



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
DOCTORADO EN DERECHO

ALTERNATIVAS PARA LA REALIZACIÓN DE PROYECTOS
DE INVERSIÓN PÚBLICO-PRIVADA EN MÉXICO

TESIS
QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE:
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:
MIGUEL BERNARDO DE ERICE RODRÍGUEZ

MIEMBROS DEL COMITÉ TUTOR

DOCTOR EN DERECHO OSCAR VAZQUEZ DEL MERCADO CORDERO UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO.

DOCTOR EN DERECHO LUIS MANUEL CAMP MEJAN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO.

DOCTOR EN DERECHO ROGELIO ZACARIAS RODRIGUEZ GARDUÑO UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO.

DOCTOR EN DERECHO MARÍA GUADALUPE FERNÁNDEZ RUÍZ UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE MÉXICO.

DOCTOR EN ECONOMIA AARON DYCHTER POLTOLAREK GEORGE WASHINGTON UNIVERSITY USA.

CIUDAD DE MÉXICO, MARZO, 2023



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis esta protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

"I do not believe that the solution to our problem is simply to elect the right people. The important thing is to establish a political climate of opinion, which will make it politically profitable for the wrong people to do the right thing. Unless it is politically profitable for the wrong people to do the right thing, the right people will not do the right thing either, or if they try, they will shortly be out of office."

Milton Friedman

ÍNDICE

GLOSARIO	9
Introducción	11
CAPÍTULO I	13
Consideraciones Generales sobre el Tema	13
1. <u>El término de “inversión público-privada”</u>	14
1.1 <u>Concepto</u>	14
1.2 <u>Un problema de semántica</u>	21
1.3 <u>Participación del sector público conjuntamente con los sectores social y/o privado</u>	24
1.4 <u>Una actividad interdisciplinaria</u>	25
1.5 <u>El Equilibrio entre los elementos que integran los proyectos de inversión público-privada</u>	26
1.6 <u>Ventajas y desventajas de la inversión público-privada</u>	35
1.6.1 <u>Consideraciones generales</u>	35
1.6.2 <u>Ventajas</u>	38
2. <u>El término de Recursos Públicos</u>	51
2.1 <u>Un término equívoco</u>	52
2.2 <u>Alcances del término de “recursos públicos” y el artículo 134 de la CPEUM</u>	53
3. <u>Antecedentes de la inversión público-privada</u>	55
3.1 <u>Reino Unido de la Gran Bretaña</u>	55
3.2 <u>Chile</u>	56
3.3 <u>Las décadas de los ochenta y los noventa</u>	56
3.4 <u>México</u>	59
CAPÍTULO II	70
Problemática de las Inversiones Público-Privadas	70
1. <u>Diversidad de visiones. Las decisiones políticas y las decisiones técnicas, económicas y de beneficio social</u>	70
2. <u>Deficiencias estructurales</u>	71
3. <u>La problemática social de la infraestructura</u>	73

3.1	<u>Consideraciones generales sobre el tema.</u>	73
3.2	<u>El sector social y privado.</u>	75
3.3	<u>El desplazamiento forzado por proyectos de desarrollo.</u>	77
4.	<u>El lado oscuro de las inversiones público-privadas.</u>	82
	Las políticas extractivas del Estado y de las grandes empresas que participan en los proyectos de asociación público-privada.	90
1.	<u>Concepto de políticas extractivas e inclusivas.</u>	90
2.	<u>Consideraciones generales.</u>	91
3.	<u>Objetivo.</u>	92
4.	<u>Planteamiento.</u>	92
5.	<u>Propuesta.</u>	94
6.	<u>Efectos de las políticas extractivas en la industria de la construcción.</u>	97
7.	<u>Ventajas de las políticas inclusivas.</u>	99
8.	<u>El reto de la destrucción creativa en el sector de la infraestructura pública.</u>	100
	CAPÍTULO IV	102
	Elementos subjetivos en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.	102
1.	<u>Sujetos de derecho público.</u>	102
1.1	<u>El Ejecutivo.</u>	102
1.1.1	<u>Dependencias y entidades públicas.</u>	106
1.1.1.1	<u>Secretaría de Hacienda y Crédito Público.</u>	106
1.1.1.2	<u>Secretaría de Economía.</u>	109
1.1.1.3	<u>Secretaría de Infraestructura, Comunicaciones y Transportes.</u>	111
1.1.1.4	<u>Secretaría de la Función Pública.</u>	112
1.1.1.5	<u>Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación.</u>	114
1.2	<u>Banca de Desarrollo Mexicana.</u>	123
1.2.1	<u>Banobras.</u>	126
1.2.2	<u>FONADIN.</u>	127
1.3.	<u>El Legislativo.</u>	130
1.3.1	<u>CPEUM.</u>	131

1.3.2	<u>Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos</u>	133
1.3.3	<u>Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria</u>	134
1.3.4	<u>Ley de Asociaciones Público Privadas</u>	135
1.4	<u>Auditoría Superior de la Federación</u>	136
1.5	<u>Comisión Federal de Competencia Económica</u>	137
2.	<u>Sujetos de derecho social y privado</u>	139
2.1	<u>Inversionistas</u>	142
2.2	<u>Instituciones financiadoras</u>	156
2.3	<u>Las comunidades afectadas</u>	166
CAPÍTULO V		167
Definición y jerarquización de los proyectos de infraestructura		167
1.	<u>Consideraciones generales</u>	167
2.	<u>Etapas</u>	167
2.1	<u>Detección de una necesidad de la población o de una oportunidad para mejorar ciertas condiciones de calidad de vida de la misma</u>	168
2.2	<u>Prioridad de proyectos</u>	171
2.3	<u>Herramientas para evaluar la procedencia de un proyecto</u>	174
2.3.1	<u>Análisis Costo Beneficio</u>	174
2.3.2	<u>Análisis de Costo Eficiencia</u>	175
2.3.3	<u>Índice de Elegibilidad</u>	175
2.3.4	<u>Comparador Público Privado</u>	177
2.3.5	<u>Valor por el Dinero</u>	178
2.4	<u>Determinación de recursos materiales necesarios para el desarrollo del proyecto</u>	180
CAPÍTULO VI		189
Formas de contratación de las inversiones público-privadas más utilizadas en México		189
1.	<u>Empresas público-privadas</u>	189
1.1	<u>Concepto</u>	189
1.2	<u>Requerimientos</u>	199
2.	<u>Concesiones</u>	202

2.1	<u>Concepto</u>	203
2.2	<u>Requerimientos y consideraciones</u>	207
2.2.1	<u>Título de Concesión, un requisito indispensable</u>	208
2.2.2	<u>Titulares de una concesión</u>	208
2.2.3	<u>Participación de gobiernos o estados extranjeros, la necesidad de una interpretación</u>	209
2.2.4	<u>Vigencia de las concesiones</u>	210
2.2.5	<u>Procedimiento para otorgar concesiones</u>	211
2.2.6	<u>Cesión de derechos de una concesión</u>	212
2.2.7	<u>El desdoblamiento de concesiones, una práctica cuestionable</u>	214
2.2.8	<u>Equilibrio económico, una figura esencial no regulada en la LCPAF</u>	215
2.2.9	<u>Tarifas</u>	216
2.2.10	<u>Autorizaciones previas</u>	218
2.2.11	<u>Ventajas y desventajas de las concesiones</u>	219
3.	<u>Contratación integral</u>	221
3.1	<u>Concepto</u>	221
4.	<u>Obra pública financiada</u>	224
4.1	<u>Concepto</u>	224
4.2	<u>Características generales de algunas formas de los contratos utilizados para la obra pública financiada</u>	224
5.	<u>Proyectos de prestación de servicios a largo plazo (PPS)</u>	227
5.1	<u>Concepto</u>	227
5.2	<u>Requerimientos</u>	229
6.	<u>Contratos de prestación de servicios (CPS)</u>	230
6.1	<u>Concepto</u>	230
6.2	<u>Requerimientos</u>	231
7.	<u>Contratos de asociación público-privada</u>	231
7.1	<u>Concepto</u>	231
7.2	<u>Requerimientos</u>	232
7.3	<u>Ventajas y Desventajas</u>	233
7.4	<u>Etapas de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente estructurados conforme a la LAPP</u>	237

7.4.1.	<u>Etapa previa al inicio de la construcción.</u>	237
7.4.2.	<u>Etapa de construcción.</u>	251
7.4.3.	<u>Etapa de operación, mantenimiento y conservación.</u>	254
7.4.4.	<u>Etapa de terminación.</u>	257
7.5	<u>Requerimientos generales para realizar proyectos de coinversión público-privada.</u>	260
CAPÍTULO VII		262
Creación de un organismo rector de las asociaciones público-privadas...		262
1.	<u>Consideraciones generales.</u>	262
2.	<u>La participación del Estado Mexicano en la económica.</u>	263
3.	<u>La conveniencia de crear un organismo rector de la inversión público-privada en infraestructura de comunicaciones.</u>	273
3.1	<u>Consideraciones previas.</u>	273
3.2	<u>Justificación para la creación de una entidad que tenga a su cargo el estudio, análisis, evaluación, estructuración e instrumentación de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en infraestructura, en el área del transporte.</u> 279	
3.3	<u>Ventajas.</u>	279
4.	<u>Forma de integración.</u>	289
5.	<u>Ubicación de la UIPP.</u>	297
5.1	<u>La UIPP incorporada a la SHCP.</u>	308
5.2	<u>La UIPP como Órgano desconcentrado.</u>	311
5.3	<u>La UIPP como organismo descentralizado.</u>	316
5.4	<u>La UIPP como órgano constitucional autónomo, un cambio de visión...</u>	319
6.	<u>Facultades y Funciones.</u>	345
7.	<u>Estructura organizacional.</u>	367
7.1	<u>Propuesta de estructura organizacional.</u>	373
7.2	<u>Propuesta de régimen patrimonial de la comisión.</u>	382
8.	<u>Efectos de la creación del OCA en ordenamientos jurídicos.</u>	383
9.	<u>Experiencias en otros países.</u>	388
CAPÍTULO VIII		405
CONCLUSIONES.		405

Información estadística sobre infraestructura carretera.	415
Anexo A	422
Anexo B	426
Anexo C	430

GLOSARIO

APP, significa asociaciones público-privadas.

Banobras, significa Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C.

BID, significa Banco Interamericano de Desarrollo.

CPEUM, significa Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

DOF, significa Diario Oficial de la Federación.

EPEC, significa European PPP Expertise Center.

FARAC, significa Fideicomiso de Apoyo para el Rescate de Autopistas Concesionadas.

FINFRA, significa Fideicomiso de Inversión en Infraestructura.

FONADIN, significa Fondo Nacional de Infraestructura.

INDAABIN, significa Instituto de Administración y Avalúos de Bienes Nacionales.

LAASSP, significa Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público.

LAPP, significa Ley de Asociaciones Público Privadas.

LCPAF, significa Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal.

LFEP, significa Ley Federal de las Entidades Paraestatales.

LFPRH, significa Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

LGBN, significa Ley General de Bienes Nacionales.

LOAPF, significa Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

LVGC, significa Ley de Vías Generales de Comunicación.

OCA, significa órgano constitucional autónomo.

OCDE, significa Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.

PPIAF, significa Public Private Infrastructure Advisory Facility, organismo dependiente del Banco Mundial.

PPS, significa contratos de prestación de servicios a largo plazo.

SAE, significa Sistema de Administración de Bienes del Estado.

SFP, significa Secretaría de la Función Pública.

SHCP, significa Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

SICT, significa Secretaría de Infraestructura, Comunicaciones y Transportes.

SPE, significa sociedad de propósito específico constituida conforme a derecho mexicano y que suscribe el instrumento jurídico mediante el cual se materializa la coinversión público-privada para la realización de un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

TLCAN, significa Tratado de Libre Comercio con América del Norte.

UIPP, significa unidades o entidades cuya función es la planeación, programación, estructuración, administración, verificación y seguimiento de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

Introducción.

Se ha escrito mucho en materia de inversión público-privada en sus aspectos económico-financiero, político social, técnico y por supuesto jurídico. Mi interés es por tanto aportar como un elemento diferente al que autores, instituciones y organismos han analizado, estudiado, evaluado y propuesto a través de libros, manuales, ensayos, directrices, etc., la experiencia de más de 30 años y mi participación en más de 90 proyectos de inversión público-privada como asesor legal tanto del sector público como del sector privado, en diversas áreas de la infraestructura, como son: carreteras, puertos, aeropuertos, ferrocarriles, telecomunicaciones, transporte y agua, principalmente.

La oportunidad de haber participado como asesor legal del sector público sin tener nunca el carácter de funcionario, me permitió actuar como observador externo de los diversos elementos endógenos y exógenos que inciden en las decisiones de gobierno y políticas de Estado y que se ven reflejadas en ordenamientos jurídicos que van desde modificaciones constitucionales hasta la expedición de reglas y directrices, pasando por la elaboración y promulgación de leyes y reglamentos.

La participación de asesores privados contratados por el Gobierno Federal en los proyectos de inversión público-privada tuvo en su origen el interés por parte de las autoridades de involucrar a profesionales que regularmente prestaban sus servicios legales a empresas de la iniciativa privada y a instituciones financieras para que contribuyeran con su experiencia a hacer atractivos y viables a la inversión privada los esquemas de inversión propuestos en ese momento por el Estado, sin que se afectara la función de este último, de proveer bienes y servicios públicos en beneficio de la población y el derecho de verificar su adecuado cumplimiento y, en su caso, la aplicación de las leyes para exigirlo.

Para un abogado formado en la práctica privada, participar como asesor del sector público representó un gran reto cuyo resultado fue sin duda el enriquecimiento profesional de conocer y participar en las acciones propias del Estado, sin ser parte del gobierno. Así, tuve la oportunidad de integrarme a grupos de profesionales

encargados de la elaboración de proyectos de leyes, reglamentos y normas oficiales mexicanas a niveles federal y estatal, lo que me ha brindado la oportunidad de entender el fenómeno de la inversión público-privada en infraestructura, tanto por el lado de los inversionistas, financiadores, de la autoridad y de la población que como usuarios de la misma o afectados por ella, han recibido un impacto por su realización, y haber sido testigo de importantes tomas de decisiones de gobierno, así como de prácticas del sector privado para la estructuración, desarrollo e instrumentación de proyectos de inversión público-privada.

Esta experiencia es lo quisiera aportar con este trabajo mediante consideraciones de carácter jurídico que permitan entender de mejor manera las diferentes etapas en México de los proyectos de inversión público-privada, la problemática que en cada una de ellas se ha presentado y algunas propuestas que permitan superar los problemas actuales de los proyectos de infraestructura realizados bajo este esquema.

La intención original de este trabajo era analizar los procesos de inversión público-privada, en las diversas áreas de su participación, especialmente, en el sector de comunicaciones. Sin embargo, la amplitud del análisis, dadas las características y condiciones de los procesos de inversión público-privada, a lo largo del tiempo tanto en carreteras como en puertos, aeropuertos, ferrocarriles, telecomunicaciones, transporte público, puentes internacionales, etc., nos hizo reconsiderar el alcance de la presente tesis doctoral para restringirlo al sector de carreteras de orden federal, el cual incluye a los puentes tanto nacionales como internacionales (para efectos de este trabajo, todas las referencias a carreteras resultan también aplicables a los puentes). A pesar de ello, no solo los antecedentes sino un importante número de consideraciones, análisis y evaluaciones de carácter general, son y pueden ser aplicables a proyectos de inversión público-privada independientemente del sector de que la misma se lleve a cabo. De igual manera, las conclusiones resultan pertinentes para los proyectos de inversión público-privada en general.

CAPÍTULO I

Consideraciones Generales sobre el Tema

Como ya hemos señalado, el presente trabajo tiene como finalidad, analizar diversos aspectos de la inversión público-privada en proyectos de infraestructura carretera en el ámbito federal en México, específicamente desde un punto de vista legal, por lo que es fundamental que el lector tenga siempre en mente que, en adición a los aspectos que aquí se contienen, deberá tomar en cuenta otros elementos que son indispensables para estructurar, llevar a cabo y entender los procesos de inversión público-privada, especialmente los factores político-sociales, económico-financieros y técnicos.

Es pues, nuestro interés, ofrecer un panorama general de la forma, términos y condiciones en que a la fecha se han llevado y se llevan a cabo proyectos de inversión público-privada en carreteras federales, las funciones de las autoridades que intervienen en estos procesos, los principales problemas que los mismos presentan en su estructuración y desarrollo y una propuesta de soluciones y mejoras para que estos proyectos, especialmente, en condiciones tan desfavorables económica y políticamente, como las que vivimos actualmente, puedan seguir llevándose a cabo, atrayendo la inversión privada tanto mexicana como extranjera.

Este trabajo únicamente considera la inversión público-privada en nuestro país en proyectos de infraestructura de carácter federal, por lo que, tratándose de proyectos de otros órdenes de gobierno, como es el estatal y municipal, lo aquí señalado no necesariamente resultará aplicable. Asimismo, consideramos relevante señalar que este trabajo se ha realizado con base en las disposiciones legales, prácticas y políticas de inversión público-privada aplicables en la fecha de su elaboración, aun cuando incluye referencias a otras tantas que estuvieron en vigor anteriormente.

Previo al desarrollo del presente trabajo, estimo pertinente hacer algunos comentarios en torno al origen, la finalidad de los proyectos de inversión público-privada y al alcance de este término para, posteriormente, centrarnos en los

problemas a los que actualmente se enfrenta ésta y las alternativas para resolverlos o al menos, mitigar el efecto negativo que tienen en las inversiones de este orden, con la consecuente afectación a los beneficiarios finales de los proyectos de infraestructura que se realizan bajo este esquema y a la población que resulta afectada por su ejecución.

Existen una gran diversidad de disposiciones legales vinculadas con los proyectos de infraestructura vinculados a este sector. Francisco Javier Treviño Moreno¹ nos ofrece una relación de 77 leyes vinculadas con proyectos de asociación público-privada, de las cuales, 52 se relacionan directa o indirectamente con el sector de carreteras federales. Adicionalmente, habrá que considerar los reglamentos respectivos, las normas mexicanas, las normas oficiales mexicanas, el Plan Nacional de Desarrollo, el Programa Nacional de Infraestructura y todos los acuerdos, reglas y demás disposiciones emitidas por las autoridades competentes y que resultan aplicables al sector materia de este trabajo.

1. El término de “inversión público-privada”.

1.1 Concepto.

El concepto de inversión público-privada es enormemente complejo por su amplitud y la utilización que del mismo se ha hecho a lo largo del tiempo en países diferentes y en áreas de inversión distintas. Donahue y Zeckhauser señalan y no sin razón, que “la asociación público-privada se ha convertido en una categoría insidiosamente amplia”².

La OCDE define las inversiones público-privadas como “acuerdos contractuales de largo plazo entre el gobierno y un socio del sector privado, donde éste último típicamente financia y provee un servicio público usando un activo de capital (por ejemplo, infraestructura de transporte o energía, o un edificio de hospital), se le puede atribuir a la parte privada el diseño, construcción, financiamiento, operación,

¹ Treviño Moreno, Francisco Javier, *Asociaciones Público-Privadas*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2020, p. 2.

² Donahue, JD y R. Zeckhauser, “*Collaborative Governance: Private Roles for Public Goals in turbulent times*”, Princeton, Princeton University Press, 2011, p. 259.

mantenimiento y provisión por un período predeterminado de tiempo, recibiendo una compensación de pagos fijos o tarifas a los usuarios”³.

La Comisión Europea ha definido estas estructuras, como una sociedad entre los sectores público y privado que tienen como finalidad llevar a cabo un proyecto o entregar un servicio tradicionalmente provisto por el gobierno, las APP reconocen que ambas partes tienen ciertas ventajas relativas en el desempeño de tareas específicas, permitiendo que cada sector haga lo que sabe hacer mejor, la infraestructura y los servicios públicos pueden ofrecerse en la manera más económicamente eficiente⁴.

Grimsey & Lewis las definen como “un instrumento jurídico financiero para desarrollar infraestructura y servicios, con recursos privados. A través de este esquema, el sector privado financia el proyecto, teniendo como fuente de pago un contrato con el gobierno. El sector privado es quien opera el proyecto, construye y equipa, de acuerdo al precio, tiempos y calidad acordada. En algunos casos, la regulación exige que se cree una empresa de objeto específico, también llamado vehículo de propósito específico (SPV por sus siglas en inglés), es decir, una empresa que solo se dedicará a desarrollar y operar el proyecto”⁵.

Engel Fischer y Galetovic definen a la inversión público-privada como: “un acuerdo mediante el cual el gobierno contrata una empresa privada para construir o mejorar obras de infraestructura, así como para mantenerlas y operarlas por un período prolongado (por ejemplo 30 años). Como compensación, la empresa recibe un flujo de ingresos a lo largo de la vida del contrato. A menudo, estos ingresos provienen de tarifas pagadas por los usuarios. Otras veces, como el caso de hospitales y cárceles, los usuarios no pagan y el gobierno es el responsable de hacer pagos periódicos a la empresa. Por lo general, al concesionario se le puede remunerar con una combinación de pagos de los usuarios y transferencias del gobierno,

³ Cámara de Diputados LXIII Legislatura, eecefp/003/2016, “*Las Asociaciones Público-Privadas como Alternativa de Financiamiento para las Entidades Federativas*”, Centro de Estudios de las Finanzas Públicas, 2 de junio de 2016, p. 6.

⁴ *Ibidem*, p. 16.

⁵ *Ibidem*, p. 7.

Independientemente del mecanismo de pago al concesionario, al final del contrato, el activo vuelve a manos del gobierno”.⁶

Para referirse a la inversión público-privada, se ha hecho uso de una gran diversidad de términos, dentro de un mismo sistema jurídico, así como por la doctrina y en diversas ocasiones se utiliza el mismo término para referirse a situaciones jurídicas similares, pero no iguales. Un ejemplo de lo anterior en México ha sido la utilización del término de “privatización” para referirse a proyectos tanto de inversión público-privada como de una simple adquisición de activos originalmente propiedad del Estado por el sector social y/o privado. Así también, el término genérico de “asociación público-privada” se utilizó para denominar a la LAPP, aun cuando estos procesos pueden regularse por leyes específicas sin que pierdan el carácter de asociaciones público-privadas. En adición a lo anterior y como resultado del cuestionamiento que el gobierno actual ha hecho de diversos proyectos de administraciones anteriores realizados conforme a la LAPP, el término de “asociación público-privada” ha sufrido las consecuencias de la estigmatización de la ley antes referida.

A efecto de poder construir el concepto de “inversión público-privada”, consideramos conveniente señalar los que, desde mi punto de vista, constituyen elementos esenciales de esta forma de inversión y que son:

- a) Participación directa o indirecta del Estado, conjuntamente con los sectores social y/o privado
- b) Distribución de los riesgos y las responsabilidades del Estado y de los sectores social y/o privado en la prestación de los servicios públicos respectivos, en la realización de las obras de infraestructura correspondientes y/o en el aprovechamiento total o parcial de activos del Estado.

⁶ Engel, Eduardo, *et al.*, “Economía de las Asociaciones Público-Privadas, Una Guía Básica”, México, Fondo de Cultura Económica, Lecturas, 105, 2014, p. 16.

- c) Obtención de los recursos económico-financieros para el desarrollo del proyecto a cargo de los sectores social y/o privado y en ocasiones, con contribuciones del sector público que le permitan al sector social y/o privado, según corresponda, obtener un retorno de inversión que los incentive a participar en el proyecto.
- d) Inversión destinada a la provisión de bienes y servicios a la sociedad mediante el diseño, construcción, rehabilitación, operación, mantenimiento y/o conservación de obras y/o la prestación de servicios públicos.
- e) El destino de la inversión público-privada es o debe ser la satisfacción de una necesidad de la población, que es obligación originaria del Estado con un sentido social.
- f) Los contratos que instrumentan estas coinversiones son de largo plazo.
- g) Los recursos con los que se amortiza la inversión y se obtiene la tasa interna de retorno esperada por el sector social y/o privado, provienen del cobro de tarifas pagadas por los usuarios o beneficiarios finales de los bienes o servicios, del pago de una contraprestación por parte del Estado o de una mezcla de las anteriores.
- h) Al término de la relación jurídica, los bienes propiedad del Estado, vuelven a su posesión o se transmite a éste la propiedad de aquellos que, siendo propiedad del sector social y/o privado, se requieren para la explotación de los bienes y la prestación de los servicios públicos.
- i) El sector social y/o privado asume la responsabilidad de obtener el financiamiento para la realización del proyecto correspondiente. Tratándose del sector social, en muchas ocasiones éste obtiene también el financiamiento regularmente proveniente de la banca de desarrollo, de fondos de apoyo gubernamentales e inclusive de programas de gobiernos extranjeros destinados al apoyo de ciertos sectores de población de otros países con un mayor grado de vulnerabilidad.

- j) El Estado conserva la responsabilidad de la prestación del servicio público frente a la población y la facultad de regular el servicio correspondiente en los términos de la legislación aplicable y de lo señalado en el acuerdo de voluntades conforme al cual se lleve a cabo la inversión público-privada correspondiente.
- k) El Estado se obliga a indemnizar al inversionista del sector social y/o privado en caso de una terminación anticipada por causas de interés público, rescisión del contrato respectivo o del título de concesión por causas atribuibles al Estado, o bien, en el caso del “rescate” de una concesión.
- l) La obligación de pago del Estado al sector social y/o privado, cuando éste resulta aplicable, no constituye deuda pública.

Cabe señalar que, según la especie de inversión público-privada y la modalidad que se adopte para cada proyecto, podrán quedar integrados total o parcialmente los elementos antes señalados y con las adecuaciones correspondientes según el proyecto de que se trate.

Considerando los diversos elementos que confluyen en la figura de la inversión público-privada a los que me referí previamente, podemos definir la inversión público-privada como:

“El acuerdo a mediano o largo plazo estructurado con base en convenios de orden público de diferente naturaleza o en actos de autoridad como el otorgamiento de concesiones, permisos y autorizaciones, por medio de los cuales los sectores social y/o privado se obligan a la realización de ciertas obras, a la operación y/o administración de las mismas, su aprovechamiento económico y/o su mantenimiento y conservación, así como la prestación de un servicio de carácter público, el cual puede ofrecerse en infraestructura proporcionada total o parcialmente por los sectores social y/o privado o en infraestructura proveída por el Estado, a cambio de una contraprestación fija o variable, que puede provenir de recursos públicos, de los usuarios de la infraestructura o beneficiarios de los

servicios públicos o de ambos y en los que la infraestructura respectiva se revierte y/o se transmite en propiedad al Estado a la terminación del convenio y éste puede ejercer el derecho de comprar o arrendar ciertos bienes propiedad de los coinversores, necesarios para la prestación del servicio público y/o la explotación de la infraestructura.”

Para efecto del presente trabajo utilizaremos el término de “Coinversión Plurisectorial Eficiente”, para referirnos a la relación jurídica aludida anteriormente que permite la coparticipación entre el sector público y los sectores social y/o privado para el diseño, construcción, rehabilitación, operación, explotación, mantenimiento y/o conservación de un bien del dominio público y/o para la prestación de un servicio público, que ofrezcan las mejores condiciones en cuanto a calidad, continuidad y precio tanto al Estado como al sector social y/o privado y a los usuarios o beneficiarios últimos de los mismos.⁷

Me atrevo a proponer un nuevo término para las inversiones público-privadas, sabiendo que con ello se sumará uno más a la lista de denominaciones que se han dado a este fenómeno de coparticipación del Estado y los particulares (sector social y/o privado) y que, como hemos señalado previamente, han sido utilizadas, en muchos casos de manera arbitraria e imprecisa.

Como en muchos casos, las denominaciones que se asignan a ciertos hechos y actos se estigmatizan o se consideran “políticamente” incorrectas, aun cuando se refieran a una misma realidad. Sorprendentemente, para una gran mayoría, el cambio de una denominación parece conllevar el cambio de la naturaleza del objeto denominado.

En la actual administración, los términos “asociación público-privada” e “inversión público-privada” se han convertido en sinónimos de corrupción, abuso del sector

⁷ Incluimos al sector social considerando que, conforme al artículo 28 Constitucional, para efectos de esquemas de inversión público-privada, se alude en adición al sector privado y al sector social.

privado, expresión del capitalismo neoliberal y vehículo de enriquecimiento inexplicable de quienes participan en ella.

En mi opinión, el fenómeno de la inversión público-privada no es en sí misma más que una herramienta o instrumento para la consecución de ciertos objetivos, como lo es el desarrollo de los proyectos de infraestructura. En este orden de ideas, no me parece que este instrumento deba ser objeto de un juicio de valor distinto al de su utilidad o idoneidad para lograr el objetivo.

Así, la inversión público-privada no es en sí misma corrupta, ni abusiva, ni sinónimo de una filosofía económica como el neoliberalismo o cualquier otra. Por ello, esta herramienta no debería desecharse por razones de semántica política. Es por ello que proponemos un nuevo término que incluya las características esenciales de este instrumento, que sea diferente a los términos previamente usados, que englobe a los sectores público, social y privado y que permita incluir dentro de la palabra "eficiente", aspectos sociales económico-financieros, técnicos y jurídicos y de manera consistente con el artículo 134 de la CPEUM⁸, respecto a la obtención de las mejores condiciones para el Estado y que, actuando de manera conjunta y equilibrada, permitan calificar a un proyecto de infraestructura como un vehículo para el beneficio de la sociedad.

En este orden de ideas y a partir del término y la definición antes referidos, podemos señalar que en el derecho mexicano y en la práctica nacional en el sector de infraestructura, son comúnmente utilizados los siguientes esquemas para la Coinversión Plurisectorial Eficiente: a) sociedades de participación estatal mayoritaria o minoritaria con participación de capital del sector social y/o privado; b) concesiones, autorizaciones y permisos y el denominado "aprovechamiento de activos"; que es el otorgamiento de una concesión sobre activos ya existentes para su uso, aprovechamiento y explotación, c) contratos de obra pública financiada; d) PPS; e) contratos de prestación de servicios (CPSs), y f) contratos de asociación

⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 134, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

público-privada en términos de la LAPP y su Reglamento, mismos que serán analizados en un capítulo posterior.

Cabe advertir que los esquemas para estructurar las coinversiones aludidas en el párrafo anterior tienen a su vez diferentes modalidades en función de la forma, términos y condiciones conforme a los cuales se estructura el proyecto respectivo. Así, en el caso de carreteras en México, como una modalidad de la especie de concesiones, se desarrolló el esquema denominado “aprovechamiento de activos” y en el caso de la obra pública financiada, hay cuando menos ocho modalidades entre las que destacan, DBFO, DBO, BOT, BOOT, BLT, BTO, O&M y el *leasing*⁹ y su designación genérica de contratos integrales.

1.2 Un problema de semántica.

El concepto de inversión público-privada ha ido modificándose a lo largo de los años y ha adquirido un significado distinto en los diferentes países en donde este esquema ha sido adoptado, sin embargo, me parece conveniente hacer algunas reflexiones sobre el alcance de este término y realizar algunas precisiones que independientemente de que sean coincidentes o no con otros autores, serán fundamentales para el más adecuado entendimiento del presente trabajo.

En primer lugar, cabe señalar que el término “inversión público-privada” es a la fecha un sinónimo del concepto “asociación público-privada”. Sobre este particular y considerando que en México se expidió el 16 de enero de 2012 la LAPP como un instrumento legal específico para la estructuración jurídica de inversiones público-privadas, utilizaré el segundo término para referirme de manera exclusiva a los proyectos que se han estructurado en México conforme a dicho ordenamiento jurídico y haré uso de los términos “inversión público-privada” y “coinversión público-privada” en forma genérica para referirme a la coparticipación de los sectores público, social y/o privado en la realización de proyectos de infraestructura y la

⁹ Treviño Moreno, Francisco Javier, “Asociaciones Público-Privadas”, México, Porrúa, 2ª Ed., 2020, p. 62.

prestación de servicios públicos, cualquiera que sea su forma, mecanismo, procedimiento o figura jurídica utilizada.

Otra importante consideración es la necesidad de distinguir la inversión público-privada de la privatización. Este último término se utilizó en la segunda mitad de la década de 1970, principalmente en Chile cuando como resultado de un cambio de régimen político, muchos de los activos adquiridos previamente por el Estado, regularmente a través de la figura de expropiación, se devolvieron a sus propietarios originales y otros se ofrecieron en venta para que el sector privado los adquiriera.

El término “privatización” también se utilizó en la década de 1980 en el Reino Unido de la Gran Bretaña. En México, a finales de la década de 1980 y en la década de 1990, se utilizó este término no solo para referirse a la adquisición de empresas o de activos propiedad del Estado por el sector social y/o privado, sino también para referirse a proyectos de inversión público-privada, como es el caso del “Proceso de Reestructuración y Privatización del Sistema Portuario Mexicano”, en el que se celebraron contratos de cesión parcial de derechos de concesión con los participantes ganadores de las licitaciones públicas internacionales llevadas a cabo por las diferentes Administraciones Portuarias Integrales, concesionarias de diferentes puertos en los litorales de nuestro país. En el caso de los ferrocarriles y de los aeropuertos, el gobierno mexicano utilizó un concepto, a nuestro parecer más adecuado, como fue el del Proceso de Apertura a la Inversión en el Sistema Aeroportuario Mexicano y Proceso de Apertura a la Inversión en el Sistema Ferroviario Mexicano. Considero que hubiera sido más preciso calificar el término de “inversión” haciendo mención expresa de que se trataba de inversión privada, sin embargo, como en muchos casos sucede, evitamos utilizar ciertas palabras que enfatizan acciones, que son o pueden ser objeto de crítica.

En este orden de ideas, me parece adecuado señalar de manera inicial, la diferencia entre privatización e inversión público-privada:

Privatización. La privatización es un esquema mediante el cual el Estado transmite de manera permanente a los particulares, activos de su propiedad (participaciones

en el capital social de empresas, así como otros bienes muebles e inmuebles y derechos) que utilizaba para el desarrollo de alguna actividad económica específica. En este sentido, debemos excluir de este concepto las enajenaciones que hace el Estado de activos que ya no resultan necesarios o convenientes para el cumplimiento de sus fines, conforme lo señala el artículo 84 de la Ley General de Bienes Nacionales y que regularmente son objeto de licitaciones por las propias dependencias que los tienen a sus servicios o por el SAE. Para efecto de este trabajo, el concepto de privatización tiene un precedente que resulta fundamental para su entendimiento, y que es el interés del Estado reflejado en una política económica general, de dejar de participar en ciertas actividades, enajenar ciertos activos productivos y, en general, redimensionar no solamente su tamaño, sino sobre todo sus funciones como Estado, reduciendo su participación en la vida económica y concentrando sus esfuerzos en su función regulatoria y de supervisión.

En la privatización, la totalidad de los riesgos de las empresas y bienes enajenados los asume íntegramente el adquirente, lo cual no sucede en la inversión público-privada, en la que los riesgos se comparten entre el Estado y el particular, en mayor o menor medida, dependiendo de la modalidad que se utilice para la estructuración del proyecto respectivo como se analizará más adelante.

La privatización, conforme al derecho mexicano, requiere de un procedimiento previo denominado desincorporación, mediante el cual las empresas y otros activos materia de la privatización, dejan de pertenecer al patrimonio del Estado, conforme a lo dispuesto en la Ley General de Bienes Nacionales y la Ley Federal para la Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público y su Reglamento, sin perjuicio de lo que al efecto señalan los manuales y lineamientos que para ese propósito ha emitido la autoridad correspondiente.

El Diccionario de la Real Academia de la Lengua, define “privatizar” como transferir una empresa o actividad pública al sector privado. Probablemente a partir de esta definición y del uso de este término en los procesos que llevó a cabo Chile a partir de 1973, se utilizó este término en el inicio de los procesos de privatización e

inversión público-privada que se llevaron a cabo en México durante las administraciones de Miguel de La Madrid y de Carlos Salinas de Gortari.

Actualmente, los profesionales de la infraestructura empiezan a utilizar el término “inversión mixta”. Otros términos que podríamos utilizar son: “inversión compartida”, “inversión compartida eficiente” o “coinversión eficiente”, si deseamos agregarle al término una nota característica de este tipo de coinversiones para fines de este trabajo, utilizaré el de “Coinversión Plurisectorial Eficiente” como lo he señalado previamente y que facilita entender los mecanismos mediante los cuales el Estado y el sector social y/o privado colaboran para ofrecer a la población de manera conjunta, bienes y servicios, a partir de los elementos esenciales de éstos y que más adelante se señalan.

1.3 Participación del sector público conjuntamente con los sectores social y/o privado.

La inversión público-privada es actualmente, severamente criticada por, aparentemente, favorecer el desmedido enriquecimiento del sector privado y la pérdida del objetivo primordial que estos mecanismos de coinversión tienen, de proveer bienes y servicios a la población, facilitar el desarrollo y crecimiento económico del país, y con ello otorgar mejores opciones para la población, especialmente a sus sectores menos favorecidos económicamente.

Si bien lo anterior en algunos casos es verdad, también lo es el que no se puede generalizar a todos los proyectos de infraestructura, ni a todas las empresas del sector social y/o privado, ni a los funcionarios públicos que han participado en ellos, como vehículos los primeros y beneficiarios los segundos, de recursos ilegítimos obtenidos en total perjuicio al patrimonio de la Nación y/o de los usuarios o beneficiarios de los bienes y servicios correspondientes.

1.4 Una actividad interdisciplinaria.

No cabe duda que actualmente, una de las características del quehacer humano es la interacción de diversas áreas del conocimiento, lo que ha permitido un grado de desarrollo científico único en la historia del hombre. La interacción de diferentes disciplinas para la detección, análisis y evaluación de una situación específica, así como el desarrollo de procedimientos, mecanismos y proyecciones para determinar su función, aplicación, utilidad y optimización, son la nota característica del desarrollo actual en la que se ha dado por denominar la cuarta revolución industrial.

La visión aislada de cualquier fenómeno humano limitará su entendimiento, restringirá su ámbito de aplicación e impedirá que pueda contribuir al desarrollo no solo de dicho fenómeno sino de muchos otros que pudieran verse enriquecidos como resultado de su integración. Los proyectos de infraestructura no son la excepción, más aún, pocos ámbitos de la actividad humana requieren y se benefician de la participación multidisciplinaria para su análisis, evaluación, estructuración, desarrollo, puesta en marcha, operación, mantenimiento y conservación.

La infraestructura tiene sin lugar a dudas, un eje de carácter económico y financiero, pero que no puede sostenerse sin otros factores fundamentales como son el político-social, el técnico y el jurídico, a los cuales nos referiremos más adelante.

La consideración antes expuesta, que para muchos pareciera ser obvia, es de gran importancia, especialmente cuando otras disciplinas vinculadas con los factores antes referidos llevan a cabo las actividades que a cada una de ellas les corresponde. Regularmente, el ser humano considera su actividad específica como la más relevante y en muchas ocasiones pretende que todas las demás disciplinas con las que interactúa se sujeten a los principios, directrices, normas, métodos y condiciones de su actividad. Así, si las políticas de gobierno y las disposiciones legales que resulten o puedan resultar aplicables a los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente no consideran el elemento económico-financiero, no solo resultarán ineficaces para cumplir con sus fines, sino que obstaculizarán y en

algunas ocasiones impedirán la realización de un proyecto de infraestructura determinado o, aún peor, permitirán la construcción de la infraestructura, la cual no podrá ser utilizada con posterioridad o quedará subutilizada, generando un enorme costo al Estado y un pequeño o nulo beneficio a la sociedad, lo que deviene en un perjuicio patrimonial al Estado y la insatisfacción de la población que no puede recibir el servicio público esperado, sin obviar el incumplimiento de las funciones del Estado en este sector.

1.5 El Equilibrio entre los elementos que integran los proyectos de inversión público-privada.

Como hemos señalado, la realización de proyectos de infraestructura y especialmente los que se realizan a través de una Coinversión Plurisectorial Eficiente, requieren de la participación de especialistas en distintas áreas del saber humano y con distintos niveles de especialización.

Las distintas áreas de especialización las podemos agrupar en cuatro grandes grupos, cuyos factores constituyen las piedras angulares de los proyectos de infraestructura y de cuyo equilibrio dependerá la viabilidad y éxito de los mismos, su mantenimiento en el tiempo y el adecuado cumplimiento de sus fines. Estos factores son: (i) el político-social, (ii) el económico-financiero, (iii) el técnico y (iv) el jurídico.

Cuando alguno de estos factores, por cualquier causa, provoca un desequilibrio en el proyecto, existe la posibilidad de renivelarlo, fortaleciendo alguno de los otros, por ejemplo, si en un proyecto de infraestructura determinado se pueden suscitar o se materializan eventos de carácter político-social, como pueden ser inconformidades de comunidades, grupos de presión política, el reclamo de tenedores originales de la tierra en los que se llevará a cabo el proyecto, se deberá reforzar de manera importante el factor jurídico, de forma que las disposiciones legales correspondientes ofrezcan a los potenciales participantes y al adjudicatario del proyecto, la certeza de que la ocurrencia de cualquier conflicto de los referidos anteriormente, podrá resolverse mediante la aplicación del estado de derecho, es decir, de normas jurídicas y acuerdos contractuales suficientemente claros que le

ofrezcan certeza respecto de las inversiones que llevará a cabo, y en caso de que ello resulte imposible, la certeza de que el Estado lo indemnizará cuando el proyecto no pueda realizarse o habiéndose iniciado o concluido no pueda ser objeto de explotación por causas no atribuibles al inversionista, y en consecuencia no se generen los recursos económicos esperados por este último y los financiadores del proyecto.

Cuando el factor desequilibrante es el técnico, por regla general, habrá que reforzar el factor económico-financiero de manera que el proyecto cuente con más recursos de este orden para poder contratar la tecnología que se requiera para la materialización del proyecto. Sobre este particular, es fundamental haber hecho previamente el análisis del “valor por el dinero” (*value for money*) al que haremos referencia en un capítulo posterior.

Ejemplos concretos de lo que señalamos anteriormente hay muchos, entre ellos, los que a continuación se mencionan y que reflejan de manera clara eventos que produjeron desequilibrio en los proyectos respectivos y los resultados que en diferentes casos se produjeron en función de la capacidad de generar su reequilibrio.

En primer lugar, analizaremos el primer proceso para la construcción del nuevo aeropuerto de la Ciudad de México, que se llevó a cabo en la administración del Presidente Vicente Fox, en segundo término, la primera etapa de la participación de inversión privada en carreteras y, finalmente, la creación del FONADIN como un vehículo para promover y, en su caso, reequilibrar los procesos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

- a) Primer proceso para el nuevo Aeropuerto de la Ciudad de México. Hago referencia a este proceso no solo por su trascendencia, sino porque no se pudo llevar a cabo por factores político-sociales, que no fueron previstos o que no pudieron ser reequilibrados a través de factores económico-financieros o jurídicos. Éste es un caso que ofrece un amplio campo para el análisis de la diversidad de elementos que entraron en juego para que uno

de los proyectos más importantes del país, por su necesidad y monto de inversión, se viera frustrado, al igual que el segundo proyecto del Aeropuerto Internacional de la Ciudad de México, que a pesar de haberse previsto diferentes elementos que impidieron la realización del primero, se vio a su vez suspendido, y en estricto derecho terminado, por una decisión política del Ejecutivo Federal.

El proyecto del aeropuerto iniciado por el Presidente Fox, se anunció el 22 de octubre de 2001, señalándose que la sede serían terrenos agrícolas de la zona de Texcoco. Inmediatamente después ejidatarios de las poblaciones de San Salvador Atenco, Tocuila, Nexquipayac, Acuexcomac, San Felipe y Santa Cruz de Abajo iniciaron manifestaciones y bloqueos de vialidades en contra del anuncio, oponiéndose al proyecto federal. Dichos campesinos y campesinas conformaron el Frente de Pueblos en Defensa de la Tierra e iniciaron movilizaciones que consiguieron apoyos sociales en la capital mexicana y otros Estados.

Uno de los principales argumentos del grupo antes señalado, era que el precio que pretendía pagar el Gobierno Federal por los terrenos agrícolas era exageradamente bajo y el beneficio que tendría el Estado sería enormemente considerable y claramente inequitativo para los propietarios de los terrenos ejidales donde se realizaría el proyecto aeroportuario. Esta situación ofreció a grupos políticos, cuyo interés regularmente está puesto más en impedir que el gobierno actuante cumpla adecuadamente con sus funciones, que en el beneficio de la población, un argumento político para oponerse a su realización. En el caso en comento, se cometieron diversos errores en los factores político-social y económico-financiero principalmente, en donde faltó claramente una adecuada alineación de intereses del Gobierno Federal con los propietarios de los terrenos ejidales respectivos. Resulta difícil pensar que las comunidades que, en teoría se verían afectadas por este proyecto, no hubieran aceptado su realización, si se les hubiere tomado en cuenta pagando un precio justo por la tierra, tal y como actualmente lo señala la

LAPP, es decir, el precio de la tierra considerando el proyecto ya realizado, así como beneficios adicionales, como podría haber sido el compromiso de la contratación de sus pobladores para la construcción de las obras del proyecto, esquema que se utilizó exitosamente para proyectos carreteros, la posibilidad de beneficiarse de la plusvalía de los terrenos adyacentes para la realización de actividades vinculadas con el aeropuerto, tales como hotelería, restaurantes, centros de convenciones, centros comerciales, etc., que podrían haber generado una derrama de recursos adicionales para los pobladores de la comunidades afectadas.

Evidentemente en este caso no se previó el posible desequilibrio del factor político-social, ni se tomaron las medidas de reequilibrio de manera oportuna. El resultado final es del conocimiento de todos, y las consecuencias de la falta de previsión y del reequilibrio citado ha tenido como resultado hasta el día de hoy que nuestro país no cuente con un aeropuerto internacional en nuestra capital que preste adecuadamente los servicios requeridos por los usuarios del servicio aéreo y los prestadores del mismo y todo parece indicar que el nuevo Aeropuerto Felipe Ángeles no llenará las expectativas, ni podrá ser el más importante “*hub*” de Latinoamérica, como lo ha sido el Aeropuerto Benito Juárez durante muchos años.

- b) Primera etapa de inversión público-privada en carreteras. Otro claro ejemplo del desequilibrio de los factores antes señalados es el del sector carretero en la primera etapa de apertura de la inversión público-privada y en la que se construyeron 5,300 km de autopistas de cuota de altas especificaciones mediante el otorgamiento de 52 concesiones.

En el esquema utilizado por el Gobierno Federal se consideró una tarifa autorizada y las condiciones para su actualización, un aforo por categoría vehicular y sus previsiones de crecimiento y un plazo de las concesiones que permitiría obtener los flujos necesarios para cubrir el servicio de la deuda contratada por los adjudicatarios de las mismas, recuperar el capital que hubieren invertido y la obtención de una tasa interna de retorno.

En el desarrollo de estos proyectos se observó de manera temprana diversas desviaciones en el costo de las obras durante la etapa de construcción, que fueron superiores a los originalmente considerados y durante su operación, el aforo vehicular fue sustancialmente menor al previsto, especialmente por el alto costo de las tarifas y el deterioro de las condiciones económicas del país en 1995. Toda vez que la explotación de dichos proyectos resultaba inviable para cubrir los costos de operación, mantenimiento y conservación, pago de impuestos, pago del servicio de la deuda y el retorno de capital de los inversionistas más la tasa interna de retorno esperada, el Gobierno Mexicano decidió, mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 27 de agosto de 1997, rescatar 23 concesiones otorgadas bajo este programa¹⁰.

Cabe señalar que en realidad el rescate de concesiones antes mencionado, tenía como principal finalidad mitigar el enorme menoscabo financiero que tuvo la banca comercial que otorgó los créditos para la construcción de esos proyectos y, en especial, uno de ellos, que entonces era el tercer o cuarto banco más importante del país y que se encontraba en condición de quiebra técnica. Tan es así, que las indemnizaciones que se cubrieron a los concesionarios se calcularon a partir del saldo al 31 de agosto de 1997 de los créditos contratados por cada uno de los concesionarios, así como de otros pasivos que reportaban los respectivos proyectos, siempre que se hubieren aplicado directamente a la construcción de la carretera correspondiente. Más aún, expresamente se señaló en la fracción II del artículo cuarto del decreto mencionado, que en ningún caso se consideraría el capital de riesgo aportado directa o indirectamente a los proyectos¹¹ para efectos de la indemnización.

¹⁰ Decreto por el que se declaran de utilidad e interés público y se rescatan cada una de las concesiones que en el mismo se indican, publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 27 de agosto de 1997.

¹¹ Secretaría de Gobernación, *Diario Oficial de la Federación*, México, Primera Sección, 27/08/97, p. 25.

Este decreto constituye una excepción a la figura administrativa de “Rescate”, en la que el pago de la indemnización al concesionario debe estar en función directa de los daños y perjuicios que se le causen al concesionario¹² y no a los pasivos contratados con terceros y utilizados directamente en la realización del proyecto correspondiente, sin embargo, permitió que continuara la operación de la infraestructura y no se afectara más la situación económica-financiera del país y, en específico, al sector bancario.

Si bien con base en lo anterior el decreto citado podría ser de dudosa validez legal, la Ley General de Bienes Nacionales entonces en vigor, señalaba en su artículo 26, tercer párrafo: “En la declaratoria de rescate se establecerán las bases generales que servirán para fijar el monto de la indemnización que haya de cubrirse al concesionario; pero en ningún caso podrá tomarse como base para fijarlo al valor intrínseco de los bienes concesionados.”¹³

Aun cuando la parte final del segundo párrafo del artículo 26 antes mencionado nos permite interpretar que la indemnización por el rescate debería atender a las inversiones realizadas por el concesionario menos su depreciación, la redacción del tercer párrafo era lo suficientemente abierta, por no decir imprecisa, para permitir fundamentar el cálculo de la indemnización a los concesionarios de las concesiones rescatadas en función de sus adeudos conforme se ha señalado anteriormente.

La Ley General de Bienes Nacionales actualmente en vigor contiene en su artículo 19, una redacción mucho más clara sobre la forma conforme a la cual debe de calcularse la indemnización por el rescate de una concesión: “En la declaratoria de rescate se establecerán las bases generales que servirán para fijar el monto de la indemnización que haya de cubrirse al concesionario, tomando en cuenta la inversión efectuada y debidamente comprobada, así

¹² Martínez Morales, Rafael, *Diccionario de Derecho Administrativo y Burocrático*, México, Oxford University Press, 2008, p. 377.

¹³ Ley General de Bienes Nacionales publicada en el Diario Oficial de la Federación el 8 de enero de 1988 y abrogada el 20 de mayo de 2004, artículo 26, tercer párrafo.

como la depreciación de los bienes, equipos e instalaciones destinados directamente a los fines de la concesión, pero en ningún caso podrá tomarse como base para fijarlo, el valor de los bienes concesionados.”¹⁴

El efecto del llamado “rescate carretero” fue una sensible reducción en los proyectos de inversión público-privada durante un periodo de casi 10 años. El sector privado veía con recelo las inversiones público-privadas, pues el proceso de rescate de las concesiones carreteras no tomó en cuenta el capital de riesgo aportado y mucho menos el lucro cesante de los inversionistas.

Como resultado de lo anterior, se creó el 29 de agosto de 1997, el FARAC, al que se afectaron las autopistas rescatadas que representaban 4400 km de autopistas de altas especificaciones.

El entorno general de la inversión público-privada en proyectos de infraestructura y especialmente en el sector de carreteras, mostraba claramente un desequilibrio en los factores político-social, económico-financiero y jurídico. Considerando lo anterior y las limitaciones presupuestarias, en 2003 el Gobierno Federal se vio obligado a regresar al esquema de concesiones carreteras, pero sin garantía de aforo o ingresos mínimos y promoviendo que el negocio de estos proyectos de infraestructura se centrara principalmente en la operación de las carreteras, más que en la construcción de las mismas.

- c) FONADIN, un mecanismo de reequilibrio político-social, económico-financiero y jurídico. Ante el decrecimiento del interés del sector privado para invertir en infraestructura público-privada y la necesidad del Estado de ofrecer a la población obras y servicios públicos, el 7 de febrero de 2008 se expidió el decreto de creación del FONADIN¹⁵, mismo que fue modificado mediante decretos publicados en el DOF el 8 de octubre de 2018 y 15 de

¹⁴ Ley General de Bienes Nacionales, artículo 19.

¹⁵ Ver Capítulo IV, numeral 1.2.2.

noviembre de 2021. En la última modificación se incluye dentro de los fines del FONADIN, la participación temporal en empresas mexicanas asociadas a proyectos de infraestructura y la adquisición y operación de activos vinculados al desarrollo y operación de proyectos de infraestructura, que aunado a la inclusión en su artículo primero del sector de energía y la sustitución del término “hidráulico”, por el de “agua”, abre la puerta para que el Ejecutivo pueda disponer de los recursos del patrimonio del FONADIN, para destinarlo no solo a proyectos de inversión público-privada, para lo cual fue concebido y estructurado, sino también para proyectos de infraestructura que realice exclusivamente el Gobierno Federal.

En este mismo orden de ideas, se otorgaron facultades al comité técnico para autorizar el régimen de inversión de los recursos del patrimonio del FONADIN y de los rendimientos de dichas inversiones. Sin lugar a dudas, las modificaciones antes aludidas desvirtúan la esencia del FONADIN y ponen en riesgo la realización de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente y con ello una mayor y mejor oferta de servicios para la población.

Resulta relevante para el tema que nos ocupa, recordar los fines del FONADIN de promover y fomentar la participación de los sectores público, privado y social en el desarrollo de infraestructura y sus servicios públicos, mediante la realización de inversiones y el otorgamiento de apoyos recuperables y a fondo perdido pues a través del mismo, el Gobierno Federal pretendió reequilibrar los factores político-sociales, económico-financieros y legales y promover nuevamente el interés del sector privado de participar en proyectos de inversión público-privada. El tiempo demostraría el éxito de la propuesta del Gobierno Federal.

El esquema propuesto por FONADIN ofreció a los potenciales inversionistas de los sectores social y privado: a) seguridad jurídica, toda vez que la naturaleza jurídica de los fideicomisos obliga al fiduciario a cumplir los fines de los mismos y a aplicar los recursos que se hubieren afectado a ellos en la

forma y términos establecidos en su documento de creación. En el caso aquí señalado, el fiduciario es Banobras, un banco de desarrollo propiedad del Estado Mexicano, por lo que, el riesgo del incumplimiento de las obligaciones asumidas por esta sociedad nacional de crédito, en su carácter de fiduciaria del FONADIN, constituían un riesgo-país, que en la fecha de su creación contaba con calificaciones muy favorables por instituciones certificadoras internacionales (BBB+¹⁶, BB¹⁷ y A3¹⁸; b) apoyos económico-financieros para la realización de proyectos de inversión público-privada con incentivos, entonces novedosos en México, como a continuación se señala.

En resumen, el desequilibrio en los factores político-social, económico-financiero y jurídico que se produjeron como resultado de una estrategia inadecuada de inversión público-privada en carreteras, que tuvo como resultado el rescate de más de la mitad de las que fueron concesionadas, tuvo como efecto la incertidumbre legal respecto a la forma, términos y condiciones conforme a los cuales los inversionistas privados serían indemnizados por un rescate carretero y la falta de incentivos para invertir nuevamente en proyectos de infraestructura público-privada, se resolvió mediante las siguientes acciones del Estado: a) respecto del sector político-social, una clara política de Estado, de promover y apoyar la inversión público-privada; b) desde el punto de vista legal, mediante la creación por parte del Gobierno Federal, de un fideicomiso al que se afectaron la mayor parte de las autopistas rescatadas y recursos económicos adicionales con fines perfectamente claros que incluían todo tipo de infraestructura, excepto la vinculada con el sector energético y reglas de operación aceptables y que con el tiempo se fueron adecuando a partir de las experiencias que cada proyecto ofreció tanto al sector público como al social y privado; c) desde el punto de vista económico-financiero, el patrimonio del FONADIN contaba con recursos suficientes para hacer frente a sus compromisos y ofreció el

¹⁶ Fitch – <https://expansion.mx/economia>, México, 8 /11/10, 2008.

¹⁷ Standard & Poor – <https://www.spglobal.com/ratings/es/about/understanding-ratings>, 5 de junio de 2015

¹⁸ Moody's - www.moody.com

otorgamiento de financiamiento recuperable, aportación de recursos a fondo perdido y otorgamiento de garantías, lo que facilitó, como analizaremos más adelante, la participación del capital social y privado en infraestructura público-privada.

Con el FONADIN se obtuvo el equilibrio de los factores antes mencionados y una etapa de crecimiento de la inversión público-privada en diferentes sectores hasta el cambio de la política de Estado en este sector adoptada por el actual gobierno.

Más adelante analizaremos otro elemento que jugó un papel importante para el éxito de diversos proyectos de inversión público-privada y que fue la adecuada alineación de objetivos, intereses e incentivos de los principales sectores en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

1.6 Ventajas y desventajas de la inversión público-privada.

1.6.1 Consideraciones generales.

La evaluación sobre la conveniencia de aplicar un esquema de inversión público-privada frente a otras opciones del Estado para construir, operar, explotar, conservar y mantener infraestructura depende de muy diversos factores, como lo analizaremos más adelante, y que finalmente, del resultado de su análisis y de las ventajas que ofrezca comparativamente, dependerá el mecanismo conforme al cual el Estado resuelva llevar a cabo el desarrollo del proyecto correspondiente.

Como es natural, cada uno de los diferentes mecanismos a través de los cuales se puede llevar y se llevan a cabo los proyectos de infraestructura y la prestación de servicios públicos, han ido cambiando con el tiempo y los requerimientos político-sociales, económico-financieros, técnicos y jurídicos se han modificado.

En cada caso, diversos autores y entidades tanto públicas como privadas, han expuesto ventajas y desventajas de las diferentes opciones. Se han erigido defensores y detractores de cada una de ellas, y finalmente se han resaltado las bondades o imperfecciones de cada uno, según el beneficio inmediato que su

utilización otorgue al gobierno que en ese momento enfrenta la obligación de satisfacer una necesidad de la población, mejorar la condición de vida de los ciudadanos u obtener beneficios políticos de la realización de obras de infraestructura que evidencien y justifiquen su actuación, favoreciendo así la continuidad en el poder del personaje en turno o del grupo político al que pertenezca.

