

UNIVERSIDAD PANAMERICANA

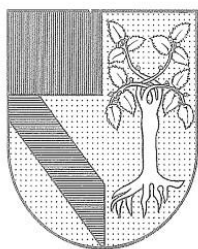
CAMPUS GUADALAJARA

SANTIAGO TEJEDA PALACIOS

FINANCIAMIENTO DE PROYECTOS EN ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS

**Tesis presentada para optar por el título de Licenciado en
Derecho con Reconocimiento de Validez
Oficial de Estudios de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN PÚBLICA,
según acuerdo número 86809 con fecha 13-VIII-86**

Zapopan, Jalisco, Febrero de 2016.



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

CAMPUS GUADALAJARA

DICTAMEN DEL TRABAJO DE TITULACIÓN

C. SANTIAGO TEJEDA PALACIOS

Presente.

En mi calidad de Presidente del Comité de Titulación y después de haber analizado el trabajo de TESIS titulado: **“FINANCIAMIENTO DE PROYECTOS EN ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS”**, presentado por usted, le manifiesto que reúne los requisitos a que obligan los reglamentos para ser presentado ante el H. Jurado de Exámenes Profesionales.

Atentamente

EL PRESIDENTE DEL COMITÉ

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Eduardo', is written over the printed name. The signature is fluid and cursive, with a long horizontal stroke extending to the right.

DR. EDUARDO ISAIÁS RIVERA RODRÍGUEZ

SILVA DE LA MADRID Y ASOCIADOS, S.C.

Guadalajara, Jalisco, a 18 de enero de 2016

Mtra. Yurixhi Gallardo Martínez

Secretaria Académica de la Licenciatura en Derecho
Universidad Panamericana
Campus Guadalajara
Presente,


Estimada Mtra. Gallardo,

Por medio del presente hago de su conocimiento que **SANTIAGO TEJEDA PALACIOS**, quien cursó la Licenciatura en Derecho, ha concluido satisfactoriamente su trabajo de tesis titulado: "**Financiamiento de Proyectos en Asociaciones Público Privadas**".

Le comunico que después de haber sido revisada por el suscrito, reúne todos los requisitos técnicos y académicos para solicitar fecha de Examen Profesional.

Agradezco de antemano la atención que puedan brindar al presente, reiterándome a sus órdenes.

Atentamente,



Mto. José Ramiro Silva de la Madrid.
Director de Tesis

Dedicatoria

"A Dios, mis padres, familia, novia
y amigos, por todo el apoyo y paciencia"

ÍNDICE

	Página
INTRODUCCIÓN	5
I. ANTECEDENTES	13
1. Internacional	
2. Nacional	
3. Generalidades	
II. CONCEPTO Y NATURALEZA DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS	23
1. Concesión, permiso o autorización	
2. Asociaciones Público Privadas	
III. MODELO	43
1. Estructura	
2. Financiamiento	
IV. CASOS	65
V. CALIFICACIÓN DE PROYECTOS	78
VI. ÁREA DE OPORTUNIDAD	88
CONCLUSIÓN	112
PROPUESTAS	118

INTRODUCCIÓN

Para poder lograr un desarrollo sustentable y un crecimiento económico y social de cualquier país, el desarrollo de la infraestructura debe ser una prioridad, ya que así se logran sentar las bases de un crecimiento y un desarrollo sustentable. No se puede olvidar que una *infraestructura extensa y eficiente es crítica para asegurar un funcionamiento efectivo de la economía*.¹

La Constitución en su artículo 134 establece que los recursos de la nación deberán administrarse con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que están destinados.

Lamentablemente en nuestro país hay carencias considerables de infraestructura así como de un uso eficiente y eficaz de los recursos económicos; tan es así que el Foro Económico Mundial en su Reporte Global de Competitividad 2014-2015 colocó a México en lugar 65 en el rubro de competitividad por su infraestructura,² por debajo de países como Malasia, Omán, Trinidad y Tobago, Costa de Marfil y El Salvador y de acuerdo la encuesta del mismo reportaje nuestro país se encuentra en el lugar número 69³ justo en la media de la calificación mundial.

¹ SCHAWB, Klaus, *The Global Competitiveness Report 2014-2015*, Traducción libre de Santiago Tejeda, Suiza, World Economic Forum, 2014, p. 6.

² *Ibidem*, p. 17.

³ *Ibidem*, p. 428.

¿Cómo se puede proveer infraestructura entonces y hacer eficiente la administración de los recursos? Históricamente, la provisión de la infraestructura, en nuestro país, ha sido realizada por el Gobierno, en la mayoría de los casos a través de contratos de obra pública tradicional otorgados mediante de una licitación pública, donde el particular participa como contratista del Gobierno y los gastos son cubiertos en su mayoría con recursos públicos previamente presupuestados. Es importante notar que el Gobierno podría, cuando así lo amerite el caso, realizar una licitación a cuando menos tres personas o inclusive adjudicar de manera directa.

Con el anterior escenario, los riesgos relacionados con el desarrollo de infraestructura no son debidamente mitigados o distribuidos y pasan a ser una carga casi en su totalidad para el Gobierno y por ende para el erario público. En ocasiones cualquier modificación en el proyecto o en los costos puede detener el desarrollo de la misma, al tener un presupuesto limitado, sujeto a restricciones de presupuesto, gubernamentales o políticas.

Resulta pertinente preguntar ¿Existe una mejor forma para desarrollar la infraestructura? ¿Cómo han logrado otros países el desarrollo y puesta en práctica de proyectos de infraestructura de manera exitosa? ¿Será posible hacer lo mismo en nuestro país y así contar con infraestructura de primer nivel que perdure y sea eficiente?

Aunque las preguntas anteriores pueden tener muchas respuestas, sin duda una de las más adecuadas son las APP.

¿Qué es pues una APP? A *grosso modo* podemos decir que una APP es un contrato a largo plazo, entre una instancia pública y un particular, para prestar un servicio público o explotar de un bien de dominio público, que requiere de la construcción total o parcial de infraestructura con cargo al particular. Una APP debe en mayor o menor medida ser financiada por el sector privado, pudiendo inclusive no utilizar recursos públicos, o los mínimos necesarios.⁴

Aún y cuando en nuestro país fueron introducidas a nivel federal en el 2012 con la publicación de la Ley,⁵ más adelante explicaré como en realidad las APP han sido utilizadas desde la década de los 90's para proveer de infraestructura en diferentes países. Es importante mencionar que el Programa Nacional de Infraestructura 2014 – 2018 del Gobierno Federal, prevé que una cantidad considerable de proyectos de infraestructura se realicen mediante un esquema de APP.

Las APP son entonces un medio ideal para poder ayudar al desarrollo de infraestructura en el país, pues fomentan una participación proactiva por parte del particular, ya sea para conseguir el financiamiento necesario, para culminar las obras de infraestructura y/o prestar un servicio público por un largo plazo.

⁴MONSALVE, Fabian, *et. al.*, *¿Más infraestructura sin cargas excesivas al erario?*, Forbes México y Baker & McKenzie, 2015. <http://www.forbes.com.mx/mas-infraestructura-sin-cargas-excesivas-al-erario/> Fecha de consulta: 21 de diciembre de 2015.

⁵Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 2012.

Algunos de los beneficios de las APP son los siguientes: (i) permiten financiamiento e inversión del sector privado, eliminando las restricciones presupuestarias o contratación innecesaria de deuda pública; (ii) logran mitigar y distribuir los riesgos propios de los proyectos de infraestructura al determinar las responsabilidades de cada parte involucrada; y (iii) aseguran la viabilidad técnica, económica, legal y social del proyecto desde el inicio.⁶

¿Cómo poner en práctica dichos beneficios? ¿Cuál es la estrategia o estructura ideal para financiar un proyecto APP? Es aquí donde entra en juego el concepto de *Project Finance*. Aunque se explicará más adelante, *Project Finance* es un mecanismo especializado de financiamiento para proyectos de gran envergadura, donde se establecen reglas claras para mitigar y asignar riesgos, flujo de dinero y rol que tendrán las diferentes partes con interés (*stake holders*) en el proyecto: inversionistas, acreedores, constructor, promotor(es) del proyecto APP, entidad pública contratante, subcontratistas entre otros.

Un proyecto APP conlleva una extensa variedad de estudios, como lo son técnicos, legales, financieros, sociales, entre otros, según sea el caso, para poder evaluar el mismo y determinar si es viable, para así evitar los comúnmente llamados "elefantes blancos" que son ejemplo de corrupción y mala administración de los recursos.

Otro tema interesante y novedoso que abordaré es el de las propuestas no solicitadas, mismo que se adiciona de manera relevante en la Ley. Dichas

⁶MONSALVE, Fabian, *et. al., op. cit.*

propuestas abren la posibilidad de que cualquier particular interesado pueda, previa identificación de alguna oportunidad de desarrollo, promover ante la dependencia correspondiente, el desarrollo de un proyecto de infraestructura bajo el esquema de APP.

Aún y cuando dichas propuestas suenen complicadas o poco viables, según el Centro Consultivo de Infraestructura Público-Privada (*Public-Private Infrastructure Advisory Facility*, por sus siglas en inglés), algunos países han desarrollado un porcentaje considerable de su infraestructura mediante dichas propuestas no solicitadas. Al mes de agosto de 2014, el 21% de los proyectos APP fueron iniciados como propuesta no solicitada, seguido por la región de Asia (excluyendo a China) con el 19%, África con el 11% y América Latina y el Caribe con únicamente el 3%.⁷

Las APP son una figura con una gran diversidad de vehículos para lograr una inversión y aplicación de proyectos de manera conjunta entre el sector público y el sector privado mediante un contrato que obligue a ambos.

La contratación entre el Estado y los particulares ha sido una actividad reiterada desde antaño. No es por ello ajeno el comentario que realiza Rafael Martínez al respecto de la concesión, cuyo análisis veremos más adelante, estableciendo que la contratación entre Estado y particular *se remonta a los orígenes*

⁷*Unsolicited Proposals - An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs, An Analysis of Global Trends and Lessons Learned*, Traducción libre de Santiago Tejeda, Estados Unidos, Public-Private Infrastructure Advisory Facility, 2007, p. 24.

*de la historia humana, cuando el gobernante comisionaba a ciertos individuos para recaudar los tributos que los súbditos estaban obligados a entregar.*⁸

Relacionado con lo anterior, y hablando en específico de nuestro país, no se puede hacer caso omiso de la que según Treviño Moreno fue la primer licitación pública en México llevada a cabo en 1767 en la época del Virrey Carlos Francisco de Croix (1766-1771), y que fuera en relación con una obra para resolver el problema de las inundaciones que presentaba la capital desde la época prehispánica.⁹

Ahora bien, debido a la notoria escasez de recursos públicos y mala administración para invertir, aunado a la necesidad de parte del Estado de proveer servicios y la infraestructura necesaria a los gobernados, mediante una APP se busca recurrir a un inversionista privado o a un ente público diverso para que realice, con recursos propios o de terceros, la construcción, mantenimiento y/o la operación por un plazo determinado, de algún proyecto de infraestructura o la prestación de un servicio.

La metodología para esta tesis fueron los métodos deductivos, inductivos, comparativos, históricos y jurídicos.

⁸MARTINEZ Morales, Rafael, *Derecho Administrativo 1er. curso*, México, Oxford University Press México, 2011 p. 260.

⁹TREVIÑO, Franciso, *La Nueva Ley de Asociaciones Público Privadas Tematizada y Sistematizada*, México, Porrúa, 2014, p. 5.

Con la anterior metodología en este trabajo analicé de manera comparativa los antecedentes históricos y jurídicos de las APP y comencé a establecer las generalidades de las mismas, para entrar a un análisis más detallado.

Dicho análisis representó explicar la generalidad de donde se derivan las APP y obtener, después de su estudio comparativo, la noción de lo que es y la naturaleza que tiene la APP.

El análisis anterior fue seguido con la opción de cómo financiarlas a través del *Project Finance* para así poder establecer los beneficios que representa para el desarrollo del país, utilizando aquí la metodología inductiva, en donde se explican de manera detallada algunos esquemas de financiamiento, pero principalmente el que da sustento a este trabajo.

Después de explicar el esquema de APP y el cómo financiarlos, analicé brevemente algunos casos de proyectos APP, o similares, que se han puesto en práctica recientemente en nuestro país, haciendo énfasis en un análisis práctico y jurídico de un único proyecto local.

En el proceso de la tesis, se observará como la implementación de esquemas APP, mediante el financiamiento propuesto, tiene demasiados riesgos que analizar y prever, mismos que serán mitigados con la calificación de proyectos utilizada internacionalmente y representando una práctica idónea para utilizar en un proyecto APP.

Por último describí como con la publicación de la Ley, no sólo se dotó al marco jurídico nacional de un nuevo esquema de aplicación para contratar entre los particulares y el Estado, sino que también se estableció la figura de las propuestas no solicitadas, mismas que expondré, conjugando el esquema mismo de APP, el cómo financiarlas y la ventaja que representan al ser calificadas.

Todo lo anterior servirá como fundamento para establecer por qué nuevas estructuras jurídicas, como las APP, deben comenzar a utilizarse para proveer de infraestructura al país, las cuales debido a su complejidad requieren de un entendimiento práctico y explicación de esquemas financieros para su aplicación.

La hipótesis planteada es que si se aplica un correcto financiamiento de proyectos en esquemas APP, entonces el desarrollo de estas será el óptimo, en cuanto a su aplicación, operación, mantenimiento y estructura para brindar los servicios necesarios que el Gobierno debe de prestar.

Es por ello que después de leer este trabajo, existirá certeza en el lector de que el esquema APP, aplicable para proveer de infraestructura al país, de la mano del financiamiento de proyectos es la mejor opción actual, jurídica y práctica, para que el Estado cumpla una de sus principales obligaciones.

Capítulo I

ANTECEDENTES

En este primer capítulo buscaré establecer de forma clara y sencilla los principales antecedentes, internacionales y nacionales, respecto a las APP que sirven para entender a las mismas en su totalidad.

1. Internacional

En diferentes países se comenzaron a dar concesiones que sirven como antecedente de las APP, tomemos como ejemplo los siguientes:¹⁰

- Francia: Alrededor de 1969 comienzan con la construcción y operación de *autoroutes* (carreteras de alto rendimiento). Para principios de 1990 ya existían 6,000 kilómetros de autorrutas interurbanas y 1,500 kilómetros de autorrutas urbanas.
- España: Desde 1960 se gestaba la idea de tener un sistema de carreteras extenso y de altas especificaciones, mismas que son consignadas en 1972,

¹⁰ Diplomado en Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de la Infraestructura y Servicios organizado conjuntamente por el Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Modulo 1, octubre de 2014.

que fueron logrando ser un éxito, ya que la legislación aplicable exigía el uso de financiamiento a través de deuda externa, lo que sirvió para ayudar a la situación de balanza de pagos y no usar el ahorro interno.

- Gran Bretaña: Las PFI's (*Private Finance Initiative* por sus siglas en inglés) se implementan a principios de 1990 y servían bajo el principio de contratar servicios públicos a largo plazo con pagos diferidos a un particular. Ésta modalidad es un referente, ya que muchos sistemas, incluido el nuestro, lo buscaron homologar.
- Chile: A partir del año 1991 se da en Chile un auge en las concesiones para caminos, aeropuertos, embalses, hospitales y cárceles. Después de algunos casos de corrupción y de un alto índice de renegociaciones, se reformó la legislación de concesiones a como se encuentra actualmente.
- Argentina: Entre 1989 y 1990 se concesionaron de forma variada 12 concesiones viales interurbanas en el país. Esas fueron renegociadas y a partir del 2007 se ampliaron varias concesiones y se otorgaron otras de manera significativa. Argentina ha tenido problemas relacionados con una realidad muy variable y poco definida en materia económica y social, más que del mismo programa de concesiones del que se trate.
- China: Derivado de su política pública algunos proyectos de infraestructura de gran envergadura se realizaron con financiamiento meramente del Gobierno central. Sin embargo las APP se han logrado dar en el gigante asiático, en especial para las olimpiadas de Pekín, sin embargo las APP en China aún no tienen un camino cierto debido a la política pública de su país.

- Estados Unidos:¹¹ Según un reporte del Congreso de Estados Unidos de América, la participación de la iniciativa privada en el desarrollo de infraestructura carretera fue muy importante. En 1792 se hizo la primer caseta de cobro conocida como *Philadelphia and Lancaster Turnpike* en Pennsylvania meramente privada. Sin embargo, con el paso del tiempo el Gobierno federal y los estatales comenzaron a apoyar el desarrollo de la construcción de caminos para incrementar el desarrollo económico del país.

En 1916 se publicó el Acta de Apoyo Federal a Autopistas (*Federal-aid Highway Act of 1916*) que autorizó el uso de 75 millones de dólares para el desarrollo de autopistas en zonas rurales del país. En 1991 con la publicación del Acta de Transporte Eficiente Intermodal en Superficie (*Intermodal Surface Transportation Efficiency Act of 1991*) se permitió una mayor participación de la iniciativa privada, al permitírseles ser propietarios de casetas de cobro. Hoy en día el vecino país del norte está buscando implementar de manera más agresiva las APP para desarrollar su infraestructura.

2. Nacional

Nuestro país se adapta, en el año 2004, a la modalidad británica de PFI mediante la modalidad de los llamados PPS, sin embargo previo a esto en 1989, se dieron varias concesiones al sector privado para operar y conservar carreteras, puentes y túneles, siempre regresando a manos del Estado, a través de la SCT bajo el programa de "Solidaridad".

¹¹ UNITED STATES DEPARTMENT OF TRANSPORTATION, *Report to Congress on Public-Private Partnerships*, United States of America, 2004, p. 15.

Esta última red de carreteras logró duplicar las vías existentes, ya que se otorgaron 53 concesiones para 5,500 kilómetros, mismas que se construyeron en un tiempo record y lograr ser soporte del crecimiento que apareció derivado de la firma del Tratado de Libre Comercio de América del Norte.¹²

En dicho programa la SCT eligió las rutas y tarifas a cobrar en los tramos a construir. Cada concesión debería utilizar 70% de los recursos de bancos o una fuente de financiamiento distinto (no olvidar que de 1982 a 1991 la banca en México era propiedad del Estado), en donde el Gobierno proveía un garantía mediante la posibilidad de alargar la concesión. *Las concesiones de autopistas eran otorgadas al licitante que ofreciera el periodo de concesión más corto, con un periodo máximo autorizado de 15 años.*¹³

Al inicio Solidaridad resultó ser un éxito, al concesionarse 53 carreteras, con una inversión estimada de 13,000 millones de dólares (50% créditos bancarios, 20% subsidios y el restante por el promotor del proyecto). Lamentablemente Solidaridad fracasó, principalmente debido al alto costo de peajes, deficientes estudios y diseños preliminares, plazos de oferta cortos, problemas con estudios ambientales y servidumbres y el bajo uso de las carreteras, los usuarios al poder utilizar vías alternas, garantizadas por la Constitución en su artículo 11, evitaron en gran medida el uso de carreteras de cuota y los concesionarios no llegaron a los aforos previstos en sus modelos financieros.

¹² ENGEL, Eduardo, et. al., *Economía de las asociaciones público-privadas*, México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p. 86.

¹³ ORTIZ, Fabiola, et. al., *A Credit Review of Mexico's Toll Road Sector: Stable and Strong*, Traducción libre de Santiago Tejeda, United States, Standard & Poor's, 2006, p. 3.

Estas facilidades se dieron con la extensión de las concesiones (no importando el criterio de menor tiempo otorgado), que al no ser suficiente fue cubierto por el FARAC.¹⁴

El FARAC modificó varios temas de las concesiones, dando especial énfasis en bajar el peaje, que inclusive alcanzaron 40% de reducción de peaje para camiones. Con éstas, y otras medidas, se consiguió que en los primeros años del siglo XXI, 25% de las concesiones obtuvieran rendimientos razonables.

Diez años después se publicó un nuevo programa para construir carreteras y utilizar: (i) concesión;(ii) contratos de prestación de servicios; y (iii) aprovechamiento de activos.¹⁵

Al primer programa se le conoce como el "Nuevo Modelo de Concesiones" el cual asigna proyectos a aquellas empresas, que habiendo cumplido las exigencias técnicas, financieras y legales, soliciten el menor subsidio de parte el Estado y presenten estudios de demanda y proyecciones de ingresos aplicables.

