



JONES DAY  
COMENTARIO

# LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS: UN NUEVO RÉGIMEN PARA LAS LICITACIONES PÚBLICAS EN MÉXICO

El pasado 16 de enero del 2012, se publicó la Ley de Asociaciones Público – Privadas (la “Ley”). Esta Ley permitirá que los particulares participen conjuntamente con los órganos y organismos de gobierno en “proyectos de asociación público – privada”, que comprenden (i) arreglos contractuales entre los sectores público y privado para la prestación de servicios en los cuales el sector privado proporcionará (en todo o en parte) infraestructura, con miras a incrementar el bienestar social y la inversión en el país, o (ii) que asocien a los sectores público y privado de cualquier manera para desarrollar inversión productiva, investigación aplicada o innovación tecnológica.

Si bien esta Ley prevé nuevas oportunidades para que los particulares participen en estos proyectos, hay varios aspectos de esta nueva Ley que deberán ser aclarados en el Reglamento (que se emitirá dentro de los próximos 12 meses) y los Lineamientos (para los que los artículos transitorios de la Ley no establecen una fecha límite), ambas todavía por emitirse.

## ANTECEDENTES – LA SITUACIÓN ANTES DE LA LEY

Antes de esta Ley, un particular mexicano que tuviera interés en participar en un proyecto con el gobierno debía hacerlo conforme a (a) la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público (la “**Ley de Adquisiciones**”); o (ii) la Ley de Obras Públicas (la “**Ley de Obras**”).

En ambos casos, dicho particular tenía que esperar a que la dependencia decidiera iniciar el proyecto. Una vez que la dependencia decidía llevarlo a cabo, publicaría las bases de licitación en el sistema CompraNet y los posibles proveedores o prestadores comprarían las bases y presentarían una propuesta que cumpliera determinados criterios formales, incluyendo garantías que en algunos casos podían ser muy onerosas. La propuesta requería una descripción técnica y una descripción económica del proyecto. Las propuestas eran

calificadas por la dependencia, y el proyecto se le adjudicaría al ganador resultante.

Esto creaba ciertos temas desde el punto de vista del particular participante: (i) quedaba sujeto a dos regímenes distintos (uno para contratos de obras bajo la Ley de Obras, y otro para arrendamientos, compras y contratos de servicios, regulado por la Ley de Adquisiciones); y (ii) el alcance limitado de la participación del particular en el proyecto (generalmente ya sea como inversionista, contratista constructor o proveedor).

Por ejemplo, un proyecto de aeropuerto bajo el régimen anterior requería dos autorizaciones distintas de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, una para la construcción del aeropuerto (especificando las obligaciones del constructor, en términos tales como capacidad mínima del aeródromo, autorizaciones regulatorias e internacionales, calidad de la pista, etc.) y una segunda distinta de la misma Secretaría, para operar el aeropuerto. Puede suceder que la contraprestación ofrecida por el Gobierno Federal no necesariamente rinda el retorno suficiente como para ser atractiva para un inversionista, particularmente, porque la Ley de Obras favorecerá el proyecto más eficiente en costos (desde el punto de vista del gobierno) en una licitación. Por tanto, las dependencias relativas frecuentemente negociaban con el ganador de la licitación y en ocasiones, convocarían otra licitación, invitarían a cuando menos tres personas o adjudicarían directamente, para otorgar el permiso de operación al inversionista. En teoría, esto le permitía ganancias adicionales a dicho inversionista porque le permitiría, ya sea obtener una contraprestación adicional del Gobierno por los servicios prestados como operador, o cobrar dichos servicios directamente a los usuarios.

En la práctica, este sistema tenía diversos riesgos y costos adicionales para el inversionista. Sólo por mencionar algunos: (i) la presentación de dos ofertas distintas, o la adjudicación de dos contratos distintos, probablemente significaría el pago u otorgamiento de dos garantías de cumplimiento distintas al Gobierno, con

el correspondiente aumento en los costos; (ii) la posibilidad de que a un inversionista pudiera adjudicársele una de las concesiones, pero no ambas, lo que causaría que el inversionista estuviere obligado bajo la concesión que obtuvo, sin tener derecho a las ganancias adicionales de la que no obtuvo, y (iii) la posibilidad de que un inversionista adjudicado perdiera, por cualquier razón (o le fuere expropiada)<sup>1</sup> una de las concesiones pero no la otra, con el mismo resultado que el inciso anterior.