De igual manera, la decisión del Estado de hacer uso de tal o cual instrumento para la realización de obras y prestación de servicios públicos, también depende de las políticas de Estado prevalecientes en cada gobierno. Así, un gobierno partidario de la corriente neoliberal fomentará la utilización de la inversión público-privada, dirigiendo la función del Estado más a su actividad regulatoria y de supervisión que a la de participación en el mercado. Un gobierno con tendencia a la intervención en mayor o menor medida del Estado en la economía y a la necesidad o conveniencia de la participación de éste en la regulación y equilibrio del mercado, será más proclive a promover los proyectos de infraestructura a través de obra pública en cualquiera de sus modalidades, y a reducir el uso de la inversión público-privada, o bien, hacer una redistribución de riesgos con una visión diferente a la que pueda tener un gobierno cuya intención sea que el Estado participe lo menos posible en la economía.

Otro elemento que resulta conveniente considerar para los efectos antes señalados, es la tendencia internacional en la utilización de algún esquema específico o de la forma, términos y condiciones en que el mismo se aplica.

En ese orden de ideas, México ha recibido la influencia en el desarrollo de proyectos de inversión público-privada de diversos países, y ha sido, en muchos casos, ejemplo para otros que han seguido las políticas, estructuras y esquemas de nuestro país, para llevar a cabo sus proyectos de inversión público-privada, en sus diferentes modalidades.

Resulta evidente que no hay un esquema perfecto que además resulte conveniente y adecuado para todos los casos y a lo largo del tiempo. Como toda actividad

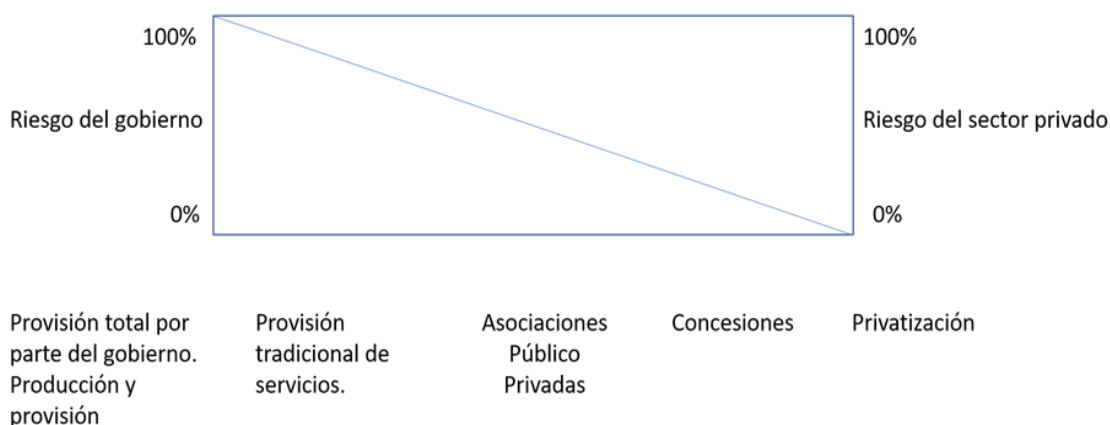
humana y en especial la vinculada con temas políticos, sociales, financieros, técnicos y jurídicos, como es el caso de la infraestructura, la creación y desarrollo de esquemas de inversión público-privada han evolucionado y se han adecuado a los requerimientos de tiempo y espacio, así como a los cambios en los factores antes citados. Consecuentemente, se han tenido que crear nuevas normas jurídicas y adecuar otras, para permitir la estructuración legal de tales esquemas, y ofrecer la seguridad jurídica que para su implementación requieren todos los que en ellos participan directa o indirectamente.

Como hemos señalado anteriormente, la inversión público-privada se ha implementado en México a través de diferentes esquemas, como son, principalmente, las empresas de coparticipación pública-privada, las concesiones y sus modalidades, los contratos de obra pública financiada, los PPS, los contratos de prestación de servicios y los contratos de asociación público-privada strictu sensu, establecidos en la LAPP.

Es pertinente señalar, que en diversas clasificaciones de inversión público-privada propuestas por diferentes tratadistas y organismos internacionales como es el caso de la OCDE, se considera a las concesiones y a las privatizaciones como especies diferentes de esquemas de contratación de infraestructura, especialmente, cuando desean comparar la provisión total por parte del Gobierno con otros esquemas en los que participa el sector social y/o privado quien, según sea el caso, asume mayores o menores riesgos en el proyecto respectivo.

La OCDE ha publicado un esquema que consideramos ilustrativo a efecto de tener un mejor entendimiento de lo antes señalado, aunque, en nuestra opinión y tal como se refleja en el cuerpo del presente trabajo, la inversión público-privada es el género y la del sector privado y el Estado en sociedades de coinversión, las concesiones, los contratos de obra pública financiada, los PPS, los contratos de prestación de

servicios y los contratos de asociación público-privada strictu sensu, establecidos en las Ley APP son, cada uno de ellos, una especie del mismo.¹⁹



En términos generales, las inversiones público-privadas o Coinversión Plurisectorial Eficiente, como lo hemos denominado para efectos de este trabajo, *lato sensu* es decir cualquier esquema de asociación conforme al cual participe la inversión privada y/o social para la realización de infraestructura y/o la prestación de servicios públicos originariamente a cargo del Estado, representa ventajas y desventajas frente a la provisión total de los mismos por parte de este último.

1.6.2 Ventajas.

Las ventajas de las inversiones público-privadas que regularmente señalan quienes consideran este esquema como el más conveniente para que el Estado realice ciertas actividades que son de su competencia, con la coparticipación del sector social y/o privado, son las siguientes:

- a) Se reduce la presión del Estado derivada de las restricciones presupuestarias y liberan fondos públicos²⁰. Sobre este particular, Robert Wright señaló en el año 2007 en el *Financial Times*, que "la expansión de las APP ha sido una

¹⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Public-Private Partnerships*, p. 19

²⁰ Engel Eduardo, et al., "*Economía de las Asociaciones Público-Privadas ...*", cit., p. 28.

buena noticia para gobiernos que enfrentan estrecheces financieras: muchas autoridades locales y nacionales han descubierto que poseían carreteras con peajes, puertos y aeropuertos que podían vender por miles de millones de dólares, para financiar otros servicios públicos”.²¹ Una clara prueba de lo anterior es la reciente participación del capital chino en el Puerto del Pireo, que ha representado para Grecia, en uno de sus más difíciles momentos de orden económico, un ingreso enormemente importante que le facilitará reactivar su economía y lograr el crecimiento, casi al doble; de la capacidad de uno de los puertos estratégicos de Europa.

En el caso de México, los ejemplos de inversión público-privada son muchos e incluyen muy diversos sectores de la economía, entre los que destacan el portuario, aeroportuario, ferroviario, carretero, telecomunicaciones, incluidos los satélites, agua, transporte urbano, así como en la construcción y puesta en marcha de hospitales, universidades, edificios administrativos y centros de readaptación social.

- b) Incremento en la eficiencia tanto del proceso de construcción de infraestructura, como en la prestación de los servicios públicos, que como hemos señalado, incluyen, según sea el caso, la rehabilitación, modernización, operación, mantenimiento y conservación de los mismos.

Ciertamente, el sector privado cuenta con menores restricciones y mayores capacidades para llevar a cabo con mayor eficiencia diversas actividades vinculadas con las actividades referidas en el párrafo anterior. Un claro ejemplo de lo anterior es la posibilidad que el sector privado tuvo, hasta la entrada en vigor de la LAPP, para liberar derechos de vía sin tener las restricciones de pago que el Estado tenía, quedando impedido de pagar una cantidad mayor a la señalada al efecto por el INDAABIN. En la práctica, en muchas ocasiones se solicitaba al sector privado que considerara en sus propuestas económicas, un sobre costo para pagar los diferenciales entre el

²¹ *Idem.*

valor comercial de los inmuebles que debían ser liberados y el monto autorizado por INDAABIN. Esta situación fue recurrente especialmente tratándose de infraestructura carretera, en la que la liberación del derecho de vía resulta especialmente compleja. Más adelante señalaremos como la liberación del derecho de vía es, entre otras, una de las barreras más importantes para la inversión privada en las Coinversiones Plurisectoriales Eficientes.

En este orden de ideas, la contribución de la experiencia y la sinergia que el sector privado puede generar, parecen resultar más eficientes que las del sector público, especialmente en aquellos casos en los que la experiencia internacional puede aprovecharse en beneficio de los proyectos de infraestructura nacional. Respecto a lo anterior, cabe recordar como el Gobierno Mexicano llevó a cabo importantes análisis y evaluaciones de proyectos de inversión público-privada que se llevaron a cabo en el extranjero, con diversos niveles de éxito, y de los que México pudo aprender para llevar a cabo los proyectos de esta naturaleza en puertos, carreteras, aeropuertos, telecomunicaciones y ferrocarriles, entre otros. En el caso de los puertos, se analizaron diferentes esquemas aplicándose finalmente el denominado "Land Lord" utilizado en Canadá, Estados Unidos de América, Rotherdam y Singapur, entre otros países y en el cual se dividía el negocio portuario en una parte inmobiliaria y otra de operación de terminales, tal y como se refleja hoy en día en México. Por lo que concierne a aeropuertos, el entonces gobierno en funciones analizó diferentes esquemas de participación público-privada en este sector. Funcionarios y asesores se dieron a la tarea de evaluar esquemas de este orden, tanto en lo político-social como en lo económico-financiero, técnico y jurídico, a efecto de determinar cuál podría resultar más adecuado en México y así, finalmente, se dividió el País en 5 regiones, se constituyó una empresa matriz (holding) para cada una y una sociedad de propósito específico por cada aeropuerto.

Es importante recordar que cuando se diseñaron e iniciaron estos procesos en los dos últimos años durante la presidencia del Lic. Carlos Salinas de Gortari y se materializaron en la administración del Presidente Ernesto Zedillo, no había en nuestro país precedentes inmediatos que permitieran contar con experiencia sobre los diferentes procedimientos, esquemas y estrategias, por lo que tuvieron que considerarse aquellos utilizados en el extranjero y que pudieran adaptarse de mejor manera a la realidad mexicana en todos y cada uno de los factores antes señalados.

- c) Reducción del aparato estatal.
- d) Dirigir recursos escasos a actividades que atiendan necesidades primarias de la población.
- e) Reducción de costos en entidades paraestatales ineficientes.
- f) Permitir al Estado el ahorro de costos evitando con ello subsidios de servicios proporcionados por entidades públicas.
- g) Prevención de conflictos entre quienes consideran que el Estado no debe obtener beneficios por la prestación de servicios públicos y quienes asumen la posición contraria y sostienen que la obligación del Estado de prestar servicios no tiene que ser necesariamente deficitaria y que éste debe buscar beneficios económicos para aplicarlos a la satisfacción de otras necesidades de la población.
- h) Menor injerencia de decisiones políticas en la construcción, operación, mantenimiento y conservación de infraestructura.
- i) Contribución a la generación de una competencia económica acorde con los requerimientos de la economía actual.
- j) Permitir la diversificación de la propiedad, especialmente cuando los proyectos de infraestructura respectivos se colocan en el mercado de valores.

Sobre este particular, cabe señalar que este mecanismo tuvo buenos resultados en el Reino Unido de la Gran Bretaña²², no así en México. A pesar de que en los procesos de apertura a la inversión privada tanto en el sector de ferrocarriles como en el de aeropuertos, se resolvió que el Estado conservaría un porcentaje de acciones de voto limitado para su posterior colocación entre el público inversionista, de suerte que se permitiera a la población en general participar de los beneficios económicos de la explotación de los ferrocarriles y aeropuertos, finalmente las acciones respectivas fueron adquiridas por los inversionistas adjudicatarios de las licitaciones respectivas y que adquirieron la mayoría de las acciones objeto de cada licitación. Quizás una de las razones por la que este intento resultó fallido, es por el reducido tamaño del mercado bursátil en México, el alto costo de una colocación y prácticamente el nulo acceso de la mayoría de la población al mercado bursátil, así como la falta de mecanismos alternativos para compartir de manera eficiente los beneficios respectivos entre toda la población.

- k) El Estado puede cumplir mejor sus funciones de regulador y supervisor en lugar de dirigir sus esfuerzos a la operación de proyectos de infraestructura.
- l) El sector privado tiene una mayor capacidad y experiencia para realizar grandes proyectos y para obtener el financiamiento respectivo²³.
- m) Alineamiento de intereses del sector público y del social y/o privado generando círculos virtuosos.

Con el desarrollo de los procesos de inversión público-privada, se han implementado diversos mecanismos con la finalidad de alinear el interés del Estado de realizar una obra de infraestructura pública y/o prestar los servicios públicos

²² Rogozinski, Jacques, *“Las Privatizaciones de Empresas Paraestatales, Una Visión de la Modernización de México”*, México, Fondo de Cultura Económica, 1993, p. 16.

²³ *Ibidem*, p. 17

correspondientes y el del sector social y/o privado, de realizar proyectos y prestar servicios recibiendo por ello una contraprestación económica.

El Estado requiere que se realicen las obras y presten los servicios de manera segura, continua, eficiente y eficaz y como lo prevé el artículo 134 de la CPEM, en las mejores condiciones. Por su parte, el sector social y/o privado buscará obtener el mayor beneficio económico.

Para alinear ambos intereses, hoy en día, en cualquier esquema de Coinversión Plurisectorial Eficiente, pero de manera muy especial en los contratos de asociación público-privada conforme a la LAPP, se establecen dos procedimientos esenciales que son: i) la facultad y obligación del Estado, de supervisar la participación del sector social y/o privado en el proyecto (construcción o rehabilitación, operación, mantenimiento y conservación) directamente o a través de un tercero (ingeniero independiente o gerente supervisor) que, con cargo al proyecto, evalúa el desempeño de los particulares en el proyecto, y ii) la inclusión en el título de concesión, el contrato APP o el documento que instrumente la coinversión respectiva de estándares de desempeño que se elaboran sobre una base técnica y económica y que con el mayor detalle posible establezca los niveles, cantidad, calidad, tiempos de respuesta y de desempeño en general, que debe cumplir el sector social y/o privado en la realización de las obras y la prestación de servicios en el proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente que corresponda.

Así, en materia de carreteras, los estándares de desempeño más comunes se vinculan con el estado del pavimento, la señalización, drenaje, estado de estructuras, limpieza, taludes, defensas y barreras, funcionalidad del derecho de vía y servicios de vialidad (servicios a usuarios), entre otros. La SCT y el Instituto Mexicano del Transporte han desarrollado diversos parámetros para la evaluación de las condiciones de una carretera.

Para cada estándar, se exige un plazo máximo de atención y solución en caso de que no se cumpla. De no cumplir el estándar o de no solucionar el incumplimiento del mismo, se establecen diversas penalidades cuyo efecto final es la reducción de

la contraprestación a favor del particular y a cargo del Estado o de los ingresos del primero, por la aplicación de penas.

Este procedimiento incentiva al sector social y/o privado a construir o rehabilitar, operar, mantener y conservar en perfectas condiciones la carretera, y el Estado obtiene en beneficio de la población, un servicio seguro continuo, eficiente y eficaz.

Aunado a lo anterior, como parte de estos procedimientos se ha establecido una contraprestación por el Estado en los contratos APP, dividida en dos grandes partes: la primera, destinada a pagar el financiamiento del proyecto, que no puede reducirse por incumplimientos responsabilidad del desarrollador y, la segunda, que comprende el pago a este último y que puede ser objeto de reducción.

La división de ingresos antes mencionada ayuda de manera importante a la financiación del proyecto, pues ofrece a las instituciones que facilitan los créditos para la realización del proyecto, la certeza de que los recursos destinados para el desarrollador al pago del financiamiento no se verán afectados.

Cualquier mecanismo de inversión público-privada presenta desventajas respecto de otros esquemas como es el caso de la inversión pública y que tienen que ser consideradas para poder determinar en su oportunidad que resulta más conveniente para el desarrollo de un proyecto de infraestructura, según la naturaleza del mismo, y las condiciones político-sociales, económico-financieras, técnicas y jurídicas.

En este orden de ideas, los mecanismos de inversión público-privada tienen que integrarse a las políticas de Estado que consideren la creación y el fomento de empresas con una política fiscal que fomente la inversión privada y social y la protección de la misma mediante programas que eviten la corrupción, ofrezca seguridad jurídica y facilite el financiamiento de condiciones accesibles para el mercado en el que se llevará a cabo el proyecto de infraestructura.

1.6.3 Desventajas.

- a) La falta de equilibrio en los factores político-social, económico-financiero y jurídico exponen la incertidumbre en los proyectos de esta naturaleza afectando los intereses de todas las partes involucradas, como son: el Estado, los inversionistas, los financiadores, las empresas contratistas y operadoras, las comunidades afectadas y, sin lugar a dudas, a los usuarios finales. Un ejemplo claro es el de la primera etapa del proceso de inversión público-privada en carreteras en México y el rescate de las concesiones al que nos hemos referido previamente.

- b) Ante la falta de proyectos adecuados y del análisis y planeación de los mismos por parte del Estado, los contratos o concesiones que instrumentan los proyectos de infraestructura correspondientes tienen que ser renegociados en el corto o mediano plazo. Hay muchos ejemplos de reestructuración de contratos de inversión público-privada en todos los procesos y, especialmente, en Latinoamérica y China²⁴. La renegociación de contratos genera un alto nivel de incertidumbre para todas las partes involucradas que finalmente buscarán proteger sus intereses y cuyo resultado final normalmente concluye en un perjuicio directo o indirecto para el proyecto de infraestructura y desincentivan la inversión privada y de manera muy especial, el interés de los financiadores para otorgar crédito para el desarrollo de los mismos.

En este mismo orden de ideas, en nuestro país hemos tenido la oportunidad de ser testigos de renegociaciones de contratos de inversión público-privada que han formado parte de prácticas viciosas de inversionistas privados y empresas contratistas, que obtienen la asignación de los contratos habiendo ofrecido una contraprestación menor o habiendo solicitado un apoyo más elevado, según el mecanismo conforme al cual se licitan o concursan los proyectos correspondientes, a sabiendas que durante el desarrollo del

²⁴ Engel, Eduardo, *et al.*, “Economía de las Asociaciones Público-Privadas ...” *cit.*, p. 61

proyecto y durante la operación, explotación, mantenimiento y conservación del mismo podrán renegociar el contrato para obtener condiciones más beneficiosas que, de haberlas ofrecido o considerado en la presentación de su oferta, no hubieran obtenido la adjudicación del contrato o hubiera sido más difícil que hubieran obtenido un fallo favorable.

En situaciones como la antes mencionada, el Estado puede finalmente obtener condiciones menos favorables que las que originalmente le fueron ofrecidas por el adjudicatario del contrato, afectándose negativamente su patrimonio y generando incertidumbre sobre los recursos de los que el Estado puede disponer para realizar otras obras de infraestructura y violentándose, así, lo dispuesto por el artículo 134 de la CPEUM que a la letra dice en su tercer párrafo: “Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que realicen, se adjudicarán o llevarán a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, que será abierto públicamente, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.”²⁵

Como un ejemplo de esta práctica, pero desde el extremo del Gobierno Federal, es pertinente referir a la reciente solicitud de éste a los desarrolladores de proyectos carreteros estructurados conforme a la LAPP, de reducir el 15% de la contraprestación pactada por un período de 24 meses, reducción que se compensará con una ampliación a la vigencia del contrato respectivo y el incremento de la contraprestación pactada, para cubrir los gastos de operación, mantenimiento y conservación durante el período de ampliación de vigencia referido. El objetivo del Gobierno Federal es contar con recursos para llevar a cabo la construcción de caminos en el

²⁵ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 134, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

Estado de Guerrero. En mi opinión, esta medida de política pública disfrazada de acuerdo mutuo con los desarrolladores de los proyectos carreteros afectados con esta medida, es en realidad una imposición gubernamental para obtener recursos, para aplicarlos con fines más de orden político-electoral que de apoyo a la población.

- c) La inversión público-privada puede promover la generación de subsidios cruzados e injustificados cuyo resultado afecte el patrimonio del Estado y la aplicación adecuada de recursos públicos en beneficio de promesas de carácter político o social. Ejemplos de proyectos en los que se han incurrido en estas prácticas son, entre otros, el del Tren Suburbano I, que se concesionó a la empresa española Construcciones y Auxiliar de Ferrocarriles (CAF) a la que el Estado Mexicano otorgó un subsidio, toda vez que las expectativas de ingresos que originalmente se tuvieron en ese proyecto no se cumplieron, no solo por responsabilidad del Estado, sino de la concesionaria que no consideró en sus proyecciones el plazo que llevaría a los usuarios acostumbrarse al uso del Tren Interurbano (Ram-up), la necesidad y conveniencia de incluir una tarifa integrada (tren y camiones o microbuses), así como la falta de una logística e interacción político-social con los operadores de transportes que trasladan a los usuarios de sus hogares a la estación y de regreso.
- d) Otra desventaja de este esquema de inversión y que actualmente ha sido parte esencial del discurso político del Gobierno Mexicano en relación con los proyectos de inversión público-privada es la colusión de funcionarios públicos con el sector social y/o privado en donde los primeros favorecen a los segundos en perjuicio del patrimonio del Estado.

Esta desventaja no es única del mecanismo de inversión público-privada, y en nuestro país hemos podido constatar que los actos de corrupción se materializan también en los proyectos de infraestructura a cargo del Estado.

Sobre este particular, cabe hacer mención un análisis comparativo que hace un par de años pretendió llevar a cabo la Cámara Nacional de la Industria de la Construcción entre la obra pública y el Contrato APP, cuyos resultados no pudieron obtenerse por la empresa contratada para dicho análisis (Pricewaterhouse Cooper), pues no pudo tener acceso a los expedientes de los proyectos de infraestructura realizados a través del esquema de obra pública, para poder llevar a cabo un análisis comparativo.

Otro claro ejemplo de lo anterior es la imposibilidad de conocer el costo de las obras que realiza la Secretaría de la Defensa Nacional en proyectos de infraestructura, como son los casos del Aeropuerto Felipe Ángeles, el Tren Maya y la Refinería de Dos Bocas, lo cual claramente atenta contra los principios de transparencia y mejores condiciones para el Estado, plasmados en el artículo 134 Constitucional, disfrazando el proyecto con un esquema de seguridad nacional.

- e) En ciertas ocasiones, las empresas que llevan a cabo obras de infraestructura pública y/o prestación de servicios de este orden pueden y de hecho en ocasiones lo hacen, presionan al Estado quien, a pesar de su jerarquía, eventualmente puede verse sometido a las condiciones del sector social y/o privado con tal de que el servicio público no deje de prestarse.
- f) Otra desventaja es la generación de inequidades entre los participantes de los procesos de adjudicación, pues aquellos que tienen mayor cantidad de recursos pueden optimizar los mismos, sacrificando ingresos en su propuesta económica para posteriormente compensarlos subcontratando a empresas contratistas con menor capacidad económica a precios bajos, beneficiándose de la falta de proyectos y de la necesidad de muchas empresas subcontratistas de tener proyectos de obra que les permitan satisfacer al menos sus gastos fijos y tener un beneficio económico aunque sea muy modesto.

Muchas han sido las circunstancias que sobre este particular han hecho que las autoridades mexicanas, en aras de obtener un mayor beneficio para el Estado, han adjudicado un sinnúmero de proyectos de inversión público-privada a empresas con capital extranjero que posteriormente subcontratan a empresas mexicanas en condiciones enormemente desventajosas para estas últimas. En adición a lo anterior, estas empresas transfieren sus utilidades a sus casas matrices en el extranjero y no siempre aportan al desarrollo tecnológico de empresas mexicanas.

En conclusión, en el supuesto aquí planteado, el aparente sacrificio del adjudicatario del contrato en la contraprestación ofertada se traslada en un importante porcentaje a los subcontratistas y operadores locales que llevan a cabo en realidad la obra y/o prestan materialmente el servicio.

- g) Una desventaja más es la dificultad que tiene el Estado para supervisar el cumplimiento de las obligaciones del adjudicatario del proyecto respectivo. Esta dificultad tiene su origen en diversas causas, entre las que destacan la falta de presupuesto estatal para contratar a expertos que lleven a cabo su actividad de supervisión y la falta de preparación técnica de los funcionarios de la dependencia o entidad contratante, así como la carencia de recursos del Estado para contar con los elementos y personal técnicamente calificado que les faciliten esa función.

Por lo anterior, hoy en día es una práctica común en los proyectos de inversión público-privada, que con la generación de recursos del propio proyecto se contrate a empresas privadas dedicadas a la supervisión de los proyectos tanto en su etapa de construcción o rehabilitación como de operación, explotación, mantenimiento y conservación. Estas empresas celebran un contrato normalmente con el fiduciario del fideicomiso de administración y fuente de pago que se crea para la administración adecuada de los recursos económico-financieros aportados a un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente. Regularmente en el título de concesión o en el contrato que instrumenta la Coinversión Plurisectorial Eficiente se

establece la obligación de contratar a este supervisor que, como práctica también generalizada, es sugerido (designado) en realidad por la dependencia o entidad convocante.

Sobra decir la serie de vicios que esta contratación conlleva, pues claramente constituye una simulación o fraude a la ley, pues, aunque estos supervisores por contrato únicamente prestan sus servicios en beneficio de la dependencia o entidad correspondiente, no son seleccionados mediante una licitación pública o al menos por una invitación a cuando menos tres participantes como lo establece la LAASSP.

Cabe señalar que este tipo de contrataciones que no son objeto de revisión por el órgano interno de control de la convocante, se ofrecen al ejercicio de muchas prácticas no solo poco deseables, sino claramente ilegales. Evidentemente hay muchas empresas mexicanas y extranjeras que prestan estos servicios de supervisión bajo los más estrictos principios de ética y apego a las disposiciones legales aplicables, sin embargo, también hay otras que ofrecen beneficios a los funcionarios que sugieren al adjudicatario del proyecto respectivo su contratación y, posteriormente, en el desempeño de sus funciones obtienen beneficios del adjudicatario del contrato para hacer dictámenes de cumplimiento del mismo cuando en la realidad éste se encuentra en incumplimiento del contrato o concesión correspondientes.

El gobierno actual ha utilizado esta práctica viciosa como argumento para no llevar a cabo proyectos de asociación público-privada, sin considerar que no todos los proyectos de infraestructura resultan afectados por ella y que hay empresas supervisoras con gran capacidad y ética para prestar los servicios correspondientes y si alguna viola las disposiciones legales que en su caso les resulten aplicables, se les debe de aplicar la ley y sancionarlas en lugar de estigmatizar las inversiones público-privadas por una razón tangencial como la antes mencionada.

Es importante mencionar que estas prácticas viciosas también ocurren en los proyectos de inversión pública por los funcionarios encargados de la supervisión o con la empresa contratada por el Estado para esos efectos, aun cuando se hubiera

designado mediante un procedimiento de licitación o invitación a cuando menos tres personas.

Como señalan Engel, Fischer y Galetovic, estos proyectos de inversión en ambientes económico, político y jurídico variables, presentan grandes problemas a los inversionistas privados y a financiadores para poder planear y planificar en el largo plazo las diferentes variables en los ámbitos antes señalados que pueden generar en el proyecto. La función de riesgos en ambientes como los antes señalados resulta más complicada para poder ser medida y evaluada en función de sus efectos económicos²⁶. Un ejemplo claro de esta desventaja en Latinoamérica son el caso de Argentina, en donde sus variables económicas y políticas han tenido resultados adversos para la inversión público-privada en proyectos de infraestructura y el caso de México, en esta administración.

No cabe duda que es preferible para efectos de estos proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, una economía que tenga un crecimiento moderado y un sistema jurídico consistente, pero que pueda ofrecer un ambiente de estabilidad y permanencia a lo largo de la vida de un proyecto, que una economía que puede crecer de manera exponencial o decrecer de la misma forma en el corto o mediano plazo y de marcos jurídicos que continuamente varían según las políticas del gobierno actuante.

2. El término de Recursos Públicos.

La utilización del término “público-privado” independientemente del contexto, nos remite irremediabilmente al concepto de “recursos públicos” que son aquellos con los que el Estado, en cualquiera de sus órdenes de gobierno, aportará a los proyectos de coinversión de esta naturaleza.

Si bien pareciera que este término es suficientemente claro para entender su aplicación y alcances, no es así y de hecho ofrece un importante nivel de incertidumbre jurídica y económica en la interpretación y aplicación de diversas

²⁶ Engel, Eduardo, *et al.*, *Economía de las Asociaciones Público-Privadas ...* cit., p. 105.

leyes tanto a nivel federal como estatal y municipal como en este apartado se explica.

2.1 Un término equívoco.

El término de “recursos públicos” se utiliza en forma reiterada en diversos ordenamientos jurídicos en los tres niveles de gobierno para referirse a distintos activos propiedad del Estado, que incluyen bienes y derechos, cuyo origen y aplicación son diferentes como lo son las diferentes disposiciones que regulan a los mismos desde su planeación, obtención, aplicación y fiscalización.

Por regla general, el términos de “recursos públicos” se aplica a los recursos presupuestales que si bien es una importante manifestación de los mismos, no es la única y pretender reducir su alcance a esta clasificación, no solamente genera incertidumbre e inseguridad jurídica, sino que también tiene como efecto la inadecuada aplicación de disposiciones legales y principios jurídicos que a otros activos del Estado les deben ser aplicables por tratarse también de recursos públicos de origen distinto a los presupuestales.

En adición a lo anterior, un concepto integral claro y unívoco de los recursos públicos facilitará su previsibilidad, su trazabilidad y el seguimiento de su adecuada aplicación y la obtención de los resultados de la misma, permitiendo así medir de manera más clara la economía, eficiencia y eficacia con la que dichos recursos se utilizan, tal y como lo prevé el artículo 134 Constitucional.

En materia de infraestructura, la propia SHCP y Banobras han señalado que en este sector no existe en nuestro país una planeación a largo plazo y que sea sostenible²⁷

²⁷ Secretaría de Hacienda y Crédito Público y Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, S.N.C., *Recomendaciones para fortalecer el Ciclo de Desarrollo de Infraestructura en México*, México, 2018, pp. 4, 7, 16 y 18.

2.2 Alcances del término de “recursos públicos” y el artículo 134 de la CPEUM.

El artículo 134 del CPEUM establece expresamente que:

“Los recursos económicos de que dispongan la Federación, las entidades federativas, los Municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.”²⁸

El párrafo quinto del mismo artículo señala que: “El manejo de recursos económicos federales por parte de las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, se sujetará a las bases de este artículo y a las leyes reglamentarias. La evaluación sobre el ejercicio de dichos recursos se realizará por las instancias técnicas de las entidades federativas a que se refiere el párrafo segundo de este artículo.”²⁹

El mismo artículo en su párrafo séptimo, utiliza el término “recursos públicos” y no el de “recursos económicos” contenido en los párrafos de la CPEUM antes transcritos. En ese mismo orden de ideas, en el Título Cuarto de la Carta Magna relativo a la responsabilidad de servidores públicos y al que el propio artículo 134 alude directamente, el término que se utiliza es el de “recursos públicos” como también lo hace este ordenamiento en los artículos 6-A y demás relativos al acceso a la información, el 35 correspondiente a los derechos de la ciudadanía y en el 41 y demás aplicables en materia de soberanía nacional y de la forma de gobierno.

La LPRH y su reglamento utiliza el término de “recursos públicos”, el cual no se define en dichos ordenamientos, sin embargo, por la naturaleza de éstos últimos, podría interpretarse que el término de “recursos públicos” es aplicable a los presupuestarios. Muchas otras disposiciones legales limitan la aplicación de este término a esta clase de recursos, olvidando que el Estado cuenta con otros recursos

²⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 134, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

²⁹ *Ibidem*, artículo 134, párrafo quinto

que no solamente no son presupuestarios, sino que tampoco son de carácter pecuniario y que no por ello dejan de tener el carácter de públicos y, en consecuencia, debieran ser sujetos de una regulación específica para su mejor administración y control. Cabe señalar que inclusive, hay autores que consideran que las decisiones políticas sobre los recursos públicos constituyen *per se* un bien público.³⁰

En materia de infraestructura la falta de precisión de este término y de una regulación más adecuada ha generado inseguridad para todos los que participan en estos proyectos y especialmente tratándose de bienes no presupuestarios y no pecuniarios como es el caso de derechos que tiene el Estado sobre bienes tangibles e intangibles, muebles e inmuebles.

Esta falta de precisión en el concepto de “recursos públicos” y del alcance de los mismos incide directamente en un elemento que a mi juicio es fundamental en la administración pública y que es la posibilidad de fiscalización y rendición de cuentas sobre su aplicación y aprovechamiento. Sobre este particular, cabe comentar que en ciertas entidades de la República Mexicana, sus leyes consideran que debe llevarse a cabo un proceso de licitación pública para la realización de proyectos, en los que el gobierno participe con recursos presupuestarios. Por lo anterior, el otorgamiento de derechos de uso y aprovechamiento sobre bienes públicos no se considerarían como una aportación y, en consecuencia, no sería necesario seguir un procedimiento de licitación.

En conclusión, el tema que brevemente abordo en estos párrafos amerita un análisis profundo y sería sin duda objeto de otro trabajo doctoral, sin embargo, por la enorme trascendencia que tiene en los procesos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, he considerado oportuno hacer referencia al mismo.

³⁰ Olivar Sergio, *Principios Jurídicos para el Uso Adecuado de los Recursos Públicos en México*, Tirant lo Blanch, Biblioteca Nuevas Tendencias del Derecho Mexicano, México, 2022, p. 51.

3. Antecedentes de la inversión público-privada.

3.1 Reino Unido de la Gran Bretaña.

Como ya se ha señalado, el Reino Unido de la Gran Bretaña ha sido el principal desarrollador y promotor de los esquemas de inversión público-privada a través de diversos mecanismos que se convirtieron en un elemento fundamental de sus políticas económicas. Los esquemas desarrollados en el Reino Unido de la Gran Bretaña y la experiencia chilena de la década de 1980 jugaron un rol fundamental en el diseño de las políticas y la estructuración de los mecanismos por parte del Gobierno Mexicano, tanto para los procesos de privatización como para los de inversión público-privada, por lo que consideramos pertinente, hacer una breve referencia a la forma, términos y condiciones conforme a los cuales éstos dos países llevaron a cabo sus respectivos programas de participación de la inversión privada.

A finales de la década de 1970 y en los años ochenta, el Reino Unido de la Gran Bretaña en Europa, al igual que Chile en Latinoamérica iniciaron procesos de privatización de diversas empresas públicas por razones muy diversas en cada uno de ellos, pero en ambos casos, persiguiendo objetivos similares, como fueron: i) redimensionar el Estado, ii) incrementar la eficiencia de las empresas, iii) reducir los costos de explotación a cargo del Estado, iv) permitir un más eficiente direccionamiento de sus recursos económico-financieros a la satisfacción de necesidades sociales en los que el sector privado no podría participar, por disposición de ley o por no resultarle interesante participar por las características del mercado.³¹

En el Reino Unido se han utilizado diversos métodos para la privatización y la inversión público-privada, desde las ventas directas de empresas, la venta de participaciones sociales a sus trabajadores y la colocación de acciones a través del mercado de valores.

³¹ Rogozinski, Jacques, “*Las Privatizaciones de Empresas Paraestatales ...*”, *cit.*, p. 15.

3.2 Chile.

Por lo que respecta al caso de Chile, el origen de su proceso de privatización fue sustancialmente distinto al del Reino Unido de la Gran Bretaña y al de México.

Después del aumento acelerado de la participación del Estado en empresas mediante la figura de expropiación o intervención y después del cambio de esquema de gobierno y ante una crisis económica nacional, el gobierno chileno decidió iniciar su programa de privatización básicamente en dos fases. La primera de 1973 a 1982, en la que el Estado restituyó las empresas que habían sido expropiadas por el régimen anterior, devolviendo su titularidad a sus propietarios originales. De 1975 a 1980, se llevaron a cabo procesos de licitación pública para la venta de empresas industriales y comerciales e instituciones financieras. En 1983, se suspendió el proceso de privatización que fue reanudado en una segunda fase en 1985. En esta etapa y aprovechando la experiencia, el gobierno chileno dirigió su esfuerzo privatizador a entidades rentables y eficientes³², que resultaran atractivas para los inversionistas privados y pudieran ser competitivas a nivel internacional. Evidentemente la diferencia entre la primera y segunda etapa radicó en el cambio de política de Estado. En la primera etapa se pretendía que las empresas privatizadas mejoraran su eficiencia y capacidad, y en la segunda, que la economía chilena se volviera competitiva a nivel internacional³³.

3.3 Las décadas de los ochenta y los noventa.

Como regularmente ocurre, especialmente en el ámbito de la economía mundial, en la década de los ochenta, las condiciones generales imponían la redefinición del Estado con reformas económicas dirigidas al reposicionamiento del mercado en el centro de la economía. Aunque esta propuesta de Estado mínimo tampoco resultó del todo viable, se gestó la necesidad de repensar en la reconstrucción del Estado para que éste, además de realizar sus clásicas tareas de hacer cumplir el estado de

³² *Ibidem*, p. 19.

³³ *Ibidem*, p. 20

derecho, hacer uso de la fuerza pública, cobrar contribuciones y garantizar el derecho de propiedad, también pudiera fungir como garante de los derechos sociales y promotor de la competitividad de los países.

Para la década de los noventa del siglo pasado, a nivel mundial se consideraba inminente la reforma del Estado. Dicha reforma comprendió cuatro componentes que actuaban de forma interdependiente: (i) la delimitación del tamaño del Estado bajo la idea de una privatización y de la participación del sector privado en ciertas actividades que tradicionalmente realizaba el Estado; (ii) la redefinición del papel regulador del Estado vinculada con el mayor o menor grado de intervención del mismo en el funcionamiento del mercado y, especialmente, en áreas estratégicas; (iii) la recuperación de la capacidad financiera y administrativa de implementar las decisiones políticas, mismas que tuvieron que ver con la superación de la crisis fiscal y la redefinición de las formas de intervención en el plano económico-social, así como la superación de la forma burocrática de administrar el Estado, y (iv) el aumento de la capacidad política del gobierno para intermediar intereses, garantizar la legitimidad y gobernar. De aquí nace una nueva concepción de gestión pública, que se justifica como la forma de organización que resuelve la ineficiencia económica de los organismos y programas administrativos del Estado social, atribuida a dos factores: (i) el tamaño, y (ii) el modo de organización o estructuración de la administración. En resumidas cuentas, se busca la supresión de organismos y programas cuyo gasto sea injustificado o innecesario.

Esa nueva forma de gestión pública considera como una de las mayores deficiencias del Estado social y sus instituciones, el que se hayan diseñado en una sociedad altamente estatizada, lo que significaba que la vida de las personas, su desarrollo y prosperidad dependían principalmente de la acción del Estado-gobierno, es decir, de lo que los políticos y sus burocracias hicieran o dejaran de hacer. Por lo tanto, en un Estado social un amplio conjunto de actividades clave para la producción de riqueza y el bienestar son dependientes de éste.

La nueva tendencia propuso la reestructuración del Estado tradicional organizado bajo el modelo jerárquico-burocrático, en un modelo gerencial sustentado en la

flexibilización, descentralización y mejores niveles de productividad, calidad y eficiencia dentro del gobierno; un Estado promovido por la economía y el sector privado, partiendo de la idea de que la competencia, tanto en el interior como en el exterior, es el elemento básico que guía la conducta de los individuos y sus relaciones³⁴. Respecto de lo señalado en el presente párrafo, haremos un análisis más profundo en el capítulo III, en el que analizaremos las políticas extractivas e inclusivas que son elementos fundamentales para el desarrollo o el estancamiento político, económico y social de un país.

El principio central de la nueva forma de gestión pública fue la descentralización decisional como condición del alto desempeño y el costo-eficiencia de las operaciones. Sin embargo, a esta tendencia se le presentó una pregunta desafiante en cuanto a la conducción: ¿Es suficiente el gobierno eficiente, el gobierno gerencial, para conducir a su sociedad o más bien, para dirigirla, requiere el gobierno del concurso y de los recursos de otros actores adicionales? A esta pregunta se dirige la llamada “gobernanza”³⁵.

El concepto de gobernanza alude a un nuevo estilo de gobierno, caracterizado por un mayor grado de interacción y de cooperación entre el Estado y los actores no estatales. Se caracteriza por la interacción entre actores autónomos y por redes entre organizaciones. La finalidad de la gobernanza es lograr que el Estado sea más inclusivo y menos extractivo, y que las decisiones políticas que inciden en las de carácter económico tengan como resultado un incremento en el bienestar de la población, un bienestar real y no de “decreto”.

Tras ese proceso es donde encuentra cabida la figura de las Coinversiones Plurisectoriales Eficientes, como un instrumento de la gobernanza y un vehículo enormemente eficaz para la distribución de la riqueza a todos los estratos socioeconómicos.

³⁴ Gobernanza, p. 14

³⁵ Gobernanza, p. 16

3.4 México.

La figura de privatización en México se utilizó antes de la década de 1980 para el caso de la venta de empresas paraestatales o para la enajenación de la participación estatal en el capital social de las mismas. Tal es el caso de la Fábrica Nacional de Vidrio, Vehículos Automotores Mexicanos, S.A. y de Renault Mexicana, S.A., cuya participación estatal se transfirió al sector privado. Sin embargo, no fue sino hasta finales de la década de 1980 y en la década de 1990 en que dio inicio un muy importante proceso tanto de privatización como de inversión público-privada en nuestro país que constituyó, sin lugar a dudas, una política pública en materia económica, cuya finalidad era redimensionar el Estado no solo respecto de su tamaño, sino a sus funciones esenciales, redirigir recursos económico-financieros a actividades estratégicas en las que la inversión privada no era permitida y a otras actividades de carácter prioritario para satisfacer necesidades básicas de la población y en las que el sector privado no tenía los incentivos para participar, evitar la duplicidad de funciones y el costo que ello representaba y eliminar subsidios a entidades paraestatales cuyo desempeño era ineficiente y enormemente gravoso para el Estado³⁶.

Entre 1970 y 1982, durante los sexenios de los Presidentes Echeverría y López Portillo, se crearon 883 entidades paraestatales, cuya función era la realización de actividades con una participación mucho más directa del Estado en la economía. Así, en 1982, el Estado Mexicano era titular de 1155 entidades paraestatales, entre empresas, fideicomisos, organismos descentralizados y órganos desconcentrados, entre las que se encontraban algunas cuyo objeto era la fabricación de textiles, bicicletas, acero, prestación de servicios de reservaciones de transporte aéreo y de hospedaje, edición de publicaciones y producción de agua mineral que evidentemente no son actividades prioritarias y mucho menos estratégicas del Estado. Baste señalar que en 1982 y 1983, excluyendo las empresas de la industria petrolera, todas las demás contribuían en forma conjunta únicamente con el 4.5%

³⁶ Rogozinski, Jacques, "*Las Privatizaciones de Empresas Paraestatales ...*", cit., p. 31.

del PIB. De las 1155 entidades paraestatales, 724 eran empresas de participación estatal mayoritaria, 75 de participación minoritaria, 103 organismos descentralizados y 223 fideicomisos públicos³⁷.

Cabe hacer notar que el incremento sustancial de las entidades paraestatales en las dos administraciones antes referidas, no solamente se debió a la política de intervención del Estado en la economía, sino también a la política de rescatar empresas privadas con importantes problemas económicos, a efecto de evitar potenciales crisis de desempleo en el país y por supuesto a la nacionalización de la banca que incluyó a las empresas en las que las instituciones financieras participaban mayoritariamente en su capital social³⁸, y que fueron vendidas al sector privado en los años siguientes a la denominada “reprivatización bancaria”.

Si bien esta política de rescate de empresas privadas con importante incidencia en el mercado nacional, sin lugar a dudas contribuyó de manera muy relevante al engrosamiento del Estado Mexicano, que en 1982 tuvo como efecto una de sus más graves crisis económicas en los últimos 80 años. Aunado a los problemas de productividad, inflación, menor crecimiento, petrolización de la economía y un ámbito económico internacional poco favorable, en las postrimerías del gobierno del Presidente López Portillo y en la administración del Presidente de la Madrid se suscitó una de las más graves crisis económicas de nuestro país.³⁹ En adición a lo anterior, la política económica del Estado fomentaba la obtención de financiamiento sobre la realización de inversiones de capital, lo que incrementó el endeudamiento del país que desembocó en una de las mayores crisis económicas de México y la necesidad de llevar cabo una reestructura general de la deuda pública.

Es importante recordar que, durante el sexenio de Luis Echeverría, el 9 de marzo de 1973, se publicó en el DOF la Ley para Promover la Inversión Mexicana y Regular la Inversión Extranjera, que regulaba y restringía la participación de la inversión

³⁷ Secretaría de la Contraloría General de la Federación, “*La reestructuración del sector paraestatal*”, Cuadernos de Renovación Nacional, Vol. IV., México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

³⁸ *Ibidem*, p. 31

³⁹ *Ibidem*, p. 34

extranjera directa y que estuvo en vigor hasta el 27 de diciembre de 1993. Si bien con el tiempo esta ley y su reglamento se fueron modificando para ofrecer una mayor apertura de inversión extranjera, finalmente, es un claro ejemplo de la intención del Estado, en la década de los ochenta, de fomentar la contratación de financiamiento en lugar de permitir la participación de capital extranjero en la creación y desarrollo de empresas mexicanas, con el efecto de incrementar la planta productiva y la generación de empleos a corto y largo plazo. El Gobierno Mexicano le apostó a la permanencia de una economía petrolizada que evidentemente resultó ser insostenible.

Ante la situación económica de nuestro país y una vez concluida la restructura de la deuda interna mexicana, una de las importantes tareas que tuvo que afrontar la administración pública fue la reducción de gasto público, el direccionamiento de los cada vez más escasos recursos económicos a áreas estratégicas y prioritarias y la necesidad de desarrollar mecanismos que permitieran llevar a cabo proyectos de infraestructura necesarios para proveer de satisfactores esenciales a una población que había sufrido un gran deterioro económico, sin que se acudiera al endeudamiento público que quedó restringido en el acuerdo de la restructuración de la deuda nacional. Sobre este particular hay que recordar los esquemas de inversión conocidos entonces como “Financiamientos fuera de la hoja de balance” o por su denominación en inglés “*out of balance sheet finance*”.

Con un escenario como el antes planteado, donde era evidente que el Estado por sí mismo no podía cumplir con sus obligaciones originarias de satisfacer diversos requerimientos de la población, era evidente la necesidad de permitir la participación de la iniciativa privada en actividades que tradicionalmente realizaba el Estado, tanto por lo que corresponde a la construcción de obra pública como a la prestación de servicios de este orden. Aunado a lo anterior y a efecto de reducir los costos excesivos que representaban una gran parte de las entidades paraestatales, que realizaban actividades económico-comerciales no consideradas como estratégicas y en muchos casos ni siquiera como prioritarias, el Estado Mexicano inició un proceso de venta de las mismas bajo el esquema denominado “Desincorporación

de Empresas no Prioritarias ni Estratégicas” que incluyó la venta, liquidación, extinción o transferencia de entidades paraestatales⁴⁰. En el gobierno de Miguel de la Madrid se desincorporaron 741 entidades paraestatales y se crearon 61 nuevas.

Mediante decreto publicado en el DOF, el 3 de febrero de 1983, se modificaron los artículos 25 y 27 de la CPEUM, a efecto de que la realización de diversas actividades de carácter económico, dejaran de considerarse estratégicas y, por ende, facultad exclusiva del Estado, adquiriendo éstas el carácter de actividades prioritarias y permitiendo, en consecuencia, la participación del sector social y/o privado en las mismas.

Uno de los sectores en el que se permitió la participación público-privada fue el de construcción, operación, explotación, mantenimiento y conservación de carreteras. Cabe señalar que no fue sino hasta el 22 de diciembre de 1993, que se publicó en el DOF la LCPAF, abrogándose la Ley Sobre Construcción de Caminos en Cooperación con los Estados, publicada el 8 de mayo de 1934 en el DOF, y derogándose diversos artículos de la LVGC.

Resulta evidente, que aun cuando en el sexenio de Miguel de la Madrid, la necesidad de adelgazar el sector público y reducir costos en el gobierno fue una política del Estado, aún no había una decisión de abrir a la inversión privada sectores de la economía que tradicionalmente habían sido exclusivos del primero, como es el caso de las carreteras, a pesar de haber dejado sentadas las bases constitucionales para hacerlo. Este cambio tardó diez años en materializarse.

Desde 1983, la economía mexicana fue objeto de importantes reformas, las cuales crecieron exponencialmente durante la administración del Presidente Salinas de Gortari (1988-1994) con su política de modernización que implicaba un incremento en la liberalización de la actividad económica.

⁴⁰ Gazca Zamora, José, “Privatización de la Empresa Pública en México 1983-1988”, Momento Económico, p. 23. http://ru.iiec.unam.mx/1881/1/num41-42-articulo7_Gasca.pdf

Durante esa administración, en el Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994 se incluyeron dentro de las líneas de política, modernizar la infraestructura económica del país mediante una más racional inversión pública y una mayor y más ágil concurrencia de los sectores social y privado; avanzar hacia una participación de México en la economía mundial, promover el flujo de inversión extranjera y actualizar las normas de regulación de la actividad productiva para simplificar trámites y reducir costos e incertidumbre a los inversionistas⁴¹.

En el mismo Plan, en el rubro de Modernización de la Empresa Pública se estableció que, a efecto de dar cumplimiento a sus responsabilidades, el Estado Mexicano induciría y regularía al sector social y privado y actuaría utilizando sus propios recursos. Así también, expresaba que las áreas estratégicas son campos de la actividad exclusiva del Estado y que éste mantendría la propiedad y el control de las mismas conforme lo preveía el artículo 28, párrafo cuarto de la CPEUM, entonces en vigor y que comprendía diversas actividades que han cambiado en el tiempo. En el área de infraestructura, la comunicación vía satélite y los ferrocarriles dejaron de ser áreas estratégicas para reclasificarse como prioritarias en el mismo artículo 28 Constitucional⁴².

En el Plan Nacional de Desarrollo citado se estableció expresamente que “las entidades públicas que no reunieran las características de estratégicas, prioritarias o de ambas, serían desincorporadas para su liquidación o extinción, fusión con otras entidades, transferencia a gobiernos estatales o enajenación de las mismas, cuando por su viabilidad económica, sean susceptibles de adquisición por los sectores social y privado”⁴³.

La desincorporación de entidades públicas y su posterior privatización o apertura a la inversión privada tenían como objetivo fortalecer la dinámica pública, redirigir los recursos económicos destinados a dichas entidades para atender necesidades

⁴¹ Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994, *Modernización Económica*, Capítulo 5.3, Diario Oficial de la Federación, segunda sección, 31 de mayo de 1989, p. 10.

⁴² *Ibidem*, p. 29.

⁴³ *Ibidem*, p. 30.

sociales de mayor prioridad, eliminar gastos y subsidios innecesarios que no proporcionaban beneficio alguno a la sociedad en las áreas estratégicas y prioritarias, desarrollar la actividad económica del país mediante una participación mayor del sector privado y/o social y redimensionar al Gobierno Federal reduciendo no solo su volumen, sino también su participación en el mercado.

En algunos casos, en los procesos de privatización se realizaron otros actos administrativos vinculados con los mismos, como fue el otorgamiento de concesiones, tal es el caso de Teléfonos de México y contratos para la prestación de servicios en favor del Estado, atados a la compra de activos, como en la venta de las embarcaciones que conformaban el sistema mexicano de dragado.

En adición a los procesos de privatización de las entidades paraestatales al que nos hemos referido previamente, el Estado Mexicano, en la década de 1990, estableció como parte de la política económica del Estado y conforme a lo señalado en el Plan Nacional de Desarrollo entonces en vigor, la posibilidad de que los sectores social y privado pudieran participar de manera conjunta con el Estado en la realización de diversas actividades que eran, hasta entonces, facultad exclusiva del Estado.

Aun cuando la banca no se considera parte del sector de infraestructura, si juega un papel extraordinariamente relevante en el mismo, por lo que no podemos dejar de mencionar el proceso de reprivatización del sistema bancario mexicano que se llevó a cabo en 1990 y que redujo de manera muy importante la carga económica y administrativa que su estatización generó al Estado Mexicano. Recordemos que, al nacionalizar los bancos, las empresas en las que éstos participaban seguirían la misma suerte, especialmente en las que eran socios mayoritarios.

Como resultado de la política antes señalada, los sectores social y privado pudieron participar en los sectores carretero, portuario, ferroviario, aeroportuario, de telecomunicaciones, incluido el servicio satelital y en el sector de agua, actividades que, por disposición constitucional, únicamente podía llevar a cabo el Estado. En administraciones posteriores la participación del sector privado se amplió a los sectores de salud, transporte, construcción y operación de oficinas administrativas,

registros públicos e inclusive a centros penitenciarios, entre otros, estableciéndose en cada caso reglas específicas para la participación privada en los proyectos respectivos.

Finalmente, en los sectores de petróleo y gas y energía eléctrica se permitió la inversión privada. En este sector, la participación del sector social ha sido prácticamente inexistente, salvo si consideramos el caso de la planta generadora de energía eléctrica de Necaxa, que opera en asociación con una empresa portuguesa y miembros del sindicato de la extinta Compañía de Luz y Fuerza del Centro.

El esquema mediante el cual dichos sectores participaron en las actividades antes señaladas fue de inversión público-privada, aun cuando, en algunos procesos como el del sistema portuario mexicano, el Gobierno utilizó para definirlo, los términos de “reestructuración” y “privatización”, en el caso del sistema satelital mexicano, la terminología utilizada para los mismos efectos fue la de “proceso de desincorporación”, aun cuando, como parte del esquema, se otorgaron las concesiones para el uso del espectro radioeléctrico y de diversas órbitas geoestacionarias. En el caso del sistema aeroportuario mexicano y de los ferrocarriles nacionales, la terminología utilizada fue la de “proceso de apertura de inversión”

Cabe señalar que cada uno de los sectores de la economía, originalmente reservados al Estado, en los que se permitió la participación de los sectores social y privado, se desarrolló su propio esquema de inversión público-privada, según los ordenamientos jurídicos específicos que la regulaban y las condiciones y características del mercado. Cabe mencionar que no todos los principios que regulaban la participación de los sectores social y/o privado en cada sector de la economía eran consistentes entre ellos, lo que ciertamente generaba una percepción de incertidumbre tanto a potenciales inversionistas como a financiadores.

Uno de los motivos para la promulgación de la LAPP fue ofrecer un ordenamiento jurídico procedimental único, conforme al cual pudieran estructurarse legalmente todos los proyectos de inversión público-privada⁴⁴, sin importar el sector económico al que pertenecieran.

En el capítulo correspondiente a la regulación en materia de infraestructura abordaremos el problema que representa que haya diversas normas jurídicas que regulen en cada caso, los procedimientos de licitación y que no siempre sean consistentes. Ejemplo de lo anterior son los procesos de inversión público-privada en telecomunicaciones y en concreto en el caso de Teléfonos de México, en el que se vendieron acciones de la sociedad y se otorgó una concesión a la empresa. En el caso del sistema satelital, como ya lo referimos previamente, se vendieron activos y se otorgaron concesiones. En el caso del sistema portuario mexicano, se constituyeron las administraciones portuarias integrales como sociedades anónimas de capital variable con el carácter de empresas paraestatales y éstas licitaron la celebración de contratos de cesión parcial de derechos de concesión, para el uso, aprovechamiento y explotación de los recintos portuarios. Solo hubo un caso, el de la Administración Portuaria Integral de Acapulco, S.A. de C.V., en el que se enajenaron las acciones al sector privado, considerando las reducidas capacidades del puerto.

En el mismo orden de ideas, en el caso del sistema ferroviario, se constituyeron tres empresas paraestatales bajo la figura de sociedad anónima de capital variable y entre ellas, constituyeron una cuarta sociedad titular de la concesión sobre las líneas férreas y la prestación del servicio ferroviario en el Valle de México. En este caso, el proceso de inversión público-privada se llevó a cabo mediante la enajenación de la mayoría del capital social de cada una de las tres líneas (Noreste, Golfo y Sureste), con la intención, por parte del Gobierno Federal, de mantener un porcentaje minoritario (y con voto limitado) de esas sociedades para eventualmente colocarlo entre el gran público inversionista. Con el tiempo, cada uno de los participantes ganadores de las licitaciones respectivas adquirió la totalidad de las

⁴⁴ Exposición de motivos de la Ley de Asociaciones Público Privadas.

acciones que fueron propiedad del Estado por los motivos que previamente he señalado.

Por lo que al sector carretero se refiere, podemos distinguir tres importantes etapas en las que se han llevado a cabo procesos de asociación público-privada. Una primera etapa, que inició con la publicación en el DOF de la LCPAF, el 22 de diciembre de 1993 y que concluyó con el rescate de las concesiones carreteras, mediante la publicación en el DOF, el 27 de agosto de 1997, del “Decreto por el que se declaran de utilidad e interés público y se rescatan cada una de las concesiones que en el mismo se indican” creándose el FARAC, a cuyo patrimonio se afectarán inicialmente las 23 concesiones sobre autopistas objeto del rescate carretero.

Una segunda etapa, que inicia con la publicación en el DOF, el 7 de febrero de 2008, del “Decreto por el que se ordena la creación del Fideicomiso Fondo Nacional de Infraestructura”; y una tercera etapa, que inicia con la publicación, en el DOF, de la LAPP, el 16 de enero de 2012, y de su Reglamento, el 5 de noviembre de 2012.

Por lo que concierne al final de la primera etapa, es conveniente hacer algunas consideraciones en torno al efecto negativo que para el desarrollo de la infraestructura nacional tuvo en su momento, el rescate carretero.

Como he apuntado previamente, aun cuando se continuaron llevando a cabo proyectos bajo el esquema de inversión público-privada después del rescate carretero, se produjo una reducción de la inversión privada en infraestructura pública, como consecuencia de una situación económica adversa, por un lado, pero también como efecto de la incertidumbre para los inversionistas, financiadores y para el propio Estado, resultante de la evidente falta de viabilidad económica del proyecto de inversión público-privada en autopistas concesionadas.