¹⁴Mediante publicación del 27 de agosto de 1997 en el Diario Oficial de la Federación, la SCT publicó el decreto por el que se declara de utilidad e interés público la concesión de 23 carreteras y se rescatan cada una de las concesiones que en el mismo se indican. El 29 de agosto de 1997 se formalizó el Contrato de Fideicomiso Irrevocable de Administración y Fuente de Pago, celebrado por el Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, como fideicomitente y como fiduciario, compareciendo el Gobierno Federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público creándose así el fideicomiso público 1936 FARAC, consulta <http://www.asf.gob.mx/trans/Informes/IR2004i/Tomos/T3V2.pdf>.

¹⁵TREVIÑO, Franciso, *op. cit.*, p. 28.

La SCT define los peajes promedio máximos, permitiendo al concesionario modificar los mismos por diferente tipo de vehículo, siempre que se respete el promedio máximo de autoridad.

El segundo programa es el de Prestación de Servicios en el cual el Estado realiza pagos y cubre un monto de peajes sombra de la concesión a cambio de un servicio prestado por el particular. La SCT entrega el diseño y requerimientos del proyecto, el cual es adjudicado a quien solicite el menor número de pagos anuales. El plazo de estos contratos es de 15 a 30 años.

Por último, como el tercer programa, en el país se desarrolló un programa llamado "Utilización de Activos Carreteros", en el que la SCT, concesionó carreteras de peaje ya construidas, en las que el concesionario deberá ocuparse del mantenimiento y operación de la misma, a cambio de recibir el derecho de cobro de los peajes, en el que el posible concesionario debería pagar por dicha concesión.

De igual manera la Comisión Federal de Electricidad aplicó en los años noventa ciertos proyectos que no fueron eficientes, como lo fue la Terminal de Manejo de Carbón de Petacalco o la Central Termoeléctrica Samalayuca II, entre otras.¹⁶

Los proyectos anteriores tuvieron que ser reorganizados en 1994 y así lograr tener estructurada la asignación, administración y contar con un riesgo aceptable

¹⁶*Ibid.*, p. 26.

para el mercado, de la mano de contratos confeccionados de tal manera que fueran *bancables*. Por *bancables* se entiende la capacidad de un proyecto de obtener financiamiento; Es decir *que un proyecto puede atraer no solamente financiamiento de capital de sus accionistas, pero la cantidad necesaria de deuda*¹⁷ para su construcción y puesta en marcha. Esto lo explicaré más a detalle en el capítulo III.

Las APP se han desarrollado en nuestro país desde hace varios años, pero no existía, a nivel federal, una legislación específica para establecer el camino a seguir para poder utilizar un modelo similar al de Gran Bretaña o Estados Unidos bajo el esquema de *Public Private Partnerships*.

Desde la publicación de la Ley se busca la inversión y desarrollo en áreas de infraestructura principalmente en el sector de energía, carreteras, vías de comunicación y agua, mismos que son materia del presente escrito.¹⁸

No se puede olvidar que en la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo, se determinó que el desarrollo de los países y el cuidado al ambiente, deben de ir de la mano para alcanzar índices de desarrollo humano, presentes y futuros, que satisfagan las necesidades de los seres humanos.¹⁹

¹⁷ *Public-Private Partnerships Reference Guide Version 2.0*, Traducción libre de Santiago Tejeda, Estados Unidos, The World Bank, p. 53.

¹⁸ La Ley prevé esquemas para varios sectores, entre los que se incluyen centros de investigación científica.

¹⁹ Principio Tercero de la **Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo**, consultado en <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm> el 18 de febrero de 2016.

Es por ello que el desarrollo de infraestructura en el país, debe generar un mejor nivel de vida y desarrollo social de sus habitantes.

3. Generalidades

Si cualquier proyecto busca desarrollarse mediante la contratación de obra pública tradicional, es fácil notar que los recursos públicos no son suficientes para cubrir la necesidad de infraestructura, es por ello que el Gobierno, debe enfrentarse a problemas asociados a la complejidad de los proyectos de infraestructura que se desea desarrollar. Aunado a lo anterior, las entidades públicas típicamente carecen de la especialización y eficiencia que un proyecto así requiere.

Siguiendo la contratación tradicional de obra pública, el Gobierno en turno tiene generalmente tres opciones para incrementar la infraestructura: (i) no desarrollar la infraestructura; (ii) desarrollarla pero incrementar la carga tributaria a sus gobernados; o (iii) contraer deuda de manera aleatoria normalmente desordenada.

La opción de no desarrollar la infraestructura significaría dejar de lado o detener el desarrollo sustentable y económico de cualquier país o región que se trate, disminuyendo la provisión de servicios necesarios y la competitividad.

El desarrollarla incrementando la carga tributaria a sus gobernados, aún y cuando representa un actuar bien intencionado, resultaría poco eficiente, aceptado y afectaría la economía dinámica de cualquier país así como ser políticamente costoso.

Por último, aún y cuando se busca un financiamiento claro y bien estructurado, la realidad sería que el Estado tendría que contraer deuda de manera aleatoria y sin una planeación eficiente ya que la programación de gasto de cada Gobierno, ya sea por 6 o 3 años y la poca capacidad estadística y de visión de los gobernantes por falta de incentivos a largo plazo son una constante, lo que aumentaría la deuda pública y afectaría la planeación económica del país, estado o municipio del que se trate.

El Gobierno en turno puede considerar una novedosa opción, el financiamiento del proyecto de APP necesario y convertir la infraestructura pública en un bien privado temporalmente, mismo que regresará al Estado.

Una de las formas más comunes y más eficiente para la estructura financiera de las APP es el llamado financiamiento de proyectos (*Project Finance*), con sus variantes de financiamientos con *recursos limitados o sin recursos*. En este contexto, "recurso" se utiliza como sinónimo de medio legal para exigir el pago, en la figura de una garantía, corporativa o gubernamental. Es por ello que "sin recurso" se entiende que no existe una garantía como tal, sino que el flujo de efectivo y activos del proyecto cubrirá el mismo, ésta idea será explicada más adelante en el tercer capítulo.

El financiamiento de proyectos normalmente toma la forma de un crédito con recurso limitado para el acreedor, típicamente mediante un SPV como deudor, constituido *ex profeso* para llevar a cabo el desarrollo y la construcción del proyecto en específico.²⁰

Es por ello que intentaré exponer la forma ideal de cómo se puede utilizar el esquema de APP conjugándolo con el llamado *Project Finance* para que el Estado pueda cumplir su obligación de proveer infraestructura al país, sin hacerlo contratando deuda pública o al presupuesto de egresos.

Adicionalmente, analizaré en el capítulo VI la figura de las propuestas no solicitadas, que son un nuevo esquema legal para el desarrollo de la infraestructura en el país.

Dichas propuestas son una piedra angular en cambiar la forma como se ha acostumbrado a negociar y contratar entre el Estado y los entes privados y también lograr cambiar el paradigma de un Gobierno que lo debe de hacer todo, incluido el proponer proyectos y o servicios que los particulares deben de ayudar al Estado a prestar.

²⁰ *Ibid.*, Diplomado en Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de la Infraestructura y Servicios organizado conjuntamente por el Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.

Capítulo II

CONCEPTO Y NATURALEZA

Aún y cuando la infraestructura del país se puede desarrollar por medio de un proyecto APP, no se debe olvidar que esa obligación es en sí misma uno de los fines del Estado. La provisión de infraestructura en el país no es otra cosa que la prestación de un servicio público que el Estado puede o no prestar de manera directa.

El Estado ha tenido la necesidad de crear y fomentar diversos medios o figuras legales para cumplir sus obligaciones entre ellas las de prestar servicios públicos, con la participación del sector privado.

Antes de continuar es importante señalar que no todos los fines del Estado pueden contar con la participación del sector privado, pues existen servicios públicos que por su naturaleza misma o por políticas públicas están a cargo del mismo de manera exclusiva.

Respecto de un servicio público, el Estado puede ser el prestador originario y directo o ser únicamente el facilitador y supervisor del mismo.

A este efecto creo necesario analizar brevemente algunos planteamientos hechos respecto del concepto de servicio público.

El maestro Gabino Fraga define al servicio público como:

Una actividad creada con el fin de dar satisfacción a una necesidad de interés general que de otro modo quedaría insatisfecha, mal satisfecha o insuficientemente satisfecha, y aunque la idea de interés público se encuentra en todas las actividades estatales y la satisfacción de los intereses generales no es monopolio del Estado, lo que distingue al servicio público es que la satisfacción del interés general constituye el fin exclusivo de su creación.²¹

Ahora bien, según el mismo autor, el servicio público se divide de dos maneras, (i) por como satisface las necesidades generales; y (ii) como se gestiona el mismo.

La primera se distingue en los siguientes:²²

- (a) Nacionales: aquellos que buscan satisfacer las necesidades de todo el país, sin que algún particular se beneficie de manera individual y directa, como lo es la defensa nacional;

²¹FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 48ª edición, México, Porrúa, 2015, p. 241.

²²*Ibid.*, p. 242.

- (b) Indirectos: aquellos que no dan un beneficio directo e individual, pero de manera indirecta dan ventajas personales a los particulares, como lo son puertos o las vías de comunicación; y
- (c) Directos: aquellos que un particular obtiene de una prestación individualizada una satisfacción directa, como lo es la educación o un telégrafo.

Ahora bien, tratándose de la gestión de los mismos, tenemos los siguientes:²³

- (a) Aquellos administrados y ejecutados de forma directa y exclusiva, inclusive como monopolio, por el Estado; y
- (b) Aquellos que se pueden concesionar y son explotados por particulares.

En relación con lo anterior, sirve como guía la tesis aislada con número de registro 177,794 en materia administrativa. Dicha tesis establece en su punto 3 respecto de una nota característica del servicio público lo siguiente: *La administración pública realiza la actividad de servicio público en forma directa o indirecta, es decir, valiéndose de la concesión*²⁴ como medio para que se realice el servicio público.

²³ *Id.*

²⁴ Tesis XV.4o.8 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, julio de 2005, p. 1538.

Esto último junto con lo establecido por el Maestro Fraga respecto al tema sobre el que versa este trabajo, deja ver que el servicio público a analizar aquel de cómo gestionar el servicio público mediante una concesión otorgada a un particular, con la participación indirecta y supervisora del Estado.

Es por ello que al leer el texto del artículo 10 de la Ley y el primer párrafo del artículo 87, mismos que transcribo más adelante, notamos que la Ley al establecer los medios para que el particular preste el servicio público habla de concesión, permisos o autorizaciones.

Artículo 10:²⁵

*Los esquemas de asociación público-privada regulados en la presente Ley son opcionales y podrán utilizarse en relación con actividades cuya legislación específica prevea la libre participación del sector privado, o bien, mediante, el otorgamiento de permisos, autorizaciones o concesiones, para la prestación de los servicios correspondientes y no podrán referirse a los casos en los que las disposiciones aplicables señalen que no pueda intervenir el sector privado.**(Lo subrayado es propio)***

Artículo 87:²⁶

*Cuando en un proyecto de asociación público-privada el uso de bienes públicos o la prestación de los servicios por parte del o de los desarrolladores requieran de permisos, concesiones u otras autorizaciones, éstos se otorgarán conforme a las disposiciones que los regulen...**(Lo subrayado es propio)**.*

²⁵Artículo 10 de la Ley de Asociaciones Público Privadas

²⁶*Ibid*, Artículo 87.

Debido a que los artículos citados anteriormente, así como otros, pueden dejar en duda o incluso confundir respecto del alcance de una concesión, un permiso o una autorización, a continuación analizaré los mismos y sus diferencias.

a. Concesión, permiso o autorización

Doctrinalmente hablando, la autorización, licencia o permiso son sinónimos respecto de un acto administrativo mediante *el cual se levanta o remueve un obstáculo o impedimento que la norma legal ha establecido para el ejercicio de un derecho de un particular*²⁷ preexistente como lo es una licencia de construcción.

En otras palabras, la autorización, licencia o permiso es una condicionante para el ejercicio de un derecho preexistente con el que cuenta el particular y que su actualización únicamente es reconocida por el Estado.

La concesión en cambio *se emplea para aquellos casos en los que no hay ningún derecho previo del particular a la materia que es objeto de la concesión*,²⁸ como lo sería una concesión minera.

Aún y considerando lo anterior, no hay que dejar de lado que nuestra legislación no integra de forma armónica dichos conceptos con su verdadera

²⁷FRAGA, Gabino, *op. cit.*, p. 235.

²⁸*Id.*

naturaleza, pues *en algunas leyes administrativas se emplea el término autorización, cuando se refiere a la prestación de un servicio público*²⁹ por lo que debemos de atender a la naturaleza de cada precepto y no a como se conceptualiza en cada ley.

Del Proyecto de Decreto por el que se expide la Ley de Asociaciones Público Privadas de Comisiones Unidas de Comercio y Fomento Industrial; De Hacienda y Crédito Público; y de Estudios Legislativos del 28 de abril de 2010³⁰ no se establece una diferencia clara o explica el uso de autorización, permiso o concesión.

Ahora bien, la Ley en su artículo 12 pareciera que busca definir los diferentes tipos de autorizaciones relacionadas con los proyectos APP, pero al final cae en el mismo juego del artículo 10, 13 y 89, donde pareciera que el legislador no conoce la distinción que realicé respecto de permiso, concesión o autorización.

Dicho de otra manera, la Ley abarca ambos, la autorización como el permiso otorgado al particular para ejercer un derecho preexistente pero condicionado y la concesión como la delegación de la facultad y obligación del Estado de prestar un servicio público a un particular.

Es por ello que la interpretación respecto de cuando es autorización o concesión se desprenderá de la finalidad del texto del artículo correspondiente.

²⁹ Tesis XV.4o.8 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, julio de 2005, p. 1538.

³⁰ Proyecto de Decreto de la Ley de Asociaciones Público Privadas Comisiones Unidas de Comercio y Fomento Industrial; De Hacienda y Crédito Público; y de Estudios Legislativos del 28 de abril de 2010.

De cualquier manera ahora explicaré únicamente el concepto y naturaleza de la concesión, ya que el desarrollo de infraestructura como servicio público que se realiza no es un derecho preexistente del gobernado, si no una facultad que el Estado va a delegar en aquel.

Únicamente a efecto de dejar claro, existen a grandes rasgos dos tipos de concesiones, la concesión de un servicio público y la concesión para la explotación de un bien público.

Estas concesiones son distintas pues *en la concesión de explotación solo se producen relaciones entre el Estado y el concesionario, en tanto que en la de servicio público existe un tercer elemento, los usuarios del servicio.*³¹

El tema de las APP es únicamente respecto del segundo tipo de servicio, por lo que no realizaré ningún tipo de análisis respecto de la concesión de explotación. Únicamente mencionar que la Ley prevé que pueda otorgarse alguna autorización, en el sentido de concesión, para la explotación de bienes de dominio público (i.e. artículos 12 fracción IV y 13 fracción III), pero esto es accesorio al tema principal de la Ley y de este trabajo de investigación.

³¹FRAGA, Gabino, *op. cit.*, p. 363.

Ahora bien, la concesión es considerada por la doctrina y precedentes de nuestro país en tres formas: (i) acto unilateral del Estado; (ii) contrato; y (iii) acto mixto, este último mezclando el acto unilateral del Estado y el que sean un contrato.

De cualquier manera, la concesión es siempre y será una atribución del Estado, debido a la necesidad de *crear jurídicamente los medios adecuados para alcanzar los fines encargados al Estado*.³² Es por ello que para que el Estado pueda alcanzar esos fines, *su participación a fin de estructurar la sociedad de acuerdo con los ideales de justicia y bienestar plasmados en la Norma Fundamental*³³ es de suma importancia.

Al respecto, Enrique Pérez de León expresa:

La concesión es el aprovechamiento por parte de los particulares, de la explotación de un servicio público o de bienes que forman parte del Estado. Es el acto jurídico que tiene por objeto otorgar a un particular un poder jurídico sobre una manifestación de la administración pública; o bien, como los actos del poder público que dan facultades a los particulares para el establecimiento y explotación de un servicio público o para la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio directo y de propiedad de la Nación; o también como el procedimiento por el cual una persona pública denominada autoridad concedente, confía a una persona física o moral llamada concesionario, el cuidado de manejar un servicio público, bajo el control de la autoridad concedente, mediante una remuneración que generalmente consiste en las cuotas que el concesionario percibirá de los usuarios del servicio; o por último, como la gracia o merced que el Estado otorga a un particular para crear un derecho, tolerarlo, o para permitir su ejercicio, ya sea que el Estado lo otorgue en forma espontánea o a solicitud del particular.³⁴

³²TREVIÑO, Franciso, *op. cit.*, p. 236.

³³*Ibid.*

³⁴*Ibid*, p. 238, Apud PEREZ DE LEON, Enrique, *Notas de derecho constitucional y administrativo*, México, Porrúa, 1994, p. 221.

El maestro Gabino Fraga establece lo siguiente: El acto por el cual se concede a un particular el manejo y explotación de un servicio público o la explotación y aprovechamiento de bienes del dominio del Estado.³⁵

Olivera Toro señala que la concesión es:

Una institución de derecho administrativo y generalmente aplicada, es el acto jurídico que tiene un determinado contenido: otorgar a un particular un poder jurídico sobre una manifestación de la administración pública, es un acto administrativo constitutivo de un derecho subjetivo público.³⁶

Al respecto, comparto la opinión de Treviño Moreno, estableciendo que:

*La concesión administrativa resulta ser un acto administrativo discrecional, por medio del cual la administración pública confiere una coordinación o poder jurídico a una persona de Derecho Privado, sea esta física o moral, para ejercer ciertas prerrogativas de carácter público, con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público o explotar los bienes del Estado.*³⁷

Ahora bien, la concesión respecto a su naturaleza es considerada como una de las siguientes tres: (i) acto administrativo unilateral; (ii) acto contractual; o (iii) acto mixto.

³⁵ *Ibid*, p. 239, Apud, FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 14ª edición, México, Porrúa, 1971, p. 242.

³⁶ *Id*, Apud, OLIVERA TORO, Jorge, *Manual de Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 1997, p. 238.

³⁷ *Ibid*, p. 240.

El maestro Miguel Acosta Romero al hablar respecto de la concesión y su naturaleza, menciona que su naturaleza jurídica puede cambiar según la actividad y política del Estado del que se trate, lo que transcribo a continuación:

En un Estado liberal, la concesión aparecerá como un contrato, y otorgará al particular determinados privilegios, en un Estado intervencionista, o en un Estado que tienda hacia el socialismo, la concesión no será un contrato, sino un acto administrativo y paulatinamente se restringirá al régimen de concesión, para que el Estado se haga cargo de actividades que en otros Estados y en otras épocas, se reconocían como parte de la esfera de actividad de los particulares.³⁸

Respecto de cada uno de los actos como se considera la concesión y sin profundizar demasiado en el tema, podemos decir que la visión respecto de la concesión como acto administrativo unilateral se reduce a que la concesión parte necesariamente del carácter público de la misma y donde el Estado tiene una posición de superioridad y pudiendo revocar de manera unilateral la misma.

El acto contractual de la concesión se reduce a que existe un acuerdo de voluntades entre el particular y el Estado que se formaliza y genera derechos y obligaciones para ambas partes, donde un incumplimiento o revocación tiene medios de defensa para la parte afectada.

La última teoría considera a la concesión como un acto mixto. Esta teoría es conocida como ecléctica y es la más aceptada de las tres. En esta teoría se considera que existen dos momentos clave respecto de la concesión, primeramente

³⁸ ACOSTA, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Novena edición, México, Porrúa, 1990, p. 690.

el momento en el cual la autoridad pública la convocatoria respectiva y emite su fallo, el cual es sin duda un acto meramente administrativo, el segundo momento es cuando esa concesión otorgada y existente es regulada y establecida en una relación jurídica obligatoria para la autoridad y el particular.³⁹

Sin abundar mucho en la diferencia podemos resumir la teoría del acto unilateral como que la autoridad tiene una facultad discrecional para otorgar cualesquiera concesiones, sin que exista una obligación o acuerdo previo en ese sentido.