## VENTAJAS DE LA LEY

La principal ventaja de la Ley es su flexibilidad, puesto que permite proyectos que comprenden todas las operaciones contempladas en las otras leyes<sup>2</sup> (compra, construcción, arrendamiento y/o operación) y potencialmente amplía el alcance de los proyectos del gobierno para incluir cualquier otra forma de operación, inclusive transferencias de tecnología. El alcance de los proyectos en los que podrá participar el gobierno mexicano, o la naturaleza de las aportaciones que podrá solicitarle a los particulares para dichos proyectos, es mucho más amplia. Desde la perspectiva del Gobierno, esto permite proyectos hechos a la medida para atender necesidades gubernamentales específicas sin tener que limitar el proyecto al angosto alcance de ya sea la Ley de Obras o la Ley de Adquisiciones. Desde el punto de vista del participante, esto abre muchas más posibilidades de negocios en México, pues el Gobierno Federal sigue siendo el principal comprador nacional de bienes y servicios en México.<sup>3</sup>

La exposición de motivos de la Ley hace referencia a ciertos sectores específicos que los diputados promoventes creen serán especialmente beneficiados por su entrada en vigor:

- La construcción de hospitales y prestación de servicios de salud;
- La construcción y operación de carreteras y puentes federales;
- La construcción y operación de puertos y aeropuertos; y

1 Esta última posibilidad es particularmente preocupante en el caso de (i) inversionistas nacionales, y (ii) inversionistas extranjeros de países con los que México no haya celebrado acuerdos para la protección recíproca de inversiones (BITs)

2 El requisito de estudios previos implica que este nuevo régimen es excepcional. Todas las operaciones que no estén justificadas por dichos estudios estarán sujetas, ya sea a la Ley de Obras o a la Ley de Adquisiciones según sea el caso.

3 Rfr. <http://www.infochannel.com.mx/10-h13016/www.dupapier.com.mx>

- La construcción y administración de infraestructura para ciertos servicios públicos (educación pública, generación de energía eléctrica, administración de justicia, etc.)

Una primera mirada a estos sectores (salvo, posiblemente, los servicios de salud) parece indicar claramente que una meta clave de esta Ley es la creación de un régimen más flexible para cuando un mismo particular desea ser, tanto el constructor del proyecto como el operador de su resultado final.

## PROPUESTAS NO SOLICITADAS

Un aspecto particularmente interesante de la Ley es que en teoría, permite a los particulares presentar propuestas de nuevos proyectos a cualquier dependencia gubernamental (una “**Propuesta No Solicitada**”). Al efecto, las entidades podrán publicar decretos indicando el tipo de propuestas que están dispuestas a recibir o atender, por zona geográfica, tipo de servicios ofrecidos, etc. Sin embargo, el artículo 26 de dicha Ley establece que en los casos en que se publique este decreto, la dependencia sólo estará obligada a estudiar aquellas propuestas comprendidas en dichos decretos. El lenguaje de la Ley no es claro en cuanto a que si las dependencias que elijan no publicar este decreto están o no obligadas a estudiar todas las propuestas que reciban.

Las Propuestas No Solicitadas no obligan a las entidades ni le otorgan al proponente derechos adicionales salvo el derecho de recibir un certificado (en caso que la Propuesta No Solicitada sea aceptada) que le dará derecho al proponente de (i) participar en el concurso o licitación correspondiente, y (ii) si no resulta ganador, ser reembolsado de algunos de los gastos incurridos en relación con la preparación del estudio y la presentación de la propuesta. Cuando el proponente presente la Propuesta No Solicitada, se le requerirá otorgar una licencia o cesión de todos los derechos que le pudieran dar exclusividad respecto de un proyecto, al ganador eventual del concurso, en caso de que éste último no fuera el proponente.

La presentación de una Propuesta No Solicitada requiere que el proponente presente un estudio de factibilidad

preliminar (que incluye, entre otras cosas, una descripción del proyecto, de las autorizaciones gubernamentales y no gubernamentales que se requieran, la viabilidad técnica, jurídica y económica, una descripción de los aspectos esenciales del contrato de asociación público – privada a celebrarse, y un estudio respecto de la conveniencia de efectuar este proyecto mediante una asociación público-privada en vez de a través de cualquier otro medio.<sup>4</sup>

## CONCURSOS Y ADJUDICACIÓN

De conformidad con la Ley, las posturas para asociaciones público-privadas se adjudicarán (a) como regla general, por concurso, (b) por invitación a cuando menos tres personas, o (c) excepcionalmente, por adjudicación directa. Respecto de (b) y (c), únicamente ocurrirían en los casos que específicamente establece la Ley, y que incluyen (entre otros) (i) que sólo una persona detente la patente o alguna otra clase de derecho exclusivo de propiedad intelectual, (ii) proyectos relativos a defensa y seguridad, bajo ciertas condiciones, y (iii) proyectos que conlleven “alianzas estratégicas (...) con personas morales dedicadas a la ingeniería, la investigación, y el desarrollo y transferencia de tecnología”.