Ante esa situación, el Gobierno Federal adoptó diversas acciones para reactivar la participación del sector social y/o privado en la infraestructura pública y que fueron: (i) la creación del FONADIN, un fideicomiso público no paraestatal, resultado de la conjunción del FINFRA creado el 7 de diciembre de 1995, y el FARAC, (ii) una

segunda generación de esquemas de inversión público-privada utilizándose mecanismos como los PPS, y (iii) la aportación de recursos financieros a proyectos de infraestructura, tanto a través de otorgamiento de créditos con tasas de interés preferenciales, otorgamiento de garantías e inclusive, aportaciones de recursos a fondo perdido, con la finalidad de hacer viable y atractiva la inversión social y/o privada en diversos proyectos de infraestructura, especialmente en el sector carretero. Como veremos más adelante, este mecanismo se utilizó también para el desarrollo de infraestructura prioritaria como es el caso de los sectores de agua, salud, educación, transporte urbano y para la construcción de centros administrativos y centros de readaptación social, entre otros.

En resumen, podríamos considerar que la participación del sector social y/o privado en actividades que originalmente desarrollaba el sector público se puede dividir en dos grandes rubros. El primero, el de la desincorporación y privatización de entidades paraestatales, cuyas actividades no requerían de la utilización de bienes del dominio público o no implicaban la prestación de servicios públicos, que en los términos de la legislación aplicable requirieran, de concesiones, permisos y/o autorizaciones por parte del Estado, y en el que los bienes adquiridos por los particulares pasaban en propiedad absoluta a los mismos sin la condición de tener que devolverlos al Estado en un plazo determinado.

El segundo, el de la inversión público-privada, que tuvo a su vez distintas etapas y esquemas y que para su desarrollo se requirió modificar la CPEUM, promulgar diversas leyes específicas, expedir reglamentos, así como otorgar concesiones, permisos y autorizaciones por parte del Estado y para cuyo desempeño se utilizaban bienes del dominio público y/o se prestaban servicios de este mismo orden con el compromiso y la obligación del sector privado, de devolver la infraestructura al Estado al vencimiento del plazo pactado.

Dentro de este segundo grupo, también podemos encuadrar esquemas mixtos de desincorporación y privatización de bienes que fueron del dominio público de la Nación y que adquirió el sector social y/o privado sin la obligación de devolverlos al Estado, pero para cuya explotación se requirió del otorgamiento de concesiones,

permisos y/o autorizaciones, como fue el caso del proceso de desincorporación del sistema satelital mexicano, en el que los adjudicatarios adquirieron los satélites y la infraestructura para su operación o que otorgaron al Estado un derecho de preferencia para readquirir a valores del mercado y/o en arrendamiento, activos, como es el caso del proceso de apertura a la inversión del sistema ferroviario mexicano, que en los títulos de concesión otorgados se incluyen estos derechos de preferencia en favor del Estado. De igual manera, en este grupo de inversiones público-privadas, se incluye la celebración de los PPS, para cuya operación se requería del otorgamiento de concesiones, permisos y/o autorizaciones como es el caso de carreteras. Algunos PPS no requerían de concesiones cuando los servicios prestados no necesitaban de un bien del dominio público, tal es el caso de hospitales y plantas de tratamiento de agua que se ubicaban en inmuebles adquiridos por el sector privado.

CAPÍTULO II

Problemática de las Inversiones Público-Privadas.

1. Diversidad de visiones. Las decisiones políticas y las decisiones técnicas, económicas y de beneficio social.

Desde el inicio del desarrollo de proyectos de inversión público-privada, se presentaron problemas que no pudieron ser previstos por quienes tuvieron a su cargo la implementación de este esquema.

Si bien la curva de aprendizaje en estos proyectos ha sido muy importante, no hay manera de poder contar con esquemas perfectos, pues continuamente se producen cambios de diversos órdenes según el país, el tiempo en el que se lleven a cabo y las áreas específicas que inciden en los proyectos de infraestructura tanto los de orden político-social, económico-financiero, técnico y jurídico.

En México hemos desarrollado esquemas de inversión de esta naturaleza, que en su momento fueron ejemplo para otros países en Latinoamérica y que hoy en día han sido modificados o sustituidos por otros que ofrecen mejores alternativas para la Coinversión Plurisectorial Eficiente. En México, con el cambio de gobiernos y de políticas de Estado, desgraciadamente una parte importante de la experiencia acumulada de un gran número de proyectos se ha desechado para dar paso a prácticas de inversión en infraestructura, que fueron superadas hace muchos años por no ofrecer las ventajas y mejores beneficios para el Estado y para los desarrolladores, inversionistas y financiadores, contraviniéndose así el mandato del artículo 134 de la CPEUM, de obtener las mejores condiciones para el Estado.

2. Deficiencias estructurales.

A pesar de las diferencias culturales, político-sociales, económicas, técnicas y jurídicas que presentan los países que hacen uso de este esquema, los problemas para el desarrollo de proyectos de inversión público-privada son en mayor o menor medida similares y obedecen a causas endógenas y exógenas que impiden o limitan la realización de estos proyectos, constituyendo barreras de entrada a la Coinversión Plurisectorial Eficiente, entre las que destacan, en nuestro País, las siguientes:

- a) La falta de experiencia en los funcionarios públicos que estructuran los procesos correspondientes;
- b) Falta de proyectos;
- c) Asignaciones directas;
- d) Falta de regulación adecuada;
- e) Regulación inconsistente;
- f) Abuso de poder;
- g) Falta de tiempo suficiente para la promoción de los proyectos;
- h) Falta de liberación oportuna y adecuada de derechos de vía;
- i) Obtención de financiamiento;
- j) Falta de políticas públicas claras;
- k) Procesos con un análisis deficiente;
- l) Licitaciones que no cuentan con proyectos definitivos o suficientes para evaluar adecuadamente la inversión;
- m) Falta de estudios de demanda adecuados y suficientes;
- n) Contratos incompletos o poco claros;
- o) Exceso de facultad discrecional del Estado;
- p) Medios adecuados para la resolución de controversias que otorguen certeza jurídica a las partes sobre la imparcialidad del juzgador;

- q) Insuficiente participación de los financiadores en los contratos, que les permita ejercer ciertos derechos como el de “*step in right*”⁴⁵ y tener acceso a la administración, aunque sea temporal de la inversión privada en el proyecto;
- r) Inadecuada valoración previa del proyecto respecto de sus alcances, requerimientos, valor por el dinero, necesidad de subsidios estatales etc.;
- s) La participación dual del Estado como juez y parte;
- t) Corrupción;
- u) Falta de incentivos positivos y debidamente alineados y generación de incentivos perversos;
- v) Control tarifario del Estado;
- w) Falta de tarifas integradas cuando confluyen diversos tipos de infraestructura;
- x) Incertidumbre en las inversiones derivadas de políticas públicas que restringen o concluyen proyectos previamente otorgados;
- y) Crimen organizado;
- z) Restricciones a la libre competencia;
- aa) Restricciones a los procedimientos de reequilibrio económico en los proyectos.

En adición a lo anterior, las deficiencias en el proceso de selección del proyecto, en la determinación de los plazos, la estructuración e implementación de los mismos, en los procesos de adjudicación y en el seguimiento del cumplimiento de las obligaciones de los particulares y del Estado, tienen diversas consecuencias que afectan a las partes y especialmente al proyecto y, en consecuencia, a los terceros que deberían recibir el beneficio del mismo.

Entre los efectos negativos antes aludidos, caben destacar: i) declaración de licitaciones desiertas, (ii) imposibilidad de liberar derechos de vía en tiempo y forma, (iii) incrementos en costos, por obras adicionales y cambios de trazo, (iv) falta de

⁴⁵ “Son derechos de intervenir en diversos grados en la administración y control de los proyectos en caso de incumplimiento del acreditado.”

recursos para llevar a cabo el proyecto en el plazo establecido, (v) ofrecimientos imposibles de cumplir por parte de los participantes ganadores de las licitaciones, (vi) ajustes al proyecto ejecutivo e incremento del costo de la construcción, operación y/o mantenimiento de la infraestructura, (vii) rescate de concesiones con la finalidad de proteger al sistema financiero y a la economía del país, (viii) deficiencias en el diseño y construcción de los proyectos que los hacen inviables para la operación, (ix) pérdidas de las empresas adjudicatarias de los contratos y/o concesiones, suspensiones de pagos y quiebra de las mismas, (x) cálculos de aforo y pagos deficientemente evaluados, (xi) falta de demanda derivada de tarifas altas y dificultad o imposibilidad de acceso a la infraestructura, (xii) reclamos sociales por no considerar la participación de las comunidades que pueden resultar afectadas por el proyecto y su manipulación económica y política por grupos de interés que desean beneficiarse del proyecto o impedir su realización.

Lo anterior es una clara materialización de las políticas extractivas, a partir de las cuales se han estructurado muchos países, entre ellos, México, y que no hemos logrado superar. Mas aún, esta administración ha incentivado ésta muy poco deseable práctica.

3. La problemática social de la infraestructura.

3.1 Consideraciones generales sobre el tema.

Hoy en día tanto en México como en otros países y en instituciones internacionales, se plantea la necesidad de que la inversión público-privada considere de manera esencial su alcance social y los efectos en la población en general y especialmente, en la que resulta más vulnerable económica y socialmente.

La Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas, emitió el 12 de junio de 2020, un proyecto para discusión y comentarios en relación al sentido social que deben de incorporar los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente. Lo anterior, como parte de la implementación de la Agenda de las Naciones Únicas

2030 para el Desarrollo Sustentable, conforme al principio de “People first Public-Private Partnerships”.

El documento antes referido propone una nueva visión de las inversiones público-privadas considerando los retos y limitaciones de éstas, dadas la necesidad de infraestructura y la limitación de recursos.

El planteamiento de este documento se reduce a reconsiderar las inversiones público-privadas no solo como una herramienta de financiamiento, sino también como un instrumento que también proporcione un valor añadido para las personas y para el planeta. Es decir, considerar su valor y efecto social y no solamente su impacto económico.⁴⁶ En el documento citado se propone una evaluación metodológica que sirva de guía a las inversiones público-privadas que se estructuren conforme a esta nueva visión de “las Personas Primero”.

Lo anterior, tiene un doble efecto, en primer lugar, establecer una serie de principios rectores para la estructuración de proyectos a partir de esta nueva visión social de las inversiones público-privadas y, en segundo, permitir evaluar su desempeño y el cumplimiento de las metas de esta propuesta.

El concepto de “las Personas Primero”, se basa en cinco principios rectores: (i) acceso y equidad, (ii) efectividad económica, (iii) replicabilidad, (iv) sustentabilidad ambiental y adaptación al entorno y (v) compromiso de los inversionistas⁴⁷.

No deja de resultar paradójico el que hoy en día se pretendan legitimar los proyectos de infraestructura por su impacto social cuando es función primigenia del Estado proveer a la sociedad de bienes y servicios que le permita desarrollarse, mejorar sus condiciones de vida y fomentar su crecimiento, es decir, la actividad del Estado *per se* conlleva un fin social de manera intrínseca.

⁴⁶ United Nations Economic Commission for Europe, *Working Party on Public-Private Partnership (WP PPP) Draft*, UNECE People-first PPP, Impact Assessment Tool, Implementing the United Nations, 12 de Junio de 2020. I. Avant Propos, numerales 11 a 15.

⁴⁷ *Ibidem*, numerales 21 y 27 a 29.

El artículo 25 Constitucional es sin duda el fundamento legal primario para los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en infraestructura. Los párrafos cuarto, sexto y séptimo del artículo antes señalado establecen:

“Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.”

“Así mismo podrá participar por sí o con los sectores social y privado, de acuerdo con la ley, para impulsar y organizar las áreas prioritarias del desarrollo.”

“Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.”⁴⁸

3.2 El sector social y privado.

En relación con lo anterior, me parece pertinente hacer una consideración respecto de la utilización de los términos “sector social” y “sector privado” que se contienen en el artículo constitucional mencionado. ¿cuál es la diferencia específica entre el sector social y el sector privado?, ¿por qué es necesario hacer esta diferenciación y elevarla al rango constitucional?, ¿estos sectores tienen derechos distintos entre ellos?

La primera conclusión a la que podemos llegar conforme al artículo 25 Constitucional, es que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional y que éste conducirá, coordinará, y orientará la actividad económica del país y llevará

⁴⁸ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 25, párrafos cuarto, sexto y séptimo, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

al cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de las libertades que otorga la CPEUM. La segunda conclusión es que para el desarrollo económico nacional concurrirán el sector público, el sector social y el sector privado. La tercera conclusión es que el único elemento permanente en la concurrencia citada es el sector público, pudiendo participar conjunta o indistintamente los sectores social y privado.

Evidentemente no es posible pensar que las personas que conforman un sector y otro son mexicanos que tienen derechos diferentes y, en consecuencia, un trato jurídico diferenciado en tanto ciudadanos mexicanos. La definición de “sector social” se contiene en la Ley de la Economía Social y Solidaria, Reglamentaria del Párrafo Séptimo del Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su artículo 3º se refiere al sector social de la economía como “... un sistema socioeconómico creado por organismos de propiedad social, basados en relaciones de solidaridad, cooperación y reciprocidad, privilegiando al trabajo y al ser humano, conformados y administrados en forma asociativa, para satisfacer las necesidades de sus integrantes y comunidades donde se desarrollan, en concordancia con los términos que establece la presente Ley.”⁴⁹.

El artículo 4º del mismo ordenamiento establece que: “El sector social de la Economía estará integrado por las siguientes formas de organización social:

- a) Ejidos;
- b) Comunidades;
- c) Organizaciones de trabajadores;
- d) Sociedades Cooperativas;
- e) Empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores; y

⁴⁹ Ley de la Economía Social y Solidaria Reglamentaria del Párrafo Octavo del Artículo 25 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en lo referente al sector social de la economía, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

- f) En general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.”⁵⁰

El concepto de “bienes y servicios socialmente necesarios” es evidentemente subjetivo e impreciso y en él caben un muy alto número de bienes y servicios que son prestados por diferentes sociedades y asociaciones de diferente naturaleza, entre ellas, las mercantiles.

En conclusión, en mi opinión, la diferenciación del sector social y del privado obedece más a un criterio político que técnico y económico y, evidentemente, jurídico, que considera como sector social a personas y organizaciones con o sin personalidad jurídica, que se asume se encuentran en situación vulnerable por su nivel de desarrollo y de satisfacción de necesidades básicas, lo cual, si bien es cierto en la mayoría de los casos, en otros es claramente cuestionable.

3.3 El desplazamiento forzado por proyectos de desarrollo.

Un efecto de especial relevancia en el desarrollo de proyectos de infraestructura, tanto pública como de Coinversión Plurisectorial Eficiente, es el desplazamiento forzado de personas y comunidades completas cuando se ven obligadas a abandonar su lugar de residencia habitual por factores ajenos a su voluntad, derivados de iniciativas de desarrollo planeado por instituciones del Estado, trasladándose a un nuevo sitio, sin cruzar una frontera internacional⁵¹.

El impacto social en los proyectos de infraestructura se ha convertido en la actualidad en un elemento fundamental que debe ser analizado y evaluado en la más temprana etapa de los mismos.

⁵⁰ *Ibidem*, artículo 4º

⁵¹ Domínguez J. Carlos, *Desplazamiento Forzado por Proyectos de Desarrollo: Retos para la Cooperación Internacional en América Latina*, Cuadernos de Cooperación Internacional y Desarrollo, Instituto Mora, Conacyt y Universidad Panamericana, p. 9.

Cabe señalar, que tanto en México como en el resto de Latinoamérica, la información pública y los estudios sobre el desplazamiento forzado por proyectos de desarrollo son muy limitados, principalmente por la falta de políticas públicas sobre el particular y por la justificación, inadmisibles desde mi punto de vista, de que todos los proyectos de infraestructura deben considerarse de “utilidad pública” y hoy en día, en nuestro país, de seguridad nacional por sus beneficios logísticos, económicos, sociales, ambientales y para garantizar la integridad o soberanía del Estado, ocultándose los daños colaterales que los mismos causan a personas y comunidades que regularmente no cuentan con recursos económicos, políticos y/o sociales suficientes, para defender sus intereses frente al Estado, que regularmente hace valer su peso frente a los individuos para llevar a cabo los proyectos que ha planeado y que en muchas ocasiones tienen, desafortunadamente, un fondo de carácter político que solo beneficia al gobierno actuante, ya sea a nivel federal, estatal o municipal y/o a grupos de interés político y/o económico. Cabe señalar que la evaluación del costo-beneficio de carácter social suele llevarse a cabo a nivel nacional o regional, pero no a escala local, donde principalmente se manifiestan los efectos negativos de los proyectos de infraestructura.

Otro argumento utilizado regularmente por el Gobierno para sobreponer a los intereses individuales o de comunidades la realización de proyectos de infraestructura, es el de la urgencia derivada de las deficiencias que enfrenta nuestro país en el sector de infraestructura, el retraso del desarrollo nacional que ello representa y la necesidad de incrementar las inversiones en infraestructura que claramente es insuficiente en los países latinoamericanos, quienes debieran destinar entre el 4% y 5% de su producto interno bruto para poder ser competitivos con países desarrollados⁵².

El tercer argumento regularmente utilizado para los efectos referidos en el párrafo anterior ha sido el de seguridad nacional, en donde nuevamente el discurso se fundamenta en los efectos globales sin considerar el impacto local del desarrollo de los proyectos respectivos causará en una población específica.

⁵² *Ibidem*, p. 11

Sobra decir que los argumentos antes señalados han sido y son utilizados de manera reiterada en sistemas políticos con tendencias autoritarias, los cuales inclusive, han incluido en su discurso político, pero no en la acción, la necesidad de realizar evaluaciones de impacto social y cuidar los intereses de las poblaciones locales. En México tenemos varios ejemplos tanto en el pasado como en la actualidad, en donde los proyectos de infraestructura no han considerado una evaluación de impacto social o en donde este concepto y su materialización han sido manipulados por el gobierno actuante para cubrir las formas y aprovechar en su beneficio, evaluaciones sesgadas o incompletas.

Scott Robinson señala que en México había muy pocos mecanismos compensatorios para mitigar o negociar mejores términos frente a un patrón de impunidad selectiva en relación a las comunidades reasentadas, una situación inducía respuestas radicales, a veces armadas, con la consecuente intervención de las fuerzas militares o policiacas. El reasentamiento de comunidades rurales se conseguía a través de coerción, dinero e interpretaciones legales discrecionales.⁵³

Sobre este particular, cabe señalar que no son los proyectos de infraestructura por sí mismos el problema, sino la inadecuada planeación, análisis y evaluación de los mismos y de su impacto en diversas áreas, entre ellas, la social.

Cabe señalar que en México la evaluación del impacto social de los proyectos de infraestructura se limitaba a las afectaciones de comunidades indígenas. Así, el artículo 2º apartado B, fracción IX de la CPEUM, establece la obligación de la Federación, estados y municipios de “Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.”⁵⁴ En este orden de ideas, México suscribió el Convenio No. 169 sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes adoptado en Ginebra, Suiza el 27 de junio de 1989 y ratificado por nuestro País el 5 de septiembre de 1990 que establece la

⁵³ Robinson, Scott, “The Experience with Dams and Resettlement in Mexico”, World Commission on Dams, 1999, disponible en: <https://www.irn.org/files/pdf/mexico/Resettlement.pdf>

⁵⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 2º, apartado B, fracción IX, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm> .

obligación de reconocer el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que ocupan, el derecho que tienen sobre los recursos naturales existentes en sus tierras y el compromiso de no trasladarlos de las tierras que ocupan y en los casos de excepción en los que su traslado y reubicación sean necesarios, se efectúen únicamente con su consentimiento, buscando siempre su posible regreso y de ser inviable, deberán recibir tierras de una calidad y estatuto jurídico al menos igual a las que tenían. Adicionalmente, se establece la obligación de indemnizar a las personas trasladadas y reubicadas por pérdidas o daños que hayan sufrido por el desplazamiento.

La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala en su artículo 10, que los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras y territorios sin su consentimiento libre, previo e informado, debiendo mediar siempre un acuerdo previo en relación a la indemnización justa y equitativa y cuando ello sea posible, la posibilidad de su regreso.

Finalmente cabe mencionar a las leyes estatales de consulta indígena y al proyecto de la Ley General de Consulta de los Pueblos y Comunidades Indígenas y Afromexicanas.

No fue sino hasta que se publicó en el DOF con fecha 1º de junio de 2018, el Acuerdo por el que se emiten las Disposiciones Administrativas de Carácter General sobre la Evaluación de Impacto Social en el Sector Energético que la evaluación del impacto social se generalizó para todas las comunidades, aunque no fueran indígenas.

En la Guía Práctica para la Preparación de Proyectos de Asociaciones Público-Privadas, elaborada por Banobras, refiriéndose al impacto social de estos proyectos, se señala que no es una práctica común en México que se lleve a cabo un análisis de personas y grupos involucrados en los proyectos correspondientes y reconoce la importancia de contar con información adecuada de los intereses, recursos y conflictos potenciales que pueden tener los involucrados con el mismo y propone la realización de encuestas, grupos focales, reuniones con líderes de

grupos de actores involucrados y análisis históricos, así como la elaboración de un plan de participación de las partes interesadas⁵⁵.

En conclusión, resulta indispensable la realización de una evaluación de impacto social que permita medir los efectos locales, regionales e inclusive estatales y nacionales, generados por el desarrollo de cualquier proyecto de infraestructura, a efecto de: i) mitigar los efectos negativos del desplazamiento involuntario de personas y comunidades; ii) identificar categorías de personas afectadas; iii) identificar y diseñar posibilidades de compensación y oportunidades de desarrollo; iv) registrar y monitorear transacciones para asegurar la transparencia en la toma de decisiones y en la aplicación de compensaciones a los afectados, v) evaluar y monitorear los resultados del plan que se implemente como resultado de la evaluación señalada.

Me parece oportuno señalar, aunque parezca obvio que, en muchas ocasiones, la realización de proyectos de la naturaleza que nos ocupa pueden generar beneficios a una importante parte de la población, pero afectar a otra. Regularmente, se miden los beneficios a través de las metodologías previamente señaladas, pero en pocas ocasiones, se evalúan los efectos negativos en otros sectores de la población, lo cual ha generado a nivel internacional, una corriente de concientización y la materialización de ésta en disposiciones jurídicas como consecuencia de lo anterior, en las que los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente deben considerar en primer lugar a las personas y no a los beneficios económicos que generan.

No cabe duda, que a pesar de la obligación esencial del Estado de satisfacer las necesidades de su población, los esquemas de Coinversión Plurisectorial Eficiente, han ido perdiendo el sentido social convirtiéndose en instrumentos para el financiamiento de proyectos de infraestructura, que desafortunadamente en muchos países como el nuestro, obedecen más a intereses económicos de gobernantes y privados que a la satisfacción integral de una necesidad social.

⁵⁵ Banobras, Guía Práctica para la Preparación de Proyectos de Asociaciones Público-Privadas, México, 2020, p. 42.

Retomando las ideas de Acemoglu y Robinson, cuando un país tiene instituciones económicas extractivas, favorecerá el desarrollo de proyectos de infraestructura extractivos. En el extremo opuesto, en los países con instituciones inclusivas, se llevarán a cabo proyectos que adoptarán esta característica y que sin lugar a dudas tendrán una mayor probabilidad de éxito que los anteriores.

4. El lado oscuro de las inversiones público-privadas.

Este trabajo esencialmente muestra la forma, términos y condiciones conforme a los cuales se estructuran y realizan en México los proyectos de Coinversión Plurianual Eficiente, especialmente en el sector carretero, la problemática que éstos presentan y sus posibles soluciones, así como las alternativas para su mejor promoción, estructuración y desarrollo. todo lo anterior, con base en mi experiencia como asesor legal tanto del sector público como del social y/o privado y de los financiadores de esta clase de proyectos. Sin embargo, considero indispensable incluir un apartado, en el cual se hagan diversas consideraciones en torno a uno de los más importantes problemas que presenta en nuestro país en todos sus niveles y que se materializa de manera muy clara en el sector de la infraestructura y que es, por supuesto, la corrupción.

El título décimo del Código Penal Federal establece los delitos por hechos de corrupción. Entre ellos, los siguientes tipos penales son los más recurrentes en las actividades vinculadas con la realización de proyectos de infraestructura y dentro de éstos, los que se realizan bajo el esquema de Coinversión Plurisectorial Eficiente: i) abuso de autoridad, especialmente tratándose de la negativa injustificada o del retraso en la prestación a particulares del servicio a que el funcionario público se encuentra obligado o la tramitación de cualquier solicitud de los primeros, ii) uso ilícito de atribuciones y facultades y, de manera especial, el otorgamiento ilícito de concesiones para prestación de servicios públicos o para el uso, aprovechamiento y explotación de bienes del dominio público, el otorgamiento o contratación de obras públicas, adquisiciones y arrendamientos, enajenación de bienes o servicios con

recursos públicos, negarse a otorgar o a contratar concesiones, contratos de obras públicas, adquisiciones, arrendamientos y servicios, existiendo los requisitos establecidos por la ley, el incumplimiento en la administración y verificación del cumplimiento de concesiones, permisos, asignaciones o contratos a los particulares, contratistas, concesionarios, permisionarios o asignatarios que, para obtener un beneficio para sí o para un tercero, generen o utilicen información falsa sobre los beneficios que obtenga u oculte información sobre dichos beneficios o rendimientos cuando se encuentre obligado a entregarlos a la autoridad; iii) concusión o exacción ilegal (el funcionario público pide un pago para sí o para un tercero), iv) ejercicio abusivo de funciones, especialmente, cuando ilícitamente se otorguen contratos, concesiones, permisos, licencias, autorizaciones, franquicias, exenciones o se realicen compras o ventas que beneficien económicamente al servidor público, a su cónyuge, ascendientes o descendientes y parientes consanguíneos o por afinidad hasta el cuarto grado o a terceros, que tengan vínculos afectivos, económicos, de dependencia administrativa, socios o sociedades en las que el servidor público participe; v) tráfico de influencias, vi) cohecho, especialmente cuando el servidor público solicite o reciba ilícitamente dinero o beneficios para hacer o dejar de hacer un acto propio de sus funciones. Este delito incluye a quienes ofrezcan o entreguen ilícitamente dinero o beneficios a un servidor público para que haga u omita un acto propio de sus funciones, los legisladores que para efectos del PEF, gestionen o soliciten asignación de recursos o el otorgamiento de contratos de obra pública o de servicios a favor de personas físicas o morales, y vii) enriquecimiento ilícito.

Como podemos constatar con la diversidad de tipos penales relacionados con la corrupción, ésta tiene múltiples facetas que desafortunadamente se materializan de manera reiterada en nuestro país, de suerte que se ha vuelto una práctica común y no una excepción, especialmente en la realización de proyectos de infraestructura, tanto aquellos que hace directamente el Estado, como los que se llevan a cabo a través de una Inversión Plurisectorial Eficiente. Por supuesto que no podemos generalizar el uso de esta viciada práctica en todos los proyectos de esta naturaleza, pero tampoco podemos soslayar la existencia de actos de corrupción en este sector

que, como se señala en este trabajo, es una de las más importantes barreras de entrada a la inversión en la realización de obras de infraestructura, especialmente a través de esquemas de coinversión.

En lo personal, me parece inaceptable que el término de “corrupción” se atribuya, de manera casi exclusiva, a los funcionarios públicos, como si estos actos se llevaran a cabo de manera unilateral, siendo que, para su realización, necesariamente se requiere de la participación de otra parte, regularmente, en la experiencia nacional, del sector social y/o privado.

Me parece pertinente, para efectos ilustrativos, referirme a dos casos que muestran claramente la coparticipación del sector público y del sector social y/o privado, en la comisión de los delitos antes referidos.

Uno de ellos se llevó a cabo en una sala de juntas de una, entonces reconocida firma de abogados, en la que un funcionario público de un gobierno local solicitó a un potencial concesionario, aportar recursos económicos por una importante suma en dólares americanos, a una cuenta en Singapur, aprovechando las ventajas fiscales que en aquel momento ofrecía este país y cuya finalidad última era apoyar una campaña política. No es extraño en nuestro país, que funcionarios públicos, realicen actos de corrupción para el financiamiento de campañas políticas. Lo que sí es de llamar la atención, es que muchos de ellos no consideran que cometen un ilícito, tomando en cuenta el fin político que persigue. Afortunadamente el proyecto no se llevó a cabo por la empresa que yo asesoraba en ese tiempo y se asignó a otro participante.

En el segundo, un organismo multilateral participó como asesor para el desarrollo de un proyecto de transporte urbano para un gobierno local. Se llevaron a cabo todas las acciones necesarias en términos de ley para preparar la licitación pública correspondiente y se hicieron todos los estudios y análisis económico-financieros, técnicos y jurídicos para la realización del proceso respectivo. Pocos días antes de la publicación de la convocatoria, la autoridad local solicitó que un tercero revisara los documentos que se habían elaborado. Las propuestas de modificación al proceso claramente tenían como finalidad que el fallo resultara favorable a uno de

los participantes, quien, en adición, se encontraba en incumplimiento de otro contrato con el gobierno de dicha entidad federativa. Después de reuniones con el director de América Latina de este organismo multilateral, se decidió notificar al gobierno de esa entidad la intención de dejar de asesorarlo en ese proceso. El resultado del mismo fue la adjudicación de una concesión a una empresa que no solo no reunía los requisitos mínimos de carácter técnico y económico-financiero propuestos por nosotros, sino que además se encontraba en incumplimiento de un contrato celebrado con la misma autoridad.

Un caso más se derivó de una relación profesional con una reconocida firma de construcción brasileña, que por supuesto, en ese momento no solo no había sido cuestionada jurídicamente sobre sus métodos y procedimientos de contratación, sino que era una de las más importantes empresas constructoras que participaban en proyectos de infraestructura de gran envergadura en México y el extranjero.

Durante el tiempo que presté servicios a esta sociedad, todos los procesos en los que participábamos, se hacían con apego a derecho y, en lo personal, nunca vi ningún acto que pudiera cuestionar la licitud de las contrataciones en las que esta empresa estaba involucrada, hasta que uno de sus funcionarios me solicitó la emisión de una opinión legal en términos y condiciones inconsistentes con la realidad jurídica sobre del asunto que nos había sido encomendado. Ante mi negativa, la empresa referida dejó de solicitarme la prestación de servicios legales.

De igual manera, ha sido recurrente la realización de actos cuya legalidad es claramente cuestionable, en los procesos para la contratación de asesores para la realización de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente que llevan a cabo diversas dependencias del Gobierno Federal, a través de la invitación a cuando menos tres personas, con fundamento en la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas. En muchas ocasiones, la autoridad correspondiente selecciona a un proveedor de servicios, regularmente integrado por asesores en materia económico-financiera, técnica y jurídica e invita a participar a tres o cuatro empresas de asesoría, sabiendo de antemano que el contrato le será otorgado a la previamente elegida. Lo anterior al grado de que el grupo asesor previamente

determinado por la dependencia solicitaba la participación de otros asesores en el proceso correspondiente, en el entendido de que no lo ganarían y únicamente participaban para cubrir el requisito de ley.

En este orden de ideas, en diversas ocasiones la autoridad solicitaba que el participante ganador de un concurso contratara como asesor a una persona física o moral determinada, cuyos honorarios eran pagados por el primero sabiendo tanto la autoridad como la empresa privada, que los honorarios ya se encontraban agregados a la oferta ganadora.

Otro ejemplo que a la fecha es una práctica aceptada por el sector de infraestructura, tanto por el Gobierno Federal como por el sector social y privado, y que constituye sin lugar a dudas una simulación, es la contratación de los supervisores de obra y de operación, cuya participación en los proyectos de infraestructura es mandatoria conforme a distintas disposiciones legales, entre ellas, la LAPP, que en sus artículos 125 y 126 establecen que la supervisión de la prestación de los servicios, en su caso de la ejecución de la obra y, en general, del cumplimiento y desarrollo del proyecto de asociación público-privada, corresponderá exclusivamente a la dependencia o entidad contratante y se realizará conforme a las disposiciones que resulte aplicables así como en lo pactado en el contrato celebrado.

Actualmente, los contratos APP que se han celebrado para la realización de proyectos carreteros, utilizan una suerte de cláusula modelo para regular la supervisión en los términos de las disposiciones antes referidas. En esta cláusula, se establece que el fideicomiso de administración y fuente de pago que regularmente se celebra en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente para asegurar la adecuada aplicación de los recursos económico-financieros, será el que contrate al supervisor que haya sido previamente aprobado por la dependencia convocante. El pago de los honorarios del supervisor corre a cargo del proyecto y se cubre a través del fideicomiso antes referido. En la práctica la dependencia correspondiente no lleva a cabo un proceso de licitación conforme a ley para designar al supervisor, toda vez que su contratación corre a cargo del

fiduciario del fideicomiso antes mencionado y su pago no proviene de recursos públicos.

Para la designación del supervisor, el concesionario y/o el titular del contrato correspondiente, conforme al cual se estructure el proyecto de coinversión, propone una terna a la dependencia convocante y ésta elige a uno de ellos que cumpla con ciertos requisitos mínimos, en otras ocasiones la dependencia o entidad convocante los designa y el adjudicatario del proyecto los contrata a través del fideicomiso referido. Lo anterior que pareciera una práctica transparente, constituye un acto de cuestionable legalidad, pues uno de los integrantes de la terna, que resultará el ganador, ha sido directa o indirectamente designado por la autoridad convocante y puede interpretarse como un fraude a la ley.

Si bien las prácticas antes referidas constituyen una clara violación a la ley y se pueden ubicar dentro de cualquiera de los tipos penales que en materia de corrupción hemos mencionado previamente, su efecto económico, aun cuando puede ser importante, no puede compararse con el que otras prácticas de esta naturaleza tienen en el patrimonio del Estado y que esencialmente se reducen al otorgamiento de concesiones o contratos mediante los cuales el sector social y/o privado realizan proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, a través de adjudicaciones directas cuya legalidad es enormemente cuestionable, o bien, mediante la simulación de procedimientos de licitación o concurso o de invitación a cuando menos tres personas, en los que la dependencia o entidad convocante decide quién llevará a cabo el proyecto correspondiente, independientemente de que el mismo no otorgue las mejores condiciones económicas conforme a lo dispuesto en el artículo 134 de la CPEUM y generándose beneficios indebidos en favor de funcionarios y/o de grupos de interés político o económico.

Si bien prácticas como la antes señalada se han llevado a cabo en nuestro país a lo largo de muchísimas décadas, centraremos nuestras consideraciones sobre este particular a las que se realizan en torno a proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

La seguridad pública como excusa.

He tenido la oportunidad de participar en diversos proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en los cuales he podido observar en su definición, estructuración, proceso de licitación o concurso, términos y condiciones de las concesiones o contratos, el interés de la dependencia o entidad convocante de que sea un participante en específico el que resulte ganador del mismo, más aún, he tenido conocimiento de la solicitud de autoridades, de no llevar a cabo acciones legales para inconformarse con el fallo de un proceso de licitación.

Una práctica nociva que en relación a este tipo de proyectos se ha llevado a cabo en el sector carretero, ha sido la asignación de concesiones o adjudicación de contratos por parte del Gobierno Federal a gobiernos estatales y la posterior adjudicación de contratos de estos últimos a empresas del sector social y/o privado, para el cumplimiento de las concesiones o contratos así adjudicados.

La LCPAF, en su artículo 30, segundo párrafo, establece que: “Excepcionalmente la Secretaría podrá otorgar concesión a los gobiernos de los estados o a entidades paraestatales sin sujetarse al procedimiento de concurso a que se refiere esta Ley. Cuando la construcción u operación de la vía la contrate con terceros deberá obtener previamente la aprobación de la Secretaría y aplicar el procedimiento de concurso previsto en el artículo 7 de esta Ley.”⁵⁶

A pesar de lo dispuesto en el ordenamiento antes señalado, una vez otorgadas las concesiones a los gobiernos estatales, el cumplimiento del mismo ha sido materia de muchos cuestionamientos, toda vez que las entidades paraestatales no siempre cumplen con la licitación pública que establece el artículo citado, aplicando procedimientos de adjudicación directa, invitación restringida, o bien, manipulando las licitaciones públicas para que finalmente resulte ganador la empresa favorecida por el gobierno estatal.

A nadie le resulta extraño que cada gobierno tanto el federal, como los estatales y municipales, tengan preferencia por alguna empresa del sector social y/o privado para la realización de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, las que

⁵⁶ Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal, artículo 30, segundo párrafo, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

resultan en términos generales más beneficiadas por estos proyectos. Podemos referirnos a muchos casos, pero en el pasado reciente, ha habido claros ejemplos de esta práctica en el sector materia de este trabajo, como fue en la administración del Presidente Peña Nieto, en el que se privilegió de manera muy importante la adjudicación directa de proyectos, así, de \$201,695'000,000.00 de pesos, destinados al pago de obras y servicios de julio de 2014 a enero de 2015, el 46.6% de los recursos gastados en dicho período se erogaron mediante adjudicaciones directas, a diferencia de lo sucedido durante el gobierno del Presidente Felipe Calderón, en el que 87.5% de los recursos ejercidos se aplicaron a través de licitaciones públicas y solo el 12.5% a través de adjudicaciones directas⁵⁷.

Durante la administración del Presidente Peña Nieto, tanto como Gobernador del Estado de México, como al frente del Gobierno Federal, resultaron claramente beneficiadas algunas empresas del sector privado, tanto nacionales o extranjeras, especialmente una perteneciente a un grupo de interés de nacionalidad española, que por cierto, optó por deshacerse de sus inversiones en México y otra de nacionalidad brasileña.

En la administración del Presidente López Obrador, las adjudicaciones directas en general se han incrementado de manera sustancial, de suerte que de cada 3 contratos del Gobierno Federal⁵⁸, dos se celebraron mediante el procedimiento de adjudicación directa. Los proyectos de infraestructura no son la excepción, como puede constatarse en la contratación de los proyectos de esta naturaleza, que son los emblemáticos del gobierno en funciones, tales como son los casos del Aeropuerto Felipe Ángeles, el Tren Maya, la refinería de Dos Bocas y el corredor del Istmo de Tehuantepec, en los que las adjudicaciones directas han incluido a la Secretaría de la Defensa Nacional, por lo que, argumentando razones de seguridad nacional, no contamos con cifras reales del monto real de inversión aplicado a las obras mencionadas.

⁵⁷ <https://www.animalpolitico.com/2015/01/el-gobierno-de-pena-nieto-privilegia-las-adjudicaciones-directas-a-las-licitaciones/> fecha de consulta 3 de febrero de 2022

⁵⁸ <https://contralacorrupcion.mx/adjudicaciones-directas-de-ayer-y-hoy/> fecha de consulta 3 de febrero de 2022

CAPÍTULO III

Las políticas extractivas del Estado y de las grandes empresas que participan en los proyectos de asociación público-privada.

1. Concepto de políticas extractivas e inclusivas.

Para efectos de estas consideraciones, resulta indispensable precisar qué se entiende por instituciones económicas extractivas e inclusivas.

Las instituciones extractivas están diseñadas para extraer ingresos y recursos de la mayoría de la población regularmente la más desfavorecida, en beneficio de una minoría en condiciones de privilegio, ya sea por aspectos políticos, económicos y/o sociales. Las clases poderosas se aprovechan de la riqueza existente y solamente devuelven en un porcentaje menor parte de esos recursos a las clases socioeconómicamente menos privilegiadas, manteniéndolas en un nivel de supervivencia para que puedan continuar trabajando en beneficio de las primeras. En estas instituciones hay un clima permanente de conflicto, desinterés y desesperanza y una prácticamente nula movilidad social. Las instituciones extractivas son resultado directo de esquemas absolutistas que pretenden centralizar el poder en una persona o en un pequeño grupo de personas.

Las instituciones inclusivas son aquellas que buscan beneficiar a las mayorías generando un desarrollo económico y una redistribución de la riqueza de forma simultánea, generando un círculo virtuoso, en el que se promueve la competencia, la creatividad y la inversión. Los méritos propios prevalecen sobre las prebendas derivadas de posiciones políticas, económicas o sociales. En las instituciones inclusivas hay igualdad de oportunidades, reduce los conflictos sociales e induce crecimiento del mercado y, en consecuencia, mayores opciones y alternativas para todos los integrantes de una comunidad.

Un concepto adicional que vale la pena mencionar, es el de la destrucción creativa, que no es otra cosa sino la promoción y ejecución de cambios producto de la creatividad, innovación y desarrollo en todos sus ámbitos, cuyo efecto es cuestionar y sustituir al *estatus quo* prevaleciente en cierto lugar y época. Un claro ejemplo de

lo anterior es la revolución industrial, etapa en la que el gobierno de diversos países considerados como desarrollados, con instituciones económicas inclusivas, manifestaron su reticencia para apoyar los cambios en la tecnología preocupados por una posible pérdida de empleos y crecimiento de la pobreza en su población. El tiempo ha demostrado que la destrucción creativa no solamente no genera pobreza, sino que promueve el crecimiento económico y la riqueza de la población

Si bien las definiciones de institución económica extractiva e inclusiva aluden a políticas de Estado y en este sentido haré en este capítulo algunas consideraciones, también podemos establecer un paralelismo con las prácticas que en el sector de la infraestructura realizan las empresas con un poder político, económico y tecnológico superior al de otras empresas que se desempeñan en el mismo sector.

Las prácticas que regularmente sigue el Gobierno Federal en México para la adjudicación de proyectos de infraestructura y en el desarrollo de los mismos, merecen en mi opinión, ser objeto de reflexión por los efectos negativos que en muchas ocasiones se causan a los desarrolladores de los proyectos y a la cadena productiva que depende de éstos, así como a los financiadores de los mismos, aunque en menor medida.

2. Consideraciones generales.

La inclusión de este capítulo pudiera parecer al lector fuera de lugar, toda vez que contiene consideraciones de carácter económico, que atañen esencialmente a políticas de Estado. Sin embargo, me ha parecido pertinente incluirlo para poder analizar a partir de estos conceptos de extracción e inclusión, uno de los más importantes problemas sistémicos que en el desarrollo de infraestructura se presenta en México y que en nuestra opinión, debería de resolverse esencialmente a través de políticas públicas y convenios con la industria de la construcción.

3. Objetivo.

En el presente capítulo hacemos una consideración respecto de los efectos económicos y políticos que las normas jurídicas y mayormente las prácticas en la asignación de los proyectos de infraestructura y/o de prestación de servicios públicos, aplicable tanto a la obra pública como la de Coinversión Plurisectorial Eficiente, tienen en el desarrollo, crecimiento y promoción de empresas dedicadas a este sector, especialmente las pequeñas y medianas empresas cuyo potencial de desarrollo se ve acotado por disposiciones legales, prácticas del sector y por la carencia de políticas públicas que apoyen adecuadamente su crecimiento.

4. Planteamiento.

El problema al que hago mención radica esencialmente en la concentración de los proyectos importantes de infraestructura, en un grupo reducido de empresas constructoras tanto de capital mexicano como extranjero, quienes, por su experiencia nacional e internacional y su gran capacidad económica, pueden acceder no solo a la realización de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, sino también a los de obra pública. Es razonable que para la realización de cualquier obra se exija en los procesos de licitación o de invitación restringida, una experiencia mínima que asegure la correcta realización de las mismas. Adicionalmente, la normatividad aplicable requiere del otorgamiento de garantías, lo que es entendible y conveniente para asegurar las obligaciones que asuma el participante ganador. Dichas garantías representan un porcentaje del monto de la inversión o de la contraprestación correspondiente, por lo que pueden implicar montos de dinero muy importantes. Rara vez las empresas tienen activos para constituir gravámenes por dichos montos en beneficio de la dependencia o entidad convocante, por lo que usualmente se contratan fianzas o se otorgan cartas de crédito que, en ambos casos, además del costo que representan, requieren de una contragarantía, que en obras a las que hay que aportar muchos recursos, pocas empresas tienen la capacidad económica para poder hacer frente.

Aunado a lo anterior, los proyectos de infraestructura requieren de financiamiento para su realización, el cual, actualmente fluctúa entre el 70% y el 80% del monto total de la inversión. Si bien, la mayoría de los proyectos de esta naturaleza pagan el financiamiento obtenido con recursos provenientes de la explotación del proyecto (*project finance*), las instituciones financieras consideran un elemento importante para el otorgamiento de los créditos, la solidez económico-financiera de la o las empresas que participan en los procesos para la realización de proyectos de inversión público-privada o de obra pública, pues, inclusive, desde hace varios años, han solicitado a éstas que se obliguen solidariamente con la sociedad de propósito específico, adjudicataria del proyecto correspondiente, al menos durante la etapa de construcción.

Evidentemente, los requerimientos a que se alude en el párrafo anterior excluyen a la mayoría de medianas y pequeñas empresas constructoras mexicanas, las que son subcontratadas por las grandes empresas de este sector en muy cuestionables condiciones de equidad respecto a la naturaleza y calidad de los servicios que prestan y la contraprestación por los mismos. Más aún, no son pocos los casos en los que empresas constructoras con capital extranjero, que normalmente tienen subsidiarias en México, generen fuentes de trabajo a personal técnico y contraten a las empresas mexicanas en condiciones, que en muchos casos son desventajosas para estas últimas. También es una práctica común, que las grandes empresas constructoras trasladen el riesgo de cobranza de los proyectos a las empresas subcontratadas tanto nacionales como con capital extranjero, cuyo pago de contraprestaciones queda sujeto a que la empresa contratante reciba a su vez el pago de la entidad o dependencia correspondiente.

Cabe mencionar que, a pesar de las reformas en materia laboral del 23 de abril de 2021, el esquema de subcontratación por grado de especialización ha sido y será una forma de estructuración administrativa de las empresas que realizan obras públicas y prestan servicios públicos, así como de empresas que participan en asociaciones público-privadas. Con fecha 26 de mayo de 2021, la SICT emitió un

oficio, en el cual hace eco a las preocupaciones de la industria de la construcción y expresa su apoyo al esquema de subcontratación en este sector y ofrece su acompañamiento para que las empresas de este sector se acerquen a las autoridades en materia del trabajo, para analizar su situación específica.

5. Propuesta.

Dada una situación como la antes expuesta, que ha sido denunciada en diversos foros nacionales y extranjeros, me pareció pertinente hacer mención a la misma en este trabajo, pues constituye una restricción al crecimiento y desarrollo de las PYMES mexicanas del sector de la construcción y operación de proyectos de inversión público-privada y de obras públicas.

La solución no es sencilla y requiere de la intervención del Estado para reordenar esta práctica claramente inequitativa y limitativa de la industria de la construcción, especialmente, tratándose de grandes proyectos de infraestructura. Un ejemplo es la política seguida por el gobierno español de Felipe González, que cuando se inició el gran desarrollo de infraestructura en el Reino de España y a pesar de los acuerdos internacionales, como el Tratado de la Unión Europea estableció políticas públicas a partir de las cuales las empresas constructoras extranjeras que quisieran participar en proyectos de infraestructura tendrían que hacerlo conjuntamente con empresas nacionales. El resultado fue enormemente beneficioso para las empresas españolas que adquirieron tecnología, crecieron estructural, económica y financieramente, al grado de que, a la fecha, la participación de las empresas españolas tanto en México como en el resto de Latinoamérica representa un porcentaje mayoritario en la participación de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

Cuando tuve la oportunidad de leer el libro de Acemoglu y Robinson que sostienen, como lo señalaré más adelante, que el factor que ha determinado la riqueza o la pobreza de los países ha sido las políticas de estado extractivas o inclusivas, y no factores meramente económicos, no pude evitar hacer el paralelismo de la

conductas de estado con las que se realizan en México en el sector de la construcción y de manera especial en el de infraestructura con los resultados que previamente he comentado. Lo anterior, con el único afán de generar conciencia de la problemática y de proponer una alternativa de solución, la cual podría estructurarse desde la entidad que propongo se cree, para la regulación de la infraestructura en materia de transporte que se realice a partir de esquemas de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

En el presente apartado, pretendo hacer un paralelismo entre la Coinversión Plurisectorial Eficiente y el concepto de instituciones económicas extractivas e inclusivas, desarrollado por el economista Daron Acemoglu, profesor de Massachusetts Institute of Technology (MIT) y por el politólogo y economista James A. Robinson, profesor de la Universidad de Harvard, en su libro: “Por qué Fracasan los Países”⁵⁹. Este análisis de la realidad económica actual de diversos países desarrollados y subdesarrollados, a partir de una revisión histórica de sus instituciones políticas y económicas y de una comparación de cómo las primeras sentaron las bases para la prosperidad de algunos de ellos y para la pobreza de otros, es una valiosa herramienta para desarrollar políticas de Estado que promuevan el desarrollo social y económico en beneficio de la sociedad.

Hay un claro paralelismo entre las causas y efectos que producen las instituciones políticas y económicas en el éxito o en el fracaso de una nación, con los mismos resultados a una escala mucho menor, pero no por ello menos importante en los proyectos de infraestructura y/o de prestación de servicios públicos y, en específico, en el caso que nos ocupa en los de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

Acemoglu y Robinson hacen una clara distinción entre las instituciones económicas extractivas e inclusivas, ambas, consecuencia de las decisiones de las instituciones políticas. En ese orden de ideas, podemos señalar que el grado de éxito o el fracaso de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente se relacionan directamente

⁵⁹ Acemoglu Daron y Robinson James A., “*Por qué Fracasan los Países*”, traducción de Marta García Madera, 4ª impresión, enero 2020.

con las diferencias entre los presupuestos de carácter económico conforme a los cuales se estructuran y que son resultado de la política de infraestructura que, en forma general o para determinado sector, determina la entidad o dependencia que los lleva a cabo y que en nuestro país obedecen, casi en la totalidad de los casos, a las políticas que sobre el particular dicta el Ejecutivo en turno.

Considero que un proyecto de infraestructura y/o prestación de servicios públicos es exitoso en la medida en que: (i) satisface adecuadamente la necesidad de la población para la cual se realiza, ya sea en el ámbito federal, estatal o municipal, (ii) logra la mayor eficiencia en la obtención y utilización de recursos económicos y materiales aplicados al mismo, (iii) se ciñe a estrictas prácticas de transparencia, (iv) se apega a la legalidad, y (v) considera los efectos de carácter social que tendrá en quienes reciban directa o indirectamente los efectos de su realización y operación.

Evidentemente, para medir objetivamente el éxito o fracaso de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente antes aludidos, se deben elaborar herramientas que permitan, de la manera más concreta posible, evaluar *ex ante* y *ex post* los efectos y resultados de un proyecto.

La Secretaría de Hacienda y Crédito Público en México, el Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo, la OCDE, y otros organismos tanto nacionales como internacionales, de carácter público y privado, han desarrollado diversas metodologías que permiten al Estado evaluar los potenciales beneficios que generarán los proyectos de coinversión tanto por lo que respecta a la rentabilidad económica como a la social. En el capítulo V, apartado 2.3 se muestran los instrumentos que en México se utilizan para evaluar la conveniencia de una Coinversión Plurisectorial Eficiente y que son similares a los propuestos por los organismos internacionales antes mencionados. Sobre este particular, me parece relevante analizar el impacto social que tienen estos proyectos en comunidades que resultan desplazadas como resultado de su realización como lo he previamente apuntado.

Del análisis de la metodología e índices utilizados para los efectos señalados y de la ponderación de los mismos, resulta claro el acento que el Estado pone en el factor económico. No es casualidad la participación de la Comisión Económica de las Naciones Unidas Para Europa, antes comentada, para evaluar y mitigar los efectos negativos de estos proyectos.

6. Efectos de las políticas extractivas en la industria de la construcción.

El efecto más importante, desde mi punto de vista, respecto de las políticas extractivas de la industria de la construcción en el ámbito de infraestructura pública, es la dificultad, por decir lo menos, para el crecimiento de las empresas que directa o indirectamente participan en este mercado.

La imposibilidad práctica de que un gran número de empresas medianas y pequeñas puedan tener acceso a la adjudicación de proyecto de inversión público-privada por razones económicas, como lo he planteado anteriormente, conlleva un efecto clarísimo en el desarrollo de la competencia económica en este sector, la cual queda reducida a un grupo limitado de empresas con la capacidad económica y la experiencia para el desarrollo de los proyectos.

Se crea un círculo vicioso que encuentra su racionalidad principal en la necesidad de que, quienes lleven cabo los proyectos de infraestructura pública tengan una experiencia mínima suficiente que asegure la adecuada estructuración y desarrollo del proyecto. Por otro lado, la capacidad económica mínima solicitada para participar en los procesos de licitación restringe el posible número de participantes y finalmente, se crea un círculo en el cual la falta de capacidad económica impide la participación en proyectos de potenciales interesados en nuevas licitaciones. El resultado es que hoy en día prácticamente son las mismas empresas con capital mexicano o extranjero las que pueden participar en proyectos de infraestructura importantes, a pesar de que éstas a su vez, subcontraten a las empresas medianas y pequeñas del sector, quienes son las que en gran medida realizan efectivamente las obras de infraestructura.

En este tenor, es importante mencionar que, en la mayoría de los procesos de adjudicación de proyectos de esta naturaleza, se requiere la experiencia de quienes participan, ya sea de manera individual o conformando un consorcio, pudiéndose acreditar a través de filiales o subsidiarias y en algunos casos, con la experiencia de los subcontratistas. Son pocos los casos en donde las bases de la licitación permiten acreditar la experiencia de los participantes a través de las personas físicas, que directa o indirectamente participarían en el proyecto.

Lo anteriores una restricción injustificada toda vez que finalmente, son las personas las que tienen el conocimiento técnico y la capacidad creativa para el desarrollo de proyectos y que aun cuando se integren en la experiencia corporativa de las empresas, no dejan de ser el origen del desarrollo de la capacidad técnica, operativa y administrativa, fundamentales en el éxito del desarrollo de un proyecto de este orden.

Aunado a lo anterior, si sumamos práctica del sector público, de privilegiar a ciertos participantes del sector social y/o privado para la realización de proyectos de infraestructura público-privada, tenemos como resultado, la “tormenta perfecta” mediante la cual se mantendrá un círculo vicioso para beneficio de ese grupo limitado de empresas constructoras y operadoras que ocasionalmente se ve incrementado por alguna empresa, especialmente favorecida en alguna administración, ya sea federal, estatal o municipal y que regularmente pierde su importancia, trascendencia y continuidad en las siguientes administraciones que, normalmente, a pesar de los resultados, la considera como una extensión espuria de la administración anterior y suele ser descalificada para procesos siguientes. En otros casos, su falta de capacidad técnica y administrativa demuestra que solo fue un vehículo para que una administración, en cualquiera de los órdenes de gobierno, obtuviera beneficios de cuestionable legalidad a partir de este sector, en el que se utiliza una muy importante cantidad de recursos económicos.

En este mismo orden de ideas, me aventuro a señalar que este tipo de esquemas extractivos resultan convenientes para los gobiernos por diversas razones, inclusive las de carácter histórico.

Este esquema favorece a las clases económica y socialmente más privilegiadas, pues les asegura un alto nivel de ingresos y altas tasas internas de retorno y, en consecuencia, un incremento en sus niveles de riqueza. Para el gobierno, este esquema le permite justificar frente a la población su desempeño administrativo en la medida que se prevén bienes y servicios a la población, aunque sean insuficientes e ineficientes. En adición, esta interacción entre un sector privado privilegiado y la administración en turno favorece los beneficios personales que muchos funcionarios públicos obtienen a partir de la práctica institucionalizada de la corrupción.

7. Ventajas de las políticas inclusivas.

Las ventajas que en la historia han demostrado las políticas inclusivas del Estado en el desarrollo económico del mismo, han quedado evidenciadas y acreditadas con un gran número de estudios y análisis, en adición a las demostraciones de los beneficios de *facto*, resultantes de su aplicación.

Para efecto del paralelismo, que en este apartado hacemos de las políticas inclusivas, tanto del Estado como del sector privado en el sector de infraestructura pública, haré a continuación algunas consideraciones sobre las ventajas que, la aplicación de estas políticas, tendrían en el desarrollo del sector antes mencionado y, específicamente, en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

En primer término, me parece importante apuntar, que la concentración de cualquier actividad económica, en una persona o grupo limitado de personas, lejos de tener, como aparentemente parece, un beneficio económico para éstos, finalmente lo acaba limitando en su capacidad de generar negocios (una población con menos recursos genera un menor intercambio comercial), desincentiva la capacidad creativa que naturalmente genera la competencia, restringe las expectativas que la propia empresa tiene de sí misma y de otros tanto a nivel nacional como y de manera especial, a nivel internacional, lo que le permitirá ampliar sus horizontes de mercado.

Los esquemas inclusivos operan en sentido opuesto y su implementación en un país, a cualquier nivel de gobierno como en el sector social y/o privado generarán un mayor incentivo para el crecimiento y el desarrollo de las empresas y, en consecuencia, el desarrollo de la población, que no solamente será económico, sino también educativo, técnico y cultural, incrementando de manera sustancial la calidad de vida de la ciudadanía, generándose un círculo virtuoso que podemos ver en un sinnúmero de países, especialmente en el continente europeo y en el lejano oriente donde, a pesar de terribles conflictos armados, han podido reinventarse y colocarse como potencias no solo de carácter económico, sino político y especialmente social, consolidando un sistema educativo que garantizará a sus poblaciones una integración exitosa no solo en su país, sino en el mundo entero.

8. El reto de la destrucción creativa en el sector de la infraestructura pública.

Anteriormente hice alusión al concepto de “destrucción creativa”, esta idea ha sido siempre y seguirá siendo un fantasma que parece amenazar el *estatus quo* de una sociedad determinada y si su presencia tiene como resultado el que éste permanezca, con toda seguridad su capacidad de crecimiento y desarrollo se verá restringida y con el tiempo generará su estancamiento y distanciamiento de aquellas sociedades que se atreven al cambio y apuestan al desarrollo y crecimiento que por su naturaleza genera la “destrucción creativa”.

Si bien el temor al cambio es una actitud propia de todos los seres humanos, el vencerlo siempre ha sido y será un factor determinante y detonante de un mayor crecimiento en cualquiera de los ámbitos de la vida. Esto no quiere decir que no deban evaluarse las consecuencias que puede generar un cambio y evaluar si éstas tendrán un resultado positivo o, por el contrario, demeritará la estructura de la sociedad. El concepto de “destrucción creativa” conlleva implícitamente un análisis y evaluación consciente de la situación presente, de las potencialidades de quienes deberán instrumentarla, de la capacidad receptiva de los sujetos pasivos de la misma, de los efectos de su implementación, del costo de su estructuración y

materialización y de los posibles efectos negativos que pueda generar. Del balance de la ecuación antes señalada, se podrá concluir la conveniencia o no de un cambio. Lo que en mi opinión no resulta admisible es que la opción de cambio se deseche por el simple temor de llevarlo a cabo sin que medie un análisis previo respecto del mismo.