Y podemos resumir la posición contractual en que la concesión se evidencia mediante un contrato celebrado entre el Estado y el ente del Derecho Privado.

Al darse los dos momentos distintos, se concluye que la concesión es un acto mixto. Un acto mixto compuesto por tres elementos: (i) acto reglamentario; (ii) acto condición y (iii) contrato, mismos que explicaré brevemente a continuación.⁴⁰

El acto reglamentario es aquel mediante el cual la administración determina de manera unilateral las características del servicio que prestará el particular, pudiendo ser modificados en cualquier momento, como lo contempla la Ley en su Capítulo Octavo Sección Primera.

³⁹ TREVIÑO, Franciso, *op. cit*, pp. 251 y 252.

⁴⁰ FRAGA, Gabino, *op. cit*, p. 243.

El acto condición es el que condiciona la atribución al *concesionario de las facultades que la ley establece para expropiar, para gozar de ciertas franquicias fiscales* etc. Esto lo considera la Ley en su Capítulo Quinto.

El contrato que se entiende como aquella relación jurídica obligatoria de carácter patrimonial, en la que ambas partes quedan obligadas a cooperar para obtener ciertos bienes o derechos.⁴¹

Por ello cualquier proyecto APP tendrá como parte de su naturaleza los tres elementos mencionados con anterioridad, donde el particular conocerá las reglas del juego, aquellos acuerdos no modificables y aquellos que por responder a un interés superior, lo pueden ser.

Ahora bien, lo anterior es importante ya que la finalidad de este trabajo es explicar cómo se puede desarrollar la infraestructura necesaria, sin que exista una carga excesiva, o total, al erario público.

Pues aún y cuando la Ley establece que la participación del Estado puede ser económica, mi posición es que esta debería ser única o mayormente respecto a otorgar las concesiones, así como cualquier autorización, que el particular requeriría

⁴¹ ROBLES, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, México, Oxford, 2011, p. 23.

para poder desarrollar el proyecto de APP del que se trate, así como el análisis de las propuestas no solicitadas, mismo que trataré en el capítulo 6.

b. APP

Una vez dicho lo anterior, surge ahora una interrogante sobre la naturaleza jurídica de las APP ¿son estas un tipo de contrato únicamente, en el sentido jurídico/práctico? o ¿son únicamente un término teórico?

Partamos pues de las palabras que contiene este término.

- *Asociación: Conjunto de los asociados para un mismo fin y, en su caso, persona jurídica por ellos formada.*⁴² Debido a que se crea una relación entre el Estado y el particular, pero dejando en claro que entre estos dos nunca se podrá formar una persona jurídica. De constituirse una persona jurídica estaríamos frente a los supuestos contenidos en los artículos 3 y 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- *Público: Perteneiente o relativo a todo el pueblo.*⁴³ Aquí mediante la representación que tiene el Estado que se le confiere por el pueblo derivado

⁴² Diccionario de la Real Academia Española
<http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=T8poZRJr9DXX21qHJVS1>. Fecha de consulta: 25 de octubre de 2014.

⁴³ *Id.* <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=McVNSEjtKDX20jA2N9s>. Fecha de consulta: 25 de octubre de 2014.

de los artículos 39 y 40 de la Constitución, en cuanto a los permisos, concesiones, licencias o apoyos económicos que otorgue.

- Privada: *Que no es de propiedad pública o estatal, sino que pertenece a particulares.*⁴⁴ Esto último en el sentido de que en cualquier proyecto se utilice *infraestructura provista total o parcialmente por el sector privado.*⁴⁵
- Las APP no deben entenderse únicamente como un contrato en específico, el término debe considerarse únicamente como un concepto general que explica una relación de derecho entre el Estado y un ente privado, para lograr que este construya, opere, dé mantenimiento y/o conserve un proyecto de infraestructura, por un tiempo determinado mediante un financiamiento total o parcial a cargo del ente privado.

Por ello el término APP se refiere a una relación acordada entre la inversión privada y una dependencia o entidad de Gobierno, en la cual la inversión privada debe financiar, construir y/o equipar, operar, mantener y conservar, por un tiempo determinado, un proyecto de infraestructura, a cambio de un rendimiento gradual a largo plazo con respecto a lo que se invirtió.

No podemos encontrar una definición estándar para el término de APP, pero podríamos definirla en un sentido amplio de la siguiente manera:

⁴⁴ Id. <http://buscon.rae.es/drae/srv/search?id=6TwxPH7a5DXX2EdRt5TM%7C1LBGBmJa5DXX2uaxHgqK%7Cbaje paDkJDXX2ovQMUGU>. Fecha de consulta: 25 de octubre de 2014.

⁴⁵ Artículo 2 de la Ley de Asociaciones Publico Privadas.

Un contrato de largo plazo entre un particular y una entidad gubernamental para prestar un servicio o activo público, en el cual el particular tiene un riesgo considerable y la responsabilidad de administración y una remuneración está ligada al cumplimiento⁴⁶.

De igual manera, Farquharson deja en claro que los legisladores han logrado inventar una variedad de términos para resumir lo que pretenden, para poder encontrar un socio del Gobierno y como estructurar el proyecto de APP por un largo plazo.⁴⁷ Dejando eso de lado encontramos que este autor establece con respecto a las APP el hecho de ser:

Arreglos contractuales de una naturaleza variada donde dos partes comparten derechos y responsabilidades durante la duración del contrato. Diferentes formas de APP pueden existir involucrando varias combinaciones de financiamiento público y privado y exponerse al riesgo del proyecto.⁴⁸

Ahora bien, las definiciones anteriores pueden conjugarse en la definición queda Treviño Moreno que define a la APP como:

Una relación contractual de largo plazo entre el sector público y el sector privado basada en la confianza mutua y la equidad en la relación, con el propósito común de prestar servicios públicos y desarrollar, en su caso, la infraestructura necesaria en condiciones de mayor eficiencia y calidad que las que alcanzaría el sector público si lo hiciera por sí mismo y a un costo significativamente menor, donde el sector público logrará dicho objetivo aplicando menores recursos públicos y el sector privado obtendrá un rendimiento razonable a su capital, en correspondencia con los riesgos asumidos.⁴⁹

⁴⁶ *Public-Private Partnerships Reference Guide Version 2.0, Op. Cit., Traducción libre de Santiago Tejada, pp. 17 y 18.*

⁴⁷ FARQUHARSON Edward et. al., *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*, Traducción libre de Santiago Tejada, Estados Unidos, The World Bank, p. 9.

⁴⁸ *Id.*, Traducción libre de Santiago Tejada.

⁴⁹ TREVIÑO, Franciso, *op. cit.*, p. 21.

De dicha definición podemos obtener ocho elementos que ayudan a entender el concepto de las APP.

1. Relación contractual. En el sentido de que entre las partes (Estado y particular) se generan una serie de derechos y obligaciones recíprocos, lo que no deja de lado el hecho de que se siga velando por el interés superior de la sociedad para modificar el mismo.
2. De largo plazo. Debido a la naturaleza de los proyectos, entre ellos los costos por financiamiento y retorno de la inversión, así como para poder dar la administración y mantenimiento adecuado que necesita. El Reglamento en su artículo 2 establece que se entenderá como largo plazo un plazo mayor a 3 años y la Ley en su artículo 87 establece que el término no podrá exceder de 40 años.
3. Entre el sector público y el sector privado. Ya que al otorgarse una concesión, el sector privado participará siempre prestando un servicio y el sector público se encargará de supervisar y coadyuvar al sector privado en el desarrollo del proyecto APP.
4. Basada en confianza y equidad. Al establecerse una asociación, se busca que haya de alguna manera una relación de confianza y buena fe entre las partes donde, siempre y cuando no esté de por medio el interés social, exista una relación de equidad entre ambas.
5. Propósito común de prestar servicios públicos. Respecto de la obligación del

sector público de prestar servicios y que delega mediante la concesión en el sector privado, pero donde no solo se construye la infraestructura necesaria para el servicio, si no que el particular prestará ese servicio concesionado por el plazo del contrato.

6. Condiciones más eficientes. Al permitir la participación del sector privado en prácticamente toda la implementación del proyecto APP, se dan las bases para que mediante una sana competencia, la propuesta más eficiente sea la que resulte ganadora en el concurso del que se trate.
7. Menor utilización de recursos públicos. Según explicaré más adelante, los proyectos APP, no deberían utilizarse cuando la provisión del recurso sea mayormente público, dado que la complejidad de la estructura del proyecto APP, y el plazo del mismo hacen que el sector privado sea el ideal para poner en práctica dichos esquemas, así logrando que el sector público utilice, o inclusive no utilice, recursos públicos en estos proyectos y los destine a algún otro.
8. Obtención de un rendimiento razonable. Este rendimiento es para el sector privado, que deberá asegurar el capital o financiamiento para establecer el proyecto APP del que se trate y obtener los rendimientos que justifiquen su inversión.

Es por ello que sostengo que una APP no es un contrato únicamente, sino más bien una relación jurídica mucho más amplia en la que las partes, intereses, riesgos, derechos y obligaciones son más complejos.

Ahora bien, una vez que explicamos lo anterior, podemos pasar a los elementos mínimos indispensables requeridos para poder establecer un contrato que regule un proyecto de APP, según Luis Guasch,⁵⁰ son los siguientes:

1. Adjudicarse en forma competitiva;
2. Estar diseñados sin ambigüedades;
3. Definir claramente el tratamiento que se dará a:
 - a. Los activos;
 - b. La evaluación de las inversiones;
 - c. Indicadores de resultado.
 - d. Procedimientos e indicadores para revisar las tarifas;
 - e. Criterios y penalizaciones que se aplicarán en caso de terminación anticipada; y
 - f. Procedimientos que se usarán para resolver conflictos.
4. Contener cláusulas para no renegociar el contrato, salvo un caso expreso y justificado;

⁵⁰*Ibid.*, pp. 34 y 35 Apud GUASCH, José Luis, *Concesiones en Infraestructura: Cómo hacerlo bien*, Barcelona, Antoni Bosch y The World Bank, 2005, p.38.

5. Obligación del participante de cumplir su oferta;
6. No llevar a cabo la primer revisión de tarifas en al menos cinco años;
7. Establecer una indemnización significativa;
8. Prever el pago de una cantidad importante por solicitud de renegociación a cargo del ente privado;
9. Analizar detalladamente ofertas agresivas;
10. Evitar programas de concesiones organizados en poco tiempo y con prisas;
11. Contar con una agencia y marco regulatorio apropiado y suficiente autonomía;
y
12. Contar con un sistema contable adecuado evitando ambigüedades.

La LAPP de igual manera, *introduce una limitación al establecimiento de requisitos que no podrán ser mayores a los previstos en el a. 14⁵¹* de dicho ordenamiento, mismos que están estrechamente relacionados con aquellos que establece al respecto Guasch.

Es por ello que para que una APP pueda funcionar se requieren superar posibles deficiencias en el/los contrato(s) de la APP que pueden acarrear por lo siguiente: *(i) procesos apresurados; (ii) intereses creados; (iii) asesoramiento*

⁵¹*Ibid.*, p. 240.

*cuestionable; (iv) falta de experiencia del gobierno; (v) falta de recursos del gobierno; (vi) una combinación de los anteriores*⁵².

A efecto de evitar lo anterior, es indispensable basarse en el planteamiento legal que la Ley hace respecto de los proyectos APP. Aún y cuando pudiera haber argumentos de peso para que no se realice la licitación, la Ley exige que exista un apego casi total a la licitación, lo cual explicaré más adelante.

De igual manera, el tema de los recursos y falta de experiencia se pueden resolver aplicando el modelo y financiamiento descrito en el siguiente capítulo.

Es por ello que para que un proyecto APP pueda ser exitoso completamente, se requiere un marco jurídico claro que permita delimitar los intereses, riesgos, derechos y obligaciones de las partes, un conocimiento y experiencia previa así como un financiamiento robusto para así poder construir, operar, financiar, mantener, obtener rendimientos y lograr que durante el término del plazo se preste el servicio público del que se trate en beneficio social y sin contratiempos.

⁵²*Ibid.*, p. 35 *apud* GUASCH, José Luis, *op. cit.* p. 124.

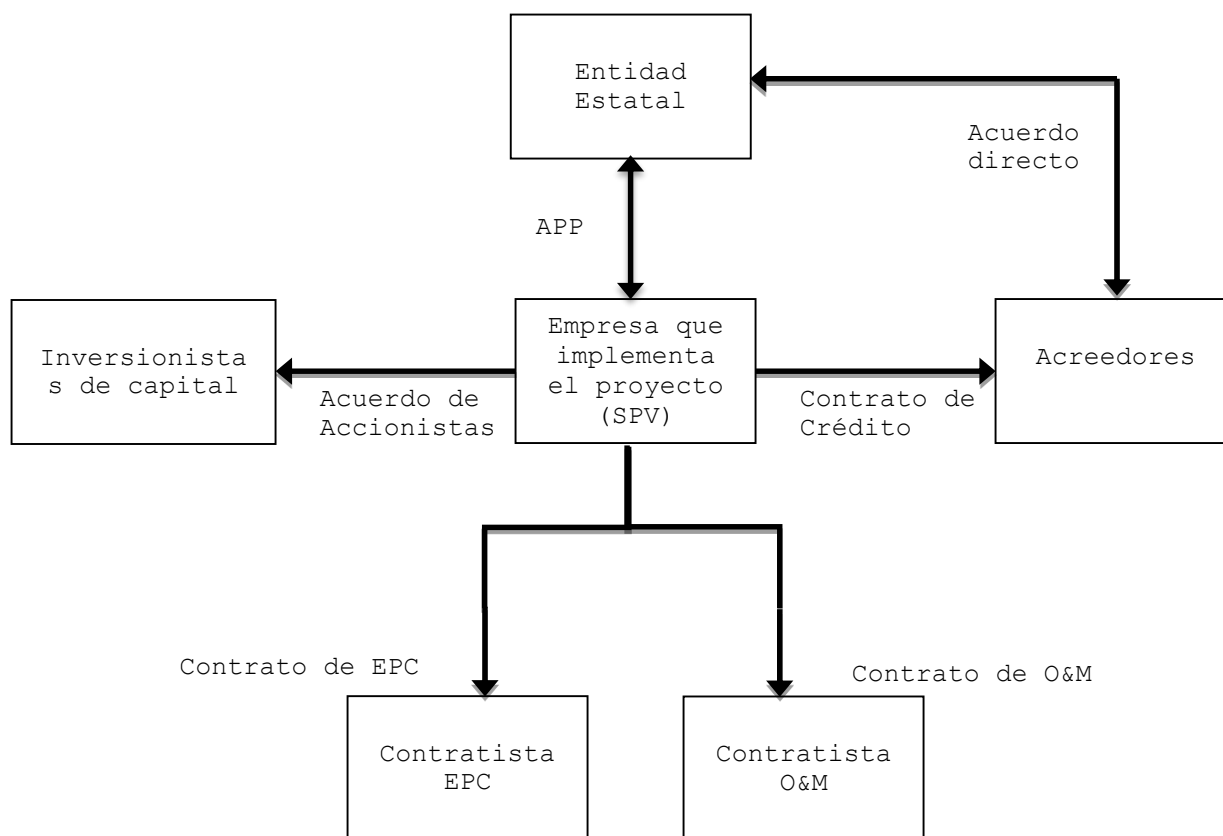
Capítulo III

MODELO

Después de establecido lo anterior podemos avanzar hacia el modelo, genérico, de cómo se establece una APP.

1. Estructura

Figura 1



A efecto de ser claro, el anterior esquema logra mostrar visualmente, a grandes rasgos como se puede establecer una APP. Explicaré a continuación cada parte del esquema superior.

- Entidad Estatal: Mismas que pueden ser (i) *[l]as dependencias y entidades de la Administración Pública Federal;*⁵³ (ii) *fideicomisos públicos federales no considerados entidades paraestatales;*⁵⁴ (iii) *personas de derecho público federal, con autonomía derivada de la Constitución...*,⁵⁵ y (iv) *las entidades federativas, municipios y los entes públicos de unas y otros, con recursos federales.*⁵⁶
- Empresa que implementa el proyecto: Esta compañía, llamada de propósito especial o SPV, es formado para un fin en específico, y obtiene financiamiento a través de una combinación de capital y deuda contraída con bancos o con bonos o diferentes instrumentos financieros.⁵⁷
- Contratista EPC: Empresa que administre, diseñe y construya.⁵⁸
- Contrato EPC: Contrato de ingeniería, adquisición y construcción.
- Contratista O&M: Empresa que opere y de mantenimiento a la APP.⁵⁹
- Contrato O&M: Contrato de operación y mantenimiento.

⁵³Artículo 4 de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

⁵⁴*Id.*

⁵⁵*Id.*

⁵⁶*Id.*

⁵⁷ *Public-Private Partnerships Reference Guide Version 2.0, op. cit., Traducción libre de Santiago Tejeda, p. 50.*

⁵⁸*Id.*, Traducción libre de Santiago Tejeda.

⁵⁹*Id.*, Traducción libre de Santiago Tejeda.

- Inversionistas de capital: Pueden ser los desarrolladores del proyecto, compañías de ingeniería o construcción, compañías de administración de infraestructura y fondos de inversión privada.⁶⁰
- Acuerdo de accionistas: Un acuerdo entre aquellos accionistas de la SPV, donde se encuentran los inversionistas de capital.
- Acreedores: pueden incluir a bancos comerciales, bancos de desarrollo e instituciones financieras multilaterales o bilaterales, e inversionistas institucionales como lo son fondos de pensiones.⁶¹
- Contrato de Crédito: El contrato con el cual los Acreedores ponen a disposición de la empresa de propósito especial o SPV fondos para la realización del proyecto. Este contrato también puede contener, según sea el caso, garantías solicitadas por los Acreedores respecto a la SPV o el proyecto.
- Acuerdo directo: Es optativo, y podría ser un acuerdo directo entre el Gobierno y los Acreedores respecto del proyecto APP. Éste acuerdo a veces se incluye como provisiones o cláusulas del contrato APP en favor de los Acreedores.⁶² Aún y cuando no es el planteamiento ideal, el Gobierno podría otorgar ciertas garantías en favor de los Acreedores respecto del proyecto.

El esquema anterior es el más utilizado debido a que el proyecto APP necesita forzosamente de una estructura que permita el financiamiento necesario para allegarse de los fondos requeridos por el proyecto y como explicaré más adelante el

⁶⁰Id., Traducción libre de Santiago Tejeda.

⁶¹Id., Traducción libre de Santiago Tejeda.

⁶²Id., Traducción libre de Santiago Tejeda.

Project Finance el esquema financiero más recurrido por instituciones financieras y desarrolladores.

Es importante mencionar que la Figura 1 muestra el esquema general a ser utilizado en un proyecto APP, pero cada proyecto en específico podría considerar prendas, fideicomisos, hipotecas y otras garantías, según se acuerde entre las partes.

Como ya se mencionó, las APP son una alternativa para la provisión y financiamiento de infraestructura pública, debido a qué podemos ver a grandes rasgos cuatro problemas que pudiera tener el Gobierno, mismos que enumero a continuación:⁶³

- (a) Elegir proyectos a construirse. Esto implica que el Estado debe de tener un proceso de elección y planificación eficiente sin vicios, con el que lamentablemente no cuenta;
- (b) Verificar que los proyectos construidos cumplan los estándares de calidad. Lo que no solo implica cuestiones técnicas, si no la prestación del día a día del servicio en aquellos servicios públicos en los que el Estado no concesionó la operación, administración y/o el mantenimiento por un largo plazo;
- (c) Exceso de pago. Cuidar que no haya un pago en exceso, ya sea del Gobierno o del ente privado respecto de la inversión que se realiza, esto derivado de la

⁶³ENGEL, Eduardo, et. al., *Op. Cit.*, p. 22.

mala planeación y falta de objetividad en diversos estudios preliminares de aplicación; y

- (d) **Financiamiento.** Muchas veces se busca financiar usando los propios recursos del Estado, afectando al erario público, mediante el cobro a usuarios, donde se puede determinar un costo o tarifa no apegado al mercado, que sea muy barato o muy caro.

