicomisos públicos federales no considerados entidades paraestatales, las entidades federativas, municipios y los entes de unas y otros, con recursos federales.

La aplicación de la Ley será sin perjuicio de lo dispuesto en tratados internacionales.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) estará facultada para interpretar la Ley para efectos administrativos; la Secretaría de la Función Pública (SFP) lo será para la interpretación relacionada con el régimen de propiedad inmobiliaria federal, avalúos, y de responsabilidades de los servidores públicos.

Capítulo Segundo - Preparación e Inicio de los Proyectos

Las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal darán prioridad a los proyectos a desarrollarse mediante esquemas de APP.

Para realizar proyectos APP se requiere la celebración de un contrato de largo plazo y cuando 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.

Será necesario demostrar la viabilidad de cualquier proyecto APP con base en el análisis sobre los aspectos siguientes: descripción del proyecto y su viabilidad técnica; inmuebles, bienes y derechos necesarios para el desarrollo del proyecto; las autorizaciones necesarias; la viabilidad jurídica; análisis del impacto ambiental, la preservación y conservación del equilibrio ecológico (distinto a la manifestación del impacto ambiental correspondiente conforme a disposiciones legales aplicables); la viabilidad económica-financiera; la conveniencia de llevar a cabo el proyecto mediante un esquema APP, en el que se incluya una evaluación (aplicando los lineamientos que al efecto determine la SHCP) respecto de otras opciones, un análisis costo-beneficio, la rentabilidad social del proyecto, así como la alternativa de llevarlo a cabo con una forma distinta de financiamiento.

Para demostrar la viabilidad de cualquier proyecto APP, las dependencias y entidades del sector público podrán contratar la realización de los trabajos, cualesquiera otros estudios y el proyecto ejecutivo necesarios.

En caso que se demuestre la viabilidad del proyecto APP, se procederá a

obtener la autorización de la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación.

Cuando los proyectos APP demanden compromisos plurianuales de gasto, estos deberán de ser aprobados por la Cámara de Diputados.

Capítulo Tercero - Propuestas No Solicitadas

Cualquier interesado en realizar un proyecto APP podrá presentar su propuesta a la dependencia o entidad federal competente (propuestas no solicitadas), para cuyo efecto, las dependencias o entidades podrán señalar (vía su publicación en el Diario Oficial de la Federación y en su página de internet), los sectores, subsectores, ámbitos geográficos, tipo de proyectos y demás elementos de las propuestas que estén dispuestas a recibir.

Solamente se analizarán propuestas no solicitadas de proyectos APP que se encuentren en los supuestos y elementos mencionados en el párrafo anterior y que se presenten acompañadas de estudio preliminar de factibilidad, mismo que deberá incluir: descripción del proyecto con sus características y viabilidades técnicas, descripción de las autorizaciones para la ejecución de obra que serían necesarias, viabilidad jurídica del proyecto, rentabilidad social del proyecto, estimaciones de inversión y aportaciones en efectivo y en especie, tanto federales y de los particulares, como en su caso, estatales y municipales, la viabilidad económica y financiera del proyecto y las características esenciales del contrato APP.

La dependencia o entidad que reciba la propuesta de proyecto APP, contará con un plazo de hasta tres meses para su análisis y evaluación, plazo que podrá ser prorrogable hasta por otros tres meses cuando así se requiera en función de la complejidad del proyecto.

Si el proyecto APP es procedente y la entidad o dependencia, decide celebrar un concurso para licitarlo, este se realizará conforme a lo previsto en el Capítulo Cuarto de esta Ley.

La dependencia o entidad que decida llevar a cabo el proyecto APP, entregará un certificado al promotor del proyecto para el reembolso de los gastos incurridos en su desarrollo, para el evento que el promotor no resulte ganador en el proceso de concurso o licitación del proyecto o bien, no participe en el concurso. Este reembolso será con cargo al adjudicatario del contrato en los términos de las bases del concurso en el que se licite el proyecto.

La entidad o dependencia de que se trate, podrá contratar con terceros la evaluación de los proyectos APP o la realización de estudios complementarios que pudiera requerir para el concurso. Se describe el procedimiento aplicable para aquellos proyectos APP que se consideren procedentes, cuando la entidad o dependencia decide no celebrar el concurso o proceso de licitación del mismo.