En el caso que nos ocupa, el temor del Estado, así como de una porción privilegiada del sector social y/o privado que se dedica a la realización de proyectos de infraestructura pública o promover cambios en el sector, ha tenido y tendrá efectos perniciosos no solo en el sector señalado, sino en todos los ámbitos de la vida nacional, pues contribuirán a conservar las políticas extractivas que causan tanto daño a una sociedad como la nuestra.

CAPÍTULO IV

Elementos subjetivos en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

1. Sujetos de derecho público.
 - 1.1 El Ejecutivo.

De los poderes de la Unión, sin lugar a dudas el Ejecutivo es quien desempeña el papel más relevante en los proyectos de infraestructura pública y, en consecuencia, en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

El Presidente de la República es quien detona el desarrollo de proyectos de infraestructura, participando tanto de manera directa como indirecta a través de dependencias y entidades del sector público, en la propuesta, promoción, estructuración, desarrollo y realización de proyectos de infraestructura, para cumplir las obligaciones y compromisos que en términos de la CPEUM y del resto de la legislación aplicable tiene el Gobierno de la República, de proveer a la ciudadanía bienes y servicios para su adecuado desarrollo y crecimiento.

El Poder Ejecutivo Federal se integra por el Presidente de la República, quien para el ejercicio de sus funciones cuenta con las dependencias y entidades señaladas en la LOAPF.

El artículo 80 de la CPEUM establece que: "Se deposita el ejercicio del Supremo Poder Ejecutivo de la Unión en un solo individuo, que se denominará "Presidente de los Estados Unidos Mexicanos." ⁶⁰

Si bien el artículo 89 del ordenamiento citado, señala genéricamente las facultades y obligaciones del Presidente de la República, no es el único artículo de nuestra Carta Magna que establece derechos y obligaciones a cargo del Ejecutivo Federal, que de alguna manera pueden vincularse con el tema materia de este trabajo.

⁶⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 80, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

Dentro de las facultades señaladas en el artículo 89 Constitucional, destacan las siguientes que se relacionan con proyectos de infraestructura, independientemente de que los mismos los lleve a cabo íntegramente el Estado o que se asocie con el sector social y/o privado para tales efectos.

- I. Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa su exacta observancia;
- II. Nombrar y remover libremente a los Secretarios de Estado, ...
...;
- XIII. Habilitar toda clase de puertos, establecer aduanas marítimas y fronterizas, y designar su ubicación.
- X. Dirigir la política internacional y celebrar tratados internacionales.

De la fracción I antes señalada, se deriva también la facultad reglamentaria del Ejecutivo Federal, que en el ámbito de la infraestructura desempeña un papel fundamental para la estructuración del marco jurídico necesario e indispensable para la realización de obras y la prestación de servicios públicos tanto directamente por el Estado, como en asociación con el sector social y/o privado. Cabe señalar que tanto la LAPP como la LCPAF, la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, la Ley de Puertos, la Ley de Aeropuertos, la Ley de Telecomunicaciones, Ley de Aguas Nacionales y todas las demás leyes especiales que norman tanto la construcción de infraestructura como la prestación de servicios con la participación del sector social o privado, cuentan con uno o más reglamentos expedidos por el Ejecutivo Federal.

Sin duda la facultad que el artículo 71, fracción I de la CPEUM le otorga al Ejecutivo de iniciar leyes y decretos, es esencial para el ejercicio de sus funciones en relación con los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente. Todas las leyes especiales que inciden en los proyectos de este orden se promulgaron a iniciativa del Ejecutivo.

En adición a las facultades genéricas previamente señaladas, es pertinente mencionar otras facultades que la CPEUM otorga al Ejecutivo Federal y que consideramos de especial importancia para el tema que nos ocupa, y que forman

parte de lo que la doctrina ha denominado facultades del Ejecutivo en materia económica y que se incluyen básicamente en los artículos 26 a 28 y entre las que podemos mencionar las siguientes: i) la facultad del Ejecutivo para establecer procedimientos de participación y consulta popular en el sistema nacional de planeación democrática y la formulación de planes y programas de desarrollo; ii) determinar los órganos responsables del proceso de planeación y de bases para la realización de convenios de coordinación entre el Gobierno Federal y las entidades federativas y la concertación de acciones con el sector social y/o privado para su elaboración y ejecución. Esta disposición, como comentaremos más adelante, es el fundamento Constitucional para la elaboración y ejecución del Plan Nacional de Desarrollo y derivado de éste, del Programa Nacional de Infraestructura, instrumentos fundamentales para la realización de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente⁶¹; iii) garantizar la continuidad en la prestación de servicios del espectro radioeléctrico en el supuesto de cancelación de concesiones⁶²; iv) reglamentar la extracción y utilización de las aguas nacionales⁶³; iv) proponer al Senado de la República el nombramiento y ratificación de los miembros de la Comisión Federal de Competencia Económica, del Instituto Federal de Telecomunicaciones, de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y de la Comisión Reguladora de Energía.

El artículo 90 de la CPEUM establece que “la Administración Pública Federal será centralizada y paraestatal conforme a la Ley Orgánica que expida el Congreso, que distribuirá los negocios del orden administrativo de la Federación que estarán a cargo de las Secretarías de Estado y definirá las bases generales de creación de las entidades paraestatales y la intervención del Ejecutivo Federal en su operación.

Las leyes determinarán las relaciones entre las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre éstas y las Secretarías de Estado”⁶⁴.

⁶¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 26, inciso A, tercer párrafo, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

⁶² *Ibidem*, artículo 27, décimo noveno párrafo.

⁶³ *Ibidem*, artículo 27, quinto párrafo.

⁶⁴ *Ibidem*, artículo 90.

En adición a las facultades del Ejecutivo señaladas en los artículos Constitucionales antes señalados, diversas leyes especiales que norman la realización de obras de infraestructura, otorgan expresamente facultades al Presidente de la República en esta materia, como es el caso del artículo 21 de la Ley de Planeación que establece que el Presidente de la República enviará el Plan Nacional de Desarrollo a la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión para su aprobación, del artículo 16 de la Ley de Puertos, que establece que la autoridad en materia de puertos radica en el Ejecutivo Federal, quien la ejercerá a través de la SICT, la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, que en su artículo segundo transitorio del decreto de reforma a la ley, de fecha 26 de enero de 2015, establece la facultad del Presidente de la República, para crear la Agencia Reguladora del Transporte Ferroviario, órgano desconcentrado de la SICT.

La Ley General de Bienes Nacionales establece facultades específicas del Ejecutivo Federal en materia de concesiones sobre bienes nacionales, tal y como se indica en los artículos 17, relativo a la delegación de concesiones sobre bienes del dominio público de la Federación y el artículo 120, relativo al uso y aprovechamiento sustentables de la zona federal marítimo terrestre, en la LAPP, los artículos 24, sexto párrafo, relativo a la obligación del Ejecutivo Federal, de remitir los proyectos de coinversión público privada a la Cámara de Diputados y en el párrafo final del mismo la presentación de informes trimestrales, 81, fracción III, que establece la facultad del Ejecutivo Federal, de llevar a cabo la expropiación de inmuebles, bienes y derechos necesarios para un proyecto de esta naturaleza. Los artículos de las leyes mencionadas anteriormente son solo ejemplificativos, pues hay más disposiciones legales que establecen facultades del Presidente de la República, en relación con proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

Si bien las disposiciones constitucionales y las leyes especiales mencionadas aluden expresamente a las facultades del Presidente de la República de manera específica, la mayoría de las facultades del Ejecutivo Federal establecidas en las leyes especiales que regulan el uso, aprovechamiento y explotación de bienes del dominio público y la prestación de servicios públicos directamente por el Estado, o

bien, a través de cualquier esquema de Coinversión Plurisectorial Eficiente, establecen el ejercicio de las facultades del Ejecutivo Federal, a través de las dependencias y entidades mencionadas en el artículo 90, primer párrafo de la CPEUM, según el ámbito de sus facultades en términos de la LOAPF.

1.1.1 Dependencias y entidades públicas.

Bajo la autoridad inmediata y suprema del Presidente de la República⁶⁵, se encuentran las dependencias y entidades que conforman la Administración Pública Centralizada, que son órganos político-administrativos⁶⁶. Así, el Constituyente de 1917 señaló que “para el desempeño de las labores del Ejecutivo, necesita éste diversos órganos que se entiendan, cada uno, con los diversos ramos de la administración⁶⁷.”

Conforme al artículo 1º de la LOAPF, la Administración Pública Federal es centralizada y paraestatal, dentro de la primera se incluye la oficina de la Presidencia de la República, las secretarías de Estado, la Consejería Jurídica del Ejecutivo Federal y los Órganos Reguladores Coordinados.

Tomando en consideración los alcances del presente trabajo, en este apartado aludiremos esencialmente a las dependencias cuyas funciones y facultades inciden directamente en los proyectos de infraestructura que se llevan a cabo conforme a un esquema de Coinversión Plurisectorial Eficiente y que son la SHCP, la Secretaría de Economía, la SICT, la SFP y la Auditoría Superior de la Federación.

1.1.1.1 Secretaría de Hacienda y Crédito Público.

⁶⁵ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, Porrúa, décima séptima edición, México, p. 569.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 570.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 570

Sin lugar a dudas, la secretaría de Estado que tiene el papel más relevante en la realización de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente es la SHCP, quien tiene a su cargo la proyección y coordinación de la planeación nacional del desarrollo y la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo. Es esta dependencia la que tiene a su cargo la interpretación de la LAPP, para efectos administrativos, el registro de los proyectos de asociaciones público-privadas, la determinación del gasto público federal que se requiera para los proyectos de esta naturaleza y su inclusión en el Presupuesto de Egresos de la Federación, la remisión de los proyectos correspondientes a la Cámara de Diputados y la elaboración de manuales para el desarrollo de los estudios previos que se requieren para la realización de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, entre otros.

En este orden de ideas, el artículo 31 de la LOAPF, establece como facultades de la SHCP en relación con los proyectos antes referidos, las siguientes:

- XIV.- Proyectar y calcular los egresos del Gobierno Federal y de la administración pública paraestatal, haciéndolos compatibles con la disponibilidad de recursos y en atención a las necesidades y políticas del desarrollo nacional;
- XV. Formular el programa del gasto público federal y el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación y presentarlos a la consideración del Presidente de la República;
- XVI. Normar, autorizar y evaluar los programas de inversión pública de la administración pública federal;
- XVII. Llevar a cabo las tramitaciones y registros que requiera el control y la evaluación del ejercicio del gasto público federal y de los programas y presupuestos de egresos, así como presidir las instancias de coordinación que establezca el Ejecutivo Federal para dar seguimiento al gasto público y sus resultados;
- XIX. Coordinar la evaluación que permita conocer los resultados de la aplicación de los recursos públicos federales, así como concertar con las

dependencias y entidades de la Administración Pública Federal la validación de los indicadores estratégicos, en los términos de las disposiciones aplicables;

- XXI. Establecer normas, políticas y lineamientos en materia de desincorporación de activos de la Administración Pública Federal;
- XXIII. Vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las disposiciones en materia de planeación nacional, así como de programación, presupuestación, contabilidad y evaluación;
- XXIX. Conducir la política inmobiliaria de la Administración Pública Federal, salvo por lo que se refiere a las playas, zona federal marítimo terrestre, terrenos ganados al mar o cualquier depósito de aguas marítimas y demás zonas federales; administrar los inmuebles de propiedad federal cuando no estén asignados a alguna dependencia o entidad, así como llevar el registro público de la propiedad inmobiliaria federal y el inventario general correspondiente;
- XXX. Regular la adquisición, arrendamiento, enajenación, destino o afectación de los bienes inmuebles de la Administración Pública Federal y, en su caso, representar el interés de la Federación; expedir las normas y procedimientos para la formulación de inventarios, para la realización y actualización de los avalúos sobre dichos bienes, así como expedir normas técnicas, autorizar y, en su caso, proyectar, construir, rehabilitar, conservar o administrar, directamente o a través de terceros, los edificios públicos y, en general, los bienes inmuebles de la Federación;

Lo anterior sin perjuicio de las facultades que tiene para los efectos antes señalados en tanto integrante de comisiones, las cuales cuenta con atribuciones vinculadas con los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, como es el caso, entre otros, de la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación, que analizaré más adelante.

1.1.1.2 Secretaría de Economía.

La función de la Secretaría de Economía es principalmente la formulación y conducción que las políticas generales de industria, comercio exterior, interior y abasto y la regulación, promoción y vigilancia de la comercialización, distribución y consumo de bienes y servicios en el país. Sin lugar a dudas, la realización de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente se encuentra claramente vinculada con las atribuciones principales de esta dependencia del Ejecutivo Federal, especialmente, en las decisiones relacionadas con la selección de proyectos de infraestructura de comunicaciones, claramente asociadas al desarrollo económico del país, como son, de manera especial, las carreteras, los ferrocarriles, los puertos, aeropuertos y las telecomunicaciones, así como toda la infraestructura asociada a los mismos, de interconexión entre distintos medios de transporte. En adición a lo anterior, las obras de infraestructura son por su propia naturaleza, un requisito fundamental para desarrollar económicamente las regiones que conforman nuestro país.

Dentro de las facultades de esta Secretaría, relacionadas con el tema materia de este trabajo, podemos mencionar las contenidas en el artículo 34 de la LOAPF, en las fracciones siguientes:

- I. Formular y conducir las políticas generales de industria, comercio exterior, interior, abasto y precios del país; con excepción de los precios de bienes y servicios de la Administración Pública Federal;
- II.- Regular, promover y vigilar la comercialización, distribución y consumo de los bienes y servicios
- VII. Establecer las tarifas para la prestación de aquellos servicios de interés público que considere necesarios, con la exclusión de los precios y tarifas de los bienes y servicios de la Administración Pública Federal; y definir el uso preferente que deba darse a determinadas mercancías;
- VIII. Regular, orientar y estimular las medidas de protección al consumidor;

- X bis. Coordinar y ejecutar la política nacional para crear y apoyar empresas que asocien a grupos de escasos recursos en áreas urbanas a través de las acciones de planeación, programación, concertación, coordinación, evaluación; de aplicación, recuperación y revolvencia de recursos para ser destinados a los mismos fines; así como de asistencia técnica y de otros medios que se requieran para ese propósito, previa calificación, con la intervención de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal correspondientes y de los gobiernos estatales y municipales, y con la participación de los sectores social y privado;
- XII. Normar y registrar la propiedad industrial y mercantil; así como regular y orientar la inversión extranjera y la transferencia de tecnología;
- XIII. Establecer y vigilar las normas de calidad, pesas y medidas necesarias para la actividad comercial; así como las normas y especificaciones industriales;
- XXI. Fomentar, regular y promover el desarrollo de la industria de transformación y definir las estrategias para el fomento industrial de cadenas productivas locales y para el fomento de la inversión directa en la industria eléctrica;
- XXIII. Promover, orientar, fomentar y estimular la industria nacional;
- XXX. Impulsar la reubicación de la industria de zonas urbanas con graves problemas demográficos y ambientales en coordinación con las autoridades competentes, así como con las entidades federativas, para que se facilite su traslado con infraestructura industrial.⁶⁸

A pesar de las funciones de esta Secretaría mencionadas previamente y de su evidente interacción con la realización de obras de infraestructura en el país, en mi experiencia, la participación de la Secretaría de Economía en la definición, estructuración, promoción, desarrollo, ejecución y seguimiento de proyectos de infraestructura ha sido tangencial, especialmente en los de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

⁶⁸ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, artículo 34, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

1.1.1.3 Secretaría de Infraestructura, Comunicaciones y Transportes.

La SICT es la dependencia que cuenta con las facultades fundamentales y necesarias para el desarrollo de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en el sector de comunicaciones, que incluye a los sectores portuario, aeroportuario, ferroviario, de telecomunicaciones y, por supuesto, el sector carretero objeto específico de este trabajo.

El encargo principal de esta Secretaría es la de formular y conducir las políticas y programas para el desarrollo de las comunicaciones y transportes terrestre y aéreo, así como elaborar y conducir las políticas de telecomunicaciones y radiodifusión.

Es importante señalar que, hasta la reforma de la Ley de Puertos, publicada el 7 de diciembre de 2020 en el DOF, esta Secretaría tuvo a su cargo la formulación y conducción de las políticas y programas para el desarrollo de las comunicaciones por agua tanto marítimas como en lagos y ríos. A partir de la fecha antes señalada, las facultades que entonces tuvo la SICT se transfirieron a la Secretaría de Marina y conforme al artículo 30, fracción V Bis de la LOAPF cuenta con la facultad para regular las comunicaciones y transportes por agua, así como formular y conducir las políticas y programas para su desarrollo, de acuerdo con las necesidades del país.

Por lo que se refiere al transporte terrestre y, en específico, a las carreteras y puentes de nuestro país, la SICT cuenta con las facultades señaladas en el artículo 36 de la LOAPF, en las fracciones siguientes:

- XI. Participar en los convenios para la construcción y explotación de los puentes internacionales;
- XII. Fijar las normas técnicas del funcionamiento y operación de los servicios públicos de comunicaciones y transportes aéreos y terrestres, y las tarifas para el cobro de los mismos, así como participar con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el establecimiento de las tarifas de los servicios que presta la Administración Pública Federal de comunicaciones y transportes aéreos y terrestres;

- XXI. Construir y conservar los caminos y puentes federales, incluso los internacionales; así como las estaciones y centrales de autotransporte federal;
- XXII. Construir y conservar caminos y puentes, en cooperación con los gobiernos de las entidades federativas, con los municipios y los particulares;
- XXIV. Otorgar concesiones o permisos para construir las obras que le corresponda ejecutar;
- XXV. Cuidar de los aspectos ecológicos y los relativos a la planeación del desarrollo urbano, en los derechos de vía de las vías federales de comunicación;
- XXVI. Promover y, en su caso, organizar la capacitación, investigación y el desarrollo tecnológico en materia de comunicaciones y transportes⁶⁹.

1.1.1.4 Secretaría de la Función Pública.

Conforme a lo dispuesto en la fracción I del artículo 37 de la LOAPF, esta Secretaría tiene a su cargo: Organizar y coordinar el sistema de control interno y la evaluación de la gestión gubernamental y de sus resultados; inspeccionar el ejercicio del gasto público federal y su congruencia con los Presupuestos de Egresos, así como concertar con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal para validar los indicadores para la evaluación de la gestión gubernamental, en los términos de las disposiciones aplicables, así como expedir las normas que regulen los instrumentos y procedimientos de control interno de la Administración Pública Federal, conforme a las bases y principios que al respecto emita el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción.

Por lo que respecta a los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente y aun cuando el citado artículo 37 no contiene incisos específicos relativos al control, evaluación y supervisión de los mismos, varias de sus facultades le resultan

⁶⁹ Ibidem, artículo 36.

aplicables a éstos, tanto en su etapa de definición, de licitación, desarrollo y operación. Entre éstos, me parece conveniente resaltar las atribuciones que esta Secretaría tiene conforme a los incisos siguientes del artículo referido:

- VI. Organizar y coordinar el desarrollo administrativo integral en las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal y emitir las normas para que los recursos humanos, patrimoniales y los procedimientos técnicos de la misma, sean aprovechados y aplicados, respectivamente, con criterios de eficacia, legalidad, eficiencia y simplificación administrativa; así como, realizar o encomendar las investigaciones, estudios y análisis necesarios sobre estas materias;
- VIII. Realizar, por sí o a solicitud de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o la coordinadora de sector correspondiente, auditorías y revisiones a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, con el objeto de examinar, fiscalizar y promover la eficacia, eficiencia, economía y legalidad en su gestión y encargo;
- XVII. Atender las quejas que presenten los particulares con motivo de convenios o contratos que celebren con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, salvo los casos en que otras leyes establezcan procedimientos de impugnación diferentes.⁷⁰

Cabe señalar que, en adición a lo señalado por el ordenamiento jurídico previamente analizado, el artículo 8 de la LAPP, establece que la interpretación de este ordenamiento jurídico, tratándose del régimen de propiedad inmobiliaria federal, avalúos y de responsabilidades de los servidores públicos, la interpretación de la ley estará a cargo de la SFP.

De igual manera, el artículo 138 de la LAPP, establece como mecanismo de solución de controversias derivadas de los contratos regulados por este

⁷⁰ *Idem.*

ordenamiento, la posibilidad de resolver ésta a través de un mecanismo de conciliación ante la SFP.

1.1.1.5 *Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación.*

Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 29 de agosto de 1979, siendo presidente de México, el Lic. José López Portillo, se creó con carácter permanente la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento, integrada por los Secretarios de Programación y Presupuesto y de Hacienda y Crédito Público, por los subsecretarios de ambas dependencias y por 5 representantes de cada Secretaría, designados por los titulares de las mismas⁷¹.

Entre las funciones de esta Comisión, destacaban, entre otras, las de i) emitir recomendaciones para ser compatibles las decisiones en materia de gasto público y de su financiamiento; ii) sugerir medidas necesarias para evitar las desviaciones en el ejercicio del gasto y su financiamiento y para corregir las que se produjeran, en su caso; iii) recomendar modificaciones para reformas sustanciales a los programas de gasto financiamiento; iv) analizar la situación financiera de las empresas y organismos públicos más importantes y de que aquellos en condiciones críticas; v) proponer mecanismos de comunicación permanente entre las Secretarías de Programación y Presupuesto y de Hacienda y Crédito Público que permitan conocer el ejercicio del gasto público y su financiamiento.

El 7 de abril de 1995, el presidente Ernesto Zedillo, publicó en el DOF, el acuerdo que crea la Comisión Intersecretarial de Desincorporación, cuyo objeto era la coordinación y supervisión de las funciones o actividades que las dependencias y entidades de la administración pública federal ejerzan en los procesos de desincorporación de las propias entidades o de enajenación de sus activos

⁷¹ Acuerdo por el que se crea con carácter permanente la Comisión Intersecretarial de Gasto Financiamiento para el despacho de asuntos en materia de gasto público y su financiamiento, así como de los programas correspondientes de la competencia de las Secretaría de Programación y de Hacienda y Crédito Público, Diario Oficial de la Federación del 29 de agosto de 1979.

susceptibles de ser utilizados como unidades económicas con fines productivos. Esa Comisión se integraba por los titulares de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, quien la presidía de la entonces Secretaría de Comercio y Fomento Industrial, hoy Secretaría de Economía, la Secretaría de la Contraloría y Desarrollo Administrativo, hoy SFP y la Secretaría del Trabajo y Previsión Social, y, en cada caso, el titular de la dependencia coordinadora de sector, en la que se encontrara sectorizada la entidad paraestatal o los activos objeto de la desincorporación y finalmente por el Subsecretario de Egresos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público⁷². El Presidente de la Comisión Federal de Competencia participaría como invitado permanente.

Esta Comisión tenía diversas funciones:

- a) Definir las políticas, criterios, estrategias y modalidades que orientarán los procesos de desincorporación, así como supervisar su correcta aplicación;
- b) Establecer las reglas que habrán de regir en cada fase de los procesos de desincorporación, así como supervisarlos;
- c) Proponer al Ejecutivo Federal la expedición de los acuerdos que se consideran necesarios, en su caso, para resectorizar a la entidad paraestatal correspondiente;
- d) Revisar el marco regulatorio aplicable y, en su caso, proponer al Ejecutivo Federal las modificaciones al mismo para cumplir con los objetivos establecidos antes de proceder a la desincorporación;
- e) Revisar los proyectos de los títulos de concesión o permisos que, en su caso, se fuesen a otorgar como parte de los procesos de desincorporación;
- f) Emitir lineamientos sobre la valuación de las entidades paraestatales o activos a desincorporar;

⁷² Acuerdo que crea la Comisión Intersecretarial de Desincorporación, Diario Oficial de la Federación, México, 7 de abril de 1995.

- g) Emitir los lineamientos que se estimen necesarios respecto de los esquemas financieros aplicables en las operaciones de desincorporación;
- h) Establecer la estrategia de comunicación social en relación con la política de desincorporación respectiva;
- i) Conocer la opinión de los sectores privado y social interesados en los procesos, así como de personas de reconocido prestigio en la materia;
- j) Definir los términos de referencia de los estudios y análisis técnicos que se consideren necesarios, supervisar su ejecución y resolver respecto de la contratación de los asesores necesarios para apoyar las labores de la propia Comisión;
- k) Designar a un comisionado especial para cada proceso de desincorporación, quien conjuntamente con la dependencia coordinadora de sector, sería responsable de cada una de las fases del proceso correspondiente;
- l) Solicitar en cualquier momento a la dependencia coordinadora de sector, así como al comisionado especial, un informe de avance de los procesos de desincorporación en que intervengan y verificar que cumpla con los objetivos y reglas establecidas;
- m) Establecer sus normas internas de funcionamiento, y
- n) Resolver sobre las circunstancias no previstas en este Acuerdo y que afecten sustancialmente los procesos de desincorporación.⁷³

En este orden de ideas, los procesos de desincorporación de entidades paraestatales o de los activos de éstas a los que el propio acuerdo alude, tenían que llevarse a cabo conforme a los lineamientos que a continuación se indican:

⁷³ *Idem.*

- I. La Comisión definirá la estrategia a la que se sujetará el proceso de desincorporación, en lo relativo a sus alcances, etapas, tiempos y modalidades;
- II. La Comisión revisará, de conformidad con dicha estrategia, el marco regulatorio específico y propondrá modificaciones, para dar seguridad jurídica a las partes que intervengan en el proceso de desincorporación y eliminar barreras a la entrada de nuevos participantes a la actividad económica de que se trate previniendo posibles prácticas monopólicas;
- III. La Comisión emitirá las recomendaciones necesarias respecto del esquema financiero al que se sujetará la operación de desincorporación, a fin de evitar riesgos que puedan incidir negativamente sobre las finanzas públicas;
- IV. La dependencia coordinadora de sector llevará a cabo las fases operativas del proceso de desincorporación con apoyo del comisionado especial que se designe, así como con el agente financiero seleccionado en los términos de este Acuerdo; y
- V. La Comisión conocerá la propuesta de la dependencia coordinadora de sector sobre la postura ganadora y resolverá en definitiva.”⁷⁴

El artículo décimo primero del acuerdo de creación de esta Comisión facultaba a la Unidad de Desincorporación de Entidades Paraestatales de la SHCP para que cuando así lo determinara la Comisión, condujera los procesos de desincorporación correspondientes.

El 31 de diciembre de 2008, en el Diario Oficial de la Federación, se publicó el acuerdo por el que se crea con carácter permanente, la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación, siendo presidente el Lic.

⁷⁴ *Idem*

Felipe Calderón Hinojosa⁷⁵. El acuerdo de creación se modificó mediante acuerdos de fechas 25 de noviembre de 2013 y 19 de abril de 2018⁷⁶.

El objeto de esta Comisión es la atención de los asuntos en materia de gasto público federal, en particular, los de inversión y financiamiento, así como la coordinación y supervisión de los procesos de desincorporación de entidades paraestatales o de sus unidades económicas con fines productivos.

Esta comisión quedó integrada por las Secretarías de Hacienda y Crédito Público, de Desarrollo Social, de Energía, de Economía, de Infraestructura, Comunicaciones y Transportes, de la Función Pública y del Trabajo y Previsión Social. Cada Secretaría debe estar representada por su titular cuyo suplente deberá tener el nivel de subsecretario, debiendo asistir como invitado permanente con voz, pero sin voto, el titular de la oficina de la Presidencia de la República y sus funciones son las siguientes:

“ARTICULO QUINTO. La Comisión realizará las funciones siguientes:

- A. En materia de gasto público federal y financiamiento:
 - I. Cuidar que las decisiones que se tomen en las materias de gasto público federal, especialmente el de inversión, así como de financiamiento, mantengan congruencia en su contenido y con la planeación nacional del desarrollo, formulando las recomendaciones necesarias para asegurar su compatibilidad;
 - II. Emitir las recomendaciones necesarias para asegurar la congruencia de las finanzas públicas con los objetivos y prioridades del Plan Nacional de Desarrollo;
 - III. Analizar la incidencia del gasto público federal, en especial el de inversión, así como el financiamiento, sobre el comportamiento de la

⁷⁵ Acuerdo por el que se crea con carácter permanente la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación, Diario Oficial de la Federación de fecha 31 de diciembre de 2008

⁷⁶ Acuerdos por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones del Acuerdo por el que se crea con carácter permanente la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación, Diario Oficial de la Federación de fechas 25 de noviembre de 2013 y 19 de abril de 2018.

actividad económica y su impacto social, y realizar las recomendaciones que considere adecuadas;

- IV. Analizar el comportamiento del gasto público federal, en particular el de inversión, y del financiamiento, para detectar las variaciones respecto de lo programado y sugerir las medidas conducentes. En los casos que considere conveniente, recomendar los ajustes a los programas de la Administración Pública Federal;
- V. Dictaminar la constitución de entidades paraestatales de la Administración Pública Federal;
- VI. Examinar la situación financiera, programática y presupuestaria de las entidades paraestatales, así como sus proyectos de inversión, en colaboración con las dependencias coordinadoras de sector correspondientes y, en su caso, con las propias entidades paraestatales, para proponer las medidas conducentes;
- VII. Solicitar a la dependencia, por sí o en su carácter de coordinadora de sector, así como a la entidad paraestatal involucrada en el asunto a tratar, la documentación, información, estudios, análisis o dictámenes en materia de gasto público federal, inversión y su financiamiento. En los casos en que así lo requiera la naturaleza de los asuntos, dicha solicitud podrá formularse a otras dependencias, órganos administrativos desconcentrados o entidades paraestatales, para apoyar en lo necesario los análisis que se lleven a cabo y las recomendaciones que deba formular la Comisión;
- VIII. Recomendar a las entidades paraestatales que lleven a cabo, en términos de la normativa aplicable, la enajenación de unidades económicas con fines productivos, cuando considere que dicha enajenación pueda incidir favorablemente en las finanzas públicas, a petición de la coordinadora de sector o de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y

- IX. Conocer, a petición de la coordinadora de sector o de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, de las enajenaciones de unidades económicas con fines productivos que realicen las entidades paraestatales, así como emitir las recomendaciones que estime necesarias, incluyendo las relacionadas con los esquemas de enajenación y financieros correspondientes, con objeto de que dichas enajenaciones incidan favorablemente en las finanzas públicas.
- B. En materia de desincorporación:
- I. Coordinar, supervisar y recomendar las acciones que considere necesarias para las dependencias coordinadoras de sector, respecto de los procesos de desincorporación de las entidades paraestatales o de sus unidades económicas con fines productivos, que dichas dependencias lleven a cabo;
 - II. Asesorar al Ejecutivo Federal en la definición de las políticas y reglas que orientarán los procesos de desincorporación de las entidades paraestatales, así como dar seguimiento a su aplicación;
 - III. Emitir lineamientos sobre los procesos de desincorporación de las entidades paraestatales o de la enajenación de sus unidades económicas con fines productivos, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales;
 - IV. Evaluar y, en su caso, acordar la estrategia a la que se sujetará cada proceso de desincorporación, así como sus modificaciones en lo relativo a sus alcances, etapas, tiempos y modalidades, de conformidad con la propuesta que presente la dependencia coordinadora de sector;
 - V. Emitir las recomendaciones necesarias respecto del esquema financiero al que se sujetarán los procesos de desincorporación, a fin de facilitar su conclusión y evitar riesgos que puedan incidir negativamente sobre las finanzas públicas;

- VI. Solicitar, cuando lo considere necesario, la opinión de los sectores privado y social interesados en los procesos, así como de personas de reconocido prestigio en la materia;
- VII. Solicitar a la dependencia coordinadora de sector o, cuando lo considere necesario, a otras dependencias, órganos desconcentrados o entidades paraestatales relacionadas con el objeto del ente público a desincorporar o con los bienes a enajenar, la documentación, información, estudios, análisis o dictámenes que sirvan de apoyo en el desarrollo de los procesos de desincorporación o enajenación correspondientes;
- IX. Solicitar en cualquier momento a la dependencia coordinadora de sector un informe de avance sobre los procesos de desincorporación y verificar que cumpla con los objetivos y reglas establecidas, y
- X. Verificar los plazos para concluir los procesos de desincorporación.

La Comisión solicitará a la dependencia coordinadora de sector que le entregue un informe que incluya las acciones a realizar, cuando el proceso de desincorporación presente inactividad o retrasos en las metas establecidas en el plan estratégico o no se concluya en el plazo establecido, y hará las recomendaciones que estime convenientes. Asimismo, podrá otorgar prórrogas o nuevos plazos por causas justificadas, a solicitud de la coordinadora de sector.

C. De orden general:

- I. Dar seguimiento al cumplimiento, por parte de las dependencias y entidades, de los compromisos del gobierno en materia de gasto público federal, especialmente el de inversión y su financiamiento;
- I Bis. Recomendar el establecimiento de mecanismos que fomenten la planeación estratégica de la Administración Pública Federal en materia de programas y proyectos de inversión, así como dar seguimiento integral a aquéllos que determine el Titular del Ejecutivo Federal o la propia Comisión. Para ello, requerirá a las dependencias y entidades la entrega

periódica de la información que considere necesaria y citará a representantes de las mismas a las sesiones de la Comisión, para evaluar el desarrollo de dichos proyectos y tomar los acuerdos que correspondan para que los mismos se ejecuten de manera eficiente, eficaz, transparente y oportuna.

Para fines del seguimiento señalado en el párrafo anterior, la Comisión, a través de su Secretaría Ejecutiva, podrá auxiliarse de terceros especializados que contrate para dichos propósitos;

- II. Emitir sus Reglas de Operación;
- III. Revisar el marco regulatorio aplicable con relación a sus funciones y, en su caso, realizar las propuestas de modificaciones que estime pertinentes, y
- IV. Resolver sobre las circunstancias no previstas en el presente Acuerdo, relacionadas con el cumplimiento de su objeto y funciones."⁷⁷

En el acuerdo de fecha 19 de abril de 2018, se modificó también el artículo décimo cuarto, incluyéndose el siguiente texto:

“Se crea con carácter permanente el grupo de trabajo en materia de planeación estratégica de proyectos de infraestructura, el cual tendrá por objeto proponer mecanismos y estrategias que promuevan la planeación de los programas y proyectos de inversión a cargo de la Administración Pública Federal. El grupo de trabajo en materia de planeación estratégica de proyectos de infraestructura se organizará e integrará en los términos que al efecto establezcan las reglas de operación de la Comisión.”⁷⁸

Desde el inicio de los procesos de participación privada y/o social en infraestructura pública, a través de los diversos mecanismos a los que se alude en el capítulo VI de este trabajo y tanto en aquellos procesos en los que el Estado enajenó al sector

⁷⁷ *Idem.*

⁷⁸ *Idem.*

privado y social activos y unidades productivas, como en aquellos en los que otorgó concesiones, celebró contratos de obra pública financiada, contratos PPS y CPS y finalmente contratos APP, la SHCP ha jugado un papel fundamental, de suerte que en muchos procesos de coinversión entre los que podemos señalar, los correspondientes al sistema portuario mexicano, el sistema ferroviario, el aeroportuario y el carretero en su primera etapa, las operaciones correspondientes se re-sectorizaban y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público se constituía como coordinadora de sector aun cuando la secretaría que cedía sus facultades de coordinación, continuaba participando de manera muy activa en los procesos, sin embargo, las decisiones más relevantes eran adoptadas por la primera con el acuerdo e instrucciones del Ejecutivo Federal.

A la fecha, la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación es presidida por la SHCP.

1.2 Banca de Desarrollo Mexicana.

El artículo 2º de la Ley de Instituciones de Crédito establece que el servicio de banca y crédito sólo podrá prestarse por instituciones de crédito, las cuales podrán ser únicamente, instituciones de banca múltiple, e instituciones de banca de desarrollo.

La banca de desarrollo y los fideicomisos de fomento constituyen conjuntamente los denominados intermediarios financieros de fomento y forman parte del sistema financiero nacional.

El objetivo principal de estos intermediarios financieros es facilitar el acceso al financiamiento a sectores y proyectos con alta rentabilidad social, pero cuya rentabilidad privada no es suficiente o inmediata para hacerlos atractivos para los intermediarios comerciales, como son, la banca comercial y los fondos privados y soberanos distintos a los que fomentan desarrollo. Así también, estos intermediarios facilitan financiamiento a quienes tienen un menor acceso a los servicios de la banca comercial o que no son atendidos por ésta, entre los que destacan, las pequeñas y

medianas empresas, el sector agrícola, proyectos de medio ambiente y de innovación tecnológica y apoyan el desarrollo de la infraestructura nacional mediante el financiamiento de proyectos tanto al sector público, como al sector social y/o privado y, algunos de ellos, como es el caso de Banobras, también otorgan financiamiento a los Estados y municipios de nuestro país para el desarrollo de obras y prestación de servicios.

El artículo 31 de la Ley de Instituciones de Crédito señala que: “Las instituciones de banca de desarrollo son entidades de la Administración Pública Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, constituidas con el carácter de sociedades nacionales de crédito, en los términos de sus correspondientes leyes orgánicas y de esta Ley. ... Las instituciones de banca de desarrollo tienen como objeto fundamental facilitar el acceso al crédito y los servicios financieros a personas físicas y morales, así como proporcionarles asistencia técnica y capacitación en términos de sus respectivas leyes orgánicas con el fin de impulsar el desarrollo económico ...”⁷⁹

Actualmente, las instituciones financieras de fomento que operan en México son las siguientes:

Banca de Desarrollo: Financiera Nacional de Desarrollo (antes Banrural/Banco Nacional de Crédito Agrícola), Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, Nacional Financiera, Banco Nacional de Comercio Exterior, Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y Armada, Banco del Bienestar (antes Banco del Ahorro Nacional y Servicios Financieros / Patronato del Ahorro Nacional y Sociedad), Hipotecaria Federal antes Fondo de Operación y Descuento Bancario a la Vivienda (FOVI). Todas las anteriores, con excepción de primera, constituidas como sociedades nacionales de crédito, instituciones de banca de desarrollo bajo la figura jurídica de Sociedad Nacional de Crédito, Institución de Banca de Desarrollo.

Fondos y Fideicomisos de Fomento: Fideicomiso para el Fomento Minero (FIFOMI), Fideicomisos Instituidos en Relación con la Agricultura (FIRA), Fondo Nacional para

⁷⁹ Ley de Instituciones de Crédito, artículo 31.

el Consumo de los Trabajadores (FONACOT) Fondo Nacional de Fomento al Turismo (FONATUR), y Fondo Nacional de Habitaciones Populares (FONAPO).

Las instituciones financieras de fomento se inician en la segunda década del siglo pasado, en donde el Gobierno Federal decidió fortalecer el sector primario y productivo y de industrialización para fomentar el crecimiento económico del país. Para lo anterior resultaba fundamental desarrollar al sistema financiero desde el Gobierno. En la segunda mitad del siglo XX, las instituciones financieras de fomento se dirigieron al fondeo de empresas paraestatales y de sectores como el agropecuario, lo cual les generó un importante volumen de pérdidas, de suerte que a finales de los 80s e inicio de los 90s, la situación de estas instituciones resultó insostenible con una cartera vencida imposible de mantener, por lo cual, se llevó a cabo un proceso de reestructuración durante los años 90, fortaleciéndose no solo desde el punto de vista financiero, sino también de gobierno, administración y control de procesos de actividades.

Para el tema que nos ocupa, la institución financiera de fomento más importante y con el mayor número de operaciones financieras, destinadas al desarrollo de infraestructura en nuestro país y, específicamente a los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente es sin lugar a dudas Banobras, actuando directamente como promotor, financiador y/o garante de proyectos de este orden o como fiduciario de diversos fideicomisos que operan proyectos de infraestructura o que los promueven y financian como es el caso del Fideicomiso Público No 1936, denominado Fondo Nacional de Infraestructura.

El marco jurídico general que regula a la banca de desarrollo lo podemos dividir en dos secciones: como entidades de la administración pública federal que son reguladas por la CPEUM, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal y la LFEP y como institución bancaria, regulada por la Ley de Instituciones de Crédito, su Ley Orgánica y el Reglamento Orgánico que al efecto expida la SHCP.

1.2.1 Banobras.

Nació en 1933 con el nombre de Banco Nacional Hipotecario, Urbano y de Obras Públicas. Hoy en día, es el banco de desarrollo más activo en la promoción y desarrollo de proyectos de infraestructura tanto públicos como de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

Dentro de sus facultades, señaladas en el artículo 6 de su Ley Orgánica se incluyen, entre otras, la de impulsar la inversión y el financiamiento privado en infraestructura y servicios públicos, promover y financiar la dotación de infraestructura, servicios públicos, equipamiento urbano, así como la modernización y fortalecimiento institucional en Estados y Municipios, promover programas de financiamiento para ampliar la cobertura de los servicios públicos y generar la infraestructura productiva para el desarrollo regional de las zonas indígenas; financiar el desarrollo de los sectores de comunicaciones y transportes y propiciar acciones conjuntas de financiamiento y asistencia con otras instituciones de crédito, fondos de fomento, fideicomisos, organizaciones auxiliares del crédito y con los sectores social y privado.⁸⁰

Para el cumplimiento de sus fines antes señalados, Banobras se encuentra facultado para realizar las operaciones y prestar los servicios a que se refiere el artículo 46 de la Ley de Instituciones de Crédito en relación con el artículo 47 del citado ordenamiento, respecto de las fracciones I y II del artículo 46, emitir bonos bancarios de desarrollo, otorgar créditos a los gobiernos Federal, estatales y municipales así como a los sectores social y privado para el desarrollo de proyectos de infraestructura, otorgar garantías y, en su caso, conceder financiamiento a empresas mexicanas para la elaboración de proyectos o la ejecución de obras públicas en el extranjero, otorgar avales y garantías, dar asistencia técnica para la identificación, formulación y ejecución de proyectos de los sujetos de crédito, contratar créditos, actuar como agente financiero o como consejero técnico en la

⁸⁰ Ley Orgánica del Banco Nacional de Obras y Servicios Públicos, artículo 6.

planeación, financiamiento y ejecución de programas, proyectos y obras de servicios públicos o de interés social, participar temporalmente en el capital social de empresas cuyo objeto se vincule con el desarrollo de proyectos de infraestructura⁸¹.

Finalmente, es pertinente anotar que conforme al artículo 24 de la Ley de Planeación, los programas institucionales de las entidades paraestatales, como es el caso de Banobras, deben sujetarse a lo dispuesto por el Plan Nacional de Desarrollo y por los programas que de él emanen específicamente para el caso que nos ocupa, el Programa Nacional de Infraestructura y el Programa Nacional de Financiamiento del Desarrollo.

1.2.2 FONADIN.

El 7 de febrero de 2008 se expidió el decreto de creación del FONADIN, resultado de la aportación del patrimonio del FARAC al fideicomiso público denominado Fondo de Inversión en Infraestructura constituido el 7 de diciembre de 1995, y en el que, al igual que en el FARAC, el fiduciario era Banobras.

Conforme al artículo primero del decreto referido, se ordenó la creación del Fideicomiso público, no considerado entidad paraestatal, denominado Fondo Nacional de Infraestructura como un vehículo de coordinación de la Administración Pública Federal para la inversión en infraestructura, principalmente en las áreas de comunicaciones, transportes, hidráulica, medio ambiente y turística, para auxiliar en la planeación, fomento, construcción, conservación, operación y transferencia de proyectos de infraestructura con impacto social o rentabilidad económica, de acuerdo con los programas y los recursos presupuestados correspondientes.⁸²

⁸¹ *Idem*

⁸² Decreto por el que se ordena la creación del Fideicomiso Fondo Nacional de Infraestructura, Diario Oficial de la Federación de fecha 7 de febrero de 2008

El decreto de creación del FONADIN establece en su artículo tercero, los siguientes fines: “I. Promover y fomentar la participación de los sectores público, privado y social en el desarrollo de infraestructura y sus servicios públicos, mediante la realización de inversiones y el otorgamiento de apoyos recuperables y, en su caso, a través de la contratación de garantías a proyectos financieramente viables, así como apoyos no recuperables a proyectos rentables socialmente; II. Apoyar el desarrollo de obra pública de infraestructura a cargo de la Administración Pública Federal; III. Participar con los sectores público, privado y social, en esquemas de diseño, construcción, financiamiento, operación y transferencia de infraestructura; así como de apoyos orientados al acceso de los usuarios a la misma; IV. Participar en la evaluación, estructuración y ejecución de los proyectos de infraestructura; V. Adquirir, administrar y ceder derechos y obligaciones establecidos en concesiones o permisos; VI. Disponer, según lo determine el Comité Técnico, de los activos con los que cuente en su patrimonio; VII. Participar y apoyar en la realización de estudios, proyectos, investigaciones y desarrollo de infraestructura, y VIII. Suscribir, adquirir y administrar instrumentos financieros asociados a los proyectos de infraestructura, en términos de las disposiciones aplicables.”⁸³

Por tratarse de un fideicomiso público, aunque no sea paraestatal el riesgo del incumplimiento de las obligaciones asumidas por esta sociedad nacional de crédito, en su carácter de fiduciaria del FONADIN, constituyen un “riesgo-país”, que en la fecha de su creación contaba con calificaciones muy favorables por instituciones certificadoras internacionales (BBB+⁸⁴, BB⁸⁵ y A3⁸⁶; b) los apoyos económico-financieros para la realización de proyectos con incentivos, entonces novedosos en México.

FONADIN ha sido un factor esencial para el desarrollo de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en nuestro País y ha demostrado la eficiencia de

⁸³ *Idem*

⁸⁴ Fitch – <https://expansion.mxeconomia> 8/11/10, 2008.

⁸⁵ Standard & Poor – <https://www.spglobal.com/ratings/es/about/understanding-ratings> 5 de junio de 2015.

⁸⁶ Moody's - www.moodys.com

su participación en los diferentes programas que ha instrumentado, en las diversas áreas de la infraestructura.

FONADIN ha participado en más de 90 proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente desde su constitución⁸⁷, otorgando financiamiento recuperable a concesionarias, empresas que celebran contratos de aprovechamiento de activos, a prestadoras de servicios a largo plazo, a empresas que celebran contratos de obra pública financiada a desarrolladores que celebran contratos de APP. FONADIN también ha aportado recursos económicos a “fondo perdido” a efecto de que los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente puedan realizarse, maximizando así, los recursos económicos y financieros del Estado. Mediante este mecanismo, esta institución aporta a los proyectos los recursos necesarios para que el remanente de la inversión requerida para los mismos, la realicen los sectores social y/o privado y que estos obtengan por su participación el retorno de su inversión, más la tasa interna de retorno establecida en la propuesta económica del participante ganador del concurso o la licitación respectiva. De los proyectos en los que ha participado FONADIN, el 74.5% se encuentran vinculados con el transporte federal y el transporte urbano.

Cabe señalar que al principio de las actividades de FONADIN y considerando las condiciones económicas del momento y los efectos que el rescate carretero tuvo en los potenciales inversionistas en proyectos de inversión público-privada en su inicio, la mayoría de los proyectos en los que participó, incluían recursos a fondo perdido. Conforme el mercado fue madurando y la confianza de los inversionistas se restableció, la aportación de recursos a fondo perdido se fue reduciendo, de suerte que a la fecha es excepcional que FONADIN aporte recursos conforme a esa modalidad.

En este orden de ideas, FONADIN también otorga garantías a quienes realizan los proyectos de infraestructura cuyo financiamiento proviene de la banca comercial o de fondos nacionales o extranjeros y para cuyo desembolso, se requiere de una

⁸⁷ <https://www.fonadin.gob.mx/fni2/apoyos-autorizados/#top> fecha de consulta 24 de junio de 2022.

garantía de cumplimiento. Así también, FONADIN ofrece para los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, el otorgamiento del crédito principal para su realización (créditos engrapados) que las sociedades de propósito específico que celebren los contratos correspondientes o reciban una concesión podrán tener acceso, siempre que cumplan con los términos y condiciones establecidos por la institución. Esto ofrece cierto nivel de certeza a quienes se comprometen a realizar los proyectos correspondientes y no tienen recursos propios suficientes para cubrir la totalidad de la inversión requerida o acceso a financiamiento de terceros en el plazo requerido. Recordemos que, en los proyectos de coinversión referidos, es requisito fundamental que los sectores social y/o privado se responsabilicen de obtener el financiamiento que el proyecto requiera para su realización en su etapa de construcción o rehabilitación.

Me parece pertinente señalar, que el financiamiento otorgado por FONADIN o directamente por Banobras para los efectos señalados, ofrece certeza respecto de su obtención, pero no necesariamente las mejores condiciones financieras. De igual manera, el cumplimiento de requisitos por parte de los acreditados suele ser más riguroso que con la banca comercial y los fondos privados y su tramitación al igual que cualquier modificación a las condiciones de los contratos o de los instrumentos conforme a los cuales se estructura el proyecto respectivo, regularmente toman más tiempo que con otras instituciones financieras.

1.3. El Legislativo.

El Poder Legislativo es inmediatamente después del Poder Ejecutivo, el orden de gobierno más importante para efectos de las Coinversiones Plurisectoriales Eficientes.

La función del Poder Legislativo “es una actividad creadora del derecho objetivo del Estado, subordinada al orden jurídico y consiste en expedir las normas que regulan la conducta de los individuos y la organización social y política”⁸⁸.

Este orden de gobierno tiene diversas facultades que directa e indirectamente inciden en la definición, propuesta, realización, operación y conclusión de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, independientemente del vehículo conforme al cual se estructure por la dependencia o entidad que lo promueva.

Las disposiciones jurídicas principales que norman la participación del Poder Legislativo, en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, son las que a continuación se señalan, conforme al ordenamiento jurídico que las contiene.

1.3.1 CPEUM.

El artículo 73 Constitucional establece las facultades del Congreso de la Unión y dentro de las cuales cabe destacar las siguientes, por su vinculación con los proyectos materia del presente trabajo:

- “XIII. Para dictar leyes según las cuales deben declararse buenas o malas las presas de mar y tierra, y para expedir leyes relativas al derecho marítimo de paz y guerra.

- XVII. Para dictar leyes sobre vías generales de comunicación, tecnologías de la información y la comunicación, radiodifusión, telecomunicaciones, incluida la banda ancha e Internet, postas y correos, y sobre el uso y aprovechamiento de las aguas de jurisdicción federal.

⁸⁸ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, Porrúa, décima séptima edición, México, 1996, p. 43.

XXIX-D. Para expedir leyes sobre planeación nacional del desarrollo económico y social, así como en materia de información estadística y geográfica de interés nacional;

XXIX-W. Para expedir leyes en materia de responsabilidad hacendaria que tengan por objeto el manejo sostenible de las finanzas públicas en la Federación, los Estados, Municipios y el Distrito Federal, con base en el principio establecido en el párrafo segundo del artículo 25”.⁸⁹

En este mismo orden de ideas, el artículo 74, establece las facultades específicas de la Cámara de Diputados, entre las que consideramos pertinente hacer mención especial a las siguientes:

“IV. Aprobar anualmente el Presupuesto de Egresos de la Federación, previo examen, discusión y, en su caso, modificación del Proyecto enviado por el Ejecutivo Federal, una vez aprobadas las contribuciones que, a su juicio, deben decretarse para cubrirlo. Asimismo, podrá autorizar en dicho Presupuesto las erogaciones plurianuales para aquellos proyectos de inversión en infraestructura que se determinen conforme a lo dispuesto en la ley reglamentaria; las erogaciones correspondientes deberán incluirse en los subsecuentes Presupuestos de Egresos.

...

VII. Aprobar el Plan Nacional de Desarrollo en el plazo que disponga la ley. En caso de que la Cámara de Diputados no se pronuncie en dicho plazo, el Plan se entenderá aprobado”.⁹⁰

⁸⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 73 Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

⁹⁰ *Ibidem*, artículo 74.

1.3.2 Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos

Esta ley tiene como finalidad establecer la estructura interna del Congreso de la Unión y contiene las normas relativas a su gobierno interior y de sus cámaras, para su adecuada organización y funcionamiento.

Como parte de la estructura de las cámaras que componen al Congreso de la Unión, se encuentran las comisiones cuya finalidad es la realización de estudios y análisis en materias específicas, según su encargo, para la más adecuada elaboración de las leyes y/o para la evaluación de los proyectos de ley que recibe el Congreso para su discusión y eventualmente, para su aprobación.

Tanto la Cámara de Diputados como la de Senadores, cuentan con comisiones ordinarias y especiales. En cada una de las Cámaras hay comisiones ordinarias cuyo encargo se vincula de manera especialmente relevante con el desarrollo de la infraestructura de nuestro país y por ende, con los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

Así, el artículo 39, numeral 2, fracciones VIII, XXIV y XXXIII de este ordenamiento, establecen, respectivamente, que la Cámara de Diputados contará con comisiones ordinarias para comunicaciones y transportes, hacienda y crédito público, presupuesto y cuenta pública. De igual manera, el artículo 90, numeral 1, fracciones VI y XVI, señalan, respectivamente, que la Cámara de Senadores contará, entre otras, con una Comisión de Comunicaciones y Transportes y otra de Hacienda y Crédito Público, las cuales, dentro de su encargo, participan directa o indirectamente, en la regulación de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

1.3.3 Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria.

Esta ley tiene por objeto reglamentar los artículos 74 fracción IV, 75, 126, 127 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de programación, presupuestación, aprobación, ejercicio, control y evaluación de los ingresos y egresos públicos federales. De ahí la importancia de la aplicación de la misma para la elaboración de proyectos de infraestructura a los que se apliquen recursos federales.

Conforme al artículo 39 de este ordenamiento, la Ley de Ingresos y el Presupuesto de Egresos deberán ser aprobados por el Congreso de la Unión y la Cámara de Diputados, respectivamente, con aplicación durante el periodo de un año, a partir del 1 de enero de cada ejercicio, con excepción de los compromisos de gasto público plurianuales que el Gobierno Federal asuma en términos de los artículos 32 y 50 de esta ley.

Los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, independientemente de la forma jurídica a partir de la cual se estructuren, son considerados tanto en la Ley de Ingresos como en el presupuesto de egresos. En el primer caso, cuando derivado de los proyectos señalados, se generen ingresos para el Gobierno Federal, como son las contraprestaciones que pagan los concesionarios por el otorgamiento de concesiones y aprovechamiento de activos. En el segundo caso, cuando el Gobierno Federal efectúa erogaciones derivadas de la celebración de contratos de asociación pública-privada conforme a la LAPP, contratos PPS, contratos de prestación de servicios, de obra pública financiada y/o contratos integrales, los cuales constituyen obligaciones de pago plurianuales a cargo del Gobierno Federal.

Así, el artículo 32 del ordenamiento referido, establece que el presupuesto de egresos deberá incluir en un capítulo específico, los compromisos plurianuales de gasto que deriven de contratos de obra pública, adquisiciones, arrendamientos y servicios.

1.3.4 Ley de Asociaciones Público Privadas.

Esta ley tiene por objeto regular esquemas para el desarrollo de proyectos de asociaciones público-privadas conforme a los principios establecidos en los artículos 25 y 134 de la CPEUM y que se realicen bajo cualquier esquema mediante una relación contractual de largo plazo entre el sector público y el sector privado, para la prestación de servicios al sector público, mayoristas, intermediarios o a usuarios finales y en los que se aproveche infraestructura proporcionada total o parcialmente por el sector privado, a efecto de incrementar el bienestar social y la inversión en el País.

En esta ley se contienen diversas disposiciones en relación con el Poder Legislativo y con las facultades que éste tiene en relación con proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, estructurados conforme a este ordenamiento jurídico.

Así, El artículo 14 de este ordenamiento establece la obligación de la dependencia o entidad interesada en realizar el proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente, de elaborar un dictamen que deberá contener un análisis respecto de los temas señalados en el propio artículo, el dictamen y la información que lo sustenta, publicarse en Internet y presentarse a la Cámara de Diputados.

El artículo 24 de esta ley establece que el gasto público federal, que se requiera para cualquier proyecto que se lleve a cabo en los términos de esta ley, se ajustará a lo señalado en la LFPRH, al presupuesto de egresos de la Federación y demás disposiciones aplicables. El párrafo cuarto de este mismo artículo señala que para efectos del artículo 41 de la LFPRH deberán incluirse los proyectos de asociaciones público-privadas autorizados por la Comisión Intersecretarial de Gastos Público, Financiamiento y Desincorporación.

El párrafo sexto del artículo en comento establece que el Ejecutivo Federal, a través de SHCP, remitirá los proyectos de asociación público-privada que se realicen en términos del ordenamiento que analizamos, a la Cámara de Diputados para someterlos a la consideración de la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública,

quien deberá resolver en lo conducente en un plazo máximo de 30 días naturales, teniéndose por aprobados en caso de que no hubiere respuesta de esta comisión en el plazo antes referido.

El último párrafo de este artículo establece la obligación del Ejecutivo Federal, a través de la SHCP, de presentar al Congreso de la Unión de manera trimestral, informes respecto de montos para la preparación de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, los proyectos autorizados durante el período reportado, los que se encuentren en proceso de revisión, monto total de la inversión que requieran y la dependencia o entidad contratante, debiéndose turnar a la comisión respectiva de la Cámara de Diputados.

1.4 Auditoría Superior de la Federación.

Es el órgano técnico de fiscalización de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, cuya existencia y facultades se fundan en los artículos 74, fracciones II y VI y 79 y 109 de la CPEUM, que goza de autonomía técnica y de gestión en el ejercicio de sus atribuciones y para decidir sobre su organización interna, funcionamiento y resoluciones, en los términos que disponga la Constitución y la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación⁹¹.

La ASF tiene facultades sobre los entes públicos federales, las entidades federativas, los municipios y las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México cuando éstas ejerzan recursos públicos de carácter federal, así como sobre cualquier persona física o moral, ya sea de carácter público o privado y sobre los recursos transferidos a fideicomisos, fondos y mandatos públicos o privados y cualquier otra figura de carácter jurídico que haya recaudado, administrado, manejado o ejercido recursos públicos federales.