Por ello es importante recalcar que en la contratación tradicional para desarrollar infraestructura la construcción y entrega de las obras solicitadas era el objeto principal.

En cambio las APP buscan establecer ciertos factores para contrarrestar lo anterior, como lo puede ser en orden antagónico, lo siguiente:

- (a) Elegir proyectos a construirse. Pudiendo el particular evidenciar proyectos necesarios, mediante la figura de la propuesta no solicitada, en línea con lo que establecía Adam Smith de que *cuando la oferta de infraestructura es privada y mantenida usando las tarifas que pagan los usuario, se tiene una prueba de mercado que filtra los elefantes blancos*,⁶⁴
- (b) Verificar que los proyectos construidos cumplan los estándares de calidad. Mediante la única preocupación del Estado de que el servicio público sea prestado con los requerimientos necesarios al respecto que será a su vez evaluado constantemente por quién financie o califique el proyecto para obtener el rendimiento esperado;

⁶⁴ *Ibid.*, p. 34 apud. SMITH, Adam, *La riqueza de las naciones*, (1776), libro 5, capítulo 1, punto 3, parte 1.

- (c) Exceso de pago. Al aplicarse mediante un *Project Finance*, se incluiría la calificación del proyecto y un análisis más confiable basado en el estudio de mercado y factibilidades hechas, a razón de costo beneficio; y
- (d) Financiamiento. Financiado a través del *Project Finance* por entes privados y retornando la inversión mediante el flujo de dinero del mismo proyecto o la contraprestación en menor medida por parte del Estado, ya sea de los usuarios o del Estado.

La entidad privada se compromete a varias obligaciones, entre las que se incluyen:

1. Diseñar, construir, ampliar y/o rehabilitar infraestructura pública;
2. Operar la infraestructura;
3. Asumir los riesgos financieros y técnicos en la construcción y operación;
4. Recibir el rendimiento de lo invertido, por cobro de cuotas a usuarios del bien, de los pagos del ente público contratante o una combinación de ambos; y
5. Regresar el activo, dependiendo el caso, al ente público al vencimiento del contrato.

Como se desprende de lo anterior, el proyecto APP requiere de una estructura financiera robusta y clara, siendo el financiamiento privado la mejor opción, la cual analizaré a continuación.

2. Tipos de financiamiento

Un tema trascendental en este aspecto también es el momento en el que se acuerda obtener el financiamiento para desarrollar el proyecto.

Existen pues el financiamiento público y el financiamiento privado.

El primero es respecto de fondos o recursos que el Estado destina para realizar proyectos de infraestructura que resultan necesarios mediante un endeudamiento por largo plazo para realizar el proyecto. Esto conlleva que la realización del proyecto esté ligada primordialmente al cumplimiento serio y puntual del pago que realiza el Estado.

La cuestión es que si en algún momento la estructura del Estado pasa por algún proceso de recorte presupuestal o atraso en pagos, el desarrollo del proyecto se podrá ver detenido por lapsos de tiempo no deseables o una detención total del mismo.

El financiar un proyecto de esa manera, no resulta óptimo para el desarrollo de infraestructura, así como relacionado con el esquema APP, por ello el mismo no es opción para la aplicación de un proyecto APP cuando se le compara con el siguiente tipo de financiamiento.

Antes de continuar con el financiamiento privado, no hay que olvidar que uno de los puntos principales de este trabajo es el que el Estado, a través de cualquier órgano o dependencia, utilice de manera más eficiente el presupuesto que tiene respecto a los temas de infraestructura, inclusive si eso significa el dejar de utilizarlos. Al dejar de utilizarlos me refiero a que el Estado permita mediante la APP que el recurso económico necesario provenga del particular en su totalidad.

Una diferencia considerable entre las APP y la contratación de obra pública tradicional es justamente eso, la responsabilidad del sector privado de obtener los recursos necesarios para desarrollar la infraestructura.

Es por ello que el ente privado debe de identificar y convencer a los inversionistas, así como desarrollar la estructura financiera necesaria para implementar el proyecto.

Y ahora, entrando al financiamiento privado, hay que recordar que la estructuración de un proyecto de APP va de la mano con el financiamiento elegido, y comúnmente se utiliza un SPV que operará la totalidad del proyecto APP y se encargará de obtener los fondos necesarios para el proyecto.

En relación con lo anterior es importante mencionar que la Ley establece en su artículo 91 primer párrafo que la SPV debe de tener como objeto social exclusivo *realizar aquellas actividades necesarias para desarrollar el proyecto respectivo.*⁶⁵

De acuerdo a lo que establece el Banco Mundial, la SPV obtiene el financiamiento necesario:

*Por medio de una combinación de capital - provisto por los accionistas de la SPV - y deuda otorgada por bancos, o a través de bonos u otros instrumentos financieros. La estructura financiera es una combinación de capital y deuda, y relaciones contractuales entre los inversionistas de capital y acreedores.*⁶⁶

Como podemos ver de la Figura 1 anterior, la principal relación que tiene la Entidad Estatal es únicamente con la SPV, aunque se puede dar un Acuerdo Directo entre los Acreedores y la Entidad Estatal, respecto de derechos de intervención o una garantía de deuda principal emitida por el Gobierno.

Ahora bien, al inversionista de capital inicial se le conoce como accionista del proyecto. Los inversionistas de capital más comunes son empresas necesarias para el desarrollo del proyecto, por lo que se tienen, entre otras, a desarrolladoras de

⁶⁵Artículo 91 de la Ley de Asociaciones Público Privadas

⁶⁶ *Public-Private Partnerships Reference Guide Version 2.0, op. cit., Traducción libre de Santiago Tejeda, p. 50.*

proyectos, compañías de construcción o ingeniería, compañías de administración de proyectos y fondos de inversión.⁶⁷

Por otro lado, los bancos comerciales, o bancos de desarrollo e instituciones financieras internacionales o inversionistas institucionales, como lo son fondos de pensiones, son los Acreedores con los cuales la SPV contrae deuda.

La inversión de capital sigue la regla de “*first in, last out*” (primero en entrar, último en salir) respecto del capital (*equity*) invertido, eso quiere decir que cualquier pérdida que sufra el proyecto de APP, es con carga al inversionista en un primer momento, y los acreedores comienzan a verse afectados únicamente si la aportación de capital se ha ya utilizado en el desarrollo del proyecto, lo que significa que los inversionistas de capital al tener un mayor riesgo, esperan y se acuerda un mayor rendimiento respecto de la inversión realizada.⁶⁸

Debido a que resulta más complicado obtener el capital que la deuda, los mismos inversionistas de capital buscan obtener una proporción de deuda mayor para financiar el proyecto de APP, es por ello que su enfoque busca lograr eso para así minimizar los costos de financiamiento requeridos.

⁶⁷ *Id.*, Traducción libre de Santiago Tejeda

⁶⁸ *Ibid.*, Traducción libre de Santiago Tejeda, p.51.

Al establecer el concepto de *Project Finance*, me permitiré citar a Folsom *et.al.* quienes definen *Project Financing* como *una forma especializada de financiar que es típicamente utilizada para proyectos industriales de gran tamaño*.⁶⁹

Lo anterior debido a que comúnmente se utiliza el crédito de la misma compañía para ciertos proyectos financieros, o el uso de las reservas de efectivo acumulado, préstamos bancarios, emisión de deuda o inversionistas de capital, pero al ser un proyecto industrial o de infraestructura de un gran valor, a veces de muchos millones de dólares, se requiere un financiamiento a través de terceros.

Es por lo anterior que el tema de *Project Finance* es considerado como algo innovador, ya que bien establece Ralph Folsom el:

*Proyecto mismo representa la fuente de pago de la deuda contraída. La empresa que comienza el proyecto (el "promotor") creará la estructura legal para el proyecto, asegura el financiamiento y de otra manera organiza los innumerables contratos - pero los acreedores y otros acreditantes deberán voltear a las ganancias y activos del proyecto para su pago... La SPV y no el promotor será el deudor para los créditos del proyecto.*⁷⁰

Lo anterior implica que el proyecto no aparecerá en las cuentas del promotor, así como que no existirá algún recurso (*non recourse*) en su contra, ya que el promotor no tiene obligación directa de pagar la deuda en caso de que el proyecto falle. Esto implica entonces que los préstamos que se realicen o las inversiones que

⁶⁹ FOLSOM, Ralph et. al., *International Business Transactions in a nut shell*, Traducción libre de Santiago Tejeda, Estados Unidos, West Academic Publishing, 2012, pp. 320-321.

⁷⁰ *Id.*, Traducción libre de Santiago Tejeda.

se consigan responderán al mérito y calificación del proyecto de APP en sí, y no en la capacidad financiera o crediticia del promotor.

Dicho de otra manera por la *International Finance Corporation*:

El Project Finance está estructurado para cubrir las necesidades de un proyecto en específico. Los riesgos (y rendimientos) no son obligación del promotor únicamente, sino de los diferentes tipos de inversionistas (inversionistas de capital, proveedores de deuda, quasi-inversionistas de capital).⁷¹

Debido a que el riesgo es compartido y a que no existe la posibilidad de tener un recurso completo en contra del promotor, se busca que el proyecto del que se trate sea capaz de mantenerse viable de manera independiente como una entidad económica y legal distinta.

Los activos, contratos, flujos de efectivo y prácticamente todo excepto la constitución y porcentaje accionario en la SPV deben estar separados completamente del promotor.

Es por lo anterior que de manera general y como se anticipaba, se definen dos tipos de *Project finance*: (i) *Non recourse* (sin recursos) *Project Finance*; y (ii) *Limited-recourse* (recursos limitados) *Project Finance*, mismos que explicaré a continuación.

⁷¹ *Project Finance in Developing Countries*, Traducción libre de Santiago Tejeda, Estados Unidos, International Financial Corporation, 1999, p. 4.

El *non recourse Project Finance* es entendido por la *International Finance Corporation* como aquel:

Arreglo bajo el cual los inversionistas y acreedores financiando el proyecto no tienen ningún recurso directo contra el promotor, como se podría esperar tradicionalmente (por ejemplo a través de garantías crediticias).⁷²

Los acreedores o inversionistas tienen primordialmente seguridad de pago en el flujo de efectivo operacional del proyecto, así como en los activos del mismo, por el tiempo que estos estén concesionados, ya que tomaría el control de la SPV.

Como aclaración del párrafo anterior, la Ley en su artículo 102 prevé que los derechos del desarrollador respecto del contrato APP del que se trate *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.*⁷³

Por lo que la autoridad deberá previo a la firma del contrato de APP respectivo, autorizar a los inversionistas o acreedores la cesión de los derechos respecto del contrato como garantía del financiamiento que se otorgue.

⁷² *Id.*, Traducción libre de Santiago Tejeda.

⁷³ Artículo 91 de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

Respecto del *limited-recourse Project finance*, los acreedores o inversionistas tienen algún tipo de recurso en contra del promotor. *Esto frecuentemente toma la forma de una garantía previa a la finalización durante la construcción del proyecto, u otras garantías de algún tipo como soporte del proyecto.*⁷⁴

De cualquier manera, aquellos que apuestan a los proyectos a financiar, lo hacen con miras a que el proyecto sea su principal fuente de pago, por ello los análisis tan completos y complejos que se realizan a los mismos. Igualmente se podría establecer algún fideicomiso de garantía o administración de los recursos, donde mediante reglas claras el pago se realice al acreedor de la SPV.

Adicionalmente, el acreedor puede contar con *step-in rights* (derecho de intervención) en el caso de que la SPV incumpla el pago puntual del financiamiento o inclusive cuando el contrato APP puede ser cancelado debido a la pobre administración y entrega de los servicios públicos⁷⁵.

Es importante hacer notar que el *Project Finance* no es únicamente un negocio en concreto o un producto financiero único y final. El *Project Finance* en su forma más pura es la materialización del interés que tiene quién financia algún proyecto respecto de los ingresos obtenidos de la operación del mismo.

⁷⁴*Ibid.*, *Project Finance in Developing Countries*, Traducción libre de Santiago Tejeda, p. 4.

⁷⁵*Public-Private Partnerships Reference Guide Version 2.0, Op. Cit.*, Traducción libre de Santiago Tejeda, p. 57.

Hay que notar que el financiamiento es comúnmente respecto a la construcción e implementación del proyecto, por lo que el riesgo derivado de retrasos en la construcción, costos excesivos o incumplimiento de terceros de cumplir acorde, así como el hecho de que el proyecto nunca se ponga en marcha deben ser analizados y mitigados por el acreedor o inversionista, ya que los ingresos para cubrir los montos del financiamiento pueden no generarse.

Es por ello que la verdadera esencia del *Project Finance* recae en que el riesgo financiero del proyecto lo tengan los inversionistas y acreedores en lugar del promotor del proyecto.⁷⁶

Respecto al *Project finance* el motivo determinante, en sentido teórico y práctico, es únicamente el proyecto en sí mismo, por ello más adelante abundaré en el concepto de cómo calificar los proyectos de APP, y la construcción previa de los mismos, para así poder determinar si son o no llegarían a ser un proyecto con rendimientos atractivos para aquellos inversionistas o acreedores respecto del mismo.

Ahora bien, incluso y cuando el *Project finance* es útil para obtener financiamiento a gran escala, el mismo tiene costos de transacción muy altos, normalmente mucho mayores que obtener el dinero de parte del Gobierno o préstamos y financiamientos más tradicionales, por el simple hecho de todas las partes que se relacionan y la seriedad de los estudios previos que se deben realizar.

⁷⁶ *Project Finance in Latin America, An editorial Overview*, Traducción libre de Santiago Tejada, Simpson Thatcher & Bartlett p. 1

Es por ello que para proyectos de pequeña envergadura el *Project finance* resulta poco atractivo, ya que organizar la estructura contractual y del proyecto, así como desarrollar los estudios, *due diligences* y demás requisitos previos lo hacen altamente costoso, por ello los proyectos más pequeños adaptan el *Project finance* incluyendo de alguna manera cierto recurso, hasta cierto punto más amplio que el recurso limitado explicado anteriormente.

*La primer opción es que los accionistas del proyecto otorguen una garantía corporativa al acreedor, para pagar todo o gran parte de la deuda del proyecto.*⁷⁷

La segunda opción es que el Gobierno participe en la estructura financiera del proyecto, en la que el mismo Gobierno o alguna institución del mismo, actúe como acreedor de la SPV u otorgue una garantía a los acreedores del mismo, esto lo explicaré más adelante.⁷⁸ La segunda opción es poco conveniente, ya que el Gobierno deberá como mínimo considerar ciertos recursos público para cumplir en caso de incumplimiento o inclusive financiar, sin embargo puede ser que algún caso en concreto necesite de dicha opción para realizarse.

Con respecto a la primer opción, el esquema es muy claro, el(los) inversionista(s) capitalista(s) otorgan una garantía corporativa de manera conjunta o separada hasta cierto monto con los acreedores de la SPV.

⁷⁷ *Public-Private Partnerships Reference Guide Version 2.0, op. cit.*, Traducción libre de Santiago Tejada, p. 52.

⁷⁸ *Id.*, Traducción libre de Santiago Tejada.

Para la segunda opción hay que realizar un análisis más a fondo, ya que pueden haber varias consideraciones para que el Gobierno, o Entidad Estatal, tome en cuenta previo a obligarse respecto del financiamiento del proyecto APP del que se trate y aunque ésta opción no sea la ideal, termina siendo mejor, pues el potencial recurso a ser utilizado es menor que si no se realiza este esquema.

Por regla general el principal desarrollador y responsable del proyecto APP del que se trate, desde esta óptica, debe de ser el particular, a través de la SPV. Sin embargo el Gobierno, a través de la entidad pública de la que se trate, es un elemento importante para lograr que el proyecto sea "bancable".

Como se comentó anteriormente, por bancable se entiende la capacidad que tiene un proyecto de obtener financiamiento, que incluya inversión de capital, pero también el poder obtener deuda.

Para que un proyecto APP pueda ser bancable, aquellos posibles prestamistas (acreedores, patrocinadores, inversionistas, etcétera) necesitan estar claros en que la empresa SPV pueda cubrir la deuda contraída con la prestación continua del servicio público. Al establecer un esquema financiado mediante el *Project Finance* significa que los flujos de efectivo operacional necesitan ser lo

*suficientemente elevados para cubrir la deuda contraída más un margen aceptable*⁷⁹de acuerdo a los plazos y términos pactados.

Es por ello que los acreedores realizan una evaluación y ponderación muy detallada y profunda respecto de los posibles riesgos del proyecto APP del que se trate, calificándolos y asignándolos de manera más eficiente, mismos que explicaré a detalle en el capítulo 5 siguiente.

De cualquier manera, y previo a analizar más a fondo las calificaciones de los proyectos de APP, es importante hacer notar que dependiendo de la cantidad de riesgo que cada una de las partes tenga, será proporcional respecto de cuanta deuda se otorgará o bajo que tantas restricciones.

Al respecto creo conveniente citar a Howard Marks, quien establece tres razones de peso para las cuales hay que hacer una correcta evaluación de riesgo.

Al establecer la primer razón respecto del riesgo, Howard Marks dice que:

El riesgo es una cosa mala, y la mayoría de la gente sensata quieren evitarlo o minimizarlo. Es una suposición implícita en la teoría financiera que la gente siente

⁷⁹*Ibid.*, Traducción libre de Santiago Tejeda p. 53.

*aversión al riesgo por naturaleza, significando que la gente prefiere tomar menor riesgo en lugar de mayor riesgo.*⁸⁰

Como segunda razón establece que cuando se considere algún tipo de inversión, u otorgar un crédito, esa *decisión debe ir en función del riesgo implicado así como del rendimiento potencia*⁸¹ que se proyecta respecto de dicha inversión o financiamiento.

Finalmente, cuando se consideran los resultados de la inversión el rendimiento es únicamente significativo respecto de si mismo, pero *el riesgo tomado tiene que ser valorado de igual manera.*⁸² Esto respecto a que tanto riesgo se contempló, considerando la calificación del proyecto APP en cuestión.

Lo anterior es respecto al riesgo desde el punto de vista más "humano" y de un inversionista de la bolsa de valores, pero veamos ahora como se puede caracterizar al riesgo de manera más objetiva.

Hay pues siete clases de riesgo respecto de un proyecto APP, que son los siguientes de acuerdo a Eduardo Engel *et. al.*:⁸³

1. Riesgo de construcción: *fallas en el diseño, sobrecostos y demoras*,⁸⁴

⁸⁰ MARKS, Howard, *The Most Important Thing*, Traducción libre de Santiago Tejeda, Estados Unidos, Columbia Business School Publishing, 2011, p. 31.

⁸¹*Ibid.*, p. 32.

⁸²*Id.*

⁸³ENGEL, Eduardo, *et. al.*, *op. cit.*,p. 124.

2. Riesgo de operación y mantenimiento;
3. Riesgo de desempeño: *incluyendo la posible indisponibilidad del servicio o infraestructura y la incertidumbre sobre la calidad del servicio de modo más general;*⁸⁵
4. Riesgo del valor residual: *principalmente debido a la incertidumbre sobre el valor de los activos al final del contrato de APP;*⁸⁶
5. Riesgo de políticas: *incertidumbre macroeconómica*⁸⁷, de políticas públicas e inclusive la expropiación o terminación de la concesión;
6. Riesgo de demanda: *incertidumbre sobre la futura tasa de utilización de la infraestructura;*⁸⁸ y
7. Riesgo financiero: *fluctuaciones en la tasa de interés y la tasa de cambio, y de cualquier otro factor que afecte el financiamiento.*⁸⁹

Si no tomamos lo anterior en cuenta, la manera como se presente el proyecto a las diferentes partes, ya sea Gobierno, inversionistas, acreedores o cualquier interesado en el mismo, el proyecto APP del que se trate podría no llegar a ser tan convincente y persuasivo para que se considere el tomar algún tipo de riesgo.

⁸⁴ *Id.*

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

⁸⁷ *Id.*

⁸⁸ *Id.*

⁸⁹ *Id.*

Los riesgos deben de ser distribuidos, de manera general, entre el sector público, el sector privado y los usuarios del proyecto APP.