Los concursos funcionarán de la siguiente manera:

- Cualquier dependencia federal, así como fideicomisos públicos federales, estados, municipios, agencias de algún estado o municipio, y los organismos constitucionalmente autónomos (la “**Dependencia Requirente**”) podrán convocar posturas por medio de la publicación de dos documentos (respectivamente la “**Convocatoria**” y las “**Bases**”) en la página web de la Dependencia Requirente, el Diario Oficial de la Federación, CompraNet, un periódico de circulación nacional y otro periódico del Estado en el que se desarrollará el proyecto.
- La Convocatoria contendrá (entre otras) (i) una descripción general del proyecto, con una indicación de los servicios a ser proporcionados o de la infraestructura a construirse; (ii) la fecha estimada del Concurso, la duración estimada de los servicios y la duración estimada de la construcción de las obras de infraestructura, según sea el caso; y (iii) la fecha y lugar en que los participantes podrán adquirir las Bases. La

4 Este último será objeto de mayor regulación en los Lineamientos, a ser emitidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

compra de las Bases es un prerrequisito legal para participar en el Concurso.

- Los participantes manifestarán su intención de participar con la presentación de su propuesta, que incluirá una propuesta técnica y una económica. El plazo para presentar la propuesta no será menor de 20 días hábiles a partir de la publicación de la Convocatoria.
- La Dependencia Requirente, por sí o por medio de un agente que actuará en su nombre y representación, recibirá las propuestas.
- Las propuestas serán calificadas conforme a los criterios que establezcan las Bases. La Ley prevé que las Bases deberán establecer “criterios claros y detallados para la evaluación (...) y la adjudicación del proyecto...”, siempre y cuando los mínimos obligatorios establecidos en las Bases se cumplan.
  - En caso de que sólo hubiere un participante, la Dependencia Requirente podrá elegir adjudicarle directamente el proyecto, siempre que cumpla los requisitos del Concurso y la propuesta sea aceptable para la Dependencia Requirente.
  - En caso de empate, el Concurso se le adjudicará a (en este orden):
    - La propuesta que ofrezca las mejores condiciones económicas (desde el punto de vista del Gobierno); y
    - La propuesta que ofrezca tanto más generación de empleo como el uso de más bienes y servicios de origen nacional.
- La adjudicación de un Concurso a cualquier persona, podrá ser impugnado por otros participantes, ya sea mediante (i) un recurso administrativo, de conformidad con la Ley Federal del Procedimiento Administrativo, ó (ii) un juicio de nulidad ante el Tribunal de Justicia Fiscal y Administrativa.
- La Dependencia Requirente y el participante celebrarán el contrato de asociación público-privada respectivo, en los términos y condiciones establecidos en las Bases.

La Parte Adjudicada tendrá el derecho de celebrar un contrato con la Dependencia Requirente. Si la naturaleza de las obligaciones de la Parte Adjudicada requiere el otorgamiento de una o más concesiones, la adjudicación conllevará el otorgamiento de las mismas, pero la Parte

Adjudicada seguirá de cualquier modo obligada a cumplir con los requisitos legales establecidos en las leyes respectivas para dicha concesión.

## BIENES; RÉGIMEN DE EXPROPIACIÓN

Las Bases respectivas, y el contrato de asociación público-privada que eventualmente celebren la Parte Adjudicada y la Dependencia Requirente, regulará la propiedad de los activos relacionados con el proyecto, y cómo el Gobierno o el público en general (según sea aplicable) usarán dichos activos. La adquisición de los bienes o derechos que se requieran para el proyecto podrá ocurrir ya sea “convencionalmente” (es decir, mediante la firma de contratos privados con los terceros de que se trate) o mediante expropiación, según se requiera.

Los bienes que deban adquirirse podrán ser valuados por (i) el Instituto de Administración y Avalúo de Bienes Nacionales, (ii) instituciones de crédito (bancos) mexicanas autorizadas al efecto, (iii) corredores públicos, o (iv) profesionistas con estudios de postgrado en valuación.