⁹¹ Sistema de Información Legislativa. Diccionario de Términos Parlamentarios: <http://sil.gobernacion.gob.mx/Glosario/definicionpop.php?ID=18>

La ASF es responsable de fiscalizar los ingresos, egresos y deuda, así como las garantías que otorgue el Gobierno Federal en relación a financiamientos a estados y municipios, la administración y aplicación de recursos de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial y de los entes federales, estando facultada para llevar a cabo auditorías para determinar el adecuado cumplimiento de los programas federales.

Así también, la ASF se encuentra obligada a presentar a la Cámara de Diputados los informes individuales de auditoría cuatrimestralmente (febrero, junio y octubre), así como investigar las irregularidades o conductas ilícitas relacionadas con el ingreso, egreso, manejo, custodia y aplicación de fondos y recursos federales, entre otras⁹² y promover en su caso, las responsabilidades conducentes ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa y la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción.

1.5 Comisión Federal de Competencia Económica.

La Comisión Federal de Competencia Económica juega un papel principal en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en diversos aspectos, entre los que destacan:

1. La obligación que tiene de emitir, conforme a lo dispuesto en el artículo 98 de la Ley de Competencia Económica, opinión o autorización en el otorgamiento de licencias, concesiones, permisos, cesiones, venta de acciones de empresas concesionarias o permisionarias u otras cuestiones análogas. Lo anterior constituye un requisito indispensable para los procesos de licitación o concurso. La dependencia o entidad convocante deberá hacer llegar a la Comisión, previo a la publicación del concurso o la licitación la convocatoria, las bases, el o los proyectos de concesión o contratos y demás documentos necesarios para que esta última pueda tener el conocimiento adecuado de la operación respectiva.

⁹² *Ibidem*

Cuando la adjudicación de la concesión o contrato no se lleve a cabo a través de un concurso o licitación públicos, el último párrafo del artículo 98 antes citado, establece que: "... los Agentes Económicos deberán obtener, antes de que se lleve a cabo la transacción o que se emita el acto administrativo que corresponda por la autoridad competente, la resolución respectiva por parte de la Comisión Federal de Competencia en términos de este artículo."⁹³

En este orden de ideas, el artículo 12, fracción XIX de la Ley Federal de Competencia Económica establece la facultad de la Comisión Federal de Competencia para emitir opinión sobre "... las medidas protectoras y promotoras en materia de libre competencia y competencia económica en los procesos de desincorporación de entidades y activos públicos, así como en los procedimientos de licitaciones, asignación, concesiones, permisos, licencias o figuras análogas que realicen las Autoridades Públicas, cuando así lo determinen otras leyes o el Ejecutivo Federal mediante acuerdos o decretos"⁹⁴.

2. Establecer las bases tarifarias en la prestación de servicios públicos que se prestan a través de una concesión o permiso cuando no haya condiciones de competencia efectiva en la explotación del servicio. Un ejemplo de lo anterior es lo dispuesto en los artículos 19 de la LCPAF, 16, fracción VIII y 59 de la Ley de Puertos, 68 y 70 de la Ley de Aeropuertos, 35 último párrafo, 36 Bis, primer párrafo y 48, último párrafo de la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, entre otros.

3. Determinar si las condiciones establecidas para una regulación tarifaria se cumplen en términos y condiciones de las disposiciones legales que las establezcan y, en su caso, opinar si las condiciones de competencia hacen improcedente total o parcialmente la regulación y las modificaciones que al

⁹³ Ley de Competencia Económica, artículo 98, último párrafo Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

⁹⁴ *Ibidem*, artículo 12, fracción XIX

efecto deban llevarse a cabo. Ejemplo de lo anterior es lo dispuesto en el artículo 21 de la LCPAF.

En relación con lo anterior, la fracción XIII del artículo 12 de la Ley Federal de Competencia Económica, faculta a la Comisión Federal de Competencia para: “Emitir opinión cuando lo considere pertinente, o a solicitud del Ejecutivo Federal, por sí o por conducto de la Secretaría, o a petición de parte, respecto de los anteproyectos de disposiciones, reglas, acuerdos, circulares y demás actos administrativos de carácter general que pretendan emitir Autoridades Públicas, cuando puedan tener efectos contrarios al proceso de libre competencia y competencia económica de conformidad con las disposiciones legales aplicables ...”⁹⁵

4. Determinar que, en la realización de cualquiera de las actividades relacionadas con la construcción, rehabilitación, operación, explotación, mantenimiento y conservación de infraestructura pública, se incumple de alguna forma con lo dispuesto en la Ley de Competencia Económica y, en su caso, tomar las resoluciones correspondientes y aplicar las sanciones que resulten procedentes en términos de la ley antes señalada.

2. Sujetos de derecho social y privado.

Como señalé en el capítulo I, numeral 1.1, en el concepto de “inversión público-privada”, uno de los elementos subjetivos esenciales son los sectores sociales y privado que participan en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

Para efectos de este apartado y sin menoscabo de lo que al efecto se contiene en este trabajo respecto a los alcances del término “sector social”, utilizaré el término

⁹⁵ *Ibidem*, artículo 12, fracción XIII.

“sector privado” para referirme tanto al sector privado *strictu sensu* como al sector social en forma conjunta, y así diferenciarlos del sector público.

La participación del sector privado constituye la materia de un trabajo específico, considerando la naturaleza, funciones, términos y condiciones conforme a los cuales contribuyen en la realización de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente. Para efecto de este trabajo, se considerarán como sujetos de derecho privado en los proyectos referidos, a las siguientes personas:

1. Quienes como resultado de una licitación o concurso, de una invitación a cuando menos 3 personas y/o de una adjudicación directa, adquieren el derecho para suscribir directamente o a través de una sociedad de propósito específico: i) la participación en el capital social de una sociedad de coinversión público-privada, ii) un título de concesión, iii) un contrato de asociación público-privada conforme a la LAPP, iv) un Contrato PPS, v) un contrato de prestación de servicios, vi) un contrato de obra pública financiada, vii) un contrato de aprovechamiento de activos, viii) un contrato de servicios integrales o ix) cualquier otro instrumento jurídico mediante el cual se convenga una Coinversión Plurisectorial Eficiente.

2. Instituciones financieras comerciales y banca de desarrollo internacional (en el apartado 1.2 de este capítulo hago referencia a la banca de desarrollo mexicana como parte del sector público) y fondos de inversión privados o soberanos y otros vehículos para el otorgamiento de créditos o la realización de inversiones, tanto nacionales como extranjeros, que participan en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente: i) otorgando financiamiento, en cualquiera de sus modalidades; ii) participando temporalmente en el capital de las personas aludidas en el numeral 1 anterior y/u iii) otorgando garantías en favor de terceros para la obtención de financiamiento o para asegurar el cumplimiento de obligaciones conforme a los instrumentos jurídicos que para la realización de los proyectos referidos, celebren quienes

asumen el compromiso y obligación de llevarlos a cabo como ejecutores de los mismos.

Considero pertinente considerar dentro de los otorgantes de financiamiento para la realización de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente al mercado bursátil constituido por todas las instituciones y personas físicas o morales que compran y venden activos financieros que se cotizan en bolsas de valores tanto en el mercado de capitales como en el de dinero⁹⁶.

3. Usuarios, el conjunto de personas físicas o morales que hacen uso de los bienes y servicios objeto de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.
4. Las personas que individualmente o conformando una comunidad, resulten o puedan resultar afectadas en cualquier forma por la realización de un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

El análisis detallado de cada uno de los elementos subjetivos antes señalados deberá ser materia de un trabajo específico en el que se analicen las características de cada uno de ellos, su naturaleza jurídica, los requisitos mínimos que deben de cumplir para participar en este tipo de proyectos, los vehículos económico-financieros, jurídicos, técnicos, administrativos y de operación, a través de los cuales pueden participar en los mismos, sus derechos y obligaciones, según la forma jurídica a través de la cual se realice el proyecto de coinversión correspondiente y los mecanismos para el otorgamiento de financiamientos y/o garantías que se requieran para los efectos antes señalados.

Para los fines de este trabajo, me limitaré a hacer una breve descripción de cada uno de estos grupos, la forma en que generalmente participan en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente y algunas consideraciones que estimo

96

www.mercado+bursátil+definición&oq=mercado+bursátil+&ags=chrome.2.69i57j0i512l9.6169j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8 – Fecha de consulta 27 de enero de 2022.

especialmente relevantes en relación al desempeño de cada uno de ellos en los proyectos señalados.

2.1 Inversionistas.

Bajo este término se incluyen a las personas físicas y morales tanto privadas como públicas, mexicanas o extranjeras, que participan en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente mediante la aportación de recursos económicos, tanto en dinero como en bienes distintos al numerario. La aportación de recursos se realiza generalmente mediante: 1) la suscripción y pago, total o parcial, del capital social de la SPE cuando menos por el monto mínimo requerido en el proceso de licitación o concurso; 2) la prestación de servicios y/o realización de trabajos en beneficio de la SPE; 3) el otorgamiento de garantías y contragarantías en favor de terceros acreedores; 4) la transferencia de tecnología y/o asistencia técnica, 5) el otorgamiento de créditos adicionales al financiamiento principal que se obligue a contratar la SPE conforme a las bases de la licitación o del concurso y 6) aportaciones adicionales de recursos al capital de riesgo.

Se denomina capital de riesgo a los recursos económicos que los inversionistas aportan al proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente en cualquiera de las formas antes referidas, sin incluir el o los financiamientos que se obligue a contratar la SPE para la realización del proyecto. Tal y como su nombre lo indica, el capital de riesgo es el patrimonio respecto del cual los inversionistas están dispuestos a asumir las pérdidas en caso de que el proyecto no resultara con la rentabilidad esperada o, inclusive, tuviera pérdidas. Cabe señalar que las pérdidas que eventualmente asumen los inversionistas pueden ser superiores al capital de riesgo cuando éstos se constituyen como garantes u obligados solidarios de la SPE, tanto por el financiamiento que ésta contrate como a las obligaciones que asume ante la dependencia o entidad convocante. Cabe señalar que regularmente y hasta ahora los financiadores exigen la obligación solidaria de los socios de la SPE solo para la etapa de construcción o rehabilitación, como más adelante lo explicaré. En los

contratos APP los miembros de un consorcio pueden quedar obligados solidariamente cuando el contrato se celebre con todos sus integrantes y así lo determine la entidad o dependencia convocante.⁹⁷

El monto del capital de riesgo que la dependencia o entidad contratante determine en las bases de la licitación o del concurso, según sea el caso, ha variado con el tiempo en función del nivel de riesgo que para los financiadores representan los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente. El nivel de riesgo se determina esencialmente a partir de los siguientes factores: i) riesgo-país, cuando el Estado tiene la obligación de pagar contraprestaciones e indemnizaciones por terminación anticipada de los instrumentos jurídicos conforme a los cuales se estructura la coinversión, ii) la capacidad financiera y tecnológica de los inversionistas y de la SPE y iii) en el caso que nos ocupa, la expectativa de tránsito, medida a partir de los estudios de TDPA, que se realizan tanto para iniciar los procesos de Coinversión Plurisectorial Eficiente por parte del Gobierno Federal como. en muchos casos, por los potenciales inversionistas cuya decisión de participar en los concursos o licitaciones, depende del resultado de este estudio. Sobra decir la trascendencia que estos análisis tienen y como ejemplo, baste decir, que en gran medida el análisis inadecuado del TDPA en la primera etapa de participación del sector privado en el sector de carreteras tuvo como resultado, la necesidad de llevar a cabo el rescate de un muy importante número de concesiones, con los efectos que ya se han señalado en el presente trabajo.

Tratándose de concesiones, la adecuada elaboración de este estudio es un elemento esencial, toda vez que los ingresos de la concesionaria se obtienen de la explotación del proyecto, es decir, del cobro de las tarifas de peaje, aun cuando en algunos casos, el Gobierno Federal otorgue apoyos a fondo perdido, previamente explicados.

En términos generales, podremos decir que actualmente el capital de riesgo representa en proyectos de coinversión en materia carretera, entre el 20% y el 25%

⁹⁷ Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas, artículo 109, fracción II, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

del monto total de la inversión requerida para la realización del proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente. En el pasado el porcentaje llegó, en algunos casos, a representar entre el 10% y 12% de la inversión total, cuando las condiciones económicas tanto en México como en el resto del mundo otorgaban certeza y seguridad a los inversionistas y financiadores.

Aun cuando el presente trabajo en ningún momento pretende hacer un análisis económico de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, no podemos soslayar la importancia que tiene el capital de riesgo en el costo, que para los inversionistas, tiene el proyecto y su vinculación con la tasa interna de retorno, que es el beneficio esperado por aquéllos, del capital que para el desarrollo del proyecto, aportan y ponen en riesgo.

Como ejemplo de lo anterior, podemos mencionar la importancia del capital de riesgo en los procesos de reequilibrio económico, así como en las fórmulas que para calcular la terminación anticipada tanto de contratos APP como de concesiones, PPS, contratos de prestación de servicios y contratos de obra pública financiada, en los que el capital de riesgo aportado y pendiente de recuperar directamente por la SPE e indirectamente por los inversionistas, es un elemento fundamental para efecto del ajuste en el primer caso y la determinación del importe de la indemnización en el segundo.

Como toda aportación de capital a un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente, éste se va amortizando con el paso del tiempo y el resultado de la explotación del proyecto, es decir, en función de las utilidades que se deriven del mismo. Desde el punto de vista financiero, las proyecciones de este orden se realizan de manera que el capital de riesgo quede debidamente amortizado a más tardar el último día de vigencia de la concesión y preferentemente antes de esa fecha.

Es pertinente señalar que el capital de riesgo no necesariamente es igual al capital social de la SPE o al capital contable de la misma y, por lo general, es superior considerando que comúnmente en las bases de la licitación o del concurso

correspondiente, se establece un capital social mínimo para la SPE normalmente inferior al capital de riesgo.

Actualmente es una práctica generalizada en los proyectos de este orden, y así se establece en las bases de la licitación o el concurso y en los títulos de concesión y en los contratos respectivos, la obligación de la SPE de celebrar un contrato de fideicomiso con cualquier institución fiduciaria debidamente autorizada al efecto en México, que constituya el vehículo jurídico, financiero y operativo para la administración, garantía y fuente de pago tanto del proyecto como de los financiamientos que se obtengan para la realización del mismo, a los cuales aludiré en el apartado 2.2 siguiente y s que se afecta entre otros recursos,el capital de riesgo.

En la práctica mexicana, salvo en contadas ocasiones, los inversionistas iniciales han sido las empresas constructoras tanto nacionales como extranjeras actuando directamente o a través de sus empresas matrices o de aquellas filiales y subsidiarias que han creado como parte de sus grupos de inversión para participar en proyectos como los que analizamos en este trabajo.

En la primera etapa de coinversión público-privada en carreteras, las más importantes empresas constructoras en México participaron a través de empresas filiales, quienes se desempeñaron como las concesionarias de los proyectos respectivos. En la segunda etapa, la participación de empresas constructoras se amplió propiciando la entrada al país de un importante monto de inversión extranjera en este sector, como más adelante se indica. Lo anterior derivado en buena medida del cambio de visión del Gobierno Federal respecto de los proyectos de coinversión en carreteras, que de haberse llevado a cabo en la primera etapa, poniendo el acento, en materia de negocio, en la construcción de la infraestructura, se cambió sustancialmente para priorizar la operación como el negocio central para los adjudicatarios de las concesiones o contratos correspondientes.

Los inversionistas de nacionalidad mexicana más relevantes en la construcción de carreteras, ya sea que participen directamente o a través de cualquiera de sus filiales o subsidiarias, son hoy en día: Empresas ICA, S.A.B de C.V. (ICA), Impulsora

del Desarrollo y el Empleo en América Latina, S.A.B. de C.V. (Ideal)⁹⁸, Promotora y Desarrolladora Mexicana, S.A. de C.V. (Prodemex), Promotora y Operadora de Infraestructura, S.A.B. de C.V. (Pinfra), Grupo Indi, S.A. de C.V., Constructora y Edificadora GIA+A, S.A. de C.V. (Grupo GIA), Marhnos Construcciones, S.A. de C.V. y CAABSA Constructora, S.A. de C.V., entre otras.

Me parece conveniente retomar en este apartado, algunos comentarios vertidos en el capítulo III, en relación con las restricciones de facto que tienen empresas constructoras mexicanas, medianas y pequeñas, para participar en proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente y eventualmente constituirse en adjudicatarios de las concesiones o contratos correspondientes. Las restricciones principales de las medianas y pequeñas empresas de la industria de la construcción para participar en estos proyectos son principalmente de carácter económico y en ocasiones técnico.

Los requerimientos de carácter económico-financiero y técnico que regularmente se incluyen en las bases de las licitaciones y concursos correspondientes, impiden la participación de estas empresas, quienes tienen que limitarse a actuar como subcontratistas de los grandes grupos empresariales, tanto mexicanos como extranjeros, que si cuentan con poder económico para participar en estos proyectos. En algunos casos, los menos, algunas medianas empresas participan en los consorcios que se integran en los procesos respectivos, específicamente en algunas áreas especializadas como es el caso del movimiento de tierras, la operación de las carreteras o de la construcción de casetas de cobro.

Por lo que respecta a la experiencia en la realización de trabajos similares, resulta evidente que la autoridad convocante debe cerciorarse de que el adjudicatario de la concesión o del contrato cuenta con la experiencia suficiente para cumplirlos en forma y tiempo. Sobre este particular, me parece pertinente comentar que en estricto sentido la experiencia la adquieren esencialmente los individuos y no las

⁹⁸ IDEAL es una empresa pública cuyo control estaba en manos de Grupo Carso del Ing. Carlos Slim Helú. En 2020 dos fondos de nacionalidad canadiense adquirieron el 40% del capital social y en 2021 el 8.6% del mismo, por lo que el control de la sociedad fue asumido por los fondos señalados.

empresas. La práctica común en los procesos de licitación o concurso en México es que la experiencia de los participantes y potenciales adjudicatarios del proyecto se acredite mediante la presentación de contratos, finiquitos de obra y otros documentos mediante los cuales se muestre la realización de proyectos similares y el cumplimiento de los mismos, independientemente de la experiencia real del personal profesional que efectivamente labore en las empresas que acrediten su experiencia. En mi actividad profesional, he podido constatar que, en más de una ocasión, las empresas adjudicatarias de los proyectos no contaban con el personal profesional debidamente capacitado para su realización, aun cuando cumplían con el formalismo de acreditar mediante contratos su experiencia.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que en procesos recientes de Coinversión Plurisectorial Eficiente, las bases de concurso han incluido la necesidad de acreditar la experiencia de los individuos que participarán en los proyectos y estarán a cargo de áreas de especial relevancia, lo cual me parece una decisión muy conveniente que beneficia la realización adecuada de los proyectos.

En mi opinión, hace falta una política de estado que promueva la inclusión de pequeñas y medianas empresas de manera directa en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, para que éstas puedan participar indirectamente o conformando un consorcio, en las licitaciones o concursos respectivos y que no se encuentren limitados a participar en los proyectos como subcontratistas, a quienes, por cierto, la mayoría de las grandes empresas someten a políticas de precios que resultan enormemente beneficiosas para las últimas limitándose el posible crecimiento económico de las primeras.

En relación a este tema, me parece relevante hacer mención del artículo 8 de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, que establece la facultad de la Secretaría de Economía de dictar reglas de observancia general para dependencias y entidades, respecto de programas cuyo objeto sea la promoción de empresas nacionales y de manera especial, las micro, pequeñas y medianas empresas y el diseño y ejecución de programas para el desarrollo de estas últimas. Si bien esta ley solo resulta aplicable a los proyectos de coinversión que se lleven

a cabo a través de PPSs o contratos de prestación de servicios, en mi opinión, el bien tutelado por esta disposición debería considerarse en otros ordenamientos legales, como la LAPP, la LVGC y la LFPRH, de manera que pudiera ser aplicable a cualquier vehículo jurídico que se utilice para estructurar un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

En descargo de lo anterior, cabe señalar que, en concursos y licitaciones recientes en el sector carretero, se incorporó en el criterio de calificación la inclusión de una MIPYME, otorgando puntos adicionales a los consorcios que las hicieran partícipes.

Los inversionistas que participan en estos proyectos, que como ya he señalado, suelen ser, al menos inicialmente, las grandes empresas constructoras, si bien solían participar individualmente y a la fecha lo hacen ocasionalmente en proyectos normalmente pequeños, participan en forma conjunta con otras empresas a fin de compartir los riesgos del proyecto, de suerte que, actualmente es común encontrarnos con empresas grandes que conforman un consorcio para participar en los procesos de licitación o concurso para distribuir, entre ellos, los riesgos del mismo.

La creación de consorcios se ha vuelto una práctica común en los procesos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en México desde hace muchos años.

Los consorcios, que son el grupo de las personas que participan conjuntamente en un proceso de licitación o concurso, no tienen, conforme al sistema jurídico mexicano, personalidad jurídica, sin embargo, el fallo correspondiente se otorga formalmente al consorcio cuando jurídicamente debería hacerse a sus integrantes. En mi opinión, el tratamiento legal de los consorcios, que inclusive se consideran en la legislación aplicable, como es el caso del artículo 41, tercer párrafo de la LAPP, merece un mejor análisis y una regulación más específica en las bases de las licitaciones o concursos, a efecto de ofrecer mayor certeza jurídica tanto a sus integrantes como a la autoridad convocante, sin tener que tratarlos, indebidamente, como si tuviesen personalidad jurídica independiente de la de sus miembros.

Si bien los inversionistas, como he señalado, suelen ser las empresas que construyen, operan, mantienen, conservan y, en el caso de concesiones, explotan las carreteras, su participación en el proyecto no tiene que mantenerse necesariamente durante toda la vigencia del título de concesión o del contrato correspondiente.

Es común que en las concesiones o los contratos con los que se instrumentan jurídicamente los proyectos de coinversión, se establezca una restricción para que los inversionistas originales (integrantes de un consorcio durante la etapa de la licitación o concurso y socios de la SPE, una vez adjudicado el proyecto) no puedan transferir su participación en el capital social de la SPE, al menos durante un plazo de 3 años, esta restricción tuvo su origen en la preocupación de las autoridades al inicio de la segunda etapa de coinversión público-privada en carreteras, de que no se generara una suerte de mercado paralelo de concesiones o contratos en los que los participantes ganadores, que habían acreditado su capacidad económica, financiera y técnica, fueran sustituidos por terceros que no hubieran sido previamente calificados por la autoridad convocante.

En las discusiones de entonces, había quienes proponían la permanencia de los participantes a lo largo de toda la vida del proyecto y otros que considerábamos que no debería de incluirse esa restricción en ningún plazo, siempre y cuando se estableciera que cualquier transmisión de participaciones sociales en una SPE o la cesión de derechos de cualquier naturaleza de dicha participación o de los derechos otorgados en la concesión o contrato respectivo, requiriera la aprobación previa de la entonces SCT. Los que sosteníamos esta última postura, argumentamos que podrían suscitarse situaciones económico-financieras, jurídicas, político-sociales y técnicas, que impedirían a alguno de los miembros del consorcio y posteriormente socio de la SPE, cumplir con sus obligaciones, con la consecuente afectación para el proyecto. Tal es el caso de un posible concurso mercantil, un embargo, una huelga o una importante diferencia entre socios que pudiera limitar el cumplimiento de los compromisos asumidos en el proceso de adjudicación o en la concesión o contrato respectivo.

Finalmente, se estableció una solución intermedia de restringir por un plazo, normalmente de 3 años, la transmisión de la participación de los socios de una SPE y, posteriormente al vencimiento de dicho plazo, la posibilidad de hacerlo previa aprobación de la autoridad convocante, como en la carretera Amozoc-Perote y en el que hubo que cambiar al participante principal aun antes del período de 3 años.

Toda vez que los proyectos de esta naturaleza son naturalmente de largo plazo y a partir de cierto momento, generadores de un flujo de recursos estable, son opciones ideales para la inversión de afores y fondos de inversiones e, inclusive para su colocación en el mercado bursátil, ya sea de manera directa (acciones representativas del capital social de la SPE o papel comercial emitido por ésta) o a través de fideicomisos designados como de infraestructura y bienes raíces (Fibras), que son vehículos destinados al financiamiento para la adquisición y/o construcciones de bienes inmuebles o infraestructura que tiene como fin su arrendamiento, explotación o la adquisición del derecho a recibir los ingresos provenientes del arrendamiento de dichos bienes o de la explotación de la infraestructura⁹⁹.

Otro instrumento utilizado para el financiamiento de proyectos de infraestructura y que se coloca entre el gran grupo inversionista conforme a la Ley de Mercado de Valores, son los Certificados de Capital de Desarrollo, conocidos en el medio financiero como CKDes, que son títulos fiduciarios que, al igual que las Fibras, se cotizan en el mercado de capitales y cuyos recursos se destinan a financiar proyectos de desarrollo en sectores que se consideran de alto potencial, como es el caso de la infraestructura.

Únicamente instituciones fiduciarias, pueden emitir estos certificados, previa celebración del contrato de fideicomiso correspondiente. Desde un punto de vista estrictamente legal, estos títulos son certificados de participación regulados por el Capítulo V Bis del Título Primero de la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito. Si bien no hay una obligación de que tales certificados se coloquen entre el

⁹⁹ Grupo BMV, Fibras Fideicomisos de Infraestructura y Bienes Raíces, https://www.bmv.com.mx/docs-pub/MI_EMPRESA_EN_BOLSA/CTEN_MINGE/Fibras.pdf p. 2, consulta de fecha 1 de marzo de 2022.

gran público inversionista, su naturaleza financiera aunque no jurídica, conlleva que los mismos se negocien a través del mercado bursátil, toda vez que el financiamiento de proyectos a través de este mecanismo resulta menos gravoso para los inversionistas que llevan a cabo un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente y se genera cuando menos una opción de un ingreso adicional para sus tenedores, derivado de la especulación de dichos certificados en el mercado bursátil.

Respecto a la posibilidad de financiar los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente a través del Mercado de Valores, cabe señalar que la colocación directa de acciones de la SPE o de la emisión de papel comercial, previo a la terminación de los trabajos correspondientes a la construcción o rehabilitación de la carretera respectiva y del inicio de la operación del proyecto, resulta poco viable, no solo por las restricciones propias de la regulación en materia bursátil, sino por la prácticamente nula probabilidad de que el mercado decida asumir el riesgo de un proyecto sin que al menos se hayan concluido las obras respectivas y haya transcurrido un plazo razonable en el cual pueda demostrarse la obtención de recursos de la SPE derivados del proyecto, especialmente tratándose de concesiones en las que siempre hay el riesgo del tránsito de vehículos y que es asumido íntegramente por el concesionario.

En este orden de ideas, aun la colocación indirecta de los proyectos a través de emisiones de acciones o de papel comercial que realicen accionistas de la SPE, o bien, a través de Fibras o CKDes, pueden resultar inviables por las condiciones de riesgo expuestas en el párrafo anterior para colocaciones directas.

En mi actividad profesional, únicamente participé en un proyecto en donde un fondo de inversión estadounidense (Goldman Sachs) formó parte del consorcio ganador del proceso denominado "Farac I". Cabe señalar que en el capital de la SPE adjudicataria de este proyecto, se encuentra actualmente distribuido entre personas que no formaron parte del consorcio ganador, como es el caso de afores, que según entiendo, participan mayoritariamente en esa sociedad.

Inversión Extranjera.

Sin lugar a duda la participación del capital extranjero a tenido un papel muy relevante en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente y específicamente en el sector carretero en el que ha participado la inversión extranjera directa de empresas de la Península Ibérica de manera muy relevante.

La participación de la inversión extranjera directa ofrece muchas ventajas entre las que cabe destacar la aportación de recursos frescos a proyectos en nuestro País y la posibilidad de distribuir recursos económicos nacionales en más proyectos de infraestructura, en beneficio de la población.

Adicionalmente, la inversión extranjera directa, se realiza en empresas nacionales, especialmente tratándose de proyectos de coinversión, en los que se requiere la constitución de una SPE de nacionalidad mexicana. En este mismo orden de ideas, los recursos invertidos se mantienen en el País por un largo plazo, a diferencia de la inversión extranjera indirecta, que genera únicamente pasivos a cargo de las empresas mexicanas y del propio Estado.

Otra importante aportación de la inversión extranjera directa en esta clase de proyectos es la utilización de tecnología de punta en la realización de los mismos y la transferencia de tecnología y capacitación a empresas mexicanas y los profesionistas, empleados y obreros que trabajan en las mismas.

En el sector carretero, cabe destacar la participación de empresas de nacionalidad española, como es el caso de Obrascón Huarte Laín (OHL), Fomento de Construcciones y Contratas (FCC), Isolux, Aldesa, ASS/Dragados y Acciona, entre otras¹⁰⁰ y, posteriormente, de otras nacionalidades como la portuguesa Mota-Engil,

¹⁰⁰ OHL, desde 2017, inició un proceso de desinversión de su participación directa de proyectos en México, a través de Aleática, S.A., antes llamada OHL Concesiones, S.A., una filial del fondo de inversión australiano IFM Investors (100%). en el que, tengo entendido, los exinversionistas de esta sociedad participan directamente. El control de OHL en España fue adquirido por inversionistas mexicanos y hoy en día a la denominación de esta sociedad que era el acrónimo de Obrascón Huarte Laín se agregó la letra A, que coincidentemente, es la primera letra del apellido de los nuevos inversionistas.

que representan en su conjunto el porcentaje más alto de inversión extranjera directa en proyectos carreteros en México. Todas las empresas antes señaladas han constituido en México a sus filiales y subsidiarias, a través de las cuales participan regularmente en la SPE correspondiente.

La inversión extranjera directa en la construcción de carreteras mexicanas tuvo su máximo récord en el año 2017, en el que se invirtieron 2097 millones de dólares, que representó el 9.6% de la inversión extranjera directa total captada por México en ese período¹⁰¹. A partir de entonces la inversión general en carreteras se ha reducido sustancialmente y con ello la participación de la inversión extranjera directa en el sector.

A falta de no encontrar un apartado más adecuado, quisiera incluir en éste una consideración que me parece de gran relevancia por los efectos que tiene y la diferencias que se producen entre inversionistas nacionales y extranjeros y que es la imposibilidad para una SPE o para sus socios mexicanos de tener acceso a un procedimiento arbitral nacional o internacional, derivado de concesiones o contratos que documenten una Coinversión Plurisectorial Eficiente cuando la diferencia con el Gobierno Federal se derive de cualquier acto de autoridad, entre los que se incluyen la revocación de la concesiones y autorizaciones correspondientes. En estos supuestos la solución de controversias debe dirimirse en tribunales federales.

Así, el artículo 80 de la LAASSP establece que: “No será materia de arbitraje la rescisión administrativa, la terminación anticipada de los contratos, así como aquellos casos que disponga el Reglamento de esta Ley”¹⁰². El artículo 139 de la LAPP establece que no podrán ser materia de arbitraje la revocación de las concesiones y autorizaciones, ni los actos de autoridad.

Por otro lado, los acuerdos para la protección recíproca de las inversiones (APRIs) y los tratados de libre comercio celebrados por México, contienen la posibilidad de que los inversionistas extranjeros puedan llevar al Gobierno Federal a un arbitraje

¹⁰¹ Periódico El Economista, México, 5 de diciembre de 2017.

¹⁰² Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, artículo 80, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

internacional. El propio Gobierno Federal establece que una de las ventajas que tienen los APRIs es que “Prevén un mecanismo de solución de diferencias inversionista –Estado cuando se contravenga alguna disposición de estos APPRIs y se haya causado un daño a las inversiones de los inversionistas.”¹⁰³

Como ejemplo de lo anterior, podemos citar los APRIs entre México y España¹⁰⁴ y entre México y Francia¹⁰⁵, que establecen, además del trato de nacionales a los inversionistas extranjeros, la prohibición de cualquiera de las partes contratantes de adoptar medidas expropiatorias, de nacionalización o equivalentes salvo que sea: a) por causa de utilidad pública; b) sobre bases no discriminatorias; c) conforme al principio de legalidad; y d) mediante el pago de una indemnización equivalente al valor justo de mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que la expropiación se haya llevado a cabo, que deberá ser pagada sin demora, incluirá intereses a una tasa comercial razonable para la moneda en que dicho pago se realice, a partir de la fecha de expropiación hasta la fecha de pago y será completamente liquidable y libremente transferible.

Conforme a los APRISs, una controversia, podrá ser sometida a arbitraje, en el caso de España, ante el Centro Internacional sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), creado por el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados y en el segundo caso, ante este Centro, si la parte contratante del inversionista y la parte contratante que es parte en la controversia, son parte del Convenio del CIADI o, en caso contrario, ante un tribunal arbitral ad hoc, establecido de acuerdo con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas sobre Derecho Mercantil Internacional (

¹⁰³ Gobierno de México, <https://www.gob.mx/se/articulos/que-son-los-acuerdos-de-promocion-y-proteccion-reciproca-de-las-inversiones-appris>, consulta del 28 de febrero de 2022.

¹⁰⁴ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Reino de España, https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/ESPANA-APPRI_2006.pdf, consulta del 28 de febrero de 2022.

¹⁰⁵ Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre los Estados Unidos Mexicanos y el Gobierno de la República Francesa, <https://aplicaciones.sre.gob.mx/tratados/ARCHIVOS/FRANCIA-APPRI.pdf>, consulta del 28 de febrero de 2022.

CNUDMI) o ante la Cámara Internacional de Comercio, por un tribunal ad hoc, de conformidad con sus reglas de arbitraje.

En este mismo orden de ideas, los tratados de libre comercio de los que México es parte, contienen un capítulo *expresado* para la solución de controversias, derivadas de cualquier incumplimiento de las partes a lo establecido en el instrumento internacional correspondiente, a través de la constitución de paneles arbitrales. De esta manera, al igual que en los APRIs, los inversionistas extranjeros tienen la posibilidad de acudir a una instancia arbitral cuando sus derechos se vean afectados por actos administrativos de autoridades mexicanas. Tal es el caso del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América y Canadá (T-MEC), en su capítulo 31, relativo a la solución de controversias.

Como conclusión a lo antes expuesto, un inversionista extranjero, a diferencia de un inversionista nacional, puede llevar al Estado Mexicano a un arbitraje internacional cuando éste tenga como objeto un acto administrativo de expropiación, nacionalización o equivalente, como podría ser el caso de una revocación o rescate de una concesión o la rescisión de cualquier otro instrumento jurídico con el cual se documente una Coinversión Plurisectorial Eficiente y en cualquier caso, el inversionista extranjero tendrá derecho a reclamar por esta vía el pago de una indemnización justa y pronta.

Para efecto de los inversionistas de nacionalidad mexicana, el procedimiento de arbitraje como forma de solución de controversias entre el Estado Mexicano se limita a la resolución de diferencias en materia contable, financiera y de carácter técnico y deberá llevarse a cabo conforme a lo dispuesto en el Título Cuarto del Libro Quinto del Código de Comercio siendo aplicable las leyes mexicanas y el idioma español.

Como si la desventaja de los inversionistas mexicanos frente a los extranjeros sobre este particular no fuera suficiente, sorprendentemente el artículo 138 de la LAPP, además de restringir el arbitraje a los inversionistas nacionales a temas diferentes a actos administrativos, en el numeral III establece que procederá el juicio de amparo en contra del laudo arbitral correspondiente, lo cual, en mi opinión, violenta clara y abiertamente el principio más importante del arbitraje y que es la definitividad

del laudo. Cabe señalar que este principio es reconocido en muchas otras disposiciones legales mexicanas, así como en convenciones internacionales, de los que México es parte.

2.2 Instituciones financiadoras.

En este trabajo hemos apuntado en diversas ocasiones, la importancia fundamental que tiene el elemento financiero en los proyectos de infraestructura y de manera especial, en los que se estructuran bajo un esquema de Coinversión Plurisectorial Eficiente. Por lo anterior, la participación de instituciones financieras que ofrecen recursos económicos bajo diferentes modalidades, es esencial para que la realización de los proyectos resulte viable.

Los proyectos de infraestructura, por su naturaleza, requieren por lo general de importantes recursos económicos que son aportados por el Estado con recursos propios en los proyectos de infraestructura tradicional a través de obra pública, pero también en muchas ocasiones, con recursos provenientes de créditos otorgados por organizaciones financieras internacionales, como es el caso del Banco Mundial, el Banco Interamericano de Desarrollo o instituciones financieras de otros países que promueven tanto el desarrollo de ciertas actividades económicas, especialmente en economías emergentes, o bien, apoyan a sus nacionales para la explotación de sus productos, como son los denominados “Eximbanks”. Lo anterior no obsta para que el Estado pueda contratar financiamientos con la banca comercial tanto nacional como extranjera. La obtención de estos financiamientos por parte del Estado, constituyen la deuda pública que es interna o externa, según la naturaleza de la operación conforme a la cual éstos se contraten.

Aun cuando no es materia de este análisis, la contratación de deuda pública requiere de un adecuado manejo de diversos mecanismos de equilibrio económico y una muy ordenada administración de su ejercicio para evitar potenciales crisis económicas como las que nuestro país ha vivido en diversas ocasiones y tal y como lo hemos señalado en el capítulo I.

Si los estados con su potencial económico requieren en muchas ocasiones de financiamiento para la realización de obras de infraestructura, con mayor razón el sector social y/o privado, máxime que éste, independientemente de la disponibilidad de recursos, buscará siempre compartir riesgos en la realización de proyectos de esta naturaleza.

Así, los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente resultan un vehículo muy conveniente para que el sector financiero cumpla con su objeto de colocar recursos económico-financieros en el mercado y recibir por ello una retribución, el sector social y/o privado obtenga recursos suficientes para la realización del proyecto y el Estado pueda prestar a la población los servicios públicos correspondientes sin tener que efectuar erogaciones o haciéndolo por montos sustancialmente menores, como es el caso de las concesiones y aprovechamiento de activos, o bien, desembolsándolos a largo plazo y sin que constituyan deuda pública, como es el caso de los PPSs, contratos de prestación de servicios, contratos APP y la obra pública financiada.

Independientemente del vehículo jurídico a través del cual se estructure un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente, el sector público puede asumir la obligación de aportar recursos en numerario, tal y como se señala en el artículo 3º, fracciones I y II del Reglamento de la LAPP, ya sea mediante aportaciones a fondo perdido o recuperables, pero el sector social y/o privado tendrá siempre la obligación de proveer los recursos necesarios para la realización y desarrollo del proyecto, ya sea financieros o de otro orden. Lo anterior de suerte que, si el Estado decide no realizar aportaciones en numerario, ya sea con recursos presupuestarios del FONADIN o de cualquier otra forma permitida por la legislación aplicable, el sector social y/o privado deberá obtener la totalidad de los recursos de cualquier orden, entre ellos, los de carácter financiero, para la realización del proyecto tanto durante su etapa de construcción como de operación, mantenimiento y conservación.

La fracción VI del artículo 3 de la LAASP establece que, dentro de los servicios regulados en ese ordenamiento, quedan comprendidos: “La prestación de servicios de largo plazo, que involucren recursos de varios ejercicios fiscales, a cargo de un

inversionista proveedor, el cual se obliga a proporcionarlos con los activos que provea por si o a través de terceros, de conformidad con un proyecto para la prestación de dichos servicios;”¹⁰⁶

Aun cuando no hay una disposición de la legislación aplicable que establezca la obligación del sector social y/o privado de obtener financiamiento para el desarrollo de un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente, pues podría darse el caso de que lo llevara a cabo con recursos propios, si hay diversas disposiciones de ley que consideran la contratación de financiamientos, como es el caso de los artículos 92, fracción IX y 108 de la LAPP que establecen, el primero, que el contrato APP deberá contener los términos y condiciones conforme a los cuales el desarrollador deberá pactar con sus acreedores la transferencia temporal del control de la SPE a estos últimos en caso de incumplimiento de los convenios para la financiación del proyecto y, el segundo, que los riesgos de operación, prestación de los servicios, construcción y financiamiento del proyecto, serán asumidos por el desarrollador.

En este orden de ideas, el artículo 11, fracción VIII del Reglamento de la LAPP, define a la “Inversión Inicial” aludiendo al monto de aportaciones en numerario o en bienes distintos al mismo tanto del sector público como del privado, con y sin financiamiento, necesarias para que el proyecto opere. El artículo 44, fracción VII, inciso c) del mismo ordenamiento establece que el estudio preliminar en el caso de propuestas no solicitadas, deberán incluir el régimen propuesto de distribución de riesgos, incluida la obtención de financiamientos. El artículo 105 del reglamento aquí referido señala en su fracción II, que la dependencia o entidad federal autorizará la admisión o exclusión de nuevos socios, cambio de la estructura accionaria de la SPE y la cesión, transmisión a terceros y otorgamiento de garantías respecto de los títulos representativos de esta última, otorgando preferencialmente la autorización respectiva cuando se trate de garantizar el cumplimiento de financiamientos contratados para la realización de proyecto de coinversión. De igual manera, el artículo 107, fracción II, inciso a) señala que el contrato APP correspondiente deberá

¹⁰⁶ Ley de Adquisiciones, Arrendamiento y Servicios del Sector Público, artículo 3, fracción VI, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

establecer la determinación de ajustes financieros si durante la vigencia del contrato el desarrollador recibe mejores condiciones en los financiamientos destinados al proyecto, en cuyo caso tales beneficios deberán compartirse con la entidad o dependencia correspondiente. El artículo 112 del mismo ordenamiento establece que los derechos derivados de un contrato APP y de las autorizaciones respectivas solo pueden cederse, transmitirse, darse en garantía o afectarse de cualquier manera en favor de terceros, previa autorización de la dependencia o entidad contratante y, en su párrafo cuarto señala que la autorización mencionada se otorgará de manera preferencial cuando “se encuentre referida a garantizar el cumplimiento de financiamientos directamente relacionados con el proyecto”.¹⁰⁷ Finalmente, el artículo 16 del ordenamiento aquí citado, señala que, en caso de intervención de los proyectos por la dependencia o entidad contratante, “los Acreedores del desarrollador podrán designar uno o varios representantes para coadyuvar con él por los interventores designados ...”¹⁰⁸

Tanto en los títulos de concesión como en los contratos que instrumentan las Coinversiones Plurisectoriales Eficientes en México es actualmente común encontrar disposiciones las que el sector social y/o privado que participa en el proyecto a través de la SPE se constituye como único responsable de obtener todo el financiamiento de deuda y capital necesario para cumplir con sus obligaciones conforme al instrumento respectivo y por lo tanto llevar a cabo todos los actos y celebrar todos los convenios necesarios para la obtención de los créditos correspondientes, debiendo acreditar a la dependencia o entidad contratante la celebración de los mismos en un plazo que por lo general no excede de 6 meses, a partir de la fecha de firma del documento respectivo. Este plazo se puede modificar reduciéndose o incrementándose en función de las condiciones económicas del país y de la oferta y demanda de financiamiento.

De igual manera, en los instrumentos jurídicos antes señalados se incluye en las condiciones, cláusulas o anexos que regulan la terminación anticipada de la

¹⁰⁷ Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas, artículo 112, párrafo cuarto, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

¹⁰⁸ *Ibidem*, artículo 16

concesión o el contrato respectivo, ya sea por rescate, revocación, rescisión, renuncia o por caducidad (tal y como este término se utiliza en la LVGC) o por cualquier otra razón, los términos y condiciones conforme a los cuales deberán pagarse a las instituciones financieras acreedoras los créditos que hubieren sido otorgados para su aplicación directa al proyecto respectivo.

Así, hoy en día es una práctica generalizada en los contratos APP que se establezca que, en caso de terminación anticipada tanto por causas imputables al desarrollador como a la dependencia o entidad convocante, esta última se encuentre obligada a pagar al primero, las deudas financieras y, en su caso, las obligaciones derivadas de la emisión de títulos de deuda cuyo saldo insoluto a la fecha de terminación anticipada se encuentre certificado por los acreedores, así como los costos de rompimiento del financiamiento incluyendo los de los contratos de cobertura de tasa de interés que, en su caso, haya celebrado el desarrollador.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 41 y 50 de la LFPRH, en los artículos 53 y 53-A a 53-E y, 147 y 148 de su reglamento, en los artículos 20, 24 y 25 de la LAASSP y en los párrafos 6 y 7 del artículo 14 de la LAPP, el Estado se compromete a pagar las contraprestaciones convenidas con quienes celebra los contratos que instrumentan los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, lo cual otorga certeza jurídica y financiera directamente al sector privado y/o social firmante de los mismos, como indirectamente a las instituciones financieras, toda vez que el Estado Mexicano asume el compromiso de cubrir sus obligaciones plurianuales y la empresa del sector privado y/o social que recibe dichos pagos se encuentra obligada con las instituciones financieras a efectuar los pagos correspondientes que como he comentado, se afectan a un fideicomiso de administración, garantía y fuente de pago que asegura a las instituciones financieras la recepción de los recursos que les corresponde.

Pese a lo anterior y aun cuando en los contratos que instrumentan los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente se incluye la obligación de la dependencia o entidad contratante de pagar en el caso de una terminación anticipada el saldo pendiente de los financiamientos y los gastos asociados a la terminación de los

mismos, la ejecutabilidad de esa obligación estará sujeta a que los contratos respectivos adquieran el carácter de obligaciones plurianuales y se cumplan los requisitos que para tales efectos señala la legislación aplicable, debiéndose obtener las aprobaciones y registros correspondientes de la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación, la SHCP y la Cámara de Diputados.

En el caso de las concesiones, el riesgo de pago de los financiamientos otorgados a los concesionarios es aún mayor, especialmente tratándose de una terminación anticipada de la concesión, toda vez que los recursos que obtiene el concesionario durante la operación de la misma no provienen del Gobierno Federal, como en el caso de los contratos APP, PPS, contratos de prestación de servicios y los de obra pública financiada, sino de los usuarios de la infraestructura, mediante el pago de cuotas o tarifas por la utilización de la misma.

Cabe señalar que en el caso de concesiones, los inversionistas del sector social y/o privado, el sector público en algunos casos y las instituciones financieras correspondientes, aportan conjuntamente recursos al proyecto durante la etapa de construcción del mismo, quedando el concesionario obligado a efectuar aportaciones suplementarias durante la etapa de operación, en caso de que resulte necesario. Considerando lo anterior, los recursos derivados de los financiamientos se aplican de manera inmediata durante la construcción de la infraestructura y regularmente se cubren a las instituciones financieras en algunos casos a lo largo de la vida de la concesión y, en otros, antes del vencimiento de la vigencia de la misma que por lo general no excede de una quinta parte del plazo originalmente establecido en la misma.

Otro elemento que para esta consideración debemos tomar en cuenta, es que las concesiones se otorgan a una SPE, que aun cuando debe contar con un capital social mínimo, es sustancialmente menor a los requerimientos financieros totales del proyecto y su principal activo es el propio título de concesión. En este orden de ideas, estas empresas no tienen recursos suficientes para cubrir el saldo insoluto de los financiamientos en caso de una terminación anticipada de la concesión y, en

consecuencia, la pérdida de su única fuente de ingresos. A lo anterior cabe agregar que, los inversionistas no garantizan el pago de los financiamientos a cargo de la SPE y únicamente en la etapa de construcción garantizan la adecuada aplicación de los recursos y, en su caso, el pago derivado de la terminación anticipada de los contratos de crédito respectivos durante dicha etapa, con la constitución de un gravamen sobre su participación en el capital social de la acreditada.

En adición a lo anterior, cabe recordar que, como efecto de la terminación anticipada por cualquier medio legal de una concesión, la misma conjuntamente con los activos afectos a su explotación, revierten al Estado. Como efecto de ello, es el Estado el que adquiere el derecho de explotar la infraestructura correspondiente, es decir, quien tiene el derecho para cobrar las cuotas o tarifas que pagan los usuarios por el uso de la misma.

Como consecuencia de lo antes señalado, desde un punto de vista estrictamente legal, las concesiones: i) no constituyen una obligación plurianual a cargo del Estado, toda vez que no hay erogaciones periódicas a cargo de éste que deban ser consideradas en el Presupuesto de Egresos de la Federación, aun cuando en mucho casos el Gobierno Federal, regularmente a través de FONADIN, ha realizado aportaciones de recursos financieros tanto a fondo perdido como recuperables, lo cual no implica que tenga el compromiso de otorgar recursos al concesionario durante las etapas de operación, explotación, mantenimiento y conservación del proyecto de infraestructura correspondiente¹⁰⁹; ii) los ingresos del concesionario provienen de la explotación de la infraestructura, principalmente y en algunos casos de la realización de ciertas actividades vinculadas directamente con el servicio prestado; iii) una vez terminada anticipadamente la concesión, los bienes

¹⁰⁹ En la primera etapa del proceso de inversión público-privada en autopistas, el Estado se comprometió a un flujo de vehículos que en la mayoría de los casos no pudo ser cumplido y el resultado fue el rescate carretero que ya ha sido analizado en este trabajo. En materia de infraestructura pública existe la figura de “peaje-sombra”, mediante la cual el Estado se obliga a pagar al concesionario, al prestador de servicios, al desarrollador o constructor, según sea el caso, una cantidad determinada, equivalente al diferencial entre el número de usuarios estimado por la autoridad correspondiente y el número de usuarios que efectivamente aprovecha la infraestructura correspondiente. En México, la aplicación del método de “peaje-sombra” ha dejado de utilizarse debido a los resultados del mismo y que concluyeron en una afectación muy importante al patrimonio del Estado y de las instituciones financieras que participaron en los procesos correspondientes.

concesionados y los equipos afectos al mismo revierten al Estado libres de todo gravamen o limitación de dominio alguno; iv) el derecho de cobro de tarifas y cuotas a los usuarios lo adquiere la dependencia o entidad concesionante; v) los ingresos que obtiene el Estado por la explotación de la infraestructura se consideran como recursos fiscales; vi) el Gobierno Federal únicamente puede disponer de recursos fiscales conforme al Presupuesto de Egresos de la Federación; vii) la dependencia o entidad concesionante no puede comprometer recursos fiscales, toda vez que con ello excedería el alcance de sus facultades; viii) los títulos de concesión que otorgan a los concesionarios y/o a las instituciones financieras, el derecho para recibir un pago del Gobierno Federal que cubra al menos el saldo insoluto del financiamiento aplicado directamente a la infraestructura, en mi opinión, son jurídicamente cuestionables por lo que a este tema corresponde; ix) para que los concesionarios obtengan un pago indemnizatorio por la terminación anticipada de una concesión, tendrán que ajustarse a la legislación aplicable, tratándose de la figura del rescate o de una revocación por causas atribuibles a la autoridad concesionante. En los demás casos consideramos que debe reconocerse el adeudo por la autoridad concesionante y solicitar que el mismo se incluya en el Presupuesto de Egresos de la Federación y una vez que el mismo sea aprobado por la Cámara de Diputados, el concesionario correspondiente y la institución financiera, directa o indirectamente, según se haya establecido en el título de concesión, tendrán derecho a recibir el pago correspondiente.

He tenido la oportunidad de evaluar jurídicamente títulos de concesión, en los que se establece que la concesionante quedará obligada a aplicar los recursos de la explotación de la infraestructura revertida al pago del saldo insoluto de los financiamientos. Lo anterior, en mi opinión, es nulo y pudiera, inclusive, implicar una responsabilidad del o de los funcionarios públicos que firman los títulos de concesión.

En el entorno antes señalado, participan prácticamente en la totalidad de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, diversas instituciones financieras, nacionales y extranjeras, entre las que podríamos destacar las siguientes:

Nacionales:

- a) Banca de Desarrollo Nacional, la cual ya sido objeto de análisis en el apartado 1.2 del presente capítulo.
- b) Fideicomisos públicos que pueden ser o no entidades paraestatales y cuyos recursos se destinan al apoyo de ciertas actividades necesarias para el desarrollo del país, entre ellas, la infraestructura. El caso más representativo es FONADIN.
- c) Banca Comercial Nacional, es decir, todas las instituciones bancarias debidamente autorizadas para actuar como tales en términos de la legislación aplicable.
- d) Administradores de Fondos para el Retiro (Afores), que son intermediarios del mercado bursátil, debidamente autorizadas para tales efectos conforme a la legislación aplicable. Son entidades financieras que se dedican de manera habitual y profesional a administrar las cuentas individuales y canalizar los recursos de las subcuentas que las integran en términos de la ley de la materia, así como a administrar sociedades de inversión, en las cuales las Afores invierten los recursos de los trabajadores para generar rendimientos (Siefores).

Las Afores deberán efectuar todas las gestiones que sean necesarias, para la obtención de una adecuada rentabilidad y seguridad en las inversiones de las sociedades de inversión que administren¹¹⁰.

La naturaleza jurídica y económico-financiera de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, según sus características, hacen de ellos una atractiva inversión para Afores y Siefores, considerando las restricciones que este tipo de entidades tienen conforme a la ley de la materia y que incluye como un importante interés tutelado, además de la obtención de beneficios para los trabajadores, la seguridad de las inversiones en las que los recursos que conforman su patrimonio se aplican. Los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente son a largo plazo y por su naturaleza ofrecen estabilidad en la generación de recursos y generan una

¹¹⁰ Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, art. 18, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

tasa interna de retorno suficientemente atractiva para ser objeto de inversión por parte de estas instituciones.

e) Fideicomisos privados de inversión en infraestructura, que emiten certificados de participación en la modalidad de Fibras y/o CKDes a los que he hecho referencia previamente.

f) Fondos de Inversión que pueden ser públicos o privados y que regularmente se constituyen como sociedades mercantiles o a través de la celebración de contratos de fideicomiso y a los que los particulares confían sus recursos para invertirlos tanto en instrumentos del mercado de dinero como de capitales en México y/o en el extranjero. Tratándose de fondos públicos de entidades mexicanas, éstos únicamente disponen de su patrimonio para la realización de inversiones en proyectos nacionales. Cabe señalar que hay fondos públicos que tienen el carácter de soberanos y que pertenecen a estados extranjeros que participan en proyectos internacionales.

g) Casas de bolsa que son sociedades anónimas, debidamente autorizadas por la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, dedicadas a la intermediación bursátil conforme a lo dispuesto en la Ley de Mercado de Valores, cuya función comprende el poner en contacto a oferentes y demandantes de valores, así como ofrecer y negociar valores por cuenta propia o de terceros en el mercado primario o secundario, tanto de dinero como de capitales.

Las Casas de Bolsa también asesoran a las empresas para obtener financiamiento a través de la emisión de títulos, y participan en las ofertas públicas como colocadores de los mismos o como representantes comunes de los tenedores de valores y contribuyen a dar liquidez a dichos títulos mediante su intervención en operaciones de compra y venta de éstos en el mercado. Asimismo, pueden actuar como fiduciarias, administradoras y ejecutoras de prendas bursátiles, así como distribuidoras de acciones de sociedades de inversión.

Las Casas de Bolsa juegan un papel fundamental para el financiamiento de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, pues a través de éstas, se colocan

en el mercado de valores, acciones de las SPEs, papel comercial emitido por éstas y sus accionistas, certificados de participación en sus modalidades de Fibras y CKDes y otros productos que facilitan y optimizan la obtención de recursos financieros para la administración de estos proyectos.

h) Otras instituciones financiadoras. En adición a las instituciones de carácter financiero previamente mencionadas, que participan directa o indirectamente en mayor o menor medida en el financiamiento de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, también participan en este mercado, como es el caso de las sociedades financieras de objeto limitado (Sofoles) y las sociedades financieras de objeto múltiple (Sofomes), tanto las reguladas como las no reguladas.

Este tipo de sociedades financieras regularmente otorgan su financiamiento a pequeñas y medianas empresas, por lo que su participación en proyectos de infraestructura es indirecta, pues en ocasiones otorgan crédito a subcontratistas que participan en las mismas y en otras, financian al sector social o privado en proyectos de infraestructura pequeños.

2.3 Las comunidades afectadas.

Por lo que corresponde a las comunidades que pueden resultar directa o indirectamente afectadas por el desarrollo de infraestructura, hacemos un análisis sobre el efecto del desplazamiento forzado de las mismas en el apartado 3.2 del capítulo II de este documento.

CAPÍTULO V

Definición y jerarquización de los proyectos de infraestructura.

1. Consideraciones generales.

En primer término, debemos señalar que no hay dos proyectos de infraestructura iguales y pretender replicar los análisis, evaluación, estructuración, documentación e instrumentación en dos o más proyectos, irremediablemente tendrá como resultado la generación de problemas en el corto, mediano y largo plazo, cuya solución resultará mucho más costosa para todas las partes involucradas que la inversión inicial que representa un adecuado estudio, análisis, evaluación e instrumentación de un proyecto.

Por lo que respecta a la ruta crítica que debe seguirse para la realización de un proyecto de infraestructura, es posible señalar ciertos rubros de carácter general que deben considerarse, adecuándolos de la manera más detallada posible a cada caso concreto de forma que reflejen para cada proyecto todos y cada uno de los aspectos que deben ser considerados, evaluados y solventados para el éxito del proyecto, aun cuando siempre existirán externalidades que pueden afectarlo y que no pueden preverse.

2. Etapas.

Podríamos señalar las siguientes etapas generales que resultan aplicables a todos los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

2.1 Detección de una necesidad de la población o de una oportunidad para mejorar ciertas condiciones de calidad de vida de la misma.

La detección de una necesidad de un sector de la población que debe ser satisfecha por el Estado como de una oportunidad para mejorar sus condiciones de vida, si bien es una obligación de éste, en muchas ocasiones solo pueden atenderse con la participación de los sectores social y/o privado. La experiencia nos ha demostrado que estos sectores son un eficiente medio para determinar la existencia de una necesidad o de una oportunidad para cuya satisfacción o desarrollo se requiere de la realización de un proyecto de infraestructura. En ese orden de ideas, el sector social es más activo y más eficiente en la detección de problemas reales e inmediatos que afectan a una comunidad, pues ellos mismos son quienes reciben el impacto de la falta de infraestructura. El sector privado si bien contribuye a la detección de problemáticas reales que requieren ser atendidas por el Estado, participa de manera más eficiente en la creación de oportunidades para la realización de proyectos de infraestructura que ofrezcan mejores condiciones para una comunidad conjuntamente con un beneficio económico, resultado de su explotación.