Al respecto Eduardo Engel establece respecto del contrato de APP que:

El contrato debe asignar los riesgos y los derechos asociados con el fin de maximizar el valor del proyecto, considerando la capacidad de cada parte para influir, anticipar y absorber el riesgo, así como los costos de transacción.⁹⁰

Aunque el planteamiento sea muy generalizado, se busca que los riesgos controlables y previstos sean asumidos, en mayor medida, por aquel mejor capacitado para poder manejar y controlar dicho problema, lo que genera que exista un balance adecuado y mayor eficiencia en el proyecto.

Si no existe una clara distribución de riesgo, o éste es muy alto, entonces puede ser que una mayor cantidad de inversión de capital sea necesaria, lo que obligará a que la SPV obtenga rendimientos lo suficientemente atractivos para compensar a sus inversionistas de capital,⁹¹ no hay que olvidar que a mayor rendimiento, mayor riesgo.

⁹⁰ *Id.*

⁹¹ *Public-Private Partnerships Reference Guide Version 2.0, Op. Cit., Traducción libre de Santiago Tejada, p. 54.*

Es por ello que el Gobierno, así como el promotor del proyecto, tiene un gran interés en que el proyecto sea bancable, por lo tanto uno de los principales objetivos respecto del proyecto es lograr mantener un balance en el mismo.

Igualmente es importante saber que los *accionistas del proyecto la mayoría de las veces tienen un incentivo para financiar una APP con un ratio más elevado de deuda respecto de capital, eso es para obtener un apalancamiento mayor.*⁹²

Además de que, como se mencionó anteriormente, es más fácil obtener deuda que capital ya que *los gobiernos y los reguladores mayormente discriminan en favor de la deuda*⁹³ con respecto del capital, por lo que existen incentivos mayores para que exista un mayor apalancamiento mediante las diversas figuras prácticas que existen, como lo son créditos sindicados o figuras financieras como certificados de capital de desarrollo, que son títulos representativos del capital social de la SPV.⁹⁴

De cualquier manera, si un proyecto de APP tiene un alto apalancamiento, este también podría resultar en incumplimiento e inclusive la bancarrota. Es por ello que si se busca mantener un balance, tanto el Gobierno como el promotor al momento de determinar la aplicación de una propuesta de APP, deben de cuidar el que exista ese balance, inclusive estableciendo un monto o porcentaje mínimo de capital con respecto al proyecto APP del que se trate.

⁹² *Id.*, Traducción libre de Santiago Tejeda.

⁹³ EHRHARDT, David & IRWIN, Timothy C., *Avoiding Customer and Taxpayer Bailouts in Private Infrastructure Projects: Policy toward Leverage, Risk Allocation, and Bankruptcy*, Policy Research Working Paper 3274, Traducción libre de Santiago Tejeda, Estados Unidos, World Bank, p. 12.

⁹⁴ Párrafo 1.003.00 del Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana De Valores, S.A.B. de C.V.

Capítulo IV

CASOS

En este capítulo mencionaré brevemente diversas contrataciones entre el sector público y el privado mediante el esquema APP o similar, y analizaré a profundidad un caso con base en los siguientes puntos (i) información general; (ii) el proceso de licitación; (iii) análisis del contrato correspondiente; y (iv) ventajas para el Gobierno, el particular y la sociedad en general.

Como se estableció en el Capítulo I anterior, la implementación realizada en varios proyectos de infraestructura en nuestro país no resultaron ser los más eficientes y funcionales, de cualquier manera me permitiré analizar algunos hechos y casos en específico que demuestran como la forma de desarrollar infraestructura no es eficiente en su totalidad.

Antes de comenzar con los análisis de los casos en específico, sirve como argumento y ejemplo importante la cesación de pagos por la que está atravesando ICA (Ingenieros Civiles Asociados).

Al viernes 18 de diciembre de 2015 ICA decidió incumplir con un pago de unos 31 millones de dólares de intereses de un bono con vencimiento en 2024 a raíz

principalmente de los recortes gubernamentales de varios proyectos de infraestructura que representan alrededor del 90 por ciento de la cartera de proyectos de ICA.⁹⁵

Lo anterior demuestra plenamente cómo el depender mayormente del presupuesto público asignado a ciertos proyectos de infraestructura puede derivar en que el flujo de efectivo se vea detenido, resultando en una complicación financiera mayor que podría incluso detener la realización de algún proyecto.

Ahora bien brevemente mencionaré los siguientes casos de proyectos APP.

- Monterrey VI⁹⁶ / ⁹⁷

Antecedentes: El proyecto original Monterrey VI consiste en llevar agua del río Tamaoón, en Tamuín, San Luis Potosí, cruzar por el norte de Veracruz, Tamaulipas y llegar hasta la presa de Cerro Prieto en Nuevo León⁹⁸.

⁹⁵Bloomberg y Reuters, *ICA entrará en cesación de pagos; podría iniciar el mayor default en dos décadas en México*, El Financiero consultado en: <http://www.elfinanciero.com.mx/empresas/ica-entra-en-cesacion-de-pagos-es-el-mayor-default-en-al-menos-dos-decadas.html>. Fecha de consulta: 04 de enero de 2016.

⁹⁶ Convocatoria Pública No. APP-919043988-C3-2014 Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de marzo de 2014.

⁹⁷ Acta de Dictamen de las Ofertas Económicas y Fallo del Concurso No. APP-919043988-C3-2014, celebrada el 08 de septiembre de 2014.

⁹⁸ FLORES, Lourdes, *Reviven en Nuevo León proyecto Monterrey VI*, México, El Economista, consultado en <http://eleconomista.com.mx/estados/2016/01/13/reviven-nuevo-leon-proyecto-monterrey-vi> Fecha de consulta: 13 de enero de 2016.

Implementación: Mediante un contrato de APP celebrado con el consorcio ganador.

Fundamento: Ley y Reglamento

Plazo: 30 años

Observación: Aún y cuando es uno de los proyectos más notorios basados en la Ley y el Reglamento, el proyecto de Monterrey VI no ha estado exento de diversos cuestionamientos y suposiciones ya que se ha utilizado como bandera política, así como que existen más opciones para proveer de agua a Monterrey.

- Hospital⁹⁹ / ¹⁰⁰

Antecedentes: El sector salud de Guanajuato presentaba un índice en el sector salud inferior a la media nacional, además de que un porcentaje equivalente al 54% de la población no contaba con acceso a la salud. Por lo que se decidió mediante la implementación de un Proyecto de Prestación de Servicios, establecer el Hospital.

⁹⁹ Licitación pública internacional 00012004-01-05 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de marzo de 2005.

¹⁰⁰ VILLA, Javier, *Estudio de Caso, Capítulo 7 Hospital Regional de Alta Especialidad del Bajío (HRAEB) y Unidad de Apoyo*, México, 2009.

Implementación: Contrato de Prestación de Servicios de Largo Plazo entre la Secretaría de Salud y Acciona, S.A.

Fundamento: Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

Plazo: 25 años

Observación: En términos generales, la implementación del hospital fue positiva, ya que se logró aplicar un PPS de manera exitosa, incentivando a la aplicación y utilización de la figura nuevamente.

Una vez mencionados los anteriores con su breve análisis, analizaré ahora el Edificio Administrativo Tlajomulco como explique anteriormente.

- Edificio Administrativo Tlajomulco ¹⁰¹

Información general

¹⁰¹ Contrato de Inversión y Prestación de Servicios número OP-EA-MUN-S3Z5-LP-0158-10.

Antecedentes: Se propuso la construcción del CAT debido a la necesidad de contar con una infraestructura de atención ciudadana ideal para las dependencias municipales de de Tlajomulco.

Implementación: Mediante la celebración de un Contrato de Inversión y Prestación de Servicios celebrado entre el Ayuntamiento de Tlajomulco y la SPV creada para tal efecto.

Partes: Tlajomulco y Desarrolladora

Fecha de contrato: 24 de febrero de 2011

Plazo: 30 años.

Fundamento: Reglamento de Proyectos de Inversión y Prestación de Servicios del Municipio de Tlajomulco de Zuñiga, Jalisco y Ley de Obra Pública del Estado de Jalisco.

Antes de continuar es importante mencionar que en el 2014 la calificadora Fitch Ratings, calificó al proyecto del CAT ¹⁰². Más adelante explicaré la importancia que tienen estas calificaciones a los proyectos APP.

Proceso de licitación

Con fecha 17 de noviembre de 2010 mediante Acuerdo 229/2010 el ayuntamiento autorizó a Tlajomulco para incurrir en un compromiso para el año 2011 y subsecuentes en relación con el CAT.

El proceso de licitación derivó de la Convocatoria No. 005 de la Licitación Pública Nacional Número OP-EA-MUN-S3Z5-LP-0158-10 de fecha 23 de noviembre de 2010 emitida por el ingeniero David Miguel Zamora Bueno, Director General de Obras Públicas de Tlajomulco.

En dicha convocatoria se establecía que el proyecto *comprende el diseño, construcción, equipamiento y operación del conjunto administrativo e infraestructura vial de acceso en la Cabecera Municipal del Municipio de Tlajomulco de Zuñiga, Jalisco (que incluye los servicios descritos en las bases, modelo de contrato y sus anexos)*.¹⁰³

¹⁰²Fitch Ratings, *Fitch Asigna la Calificación de "AA(mex)vra" a Financiamiento Contratado por Tlajomulco de Zuñiga*, consultado el 02 de febrero de 2016 en: http://www.fitchratings.mx/ArchivosHTML/Com_13119.pdf.

¹⁰³ Convocatoria No. 005/2010.

La convocatoria del CAT fue modificada mediante documento modificadorio del 02 de diciembre de 2010 en el que se modifican, entre otros, los plazos para adquirir las bases, fecha de fallo, ubicación de visitas y declaración del fallo, pero modifica sustancialmente dos puntos.

Primeramente aumenta el alcance de los servicios al decir:

Proyecto de y Prestación de Servicios, a realizarse bajo el esquema de Asociación Público - Privada, que comprende: El Diseño, Construcción, Equipamiento, Mantenimiento y Operación de un Conjunto Administrativo Municipal, e Incluye la Inversión y Trabajos de Rehabilitación de la Infraestructura de Agua Potable, Drenaje y Pavimentación de Diversas Vialidades y la Construcción de Instalaciones para Actividades Complementarias, Comerciales y de Otra Naturaleza que Resulten convenientes para los Usuarios de los Servicios y Sean Compatibles y Susceptibles de Aprovechamiento.¹⁰⁴

Adicionalmente elimina el requisito de documentación número 5, mismo que establecía que cualquier interesado en participar debía entregar una declaración escrita bajo protesta de decir verdad en la que confirmaba que no se encontraba impedido según diversas disposiciones legales como lo son la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos y el no tener ningún impedimento laboral, fiscal, de seguridad social o de otra índole.

¹⁰⁴ Modificación a la convocatoria pública nacional número 005/2010 de fecha 23 de noviembre del 2010 Licitación número OP-EA-MUN-S3Z5-LP-0158-10.

Lo anterior resulta curioso, ya que si bien las leyes mencionadas en el numeral 5 son federales, y el proyecto es meramente municipal y estatal, como mínimo se debió establecer la entrega de una carta en los mismos términos respecto de los artículos y disposiciones estatales y municipales aplicables. Esto parece subsanarse un poco en la declaración II.6 realizada por la Desarrolladora respecto de la Ley de Obra Pública del Estado de Jalisco.

El 26 de enero de 2011 se determinó el fallo respecto de la Licitación Pública Nacional Número OP-EA-MUN-S3Z5-LP-0158-10 en las que se menciona que el único particular presente fue la persona moral Operadora Audaz, S.A. de C.V., donde se resuelve adjudicar a dicha persona moral el contrato por la prestación del servicio descrito arriba por un plazo de 30 años por un *monto máximo total de inversión de infraestructura de \$245,748,098.00 (Doscientos cuarenta y cinco millones setecientos cuarenta y ocho mil noventa y ocho pesos) más I.V.A.*¹⁰⁵

El licitante ganador fue la única persona, física o moral, que se presentó a la licitación del CAT, de cualquier manera su propuesta fue analizada y aceptada como se presentó.

Respecto al proceso de licitación, me parece que aunque pudiera resultar un poco extraño el tema de que solo hubiera un licitante, también es cierto que este fue el primer proyecto APP en implementarse en Jalisco, lo que seguramente generó

¹⁰⁵ Acta de fallo Licitación Pública Nacional No. OP-EA-MUN-S3Z5-LP-0158-10.

muchas dudas en otros posibles licitantes. Algo que seguramente también consiguió la Desarrolladora, fue el financiamiento necesario, por lo que tal vez se atrevió a licitar.

Análisis del contrato correspondiente

Derivado de lo anterior el contrato se celebró el día 24 de febrero de 2011 entre Tlajomulco y la Desarrolladora con los siguientes puntos importantes.

Principales obligaciones de la Desarrolladora: diseñar y construir la infraestructura, equipar, sustituir vialidades, adecuar servicios entre otros que no se relacionan con los servicios a prestar.

Las obligaciones de la Desarrolladora respecto de los servicios son: operar y mantener, contratar y gestionar la electricidad, seguridad, limpieza, venta de alimentos, jardinería entre otras.

Una vez que se termine el contrato la Desarrolladora deberá entregar a Tlajomulco el proyecto de infraestructura terminado y en condiciones aceptables, así como terminar los contratos de la Desarrollado en relación con la prestación de los servicios del CAT.

Si bien las anteriores son de las principales obligaciones de la Desarrolladora respecto del cumplimiento del contrato, es importante la cláusula 6.8 del mismo, que establece que la Desarrolladora deberá obtener el financiamiento necesario, de lo contrario el contrato será terminado.

Tlajomulco únicamente deberá cubrir el monto de la contraprestación y supervisar el CAT y los servicios ahí prestados.

La contraprestación mensual sin I.V.A. a enero de 2011 ascendía a la cantidad de \$3'904,985.00 (Tres millones novecientos cuatro mil novecientos ochenta y cinco pesos).

La Desarrolladora otorgó al mismo momento de la firma del contrato, una fianza de hasta el 10% del valor de la obra y equipamiento del CAT que deberá durar por la totalidad del tiempo que dure el contrato.

Tlajomulco en cambio otorgó una garantía a la Desarrolladora que incluye una línea de crédito revolvente, irrevocable y contingente por un monto de hasta \$20'000,000.00 (veinte millones de pesos) autorizada mediante Acuerdo 009/2011 y la firma del fideicomiso 1093 con Banco Invex como fiduciario, donde la línea de crédito puede ser utilizada por el fideicomiso para cubrir el adeudo al acreedor¹⁰⁶.

¹⁰⁶Fitch Ratings, op. cit., consultado el 02 de febrero de 2016 en: http://www.fitchratings.mx/ArchivosHTML/Com_13119.pdf.

Adicionalmente debido a que el municipio cuenta con una calificación A +(mex), derivado de un mandato irrevocable respecto de las participaciones federales¹⁰⁷.

La Desarrolladora no podrá tener un cambio de control si no cuenta con el visto bueno de Tlajomulco, excepto por lo contenido en la cláusula 6.9 del contrato del CAT, aquí debería hacer mención a la cláusula 6.8 del mismo.

El contrato prevé también causales mediante las cuales Tlajomulco podrá terminar y rescindir el contrato así como intervenir el CAT.

El contrato no contiene alguna disposición o acuerdo claro y expreso entre las partes por lo que sea criticable, de cualquier manera solamente el tiempo dirá si el lenguaje y estructura del mismo logran tener una interpretación clara que logre resolver cualquier problema en cuanto se genere.

Ventajas para el Gobierno, el particular y la sociedad en general.¹⁰⁸

¹⁰⁷Fitch Ratings, *Fitch Sube a "A+(mex)" desde "A(mex)" la Calificación del Municipio de Tlajomulco, Jalisco; Perspectiva Estable*, consultado el 02 de febrero de 2016 en: http://www.fitchratings.mx/ArchivosHTML/Com_13030.pdf.

¹⁰⁸ROQUE, Carlos Alberto, *Estudio de caso sobre la Asociación Público-Privada para el Centro Administrativo Tlajomulco (CAT), en el municipio de Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco, México*. 25 de septiembre de 2013.

Si bien es cierto que no existe una fórmula cierta para justificar las ventajas que el CAT representa, salvo que se abandone el mismo por una inviabilidad jurídica o financiera, considero que los siguientes son puntos importantes a considerar respecto del éxito del CAT en Tlajomulco.

Es un hecho que el CAT logró en el corto plazo su objetivo, que fue brindar a los habitantes de Tlajomulco un lugar donde pudieran recibir el servicio prestado por funcionarios públicos. El CAT cuenta con espacios apropiados para atender las necesidades de la población, tener las actividades administrativas concentradas en un solo lugar.

El Gobierno de Tlajomulco tal vez tuvo que soportar algunos embates de la oposición y de algún sector de la población que se opuso a desarrollar un proyecto de esa envergadura, pero dichos embates y oposición no encontraron eco en otros sectores.

El CAT seguramente representa para la Desarrolladora, una importante fuente de ingresos, pues a poco menos de 6 años de haber culminado el CAT el mismo sigue en plena operación y funcionamiento, lo que hace ver que hasta ahora las previsiones financieras y de negocio del mismo sean acertadas.

Solo el tiempo dirá a ciencia cierta si el proyecto del CAT valió o no valió la pena en ser desarrollado.

Para finalizar con este análisis me gustaría agregar que el CAT es un ejemplo de cómo con el interés político y una legislación inclusive anterior a la Ley son suficientes para que se pueda desarrollar un proyecto de infraestructura en nuestro país.

No me dejaré de llamar la atención el que solo haya habido un licitante para el proyecto del CAT, pero la respuesta tal vez resida en que hace casi 6 años solo un Gobierno y solo un particular, en la persona de la Desarrolladora, apostaron por un esquema que se encontraba en gestación a nivel nacional, y que el mismo sí puede ser viable y funcional.

Capítulo V

CALIFICACIÓN DE LOS PROYECTOS

Una parte muy importante de la correcta implementación y financiamiento del proyecto derivan enormemente de la calificación y análisis de riesgo del proyecto. Al momento de analizar los riesgos de un proyecto, debemos de considerar la opinión del sector público y del sector privado respecto del mismo.

Si bien es cierto que los deudores, o posibles deudores, *hacen suposiciones más realistas que las agencias públicas*,¹⁰⁹ no podemos dejar de lado la opinión del sector público. Por ejemplo, cuando el ente privado no carga con la mayor parte del/de los riesgo(s), el análisis no se vuelve tan riguroso.

Pero al ser el enfoque de este trabajo la implementación del proyecto APP con mayor participación y riesgo por parte del sector privado, la forma de calificar los proyectos de APP, en cuanto al posible riesgo, serán sin duda un referente y guía para motivar o desmotivar a los patrocinadores, inversionistas o posibles acreedores del proyecto.

Como se vio previamente, uno de los principales requerimientos de los proyectos APP es que el mismo sea bancable. Para que pueda ser bancable, aquellos posibles prestamistas (acreedores, patrocinadores, inversionistas etcétera) necesitan estar claros en que la SPV pueda cubrir la deuda contraída.

¹⁰⁹ *Public-Private Partnerships Reference Guide Version 2.0, Op. Cit.*, Traducción libre de Santiago Tejeda, p. 41.

Es por ello que los flujos de efectivo que se esperen deben de estar casi asegurados mediante la correcta puesta en marcha del proyecto APP, para que así se pueda cubrir el monto financiado en los términos establecidos por las partes.¹¹⁰

Los acreedores tienen un fuerte interés en la fortaleza financiera y técnica del proyecto, así como la capacidad de los subcontratistas del mismo. El hecho de tener un riesgo respecto de los préstamos, inversiones o créditos, genera que el proceso previo y de aplicación de una APP sea beneficioso, ya que al tener los prestamistas un riesgo de largo plazo, se estudiará la viabilidad del proyecto a largo plazo, así como un monitoreo y revisión constante y periódica del proyecto.¹¹¹

Según el estudio realizado por Edward Farquharson, las principales preocupaciones respecto a que un proyecto sea bancable, por parte de los prestamistas son:¹¹²

1. Certeza del flujo de efectivo del proyecto para cubrir los requisitos de deuda contraídos;
2. Obligaciones del sector público consideradas como bancables;
3. Solidez y estabilidad del marco jurídico de la APP;
4. Eficiencia y obligatoriedad del contrato APP y contratos relacionados;

¹¹⁰*Ibid*, Traducción libre de Santiago Tejada, p. 53.