Capítulo Cuarto - Adjudicación de los Proyectos

Las dependencias y entidades podrán contratar los servicios de un agente para que por cuenta y orden de estas, celebre el concurso de un proyecto APP en el entendido que los servidores públicos siempre serán responsables del cumplimiento de las bases del concurso en términos del sexto párrafo del artículo 134 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. En los concursos podrá participar toda persona física o moral, nacional o extranjera que cumpla los requisitos establecidos en las bases y en las disposiciones aplicables al proyecto de que se trate. Las personas físicas



deberán obligarse a constituir, de resultar ganadoras, una o más personas morales así como designar un representante común para participar en el concurso.

Se establecen algunas excepciones a la participación de cualquier servidor público que intervenga en cualquier etapa del procedimiento de contratación que tenga interés personal, familiar o de negocios o bien, que pueda resultar algún beneficio para él, su cónyuge o sus parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado, o civil, o para terceros con los que tenga relaciones profesionales, laborales o de negocios, o para socios o sociedades de las que un servidor público o las personas referidas antes formen o hayan formado parte durante los dos años previos a la fecha de celebración del procedimiento de contratación de que se trate.

Se establecen algunas otras causales de prohibición para la participación en concursos.

Se establecen los elementos que, por lo menos, deberán de contener las bases del concurso.

No podrán establecerse requisitos que tengan como resultado limitar el proceso de competencia y libre concurrencia. En su caso, la convocante tomará en cuenta las recomendaciones de la Comisión Federal de Competencia.

En la evaluación de las propuestas, 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.

La convocante podrá optar por adjudicar el proyecto aún y cuando solamente

haya un concursante, siempre y cuando este cumpla con los requisitos del concurso y su propuesta sea aceptable para la dependencia o entidad convocante.

En adición a las que pudieran estar contenidas en las bases, se establecen las causas de descalificación y las condiciones en las que la dependencia o entidad convocante podrá cancelar el concurso y las condiciones bajo las cuales la convocante cubrirá a los licitante los gastos no recuperables que en su caso procedan en términos a lo dispuesto en el Reglamento de la Ley (por publicarse).

Contra el fallo que adjudique el concurso procederá, a elección del participante interesado, el recurso administrativo de revisión o el juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa.

Se establecen las condiciones cuando las entidades y dependencias, bajo su responsabilidad, podrán adjudicar proyectos APP, sin sujetarse al procedimiento de concurso, a través de la invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa.

No procederá la adjudicación directa tratándose de proyectos no solicitados.

Capítulo Quinto - Bienes Necesarios para los Proyectos

Cuando sea necesaria la adquisición de inmuebles, derechos u otros bienes, para el desarrollo de un proyecto APP, se establece que esta podrá ser efectuada por la entidad o dependencia convocante, por el particular participante o por ambos.

La regla general para llevar a cabo la adquisición antes mencionada será la negociación (vía convencional) y en caso que esta no sea exitosa, podrá

decretarse una expropiación. La expropiación de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para un proyecto APP solo procederá después que la correspondiente declaración de utilidad pública haya quedado firme y se encuentre vigente.

Capítulo Sexto - Elementos que Configuran a las Asociaciones Público-Privadas

Cuando se requieran permisos o concesiones u otras autorizaciones, estos se otorgarán conforme a las disposiciones que los regulen.

Su otorgamiento se realizará mediante el procedimiento de concurso previsto en la Ley.

La vigencia de cada una de las autorizaciones para la prestación de servicios, con sus prórrogas, no deberá exceder en su conjunto de cuarenta años, salvo que la ley que rige la autorización establezca un plazo inicial máximo mayor al de cuarenta años. Independientemente del plazo inicial por el que se otorgue la autorización, su duración, con las prórrogas que en su caso se otorguen conforme a la ley de la materia, no podrá exceder el plazo máximo señalado por la ley.

El contrato APP solo podrá celebrarse con particulares personas morales cuyo objeto social o fines sean, de manera exclusiva, realizar aquellas actividades necesarias para desarrollar el proyecto respectivo.

Se establecen los requisitos mínimos que deberá contener el contrato APP.

Se destacan los términos y condiciones conforme a los cuales el desarrollador deberá pactar con sus respectivos acreedores, en caso de incumplimiento frente a estos, la transferencia temporal de control de la propia sociedad

desarrolladora a los acreedores de esta, previa autorización de la dependencia o entidad contratante.