Lo antes señalado ha quedado reflejado en diversas leyes y de manera específica, en la LAPP, en su “Capítulo Tercero, De las Propuestas no Solicitadas”, que se ha replicado en todas y cada una de las leyes de asociaciones público-privadas de las entidades federativas que han expedido una ley específica sobre esta materia. Conforme a esta figura jurídica, “Cualquier interesado en realizar un proyecto de asociación público-privada podrá presentar su propuesta a la dependencia o entidad federal competente.”¹¹¹

Cabe mencionar que a pesar de que la Ley APP se publicó en enero de 2012 y su Reglamento en noviembre del mismo año, los proyectos de Coinversión

¹¹¹ Ley de Asociaciones Público Privadas, artículo 26, párrafo primero, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 2012.

Plurisectorial Eficiente que se han llevado a cabo a partir de la figura de propuesta no solicitada no han sido muchos. Durante la presente administración en la que los proyectos de asociación público-privada no han sido vistos con buenos ojos, y se ha regresado a los esquemas de contratación pública pura como financiada, directa o indirectamente con deuda pública, las autoridades han manifestado su interés en considerar proyectos de infraestructura conforme a la LAPP mediante la figura de propuesta no solicitada, siempre que la totalidad de los recursos económicos sean responsabilidad del sector privado y/o social incluyendo el capital de riesgo y la financiación.

Evidentemente, el Estado se ve beneficiado con la participación de los sectores social y privado, pero especialmente con la del segundo, toda vez que será a cargo y costo de quien promueva la realización del proyecto de infraestructura, la realización de todos los estudios y análisis, político-sociales, económico-financieros, técnicos e inclusive de carácter jurídico necesarios para su instrumentación. El Estado siempre tendrá la facultad para no considerar viable el proyecto sin que ello le represente un costo. Más aún, en caso de que el Estado considere el proyecto viable y éste, por disposición de ley se licite, el costo de los estudios y análisis antes referidos los asumirá el proponente si gana la licitación, y en caso de que un tercero sea el que obtenga el fallo favorable, será éste el que le pague al proponente el costo de los estudios y análisis realizados.

Como corolario, la ley faculta al Estado para que, si no desea llevar a cabo el proyecto en el tiempo en que le es propuesto, pueda adquirir toda la documentación e información generada por el proponente y los derechos de autor y de propiedad intelectual correspondientes para posteriormente, si lo estima conveniente, realice el proyecto respectivo conforme al procedimiento que en su oportunidad considere más adecuado.

Es pertinente apuntar, que no hay limitación legal para que el Estado pueda incluir dentro de los requerimientos para participar en una licitación para un proyecto de

Coinversión Plurisectorial Eficiente, el que el participante ganador se obligue a cubrir al Estado ciertos gastos y costos en los que hubiera incurrido en relación al proyecto, como sería el caso del precio de adquisición pagado al proponente por los estudios y análisis, documentación e información, derechos de autor y de propiedad intelectual para la realización del proyecto respectivo, gastos incurridos en el proceso de licitación, costos de liberación del derecho de vía y otros gastos preoperativos.

Evidentemente, en muchas ocasiones no pueden llevarse a cabo los análisis y evaluaciones para la detección de una necesidad determinada, sino que ésta se manifiesta en forma impredecible demandando su atención inmediata por parte del Estado, como es el caso de eventos derivados de fenómenos de la naturaleza que pueden impactar poblaciones específicas, ciudades, estados, o eventos extraordinarios que pueden afectar al país entero, como es el caso de la pandemia del Covid-19 que hemos padecido, supuestos en los que las decisiones para el desarrollo de infraestructura tienen que adoptarse de manera inmediata aunque no por ello deben dejar de ser objeto de un análisis y evaluación mínima indispensable que permita soportar la conveniencia de la forma, términos y condiciones en que ésta debe llevarse a cabo para que cumpla con el cometido de satisfacer de forma inmediata, las necesidades de la población.

Si bien en casos como los señalados en el párrafo anterior, regularmente el Estado lleva a cabo los proyectos de infraestructura bajo un esquema de obra pública tradicional, también pueden llevarse a cabo a través de un mecanismo de Coinversión Plurisectorial Eficiente, conforme a un régimen de excepción de suerte que en lugar de que su realización se estructure a través de un procedimiento de concurso, se lleve a cabo mediante una invitación a cuando menos tres personas o adjudicación directa¹¹², en el entendido de que dichos procedimientos deben llevarse a cabo conforme a los principios de legalidad, objetividad e imparcialidad, transparencia e igualdad de condiciones, a efecto de que los recursos públicos se

¹¹² *Ibidem*, artículo 64

administren con eficiencia, eficacia, transparencia y honradez¹¹³, en cumplimiento del artículo 134 de la CPEUM.

2.2 Prioridad de proyectos.

En todos los países del mundo, independientemente de su capacidad económica, los recursos económico-financieros siempre son escasos frente a todas las necesidades de una sociedad. Es claro que el nivel de los mismos fluctúa entre las relativas a la supervivencia y las que atiendan las necesidades más sofisticadas. A todos nos resulta claro que el nivel de necesidades de la población de países del África Subsahariana son de carácter mucho más básico que las necesidades de habitantes de países pobres como el nuestro, pero con un mayor grado de avance y capacidad económica. Las necesidades de la población de cualquier país nórdico, de los países de Europa Occidental, de algunos del lejano oriente o de los Estados Unidos de América son sustancialmente distintas a las que podemos tener en México y en el resto de Latinoamérica.

No es la intención de este trabajo hacer un análisis económico y/o sociológico de la importancia y prioridad de las necesidades de una población en un tiempo y lugar determinados, sin embargo, no podemos obviar que las necesidades de sobrevivencia, alimentación, salud, educación y seguridad resultan especialmente relevantes. Así también, satisfechas las anteriores, las necesidades de comunicación e interacción entre los miembros de una comunidad y de éstos con el exterior a nivel nacional o internacional, resultan también prioritarias para un adecuado desarrollo económico y comercial que ofrezca a la población la posibilidad de mejorar su calidad de vida. De igual manera, las necesidades de trabajo mediante la generación de empleos convenientemente remunerados pueden considerarse de alta prioridad para cualquier sociedad. La lista de necesidades de

¹¹³ *Ibidem*, art. 66.

los seres humanos parece ser inagotable y siempre que una necesidad es satisfecha, de inmediato surge otra.

En conclusión, la prioridad de los proyectos de infraestructura variará según el lugar y la época y los criterios para su determinación, debiendo adecuarse a los diferentes niveles de necesidad. Desgraciadamente, lo que resulta parecer tan obvio en la realidad no lo es y desafortunadamente en muchos casos, los proyectos de infraestructura obedecen más a intereses de carácter político y económico que de satisfacer las necesidades de la población.

Sin lugar a dudas, lo anterior ha sido motivo de una de las más importantes críticas a los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en sus diferentes esquemas, y si bien, en nuestra opinión, esa crítica no es aplicable de manera general a esta figura, ni una consecuencia necesaria de la utilización de la misma, también es cierto que en muchos casos la coinversión público privada ha priorizado los intereses económico financieros tanto para el Estado como para los privados sobre el objetivo primordial que es satisfacer necesidades de la población y/u ofrecerle a ésta alternativas y medios para mejorar su calidad de vida, aun cuando en mi opinión éstos no se excluyen recíprocamente.

La subordinación del interés social a los intereses económicos ha sido objeto de un análisis y un replanteamiento de los esquemas de Coinversión Plurisectorial Eficiente tanto en México como en diversos países tal y como se analiza en este trabajo y ha sido motivo para que organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas, a través de su Comisión Económica para Europa, se encuentre en proceso de implementar en su agenda para 2030, una herramienta que permita evaluar e implementar el impacto social de las asociaciones público privadas, en donde se prioriza la satisfacción de las necesidades de una sociedad sobre los intereses económicos que los proyectos respectivos generen.

En nuestra opinión, el interés social y el beneficio económico no son conceptos excluyentes, sino que, por el contrario, se complementan. El sector social y/o privado no tendrá interés en participar en proyectos de infraestructura pública si no obtiene un beneficio económico y el Estado se verá limitado para realizar más

proyectos de infraestructura que satisfagan las necesidades de la sociedad sin la coparticipación de los primeros. Sobre este particular, me parece necesario señalar el riesgo que implica para el desarrollo de proyectos de infraestructura y especialmente aquellos en los que los sectores social y privado participan, que se descalifiquen mecanismos o procedimientos de coinversión de manera general a partir de considerar que todos los casos o en su mayoría ha habido una inadecuada utilización de esos mecanismos en beneficio de intereses políticos o económicos tanto de funcionarios como de los desarrolladores de los proyectos.

Durante la presente administración se ha criticado severamente a los contratos regulados por la Ley APP y se ha desestimado su utilización, argumentando actos de corrupción que se materializaron en la instrumentación de los mismos. Los actos de corrupción se pueden llevar a cabo independientemente de la figura jurídica utilizada para estructurar un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente. Un claro ejemplo de lo anterior es el esquema de contratación pública pura utilizada por el Estado durante muchas administraciones y especialmente en la actual en la que el costo de las obras se incrementa sustancialmente al igual que el plazo de ejecución de las mismas, beneficiando a funcionarios públicos y contratistas en perjuicio del patrimonio del Estado.

En el año 2019, la Cámara de la Industria de la Construcción solicitó a una importante firma de consultoría, la elaboración de un análisis comparativo entre contratos de obra pública pura y contratos celebrados al amparo de la Ley APP. El resultado fue sorprendente. La empresa contratada no pudo llevar a cabo el estudio requerido porque no encontró, ni tuvo acceso a contratos de obra pública para evaluar el contenido, alcance y costo real de los mismos.

La prioridad para la realización de proyectos de infraestructura depende de diversos elementos: el primero de ellos es la urgencia para resolver un problema específico. Así, será prioritario el proyecto que tenga como finalidad resolver una situación de emergencia para salvaguardar la vida e integridad de los ciudadanos y la más rápida recuperación de sus condiciones de vida que les permitan sobrellevar el evento que los haya afectado. Un claro ejemplo de lo anterior ha sido la pandemia de COVID-

19, cuya falta de atención oportuna y suficiente ha tenido efectos fatales para miles de personas.

El segundo elemento correspondería a todos aquellos proyectos diferentes a los referidos en el párrafo anterior y que deben llevarse a cabo para satisfacer necesidades que pueden ser inmediatas, aunque no urgentes o cuya atención puede materializarse a mediano o largo plazo. El tercer elemento son los proyectos vinculados con oportunidades para mejorar las condiciones de vida de una población o favorecer el desarrollo de actividades económicas, de salud pública, educativas, culturales y de cualquier otro orden en una comunidad específica, en una región o en todo el país.

2.3 Herramientas para evaluar la procedencia de un proyecto.

Para la determinación de la conveniencia de llevar a cabo un proyecto de infraestructura pública mediante el esquema de Coinversión Plurisectorial Eficiente, tanto la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y organismos internacionales, como es el caso del BID, el Banco Mundial y la OCDE, entre otros, han desarrollado diversos procedimientos que se materializan en manuales que permiten la realización de análisis de los proyectos, entre los que destacan los siguientes: i) Análisis Costo Beneficio del Proyecto, ii) Análisis de Costo Eficiencia, iii) Comparador Público Privado, iv) Índice de Elegibilidad, y iv) Valor por el Dinero.

2.3.1 Análisis Costo Beneficio.

Este análisis de rentabilidad del proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente se lleva a cabo a nivel de pre-factibilidad y su finalidad es determinar en términos monetarios la valoración de los costos y beneficios directos e indirectos con inclusión de externalidades que conlleven la ejecución y operación de un

proyecto¹¹⁴. Mediante este análisis se debe obtener el valor presente neto, la tasa interna de retorno y la tasa de rentabilidad inmediata del Proyecto.

Este análisis debe considerar la identificación y descripción de los costos y beneficios, los indicadores de rentabilidad antes mencionados, los principales riesgos asociados al proyecto, la motivación para la realización del mismo, señalando la problemática o necesidad que se pretende resolver, un análisis de la oferta, de la infraestructura y servicios existentes, el análisis e interacción de la oferta y demanda, así como una evaluación de la situación esperada en el supuesto de que no se lleve a cabo el proyecto y en caso de que éste se llegue a realizar.

2.3.2 Análisis de Costo Eficiencia.

Al igual que en el caso anterior, en la etapa de pre-factibilidad, se evalúa la rentabilidad del proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente. Su función es asegurar el uso eficiente de recursos al comparar dos alternativas de solución bajo el supuesto base de que generen los mismos beneficios.¹¹⁵

En este análisis se asume que el proyecto es rentable social y económicamente y que las alternativas de solución generan los mismos beneficios. Debe también considerar los elementos señalados para el análisis de costo beneficio, incluyendo los escenarios esperados en caso de que se lleve a cabo el proyecto o de que éste no se realice.

2.3.3 Índice de Elegibilidad.

Este índice comprende una combinación de variables explicativas de un problema a través de preguntas efectuadas en un cuestionario cuya finalidad es obtener una puntuación en función de la cual pueda determinarse la conveniencia de realizar un

¹¹⁴ Secretaría de Hacienda y Crédito Público, *Manual con las disposiciones para determinar la rentabilidad social y la conveniencia de llevar a cabo un proyecto APP*. Apartado II, p. 23.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 32.

proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente frente a otras opciones. Se establecen siete criterios generales conforme a la tabla que se muestra en el cuadro siguiente y cada uno de ellos se pondera conforme al ponderador que en cada caso resulte aplicable.¹¹⁶

Criterios Generales	Descripción
Institucionalidad	Cualidad referida al funcionamiento y organización del sector público para llevar adelante un esquema APP.
Competencia	Presencia de condiciones de mercado que generan comportamientos adecuados de los agentes participantes y retornos normales dado el riesgo del proyecto, en un contexto de oferta y demanda.
Licitación	Procedimiento público de selección objetiva del oferente.
Involucrados	Consideración del impacto de cualquier grupo que puede afectar o ser afectado por la consecución de los objetivos del proyecto.
Complejidad	Procesos de difícil desarrollo y donde intervienen una serie de variables.
Macroeconomía	Condiciones de la economía relacionadas con el clima de inversión y acceso a financiamiento de largo plazo,
Tamaño	Dimensión en duración y tiempo de ejecución del proyecto.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 47.

	Factores	Ponderador
Factores y Ponderadores	Institucionalidad	0,38
	Competencia	0,24
	Involucrados	0,16
	Complejidad	0,17
	Licitación	0,52
	Tamaño	0,48

2.3.4 Comparador Público Privado.

La finalidad de este proceso de comparación es proporcionar una metodología sistematizada para evaluar la alternativa que resulte más adecuada para que la entidad o dependencia del sector público que corresponda pueda determinar si le es más conveniente llevar a cabo un proyecto de infraestructura mediante la modalidad de obra pública tradicional o a través de una Coinversión Plurisectorial Eficiente. Este indicador se define como “la comparación en valor presente de los costos teóricos de un proyecto desarrollado bajo coinversión público-privada y los costos de desarrollar el proyecto bajo una modalidad tradicional de contratación (Proyecto Público de Referencia)¹¹⁷”

Este proceso implica el desarrollo de las etapas de definición y evaluación del proyecto mediante los análisis antes referidos, el cálculo de la viabilidad económica-financiera de la alternativa de Coinversión Plurisectorial Eficiente y del valor del dinero, al que aludiremos más adelante.

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 145

Para efecto de lo anterior, se requiere la identificación, descripción, valoración y asignación de riesgos como más adelante se señala.

Mediante este proceso deberá quedar demostrado si la realización de un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente es más económico y eficiente que su realización a través de una obra pública tradicional a cargo exclusivo del Estado.¹¹⁸

2.3.5 Valor por el Dinero.

Este indicador es uno de los más relevantes para determinar el mecanismo que resulte más conveniente para el Estado para llevar a cabo un proyecto de infraestructura y/o de prestación de servicios públicos.

Al igual que el comparador público privado, tiene como finalidad medir la diferencia entre el costo de la realización de un proyecto de infraestructura y/o de prestación de servicios públicos a través del esquema de obra pública tradicional (Proyecto Público de Referencia) o a través de una Coinversión Plurisectorial Eficiente. Con base en el Proyecto Público de Referencia y en la capacidad financiera de la entidad o dependencia contratante, mediante este indicador, se fijará también, el límite de viabilidad que define el precio máximo posible a pagar por el sector público para llevar a cabo el proyecto correspondiente¹¹⁹.

Este indicador supone que los estándares de servicio se mantendrán durante la vigencia del contrato que instrumente la Coinversión Plurisectorial Eficiente, que se iniciará la prestación de los servicios conforme al programa establecido, que los activos necesarios para este efecto quedarán integrados conforme al presupuesto, que las partes involucradas se encontrarán

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 140.

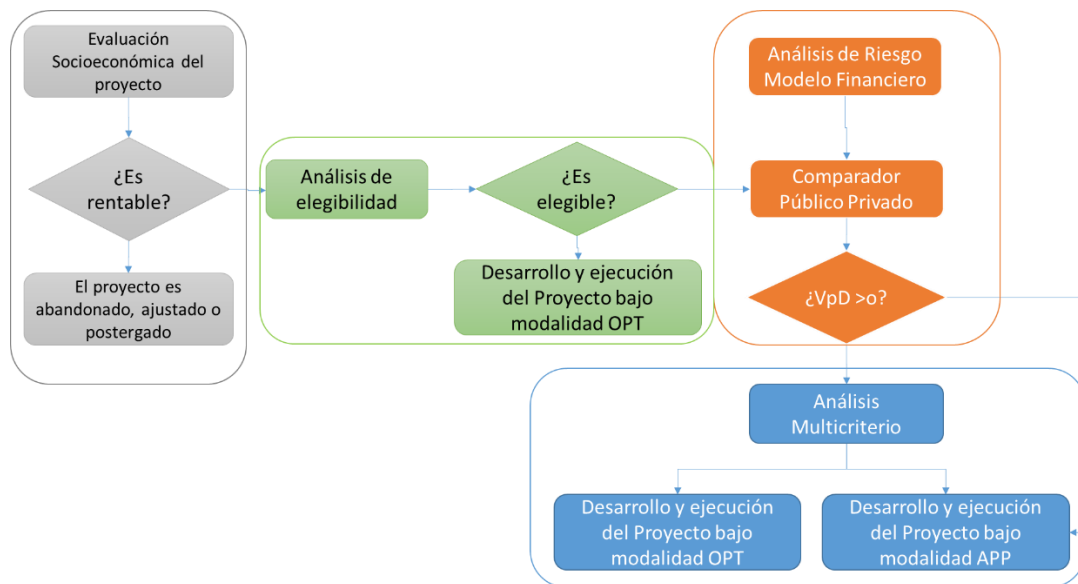
¹¹⁹ *Ibidem*, p.145.

conformes con la solución propuesta y que los activos que se proporcionarán conforme al proyecto, serán de calidad suficiente para prestar adecuadamente los servicios y garantizar los estándares de calidad fijados.

Finalmente, como parte de los presupuestos de este indicador, se incluye que, salvo por razones de caso fortuito o fuerza mayor o de interés público, las renegociaciones de los contratos con los sectores público y privado y/o social debieran ser las mínimas. Esta última consideración es materia de análisis en el capítulo II de este trabajo, pues las modificaciones a los contratos tanto de obra pública tradicional como de Coinversión Plurisectorial Eficiente son uno de los más importantes problemas a los que se enfrenta tanto el sector público como el social y/o privado y que producen una mayor afectación al patrimonio del Estado y una barrera de entrada a la inversión social y/o privada en proyectos de infraestructura.

El BID ha emitido un documento denominado “Análisis, Costo, Beneficio Integral para Evaluar la Conveniencia de Aplicar Esquemas de Asociaciones Público Privadas en América Latina y el Caribe” y que gráficamente se estructura de la siguiente manera¹²⁰:

¹²⁰ Gráfica elaborada por el Dr. Reyes Juárez del Ángel y el Maestro Sergio del Río H. para el Diplomado de Asociaciones Público Privadas en Proyectos de Infraestructura y Servicios, con fecha 3 de septiembre de 2020.



2.4 Determinación de recursos materiales necesarios para el desarrollo del proyecto.

Otra etapa fundamental dentro de la ruta crítica de un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente, es una adecuada y precisa determinación de los recursos económicos y materiales que el proyecto requerirá, estableciendo la relación de aquellos con los que el Estado cuenta, los que deberá aportar el sector social y/o privado, y aquellos que habrán de obtenerse de terceros como es el caso de instituciones financieras, nacionales o extranjeras, incluyendo fondos de inversión o la utilización de figuras económico-financieras y jurídicas que permitan el acceso a recursos económicos, como es el caso de los fideicomisos de inversión en bienes raíces (fibras), la emisión de papel comercial e inclusive la bursatilización de las acciones emitidas por el ejecutor del proyecto, entre otros.

Las actividades que deben llevarse a cabo en esta etapa son multisectoriales y de enorme importancia para el éxito del proyecto que se pretenda realizar. Sin duda, la interacción de las diferentes áreas del quehacer humano que inciden en un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente es un elemento decisivo para el éxito del mismo. Esto que puede parecer tan evidente en la práctica, presenta serias dificultades para la coordinación y alineamiento adecuado de incentivos.

Ha sido una práctica recurrente en México que el Estado considere, *ex ante*, el interés del sector privado y en su caso del social, de participar en los procesos de Coinversión Plurisectorial Eficiente que promueve, independientemente de los términos, condiciones y alcances que el propio proyecto requiere para asegurar el éxito del mismo y el impacto social que efectivamente tendrá en la población. Lo anterior ha tenido en varias ocasiones como resultado el que los concursos o licitaciones se declaren desiertos por no ofrecer las condiciones necesarias para incentivar la participación social y/o privada y del sector financiero.

En este sentido es importante apuntar que hoy en día los proyectos de infraestructura constituyen un mercado a nivel internacional, tanto para los contratistas como para los operadores y para quienes financian los mismos. Es por todos sabido que los recursos económicos se dirigen a las inversiones que tengan la mejor combinación de rendimiento y seguridad y que en la medida en que este último elemento se reduzca, la expectativa del rendimiento se incrementará hasta cierto límite, pasado el cual, no habrá recursos económicos para financiar la realización de un proyecto de infraestructura. De lo antes señalado, tenemos claros ejemplos en México, dentro de los cuales, me parece especialmente ejemplificativo el del sector carretero.

El caso que a continuación expongo es muy conocido por quienes han participado y participan en el sector de la infraestructura y nos ofrece diversas lecciones de las políticas y estrategias que deben evitarse en la estructuración de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

En la primera etapa de apertura a la inversión privada en el sector carretero (1990-1992), el Gobierno Federal licitó más de 5,300 km de autopistas de cuota de altas especificaciones a través de la licitación de concesiones. En esta primera etapa, el Gobierno Federal llevó a cabo un estudio de aforo y como parte de las responsabilidades asumidas por éste y con la finalidad de incentivar la participación del capital privado, estableció un aforo mínimo garantizado para cada proyecto.

Cabe señalar que también el Estado de manera indirecta promovió con instituciones financieras el otorgamiento de créditos a las empresas concesionarias de los

proyectos carreteros para que éstas pudieran llevar a cabo los mismos con una aportación de capital propio que no excedía del 20%, y el porcentaje restante con el financiamiento que se cubriría conforme a un típico esquema de “*Project Finance*”¹²¹, y que se pagaría con recursos provenientes del cobro de las cuotas de peaje de cada una de las autopistas. En adición a lo anterior, cuando menos en un importante proyecto, como fue la nueva autopista de la Ciudad de México a Toluca, se le sumó al costo de la obra, el de la construcción de la vialidad que une Reforma y Constituyentes, quedando subsidiado el costo de la misma con los recursos provenientes de las cuotas de peaje.

Las cuotas de peaje autorizadas por el Gobierno Federal, en la mayoría de los proyectos, resultó superior a los promedios de cobro de autopistas de cuota en el país y en algunos casos, como el de la autopista a Toluca, para poder amortizar su costo y el de los proyectos de infraestructura que se agregaron a la misma, tuvo como resultado el incremento del importe de la tarifa muy superior la capacidad de pago de los usuarios.

Como corolario, entre los años 1994 y 1996, nuestro país pasó por una de sus múltiples crisis financieras cuyo resultado inevitablemente fue la pérdida de poder adquisitivo de la población y la consecuente reducción en el tráfico tanto de personas como de mercancías, lo cual afectó los ingresos de las autopistas de cuota, especialmente de aquellas que competían con carreteras federales y en trayectos cortos o medianos.

Esta mezcla de elementos político-sociales y económico-financieros en la primera etapa del proceso de inversión en carreteras, afectó sustancialmente a la gran mayoría de los proyectos carreteros referidos, cuyo resultado final fue la expedición del “Decreto por el que se declaran de utilidad e interés público y se rescatan cada una de las concesiones que en el mismo se indican”, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 27 de agosto de 1997. El decreto incluyó 23 concesiones otorgadas de 1990 a 1992 en las que fungían como concesionarios tanto empresas

¹²¹ *Project Finance*, modelo de financiamiento con destino en el cual la única fuente de pago de los créditos otorgados son los recursos económicos generados para el proyecto al cual se destina el financiamiento.

privadas como gobiernos estatales, que a su vez contrataron con empresas privadas la realización de los proyectos respectivos.

En el decreto de rescate antes referido, se establece en sus considerandos, que las circunstancias bajo las cuales se otorgaron las concesiones respectivas sufrieron modificaciones durante la realización de los proyectos pues los costos de construcción fueron superiores a los establecidos originalmente y el aforo vehicular inferior al previsto, considerando el nivel tarifario aplicable y que la estructura financiera de los proyectos no correspondía a la capacidad de ingresos de las autopistas¹²².

Como resultado de lo anterior, la primera acción adoptada por el Gobierno Federal, de común acuerdo con los concesionarios fue el incremento del plazo de la concesión para que las inversiones realizadas pudieran amortizarse, requiriéndose una reestructura de los financiamientos obtenidos por los concesionarios y otorgados principalmente por instituciones financieras comerciales mexicanas. La falta de recursos de los concesionarios impactó en los requerimientos de mantenimiento y conservación de las autopistas, pero sobre todo y de manera muy importante, en su capacidad de pago de los financiamientos contratados.

El rescate de una concesión es la decisión unilateral por la cual el concedente, fuera del caso de la caducidad, pone fin a la concesión antes de la fecha fijada para su expiración¹²³. Toda vez que el rescate constituye una forma de terminación anticipada de la concesión por resolución de la autoridad otorgante de la misma, ésta debe encontrarse debidamente fundada y motivada. La diferencia esencial entre el rescate y la revocación es que en el primer caso, no hay un incumplimiento del concesionario a las obligaciones asumidas en el título de concesión o en las leyes aplicables, pero si una causa de interés general o interés público que, a juicio

¹²² Decreto por el que se declaran de utilidad e interés público y se rescatan cada una de las concesiones que en el mismo se indican”, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 27 de agosto de 1997, primera sección, p. 25.

¹²³ Martínez Morales, Rafael I. *Diccionario de Derecho Administrativo y Burocrático*, Oxford, México.2008,

de la autoridad correspondiente, amerita que el Estado recupere el bien concesionado y/o la prestación del servicio público objeto de la concesión.

Evidentemente esa decisión unilateral del Estado, aun cuando se derive de una causa de interés general o de interés público afecta los intereses del privado que funge como concesionario, causándole daños y perjuicios respecto de los cuales debe ser indemnizado. Los concesionarios realizan importantes inversiones y su participación en el desarrollo de proyectos de infraestructura también representa un costo de oportunidad que, en nuestra opinión, debería ser reconocido.

Aun cuando no es materia del presente trabajo, si consideramos pertinente proponer al lector un análisis de los conceptos de “Interés General e “Interés Público”, los cuales son difíciles de definir entre otras razones porque el alcance y contenido de los mismos puede variar según el lugar y el tiempo en que se susciten y, sin lugar a dudas, la naturaleza subjetiva de estos conceptos hace aún más difícil poder establecer con claridad el significado de los mismos. El Diccionario Jurídico Mexicano define el interés público como “el conjunto de pretensiones relacionadas con las necesidades colectivas de los miembros de una comunidad y protegidas mediante la intervención directa y permanente del Estado”¹²⁴, definición que nos permite confirmar la subjetividad de este concepto.

En nuestra opinión, un elemento que en el interés común o interés público permanece, es la necesidad de proteger un interés general sobre un interés privado.

En este orden de ideas, en el decreto mediante el cual se rescataron diversas concesiones carreteras, se incluyeron en sus últimos considerandos, las causas de interés público que motivaron el rescate objeto del mismo y que a continuación se transcribe:

“Que toda vez que en la red carretera se sustenta gran parte de la capacidad de producción, comercialización y distribución de bienes y servicios al tiempo que se constituye en un instrumento

¹²⁴ Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa, 1996.

fundamental para el transporte y la comunicación a todo lo largo del país, el Estado debe promover, en todo tiempo, su sano desarrollo, tarea que se dificulta por la situación anteriormente descrita.”

“Que esta infraestructura –independientemente de las modalidades de construcción, explotación, operación y conservación que se adopten en términos de ley- es del dominio público de la Federación, por lo que el Estado tiene la obligación de conservarla, así como de asegurar su adecuada utilización en beneficio de la población, sobre bases de continuidad, eficiencia y seguridad, y”

“Que siendo de utilidad e interés público la construcción, operación, explotación, conservación y mantenimiento de los caminos y puentes, ya que éstos constituyen un factor determinante en la integración nacional y en el desarrollo regional, he tenido a bien expedir la siguiente ...
DECLARATORIA DE RESCATE”¹²⁵

En el ejemplo materia de este análisis, resulta especialmente significativo que en su artículo cuarto del decreto citado, relativo a la indemnización a los concesionarios, no se consideran las inversiones realizadas por éstos, sino el saldo al 31 de agosto de 1997 de los créditos contratados por cada uno de los concesionarios y otros pasivos adquiridos por éstos y aplicados directamente a la construcción de la infraestructura. Más aún, la fracción II del citado artículo cuarto expresamente señala, en contravención expresa al principio de indemnización por el rescate de una concesión, que en ningún

¹²⁵ Decreto por el que se declaran de utilidad e interés público y se rescatan cada una de las concesiones que en el mismo se indican, publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 27 de agosto de 1997.

caso se considerará el capital de riesgo (recursos propios del concesionario) aportado directa o indirectamente a los proyectos carreteros respectivos.

La conclusión de lo señalado anteriormente resulta obvia y el supuesto rescate carretero antes aludido fue en realidad un rescate bancario, pues varias instituciones financieras que habían otorgado créditos para estos proyectos se encontraron en condiciones económicas críticas por la falta de pago de los financiamientos, especialmente las que entonces eran la segunda y tercera instituciones financieras más importantes de nuestro país.

Las lecciones de este proceso fueron y siguen siendo de gran importancia para la estructuración de nuevos proyectos. Entre éstas caben destacar las siguientes: 1) se requiere tiempo para preparar los proyectos conforme a los cuales se llevarán a cabo las licitaciones o concursos correspondientes; 2) los proyectos deben incluir con el mayor detalle posible, los requerimientos de la obra de infraestructura que se pretenda llevar a cabo; 3) la asunción de riesgos del Estado y los particulares, debe evaluarse detalladamente, considerando las condiciones político-sociales, económico-financieras, técnicas y jurídicas del momento y lugar a donde se pretenda llevar a cabo el proyecto; 4) el Estado no debe de incidir en ninguna forma, en la decisión de las instituciones financieras de otorgar financiamiento a un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente; 5) no se deben manipular los elementos de evaluación y análisis de viabilidad de un proyecto para justificar su realización, es decir, el fin no justifica los medios y el riesgo de que en el corto o mediano plazo tales proyectos fracasen, es muy elevado; 6) los proyectos de inversión público-privada en tanto negocios deben estar principalmente centrados en la obtención de beneficios derivados de la operación de los mismos, más que en la construcción o en los beneficios financieros que éstos puedan generar.

Una de las consecuencias del denominado rescate carretero que mayores efectos negativos tuvo en nuestro país, fue la reducción sustancial de la estructuración e implementación de proyectos de inversión público-privada en infraestructura tanto en el sector carretero como en otros, derivada de la incertidumbre sobre la adecuada estructuración de los proyectos de esta naturaleza en México y el riesgo de pérdidas para el sector social y/o privado y financiero como participantes en los procesos respectivos.

Como ha quedado demostrado con el ejemplo señalado, el conocimiento y la determinación de los recursos materiales que requiere la realización de un proyecto de infraestructura, independientemente de la participación de los sectores social y/o privado, es un factor determinante para su éxito. Es imposible poder estructurar un proyecto integral sin tener absoluta claridad respecto de los activos, incluyendo bienes y derechos que se requerirán para la realización del mismo y que también serán un elemento fundamental para la evaluación de costo y riesgos.

Hay muchos ejemplos en México, en donde los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, han presentado importantes problemas tanto para el sector público como para el social y/o privado y el financiero, que son consecuencia directa del desconocimiento y/o la imprecisión respecto de los recursos materiales que deben de considerarse para llevarlos a cabo. El comentario anterior aplica de igual manera a los proyectos de obra pública tradicional en los que el Estado asume la totalidad de riesgos.

Estos recursos materiales, dependiendo de la naturaleza del proyecto, podrán tener ciertas variantes, sin embargo, hay elementos comunes a todos los proyectos, como son: i) las características y condiciones físicas y jurídicas del o de los inmuebles en los que se llevará a cabo el proyecto, incluyendo el subsuelo, cuyas características pueden ser determinantes para su valuación y el costo de su realización; ii) la existencia de insumos para su

realización y el costo de su disponibilidad en el sitio de las obras correspondientes; iii) la tecnología que resulte más adecuada para su la cual deberá ofrecer esquemas de actualización y mejoramiento que permita al proyecto mantener los niveles de calidad y eficiencia esperados por la dependencia o entidad convocante y por los inversionistas; iv) la disponibilidad de recursos económicos para poder llevarlo y que esencialmente se pueden dividir en tres grandes grupos: a) los provenientes del inversionista privado y/o social y que como capital de riesgo quedarán obligados a invertir, conforme a los términos y condiciones señalados en las bases de licitación o del concurso, según corresponda; b) los provenientes de fuentes de financiamiento que deberá contratar el sector social y/o privado y que básicamente son las instituciones financieras, como es el caso de bancos privados o de la banca de desarrollo y fondos de inversión, en ambos casos nacionales o extranjeros, y c) los provenientes del propio sector público, a través de recursos públicos que puedan ser aportaciones en numerario, ya sea a fondo perdido o como financiamiento a tasas blandas, o bien, mediante aportación de bienes distintos al numerario.

CAPÍTULO VI

Formas de contratación de las inversiones público-privadas más utilizadas en México.

En México, los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente se han llevado a cabo principalmente a través de los siguientes mecanismos, los cuales se han aplicado en mayor o menor medida a lo largo de los años en que se ha utilizado este esquema:

1. Empresas público-privadas.

1.1 Concepto.

Previo a definir a las empresas público-privadas, consideramos relevante hacer un breve análisis de los conceptos de “empresa”, de “empresa pública” y, finalmente, de “empresa de participación estatal”.

El término “empresa”, a pesar de que se incluye en muy diversas disposiciones legales en nuestro país, no se encuentra claramente definida en ninguna de ellas.

El Diccionario de Lengua Española, entre sus acepciones, la define como: “Unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines de lucro.”¹²⁶

Andrés Serra Rojas, en su libro “Derecho Administrativo”, señala que por “empresa mercantil” debemos entender aquella actividad económica que organiza los elementos de la producción con un espíritu de lucro.¹²⁷

Jorge Barrera Graff la define como “el conjunto de personas y cosas organizadas por el titular con el fin de realizar una actividad onerosa, generalmente lucrativa, de producción o de intercambio, de bienes o de servicios destinados al mercado.”¹²⁸

¹²⁶ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, 2020.

¹²⁷ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 1996, p. 228.

¹²⁸ Barrera Graff, Jorge, *Instituciones de Derecho Mercantil*, Porrúa, 1989, p. 82.

La Ley Federal del Trabajo que contiene el término de “empresa” 255 veces, solo señala en su artículo 16 que, para efectos de esa ley: “se entiende por empresa la unidad económica de producción o distribución de bienes o servicios ...”¹²⁹

Dada la omisión en nuestro sistema jurídico de la definición de “empresa” que es una figura de especial relevancia en el derecho mercantil y como veremos más adelante en el derecho administrativo, la doctrina ha tenido que utilizar un concepto técnico-económico.

Si bien algunos autores consideran que el concepto de “empresa” no debe reducirse al ámbito mercantil, para efecto de este trabajo nos referiremos a ella como una organización cuyo objetivo es el fin de lucro y de especulación comercial, notas distintivas de la actividad mercantil.

Ahora bien, dependiendo de la naturaleza jurídica del empresario, titular de la empresa, podemos clasificar a ésta en privada y pública.

Siguiendo la definición de Jorge Barrera Graff, la empresa privada puede adoptar diversas formas jurídicas, entre las que cabe destacar por su uso generalizado, la sociedad mercantil. Una vez más, el derecho mercantil es omiso en ofrecernos una definición de “sociedad mercantil”, por lo que debemos atender a lo que dispone el artículo 2688 del Código Civil Federal, que establece: “Por el contrato de sociedad los socios se obligan mutuamente a combinar sus recursos o sus esfuerzos para la realización de un fin común, de carácter preponderantemente económico, pero que no constituya una especulación comercial.”¹³⁰ La parte final del artículo antes transcrito requiere adecuarse para incluir en su lugar la nota distintiva del derecho mercantil, que se vincula con la finalidad de la sociedad y que es el afán de lucro y la especulación comercial.

Para efecto de este análisis, podemos definir a la sociedad mercantil en el sistema jurídico mexicano, como “la persona moral con personalidad jurídica propia, constituida conforme a cualquiera de las formas de sociedad, establecidas por la

¹²⁹ Ley Federal del Trabajo, Cámara de Diputados, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

¹³⁰ Código Civil Federal, Cámara de Diputados, <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

legislación mexicana, y a la que uno o más socios aportan recursos económicos o esfuerzos para la realización de un fin lícito y determinado, de carácter preponderantemente económico y de especulación comercial.”

La definición antes propuesta resulta aplicable a las empresas privadas y a las públicas, a las que nos referimos más adelante.

Ahora bien, consideramos pertinente hacer algunas consideraciones respecto de la empresa pública.

El concepto de “empresa pública” sigue la misma suerte del concepto general de “empresa” y de “empresa privada” antes mencionados.

La empresa pública es en nuestro sistema jurídico, una forma de descentralización de la función de gobierno del Poder Ejecutivo y se materializa en nuestra normatividad, a través de diversas figuras jurídicas.

El Diccionario Jurídico Mexicano¹³¹, en la Sección Empresa Pública II., define a ésta como: “... una empresa económica del Estado, es decir, una actividad productora económica de bienes o de servicios.”

En el Diccionario antes citado se establece una diferencia entre empresa estatal y empresa pública, asignándole a la primera fines diversos a los de carácter económico, como puede ser la cultura, la educación pública o la salud pública, etc., reservando para el concepto de “empresa pública”, el principio de intervencionismo del Estado y la función y efectos económicos de su participación en el mercado¹³². En este orden de ideas, podríamos señalar que la empresa pública tendrá siempre fines económicos, pero no necesariamente de especulación comercial, pues la razón de su creación puede ser exclusivamente la regulación del mercado, en cualquiera de sus formas, entre las que podemos señalar la de garantizar el suministro de productos básicos a la población, romper monopolios naturales, mantener la estabilidad de precios de productos, etc.

¹³¹ Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa, 1996, vocablo “Empresa Pública”, p. 1265.

¹³² *Ibidem*, p. 1265

Si lugar a dudas, una de las grandes discusiones que actualmente ha retomado vigencia, es si la especulación comercial y el afán de lucro que ésta conlleva, es parte o no de las funciones y finalidades del Estado.

Cabe mencionar que el cuestionamiento antes señalado requiere de una reconsideración, en el ámbito de la inversión público-privada. Como hemos señalado previamente, dentro de las funciones del Estado está el ofrecer a su población, en adición a la aplicación del estado de derecho, el uso legítimo de la fuerza y la emisión de moneda una organización, estructura política, jurídica y económica, seguridad, así como proveerla con bienes y servicios que permitan su desarrollo. Lo anterior no implica que el Estado quede impedido para obtener beneficios económicos, e inclusive un lucro derivado de una especulación comercial, siempre y cuando no se sacrifiquen sus funciones principales, perdiendo de vista el bienestar de sus ciudadanos y limitándose a obtener ganancias con la única finalidad de incrementar su patrimonio.

Es muy importante que la empresa pública no pierda de vista que su función primera y última es el interés social. Éste será un elemento fundamental en las empresas público-privadas.

Sosa Wagner, citado por Andrés Serra Rojas, señala que la empresa pública tiene como cometido:

- a) La gestión de servicios públicos,
- b) La lucha antimonopolística o contra los estrangulamientos en sectores esenciales de la economía.
- c) Proteger a las industrias que dadas sus características son claves para la independencia nacional.
- d) Ser instrumento del servicio de la planificación económica.
- e) Actuar contra la depresión económica y favorecer el desarrollo de regiones deprimidas o subdesarrolladas.
- f) Ser un elemento de la economía internacional.¹³³

¹³³ Serra Rojas Andrés, *Derecho Administrativo*, Porrúa, 1996. p. 831.

En la legislación mexicana, la empresa pública se materializa a través de diversas figuras que forman parte de la administración pública paraestatal, conforme lo señala el artículo 90 de la CPEUM y que comprende los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal mayoritaria, fideicomisos públicos y las empresas productivas del Estado. Cabe mencionar que hay autores que consideran a los organismos constitucionales autónomos como parte de la administración pública paraestatal, sin embargo, la naturaleza jurídica y los fines de estos organismos que se desvinculan del control del Ejecutivo, hacen que sea cuestionable ser considerados como entidades paraestatales como la analizaremos en el capítulo VII de este trabajo.

Como resultado de las consideraciones antes expuestas, podemos señalar que las empresas públicas son entidades paraestatales, en las que el Estado participa mayoritaria o totalitariamente en su patrimonio (o el Estado es tenedor de una serie especial, representativa del capital social), que tienen fines económicos que pueden ser o no de especulación comercial, su administración dependerá directa o indirectamente del Ejecutivo Federal y su presupuesto tiene que ser aprobado en el PEF.

Si bien, como ya hemos indicado, las entidades que integran la administración pública paraestatal se encuentran reguladas en diversos ordenamientos jurídicos, el 14 de mayo de 1986, se publicó en el DOF la LFEP como la Ley Reglamentaria del artículo 90 de la CPEUM. Dicho ordenamiento ha sido objeto de muy diversas reformas que no son objeto del presente trabajo, pero que es importante tener en cuenta para un posterior estudio.

La LOAPF, en su artículo primero, tercer párrafo, señala: “Los organismos descentralizados, las empresas de participación estatal, las instituciones nacionales de crédito, las organizaciones auxiliares nacionales de crédito, las instituciones nacionales de seguros y de fianzas y los fideicomisos, componen la administración pública paraestatal.”¹³⁴ Sin lugar a dudas habrá que agregar a esta lista, a las

¹³⁴ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, artículo 1º, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

empresas productivas del Estado que originalmente tenían la naturaleza de organismos descentralizados hasta su transformación conforme al artículo tercero transitorio del decreto que reformó los artículos 25, 27 y 28 Constitucionales, publicado en el DOF el 20 de diciembre de 2013.

El artículo 28 de la LFEP señala que: “son empresas de participación estatal mayoritaria, las que determina como tales la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.”¹³⁵ El artículo 46 de la LOAPF señala lo siguiente:

“Son empresas de participación estatal mayoritaria las siguientes:

I.- Las sociedades nacionales de crédito constituidas en los términos de su legislación específica;

II.- Las Sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfagan alguno o varios de los siguientes requisitos:

A) Que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de más del 50% del capital social.

B) Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que sólo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o

C) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al presidente o director general, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno.”¹³⁶

Lo anterior, salvo tratándose de empresas en las que el Estado participe temporalmente en términos de lo dispuesto en el artículo 29 de la LFEP.

¹³⁵ Ley Federal de las Entidades Paraestatales, artículo 28, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

¹³⁶ Aun cuando el concepto de “empresa” incluye a figuras distintas de las sociedades mercantiles, la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, en su numeral II, parece reducirlas a sociedades mercantiles.

Una consideración adicional y que tiene especial relevancia para el análisis de las empresas público privadas, entendidas éstas como empresas de participación estatal, constituidas jurídicamente bajo cualquier forma de sociedad mercantil, es que, a *contrario sensu* conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de la LOAPF, no se consideran parte de la administración pública paraestatal, las empresas en las que el Estado participe de manera minoritaria o inclusive, de manera igualitaria con los demás socios de los sectores social y/o privado.

Lo anterior resulta relevante, toda vez que un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente estructurado a través de la constitución de una sociedad mercantil, en la que participe el Estado, requiere de una consideración especial. Si la participación estatal es del 50% o menos del capital social de la empresa respectiva, ésta no puede considerarse como paraestatal siéndole aplicable exclusivamente lo dispuesto por el artículo 67 de LFEP, cuando la participación en el capital social por parte de la Administración Pública Federal sea superior al 25% pero no exceda del 50% del mismo. El artículo en comento exclusivamente establece el derecho del Estado para vigilar sus inversiones mediante la designación de un comisario nombrado por la SFP. En el supuesto señalado anteriormente, solo se considerarían empresas de participación estatal mayoritaria aquellas en las que participación minoritaria del Estado se encuentre representada por títulos correspondientes a una serie que solo puede ser suscrita por el Gobierno Federal.

En el Proceso de Apertura a la Inversión en el Sistema Aeroportuario Mexicano y en el Proceso de Apertura a la Inversión en el Sistema Ferroviario Mexicano, en los que el Gobierno Federal constituyó las empresas de participación estatal mayoritaria, titulares de las concesiones correspondientes y cuyas acciones fueron el objeto de las licitaciones respectivas, éste se reservó una participación minoritaria en el capital social de las empresas aeroportuarias y ferroviarias, representado por acciones con derecho de voto limitado, con la intención de colocarlas posteriormente entre el público inversionista permitiendo así el acceso a la población para participar en los sectores referidos. El resultado distó mucho del

esperado y finalmente los accionistas de las empresas concesionadas adquirieron del Gobierno Federal, las acciones que éste se reservó para los fines mencionados.

Cabe señalar que la participación del Estado en una empresa paraestatal, aun cuando sea minoritaria, presenta naturalmente potenciales conflictos de interés, toda vez que finalmente éste es juez y parte, lo que por regla general reduce el interés de los particulares en invertir en este tipo de empresas de coinversión estatal.

Por otro lado, pretender que el capital privado participe en forma minoritaria, en una empresa de participación estatal mayoritaria, resulta prácticamente impensable, toda vez que, en adición a la imposibilidad de acceder al control de la sociedad, ésta queda regulada por todas las disposiciones legales de derecho público que le resultan aplicables a las empresas paraestatales, entre las que destacan, la LAASSP, la LOPSRM, la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y las disposiciones aplicables al presupuesto, razón por la cual, cualquier adquisición de bienes o servicios o la realización de obras necesarias para el cumplimiento de su objeto, deberá cumplir con los requerimientos de los dos primeros ordenamientos citados, por lo que deberían llevar a cabo licitación públicas que restringen de manera importante su desempeño comercial y su posibilidad de tomar oportunidades de mercado que pudieran resultarle económicamente beneficiosas. Así también, sus funcionarios quedarían sujetos a la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos. En adición a lo anterior, tendrían que cumplir con toda la normatividad que en materia presupuestal regula a las entidades paraestatales y quedaría finalmente sujeta a la supervisión y verificación por parte de la SEFUPU y de la Auditoría Superior de la Federación. Si lo anterior no fuera suficiente, el nombramiento de sus administradores, directivos y representantes es responsabilidad del Ejecutivo Federal a través de la Coordinadora de Sector.

Sobre este particular, viene al caso recordar el intento del Gobierno Federal, de vender al sector privado una participación minoritaria en Aseguradora Hidalgo, S.A. de C.V. Sobra decir que, a pesar de haberse llevado el proceso de licitación, ésta quedó desierta, ya que no hubo finalmente interesados. Con el tiempo, el Gobierno

Federal procedió a licitar la totalidad de su participación en la aseguradora mencionada, que hoy en día es Metlife México, S.A.

Otra consideración adicional respecto de coinversiones entre el Estado Mexicano y el sector social y/o privado, es cuando éstas se llevan a cabo en empresas de una nacionalidad distinta a la mexicana. Sobre este particular, cabe mencionar que el Estado Mexicano participa como socio en diversas sociedades extranjeras, tanto como mayoritario como en partes iguales e, inclusive, como minoritario. Un ejemplo del primer caso, son PMI Holding BV de nacionalidad holandesa, Mex Gas Cogeneración, S.L. de nacionalidad española, Mex Gas Internacional Limited, constituida en Gran Cayman. En el segundo supuesto, dos conocidos ejemplos son: la coinversión de Petróleos Mexicanos con Shell en la Refinería de Deer Park en Houston, Texas, en la que por muchos años participaron a partes iguales y que recientemente adquirió en su totalidad el Estado Mexicano, y la sociedad de nacionalidad estadounidense constituida en Arizona y domiciliada en Texas, denominada Brownsville & Matamoros Bridge Company, en la que el Estado Mexicano participa con el 50% del capital social, que adquirió como resultado de la nacionalización de los ferrocarriles en 1938 y cuyo socio es la empresa ferroviaria Union Pacific Railroad, por último, en el tercer caso, podemos señalar como ejemplo la participación minoritaria que tuvo Pemex en la empresa petrolera española Repsol, S.A.

Un caso que considero pertinente mencionar, en relación con un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente, a través de una empresa paraestatal, es el esquema de coinversión que diseñó Pemex Cogeneración y Servicios, Empresa Productiva del Estado Subsidiaria de Petróleos Mexicanos (PCS)¹³⁷, mediante el cual se pretendía constituir sociedades mercantiles de nacionalidad mexicana, con una participación estatal minoritaria, consistente en la aportación de los contratos de suministro de energía eléctrica y vapor que celebrarían principalmente Pemex Transformación Industrial, Empresa Productiva del Estado Subsidiaria de Petróleos

¹³⁷ Pemex Cogeneración y Servicios se extinguió mediante declaratoria de liquidación y extinción, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 27 de julio de 2018.

Mexicanos (PTI) y PCS. Estas sociedades, en las que participaría el sector privado de manera mayoritaria y tendría el control y la administración de las mismas, obtendrían sus utilidades de la venta a PTI de energía eléctrica y vapor y de la venta a terceros de energía eléctrica. Desafortunadamente y dadas las condiciones económicas de Petróleos Mexicanos al final de la administración del Presidente Enrique Peña Nieto, estos proyectos no pudieron llevarse a cabo, a pesar de que varios grupos privados nacionales e internacionales, mostraron enorme interés e, incluso celebraron acuerdos que establecieron los términos y condiciones generales conforme a los cuales se celebrarían los contratos definitivos y se constituirían las sociedades correspondientes.

En otro orden de ideas, es importante mencionar que las sociedades extranjeras en las que participa el Estado Mexicano a través de empresas de participación estatal mayoritaria, empresas productivas del Estado, o a través de cualquier otra entidad o dependencia de la Administración Pública centralizada o paraestatal, no se consideran dentro de la regulación de la LFEP por tratarse de empresas extranjeras, ni les son aplicables las disposiciones que en materia administrativa norman a las entidades paraestatales y a sus funcionarios, como a las que nos hemos referido previamente. Lo anterior merece, en mi opinión, un análisis específico y una resolución de la naturaleza jurídica de esas sociedades conforme a la LFEP.

Como resultado de lo anterior, la constitución de empresas de capital mixto, en donde el Estado participa conjuntamente con el sector social y/o privado, ha dejado de ser una práctica común en los últimos años, sin embargo, consideramos que en función de las nuevas políticas de Estado, respecto a los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, podrían nuevamente utilizarse, tanto cuando la participación del Estado no exceda del 50%, ni éste pretenda asumir el control directo o indirecto de las mismas, como en los que participe mayoritariamente, pero se proteja a la inversión privada a través de mecanismos legales que conforme a la legislación aplicable alcance el objetivo señalado.

1.2 Requerimientos.

Los requerimientos para instrumentar un proyecto de inversión público-privada a través de empresas paraestatales, pueden variar en función del procedimiento que finalmente el Estado decida utilizar para estos efectos, es decir, si el Estado, como regularmente sucede (con excepción de las propuestas no solicitadas, reguladas en la LAPP y mencionadas en la Ley de Puertos y la LCPAF de manera muy tangencial), es el promotor del proyecto, puede optar por constituir una empresa de participación estatal mayoritaria y, posteriormente, licitar la mayoría de su participación en el capital social de la misma, como ocurrió en los procesos de apertura a la inversión en aeropuertos y ferrocarriles, o bien, puede participar en la constitución de la sociedad, aportando recursos en dinero y/o en bienes distintos al numerario, como se pretendió hacer en los proyectos de coinversión de PCS antes comentados.

En el primer supuesto, es decir, cuando el Estado constituye una empresa de participación estatal mayoritaria la cual es objeto de un proceso de participación del sector social y/o privado, total o parcial, el primero debe seguir el procedimiento para la constitución de una entidad paraestatal conforme a lo dispuesto LFEP y LOAPF.

Cabe señalar que, para los efectos de lo dispuesto en el presente apartado, debemos incluir a los fideicomisos públicos paraestatales, constituidos conforme a la fracción III del artículo 3º de la LOAPF, para impulsar áreas prioritarias de desarrollo que cuenten con una estructura orgánica y tengan comités técnicos. Es importante señalar que la LFPRH, hace referencia a los fideicomisos públicos sin estructura orgánica en sus artículos 9, tercer párrafo¹³⁸, 19, numeral IV, cuarto párrafo, 21 Bis, numeral III, 107, numeral I, inciso b), numeral iii) y décimo séptimo

¹³⁸ Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, art. 9, tercer párrafo: “Los fideicomisos públicos no considerados entidades sólo podrán constituirse con la autorización de la Secretaría en los términos del Reglamento. Quedan exceptuados de esta autorización aquellos fideicomisos que constituyan las entidades no apoyadas presupuestariamente”.

transitorio de la reforma a dicha ley, publicada en el DOF, con fecha 20 de mayo de 2021, los cuales a pesar de haber sido creados por leyes, decretos o a través de dependencias o entidades del Gobierno Federal, no son considerados como fideicomisos públicos paraestatales, por lo que cuentan con una mayor libertad de actuación al no encontrarse sujetos a las disposiciones de la LFEP y, en consecuencia, a la regulación aplicable a las entidades paraestatales y a sus funcionarios, lo cual no implica que sus actividades no deban sujetarse a lo dispuesto en el artículo 134 de la CPEUM y que la Auditoría Superior de la Federación no tenga facultades y jurisdicción sobre los mismos¹³⁹.

Para poder constituir una empresa de participación estatal mayoritaria, la SHCP, a propuesta de la dependencia coordinadora del sector, en el caso que nos ocupa, la SICT someterá al Ejecutivo Federal la propuesta de constitución o desincorporación de entidades paraestatales.

En ambos casos y tal y como se señala en el apartado 1.1.1.5 del Capítulo IV del presente trabajo, se requiere adicionalmente el dictamen favorable de la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación.

El artículo 8 de la LFPRH señala que el Ejecutivo autorizará por conducto de la SHCP, la participación del Estado en empresas, sociedades y asociaciones civiles o mercantiles, tanto en su acto constitutivo como para cualquier incremento en su capital o patrimonio o para la adquisición de una participación en los mismos.

El último párrafo del artículo 5o. del Reglamento de la LFEP establece que: “Para la desincorporación de entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto o acuerdo del Ejecutivo Federal se deberán observar las mismas

¹³⁹ Mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 2 de abril de 2020, el Presidente de la República instruyó a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, a la Oficina de la Presidencia de la República, así como a los Tribunales Agrarios, para que a la entrada en vigor del presente Decreto y en términos de la LFPRH y su Reglamento, llevar a cabo los procesos para extinguir o dar por terminados todos los fideicomisos públicos sin estructura orgánica, mandatos o análogos de carácter federal en los que funjan como unidades responsables o mandantes, excluyendo únicamente aquellos constituidos por mandato de ley o decreto legislativo y cuya extinción o terminación requiera de reformas constitucionales o legales, así como los instrumentos jurídicos que sirvan como mecanismos de deuda pública, o que tengan como fin atender emergencias en materia de salud o cumplir con obligaciones laborales o de pensiones.

formalidades seguidas para su creación. En los demás casos, la autorización del Ejecutivo Federal se formalizará en los términos del párrafo anterior.”¹⁴⁰

El artículo 6º del ordenamiento antes citado establece que: “La desincorporación de entidades paraestatales de la Administración Pública Federal, se llevará a cabo mediante la disolución, liquidación, extinción, fusión, enajenación, o bien, mediante transferencia a las entidades federativas.”¹⁴¹ La participación de la inversión privada en el sector ferroviario y aeroportuario se llevó a cabo mediante la enajenación, en un principio de la mayoría del capital social de las empresas paraestatales, previa aprobación de los órganos de gobierno correspondientes y, posteriormente, mediante la enajenación de la participación que conservó el Gobierno Federal en las empresas paraestatales que se constituyeron para efectos de estos procesos de coinversión público-privada.

Es importante hacer notar que, conforme a lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 32 de la LFEP, cuando se enajene una empresa de participación estatal mayoritaria, los trabajadores organizados de la empresa tendrán en igualdad de condiciones y respetando los términos de las leyes y los estatutos sociales, preferencia para adquirir los títulos representativos del capital social de la empresa paraestatal, de los que sea titular el Gobierno Federal.

Por lo que respecta a las empresas de participación estatal minoritaria, el artículo 67 de la LFEP establece que cuando el Gobierno Federal tenga una participación entre el 25% y el 50% del capital social, la Secretaría de la Función Pública designará a un comisario y los derechos que como titular de dicha participación le correspondan, serán ejercidos por el titular de la dependencia cabeza de sector. En el caso de carreteras, sería la SICT.