¹¹¹FARQUHARSON, Edward et. al., *op.cit.*, Traducción libre de Santiago Tejada, p. 55.

¹¹²*Ibid*, Traducción libre de Santiago Tejada, p. 56.

5. Certeza del régimen regulatorio aplicable;
6. Derecho a intervenir el proyecto si fracasa y disponibilidad de subcontratistas diferentes;
7. Capacidad de cumplimiento de los subcontratistas y correcta administración;
8. Que los subcontratistas sean bancables y sus garantías sean de calidad;
9. Que los riesgos sean entendidos, controlados y distribuidos correctamente;
10. Reputación del proyecto; y
11. Disponibilidad y eficiencia de la(s) póliza(s) de seguro, si aplica.

Las calificaciones se realizan por parte de calificadoras de riesgo, respecto a las SPV, mayormente cuando estas emiten bonos de deuda.

*Cuando una empresa de giro único quiere emitir bonos, la calificadora de riesgo debe emitir una "calificación sombra."*¹¹³ Después de haber sido calificada, esa empresa puede comprar un seguro de crédito, misma que elevará la calificación de su bono, para ser vendido a inversionistas. El precio del seguro deberá ser aquel derivado entre la diferencia de la calificación menor y la calificación superior.

¹¹³ENGEL, Eduardo, et. al., op. cit., p. 142.

Una vez constituida la SPV vemos como por ejemplo DBRS (*Dominion Bond Rating Service* por sus siglas en inglés) divide el análisis del riesgo de un proyecto en dos partes, (i) construcción; y (ii) servicios de manera aislada.

Antes de continuar, recordemos que en esquemas de APP, la SPV no es dueña de la infraestructura, pues esta al final pasará irremediamente a manos del Estado. Por lo anterior, los acreedores no tienen una garantía real sobre activos tangibles y solo podrán cobrarse con el flujo de efectivo por el adeudo.¹¹⁴

Es por ello que DBRS califica un proyecto de APP con base en cual de las dos partes del proyecto, la construcción o los servicios, son los que presentan mayor debilidad.

La etapa de la construcción se define como:

Generalmente la parte con más riesgo del proyecto, ya que conlleva una considerable incertidumbre (i.e. condiciones del sitio, clima y disponibilidad laboral y material) y requiere capacidades especiales de manejo de proyectos, incluyendo controles de calidad, cumplir con el calendario, gestión de la ruta crítica, así como interactuar con accionistas clave y autoridades municipales.¹¹⁵

La calificación de la construcción generalmente se divide en:

¹¹⁴*Rating Public-Private Partnerships*, Traducción libre de Santiago Tejeda, DBRS, 2015, p. 7.

¹¹⁵*Ibid.*, Traducción libre de Santiago Tejeda, p. 8.

- Asignación de riesgos (*Risk al location*): debido a que generalmente la SPV tiene poca experiencia propia para la construcción, se entiende que los riesgos y obligaciones en relación al contrato del proyecto, pasen a manos de terceros contratistas (i.e. Contratista EPC), a través del contrato respectivo (i.e. Contrato EPC). De manera que cuando hay una transmisión de riesgos y obligaciones deficiente el calificador contempla el resultado potencial adverso, que aunque poco probable pueda tener un impacto material severo en la calificación.
- Complejidad de la construcción (*Complexity of construction*): este punto es considerado en relación a los varios riesgos mitigados y mejoras financieras que den apoyo a la estructura. El calificador toma en cuenta muchas veces el reporte del *asesor técnico del deudor*¹¹⁶ respecto de que tan compleja es, o será, la construcción respecto del proyecto APP.
- Calidad del constructor contratista (*Quality of the construction contractor*): La calidad con la que cuenta el Contratista EPC es, según DBRS, un pilar respecto a la valuación que se le da a la construcción, por el objeto mismo de la constructora respecto del proyecto. Entre lo analizado se encuentra (i) la solvencia del Contratista EPC o de su garante; (ii) el tamaño, reputación e historial del Contratista EPC o su garante respecto al proyecto; y (iii) experiencia del Contratista EPC en proyectos similares. Cuando el Contratista EPC, o su garante, no son empresas públicas, DBRS *desarrolla un análisis interno de su solvencia al aplicar la metodología Calificando la Industria de la Ingeniería y la Construcción* (Rating the Engineering and Construction Industry).¹¹⁷

¹¹⁶*Id.*, Traducción libre de Santiago Tejeda.

¹¹⁷*Ibid.*, Traducción libre de Santiago Tejeda, p. 9.

Se puede dar el caso de que dos constructoras formen un DBJV (*Design-Build Joint Venture* por sus siglas en inglés) para constituir al Contratista EPC, donde la calificación y análisis del proyecto obtendrá una mejor calificación, siempre y cuando ambas o las múltiples constructoras cumplan con lo establecido previamente.

- Mejoras a la construcción (*Construction enhancements*): Debido al bajo índice de contratiempos financieros, la SPV tiene poca protección contra un exceso de costos, como cuando un subcontratista tiene que ser reemplazado. Es por ello que los proyectos de APP comúnmente cuentan con mejoras asociadas a la construcción, en el sentido de que el contratista constructor respecto del proyecto de APP tiene que aplicar mejoras respecto al posible contratiempo financiero que provoque algún tipo de incumplimiento de su parte.

Comúnmente se otorga lo siguiente: (i) Garantía corporativa; (ii) cartas de crédito y/o efectivo; y (iii) garantías de cumplimiento, garantías laborales y de materiales y aseguramiento de productos.

- Otras consideraciones (*Other considerations*): Además de lo anterior, hay otras consideraciones para tener en cuenta como lo son el calendario del proyecto APP, el presupuesto de construcción y las condiciones que presente el sitio.

Ahora bien, aún y cuando la construcción es el proceso más riesgoso respecto de un proyecto APP, los servicios a prestar, o la operación en si del proyecto APP, por el plazo por el que se celebre, conlleva una preocupación que no debe pasarse ligeramente.

Es por ello que en la etapa de prestación de servicios *el enfoque cambia a las obligaciones periódicas de servicio y, en particular, a los medios mediante los cuales la operación, mantenimiento y riesgos del ciclo de vida son abordados*¹¹⁸ por la SPV.

La calificación de la etapa de servicios se centra en los siguientes elementos:

- Asignación de riesgos (*Risk al location*): Al igual que con la etapa de la construcción, al no contar la SPV con la experiencia suficiente, busca pasar todas sus obligaciones a terceros contratistas (i.e. Contratista O&M), a través del contrato respectivo (i.e. Contrato O&M). De cualquier manera, y distinto que respecto a la construcción, la SVP *en última instancia, sigue siendo responsable de la prestación de todos los servicios.*¹¹⁹
- Complejidad de los servicios y estándares de desempeño (*Service complexity and performance standards*): El análisis depende de los activos utilizados para cumplir con la complejidad y tecnología requerida en el proyecto APP, junto con los requerimientos impuestos por la dependencia estatal correspondiente.

¹¹⁸*Ibid.*, Traducción libre de Santiago Tejeda, p. 13.

¹¹⁹*Id.*, Traducción libre de Santiago Tejeda.

La parte más compleja de lo anterior son las intervenciones complejas rutinarias, como el mantenimiento cíclico del equipo o las estructuras, mismas que son analizadas más a fondo.

- Calidad del proveedor (*Quality of the service provider*): Al analizar al Contratista O&A, se tiene mucho énfasis en su capacidad crediticia, al igual que con el Contratista EPC. Si el Contratista O&A no obtiene una calificación positiva, se considerará que la SPV optó por prestar los servicios relacionados con el proyecto APP de manera personal.
- Mecanismo de pago y fuente de ingresos (*Payment mechanism and revenue sources*): Respecto de las fuentes de ingresos DBRS las divide en dos principalmente. La primera y más común son los ingresos basados en la disponibilidad (*Availability-based resources*), que primordialmente son el pago por parte de la entidad estatal, indexados respecto a un punto de referencia en el mercado. En este supuesto se califica a la entidad estatal de acuerdo a su calificación crediticia, o en su defecto se realiza un análisis de la misma.

El análisis se realiza de igual manera respecto de los términos y condiciones pactados en el contrato de APP que se celebre, comparando entre las obligaciones de la entidad estatal y la SPV respecto a los ingresos por el proyecto APP.

La segunda fuente son los ingresos basados en volumen (*Volume-based revenue*), considerados primordialmente respecto de proyectos como autopistas, se analiza la demanda que el proyecto APP tendrá respecto de las condiciones de mercado existentes o previstas. Se analiza de igual manera la capacidad que tiene la SPV de manejar de forma discrecional el cobro y ajuste en las tarifas de uso del servicio prestado.

- Perfil de gastos (*Expenditure profile*): La capacidad y prevención de gasto de la SPV entra mucho en juego al momento de la calificación. Los principales gastos asociados con el proyecto APP son dos (i) Gastos del ciclo de vida; y (ii) Gastos O&M.

El primero de ellos es sumamente difícil de calcular con certeza, ya que durante la vida del proyecto puede haber cambios y circunstancias externas que afecten la mismo, de cualquier manera, entre más riesgo respecto a este gasto este a cargo de la SPV, mayor calificación tendrá el proyecto APP.

Respecto a los Gastos O&M, estos son más fáciles de analizar y tener certeza que los anteriores, ya que van en función del Contratista O&M y del Contrato O&M, mismos que dan un panorama más claro y medible al largo plazo.

- Mejoras externas y apoyos al proyecto (*External enhancements and supports to the Project*): Aquí al igual que en el análisis de la fase de construcción, se estudian las posibles mejoras respecto de la prestación del servicio requerido.

Hay que tener en cuenta, que a diferencia de la construcción, el Contratista O&M, tiene menos responsabilidad adquirida, por lo que aquí se requiere usualmente que el límite de responsabilidad sea *200% o más respecto del promedio anual de pagos de operación y mantenimiento y del ciclo de vida del proyecto, dependiendo de la calificación establecida. Proyectos con un límite de responsabilidad menor pueden ser elegidos para una calificación de inversión, pero generalmente tendrán penalidades aplicadas.*¹²⁰ Aunado a lo anterior, se revisa la garantía otorgada por la Contratista O&M para asegurar el cumplimiento del Contrato O&M, o en su caso de la compañía de la que sea subsidiaria.

La anterior metodología es una de las varias que se pueden utilizar respecto del análisis de calificación de un proyecto APP. Las calificadoras deben de establecer metodologías específicas y adecuarlas a cada proyecto de APP en específico, ya que buscan determinar los riesgos asociados con el proyecto para que así las partes puedan, previo a la licitación del proyecto APP del que se trate, hacer una propuesta confiable y apegada a la realidad de lo que se puede esperar del proyecto.

Sí bien la Ley no determina expresamente que la calificación dada a un proyecto APP será determinante, creo que el análisis de la propuesta de proyecto que fue calificada y analizada por una calificadora, puede ser guía para ponderar la seriedad y viabilidad del proyecto.

¹²⁰*Ibid.*, Traducción libre de Santiago Tejeda p. 16.

Capítulo VI

ÁREA DE OPORTUNIDAD

En relación con el Programa Nacional de Infraestructura y el Plan Nacional de Desarrollo, la política del Gobierno de manera general en todos sus niveles, especialmente en el federal, busca la generación de infraestructura que necesita el país de la manera más eficiente.

Los modelos de contratación anteriores son poco eficientes (i.e. licitación, concesión, etc.) y ahora las APP apuntan a volver más eficiente la contratación entre el Estado y los particulares para así desarrollar la infraestructura y prestar servicios públicos de forma conjunta, con las autorizaciones y permisos necesarios, para implementar, con la experiencia probada de un particular al respecto, los proyectos de APP necesarios.

Si bien ya expliqué en los capítulos anteriores muchas razones y argumentos de por qué las APP son una mejor opción que la contratación tradicional para el desarrollo de infraestructura, me gustaría hacer notar el contenido del primer párrafo del artículo 26 de la LAPP, misma que dice que *[c]ualquier interesado en realizar un proyecto de asociación público-privada podrá presentar su propuesta a la dependencia o entidad federal competente.*¹²¹

¹²¹ Artículo 26 de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

Lo anterior es recogido por el legislador federal respecto de un mecanismo similar utilizado en países como Chile, la República de Corea, las Filipinas, Sudáfrica entre otros, de acuerdo a lo que explicaré más adelante.

Lo anterior abre la posibilidad para que los particulares puedan realizar un análisis más orientado a una oportunidad de negocio, más que a esperar un proyecto que el Estado cree necesitar o que desea aplicar por mero populismo. Aquí se lograría poner en práctica sin duda el término de iniciativa privada.

Los interesados en desarrollar un proyecto de APP mediante una propuesta no solicitada, podrán solicitar una manifestación de interés por parte de la dependencia correspondiente, según lo establece el artículo 43 del Reglamento, sin que la misma obligue a la dependencia de ninguna manera, pero que resultará ser un buen precedente para que el promotor del proyecto decida continuar con la preparación del mismo, así como realizar o no los estudios posteriores necesarios, conociendo de ante mano un poco la posición de la autoridad.

En diferentes países, y ahora el nuestro, el Estado puede ser buscado por entes privados para desarrollar un proyecto APP. El particular entrega una propuesta respecto de la cual no se ha abierto o comenzado ningún proceso de selección y/o concurso de algún proyecto APP. Dicha figura se conoce comúnmente como propuesta no solicitada, misma que la Ley recoge en su Capítulo Tercero.

Las propuestas no solicitadas tienen un auge considerable en otras latitudes del planeta, tan es así que la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional al hablar de las mismas establece que:

Las propuestas no solicitadas pueden ser el resultado de que el sector privado haya identificado una necesidad de infraestructura que pueda ser compatible con un proyecto financiado de manera privada. Pueden de igual manera versar sobre propuestas novedosas para administración de la infraestructura y ofrecer una transferencia de nueva tecnología potencial al país sede.¹²²

Nuestro país ha tenido una política constante de protagonismo de la autoridad al momento de querer implementar proyectos, no solo de infraestructura sino a veces también de otro tipo de negocios.

Cada vez más las licitaciones y proyectos de infraestructura son tan grandes y complejos, qué resulta difícil para el ente privado el estar claro en cumplir y empatar su propuesta en todos los puntos con lo que la autoridad pide o debido a que la autoridad no tiene la capacidad suficiente para desarrollar propuestas competitivas, realistas y necesarias, lo que sin duda representa un obstáculo para el desarrollo de la infraestructura en el país.

Ahora bien, de manera contrastante, el sector privado puede ver como un aliciente la posibilidad de presentar propuestas no solicitadas, debido a que entonces la autoridad deberá ver si se sienta a negociar y aprobar aquello que de *motu proprio* le presentó el particular.

¹²² UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*, Traducción libre de Santiago Tejeda, Estados Unidos, United Nations, 2001, p. 91.

La autoridad puede tener, también, un interés en la posibilidad de establecer negociaciones directas con aquellos entes privados que presenten propuestas novedosas para el desarrollo de la infraestructura.¹²³

De igual manera, lo anterior no se encuentra exento de debate o encontrar ciertas aristas. Si la autoridad otorgará al que presentó el proyecto el ganar sin concurso o licitación, generaría muchas dudas respecto a si ese proceso no fue en verdad amañado y se está cubriendo con el argumento de ser una propuesta no solicitada y novedosa, cuando en verdad no lo sea.

Por lo cual, es importante mencionar algunas experiencias respecto de las propuestas no solicitadas, con base en el estudio realizado por John Hodges con Georgina Dellaca.

Aún y cuando las propuestas no solicitadas han sido asociadas con la disminución de la competencia y ser poco transparentes, las propuestas no solicitadas han tenido un auge en varios países (se estima que en Taiwán el 43% de los proyectos de infraestructura derivan de propuestas no solicitadas).¹²⁴

¹²³Id. Traducción libre de Santiago Tejeda.

¹²⁴HODGES, John & DELLACHA, Georgina, *Unsolicited Infrastructure Proposals How Some Countries Introduce Competition and Transparency*, Traducción libre de Santiago Tejeda, Estados Unidos, Public-Private Infrastructure Advisory Facility, Estados Unidos, 2007, p. vi.

Es por eso que, en los diferentes países se han logrado desarrollar diferentes maneras de lidiar con las propuestas no solicitadas, mismas que se clasifican como: (i) sistema de bono (*bonus system*), el sistema de desafío Suizo (*Swiss challenge system*) y el sistema de mejor y última oferta (*best and final offer system*).¹²⁵

En la LAPP se utiliza el sistema de bono o premio, pero de cualquier manera, los anteriores sistemas serán analizados más adelante.

Ahora bien, las propuestas no solicitadas tienen varios argumentos por parte de la persona que promueve para no licitar, debido a que se busca entablar una negociación directa y sin interrupciones con el Gobierno llevada de forma privada.

Entre esos argumentos encontramos típicamente cuatro, los cuales son: (i) Propiedad intelectual necesaria; (ii) Falta de interés del sector privado; (iii) Costo beneficio de no organizar una licitación; y (iv) Rapidez del proyecto.

Ahora analizaré, rápidamente los argumentos enunciados en los puntos (ii), (iii) y (iv) anteriores, dejando el punto (i) para el final.

Falta de interés del sector privado

¹²⁵*Ibid.*, Traducción libre de Santiago Tejeda, p. vii.

Respecto de la falta de interés del sector privado en algún proyecto, podemos decir que si bien es cierto que algunos proyectos podrían no ser atractivos, por desarrollarse en zonas remotas donde no hay mucho espacio para la competencia, como lo serían municipios sin alguna infraestructura, el Gobierno podría atacar este tema buscando métodos creativos para hacer al proyecto más atractivo.

Algunas opciones incluyen juntar varias concesiones pequeñas en una sola concesión, ofrecer algún aliciente de parte del Gobierno relacionado con el buen desarrollo del proyecto o incluir servicios adicionales en la concesión a ser otorgada.

De cualquier manera, el hecho de siempre realizar un concurso, entiéndase con sus respectivas bases y criterios, aún y cuando solo haya un participante en el mismo demuestra la intención de ser transparentes y fomentar la competencia, ya que obligas a que se realice con cierto nivel de transparencia, debido a su publicidad, y demostraría que las cosas quieren hacerse de la manera correcta.

Costo beneficio de no organizar una licitación

Respecto de este punto, los promotores de los proyectos argumentan que los Gobiernos se pueden ahorrar los costos y gastos relacionados con organizar una licitación. Sin embargo las implicaciones de costos de realizar una licitación rápida o no organizarla, podría en el largo plazo contrarrestar el beneficio de corto plazo de

una contratación expedita, especialmente en proyectos que duren varias décadas,¹²⁶ teniendo como resultado lo que sucedió con el programa Solidaridad del Gobierno mexicano en los noventas, analizado en el Capítulo I, donde si bien no se omitió realizar la licitación, sí se realizó una licitación expedita sin un sustento real respecto de todos los factores a considerar en la misma.

De igual manera, a través de un proceso de licitación competitivo, un Gobierno podría definir objetivos sectoriales de desarrollo, así como otros estándares, al establecer condiciones aplicables y prudentes en los documentos de la licitación para el largo plazo.¹²⁷

Inclusive desde el punto de vista del Gobierno, el hecho de tener una licitación donde haya competencia, generará que el Gobierno pueda aprovechar el que haya habido otros postores y estos puedan ser una opción alterna para cualquier caso, lo que también haría que en un estado post ejecución del respectivo contrato, el promotor ganador, desee querer cambiar a su conveniencia los términos del contrato respectivo.

Rapidez del proyecto

Ahora bien, respecto a la rapidez del proyecto, se argumenta comúnmente el hecho de que una negociación directa es ideal en momentos de extrema urgencia.

¹²⁶*Ibid.*, Traducción libre de Santiago Tejeda, p. 3.

¹²⁷*Ibid.*, Traducción libre de Santiago Tejeda, p. 4.