Los derechos del desarrollador, derivados del contrato APP, 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 APP total o parcialmente, previa autorización de la dependencia o entidad contratante; esta cesión solo podrá llevarse a cabo en los supuestos, términos y condiciones previstos en el propio contrato.

Capítulo Séptimo - Ejecución de los Proyectos

El desarrollador será responsable de la prestación de servicios con los niveles de desempeño pactados y en su caso, de la construcción, equipamiento, mantenimiento, conservación y reparación, de la infraestructura, necesarios para la prestación de los servicios citados.

Los riesgos de operación, prestación de los servicios y en su caso, de construcción de la infraestructura y financiamiento del proyecto, serán asumidos por el desarrollador.

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 APP, cuando a su juicio, el desarrollador incumpla sus obligaciones, por causas imputables a esta, y ponga en peligro grave el



desarrollo mismo del proyecto. En estos supuestos, y según se haya convenido en el contrato respectivo, podrá procederse a la terminación anticipada del propio contrato. En estos casos, la dependencia o entidad contratante podrá encargarse directamente de la ejecución de la obra y prestación de servicios, o bien, contratar a un nuevo desarrollador mediante concurso en términos del Capítulo 4 de esta Ley.

Capítulo Octavo - Modificación y Prórroga de los Proyectos

Durante la vigencia original de un proyecto APP solo podrán realizarse modificaciones a este cuando las mismas tengan por objeto: mejorar la infraestructura, incrementar los servicios o su nivel de desempeño, atender aspectos relacionados con la protección al medio ambiente, preservación y conservación de los recursos naturales y restablecer el equilibrio económico del proyecto, entre otros.

Ninguna modificación deberá de implicar transferencia de riesgos distintos a los pactados en el contrato original. Se establecen los requisitos a cumplir para el caso en el que las compensaciones originalmente pactadas requirieran compensación adicional o implicaran disminución de las obligaciones del desarrollador. Previo al vencimiento de la vigencia original del contrato, las partes podrán acordar prórrogas y en su caso, revisar las condiciones del contrato.

Capítulo Noveno - Terminación de la Asociación Público-Privada

Se establecen como causas de rescisión de los contratos APP, las siguientes: la cancelación, abandono o retraso en la ejecución de la obra, la no prestación, prestación en términos

distintos a los pactados o la suspensión de los servicios, la revocación de autorizaciones.

A la terminación del contrato, los inmuebles, bienes y derechos de carácter público incorporados a la infraestructura o indispensables para la prestación del servicio, pasarán al control y administración de la dependencia o entidad contratante. Los demás bienes necesarios para la prestación del servicio quedarán sujetos al régimen de dominio público de la Federación, dependencia o entidad contratante, en los términos pactados en el contrato.

De conformidad con lo mencionado en el artículo 92, fracción XIII de la Ley y lo dispuesto en el Reglamento (por definirse), el contrato APP contendrá los términos y condiciones en los que, en caso de terminación anticipada, proceda el reembolso al desarrollador del monto de inversiones que demuestre haber realizado.

Capítulo Décimo - Supervisión de los Proyectos

La SFP, en ejercicio de sus atribuciones, será la responsable de supervisar que la preparación, inicio y adjudicación de los proyectos APP, así como de los demás actos regulados por la Ley se ajusten a lo dispuesto en esta, salvo los aspectos y actos señalados a continuación:

Los aspectos de naturaleza técnica no serán objeto de supervisión de la SFP.

La supervisión de la prestación de servicios, ejecución de obra y en general del cumplimiento y desarrollo del proyecto APP, 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.

Capítulo Undécimo - Infracciones y Sanciones

El incumplimiento a las disposiciones de la Ley, por parte de los servidores públicos, será sancionado por la SFP.

El incumplimiento de las obligaciones del contrato APP dará lugar a las penas convencionales pactadas en el propio contrato, las cuales podrán incluir reducciones en las contraprestaciones a favor del desarrollador.

En adición a las sanciones que en su caso procedan, se establecen las causales y supuestos para los que, conforme a disposiciones aplicables, la SFP podrá inhabilitar temporalmente para participar en procedimientos de contratación o celebrar contratos regulados por la Ley, la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, así como en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. La inhabilitación que la SFP imponga de acuerdo con la Ley, no será menor a tres meses, ni mayor a cinco años.