Por lo que hace a la enajenación de la participación del Gobierno Federal en las empresas de participación estatal, ya sea mayoritaria o minoritaria, previa obtención de los permisos y autorizaciones correspondientes de la Comisión Intersecretarial

¹⁴⁰ Reglamento de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, artículo 5o, último párrafo, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

¹⁴¹ *Ibidem*, artículo 6o.

de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación conforme se indica en el Capítulo IV, numeral 1.1.1.5 de este trabajo, ésta puede realizarse a través de un procedimiento de licitación pública, como fue el caso de las acciones emitidas por las empresas de participación estatal mayoritaria, titulares de concesiones en materia ferroviaria y aeroportuaria. Sobre este particular, el artículo 68 de la LFEP establece que la enajenación correspondiente puede realizarse a través de procedimientos bursátiles o de las sociedades nacionales de crédito conforme a las normas emitidas por la SHCP. Cabe señalar que la regulación del actualmente denominado Instituto para Devolverle al Pueblo lo Robado, antes Servicio de Administración y Enajenación de Bienes, contempla un procedimiento mediante el cual se puede enajenar una participación en el capital social de empresas propiedad del Gobierno Federal, que sean previamente transferidas a este organismo descentralizado.

2. Concesiones.

Tradicionalmente, la figura jurídica de la concesión se ha utilizado para la instrumentación de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente. La Ley General de Bienes Nacionales, publicada en el DOF, el 20 de mayo de 2004, contiene desde su promulgación, la regulación de esta figura y la LVGC, publicada en el DOF, el 19 de febrero de 1940, también incluye disposiciones expresas que regulan las concesiones que se otorgan en el ámbito de la aplicación de dicha ley.

En el sector de comunicaciones, durante las administraciones de los presidentes Salinas y Zedillo, el Gobierno Federal resolvió abrir a la participación de los sectores social y/o privado diversas actividades de la economía, en las que participaba de manera exclusiva el Estado y se promulgaron varios ordenamientos legales como la Ley de Puertos (1993), la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario (1995), la Ley de Aeropuertos (1995), la Ley Federal de Telecomunicaciones (1995), la LCPAF

(1993), la Ley de Aviación Civil (1995), entre otras, relativas al sector de las comunicaciones y transportes.

En los ordenamientos referidos y en sus reglamentos, la figura de la concesión se encuentra reconocida y regulada de diversas maneras, pero siempre como la figura jurídica principal, a partir de la cual los sectores social y/o privado pueden participar en el diseño, construcción, operación, explotación, mantenimiento y conservación de bienes del dominio público y en la prestación de servicios de la misma naturaleza.

La concesión es sin lugar a dudas una figura jurídica que, por su naturaleza y finalidad, constituye una piedra angular en las Coinversiones Plurisectoriales Eficientes, en muchos casos, siendo el único vehículo jurídico a partir del cual se estructura el proyecto correspondiente. En otros casos, la concesión es uno de los actos jurídicos administrativos como el de los contratos PPS, los contratos CPS y por supuesto, los contratos APP, en los que, en adición a la concesión, se celebra un contrato administrativo, como son los de prestación de servicios en sus diversas modalidades y los de coinversión público-privada. Cabe advertir que, en el caso de carreteras, su construcción, aunque se estructure a través de un contrato PPS o APP, requiere de una concesión conforme lo señala el artículo 6º de la LCPAF.

2.1 Concepto.

La doctrina jurídica nos ofrece diversos conceptos de “concesión”. La concesión administrativa es un 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 Estado¹⁴².

Rafael Martínez Morales en su diccionario de derecho administrativo y burocrático, la define como:

¹⁴² Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2000, p. 242

“el acto jurídico unilateral por el cual el Estado confiere a un particular la potestad de explotar a su nombre un servicio o bien públicos, que le pertenecen a aquél, satisfaciendo necesidades de interés general”¹⁴³.

Serra Rojas señala que:

“La concesión es un acto administrativo por medio del cual, la Administración Pública Federal, confiere a una persona una condición o poder jurídico para ejercer ciertas prerrogativas públicas con determinadas obligaciones y derechos para la explotación de un servicio público, de bienes del Estado o los privilegios exclusivos que comprenden la propiedad industrial”¹⁴⁴.

Por lo que a su naturaleza jurídica corresponde, la concesión es un acto mixto que contiene un acto reglamentario, un acto condición y un acto contrato¹⁴⁵. Es un acto reglamentario en tanto constituye un acto de autoridad que fija normas que se aplican a la estructuración, forma, términos y condiciones conforme a los cuales se prestará el servicio o se podrá explotar el bien público, pudiendo establecerse modalidades, obligaciones para los usuarios y en algunos casos estructuras tarifarias. Es un acto condición en tanto que condiciona al concesionario el derecho que le otorga al cumplimiento de diversas obligaciones y compromisos y finalmente es un acto contractual en tanto que se incluyen términos y condiciones acordados entre el Estado y el particular que ofrecen seguridad jurídica al concesionario protegiendo sus intereses y creando “una situación jurídica individual que no puede ser modificada unilateralmente por la Administración”¹⁴⁶.

En adición a lo anterior, hay que señalar que la concesión también puede considerarse (i) un contrato de derecho privado, por tratarse de un acuerdo de voluntades entre el Estado y el titular de la concesión; (ii) un contrato administrativo, en el cual se hace valer una posición privilegiada de la administración pública frente

¹⁴³ Martínez Morales, Rafael, *Derecho Administrativo 1er. y 2do. Cursos*, Oxford University Press, México, 1998, p. 232.

¹⁴⁴ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo Tomo I*, México, Porrúa, 1979, p. 226.

¹⁴⁵ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, México, Porrúa, 2000, p. 245

¹⁴⁶ *Idem*

al particular (iii) un acto unilateral, por tratarse esencialmente de un acto de autoridad del Estado regulado por disposiciones de carácter público sin que intervenga la voluntad del concesionario, ya que se compromete a aceptar las condiciones preestablecidas; o, (iv) un acto mixto o complejo, debido a que la concesión comparte elementos, tanto del acto administrativo unilateral, como del contrato¹⁴⁷.

Independientemente de la posición que se adopte respecto de la naturaleza jurídica de la concesión, hay elementos fundamentales que definen sus características esenciales y su naturaleza, como son:

- a. Que un privado preste un servicio público o explote un bien público cuya prestación o explotación corresponde originalmente al Estado;
- b. Su finalidad es la satisfacción de necesidades de interés general y la generación de beneficios de ese mismo orden;
- c. El Estado otorga la concesión a los particulares porque considera que éstos pueden prestar de manera más eficiente el servicio o pueden realizar de mejor forma la explotación de un bien público, o bien, porque el Estado no cuenta con recursos suficientes para prestar dichos servicios o explotar de la mejor manera el bien correspondiente;
- d. El Estado conserva siempre el dominio de los bienes que son explotados por el particular o que son utilizados por éste para prestar el servicio público objeto de la concesión;
- e. El Estado se encuentra facultado para supervisar y verificar que el servicio público o la explotación del bien público se lleven a cabo en los términos del título de concesión y las leyes aplicables, así como para llevar a cabo ciertas modificaciones al título de concesión de manera que siempre se cumpla con

¹⁴⁷ Martínez Morales, Rafael, *Derecho Administrativo 1er. y 2do. Cursos*, Oxford University Press, México, 1998, pp. 232 y 233.

el objetivo de satisfacer necesidades de interés general, e inclusive, se reserva el derecho a rescatar¹⁴⁸ la concesión por causas de interés público;

- f. El concesionario adquiere el derecho y la obligación de prestar el servicio o explotar el bien públicos, en la forma términos y condiciones establecidos en el título respectivo, el derecho a recibir un beneficio económico por ello y el de ser indemnizado en caso de terminación anticipada o revocación por causas atribuibles al Estado o cuando la concesión es rescatada; y,
- g. De igual manera, la autoridad concesionante puede requerir el pago de un aprovechamiento por el otorgamiento del título de concesión, así como establecer cargas al concesionario, quedando éste obligado a cubrir ciertos montos correspondientes al pago de indemnizaciones por terminaciones anticipadas de concesiones preexistentes, pagos efectuados para la liberación de derechos de vía, elaboración de proyectos ejecutivos, construcciones vinculadas con los inmuebles objeto de la concesión e inversiones comprometidas, entre otros.

De conformidad con lo expuesto, las concesiones pueden clasificarse dependiendo su objeto y la autoridad que las otorgue de la siguiente manera: (i) por su objeto, en concesiones para prestación de servicios y para la explotación de bienes, y (ii) por la autoridad que las otorga, en federales, estatales y/o municipales.

Como en todas las figuras jurídicas a partir de las cuales se estructuran las Coinversiones Plurisectoriales Eficientes, en la concesión, el Estado y el sector social y/o privado, se distribuyen las responsabilidades del aprovechamiento de los bienes o de la prestación de servicios públicos.

En el caso de concesiones puras y simples no asociadas a un contrato APP, la mayor parte de los riesgos se trasladan al concesionario, aun cuando el Estado

¹⁴⁸ Modo de extinguir una concesión, previo al vencimiento del plazo estipulado, por un acto unilateral de la Administración concedente, por razones de interés público o general, indemnizando al concesionario, y asumiendo aquella, entonces, en forma directa, la ejecución o cumplimiento del objeto del título de concesión.

asume algunos claramente acotados, entre los que destacan regularmente: la liberación del derecho de vía; asegurar el uso, aprovechamiento y explotación pacíficos del bien o servicio concesionado; la obtención de ciertos permisos y autorizaciones; pago de indemnizaciones a los concesionarios en caso de terminación anticipada por causas de interés general o rescisión por incumplimiento del otorgante e incluso por casos atribuibles a los concesionarios; la obligación de realizar los actos necesarios, en términos de ley, para que en caso de terminación de la concesión, se paguen los créditos otorgados al concesionario por los financiadores del proyecto y se lleven a cabo los reequilibrios económicos cuando se producen cambios económicos o jurídicos que afectan los principios, términos y condiciones conforme a los cuales se otorgó la concesión y que no son responsabilidad del concesionario.

Por supuesto la distribución de responsabilidades varía caso por caso y conforme a las condiciones político-sociales, económico-financieras, técnicas y jurídicas prevalecientes al tiempo de otorgarse la concesión, sin embargo, podría señalar que en esta figura jurídica el concesionario asume por regla general, un nivel mayor de responsabilidades y riesgo que el concesionante.

2.2 Requerimientos y consideraciones.

Para efecto de este trabajo, haremos referencia a los requerimientos para otorgar una concesión para el uso, aprovechamiento y explotación de una carretera, conforme a la LCPAF y a la LVGC, así como el análisis de ciertos aspectos que por sus características, regulación e importancia considero merecen un comentario específico.

2.2.1 Título de Concesión, un requisito indispensable.

El artículo 8o. de la LVGC señala que para construir, establecer y explotar vías generales de comunicación y sus servicios conexos, es necesario contar con una concesión o permiso del Ejecutivo Federal otorgado por conducto de la SICT, conforme a la ley y sus reglamentos.

2.2.2 Titulares de una concesión.

El artículo 10 de la LVGC también señala que la construcción o establecimiento de vías generales de comunicación, podrá encomendarse a particulares en términos de lo dispuesto en el artículo 134 de la CPEUM. En todo caso y tal y como lo refiere el artículo 12 del ordenamiento primeramente citado, las concesiones para vías generales de comunicación únicamente se otorgarán a ciudadanos mexicanos o a sociedades constituidas conforme a las leyes del país, requiriéndose en caso de la participación de capital extranjero en las sociedades concesionarias, que se incluya el convenio señalado en la fracción I del artículo 27 de la CPEUM. En este mismo orden de ideas, el artículo 6º de la LCPAF, también establece que las concesiones para caminos y puentes federales se otorgarán a mexicanos o a sociedades constituidas conforme a las leyes mexicanas.

Antes de continuar con el desarrollo de este tema, cabe señalar que en materia de concesiones como en los contratos APP y demás vehículos jurídicos a través de los cuales se instrumenta una Coinversión Plurisectorial Eficiente, la práctica en el derecho mexicano ha sido durante varios años y administraciones el solicitar al o a los participantes en la licitación y concurso respectivo, la constitución de una SPE para que sea ésta la que suscriba el título de concesión y adquiera con ello el carácter de concesionaria.

Resulta pertinente mencionar el contenido del artículo 54 de la LVGC que establece: “Las empresas de vías generales de comunicación podrán explotar sus servicios o parte de ellos, conjuntamente con otra u otras empresas nacionales o extranjeras,

no comprendidas en las disposiciones de esta Ley, celebrando al efecto los arreglos o convenios necesarios que se someterán a la previa aprobación de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.”¹⁴⁹ Lo dispuesto en este artículo, abre opciones para la participación de inversionistas extranjeros en proyectos de infraestructura carretera, aun cuando no participen en el capital de la concesionaria respectiva.

2.2.3 Participación de gobiernos o estados extranjeros, la necesidad de una interpretación.

Tanto la LVGC en su artículo 18 así como la LCPAF en su artículo 14, establecen la prohibición para la participación de gobiernos o estados extranjeros en empresas concesionarias, así como para ceder o gravar en su favor cualquier derecho conferido en la concesión correspondiente.

En relación con lo anterior, me parece conveniente hacer una consideración sobre el alcance que esta restricción debería tener. En primer término, en mi opinión, el interés tutelado por las disposiciones anteriores es evitar la injerencia de un gobierno o estado extranjeros en bienes y servicios públicos en nuestro País, no solo por lo que a su participación en sí misma implica, sino también, porque resulta imposible aplicarles la cláusula de extranjería a la que aluden los artículos 21 fracción I de la CPEUM y 12 de la LVGC. En ese tenor, en principio deberíamos interpretar que la restricción señalada, incluye tanto la participación directa como la indirecta de gobiernos o estados extranjeros.

Aun cuando pudiera considerarse jurídicamente aceptable lo señalado anteriormente, desde un punto de vista pragmático y especialmente financiero, considero que la citada restricción debe interpretarse de diferente manera. Lo anterior, toda vez que, en muchas empresas extranjeras, incluidas instituciones financieras, participan los gobiernos de los países de los que son nacionales. Más aun, existen los fondos soberanos, cuyos recursos son totalmente propiedad de los

¹⁴⁹ Ley de Vías Generales de la Comunicación, artículo 54, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

gobiernos respectivos. Si la interpretación a la citada restricción fuere estricta, no podrían participar en el capital social de las concesionarias un importante número de empresas extranjeras, muchas de ellas, desarrolladoras de tecnologías de punta o con importantes recursos económicos, ni podrían financiar los proyectos Coinversión Plurisectorial Eficiente, pues los derechos de cobro de las concesiones se ceden regularmente a los financiadores, directamente o a través de un fideicomiso, en donde, por cierto, en la mayoría de las instituciones fiduciaria mexicanas, participa mayoritaria o totalitariamente el capital extranjero.

Por lo antes señalado, en mi opinión, la prohibición de la participación de gobiernos y estados extranjeros en el capital social de los concesionarios o como cesionarios de derechos derivados de una concesión, no debe incluir a empresas, fondos o cualquier otra entidad en la que participe en cualquier porcentaje un gobierno o estado extranjero, siempre que éstos no realicen actos de gobierno y no sean sujetos de inmunidad conforme a las leyes de su país de origen.

2.2.4 Vigencia de las concesiones.

Por lo que respecta al plazo de las concesiones en materia carretera, el tercer párrafo del artículo 6º de la LCPAF, establece una vigencia máxima de 30 años, prorrogables hasta por un plazo igual al señalado originalmente. El artículo 30 del mismo ordenamiento establece que el plazo máximo de concesiones para mantener, conservar y explotar caminos y/o puentes construidos o adquiridos por el Gobierno Federal será de 20 años.

En relación con la diferencia de plazos de vigencia de concesiones en materia carretera antes señalados, cabe advertir que ha sido una práctica recurrente en México, el que en los proyectos de aprovechamiento de activos en los que el Estado concede infraestructura ya construida y en prácticamente todos los casos tratándose de carreteras en operación, que como parte del proceso de licitación o concurso, se incluya la obligación del concesionario de realizar obras que se integren a la infraestructura existente, con la finalidad de poder incrementar en diez

años el término de vigencia de la concesión, que de otra manera, solo sería de 20 años, conforme a la LCPAF.

El motivo de esta práctica es claramente financiero. Es mucho más atractivo un plazo de 30 años para los inversionistas del sector social y/o privado que tendrán un 33% más de plazo para amortizar inversiones y recibir el beneficio económico de la explotación de la carretera. Sobre este particular, también cabe señalar, que el Estado ha recibido muchos más recursos económicos por los aprovechamientos que pagan los adjudicatarios de las concesiones que están dispuestos a pagar un monto superior cuando el plazo es extendido. Un claro ejemplo de lo antes señalado es el caso del FARAC I, en el que se agregó la obligación de construir un tramo carretero muy pequeño considerando el kilometraje total del proyecto. El monto de la propuesta ganadora fue cercana a los mil cuatrocientos millones de dólares. Si el plazo de la concesión hubiera sido de 20 años, ese monto se hubiera reducido, al menos en un 33% y la posibilidad de colocar el proyecto con Afores o en el mercado bursátil, hubiera sido mucho menor.

Sin duda que esta práctica puede ser jurídicamente cuestionable, toda vez que se realizan actos legalmente válidos para obtener un resultado diferente al que se hubiera obtenido actuando con estricto apego al marco normativo.

Cabe señalar que, si un proyecto de infraestructura carretera se estructura a través de un contrato APP, la concesión que al efecto se otorgue podrá tener una vigencia máxima de cuarenta años conforme se establece en el inciso a) del numeral II del artículo 87 de la LAPP. Lo anterior resulta aplicable para las concesiones otorgadas para la construcción de nueva infraestructura, como para el aprovechamiento de activos.

2.2.5 Procedimiento para otorgar concesiones.

La regla general para el otorgamiento de concesiones es la celebración de un concurso o licitación pública como lo señala el artículo 7º de la LCPAF. Excepcionalmente la SICT podrá otorgar concesiones a los gobiernos de los

estados o a entidades paraestatales sin sujetarse al procedimiento de concurso público¹⁵⁰.

Previo al otorgamiento de cualquier concesión o de la prórroga de la misma, la dependencia o entidad concesionante debe obtener de la SHCP la opinión favorable sobre la rentabilidad económica del proyecto, su registro en la cartera de proyectos y programas de inversión y la determinación de las contraprestaciones que el concesionario deberá cubrir al Gobierno Federal.

Por lo que respecta al procedimiento del concurso, si bien la LCPAF establece en su artículo 7 los términos conforme a los cuales éste debe de llevarse a cabo, mismos que son muy generales, razón por la cual el procedimiento concursal en materia de carreteras se ha estructurado en la convocatoria y las bases para cada proyecto, así como en los anexos de las mismas. Esta estructura se ha modificado con el tiempo y se ha ajustado a las condiciones económicas, administrativas y jurídicas aplicables al momento de iniciar el proceso correspondiente.

2.2.6 Cesión de derechos de una concesión.

Otra consideración relevante es la relativa a la posibilidad de ceder los derechos y obligaciones establecidos en las concesiones, lo cual es una práctica no solo habitual, sino indispensable para poder financiar los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente. Es así que las instituciones financieras condicionan el otorgamiento y disposición del financiamiento respectivo a la cesión de los derechos de cobro de las tarifas, así como de cualquier indemnización que resulte en beneficio del concesionario por la terminación anticipada de la concesión o de la contraprestación correspondiente y las indemnizaciones respectivas, tratándose del

¹⁵⁰ Secretaría de Comunicaciones y Transportes, *Cumplimiento de las Condiciones de los Títulos de Concesión de Caminos y Puentes Federales*, Auditoría Financiera y de Cumplimiento: 14-0-09100-02-0367 DE-032, https://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2014i/Documentos/Auditorias/2014_0367_a.pdf, consulta de fecha 7 de marzo de 2022

contrato a través del cual se estructure el proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente. Para efecto de lo anterior, el procedimiento que se ha utilizado desde hace varios años en México ha sido la creación de un fideicomiso irrevocable de administración, garantía y fuente de pago. El fiduciario recibe como cesionario para su afectación al patrimonio del fideicomiso los derechos de cobro derivados de la concesión o del contrato respectivo, así como cualquier otro que tenga derecho a recibir el concesionario o el titular del contrato correspondiente, incluidos pagos de seguros, fianzas, ejecución de garantías en general, devoluciones de impuestos, indemnizaciones, pago de daños y perjuicios, etc., de suerte que todo el flujo de recursos se transfieren al patrimonio del fideicomiso cuyo fin principal es el pago de las obligaciones a cargo del concesionario o del titular del contrato, según sea el caso, mediante un esquema de pagos subordinados en donde, en primer lugar, se aplican los recursos a la construcción de la infraestructura o a la operación de la misma, según la etapa que corresponda; en segundo término, al pago de las obligaciones fiscales, posteriormente a cubrir los honorarios del o de los supervisores del proyecto, al pago de los financiamientos y de los contratos de cobertura, a la creación de fondos de reserva que, en su caso, se establezcan y, finalmente, los remanentes se transfieren al concesionario o al titular del contrato respectivo.

En relación con la cesión de derechos antes referida, el artículo 13 de la LCPAF establece que las cesiones requerirán de la autorización previa de la SICT, la cual podrá otorgarse siempre y cuando las concesiones hubieren estado en vigor al menos tres años, que el concesionario cedente haya cumplido con todas sus obligaciones y que el cesionario reúna los requisitos que debió cumplir el cedente para obtener la concesión.

Si bien el artículo antes citado contiene dos elementos que a mi juicio constituyen un importante avance en la legislación, como son el establecer plazos perentorios a la autoridad y la aplicación de la afirmativa ficta, contiene una limitación innecesaria al imponer un plazo mínimo de vigencia de la concesión para poderse llevar a cabo. Sobre este particular, la LAPP, en sus artículos 102 y 103, resuelven

el inconveniente antes señalado y establecen que los derechos del desarrollador derivados del contrato APP, podrán darse en garantía o afectarse de cualquier manera, así como ceder los derechos del mismo, total o parcialmente, sin más limitación que la previa autorización de la dependencia o entidad contratante, en los términos establecidos en el propio contrato.

La restricción del artículo 13 de la LCPAF consideró para su inclusión el interés del Gobierno Federal de evitar la creación de un mercado paralelo de concesiones, al menos durante la etapa de construcción de los proyectos. La preocupación de la autoridad radicaba en la posibilidad de que los participantes ganadores de un concurso cedieran su derecho a la titularidad de la concesión, o bien, una vez asumido su carácter de concesionarios, cedieran a terceros los derechos que el mismo les otorgaba sin que los cesionarios del título hubieran acreditado ante la autoridad convocante su capacidad técnica, económica y legal.

2.2.7 El desdoblamiento de concesiones, una práctica cuestionable.

Cabe mencionar que en diversas ocasiones la SICT ha llevado a cabo proyectos a través del esquema denominado “desdoblamiento de concesiones”, mediante el cual se modifica una concesión ya otorgada, a efecto de agregar tramos carreteros o servicios públicos adicionales en lugar de concursarlos. En mi opinión, la legalidad de estos procesos es cuestionable si no existe una causa que verdaderamente justifique la ampliación de los alcances de un título de concesión, por lo que cada caso debe ser jurídicamente evaluado para determinar si resulta procedente o se trata, en el fondo, de un fraude a la ley.

En relación con lo antes comentado, la Auditoría Superior de la Federación, al analizar un proyecto en la que la entonces SCT modificó un título de concesión, para incluir un tramo carretero adicional, se pronunció en los términos siguientes:

“Al respecto, la modificación autorizada para incluir los tramos adicionales al título de concesión, es contraria a derecho, ya que los tramos no estaban previstos originalmente en la concesión, y por tanto se debió llevar a cabo el concurso público respectivo de conformidad con los artículos 7 de la LCPAF y 134 de la CPEUM, con objeto de obtener las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes a favor del Estado.”¹⁵¹

2.2.8 Equilibrio económico, una figura esencial no regulada en la LCPAF.

En la LCPAF no se establece específicamente la figura del reequilibrio económico, la cual se encuentra expresamente regulada en la LAPP, por lo que, para su aplicación, debe incluirse en el propio título de concesión, debiéndose incluir en el mismo el mecanismo para el cálculo correspondiente y el procedimiento para su instrumentación.

El equilibrio económico se reestablece a través de tres mecanismos: a) entrega de recursos por el Gobierno Federal al concesionario y, en su caso, al suscriptor de cualquier contrato por el que se adjudique un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente y/o b) incremento de tarifas previa aprobación de la autoridad concesionante y/o c) prórroga de la vigencia de la concesión, o del contrato correspondiente. En mi experiencia profesional, en todos los casos de equilibrio económico en los que he tenido la oportunidad de participar, éste se ha llevado a cabo únicamente a través de las alternativas señaladas en los incisos b) y c) anteriores.

¹⁵¹ Secretaría de Comunicaciones y Transportes, *Cumplimiento de las Condiciones de los Títulos de Concesión de Caminos y Puentes Federales*, Auditoría Financiera y de Cumplimiento: 14-0-09100-02-0367 DE-032, https://www.asf.gob.mx/Trans/Informes/IR2014i/Documentos/Auditorias/2014_0367_a.pdf, consulta de fecha 7 de marzo de 2022

2.2.9 Tarifas.

Otro aspecto importante de analizar en materia de concesiones es la aplicación de tarifas por la prestación de servicios. El principio general que aplica a las carreteras federales objeto de la LCPAF es el de la libertad tarifaria, por lo que, en principio, el concesionario podrá establecer la tarifa que le resulte conveniente para poder así obtener los beneficios esperados en términos de su propuesta en el concurso respectivo.

En la práctica y especialmente después del proceso denominado “Rescate Carretero”, del cual ya hemos hecho diversos comentarios en este trabajo, un elemento fundamental para determinar la viabilidad de un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente en carreteras, es junto con el estudio de TDPA el análisis tarifario que permita establecer, según las diferentes categorías de vehículos que transitan en las carreteras, el importe de las tarifas cuyo efecto debiera ser la recuperación de la inversión en el proyecto más la tasa interna de retorno establecida por el concesionario en su propuesta sin que el monto de la tarifa inhiba o desincentive a los usuarios hacer uso de la carretera correspondiente.

Como parte de su propuesta, el concesionario establece el importe de las tarifas que pretende aplicar, las cuales serán registradas en la SICT. El concesionario será el único responsable respecto del TDPA, por lo que, si la tarifa resulta excesiva, el número de usuarios esperado en cada categoría probablemente disminuya y el mismo verá reducidos sus ingresos y posiblemente comprometido el cumplimiento de sus obligaciones conforme al título de concesión y los contratos de financiamiento y, finalmente la obtención de la tasa interna de retorno esperada.

Si bien, como ya he indicado, en materia carretera priva el principio de libertad tarifaria, la Comisión Federal de Competencia Económica tiene una importante injerencia en el desarrollo de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, tanto en el seguimiento y verificación de la existencia de prácticas anticompetitivas en la realización de concursos y licitaciones, como la determinación de potenciales

prácticas monopólicas absolutas o relativas en la prestación de los servicios públicos correspondientes y eventualmente en la determinación de tarifas, cuando en su consideración no hay una competencia efectiva. Las facultades de la Comisión Federal de Competencia se analizan en el numeral 1.4 del capítulo IV de este trabajo.

Sobre este particular, el artículo 20 de la LVGC establece que en las concesiones se fijarán las bases para establecer las tarifas de los servicios al público, quedando facultada la SICT para modificarlas cuando el interés público así lo exija, oyendo previamente a los prestadores del servicio que resulten o puedan resultar afectados. Aunque esta disposición no lo contempla específicamente, la Ley Federal de Competencia Económica contiene diversos artículos, entre otros el 9, 12, fracciones I y II y 94, fracción VII, inciso c) que contiene facultades de este órgano para “garantizar la libre concurrencia y competencia económica; prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados”, “ordenar medidas para eliminar barreras a la competencia y la libre concurrencia; determinar la existencia y regular el acceso a insumos esenciales, regular los precios de bienes y servicios y tomar las acciones que resulten necesarias”¹⁵² En este mismo sentido el artículo 49 de la LVGC establece que es función exclusiva de la SICT el estudio y aprobación, revisión, modificación, cancelación o registro, entre otros, de las tarifas y sus elementos de aplicación.

Para los efectos de este artículo se integrará una comisión consultiva de tarifas, en los términos del reglamento respectivo. Para la aprobación de las tarifas definitivas y sus reglas de aplicación, se escuchará previamente la opinión de esta comisión.

¹⁵² Ley Federal de Competencia Económica, artículo 12, fracciones I y II, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

2.2.10 Autorizaciones previas.

Es conveniente apuntar que, a diferencia de los contratos APP, las obligaciones a cargo del Estado, derivadas de un título de concesión, no se someten a la aprobación del Congreso para ser incluidas en el Presupuesto de Egresos de la Federación como una obligación plurianual. Sin lugar a dudas, esta práctica ofrecería a los concesionarios y a los financiadores mayor seguridad jurídica. En este orden de ideas, si bien el Congreso no tiene facultades para aprobar el otorgamiento de concesiones, si las tiene para incluir en el Presupuesto de Egresos de la Federación obligaciones plurianuales del Gobierno Federal, que en este caso consistirían en una obligación del Estado de indemnizar a los concesionarios en los supuestos de ley y del título de concesión y otra a favor de las instituciones financiadoras del proyecto de cubrir el importe de los financiamientos en caso de una terminación anticipada de la misma. En este supuesto, la SHCP y/o la dependencia o entidad convocante deberán asignar, para el cumplimiento de esa obligación, los recursos del proyecto al pago de la obligación respectiva. Sobre este particular, hay una laguna en la ley que merece un análisis especial para subsanarse en beneficio de la dependencia o entidad convocante de los concesionarios y sus financiadores.

Mediante reforma a la LCPAF, publicada en el DOF el 12 de junio de 2016, se adicionó el requisito para el otorgamiento de concesiones carreteras o para prorrogar los plazos de vigencia de las mismas, que la SHCP emita una opinión favorable sobre la rentabilidad económica del proyecto, que éste se inscriba en la cartera de programas y proyectos de inversión a la que alude el artículo 34 de la LFPRH y la determinación de las contraprestaciones que el concesionario deberá de pagar al Gobierno Federal.

Sobre este particular es fundamental reconsiderar el alcance y regulación del concepto de “recursos públicos del Estado”, que regularmente se limita a los presupuestales y omite los no pecuniarios, así como los no presupuestarios¹⁵³.

2.2.11 Ventajas y desventajas de las concesiones.

Las principales ventajas de la concesión son: (i) es una figura jurídica que se ha utilizado por muchos años. Hay una regulación exhaustiva, resoluciones de tribunales y doctrinas que facilitan su entendimiento y aplicación; (ii) los términos y condiciones conforme a los cuales se estructura y opera es conocida por el sector social y/o privado, por las dependencias o entidades otorgantes y por las instituciones que otorgan el financiamiento para el desarrollo del proyecto; (iii) Requieren un número menor de estudios y análisis para el desarrollo de los proyectos que en otros mecanismos, como es el caso de los Contratos APP, lo cual se traduce en una implementación más rápida y sencilla de los proyectos; (iv) en muchas concesiones, se incluye la obligación del Estado de indemnizar al concesionario en caso de terminación anticipada, incluso cuando ésta se derive de casos atribuibles al primero, lo que le ofrece un mayor nivel de seguridad económica jurídica; (v) el Estado se obliga a indemnizar al concesionario por terminación anticipada por causa de interés general, por rescisión atribuible al Estado y por el rescate de la concesión, (vi) libertad tarifaria, salvo cuando no hay condiciones de competencia, en cuyo caso la autoridad correspondiente establece bases tarifarias.

Por otra parte, sus principales desventajas son: (i) la adquisición de los bienes y/o derechos necesarios para llevar a cabo el proyecto o liberación del derecho de vía se realizan normalmente por la autoridad convocante, utilizando la valuación realizada por el INDAABIN (salvo que se aplique la LAPP), que regularmente es

¹⁵³ Para el análisis de este tema, sugiero la lectura del libro: “*Principios Jurídicos para el Uso Adecuado de Recursos Públicos en México*”, del Dr. Sergio Olivar, Editorial Tirant lo Blanch, 1ª Edición, México, 2022.

inferior al valor comercial de los predios, lo que dificulta las negociaciones, o requiere de la aportación adicional de recursos por los concesionarios para compensar las diferencias entre el avalúo mencionado y el valor comercial de los inmuebles que formarán parte del derecho de vía; (ii) existe una limitación en cuanto a los criterios para el otorgamiento de la concesión, basados principalmente en los precios y tarifas al usuario, el proyecto técnico, así como en las contraprestaciones ofrecidas al Estado para el otorgamiento de la concesión; (iii) la falta de disposiciones legales concretas o específicas sobre la actuación y facultades de los funcionarios públicos involucrados en el desarrollo de un proyecto, amplía el margen de discrecionalidad de su actuación, lo que eventualmente puede dar lugar a tratar de configurar responsabilidades administrativas improcedentes; (iv) en las leyes especiales como la LCPAF, no hay una regulación detallada del proceso de concurso en la materia que nos ocupa, lo que otorga a la autoridad convocante facultades discrecionales para determinar muchos aspectos de éste, en detrimento de la seguridad jurídica de los participantes; (v) no se contempla la obligación de restituir los gastos y costos incurridos por los participantes para la presentación de propuestas, cuando el concurso se suspende o cancela por decisión de la autoridad convocante; (vi) en caso de que el retorno de inversión o la tasa interna de retorno se alcance antes del plazo de vigencia de la concesión, se establece, en algunos casos, un mecanismo mediante el cual los ingresos por la explotación de la infraestructura correspondiente se comparten entre el concesionario y el Estado, y (vii) la seguridad económica y jurídica de los financiadores está cuestionada, toda vez que al darse por terminada anticipadamente una concesión y revertirse al Estado los bienes afectos a la misma, los recursos provenientes de la explotación de los bienes y servicios concesionados (en el caso que nos ocupa, las tarifa por peaje) por el Estado, constituyen ingresos fiscales, por lo que su aplicación al pago de financiamientos requiere de su inclusión en el Presupuesto de Egresos de la Federación, previa consideración de los mismos como obligaciones plurianuales, para lo cual, a diferencia de los contratos APP, contratos PPS, contratos CPS y obra pública financiada, no hay un fundamento jurídico claro. Lo anterior no obsta para que en varios títulos de concesión se incluya el compromiso de la autoridad

concedente, de aplicar los recursos de la explotación del proyecto al pago de los financiamientos contratados para su ejecución, lo cual excede las facultades del otorgante del título de concesión y hace nula la obligación correspondiente. Lo antes mencionado sin perjuicio de las responsabilidades del funcionario que firma el título de concesión.

3. Contratación integral.

3.1 Concepto.

El término de “contratos integrales” no es de carácter jurídico, aun cuando en diversas disposiciones legales se hace referencia a proyectos de infraestructura integrales, como es el caso de la LAPP que en su artículo 19 establece que los contratos de este orden serán integrales.

El alcance del término “integral” varía no solo en las disposiciones legales, sino en la doctrina. En estricto sentido, un contrato integral en materia de infraestructura es aquel en el que el adjudicatario de la concesión o del contrato, según corresponda, será el único responsable de llevar a cabo todos los trabajos y obras necesarios para la construcción y/o rehabilitación, operación, mantenimiento y conservación y, en algunos casos, como el de la concesión, la explotación de los proyectos de infraestructura.

De lo dispuesto en el artículo 19 de la LAPP se puede inferir que en contrapartida a los contratos integrales existen aquellos de carácter parcial mediante los cuales se convendrá con el sector social y/o privado la realización de una parte de las actividades antes señaladas, o bien, de la realización de todas ellas pero únicamente respecto de una etapa del proyecto total de infraestructura.

La clasificación de contratos integrales, como cualquier otra clasificación, no tiene otra función que el de diferenciar para efectos de orden, distintas categorías de contratos, en este caso, para la realización de proyectos de Coinversión

Plurisectorial Eficiente, atendiendo al criterio de alcances de los trabajos que se requieren para la realización de un proyecto de esta naturaleza.

Así pues, una concesión, un contrato PPS, un contrato CPS, uno de APP o de obra pública financiada, puede o no tener el carácter de integral, dependiendo los alcances que para el mismo haya determinado la entidad o dependencia convocante.

El alcance de la integralidad podrá variar según el proyecto de que se trate, pudiendo incluir en su esquema más completo, el diseño, construcción y/o rehabilitación, operación, explotación, mantenimiento y conservación de la obra de infraestructura y de los servicios que se prestan en y con la misma hasta la reversión del proyecto al Estado. Según la naturaleza del vehículo jurídico que se utilice para estructurar la Coinversión Plurisectorial Eficiente, se determinará cuál de las actividades antes señaladas deberá realizar el adjudicatario del proyecto. Así, en una concesión encontraremos prácticamente la totalidad de los elementos antes señalados a cargo del concesionario, tratándose de un proyecto totalmente nuevo, conocidos en el medio de la infraestructura como *green fields*, es decir, que los proyectos se inician sin contar con elementos previos de infraestructura. Otros casos, como el denominado “aprovechamiento de activos”, en los que el Estado concede obras de infraestructura ya existentes, será responsabilidad del concesionario la rehabilitación de la infraestructura, su operación, explotación y mantenimiento y, en algunos casos, como el proyecto conocido como Farac I, la realización de obras adicionales tendientes a ampliar la infraestructura.

En el caso de contratos PPS o de contratos APP, el alcance de los mismos puede implicar la totalidad de las actividades comprendidas en las concesiones, con excepción de la explotación, toda vez que el beneficio económico del proyecto no lo recibe el adjudicatario del contrato correspondiente, quien tiene únicamente el derecho de cobrar del Estado la contraprestación pactada una vez aplicadas, de resultar procedentes, las deducciones que se hubieren convenido. Cabe señalar que en muchos contratos estructurados bajo las figuras jurídicas antes señaladas,

la operación de la infraestructura se reserva al Estado, como es el caso de un importante número de carreteras, hospitales y centros penitenciarios.

Me parece oportuno hacer algunas consideraciones sobre la integralidad de los contratos para la realización de los contratos de infraestructura. En principio, me parecen más adecuados los contratos integrales que incluyen la totalidad del proyecto de infraestructura independientemente de los alcances que tengan en función de las actividades del adjudicatario tengan, que aquellos que dividen los proyectos en etapas y entre diversos adjudicatarios que realizan una o varias actividades iguales o similares y que regularmente se estructuran de esta manera para acelerar la realización de los proyectos de infraestructura.

En los contratos que no son integrales conforme a los criterios antes señalados siempre existe el riesgo de la falta de coordinación de actividades entre los distintos participantes en el mismo y de manera muy especial, el de la adecuada distribución de responsabilidades y la posibilidad de exigir las mismas a cada uno de los participantes. Un caso entre muchos otros que resulta muy ejemplificado de lo anterior es el de la Línea 12 del Metro, en donde se contrataron a empresas distintas para la construcción de los distintos tramos del proyecto y para el suministro de trenes, señalización y sistemas de operación, sin que entre ellas hubiera una coordinación adecuada. El resultado es de todos conocido, sobre todo para determinar quién o quiénes fueron los responsables de los daños causados a personas, incluida la pérdida de vidas de muchos usuarios, la incapacidad de prestar el servicio público esperado y el enorme daño patrimonial al Estado por el incremento sustancial e inaceptable de los costos de construcción, operación, mantenimiento y conservación.

Si bien es imposible en muchos proyectos de infraestructura que el adjudicatario sea experto y único proveedor de bienes y servicios, también lo es, que es más eficiente desde un punto de vista operativo, financiero y jurídico el que haya un solo responsable y obligado a la realización del proyecto aunque éste obtenga la tecnología de terceros, reciba el apoyo directo o subcontrate a quienes tienen los recursos y la tecnología necesarios para la realización del proyecto de

infraestructura en la forma, términos y condiciones conforme a los que se haya licitado y que en todo momento siempre deberán buscar el mayor beneficio para los usuarios, la protección de las comunidades afectadas por el mismo y las mejores condiciones económicas para el Estado conforme al artículo 134 de la CPEUM.

4. Obra pública financiada.

4.1 Concepto.

Mediante los contratos de obra pública financiada, el Estado conviene con el privado la construcción de una obra de infraestructura y la forma, términos y condiciones para su pago, según la alternativa de contrato que se acuerde entre las partes.

Los contratos antes aludidos se pueden llevar a cabo en cualquiera de sus tipos según el riesgo que asuma cada una de las partes, como: BLT [*Build, lease, transfer* (construcción, arrendamiento y transferencia)]; BOOT [*Build, own, operate, transfer* (construcción, ser propietario, operación y transferencia)]; BOT [*Build, operate, transfer* (construcción, operación, transferencia)]; BTO [*Build, transfer, operate* (construcción, transferencia y operación)]; DBFO [*Design, build, finance, operate* (diseño, construcción, financiamiento y operación)]; DBO [*Design, build, operate* (diseño, construcción y operación)]; Leasing [*Design, build, finance* (diseño, construcción y financiamiento)]; O&M [Operate, maintenance (operación y mantenimiento)].

4.2 Características generales de algunas formas de los contratos utilizados para la obra pública financiada¹⁵⁴.

¹⁵⁴ World Bank, the Asian Development Bank (ADB) and the Inter American Development Bank (IDB) “Public Partnerships Reference Guide Version 2.0” (2014) 13, 22

Modalidad	Descripción	Activo	Obligaciones	Mecanismo de Pago
Diseño, Construcción, Financiamiento, Operación y Mantenimiento (DCFOM)	Bajo esta modalidad, la variedad de contratos de asociación público-privada ¹⁵⁵ se describe por las obligaciones transmitidas al agente privado.	Nuevo	Las establecidas en el nombre del contrato asociación público-privada.	Gobierno o Usuario Final o ambos
Diseño, Construcción, Financiamiento y Operación (DCFO)	La obligación de mantenimiento puede ser omitida en el nombre del contrato asociación público-privada, a través de su inclusión en las obligaciones operativas.			
Diseño, Construcción, Mantenimiento y financiamiento (DCMF)	Es decir, en lugar de un contrato DCFOM, un contrato que transmite todas las obligaciones propias de un DCFOM simplemente podría ser descrito bajo un contrato tipo DCFO, en donde las obligaciones de mantenimiento están			

¹⁵⁵ Es importante hacer notar que los contratos de asociación público-privada aquí referidos son diferentes a los Contratos APP que se celebran conforme a la Ley de Asociaciones Público Privadas.

Modalidad	Descripción	Activo	Obligaciones	Mecanismo de Pago
	incluidas bajo las obligaciones de operación.			
Operación y Mantenimiento (OM)	Contratos vinculados al desempeño del agente privado y a la calidad de la infraestructura adecuada.	Existente	Operación y Mantenimiento	Gobierno
Construcción, Operación y Transmisión (COT)	Este enfoque para describir las APP para nuevos activos implica la propiedad legal y el control de los activos del proyecto. En un contrato COT, el agente privado posee los activos del proyecto hasta que sean transmitidos al final del contrato.	Nuevo	Diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento y la operación parcial o total.	Gobierno Usuario Final o ambos.
Construcción, Adquisición, Operación y Transmisión (CAOT)	CAOT se utiliza a menudo intercambiabilmente con COT.		Bajo algunas definiciones, los contratos COT o CTO podrían no incluir financiamiento privado. Por otro lado, los contratos	

Modalidad	Descripción	Activo	Obligaciones	Mecanismo de Pago
Construcción, Transmisión y Operación (CTO).	Por el contrario, un contrato CTO, la propiedad de los activos se transmite una vez que la construcción es completa, los derechos de propiedad afectan como se gestiona la entrega de los activos al final del contrato.		CAOT siempre implican financiamiento privado.	
Rehabilitación, Operación y Transmisión (ROT)	Rehabilitación puede ser intercambiada por renovación, mejora o construcción en donde el agente privado se encarga de extender la vida del activo existente.	Existente	Rehabilitación, construcción, renovación y mejora.	Gobierno o Usuario Final o ambos.

5. Proyectos de prestación de servicios a largo plazo (PPS).

5.1 Concepto.

En México, los Proyectos para Prestación de Servicios a Largo Plazo (PPS) se identifican como las acciones que se requieren para que una dependencia o entidad de la Administración Pública Federal reciba un conjunto de servicios por parte de un proveedor del sector social y/o privado. Se definen como contratos de servicios de largo plazo, en donde el inversionista diseña, construye, opera, mantiene y financia la infraestructura para la prestación de un servicio público. La responsabilidad del servicio público y la explotación del mismo permanecen en la rectoría del Estado.

Los PPS aparecen por primera vez en la normatividad mexicana mediante el “Acuerdo por el que se establecen las Reglas para la Realización de Proyectos para Prestación de Servicios” publicado por la SHCP y la SFP en el DOF el 26 de marzo de 2003, mismo que quedó sin efectos por la entrada en vigor del acuerdo publicado con ese mismo nombre el 9 de abril de 2004. El fundamento constitucional de este tipo de proyectos reside en los artículos 25 y 134 constitucional, en los que se establece la concurrencia de los sectores privado y/o social para el desarrollo económico nacional en el primero y la contratación de obra por licitación pública, para garantizar el ejercicio de los recursos públicos con apego a criterios de economía, eficiencia, eficacia, imparcialidad y honradez en el segundo.

La modalidad PPS constituye primordialmente un esquema de contratación de servicios para las dependencias y entidades que buscan desarrollar infraestructura social. Los PPS se han caracterizado por:

- a. No constituir deuda pública, toda vez que las contraprestaciones son cubiertas por el ente público con cargo a su gasto corriente (se trata de presupuesto, no deuda), lo cual, en principio, debería incrementar la eficiencia y racionalidad del gasto público;
- b. Cumplir con una misión pública mediante la inversión privada, para atender una demanda creciente de servicios;
- c. Ser una alternativa para contratar, a largo plazo, los servicios de empresas privadas, necesarios para prestar diversos servicios públicos a cargo de las dependencias o entidades contratantes;
- d. Aumentar la infraestructura básica y prestar servicios públicos de mayor calidad, que de otro modo no podrían estar disponibles en el corto y mediano plazo;
- e. Aprovechar la experiencia, la capacidad de innovación y los medios de financiamiento y desarrollo de infraestructura con que cuentan los sectores social y/o privado;

- f. Permitir que las empresas privadas, cuyos servicios sean contratados, realicen las actividades de diseño, financiamiento, modernización, operación, conservación y mantenimiento de infraestructura, a fin de lograr economías de escala y de obtener una mayor eficacia en la prestación de servicios;
- g. Distribuir los riesgos inherentes al proyecto entre el sector público y el inversionista proveedor de manera más eficiente y equilibrada para su mejor administración;
- h. Evitar que las dependencias y entidades realicen actividades que, de acuerdo con el marco jurídico vigente, puedan ser desempeñadas por el sector social y/o privado con igual o mayor calidad y a un menor costo, y
- i. Elevar la calidad de los servicios que proporciona el sector público y asegurar que sea óptima en el largo plazo¹⁵⁶.

5.2 Requerimientos.

Los PPS deben: (i) tener un efecto social y económico favorable para el desarrollo nacional o regional; y, (ii) ser económica y financieramente viables; (iii) resultar atractivos para la inversión privada. Asimismo, el esquema debe generar beneficios económicos superiores a los que se obtendrían si el proyecto se llevara a cabo mediante esquemas tradicionales de obra pública, es decir, valor por el dinero y, al mismo tiempo, debe permitir que el inversionista proveedor logre una tasa de rendimiento competitiva sobre el capital invertido.

La comparación se hace mediante el costeo de un proyecto de referencia hipotético, en donde la infraestructura se desarrolla vía obra pública y el mantenimiento lo ejecuta directamente la dependencia responsable. Este proyecto se compara con el costo del pago al inversionista proveedor por la prestación de los servicios de apoyo

¹⁵⁶ PIAPPPEM, *Experiencia mexicana en Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo de Infraestructura y la provisión de servicios públicos*, Patrocinado por el Fondo Multilateral de Inversiones del Banco Interamericano de Desarrollo, 2010, pp. 28 y 29. Disponible en <http://www.piappem.org/file.php?id=295>.

más los costos adicionales de la dependencia correspondientes a los servicios que presta directamente a la ciudadanía, de tal forma, y considerando el costo de los riesgos retenibles por la dependencia y los transferidos al inversionista, se calcula el ahorro directo al gobierno (que como se mencionó, se denomina valor por el dinero)¹⁵⁷.

El procedimiento de contratación estuvo sujeto a la LAASSP y su Reglamento, a la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y su Reglamento y a reglas emitidas por la SHCP. A partir de la entrada en vigor del Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas, todos los proyectos desarrollados bajo este tipo de esquema deberán regirse por la LAPP¹⁵⁸.

6. Contratos de prestación de servicios (CPS).

6.1 Concepto.

El artículo 3 de la LAASSP, establece que: “Para los efectos de esta Ley, entre las adquisiciones, arrendamientos y servicios, quedan comprendidos:

...

VI. La prestación de servicios de largo plazo que involucren recursos de varios ejercicios fiscales a cargo de un inversionista proveedor, el cual se obliga a proporcionarlos con los activos que provea por sí o a través de un tercero, de conformidad con un proyecto para la prestación de dichos servicios;

...

IX. En general, los servicios de cualquier naturaleza cuya prestación genere una obligación de pago para las dependencias y entidades, salvo que la contratación se encuentre regulada en forma específica por otras disposiciones legales.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 31. Disponible en <http://www.piappem.org/file.php?id=295>.

¹⁵⁸ Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas, artículo cuarto transitorio, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

Corresponderá a la SFP, a solicitud de la dependencia o entidad de que se trate, determinar si un servicio se ubica en la hipótesis de esta fracción.”¹⁵⁹

6.2 Requerimientos.

Conforme a lo dispuesto en los artículos 26 y 28 de la LAASSP, las licitaciones de contratos de prestación de servicios deben llevarse a cabo de manera general, mediante una licitación pública y únicamente en los casos de excepción, señalados en los artículos 40 y 41 del ordenamiento citado, podrán adjudicarse los contratos mediante el proceso de invitación a cuando menos tres personas o mediante la adjudicación directa.

Cabe señalar que al igual que los contratos PPS, el artículo 4º transitorio del Reglamento de la LAPP establece que tratándose de contratos de prestación de servicios, a partir de la entrada en vigor de este ordenamiento, no podrán iniciarse y/o tramitarse procedimientos de contratación de nuevos proyectos a través de esta figura.

7. Contratos de asociación público-privada.

7.1 Concepto.

Por su parte, el contrato APP puede entenderse como el acuerdo de voluntades mediante el cual la entidad o dependencia convocante y el desarrollador establecen una relación contractual de largo plazo para la prestación de servicios al sector público, mayoristas, intermediarios o al usuario final en los que se utiliza infraestructura proporcionada total o parcialmente por el sector privado con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el país,

¹⁵⁹ Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, artículo 3, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

incluyendo aquellos convenios para desarrollar proyectos de inversión productiva, investigación aplicada o innovación tecnológica¹⁶⁰.

7.2 Requerimientos.

La determinación de la figura jurídica que para los efectos de la inversión público-privada se desee utilizar, depende de diversos elementos, entre los que se destacan: los plazos para llevar a cabo el proyecto; los riesgos que el Estado y los particulares están dispuestos a asumir; y, el grado de seguridad jurídica en aspectos que se estiman relevantes, ya sea por el ente público o por el privado, para el desarrollo del proyecto, como es el caso de pagos, indemnizaciones, reequilibrio económico y discrecionalidad de la autoridad en el desarrollo del concurso respectivo.

La LAPP es una ley federal aplicable a los proyectos desarrollados por dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, fideicomisos públicos federales no considerados organismos paraestatales, personas de derecho público con autonomía derivada de la CPEUM, y cuando las aportaciones de las entidades federativas, municipios y entes públicos de unas y otros conjuntamente sean inferiores a las aportaciones federales.

Este ordenamiento jurídico tiene un carácter opcional, es decir, que puede o no aplicarse a un proyecto de infraestructura a discreción de la autoridad convocante, quien podrá optar por aplicar al efecto las leyes específicas.

Sin perjuicio de lo anterior, cabe señalar que conforme al artículo cuarto transitorio del reglamento de la LAPP, en materia federal, todos los contratos de PPS o de

¹⁶⁰ Ley de Asociaciones Público Privadas, arts. 2 y 3, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

CPS que se realicen por entidades o dependencias federales, tendrán que estructurarse conforme a la LAPP.

7.3 Ventajas y Desventajas.

Por lo que corresponde a la figura jurídica del contrato APP, en términos de la LAPP, consideramos como ventajas principales las siguientes:

- a) Que la LAPP es esencialmente de carácter procedimental y reúne en un solo cuerpo jurídico las disposiciones conforme a las cuales se estructurarán los proyectos de inversión público-privada, lo cual otorga certeza y seguridad jurídica a los desarrolladores interesados;
- b) Se uniforman procedimientos de concurso y criterios de fallo, otorgando con ello seguridad jurídica a los participantes y a sus financiadores;
- c) Se permite la utilización de diversos esquemas de inversión público-privada en función de los requerimientos del mercado;
- d) Se incentiva y promueve la participación del sector privado en proyectos de infraestructura;
- e) No serán aplicables las disposiciones de la LAASSP, ni la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, ni sus Reglamentos, salvo en lo que expresamente lo señale la Ley APP;
- f) En los concursos podrá participar toda persona, física o moral, nacional o extranjera, que cumpla los requisitos establecidos en la convocatoria, las bases y en las disposiciones aplicables al proyecto de que se trate;
- g) Se deberá dar prioridad a los proyectos, en la valoración y trámites respecto del cumplimiento de los requisitos de las disposiciones de protección ambiental, asentamientos humanos, desarrollo urbano, construcción, uso de suelo y demás que resulten aplicables, en el ámbito federal;

- h) Se establece el mecanismo de afirmativa ficta en caso de falta de respuesta oportuna de la autoridad, con excepción de los temas ambientales;
- i) En la evaluación de las propuestas, podrán utilizarse mecanismos de puntos y porcentajes, criterios de costo-beneficio, o cualesquiera otros, siempre que sean claros, cuantificables y permitan una comparación objetiva e imparcial de las propuestas;
- j) No se exigen a la convocante formas rígidas de evaluación de las propuestas, lo que facilita el proceso de contratación;
- k) La contratación de estudios y elaboración de proyectos ejecutivos se pueden contratar por invitación a cuando menos tres personas o mediante adjudicación directa, sin que se requiera la autorización del Comité de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del sector público, cuando los honorarios pactados no excedan del 4% del costo total estimado del proyecto ni 9,500,000 UDIS, lo que resulte menor;
- l) Se prevé la figura de los proyectos no solicitados o propuestas no solicitadas, en cuyo caso se ofrece una ventaja competitiva a los proponentes o promotores de hasta el 10% en relación con el criterio de fallo sobre los demás participantes y se les reconoce la inversión que hubiesen efectuado para el estudio, análisis y desarrollo de su propuesta, si ésta la realiza un tercero o el propio gobierno, ya sea de manera inmediata o para un futuro;
- m) Disposiciones tendientes a restablecer el equilibrio económico del proyecto, cuando derivado de un acto administrativo, legislativo o jurisdiccional de autoridad competente se produzca un incremento sustancial de los costos de ejecución del proyecto o se reduzcan los beneficios económicos o sus ganancias propuestas por el desarrollador;
- n) La vigencia de los contratos APP será hasta de 40 años, lo que permite un plazo mayor de explotación de los bienes o servicios y una mayor flexibilidad y oportunidad para pago de financiamientos y retorno de las

inversiones. En caso de que las leyes especiales otorguen plazos mayores, se aplicarán estos últimos;

- o) Es posible que la valuación de los bienes necesarios para los proyectos sea realizada por instituciones de crédito autorizadas, corredores públicos o profesionistas con postgrado en valuación y no únicamente por el INDAABIN, además de que en el proceso de adquisición también podrán participar los propios desarrolladores y no únicamente la dependencia o entidad convocante;
- p) Se dispone, de manera clara, la posibilidad de que el desarrollador pueda dar en garantía o ceder total o parcialmente sus derechos derivados del contrato APP, o su participación en el capital social de la sociedad de propósito específico a través de la cual se desarrolla el proyecto y/o los derechos derivados de las concesiones o permisos para la prestación de los servicios, con la previa autorización de la dependencia o entidad correspondiente, lo que permite flexibilizar la obtención de financiamientos para el proyecto, y
- q) Se puede adjudicar un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente cuando solamente exista un concursante o promotor, siempre y cuando se satisfagan los requisitos del procedimiento y cuando sus ofertas económicas sean aceptables.

Por lo que corresponde a las desventajas asociadas a esta alternativa, consideramos las siguientes:

- a) Se requieren de diversas autorizaciones como la de la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación, una vez que se ha demostrado la viabilidad del proyecto;
- b) Cuando los proyectos requieran compromisos plurianuales de gasto público, se requiere la aprobación de la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión;
- c) En el contrato APP se debe establecer que las aportaciones de recursos presupuestarios estarán sujetas a la condición suspensiva de la aprobación

de la suficiencia presupuestaria por la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión;

- d) Se establecen un gran número de requisitos para determinar la viabilidad del proyecto, a saber:
 - (i) Descripción del proyecto y viabilidad técnica del mismo;
 - (ii) Los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el desarrollo del proyecto;
 - (iii) Las autorizaciones para el desarrollo del proyecto que en su caso, resulten necesarias;
 - (iv) La viabilidad jurídica del proyecto;
 - (v) El impacto ambiental, la preservación y conservación del equilibrio ecológico y, en su caso, afectación de las áreas naturales o zonas protegidas, asentamientos humanos y desarrollo urbano del proyecto, así como su viabilidad en estos aspectos; por parte de las autoridades competentes. Este primer análisis será distinto a la manifestación de impacto ambiental correspondiente conforme a las disposiciones legales aplicables;
 - (vi) La rentabilidad social del proyecto;
 - (vii) Las estimaciones de inversión y aportaciones, en numerario y en especie, tanto federales y de los particulares como, en su caso, estatales y municipales;
 - (viii) La viabilidad económica y financiera del proyecto;
 - (ix) La necesidad de justificar la conveniencia de la utilización del proceso de asociación público-privada al amparo de la LAPP, respecto de otros mecanismos;
- e) Cuando la dependencia o entidad determine terminar anticipadamente el contrato APP por causas imputables al desarrollador, se requiere establecer en el contrato APP el derecho del desarrollador a un reembolso, sin establecerse los términos y condiciones mínimos para el mismo;
- f) Aun cuando el incremento del plazo para algunos proyectos con plazos de vigencia menores se considera conveniente, limitar el plazo más las

prórrogas al plazo de 40 años señalado, no resulta conveniente, pues limita la posibilidad de realizar inversiones adicionales en beneficio del proyecto cuando éstas no puedan ser amortizadas, una vez vencido el plazo del contrato.