La adquisición convencional está sujeta, como regla general, a negociaciones con la Dependencia Requirente que cumplan las formalidades establecidas en la Ley (un procedimiento relativamente formal) o, cuando expresamente lo establecen las Bases o el contrato de asociación público-privada respectivo, con la Parte Adjudicada.

La Ley también regula un régimen de expropiación especial para la adquisición de los bienes que se requieran para un proyecto de asociación público-privada. Establece que la opinión de la Dependencia Requirente que establezca la factibilidad técnica y rentabilidad social de un proyecto será prueba suficiente de utilidad pública para efectos de la Ley de Expropiación. Con dicho estudio, la Dependencia Requirente podrá hacer la declaratoria de utilidad pública que se requiere para expropiar conforme a ley mexicana.

Dicha declaratoria se publicará en el Diario Oficial y el periódico oficial del estado del que se trate, y les será notificada a los actuales propietarios. Si se ignora el domicilio de los propietarios, la Ley establece que la

Dependencia Requirente podrá publicar la declaratoria de utilidad pública en el Diario Oficial una segunda vez, y que dicha publicación “surtirá efectos de notificación personal.” Más aún, el artículo 78 de la Ley establece que dicha declaración de utilidad pública “no tendrá medio de defensa ordinario y sólo podrá ser impugnada mediante juicio de amparo.” Consideramos que ambas disposiciones podrán ser objeto de impugnación por razones constitucionales (debido proceso).

Las partes interesadas podrán objetar una declaratoria de utilidad pública dentro de los veinte días hábiles siguientes a que se les notifique la declaratoria (el “**Plazo para Objetar**”), agregando a sus escritos las pruebas que consideren pertinentes. La Dependencia Requirente resolverá las objeciones dentro de los diez días hábiles siguientes al Plazo para Objetar.

## LÍMITES Y OBSTÁCULOS

La aplicación de esta Ley tiene ciertos límites específicos. No puede haber asociaciones público-privadas respecto de (i) proyectos estatales o municipales donde más de la mitad de los recursos públicos destinados al proyecto no sean recursos federales, y (ii) las áreas en que está prohibida la participación de la inversión privada en México.<sup>5</sup>

En relación con el inciso (i) anterior, esperamos que, si las asociaciones de este tipo tienen éxito a nivel federal, se podrán promulgar leyes similares en los estados; de ser este el caso, los proyectos locales requerirán análisis legal específico.

En adición a ello, las limitaciones ya discutidas respecto de la presentación de Propuestas No Solicitadas pueden significar que en la práctica, la supuesta ventaja de presentar una Propuesta No Solicitada sea negada, para todos los efectos prácticos, porque (i) las dependencias gubernamentales sólo están obligadas a estudiar los proyectos considerados en los decretos que dichas entidades publiquen, y (ii) los estudios previos que la Ley exige presentar al proponente implican un gasto significativo. No creemos probable que los particulares arriesguen

dicho gasto si no tienen la seguridad de que se estudiará el proyecto.

Otra preocupación son las disposiciones de esta Ley que regulan los proyectos plurianuales. El artículo 24 de la Ley establece que los proyectos deberán ser autorizados por la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación para determinar su inclusión en el Presupuesto Anual de Egresos de la Federación (y la consecuente aprobación de su inclusión por la Cámara de Diputados). Salvo que los Reglamentos y Lineamientos prevean lo contrario, esto puede significar que, aunque los proyectos en sí se adjudiquen una sola vez para contratos multianuales, si se espera algún pago del Gobierno Federal, éste deberá ser aprobado año con año. Esta contingencia puede, entre otras cosas, resultar en un costo mayor de financiamiento por parte de los bancos que otorguen créditos a los particulares que participen en proyectos, en atención al riesgo de incumplimiento por parte de las dependencias por falta de aprobación del presupuesto.

## RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS

La Ley establece la existencia de dos tipos de controversias, y distintas opciones para resolver las mismas para cada caso:

- (i) **Controversias Técnicas y Económicas:** Las partes pueden convenir, en caso de una controversia de este tipo, someterse a una fase previa de negociaciones de buena fe; dicha fase tendrá la duración que convengan las partes. Si no resuelven la controversia en el plazo convenido, la parte afectada podrá, dentro de los cinco días hábiles siguientes, notificarle la existencia o continuación de la controversia a la otra parte, por escrito, nombrando a un experto. La parte notificada, dentro de los cinco días hábiles siguientes a que reciba, responderá en los mismos términos. Los dos expertos así nombrados designarán a un tercero, y los tres, actuando como peritos y no como árbitros (en otras palabras, no pudiendo resolver respecto de temas distintos a los técnicos y económicos), tendrán sesenta días hábiles para recibir argumentos y

---

<sup>5</sup> Definidas por la Constitución Mexicana como “áreas estratégicas”, tales como (sin limitar) (i) exploración, explotación, distribución, transporte y venta de primera mano de petróleo y sus derivados; (ii) generación de energía nuclear, (iii) venta de energía eléctrica, etcétera.

pruebas de las partes, citar a las partes a audiencias si se requiere, y resolver. Su resolución sólo será obligatoria si se toma por voto unánime.

- (ii) **Controversias Legales:** Las partes podrán incluir, en el contrato de asociación público-privada respectivo, que cualquier controversia legal se resolverá (i) por conciliación ante la Secretaría de la Función Pública federal, y/o (ii) mediante arbitraje definitivo, vinculante, de estricto derecho, sujeto a ley mexicana y al Código de Comercio, en idioma español.

Si las partes no incluyen estas disposiciones, los tribunales competentes serán los tribunales federales de México.

En cualquier caso, las controversias relativas a actos administrativos (como el otorgamiento o revocación de concesiones o permisos) sólo podrá ser resuelto por Tribunales Administrativos Federales.

No obstante lo anterior, los inversionistas de países con los que México haya suscrito un acuerdo para la protección recíproca de inversiones (BIT) podrían tener derecho a los otros mecanismos de resolución de controversias establecidos en los mismos. En estos casos, se recomienda un análisis específico de los términos del tratado, caso por caso.

## OPORTUNIDADES DE NEGOCIO

Si el Reglamento y los Lineamientos respectivos no resultan demasiado gravosos, esperaríamos ver no sólo oportunidades importantes para la atracción de inversiones nacionales y extranjeras directas a México (con las implicaciones jurídicas resultantes), sino también operaciones importantes de transferencia de tecnología con el gobierno mexicano que antes de la entrada en vigor de la Ley eran difíciles de documentar. Esto puede ser de especial interés para muchos de los clientes de Jones Day, desde empresas listadas públicamente en bolsa hasta universidades, que antes encontraban con dificultad para operar con el gobierno mexicano bajo el régimen jurídico preexistente, menos flexible.

No obstante ello, las limitaciones discutidas anteriormente respecto de las Propuestas No Solicitadas siguen significando que el Gobierno tiene la decisión final respecto de qué proyectos se estudian y se llevan a cabo. Por lo tanto, esta ley no logra atender las preocupaciones del sector privado en el sentido de que las iniciativas de negocio o infraestructura que se originan en dicho sector y que requieren aportaciones del sector público (tales como aquellas que requieren concesión por tratarse de la prestación de un servicio público o el uso de un bien público, pueden o no ser atendidas a discreción de las dependencias respectivas.

## ABOGADOS A CONTACTAR

En caso de requerir información adicional, favor de comunicarse con su principal representante de la Firma o con uno de los abogados enlistados a continuación. Se pueden enviar mensajes de correo electrónico generales usando nuestro formato "Contáctenos" que podrá encontrar en [www.jonesday.com](http://www.jonesday.com).

### **Manuel Romano**

Mexico City  
+52.55.3000.4005  
[mromano@jonesday.com](mailto:mromano@jonesday.com)

### **Manuel Echeverría**

Mexico City  
+52.55.3000.4060  
[mecheverria@jonesday.com](mailto:mecheverria@jonesday.com)

### **Miguel Ishii**

Mexico City  
+52.55.3000.4032  
[mishii@jonesday.com](mailto:mishii@jonesday.com)

### **Iván Pérez Correa**

Mexico City  
+52.55.3000.4033  
[iperez@jonesday.com](mailto:iperez@jonesday.com)

Las publicaciones de Jones Day en ningún caso deben ser consideradas como asesoramiento legal. El contenido de las mismas es de uso general y no debe ser utilizado en otra publicación ni procedimiento sin el consentimiento previo (por escrito) del despacho. Para ello, utilice por favor el formulario de "contacto" que aparece en la página web de Jones Day [www.jonesday.com](http://www.jonesday.com). El envío de estas publicaciones no constituye relación alguna entre cliente y despacho. Las opiniones expresadas en este documento pertenecen al autor y, por lo tanto, no necesariamente coinciden con las del despacho.