Sin embargo, según el análisis realizado por Hodges *et. al.*, la experiencia en ciertos países han mostrado que las negociaciones con un solo promotor resultan tomar más tiempo del establecido y terminan retrasando el proyecto aún más.¹²⁸

Si bien es cierto que implementar y diseñar inicialmente un proceso de licitación conlleva mucho tiempo, la experiencia de ciertos países ha mostrado que al tener procesos estandarizados, proyectos futuros pueden avanzar y comenzar a desarrollar se con mayor facilidad y rapidez,¹²⁹ justamente algo como lo que desea implementar en nuestro país el Instituto Mexicano de Desarrollo de Infraestructura, A.C.

Una vez explicados brevemente los argumentos anteriores, ahora analizaremos el argumento de la propiedad intelectual necesaria, misma que sí se encuentra regulada en la Ley y el Reglamento, y que representa el argumento más fuerte que habría que cuidar respecto de este tipo de propuestas, por su especificidad.

Propiedad intelectual necesaria

Respecto al tema de la propiedad intelectual necesaria, se puede dar, y ha dado, el caso en el que alguna empresa argumente contar con la tecnología, técnicas o conocimientos exclusivos que se requieren para desarrollar un proyecto de APP,

¹²⁸ *Id.*, Traducción libre de Santiago Tejeda.

¹²⁹ *Id.*, Traducción libre de Santiago Tejeda.

como lo puede ser construir carreteras de mejor calidad, proveer agua más limpia, energía más barata entre otros.

En algunos países se permite la negociación exclusiva con el promotor del proyecto, siempre y cuando exista un tipo de bien o servicio que no tenga alternativas y la cual solo pueda dar el promotor, lo que se da en parte por el contenido del artículo 30 fracción 5 de la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Contratación Pública que prevé como una opción, entre otras, la posibilidad de contratar con un solo proveedor cuando este tiene un derecho exclusivo respecto del objeto del contrato.

Lo anterior encuentra apoyo de igual manera en la *UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*, que establece que la existencia de propiedad intelectual respecto de algún método o tecnología es argumento suficiente para evitar entrar en negociaciones con personas que no tengan exclusivos sobre bienes, construcciones o servicios y no existe alguna alternativa razonable.¹³⁰

En dichos casos, sería necesario y no tan mala idea el que se de una negociación directa con dicho titular de derechos exclusivos, lamentablemente se verá más adelante que en nuestra legislación esto no es posible respecto de las propuestas no solicitadas.

¹³⁰UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *Op. Cit.*, Traducción libre de Santiago Tejeda, p. 93.

Es por ello que la Ley regula el tema de la propiedad intelectual en las propuestas no solicitadas para los proyectos de APP. En un primer momento tenemos el artículo 31 fracción II inciso b) de la Ley, en el que se establece que el promotor de la propuesta no solicitada deberá suscribir una declaración unilateral de la voluntad, irrevocable, obligándose, entre otros, a:

ceder los derechos y otorgar las autorizaciones en materia de derechos de autor y propiedad industrial, así como cualquier otra para que el proyecto pueda desarrollarse en el evento de que el ganador del concurso sea distinto al mismo promotor.¹³¹

Lo anterior en mi opinión es una clara desmotivación para cualquier potencial promotor, o titular de derechos de propiedad industrial exclusivos, ya que según la Ley, deberá renunciar a ellos por una potencial contratación. Esto encuentra cierto aliciente en el Reglamento, como se verá a continuación. De igual manera, el premio que considera la Ley, podría servir para que el promotor de una propuesta no solicitada, decida seguir el proceso establecido en la Ley.

Asimismo, la Ley en su artículo 32 establece que de no realizarse el concurso, pero que haya sido considerado como procedente, el titular de la dependencia aplicable podrá mediante autorización por escrito, autorizar al promotor el adquirir los estudios, derechos de autor y propiedad industrial respectivos, mediante reembolso de todos o algunos de los costos incurridos.

Por otro lado el Reglamento, en su artículo 54 establece que cuando el ganador del concurso realizado, sea un tercero diferente al promotor, la cesión irrenunciable de la que habla el artículo 31 fracción II de la Ley (el Reglamento en su

¹³¹Artículo 31 fracción II inciso b) de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

artículo 54 menciona erróneamente el artículo 32 de la Ley), podrán quedar referidos únicamente a la realización del proyecto. Continúa el artículo diciendo que cuando así se requiera, se podrá subcontratar a aquellos titulares de derechos de autor o propiedad industrial correspondiente por lo que el promotor original, tiene oportunidad de participar.

Esto último pareciera como una especie de justificación o remediación de parte del Legislador, respecto de seguir motivando al titular de ciertos derechos exclusivos a presentar una propuesta no solicitada, aunque ahí la decisión del promotor será en función de un análisis más a fondo que podría no terminar por convencer a varios futuros promotores de las APP.

Por último, habría que hacer notar que el último párrafo del artículo 64 de la Ley establece claramente que las propuestas no solicitadas no podrán ser objeto de la adjudicación directa respecto de los proyectos de APP, por lo que la preocupación de tener un acto de corrupción o poco transparente disfrazado de una adjudicación directa no se puede dar.

Es por ello que después de haber analizado el argumento de la propiedad intelectual, hay que tener en cuenta los sistemas mencionados anteriormente para lidiar con el tema de las propuestas no solicitadas y tener una licitación competitiva, sin perder el interés del promotor respecto de su propuesta no presentada.

Bonus system

El sistema de bono, que utilizan Chile y Corea, es un sistema en el que se otorga un "bono" competitivo dentro del proceso de licitación. Dicho bono puede tomar distintas formas, pero comúnmente se utiliza como un valor teórico aplicado a la propuesta financiera o técnica del promotor.¹³²Dicho bono varía en un rango de ventaja equivalente a un porcentaje entre el 5% y 10% respecto de la licitación.

En México el sistema elegido por el legislador es justamente el del sistema de bono. Este está contenido en el artículo 31 fracción V de la LAPP, donde se establece *que no podrá exceder del equivalente a un diez por ciento en relación con los criterios señalados para adjudicar el contrato. El Reglamento establecerá métodos y procedimientos para calcular este premio.*¹³³El Reglamento regula en su artículo 80 el tema del premio estableciendo los siguientes cinco criterios:

1. Cuando el monto de la Inversión Inicial (entiéndanse esta como el monto total de las aportaciones de las partes de la APP) sea igual a hasta 10 millones de Udis, el premio podrá ser de hasta 10% respecto de la mejor oferta económica antes de contar el premio;
2. Si la Inversión Inicial se encuentra entre los 10 millones de Udis y hasta los 100 millones de Udis, el premio podrá ser de hasta 8% respecto de la mejor oferta económica antes de contar el premio;

¹³²HODGES, John & DELLACHA, Georgina, *op. cit.*, Traducción libre de Santiago Tejeda, p. 7.

¹³³Artículo 29 de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

3. Si la Inversión Inicial se encuentra entre los 100 millones de Udis y los 500 millones de Udis, el premio podrá ser de hasta 6% respecto de la mejor oferta económica antes de contar el premio;
4. Si la Inversión Inicial excede los 500 millones de Udis, el premio podrá ser de hasta 3% respecto de la mejor oferta económica antes de contar el premio; y
5. No podrá existir una diferencia mayor al 10%.

Estas valoraciones y beneficio en favor del promotor buscan en nuestro país ser motivación para presentar propuestas no solicitadas, como sucede en Chile y Corea.

De cualquier manera ahora analizaremos los otros dos sistemas usados de manera más cotidiana en el mundo.

Swiss Challenge system

Este sistema, utilizado primordialmente en las Filipinas, algunos estados de la India, Italia, Taiwán y Guam, permite, al igual que el sistema de bono, que participe un tercero durante la licitación.¹³⁴

¹³⁴HODGES, John & DELLACHA, Georgina, *op.cit.*, Traducción libre de Santiago Tejeda, p. 8.

El sistema, a diferencia del anterior, en vez de dar al promotor un beneficio predeterminado para el concurso, autoriza al promotor a igualar o mejorar cualquier oferta que haya sido mejor a la suya. Aquí depende del país donde se lleva el sistema, pero comúnmente se obliga al promotor a participar de la misma manera que cualquier otro postor en la licitación, incluyendo el dar la respectiva fianza o garantía.

Si llegará a haber alguna propuesta mejor que la del promotor de la propuesta no solicitada, entonces a este se le dará la oportunidad en un plazo determinado, de poder empatar o mejorar dicha oferta y así ser declarado ganador del concurso. Este sistema varía en cuanto a que tanta información de la oferta del promotor se hará pública y cuanta no.

Best and final offer system

Este sistema utilizado entre otros por Argentina, Sudáfrica y Costa Rica, difiere dependiendo del país del que se trate, pero de manera general se realiza más de una ronda de propuestas.

Sin importar el número de rondas, o el hecho de que haya avanzado o no a través de ellas, el promotor de la propuesta no solicitada siempre podrá competir en la ronda final, en la que podrá presentar la última y mejor propuesta respecto del concurso.

En Argentina por ejemplo se considera en favor del promotor un 5% como bono. En Sudáfrica únicamente se permite participar en la última oferta realizada. Finalmente, en caso de que el promotor no gane el concurso, el ganador deberá realizar un reembolso de parte de los costos de desarrollo de la propuesta.¹³⁵

Vistos los sistemas anteriores, me parece correcta la aplicación del sistema de bono, mediante un premio flexible, en la legislación de las APP y así evitar una simple adjudicación directa.

Además en nuestro país únicamente contamos una ronda de concurso, haciendo inviable el sistema de la mejor y última oferta. De igual manera, el sistema Suizo no pareciera como la mejor opción, toda vez que la propuesta del promotor para superar lo presentado por la otra mejor oferta, podría derivar en que se hagan ofertas alejadas de la realidad para poder ganar el concurso.

El hecho de otorgar un beneficio porcentual dentro del concurso y teniendo en cuenta que el promotor tiene en un sentido práctico cierta ventaja, por haber hecho el análisis y contar con más tiempo, hace que el criterio contenido en la Ley sea correcto.

¹³⁵ *Id.*

Es por ello que me parece correcto lo contenido en los artículos 30 y 31 de la LAPP, pues la propuesta una vez que se determine como viable, deberá proceder a ser concursada para así poder tener una competencia real y sana respecto del proyecto que se licitará.

Lo anterior deberá ser conforme a que la propuesta no solicitada deba presentarse ante la autoridad o dependencia competente, y deberá cumplir con las bases de aquellos acuerdos publicados por dicha autoridad o dependencia, en caso de haberlos establecido.

Después de haber cumplido, si es que lo hay, con el acuerdo de dicha autoridad o dependencia existen cuatro grandes requisitos:

- i. Estudio de pre-factibilidad;
- ii. Encontrarse en los supuestos señalados por la dependencia aplicable, en su caso, de acuerdo al artículo 26 de la LAPP;
- iii. No haber sido presentado y resuelto; y
- iv. Otros

Los incisos i, ii y iii anteriores son los contenidos en el artículo 27 de la Ley, sin embargo se hace mención de otros requisitos no contenidos en dicho artículo, como

lo son la garantía de seriedad, la declaración unilateral del promotor respecto de los derechos exclusivos que tenga entre otros.

Los incisos ii y iii no requieren mayor explicación, pues el primero es claro al hacer mención en específico de los requisitos del artículo 26 de la Ley, mientras que el segundo solo habla de que previamente no se hubiera presentado y resuelto dicho proyecto.

Ahora bien, considero necesario analizar el estudio de pre-factibilidad contenidos en el artículo 27 fracción I de la Ley, por lo que a continuación señalaré y/o explicaré, según sea necesario los siguientes:

- (a) Descripción del proyecto, con características y viabilidad técnica;
- (b) Descripción de autorizaciones necesarias;
- (c) Viabilidad jurídica del proyecto;
- (d) Rentabilidad social del proyecto;
- (e) Estimaciones de inversión y aportaciones, de cualquier tipo por el ente privado y cualesquiera entes públicos;
- (f) Viabilidad económica y financiera del proyecto; y

- (g) Características esenciales del contrato de APP. Si se prevén más de dos personas morales privadas, delimitar sus responsabilidades.

De cualquier manera no hay que olvidar el análisis a realizar contenido en el artículo 14 de la Ley, entre los que se incluyen algunos de los anteriores, así como:

- Los inmuebles, bienes y los derechos necesarios para el desarrollo del proyecto;
- Los estudios ambientales, distintos de la manifestación de impacto ambiental; y
- La conveniencia de realizar el proyecto como APP.

Respecto a lo anterior considero explicar los siguientes conceptos.

Viabilidad técnica: La viabilidad técnica contendrá, de acuerdo al artículo 21 del Reglamento, características, especificaciones, estándares técnicos, nivel de desempeño y calidad y, su caso, la infraestructura de que se trate, aunado a todos aquellos elementos que determinen que técnicamente el proyecto es viable y congruente con el Plan Nacional de Desarrollo o cualquier otro programa.

Viabilidad jurídica: Según el artículo 24 de la Ley, se deberá señalar porqué el proyecto puede ser ejecutado, como APP, desde el punto de vista jurídico, cumpliendo las legislaciones aplicables, ya sea federal, estatal o municipal.

Rentabilidad social: Presentando el análisis de costo beneficio de programas e inversión expedidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público para determinar el beneficio social que tendrá el mismo.

Viabilidad económica y financiera: Considerar los flujos de ingresos y egresos del proyecto, considerando las aportaciones del Estado, en su caso, por lo que se debe incluir la factibilidad de que la entidad pública correspondiente sí realice las aportaciones.

Lo anterior no deja de lado lo que parece ser la justificación primordial que da el legislador a las propuestas no solicitadas que para evaluar la propuesta no solicitada *deberán considerarse, entre otros aspectos, que se refiera a un proyecto de interés público y rentabilidad social congruente con el Plan Nacional de Desarrollo y con los programas sectoriales y regionales que, en su caso, correspondan.*¹³⁶

La autoridad o dependencia a la que se le presentó el proyecto deberá emitir una opinión en relación a:

¹³⁶Artículo 29 de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

- *La viabilidad o inviabilidad del proyecto.*
- *La procedencia o improcedencia del proyecto.*
- *La procedencia o improcedencia del concurso.*
- *La adquisición en su caso, de los estudios presentados¹³⁷.*

Dicha opinión deberá emitirse dentro de los tres meses siguientes a que se presentó la propuesta, mismos que podrán ser prorrogables por otros tres meses atendiendo a la complejidad del proyecto.

La dependencia podrá de igual manera requerir por escrito al interesado cualquier aclaración o información adicional al promotor, o podrá por *motu proprio* realizar aquellos estudios que considere convenientes.

Al respecto el artículo 37 de la Ley, prevé que en caso de que el promotor no comparta la información solicitada *se dará por concluido el trámite y el interesado perderá en favor del Ejecutivo federal todos sus derechos sobre los estudios presentados, incluso si el proyecto se concursó, previa garantía de audiencia,¹³⁸* lo que no resulta del todo claro en cuanto a días para responder o dicha garantía de audiencia.

¹³⁷TREVIÑO, Francisco, *op.cit.*, p. 142.

¹³⁸Artículo 37 de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

La presentación de una propuesta no solicitada, puede caer en los siguientes supuestos:

- Implementar la propuesta mediante concurso;
- No se convoca a concurso por causa imputable al promotor;
- Proyecto viable pero no hay interés de realizar el concurso; y
- El proyecto no es procedente.

Es importante recordar en relación con el artículo 31 fracción V de la Ley, que el desarrollador podrá tener un bono de hasta un 10% respecto de la licitación que se realice.

De cualquier manera, el aliciente para el que presentó el proyecto continua, pues si el promotor del proyecto no resulta ganador, este podrá solicitar un reembolso, de los gastos realizados para presentar la propuesta no solicitada, a aquel al que se le adjudique el proyecto de APP, amparándose con un certificado emitido por la dependencia respectiva.

Al mismo tiempo el proceso de adjudicación será justo y equitativo, ya que con base en la fracción II del artículo 31, el promotor otorgará una declaración unilateral

de su voluntad de manera irrevocable, donde se obliga a compartir información sin limitación a cualquier postor en el proceso de adjudicación, así como, ceder derechos y dar autorizaciones sobre derechos de autor y propiedad industrial que puedan operar para que se desarrolle el proyecto; esto último cuidando que le sean reembolsados aquellos gastos en los que incurrió para obtener esos estudios y demás.

De cualquier manera, y considerando los avances tecnológicos, así como las fuertes inversiones de las empresas en temas de *research and development*, podría darse el caso en el que la propuesta no solicitada sea tan novedosa y única que no pueda ser posible llevar a cabo el proyecto con alguna otra empresa que no sea la que promovió, aun teniendo en cuenta que deba compartir información al respecto, pues el *know-how* no puede ser transmitido por medio de un simple papel, y en mi opinión el promotor estaría obligado solamente a dar información sin limitación, pero no a explicarla o capacitar respecto de ella.

El hecho de tener que compartir ese tipo de información, con las reservas prácticas arriba mencionadas, puede no resultar atractivo para el promotor, donde deberá de valorar la posibilidad de ganar por lo bien armada que tiene su propuesta no solicitada.

Otro punto importante al respecto, es que al presentarse propuesta no solicitada, con un buen estudio financiero previo, resultaría muy complicado para cualquier otro tercero interesado el poder igualar el costo e implementación del

proyecto, debido a que el mismo será sin duda uno con particularidades muy notorias y un antecedente previo de negociaciones que hagan al proyecto bancable.

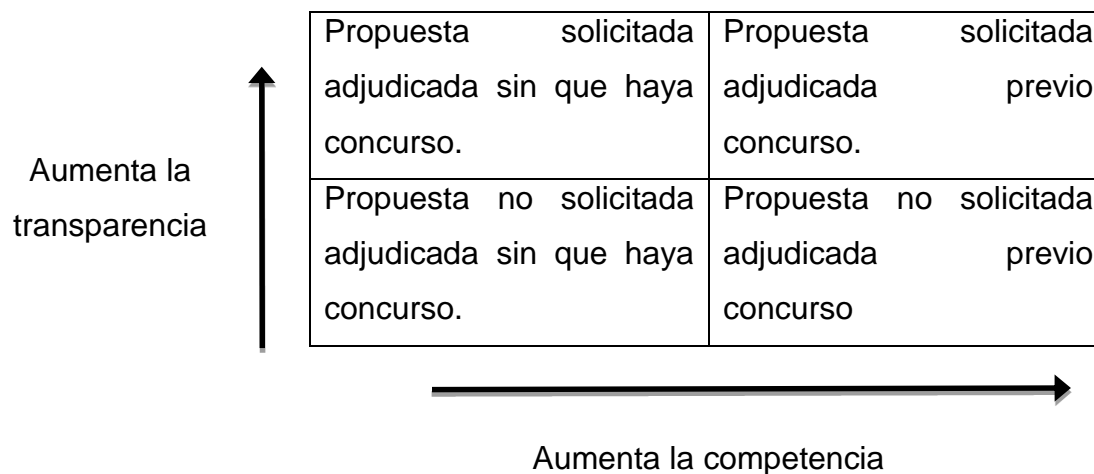
Lo anterior es posible debido a que el Reglamento en su artículo 53 fracción II establece que *en ningún caso el promotor estará obligado a informar sobre su oferta económica*¹³⁹a otros concursantes, por lo que tiene una clara ventaja competitiva, siempre y cuando realizó un análisis financiero previo a presentar la propuesta no solicitada pues no se puede ignorar que el financiamiento y hacer que el proyecto sea bancable es lo que logra que se genere un proyecto APP.

En gran medida, las propuestas no solicitadas son asociadas con una falta de competitividad y temas de proyectos transparentes. El problema es que el Gobierno, en cualquier nivel, puede ser visto como corrupto y que llegue a otorgar adjudicaciones sin un proceso claro y transparente.

El siguiente cuadro ejemplifica de manera idónea la diferencia entre lo propuesto por la autoridad y la propuesta no solicitada y su impacto en cuestiones de transparencia y competitividad.¹⁴⁰

¹³⁹Artículo 53 fracción II del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas

¹⁴⁰HODGES, John & DELLACHA, Georgina, *op. cit.*, Traducción libre de Santiago Tejeda, p. 1.



Es por ello que resulta de suma importancia que la propuesta no solicitada sea concursada, para así poder tener un sentido de transparencia y competencia óptimo.