Capítulo Duodécimo - Controversias

En caso de divergencias de naturaleza técnica o económica, las partes del contrato APP tratarán de resolverlas de mutuo acuerdo. En el evento que las partes no lleguen a un acuerdo en el plazo pactado y en su caso, en su prórroga, someterán la divergencia a un comité integrado por tres expertos en la materia que se trate, designados uno por cada parte y el tercero por estos últimos.

Si el dictamen del comité de expertos es aprobado por unanimidad, será obligatorio para las partes.

Las partes de un contrato APP podrán pactar en el mismo la posibilidad de acudir ante la SFP, a presentar una solicitud de conciliación por desavenencias derivadas del cumplimiento de dicho contrato, ajustándose este procedimiento a las leyes federales mexicanas.

Las partes de un contrato APP podrán convenir un procedimiento arbitral, de estricto derecho, para resolver las controversias que deriven sobre el cumplimiento del propio contrato en términos de lo dispuesto en el título cuarto del libro quinto del Código de Comercio.

El procedimiento arbitral podrá convenirse en el propio contrato o en convenio independiente y se ajustará a lo siguiente: las leyes aplicables serán las Leyes Federales Mexicanas, se llevará en idioma español, el laudo será obligatorio y firme para ambas partes (en su caso, solo procederá el juicio de amparo).

No podrá ser materia de arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones en general, ni los actos de autoridad.



Contacto

Olivier Hache

Socio Director de Servicios de Asesoría
en Transacciones

olivier.hache@mx.ey.com
(55) 5283 1310

Roberto Cuarón Ibargüengoytia

Socio Servicios de Asesoría
en Transacciones

roberto.cuaron@mx.ey.com
(55) 5283 8698

Rodolfo López

Gerente Senior de Servicios de Asesoría
en Transacciones

rodolfo.lopez@mx.ey.com
(55) 1101 6419

Ernst & Young

Aseguramiento | Asesoría | Fiscal | Transacciones

Sobre los servicios de Valuación y Modelos Financieros de Ernst & Young

Ofrecemos servicios de valuación enfocados a las necesidades particulares de nuestros clientes con el fin de mejorar su crecimiento, rentabilidad y competitividad, ya sea que estén adquiriendo, vendiendo, reestructurando o asociándose con otras empresas. Nuestro equipo ha proporcionado servicios a algunas de las más grandes empresas que operan en nuestro país con una asesoría eficaz y objetiva en la valuación de negocios, capital y activos intangibles. Nuestros ejecutivos en el área de modelos financieros, proporcionan servicios que le ayudan en el diseño, desarrollo o revisión de los modelos que requiera su empresa para la toma de decisiones estratégicas de negocio. Nuestros profesionales aplican sus habilidades técnicas en una gran variedad de valuaciones complejas y necesidades de modelaje financiero. Nuestros clientes nos ven como una parte vital de su equipo, valoran la experiencia en sectores específicos y entendimiento de la industria que aportamos a sus proyectos. Es la forma en que Ernst & Young hace la diferencia.

Sobre los servicios de Asesoría en Infraestructura de Ernst & Young

Nuestro equipo de profesionales en el área de Asesoría en Infraestructura le ayuda a alcanzar sus objetivos estratégicos, ya sea que se encuentre en un proceso de adquisición o desincorporación, de reestructuración o formando parte de una asociación. Nos enfocamos en la necesidad de potenciar su crecimiento, rentabilidad y competitividad. Tenemos un enfoque multidisciplinario que ofrece una asesoría objetiva y ágil para clientes tanto del sector público como del privado en proyectos de infraestructura e industriales. Evaluamos sus opciones para el desarrollo de los proyectos, desarrollamos modelos financieros para evaluar las alternativas y estructuras financieras posibles y negociamos con las instituciones financieras, buscando siempre obtener los mejores términos posibles. Nuestra capacidad global significa que, sin importar en qué parte del mundo se encuentre, le podremos apoyar para alcanzar el valor que sus accionistas esperan. Es así como Ernst & Young marca la diferencia.

Para mayor información visite
www.ey.com/mx/transacciones

© 2012 Mancera, S.C.
Integrante de Ernst & Young Global
Derechos reservados
Clave LAPO01

Ernst & Young se refiere a la organización global de firmas miembro conocida como Ernst & Young Global Limited, en la que cada una de ellas actúa como una entidad legal separada. Ernst & Young Global Limited no provee servicios a clientes.