Una opción que podrían querer utilizar algunos proponentes es el de presentar la propuesta no solicitada y esperar una afirmativa ficta, pero el Reglamento en su artículo 41 fracción III establece que esa figura nunca operará respecto de las propuestas no solicitadas.

Sin duda este nuevo esquema es altamente recomendado por su implementación y aplicación teórica correcta.

CONCLUSIÓN

Entre las varias obligaciones que tiene el Gobierno se encuentra la de dotar de infraestructura al país y proveer a sus gobernados de aquellos servicios públicos necesarios para así fomentar la competitividad y nivel de vida del país, alienados con el Plan Nacional de Desarrollo y el Programa Nacional de Infraestructura, teniendo un impacto social benéfico.

La provisión y desarrollo de infraestructura genera avance en distintos sectores públicos, que beneficiarán, directa o indirectamente, al grueso de la población y mejorarían de forma sustancial la calidad de vida en el país.

El desarrollo de infraestructura requiere de una cantidad considerable de recursos económicos, pero así también lo requieren diversos sectores que no tienen relación directa con la infraestructura y debido a que la aportación de recursos por parte del Estado es limitada, todas las necesidades de la sociedad no se pueden atender de manera eficaz.

Aún y cuando la infraestructura del país se desarrolla de manera paulatina, nos encontramos lejos de estar en un nivel de desarrollo como muchos de los países del mundo, pues existen economías que cuentan con mejor y mayor infraestructura que la nuestra.

También es cierto que la manera de desarrollar la infraestructura es por más obsoleta y poco funcional, pues constantemente escuchamos que los costos e implementación de proyectos de infraestructura distan de ser los ideales y la solución del problema termina siendo más problemática. Es por ello que se necesita un esquema novedoso y distinto a ser implementado, el cual encuentra cabida en las APP.

Si bien es cierto que estos esquemas se aplican desde hace tiempo en otros países, el modelo de APP es novedoso en nuestro país, aunque ya se venían dando situaciones de hecho en las que existía una concesión de servicio públicos necesarios para mejorar la provisión de infraestructura en nuestro país como lo eran los PPS.

Al no poder el Estado desarrollar y proveer de servicios e infraestructura de manera eficiente y adecuada, se busca que el particular pueda realizar esa labor mediante un proyecto de APP concesionado.

Las APP buscan ser relaciones de largo plazo, en las que el particular realice la mayor parte de las tareas, obtener recursos, construir, administrar, operar y mantener, y el Estado supervise y apoye con la facilitación de los permisos, autorizaciones o concesiones que se requieran.

Sí bien es cierto que los proyectos de APP son en sí mismos bastante complejos y necesitan de unas viabilidades técnica, jurídica, económica, financiera y

social, estos se pueden aplicar mediante un financiamiento de proyectos, generando infraestructura con ganancia económica, poco riesgo y un alto grado de experiencia.

Debido a que los proyectos de APP financiados mediante un esquema como el *Project Finance* requieren de un análisis riguroso respecto de su éxito al ser aplicado, el mismo pasa por un filtro sumamente exigente y serio, minimizando las probabilidades de encontrarse ante un elefante blanco, y por el contrario lo vuelve en un potencial éxito. Agregado a lo anterior, la figura de la propuesta no solicitada genera que el sector privado pueda tener una participación mucho más activa en el desarrollo de la infraestructura.

Es por ello que lo siguiente se puede concluir:

Primero, que la contratación de obra pública tradicional no es la manera más eficiente de realizar proyectos de infraestructura con la participación del sector privado, sin dejar de lado el que se generen procesos apresurados, que existan intereses creados o un asesoramiento jurídico y económico deplorable.

Segundo, que los métodos convencionales de financiamiento (i.e. crédito simple) no logran su cometido completamente y el financiamiento de proyectos ha resultado y puede resultar ser un mecanismo ideal para desarrollar infraestructura que es necesaria, sin afectar al erario de manera directa y distribuyendo riesgos e incentivos de una forma eficiente.

Tercero, que aún y cuando las APP en nuestro país siguen siendo algo novedoso, y sin duda el mercado, laboral como jurídico, aún no sabe como digerir por completo este nuevo concepto, son sin duda el mejor esquema existente para desarrollar infraestructura de manera eficiente.

Cuarto, que el sector privado debe tener una participación más activa en el desarrollo de infraestructura, mismo que se puede generar con las licitaciones de proyectos, el financiamiento e inversión en los mismos así como mediante el esquema de las propuestas no solicitadas.

Es por ello que ante la falta de recursos y desarrollo de la infraestructura en el país, las APP plantean una solución real y práctica al problema que enfrentamos como país, pues aquellas logran que se desarrolle la infraestructura sin dejar de lado otros sectores sociales importantes, lo que representa un beneficio político, económico y social.

Dichos beneficios deben ser causa suficiente para que tanto gobernantes como gobernados encuentren en las APP el medio idóneo para beneficiarse y beneficiar a la sociedad.

Políticamente, habrá un beneficio ya que se dotaría de infraestructura y prestaría un servicio público de primer nivel con el apoyo del Gobierno sin que se perjudique el aspecto económico y se deba disponer de recursos públicos.

Desde el punto de vista económico, se podrán destinar una mayor cantidad de recursos a programas sociales importantes, pues el esquema del proyecto APP estará integrado de manera tal, que los recursos serán obtenidos de otros particulares y únicamente habrá una aportación mínima, en casos nula, de parte del Gobierno. De igual manera, al dotar al país de más infraestructura, se lograrán aumentar los índices de competitividad con los que contamos.

Socialmente, debido a que la población podrá contar con una infraestructura necesaria para aumentar su calidad de vida y al ser de un modelo económico más competitivo la riqueza se podrá distribuir de mejor manera y se satisfarán más necesidades básicas de la sociedad relacionadas con la provisión de infraestructura.

El momento cúspide que se alcanzará cuando un proyecto de APP sea financiado totalmente o en su abrumante mayoría por capital privado y que la propuesta de servicio o infraestructura sea propuesta por el particular basado en un análisis serio y formal que bien podrá implementarse para generar un desarrollo sustentable.

Por todo lo anterior las APP financiadas por financiamiento de proyectos son sin lugar a dudas la mejor opción para que el Gobierno pueda proveer a los

particulares de infraestructura y servicios necesarios y convenientes para aumentar el nivel, calidad de vida y competitividad del país.

PROPUESTAS

Para lograr lo anterior se debe dar lo siguiente:

- Fomentar, desde el gobierno y la iniciativa privada, el estudio y análisis del esquema APP;
- Determinar políticas públicas donde se incentive el financiamiento privado en proyectos de infraestructura mediante el esquema APP, mejorando la integración, acceso y publicidad de la información e intereses públicos para desarrollar infraestructura;
- Buscar el desarrollo sustentable del país con la colaboración y participación de entes públicos y privados para el desarrollo de infraestructura;
- Capacitar a funcionarios y directivos en el valor y oportunidad de los esquemas APP en proyectos de infraestructura;
- Generar un apartado en los programas de infraestructura públicos de aquellos proyectos realizables mediante APP;
- Establecer mecanismos para que el Gobierno acepte e incentive la presentación de propuestas no solicitadas, atendiendo a una relación de confianza y reconocimiento de una oportunidad negocio para el particular y de desarrollo social;

- Impulsar la elaboración de análisis de viabilidad, agrupación de proyectos, preparar licitaciones, manifestaciones de impacto ambiental y procesos de consulta social; y
- Desarrollar una política pública donde se busquen realizar aquellos proyectos factibles bajo el esquema APP basada en la calidad, justicia, igualdad, transparencia;

ABREVIATURAS

APP	Asociaciones Público Privadas
CAT	Centro Administrativo Tlajomulco
Constitución	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
Desarrolladora	Desarrolladora Centro Administrativo Tlajomulco, S.A.P.I. de C.V.
EPC	Ingeniería, Adquisición y Construcción (<i>Engineering, Procurement and Construction</i>)
FARAC	Fideicomiso de Apoyo al Rescate de Autopistas Concesionadas
Gastos O&M	Gastos de Operación y Mantenimiento
Gobierno	Indistintamente y salvo referencia en contrario, poder ejecutivo del nivel federal, estatal o municipal
Hospital	Hospitales Regional de Alta Especialidad del Bajío
Ley	Ley de Asociaciones Público Privadas en México
Monterrey VI	Acueducto Monterrey VI
O&M	Operación y Mantenimiento
PPS	Proyectos para Prestación de Servicios
Reglamento	Reglamento de la Ley de Asociaciones Público

Privadas

SCT	Secretaria de Comunicaciones y Transportes
SPV	Vehículo de propósito especial (<i>Special Purpose Vehicle</i>)
Tlajomulco	Municipio de Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco
Udis	Unidades de Inversión

BIBLIOGRAFÍA Y FUENTES:

Libros

- ACOSTA, Miguel, *Teoría General del Derecho Administrativo*, Novena edición, Porrúa, México, 1990.
- DELMON, Jeffrey, *Understanding Options for Private-Partnership Partnerships in Infrastructure*, Policy Research Working Paper 5173, World Bank, Estados Unidos, 2010.
- ENGEL, Eduardo, *et. al.*, *Economía de las asociaciones público-privadas*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.
- EHRHARDT, David & IRWIN, Timothy C., *Avoiding Customer and Taxpayer Bailouts in Private Infrastructure Projects: Policy toward Leverage, Risk Allocation, and Bankruptcy*, Policy Research Working Paper 3274, World Bank, Estados Unidos, 2004.
- FARQUHARSON Edward et. al., *How to Engage with the Private Sector in Public-Private Partnerships in Emerging Markets*, The World Bank, Estados Unidos, consultado en <http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/How-to-engage-with-private-sector-Clemencia-Farquharso-Yecome-Encinas.pdf>.

- FINNERTY, John, *Financiamiento de Proyectos; Técnicas Modernas de Ingeniería Económica*, Prentice Hall Hispanoamérica, S.A., México, 1998.
- FOLSOM, Ralph et. al., *International Business Transactions in a nutshell*, 9th Edition, West Academic Publishing, Estados Unidos, 2012.
- FRAGA, Gabino, *Derecho Administrativo*, 48ª edición, Porrúa, México, 2015.
- HODGES, John & DELLACHA, Georgina, *Unsolicited Infrastructure Proposals How Some Countries Introduce Competition and Transparency*, Estados Unidos, Public-Private Infrastructure Advisory Facility, 2007, consultado: <https://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/WP1-Unsolicited%20Infra%20Proposals%20-%20JHodges%20GDellacha.pdf>.
- MARKS, Howard, *The Most Important Thing*, 1st Edition, Columbia Business School Publishing, Estados Unidos, 2011.
- MARTINEZ Morales, Rafael, *Derecho Administrativo 1er. curso*, 6ª edición, Oxford University Press México, México, 2011.
- MCKEE, Martin et. al., *Public-private partnerships for hospitals*, Bulletin of the World Health Organization, 2006, pp. 890-896, consultado: <http://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC2627548/pdf/17143463.pdf>.
- OLIVERA TORO, Jorge, *Manual de Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1997.
- PÉREZ DE HERRASTI, Ignacio, *Inversión de Proyectos Autofinanciados Project Finance*, Limusa, México, 2000.

- *Project Finance in Developing Countries*, International Financial Corporation, Estados Unidos, 1999, consultado en: http://www-wds.worldbank.org/external/default/WDSContentServer/WDSP/IB/2002/01/25/000094946_02011704024210/Rendered/PDF/multi0page.pdf.
- *Public-Private Partnerships Reference Guide Version 2.0*, The World Bank, Estados Unidos, 2014, consultado: <http://api.ning.com/files/lumatxx-0jz3owSB05xZDkmWIE7GTVYA3cXwt4K4s3Uy0NtPPRgPWYO1lLrWaTUqybQeTXleuSYUxbPFWlysuYNI5rL6b2Ms/PPPReferenceGuidev02Web.pdf>.
- RAZAVI, Hossein, *Financing Energy Projects*, Penn Well Corporation, Estados Unidos, 2007.
- ROBLES, Diego, *Teoría General de las Obligaciones*, Oxford, México, 2011.
- TREVIÑO, Francisco, *La Nueva Ley de Asociaciones Público Privadas Tematizada y Sistematizada*, Porrúa, México, 2014.
- UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW, *UNCITRAL Legislative Guide on Privately Financed Infrastructure Projects*, United Nations, Estados Unidos, 2001, consultado: <http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/procurem/pfip/guide/pfip-e.pdf>.
- *Unsolicited Proposals - An Exception to Public Initiation of Infrastructure PPPs, An Analysis of Global Trends and Lessons Learned*, Traducción libre de Santiago Tejeda, Estados Unidos, Public-Private Infrastructure Advisory Facility, 2007, consultado:

http://www.ppiaf.org/sites/ppiaf.org/files/publication/UnsolicitedProposals_PPIAF.pdf.

Revistas o Publicaciones

- Bloomberg y Reuters, *ICA entrará en cesación de pagos; podría iniciar el mayor default en dos décadas en México*, México, El Financiero, consultado en: <http://www.elfinanciero.com.mx/empresas/ica-entra-en-cesacion-de-pagos-es-el-mayor-default-en-al-menos-dos-decadas.html>. Fecha de consulta: 04 de enero de 2016.
- Declaración de Rio sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo consultado en: <http://www.un.org/spanish/esa/sustdev/agenda21/riodeclaration.htm>.
- DELUZ, Catherine & YARAR, Orhan, *Construction Risk in Privately-Financed Public Infrastructure (PFI/PPP/P3) Projects*, Moody's Investors Service, Inc., 2014.
- Fitch Ratings, *Fitch Asigna la Calificación de "AA(mex)vra" a Financiamiento Contratado por Tlajomulco de Zúñiga*, consultado en: http://www.fitchratings.mx/ArchivosHTML/Com_13119.pdf.

- Fitch Ratings, *Fitch Sube a "A+(mex)" desde "A(mex)" la Calificación del Municipio de Tlajomulco, Jalisco; Perspectiva Estable*, consultado en: http://www.fitchratings.mx/ArchivosHTML/Com_13030.pdf.
- FLORES, Lourdes, *Reviven en Nuevo León proyecto Monterrey VI*, México, *El Economista*, consultado en <http://eleconomista.com.mx/estados/2016/01/13/reviven-nuevo-leon-proyecto-monterrey-vi>. Fecha de consulta: 13 de enero de 2016.
- MONSALVE, Fabian, et. al., *¿Más infraestructura sin cargas excesivas al erario?*, Forbes México y Baker&Mckenzie, Digital, 2015, consultado en: <http://www.forbes.com.mx/mas-infraestructura-sin-cargas-excesivas-al-erario/>.
- ORTIZ, Fabiola, et. al., *A Credit Review of Mexico's Toll Road Sector: Stable and Strong*, Standard & Poor's, United States, 2006, consultado: <http://ibtta.org/sites/default/files/Standard%20Poors%20Mexican%20Toll%20Road%20Sector.pdf>.
- ROQUE, Carlos Alberto, *Estudio de caso sobre la Asociación Público-Privada para el Centro Administrativo Tlajomulco (CAT), en el municipio de Tlajomulco de Zúñiga, Jalisco, México*. 25 de septiembre de 2013, consultado en: http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Documentos_de_apoyo/informaciontematica/capp/Caso_APP_Tlajomulco.pdf.
- SCHAWB, Klaus, *The Global Competitiveness Report 2014-2015*, World Economic Forum, Switzerland, 2014, consultado:

http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf.

- *Project Finance in Latin America, An Editorial Overview*, Simpson Thacher & Bartlett.
- Rating Public-Private Partnerships, *DBRS*, 2015.
- UNITED STATES DEPARTMENT OF TRANSPORTATION, *Report to Congress on Public-Private Partnerships*, United States of America, 2004, consultado: <https://www.fhwa.dot.gov/reports/pppdec2004/pppdec2004.pdf>.
- VILLA, Javier, *Estudio de Caso, Capítulo 7 Hospital Regional de Alta Especialidad del Bajío (HRAEB) y Unidad de Apoyo*, México, 2009, consultado: <http://www.piappem.org/file.php?id=240>.

Electrónico

- Diplomado en Asociaciones Público-Privadas para el Desarrollo de la Infraestructura y Servicios organizado conjuntamente por el Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo y el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey.
- <http://www.rae.es/recursos/diccionarios/drae>.
- <http://www.ppiaf.org>.

- <http://www.fomin.org/programaseideas/AccessoaServiciosBasicos/tabid/171/language/es-ES/Default.aspx>.
- http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/corp_ext_content/ifc_external_corporate_site/home.
- <http://www.piappem.org/file.php?id=295> (Experiencia mexicana en Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de Infraestructura y la provisión de servicios públicos; documento del Programa para el Impulso de Asociaciones Público-Privadas en Estados Mexicanos).
- http://www.normateca.gob.mx/Archivos/66_D_3298_13-11-2012.pdf.
- <http://www.shcp.gob.mx/LASHCP/MarcoJuridico/ProgramasYProyectosDeInversion/Paginas/ProyectosparaPrestaciondeServicios.aspx>.
- <http://www.shcp.gob.mx/EGRESOS/ppi/proyectos/Paginas/proyectos.aspx>.
- <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/>.
- https://faculty.fuqua.duke.edu/~charvey/Teaching/BA491_2000/Overview_project_finance.pdf.
- <http://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/financing/mechanisms#finance>.
- http://www3.weforum.org/docs/WEF_GlobalCompetitivenessReport_2014-15.pdf.

Legislación y Documentos Públicos

- Acta de Dictamen de las Ofertas Económicas y Fallo del Concurso No. APP-919043988-C3-2014, celebrada el 08 de septiembre de 2014 consultado en:<file:///C:/Users/gdlstp/Downloads/13%20Acta%20de%20Dict%C3%A1men%20Econ%C3%B3mico%20y%20Fallo%20APP-919043988-C3-2014.pdf>.
- Acta de fallo Licitación Pública Nacional No. OP-EA-MUN-S3Z5-LP-0158-10 consultada en:
<http://www.tlajomulco.gob.mx/sites/default/files/transparencia/convocatoriasconcursos/Falloconvocatoria05.pdf>.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Contrato de Inversión y Prestación de Servicios número OP-EA-MUN-S3Z5-LP-0158-10 consultado en:
<http://www.tlajomulco.gob.mx/sites/default/files/transparencia/infointeresgeneral/ContratoDeInversionProgramaPrestacionServiciosYAnexos-CATmod2.pdf>.
- Convocatoria Pública No. APP-919043988-C3-2014, Publicación en el Diario Oficial de la Federación el 13 de marzo de 2014, consultado en:
http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5336915&fecha=13/03/2014.

- Convocatoria No. 005/2010 consultada en :
<http://www.tlajomulco.gob.mx/sites/default/files/transparencia/convocatoriasoncursos/CONVOCATORIAOBRASPUBLICAS005-2010.pdf>.
- Licitación pública internacional 00012004-01-05 publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de marzo de 2005, consultado en:
http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=789914&fecha=10/03/2005.
- Modificación a la convocatoria pública nacional número 005/2010 de fecha 23 de noviembre del 2010 Licitación número OP-EA-MUN-S3Z5-LP-0158-10, consultado en:
<http://www.tlajomulco.gob.mx/sites/default/files/transparencia/convocatoriasoncursos/MODIFICACIONESCONVOCATORIAOBRASPUBLICAS005-2010.pdf>.
- Proyecto de Decreto de la Ley de Asociaciones Público Privadas Comisiones Unidas de Comercio y Fomento Industrial; De Hacienda y Crédito Público; y de Estudios Legislativos del 28 de abril de 2010 consultado en
http://www.cca.org.mx/ps/funcionarios/muniapp/descargas/Leyes/Mexicogf/Ley_federal_APP_Mexico_Dictamen_Senado_26-Abr-2010.pdf.
- Ley de Asociaciones Público Privadas.
- Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional sobre la Contratación Pública.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.
- Programa Nacional de Infraestructura.

- Reglamento Interior de la Bolsa Mexicana De Valores, S.A.B. de C.V.
- Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

Jurisprudencia o Tesis Aislada

- Tesis XV.4o.8 A, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXII, julio de 2005, p. 1538