7.4 Etapas de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente estructurados conforme a la LAPP.

Si bien las etapas que a continuación se analizan atienden esencialmente a los proyectos que se llevan a cabo conforme a la LAPP, resultan aplicables para proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente estructurados conforme a cualquiera de las formas y vehículos referidos en este capítulo.

Los proyectos de infraestructura se dividen principalmente en cuatro grandes etapas, a saber: (i) una etapa previa al inicio de la construcción; (ii) la etapa constructiva; (iii) la etapa de operación, mantenimiento y conservación del proyecto; y, (iv) la etapa final de terminación y entrega al Estado de la infraestructura.

7.4.1. Etapas de la construcción.

Los aspectos más relevantes a considerar en esta etapa de un proyecto de infraestructura son:

- a) Ubicación y/o trazo y liberación del derecho de vía. Es un elemento esencial para el desarrollo de un proyecto de infraestructura y uno de los factores de riesgo más importantes para el desarrollo del mismo. Regularmente la ubicación y/o el trazo es proporcionado por la autoridad convocante, aunque en algunos casos se requiere a los participantes que propongan el lugar y/o el trazo específico, o bien, que elijan entre las alternativas que al efecto establece la propia

entidad o dependencia. Por lo que corresponde a la liberación del derecho de vía, tradicionalmente había estado a cargo del Estado y era una de las obligaciones más importantes que éste asumía en los proyectos de infraestructura. Se consideraba que era el Estado quien tenía las mejores condiciones de negociación con los propietarios de los predios respectivos. En la práctica se ha observado que no necesariamente es así:

- i) En primer lugar, el monto que el Estado puede pagar por un predio no puede exceder del monto determinado en el avalúo emitido por INDAABIN, que no siempre responde a los valores comerciales, salvo tratándose de proyectos estructurados al amparo de la LAPP, en los que puede pactarse que la liberación del derecho de vía se lleve a cabo con base en avalúos no solo de INDAABIN, sino por peritos valuadores debidamente autorizados en términos del artículo 68 del citado ordenamiento;
- ii) En segundo lugar, la contratación de las empresas especializadas en la liberación de predios y/o del derecho de vía por el Gobierno Federal requiere de una licitación pública, lo cual implica tiempo adicional para el proyecto. Este procedimiento no tiene que llevarse a cabo cuando el desarrollador es quien libera el derecho de vía en términos de lo señalado en la LAPP;
- iii) En tercer lugar, las pretensiones de los propietarios de los predios muchas veces se elevan por ser el Gobierno Federal, quien negocia la adquisición, y
- iv) Por último, el cumplimiento y seguimiento de todos los trámites y procedimientos de ley para liberar un predio o el derecho de vía, no siempre se satisfacen íntegramente, por lo que los expedientes de adquisición de predios quedan incompletos o

no se paga oportunamente a los propietarios respectivos, ocasionando que no quede debidamente concluida la liberación de un predio específico o del derecho de vía, cuestionándose la validez del derecho de propiedad del Estado respecto del mismo, independientemente de quien lleve a cabo la liberación del predio o del derecho de vía, pues siempre deberán quedar los mismos en el patrimonio del Estado.

Sobre este particular, nos parece importante mencionar que, aun cuando el Estado tiene la facultad de expropiación, tomando en consideración la perspectiva político-social, económico-financiera y legal, no resulta necesariamente el mejor vehículo para liberar el derecho de vía considerando plazos (incluidos aquellos requeridos para solventar procedimientos judiciales), medios de defensa de los potenciales expropiados y, por supuesto, el costo político que este tipo de mecanismo jurídico conlleva. Adicionalmente cabe mencionar que es común que un número importante de los predios que requiere un proyecto de infraestructura, son ejidales o comunales, por lo que se necesita un procedimiento adicional que debe satisfacerse íntegramente.

- b) Proyecto ejecutivo. Otro elemento esencial es la realización del proyecto ejecutivo. La autoridad convocante, ya sea directamente o a través de la contratación de terceros, realiza el proyecto conceptual (muy rara vez el proyecto ejecutivo) que pone a disposición de los participantes en el concurso para su análisis y en su caso, proponer modificaciones a éste, a fin de que sirva como base para la elaboración de la propuesta que éstos presenten en el concurso.

Es una práctica regular que los participantes manifiesten a la autoridad convocante su aceptación y conocimiento del proyecto conceptual o por excepción el ejecutivo, asumiendo con ello la responsabilidad de los términos, condiciones y alcances de éstos. En nuestra opinión esta

práctica debería modificarse toda vez que las deficiencias en los documentos señalados deben ser responsabilidad de quien los lleva a cabo y no del adjudicatario del proyecto, quien no ha participado en su elaboración y que, regularmente, cuenta con poco tiempo para un análisis detallado del mismo.

Cabe mencionar que, también ha habido proyectos de infraestructura en los que la autoridad convocante únicamente entrega a los participantes la referencia del área donde debe llevarse a cabo el proyecto o el trazo y los requerimientos de construcción y operación. Éstos han sido una excepción y regularmente se asocian a proyectos muy complejos que para su realización requieren un alto grado tecnológico como es el caso de la construcción de puentes y túneles, plantas de tratamiento de agua, equipos ferroviarios y comunicaciones satelitales, entre otros.

La autoridad convocante regularmente incluye en el sitio WEB del concurso información y documentación de carácter técnico y económico incluyendo estudios y análisis de distintos órdenes aplicables al proyecto, así como análisis de geotecnia, climatológicos, sísmicos, etc., en todos los casos de manera indicativa y no necesariamente completa, sin asumir responsabilidad alguna respecto a su contenido, alcances y resultados, pues será siempre responsabilidad del adjudicatario del proyecto la realización de dichos estudios y análisis. Por lo que respecta al desplante o al trazo del proyecto de infraestructura, la autoridad normalmente entrega el mismo como parte de los documentos del concurso, aunque en forma excepcional, también ha solicitado a los participantes que presenten una propuesta de la ubicación del predio o del trazo o que elijan entre las alternativas que la propia autoridad convocante propone.

Sin lugar a dudas, el escenario ideal para el desarrollo de un proyecto de infraestructura es contar con un predio o derecho de vía totalmente

liberado y un proyecto completo, que pudiera ser entregado a los participantes en la etapa de concurso. Lo anterior permitiría que: (i) todos los participantes tuvieran los mismo elementos para poder evaluar los alcances de la obra, el costo de la misma y los efectos financieros durante su operación, mantenimiento y conservación; (ii) los participantes pudieran aportar durante el concurso propuestas que permitieran mejorar el proyecto ejecutivo y abaratar el costo de su ejecución, sin reducir los requisitos de calidad y seguridad; (iii) la autoridad convocante contaría con un documento completo a partir del cual pudiera verificar el cumplimiento de las obligaciones de construcción por parte del concesionario, y (iv) el efecto económico del proyecto en las finanzas del Estado mejoraría sustancialmente, toda vez que los participantes en el concurso contarían con un mayor número de elementos a integrar en su análisis y, consecuentemente, podrían elaborar una mejor evaluación del nivel de riesgo, cuyo resultado sería ofrecer una contraprestación mayor al Estado o solicitarle un monto menor de recursos, según sea el caso.

- c) Aportación de capital de riesgo. Regularmente, las bases del concurso para el otorgamiento de un proyecto de infraestructura exigen que el adjudicatario aporte un capital de riesgo equivalente cuando menos, al 20% o 25% del monto total estimado de la inversión propuesta por el participante ganador. La finalidad de este requerimiento es que el adjudicatario del proyecto y/o sus socios tengan un incentivo para realizar todos los actos necesarios a efecto de que el proyecto de infraestructura se lleve a cabo debidamente, en tiempo y forma y que reúna los requisitos de carácter técnico, financiero, jurídico y operativo que aseguren la adecuada prestación del servicio público y así los socios recuperen su aportación inicial y la tasa interna de retorno de capital conforme a sus expectativas.

Toda vez que los recursos del capital de riesgo no se erogan de manera inmediata y a fin de reducir el costo financiero del proyecto, es común que la autoridad convocante permita que un porcentaje del capital de riesgo se aplique en numerario como aportación de la SPE (capital social y otros medios como gastos preoperativos, obras, etc.), y el remanente se garantice con una carta de crédito incondicional e irrevocable. En diversos proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, convocados recientemente, el capital de riesgo puede garantizarse íntegramente mediante una carta de crédito. La SPE, por regla general, a través de aportaciones de capital de sus socios o con la realización de obras irá cubriendo las necesidades de capital de riesgo conforme a los requerimientos del avance del proyecto y *pari passu* con la aplicación de los recursos del financiamiento. En caso de incumplimiento a esta obligación, el Estado podrá hacer valer la carta de crédito y el proyecto podría así contar con los recursos de capital requeridos para su consecución. Cabe señalar que este requerimiento normalmente se encuentra alineado con los requisitos de las instituciones financieras para otorgar el o los créditos correspondientes.

En diversos proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente convocados recientemente por la SCT, el capital de riesgo puede garantizarse íntegramente mediante una carta de crédito, por lo que los inversionistas no tienen que depositar recursos líquidos en el fideicomiso de administración, garantía y fuente de pago.

- d) Financiamiento. Como hemos señalado previamente, prácticamente la totalidad de los proyectos de infraestructura durante la segunda y tercera etapas referidas anteriormente, se han financiado a través de la figura del “proyecto financiero” (*project finance*, por su denominación en idioma inglés) y de las diversas modalidades que de la misma han ofrecido los financiadores, en función de las condiciones económico-

financieras de mercado, político-sociales y jurídicas que inciden en el proyecto.

Es una práctica común que los participantes en un concurso para el otorgamiento de un proyecto de infraestructura pública, privada o mixta, tengan negociaciones previas con instituciones financieras de quienes pueden obtener el crédito para desarrollar el proyecto, y así contar con información clave para el diseño de sus propuestas. Así también, los participantes suelen entregar a la potencial institución financiera las bases del concurso, incluyendo el proyecto del título de concesión o del contrato, según sea el caso, a efecto de que aquéllas puedan iniciar la evaluación de sus riesgos y eventualmente diseñar las medidas de mitigación correspondientes, para discutir las con el posible acreditado.

Sin perjuicio de lo anterior, es una práctica generalizada que el otorgamiento del financiamiento para el desarrollo del proyecto quede a disposición del acreditado una vez que el documento mediante el cual el Estado y el adjudicatario del proyecto se obligan recíprocamente, haya sido firmado por las partes, debiéndose a partir de ese momento, cumplir con todos los requerimientos de aprobación de crédito que tenga la o las instituciones financieras correspondientes. En muchas ocasiones participan conjuntamente dos o más instituciones financieras en el otorgamiento de los créditos (créditos sindicados) u otorgando financiamiento cuyo pago quedará subordinado a otros créditos preferentes (créditos subordinados).

Los requerimientos de las instituciones financieras han cambiado con el tiempo y se han vuelto cada vez más rígidos. Actualmente, una institución financiera difícilmente otorgará un crédito o, en su caso, permitirá al acreditado disponer de él, si el predio o el derecho de vía no está liberado íntegramente, la manifestación de impacto ambiental no ha sido presentada y aprobada, se hayan obtenido las demás

autorizaciones ambientales requeridas, se hayan iniciado los trámites para el cambio de uso del suelo (estudio técnico justificativo). Lo anterior, sin perjuicio de los demás requisitos que regularmente se contienen en los contratos de crédito destinados a estos proyectos.

Sobre este tema, cabe también considerar los plazos que se requieren para la negociación y contratación del financiamiento, que regularmente y según las características económico-financieras del entorno, del propio proyecto y de los socios de su ejecutar, puede fluctuar entre 2 y 6 meses, motivo por el cual esta etapa previa al inicio de la construcción (conocida como cierre financiero), requiere de una regulación especial en el título de concesión o en el contrato respectivo.

Otro aspecto de especial relevancia es la obligación que puede asumir la autoridad convocante de asegurar a las instituciones financieras que, en caso de terminación anticipada del proyecto por cualquier causa, estas últimas continuarán recibiendo el pago del financiamiento en los términos pactados. Sobre este particular, cabe señalar que si la infraestructura se revierte al Estado, las cuotas que pagan los usuarios constituyen ingresos fiscales, por lo cual la autoridad convocante no puede disponer de ellos ni comprometerlos. La autoridad convocante solo podrá obligarse a realizar todas las acciones necesarias para que, en los términos de las leyes aplicables, y a través de la autoridad correspondiente, se reconozca la deuda a favor de las instituciones financieras y la misma se incluya en el Presupuesto de Egresos de la Federación, en forma anual.

Lo antes señalado se ha resuelto en cierta medida con el o los proyectos estructurados conforme a la LAPP en los que el desarrollador recibe una contraprestación por la disponibilidad del activo que cubre el costo del financiamiento y otra por el cumplimiento de estándares de desempeño.

e) Constitución de un fideicomiso de administración, garantía y fuente de pago. Es una práctica generalizada en proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente la celebración de un contrato de fideicomiso de administración, garantía y fuente de pago, a cuyo patrimonio se transfieren:

- (i) El capital de riesgo y las garantías de su constitución (cartas de crédito);
- (ii) Los recursos del financiamiento;
- (iii) Los recursos para constitución de fondos, como es el caso del fondo para obras adicionales e inducidas;
- (iv) Los derechos del contrato de obra del contrato de operación y del contrato de mantenimiento y conservación;
- (v) Los derechos de cobro de la explotación de la infraestructura, del contrato APP, del PPS, CPS o de los contratos de obra pública financiada;
- (vi) Los valores e inversiones de los recursos, y
- (vii) Otros bienes y derechos, como los derivados del cobro de seguros, indemnizaciones y devoluciones de impuestos, pagos de daños y perjuicios o de garantías a cargo de terceros y a favor de la SPE y, en su caso, el pago de coberturas.

La finalidad de este fideicomiso es: (i) asegurar la aplicación adecuada en tiempo y forma, de los recursos necesarios para la realización del proyecto, tanto en su etapa de diseño y construcción, como en su etapa de operación, mantenimiento y conservación; (ii) evitar que, en caso de concurso mercantil y eventual quiebra del concesionario, los recursos originalmente destinados a la realización de un proyecto para la prestación de un servicio público se destinen a otros fines, aun cuando dichos fines se encuentren establecidos en las disposiciones

legales aplicables y se deriven de obligaciones a cargo del concesionario¹⁶¹, (iii) establecer un mecanismo de control de administración eficiente y transparente que garantice la adecuada utilización de los recursos del patrimonio del fideicomiso y (iv) garantizar a los financiadores el pago de los créditos mediante la aplicación adecuada de los recursos económicos del proyecto.

- f) Contratos y subcontratos de obra. Aun cuando es una práctica generalizada en México que, la empresa o empresas que construirán la infraestructura o los grupos de interés a los que pertenezcan, se encuentren vinculados corporativamente con el participante del concurso, ya sea en forma individual o conformando un consorcio, también podría suceder que fuera un tercero ajeno a los anteriores quien lleve a cabo la construcción.

En cualquiera de los casos antes señalados, la SPE deberá celebrar uno o varios contratos de obra y el contratista único o los contratistas principales deberán celebrar los subcontratos que resulten necesarios para la construcción del proyecto.

Considero recomendable que todos los contratos de obra y los subcontratos se elaboren conforme a las prácticas generales del mercado, tanto nacional como internacional¹⁶².

Recientemente se ha generalizado la práctica de constituir una sociedad de propósito específico por los mismos socios de la SPE, para que funja como subcontratista general del proyecto. Lo anterior

¹⁶¹ Sobre este particular es pertinente revisar la tesis aislada de los Tribunales Colegiados de Circuito No. I.3o.C.230 C (10a.), Décima Época, registro digital 2012476, Semanario Judicial de la Federación. Libro 34, septiembre de 2016, Tomo IV, página 2736, la cual considera que en el caso de concursos mercantiles, las remuneraciones futuras derivadas de un contrato privado de tracto sucesivo, a fin de garantizar o pagar una obligación, no podrán continuar vigentes, dado que la administración y aplicación de los activos futuros estarán reguladas por normas de orden público que rigen para el cedente o fideicomitente.

¹⁶² Las prácticas internacionales de construcción pueden incorporarse a través del análisis de contratos FIDIC y réplica, en el ámbito nacional, de previsiones que se estimen relevantes.

ofrece ventajas administrativas de operación y financieras, toda vez que facilita la realización de actividades y utilización de esquemas financieros y legales, que de realizarlos la concesionaria o desarrolladora, requerirían de autorizaciones previas de la dependencia o entidad otorgante, lo que regularmente reduce la eficiencia operativa y de administración de los proyectos.

Es especialmente relevante, para efectos de la subcontratación, considerar las reformas que sobre este particular se hicieron a la Ley Federal del Trabajo, publicadas el 23 de abril de 2021 y a las que ya he hecho alusión en este documento.

Por último, sobre este tema, es conveniente apuntar que la autoridad convocante puede establecer restricciones a la subcontratación de actividades del proyecto, conforme lo previene el artículo 45, fracción IV de la LAPP. Actualmente dichas restricciones en materia carretera se materializan en la subcontratación de los socios de la SPE y la subcontratación con terceros de proyectos y estudios, mediciones especializadas de indicadores, inspección de puentes y trabajos especializados.

- g) Permisos y autorizaciones. Uno de los aspectos más relevantes para llevar a cabo exitosamente un proyecto de infraestructura, consiste en conocer y tener claramente identificados todos los permisos y autorizaciones que se requerirán para su construcción y operación. En México tenemos tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal, y aun cuando el objeto del presente documento son los proyectos de infraestructura federales en materia carretera, la jurisdicción estatal y municipal confluyen con la federal y las disposiciones legales aplicables a cada uno de ellos tendrán que ser debidamente cumplidas.

Si bien los permisos y autorizaciones estatales y municipales pueden ser los menos, no dejan de ser relevantes si consideramos que, en la mayoría de las obras se requiere construir accesos, utilizar bancos de materiales de jurisdicción municipal, disponer de aguas residuales usadas en la construcción o de desechos sólidos y, en ocasiones, realizar obras fuera del derecho de vía, necesarias o convenientes para cuya realización se requieren de permisos o autorizaciones del Estado y/o del municipio, según la actividad y el ámbito de competencia de cada instancia. También, debemos considerar que el acceso a información de gobierno que permita conocer los permisos y autorizaciones municipales y en ocasiones estatales, no siempre es sencillo, como en el caso de la Federación.

No pretendemos incluir en este trabajo una relación exhaustiva de permisos y autorizaciones necesarios para la construcción de un proyecto de infraestructura, sin embargo, no quisiéramos dejar de señalar algunos que consideramos que tienen especial relevancia, tanto en el ámbito federal, como en el estatal y municipal.

- i) Federales. Manifestación de impacto ambiental y estudios de impacto ambiental; autorización para el cambio del uso del suelo (ETJ), autorizaciones expedidas por la Comisión Nacional del Agua (CONAGUA), cuando el proyecto de infraestructura pueda afectar cualquier cuerpo de agua bajo la jurisdicción de ésta, así como para descargar aguas residuales en bienes nacionales y modificar líneas de distribución de agua; los requeridos para el cambio de régimen de propiedad ejidal; expedición del certificado de ocupación, evaluación y visto bueno del Instituto Nacional de Antropología e Historia (INAH), permisos para modificar líneas de transmisión eléctrica; permisos para cruzamientos con ductos y otras instalaciones de Petróleos Mexicanos (Pemex) y de empresas productivas subsidiarias de este organismo; permiso

para la utilización de explosivos; permiso para la utilización del espectro radioeléctrico para telecomunicaciones; permisos para construir cruces con ferrocarriles y otras vías de comunicación.

- ii) Estatales y municipales. Permisos de la autoridad local de agua cuando se afecten cuerpos de agua bajo su jurisdicción, permisos para cruzar tuberías de agua potable y permisos de construcción municipal.

En algunos casos también será necesario negociar la forma, términos, condiciones, y en su caso, la contraprestación que deba pagarse, ya sea a otros concesionarios de vías generales de comunicación o a propietarios de instalaciones de naturaleza diversa, que puedan resultar afectados por el proyecto de infraestructura. Tal es el caso de ductos de gas, cruces ferroviarios o carreteros y líneas de telefonía.

Considero oportuno señalar que conforme el artículo 9-A de la Ley de Coordinación Fiscal, la Federación a través de la SHCP, ha celebrado con diversos Estados y municipios convenios de coordinación, a efecto de crear fondos destinados a la realización de obras de vialidad, de infraestructura o gastos de inversión en las zonas donde se encuentren puentes de peaje, distribuyéndose hasta un 25% de los ingresos brutos por la operación del puente respectivo a partes iguales entre el Estado y el o los municipios correspondientes. Lo anterior no resulta aplicable a los puentes operados por FONADIN.

Es común en el desarrollo de proyectos de infraestructura, que la autoridad convocante elabore y obtenga la aprobación de la manifestación de impacto ambiental y el cambio de uso del suelo, el visto bueno del INAH, que obtenga las concesiones, permisos y autorizaciones de las autoridades del agua, ya sea a nivel

federal o estatal cuando ello resulte necesario, solicite y negocie los cambios en las líneas eléctricas de la Comisión Federal de Electricidad (CFE), así como en los ductos a cargo de Pemex o las empresas productivas subsidiarias de este organismo. Tratándose de los permisos y autorizaciones para los cruces con otras vías generales de comunicación, es común que obtenga éstos o bien, coadyuve con el concesionario para la obtención de los mismos.

Es pertinente señalar que los artículos 14, fracción III y 45 fracción VI de la LAPP establecen, el primero, que el dictamen para determinar la viabilidad del proyecto debe incluir las autorizaciones para el desarrollo o rehabilitación del proyecto y, el segundo, que las bases del concurso deben incluir los proyectos de autorizaciones que otorgará la convocante.

En la práctica, la autoridad convocante no señala las autorizaciones que el proyecto requiere o lo hace transfiriendo esta responsabilidad al desarrollador.

- h) Designación de supervisor. Es recomendable incluir en los títulos de concesión y obligatorio en contratos APP, PPS y CPS, la designación de un supervisor que, en adición al residente de obra o a las supervisiones internas de las constructoras y de los ejecutores del proyecto, tenga facultades para dar seguimiento a la realización de las obras y actúe como vínculo entre el Gobierno, el concesionario, la constructora, e inclusive, la institución financiera que otorgue el financiamiento, constituyéndose en un tercero independiente con facultades para opinar sobre el cumplimiento de las obligaciones del concesionario por lo que respecta a la construcción de las obras y la aplicación de los recursos económicos para su realización, la procedencia de modificaciones al proyecto ejecutivo, la necesidad de realizar obras adicionales, inducidas o complementarias, modificar el

programa de obra, e inclusive, sobre la procedencia de un evento de caso fortuito o fuerza mayor y la mitigación de sus efectos. En este mismo orden de ideas, es recomendable designar también a un supervisor de la operación, mantenimiento y conservación y darle facultades para poder verificar y opinar sobre el cumplimiento del concesionario durante esta etapa, inclusive en la determinación de la existencia de eventos de caso fortuito o fuerza mayor y sus medidas de mitigación.

El supervisor tiene también la obligación de verificar el cumplimiento de los estándares de desempeño del proyecto, que deben ser satisfechos por el ejecutor del proyecto en cualquiera de sus etapas.

El supervisor puede ser una persona física o un órgano colegiado, y es recomendable que su designación sea aprobada por las partes a las que se hace referencia en el párrafo anterior. En ocasiones, se le otorga la facultad e inclusive la obligación de aprobar los actos respecto de los cuales emite su opinión. Esta atribución puede resultar muy conveniente para resolver, en forma expedita, situaciones que de otra manera podrían llevar un tiempo inesperado para resolverse, con el consecuente retraso en la terminación del proyecto.

Sobre este particular me referiré de manera especial en el Capítulo VII.

7.4.2. Etapa de construcción.

En relación con la etapa de construcción o rehabilitación del proyecto de infraestructura, nos parece que los aspectos más relevantes a tomar en cuenta, son los siguientes:

- a) Cumplimiento de la obligación de inicio de construcción o rehabilitación. Dar inicio a la construcción o rehabilitación del proyecto de infraestructura cumpliendo para ello con las formas, términos, condiciones y alcances establecidos en el proyecto ejecutivo, el programa de obra y el programa de inversión, debiéndose expedir las solicitudes para inicio de las obras y trabajos en los plazos pactados, bajo la pena, en caso contrario, de ser sancionado.
- b) Cumplimiento de obligaciones en materia ambiental. Cumplir con las leyes aplicables en materia ambiental y mantener vigentes los permisos y autorizaciones correspondientes.
- c) Obligación de adquirir los derechos para explotar bancos de materiales y depósitos necesarios para el desarrollo del proyecto.
- d) Asunción de responsabilidad de los daños, defectos o vicios de la construcción y los daños y perjuicio que se causen al Gobierno Federal o a cualquier otro orden de gobierno y a terceros en sus bienes o personas.
- e) Sacar en paz y a salvo al Gobierno Federal y a cualquier otro orden de gobierno de cualquier reclamación de la que fuere objeto y que se derive de actos u omisiones del concesionario o desarrollador durante las etapas de la construcción o rehabilitación, operación, mantenimiento y conservación del proyecto de infraestructura.
- f) Terminar las obras en el plazo establecido para tales efectos en el título de concesión o en el contrato respectivo, según sea el caso.
- g) Realizar obras adicionales, entre las que se encuentran las requeridas por cuestiones sociales, ambientales o arqueológicas, obras inducidas, que son obras solicitadas por entidades públicas de cualquier orden de gobierno o por particulares afectados por el

proyecto que redundan en mayores volúmenes de obra y que son adicionales a los considerados en el proyecto ejecutivo.

- h) Llevar a cabo obras imprevistas, así como trabajos de reparación o corrección y aquellos que se requieran para la utilización segura de la infraestructura por los usuarios, que no se hayan previsto originalmente.

Regularmente se crea un fondo para obras adicionales, con cargo al proyecto, y si dichas obras exceden el monto del fondo, el Estado se obliga a realizar las aportaciones adicionales.

- i) Aportaciones adicionales. Considerando la naturaleza de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, y específicamente el grado de responsabilidad que conforme a los mismos tiene su ejecutor, cuando se requieren inversiones adicionales para llevarlas a cabo, la obligación de su aportación es esencialmente del primero, salvo en aquellos casos en que resulte aplicable el mecanismo de reequilibrio económico, establecido en el propio título de concesión o en el contrato APP, respecto del cual haremos más adelante algunos comentarios.
- j) Derecho de proponer mejoras. El concesionario podrá proponer a la autoridad convocante mejoras al proyecto ejecutivo como a los programas de obras e inversiones que den iguales o mejores resultados y eventualmente ahorren costos, manteniéndose los niveles de eficiencia y seguridad en la prestación del servicio.
- k) Contratación de seguros durante la etapa de construcción. El concesionario debe contratar los seguros que expresamente se señalan en el título de concesión o en el contrato respectivo, que cubran las obras realizadas y los daños que puedan causar las mismas a terceros en sus personas y/o bienes.

7.4.3. Etapa de operación, mantenimiento y conservación.

- a) Cumplir con la fecha de inicio de operación. Se trata del conjunto de obligaciones y compromisos del ejecutor del proyecto de operar, mantener y conservar el mismo conforme a los programas aprobados al efecto por la autoridad convocante, de manera que pueda asegurarse que se iniciará su operación en la fecha establecida.
- b) Solicitar aviso de inicio de operación. La finalidad de este aviso es que la autoridad convocante, junto con el supervisor, inspeccionen el proyecto de infraestructura y otorguen la autorización de operación. La operación puede iniciarse ya sea por tramos o en su totalidad. El incumplimiento en la fecha de inicio de operación, sin que medie causa justificada, caso fortuito o fuerza mayor, es sancionada por la autoridad e inclusive puede ser causa de terminación anticipada.
- c) Programa de operación. El concesionario debe presentar a la autoridad convocante un programa de operación que cumpla con los requerimientos del título de concesión o del contrato respectivo y las disposiciones de seguridad emitidos por la autoridad correspondiente y las establecidas por las disposiciones legales aplicables.
- d) Cumplimiento de todos los estándares de desempeño establecidos en el título de concesión o el contrato respectivo, así como con las mejores prácticas del mercado y con el sistema de gestión de calidad que regularmente se requiere que el ejecutor del proyecto presente para aprobación de la autoridad convocante, con anterioridad a cada una de las etapas que comprenden el proyecto de infraestructura.
- e) Ampliaciones del proyecto de infraestructura. Este aspecto tiene especial relevancia pues regularmente los títulos de concesión y los contratos PPS, CPS, APP y/o obra pública financiada establecen la obligación de ampliar el proyecto de infraestructura cuando haya un

incremento en el tránsito diario promedio anual (TDPA), cambiando su nivel de servicio a partir de ciertos parámetros establecidos en el título de concesión o en el contrato respectivo. Esta obligación es relevante, especialmente cuando los parámetros determinados para la ampliación del proyecto de infraestructura y el plazo transcurrido no permiten su amortización. En estos casos debe establecerse en el instrumento respectivo la obligación del Estado de ampliar la vigencia de la concesión o del contrato, o bien, el derecho del concesionario de rehusarse a hacer la ampliación y que ésta se lleve a cabo por el Estado mismo a través de su contratación con terceros, lo cual, sin lugar a dudas, representa serios inconvenientes, pues se debe coordinar la construcción y operación del proyecto de infraestructura entre empresas que no pertenecen al mismo grupo de interés.

- f) Servicios. El concesionario se obliga a prestar servicios auxiliares obligatorios¹⁶³, con los niveles de desempeño que se señalan en el título de concesión o en el contrato correspondiente. De igual manera, el concesionario puede obligarse a prestar servicios opcionales con los niveles de calidad comprometidos.
- g) Contratación de seguros durante la etapa de operación. El título de concesión o el contrato respectivo deberá establecer los seguros que habrá de contratar el ejecutor del proyecto y los montos asegurados correspondientes. La contratación de seguros, tanto de carácter obligatorio contenidos en el título de concesión o en el contrato correspondiente como aquellos otros que contrate el ejecutor del

¹⁶³Se incluyen regularmente los siguientes: servicios en zonas próximas a las plazas de cobro; información a usuarios y módulos turísticos; módulos con tiendas de conveniencia, que generalmente cuentan con sanitarios y teléfono; servicio de arrastre (grúas); taller mecánico, vulcanizadora y refaccionaria; servicio médico y ambulancia; zonas de estacionamiento, comúnmente separadas para vehículos ligeros y camiones; casetas para seguridad; paraderos de autobuses; señalamiento vial e iluminación exterior; instalaciones para discapacitados; módulo para la policía federal preventiva; áreas de descanso; torres de auxilio vial; y, zonas de depósitos de basura y agua.

proyecto, constituyen sin lugar a duda, uno de los recursos más importantes para mitigar los riesgos en proyectos de infraestructura.

Se ha vuelto una práctica recurrente, en nuestro país, que la autoridad convocante contrate los servicios de un especialista en seguros para que éste determine la naturaleza y el monto de la suma asegurada. En otras ocasiones, la autoridad ha solicitado al ejecutor del proyecto que sea éste el que contrate a un experto de reconocido prestigio para que realice el estudio respectivo, quedando siempre sujeto el resultado a la aprobación de la autoridad.

- h) Cumplir con el programa de mantenimiento y conservación establecido en la propuesta del participante (que deberá incluir el programa de conservación periódica, conservación rutinaria, de reconstrucción y de mantenimiento del proyecto de infraestructura) y que forma parte del título de concesión o del contrato correspondiente.
- i) Realización de aportaciones adicionales que se requieran para la adecuada operación, mantenimiento y conservación del proyecto de infraestructura, sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de reequilibrio económico y restituciones que, en su caso, pudieran resultar procedentes por el incremento en costos por causas ajenas al participante en los términos del título de concesión o del contrato respectivo, que serían aplicables independientemente de cualquier aportación extraordinaria.
- j) Prórroga. Por lo que respecta a las prórrogas tanto de la concesión como del contrato APP, consideramos pertinente mencionar que el tercer párrafo del artículo 6º de la LCPAF señala que las concesiones podrán prorrogarse hasta por un plazo equivalente al señalado originalmente, y en cualquier momento después de un tercio de la vigencia, o bien, en cualquier momento, cuando se presenten causas que lo justifiquen como es el caso de demoras en la liberación del

derecho de vía. Aun cuando no lo señala la LCPAF, es común que se otorguen prórrogas cuando se realizan inversiones adicionales que no podrán ser amortizada en el período original de vigencia, o bien, como un mecanismo para materializar el reequilibrio económico cuando resulte procedente, e inclusive, en algunos casos de indemnización. Para efectos de la LAPP, los plazos de los contratos, con sus prórrogas, no deberán exceder, en su conjunto, de 40 años, salvo que las leyes especiales otorguen plazos mayores de vigencia.

Cabe señalar que el gobierno ha encontrado una manera de obtener recursos para realizar ciertas obras de infraestructura cuya urgencia obedece más a necesidades políticas que a cumplir su obligación de proveer bienes y servicios a la población. Así, el gobierno en funciones redujo la contraprestación que está obligado a cubrir en ciertos contratos APP y otorgar una prórroga a los desarrolladores para restituirles la reducción señalada.

7.4.4. Etapas de terminación.

Los títulos de concesión pueden terminar por: (a) vencimiento del plazo; (b) renuncia del titular; (c) revocación de la concesión; (d) rescate; (e) desaparición del objeto de la concesión; (f) liquidación del concesionario; (g) quiebra del concesionario; (h) acuerdo entre las partes; i) eventos de caso fortuito y fuerza mayor, e (i) cualquier otra causa establecida en el propio título.

Tratándose de contratos PPS, CPS, APP, de obra pública financiada, éstos pueden terminarse anticipadamente por causas atribuibles a la autoridad convocante, al ejecutor del proyecto, por eventos de caso fortuito o fuerza mayor o como resultado de una causa de interés público. La rescisión por causas atribuibles al ejecutor procede por: (i) la cancelación, abandono o

retraso en la ejecución de la obra; (ii) la no prestación de los servicios contratados; (iii) prestar los servicios contratados en términos distintos a los pactados; (iv) la suspensión en la prestación de los servicios por más de cierto número de días, seguidos, sin causa justificada; (v) en caso de que el proyecto requiera autorizaciones para la prestación de los servicios, la revocación de éstas; y, (vi) por las demás causas que se establezcan en el propio contrato.

Al término de la concesión o del contrato respectivo, según sea el caso, el efecto inmediato y más relevante es que la vía general de comunicación, con sus derechos de vía y sus servicios auxiliares pasarán al dominio de la Nación, sin costo alguno y libre de todo gravamen¹⁶⁴, así como los bienes y derechos de carácter público incorporados a la infraestructura o que sean indispensables para la prestación del servicio¹⁶⁵, según sea el caso.

Ha sido una práctica común en el sector carretero, tanto en las concesiones como en los contratos correspondientes, que a la terminación anticipada el concesionario tenga derecho a recibir una indemnización, cuyo monto varía si se deriva de una revocación o rescisión, de una renuncia, de un evento de caso fortuito o fuerza mayor, o por alguna causa ajena al concesionario o desarrollador. Tratándose de la figura de rescate, los términos y condiciones de indemnización se establecen en la ley específica.

Resulta esencial que, tanto en los títulos de concesión, como en los contratos que instrumenten el proyecto se establezcan con toda claridad los términos y condiciones de indemnización a los ejecutores, según los supuestos de terminación de los mismos. Lo anterior, sin perjuicio de la facultad de la autoridad convocante de imponer las sanciones que, en términos de ley, sean

¹⁶⁴ Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal, artículo 18, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

¹⁶⁵ Ley de Asociaciones Público Privadas, artículo 123, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

aplicables cuando la terminación se derive de causas atribuibles al ejecutor del proyecto.

Un aspecto de especial relevancia es la situación de los derechos de cobro de las instituciones financiadoras del proyecto en el caso de una terminación anticipada, y la obligación que puede asumir la autoridad convocante de asegurar a las primeras que, en caso de terminación anticipada de la concesión o del contrato correspondiente por cualquier causa, dichas instituciones podrán continuar recibiendo el pago del financiamiento en los términos pactados por tratarse de “proyectos financieros” (*project finance*).

Sobre este particular y como he comentado previamente, cabe señalar que cuando los bienes y servicios revierten al Estado, las cuotas que pagan los usuarios constituyen ingresos fiscales, por lo cual la autoridad convocante no puede disponer de ellos ni comprometerlos para el pago de los créditos a cargo del ejecutor del proyecto. La autoridad convocante únicamente podrá comprometerse, tratándose de concesiones, a realizar todas las acciones necesarias para que, en los términos de las leyes aplicables, y a través de la autoridad correspondiente, se reconozca la deuda a favor de las instituciones financieras y se incluya en el Presupuesto de Egresos de la Federación en forma anual, o tratándose de contratos PPS, CPS, APP o de obra pública financiada, se apruebe la plurianualidad correspondiente en términos de la LFPRH y demás disposiciones aplicables, a las que ya he hecho mención en este trabajo.

Es así que, en un extremo del cuadro de la OCDE, contenido en el numeral 1.6.1 del Capítulo I, nos encontramos con los contratos de obra pública que realiza el Estado, en los cuales éste asume el 100% del riesgo asociado al desarrollo del proyecto. En el otro extremo nos encontramos con el concepto de “privatización”, puntualizando que, alude a la transmisión total de responsabilidades por parte del Estado a un privado, ya sea de un activo o de la prestación de un servicio. Si el servicio tiene el carácter de público, se requerirá de un acto de autoridad que, conforme a la ley aplicable, permita al

privado su prestación. Las concesiones puras y simples, así como los contratos PPS, CPS, APP y los contratos de obra pública financiada, se encuentran en la banda central del cuadro referido en la distribución de riesgos asociados al desarrollo del proyecto, en el entendido de que en los contratos mencionados la participación del Estado en los riesgos se reduce y se comparte con el inversionista privado, a diferencia de la concesión, en virtud de la cual la mayor parte de los riesgos se trasladan al concesionario, como ya se ha comentado previamente.

7.5 Requerimientos generales para realizar proyectos de coinversión público-privada.

Nos parece valioso mencionar que la OCDE ha establecido que existen ciertas condiciones esenciales que deben cumplirse para que una coinversión público-privada sea exitosa, lo cual constituye, en mayor o menor medida, un lineamiento internacional que hay que tomar en consideración para desarrollar un esquema de coinversión de esta naturaleza que tienda a cumplir sus objetivos. Para efectos de este trabajo, nos parece especialmente relevante atender a las siguientes consideraciones¹⁶⁶:

1. Sensibilización por parte de los líderes políticos. Será necesario que los líderes políticos sean conscientes de los costos, beneficios y riesgos de la realización del proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente.
2. Marco institucional claro, transparente y predecible. Regulación sólida y clara. La autoridad gubernamental deberá implementar prácticas claras y transparentes y que se mantengan en el tiempo. Los cambios en la regulación vinculada con el desarrollo de proyectos de infraestructura generan incertidumbre en los potenciales inversionistas y en los financiadores y

¹⁶⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico. Hand-out. *From Lessons to Principles for the use of Public-Private Partnership*, pp. 9 a 13. Disponible en <http://www.oecd.org/gov/budgetingandpublicexpenditures/48144872.pdf>.

dificultan la evaluación de riesgos legales y económico-financieros en el mediano y largo plazo.

3. Asegurar que las instituciones que participan directa o indirectamente, cuentan con facultades y las funciones correspondientes.
4. Existencia de una unidad, comisión, comité o instituto dedicado a los proyectos de coinversión público-privada, responsable de dar apoyo o encargarse directamente de crear, administrar y evaluar el proyecto de coinversión público-privada. Esta unidad debe de asegurar que los procedimientos del marco institucional se cumplan.
5. La decisión de invertir debe estar basada en una decisión de gobierno, independiente de la decisión sobre cómo financiar el proyecto. El proyecto debe tomar en consideración la interacción del proyecto con otras políticas y objetivos del Estado
6. Transferir el riesgo a la parte que pueda administrarlo mejor. Posterior al análisis de los costos comparativos, un elemento fundamental en torno a la conveniencia de utilizar un esquema de coinversión público-privada consiste en la posibilidad de que el Estado transfiera riesgos al sector social y/o privado. El riesgo puede ser retenido por el sector público o transferido al social y/o privado a través de un mecanismo de pago adecuado y previsiones contenidas en el título de concesión o en el contrato respectivo, según el proyecto de que se trate.
7. El riesgo no deberá transferirse al sector social y/o privado cuando se trate de un riesgo inherente al sector público. La clave se encuentra en determinar si los riesgos asociados al proyecto pueden ser claramente definidos, identificados, medidos y mitigados por el Estado.

CAPÍTULO VII

Creación de un organismo rector de las asociaciones público-privadas.

1. Consideraciones generales.

Sin lugar a dudas uno de los aspectos más debatidos en el ámbito de la administración pública en relación con el desarrollo de proyectos de infraestructura público privada es la gestión y administración de los proyectos y la conveniencia de centralizar en un órgano de Estado las decisiones relacionadas con la selección de proyectos, análisis y evaluación de los mismos, la realización de los estudios que permitan establecer su viabilidad político social, económico financiera técnica y jurídica, y llevar a cabo todos los análisis a los que aludimos en el capítulo V.

Por supuesto que existen argumentos a favor y en contra de la creación de un organismo como el referido en el párrafo anterior. Entre quienes consideran su conveniencia, hay una gran diversidad de opiniones sobre sus alcances, integración y, de manera especial, la naturaleza jurídica y nivel de independencia que éste debe de tener en el gobierno.

Cabe señalar que una de las grandes ventajas que hoy en día tenemos para evaluar si es conveniente o no la creación de un órgano de esta naturaleza, es la experiencia internacional respecto de los mismos y los análisis y recomendaciones de organismos, como el Banco Mundial, las Naciones Unidas, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, el EPEC, European PPP Expertise Center, y el Public-Private Infrastructure Advisory Facility, entre otros.

Un factor determinante para poder concluir la conveniencia o no de un órgano regulador, como el que se plantea en este capítulo, es poder evaluar si su existencia, estructura, alcances y naturaleza pueden contribuir a mejorar las deficiencias que actualmente presentan los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente y que constituyen una barrera de entrada a la inversión nacional y extranjera en este sector.

Para efecto de lo anterior, en este capítulo analizaremos los argumentos a favor y en contra de la creación de un órgano de esta naturaleza, a partir de las recomendaciones de los organismos internacionales antes mencionados, así como algunos casos de organismos reguladores de infraestructura en otros países, haremos un análisis sobre la naturaleza jurídica que podría tener el mismo, sus alcances e integración y finalmente, haremos una propuesta que incluirá los elementos antes señalados.

Para efecto de lo anterior, he considerado conveniente hacer un breve análisis de la intervención de la economía que el Estado Mexicano ha tenido a lo largo de su historia reciente y así poder contar con un marco de referencia histórico, político y administrativo que nos permiten evaluar de mejor manera, la creación de un organismo como el que se propone en este capítulo.

2. La participación del Estado Mexicano en la económica.

El artículo 25 de la CPEUM, que ha sido objeto de diversas modificaciones, establece que:

“Artículo 25. Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que éste sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución. La competitividad se entenderá como el conjunto de condiciones necesarias para generar un mayor crecimiento económico, promoviendo la inversión y la generación de empleo.”¹⁶⁷

¹⁶⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 25, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

Esta disposición constitucional también señala como obligación del Estado, la planeación, conducción, coordinación y orientación de la actividad económica nacional teniendo a su cargo la realización, regulación y fomento de las actividades que requiera el interés general en el marco de las libertades que otorga la propia CPEUM.¹⁶⁸

El artículo de la CPEUM antes señalado, es el fundamento constitucional principal, para la participación de la inversión social y/o privada en la realización de obras de infraestructura pública y la prestación de servicios de esta naturaleza, al señalar que: “Al desarrollo económico nacional concurrirán, con responsabilidad social, el sector público, el sector social y el sector privado, sin menoscabo de otras formas de actividad económica que contribuyan al desarrollo de la Nación.”¹⁶⁹

De igual manera, el Estado podrá participar por sí solo o conjuntamente con los sectores social y privado en las áreas prioritarias del desarrollo que se establecen en el artículo 28 de la CPEUM, dentro de los márgenes jurídicos que, al efecto, establezca la ley.

Es especialmente relevante considerar el contenido del artículo 25 constitucional en lo referente a la función del Estado como promotor del desarrollo de las empresas del sector social y privado, que no es potestativa, sino mandatoria, debiendo llevarse a cabo el apoyo correspondiente “...bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad” y “cuidando su conservación y el medio ambiente.”¹⁷⁰

En este orden de ideas, el citado artículo constitucional establece la obligación del Estado de alentar y proteger “...la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial sustentable que

¹⁶⁸ *Idem*

¹⁶⁹ *Idem.*

¹⁷⁰ *Idem.*

incluya vertientes sectoriales y regionales, en los términos que establece esta Constitución.”¹⁷¹

Para efectos de lo anterior, el Estado tiene la responsabilidad y obligación constitucional de “...implementar políticas públicas de mejora regulatoria para la simplificación de regulaciones, trámites, servicios y demás objetivos que establezca la ley general en la materia.”¹⁷² Esta obligación del Estado será fundamental para justificar la necesidad y conveniencia de crear una UIPP con las funciones que se indican en el presente capítulo.

La participación del Estado Mexicano en el desarrollo económico siempre ha sido relevante. La Constitución de 1824 ya establecía la función del Estado en el desarrollo nacional. La Constitución de 1857 hacía lo propio. Pero no fue sino hasta el siglo XX en que se consolidó la función rectora del Estado en la economía nacional.

“Aun cuando existe una tendencia de limitar su intervención, se tiene que reconocer que hay responsabilidades indeclinables...: el cuidado de los equilibrios macroeconómicos indispensables para propiciar el crecimiento sostenible y equilibrado de la economía, el impulso y la orientación del desarrollo a mediano y largo plazo, la justa distribución del ingreso, las grandes obras de infraestructura, el arbitraje de los conflictos sociales, el ahora llamado desarrollo sustentable y el cuidado de los recursos naturales, y, en forma creciente, la ineludible responsabilidad de los gobiernos de conducir las relaciones económicas nacionales, en beneficio del interés de cada país”¹⁷³.

El nivel de intervención del Estado Mexicano en la economía ha variado a lo largo de su historia esencialmente en función de las líneas de pensamiento de los diferentes gobiernos. Así, en la presidencia del General Lázaro Cárdenas, la política económica del Estado se alineaba con las ideas de John Maynard Keynes,

¹⁷¹ *Idem.*

¹⁷² *Idem.*

¹⁷³ *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones, (2000).* Tomo IV. Artículo 24-27. LVII Legislatura de la Cámara de Diputados y Miguel Ángel Porrúa. México, DF. 2000. p. 194.

economista británico de gran influencia en el siglo pasado. Durante el Gobierno de Miguel Alemán, la política económica del Estado se dirigió al desarrollo de la industria nacional con la participación del capital privado. Esta tendencia continuó en términos generales, a pesar de algunos procesos de nacionalización durante el régimen de Adolfo López Mateos (compañías telefónicas, electricidad, etc.), hasta el Gobierno de Luis Echeverría Álvarez, en el que el Estado incrementó de manera sustancial su participación en la economía nacional.

En el Gobierno del Presidente Miguel De la Madrid Hurtado, el rol interventor del Estado fue abiertamente cuestionado, especialmente, por los resultados arrojados por la economía nacional durante los años 70 y el desmedido crecimiento de la burocracia con el costo que ello representaba para el país.

Durante su administración, el Presidente de la Madrid realizó diversas acciones entre las que podemos incluir de manera relevante, la reforma del Estado, el combate a la pobreza, la renovación de la política fiscal, monetaria, comercial y del mercado laboral.

Una de las más importantes crisis económicas en México ocurrió durante ese sexenio y superó las capacidades del gobierno. Entre las acciones para mitigar el efecto de la crisis económica del gobierno del Presidente de la Madrid, se inició un proceso de descentralización y desregulación, dando con ello entrada a la corriente neoliberal a partir de la cual se estructuró la política y la economía de nuestro país hasta el inicio de la presente administración.

Entre las distintas acciones adoptadas por el Gobierno Federal, durante ese sexenio, cabe destacar la firma de cartas de intención con el Fondo Monetario Internacional, cuya finalidad era la realización de un programa de ajuste para recuperar el nivel de crecimiento, empleo, reducir la tasa inflacionaria, mejorar el equilibrio interno y sanear las finanzas públicas. Claramente, la filosofía que privaba en las cartas de intención antes aludidas era la neoliberal. El programa de ajuste referido pretendía fomentar el ahorro interno, racionalizando el gasto público y adoptando políticas fiscales, sin perder de vista la protección a grupos menos favorecidos de la sociedad.

Ante la situación económica nacional y a los compromisos adquiridos con el Fondo Monetario Internacional y con el Banco Mundial en la administración del Presidente de la Madrid, se dio inicio a la reversión de la participación estatal en la economía, privatizándose un importante número de empresas paraestatales, sentándose así, las bases para un cambio sustancial de la política económica que se cristalizaría en la administración del Presidente Carlos Salinas de Gortari, en la que las ideas de la corriente neoliberal se materializaron en una clara apertura a la participación del sector privado en actividades que tradicionalmente eran exclusivas del Estado por razones tanto históricas como económicas, aun cuando muchas de ellas, están muy lejos de ser actividades propias del Estado para cumplir con sus funciones esenciales.

Me parece pertinente hacer aquí un pequeño paréntesis, para señalar las características de la filosofía neoliberal cuyos principios adopta la economía mexicana a partir de la crisis antes señalada y que continuaron aplicándose en los siguientes sexenios hasta el de Andrés Manuel López Obrador, en el que han sido considerados como el origen de los problemas nacionales y especialmente de la desigualdad social, la pobreza, la inseguridad y la corrupción.

El neoliberalismo es una doctrina económica y política que propone reducir la participación del Estado en la economía y retoma la doctrina del liberalismo clásico y la replantea dentro del esquema capitalista actual bajo principios más radicales.

Sus presupuestos principales son: Liberación del comercio, libre mercado, férreas políticas fiscales (reducción de gasto público e impuestos al consumo), flexibilidad en la legislación laboral, políticas monetarias anti devaluatorias (restricción de masa monetaria), protección de la propiedad privada y privatización de empresas públicas

174.

Como cualquier doctrina económica y política, la aplicación de la misma no asegura el éxito o fracaso de una sociedad y la radicalización de sus presupuestos tenderán

¹⁷⁴ "Neoliberalismo". Disponible en: <https://www.significados.com/neoliberalismo/> Consultado el 22 de noviembre de 2021.

siempre a afectar a la mayoría de la población en beneficio de unos cuantos. Sin embargo, y en defensa de esta filosofía, resulta innegable que, cuidando el equilibrio de sus presupuestos, ha demostrado que actualmente los países que la aplican han tenido un mayor crecimiento y mayores beneficios para su población en todos los ámbitos de la función del Estado.

Expuesto lo anterior, continuamos con el análisis de los antecedentes recientes de la participación del Estado en la economía y el cambio que se fue generando en ésta, a partir de la aplicación de la filosofía neoliberal.

En la administración salinista no solo se continuó con el proceso de descentralización y desregulación de la administración federal, sino que se profundizó en la misma, de suerte que como lo señala el doctor Marco Antonio Zeind, el gobierno de Carlos Salinas de Gortari fue de tipo reformador, toda vez que se llevaron a cabo reformas generales de gran trascendencia con una clara visión de integrar a México en el escenario económico y político internacional a la par de países desarrollados o de un alto nivel de desarrollo, como son los miembros de la OCDE.

Durante esta administración se adoptaron un gran número de políticas de Estado, con la intención de modernizar al país, para lo cual el Ejecutivo propuso “Acuerdos Nacionales” en el ámbito económico, político y social, a fin de lograr la recuperación y estabilidad de la economía severamente afectadas en administraciones anteriores, la ampliación de la vida democrática y el mejoramiento productivo del bienestar popular.

Un factor esencial en la política económica y elemento clave en la reforma estructural propuesta por el gobierno Salinista, fue la celebración del TLCAN, el cual fue inicialmente visto con escepticismo especialmente por el sector privado que veía en este instrumento de política económica internacional, un riesgo para las canonjías que por muchas décadas había tenido, como resultado de la política proteccionista a la industria nacional mediante la restricción de importaciones y de la participación de capital extranjero en un importante número de actividades económicas.

Para que México se encontrara en condiciones de celebrar el TLCAN, considerando que la filosofía económica prevaleciente en Estados Unidos y Canadá era sin duda el neoliberalismo, muchas adecuaciones a las estructuras jurídicas y económicas de nuestro país tuvieron que llevarse a cabo. Un importante número de leyes se modificaron y otras se promulgaron, para poder ofrecer a nuestros futuros socios comerciales el entorno económico y jurídico que permitiera la interacción y los beneficios esperados del TLCAN.

De igual manera, las adecuaciones al marco jurídico y a las políticas económicas buscaban alinear los intereses de los tres países y ofrecer mecanismos de equilibrio que hicieran de este tratado un vehículo jurídico y económico atractivo no solo para los gobiernos de México, Estados Unidos y Canadá, sino y de manera especial, para los inversionistas provenientes de nuestros nuevos socios comerciales. Con el paso de los años y a pesar de las dudas originales, desde un punto de vista económico y financiero, nuestro país resultó beneficiado por los efectos del TLCAN.

En el proceso de adecuación del marco legal y a pesar de las diferencias de sistemas jurídicos con Estados Unidos y prácticamente con la mayoría de las Provincias Canadienses, se lograron grandes avances, que independientemente de su vinculación con el TLCAN, tenían un valor inmanente cuyo efecto fue la modernización de diversas instituciones jurídicas y el inicio de la regulación de un importante número de actividades, que por haber estado por muchas décadas en manos del Estado, no habían sido objeto de análisis legal y de una regulación adecuada, que inclusive acotaría de manera más asertiva el ejercicio del poder por parte del Estado.

Estos cambios tuvieron un efecto de carácter político, que inclusive llegó a considerarse como una pérdida del poder del Ejecutivo en el ejercicio de sus funciones. Se crearon organismos públicos, como fue el Instituto Federal Electoral y la Comisión Federal de Derechos Humanos, quienes adquirirían su carácter autónomo en el sexenio del Presidente Ernesto Zedillo y se materializó la autonomía de Banco de México. Fue en el sexenio del Presidente Salinas cuando surge la

tendencia clara de dotar de autonomía constitucional a diversos órganos del Estado Mexicano.

Las modificaciones que se llevaron a cabo durante el sexenio salinista tuvieron, entre otros efectos, la realización de diversos procesos de privatización y de apertura a la inversión privada en diversos sectores de la economía que tradicionalmente eran considerados actividades reservadas al Estado. Algunos de ellos se materializaron durante su administración y otros se concluyeron durante la presidencia de Ernesto Zedillo, pero su proceso político, económico, jurídico y administrativo se estructuró en el sexenio del primero.

En relación al tema del presente estudio, en esa administración se expidieron, entre otras, la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal, la Ley de Aguas Nacionales, la Ley de Aeropuertos, Ley de Aviación Civil, la Ley de Ciencia y Tecnología, la Ley de Inversión Extranjera, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la Ley de Puertos, la Ley General de Bienes Nacionales, la Ley Minera, la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario y la Ley Federal de Competencia Económica, así como sus respectivos reglamentos, normas oficiales mexicanas y otros ordenamientos jurídicos específicos, aplicables según la naturaleza de la actividad económica correspondiente.

Durante la administración del Presidente Ernesto Zedillo, quien en mi opinión tuvo un papel fundamental en la estabilización económica de nuestro país, y en el ordenamiento y control de las finanzas públicas que permitieron a México transitar por graves crisis locales e internacionales sin los desastrosos efectos que éstas causaron en sexenios anteriores, la política económica del Estado continuó bajo los mismos principios neoliberales a pesar de las diferencias políticas con su antecesor y se continuaron las reformas económicas, políticas y jurídicas.

En la administración del Presidente Zedillo, el Estado continuó alejándose de su participación directa en la económica nacional, solidificando la función regulatoria del Estado.

Sin lugar a dudas el inicio de su gestión se vio marcado por el llamado “error de diciembre”, cuyo resultado sería la imposibilidad económica del Fondo Bancario de Protección del Ahorro para cumplir con sus funciones y, en consecuencia, el incremento sustancial de la deuda pública. Cabe señalar que en adición a la creación del fondo antes citado, el 27 de agosto de 1997 se publicó en el Diario Oficial de la Federación, el decreto mediante el cual el Estado Mexicano rescató 23 concesiones carreteras.

En la administración del Presidente Zedillo, el modelo neoliberal continuó arraigándose en la economía de nuestro país y su influencia se vio claramente reflejada en diversas disposiciones de carácter jurídico. Es de especial relevancia que en su administración el Instituto Federal Electoral y la Comisión Federal de Derechos Humanos adquirieron el carácter de organismos autónomos.

En la administración del Presidente Fox, se continuó con el mismo esquema económico que en la administración del Presidente Zedillo, sin que se hubieran generado grandes cambios a pesar de las expectativas que el nuevo partido en el poder había generado en la población. En su administración, el Presidente Fox continuó con la creación de organismos autónomos, como fue el Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y el Consejo Nacional de Evaluación de la Política Social, que contaban con autonomía técnica y que, posteriormente, adquirirían el carácter de órganos constitucionales autónomos.

Durante el sexenio del Presidente Felipe Calderón Hinojosa, la macroeconomía continuó con la misma tendencia que la administración anterior y el modelo neoliberal fue el rector de las políticas económicas.

Al igual que en la presidencia de Vicente Fox, en el mandato de Felipe Calderón se continuó con el desarrollo de la infraestructura y con un incremento en el gasto público que fue sin duda cuestionado.

Nuevamente una crisis económica internacional generada en los Estados Unidos impactó a México. El Gobierno Federal estableció una política para mitigar el impacto de la crisis económica mundial, incrementando el gasto público y creando

el Fondo Nacional de Infraestructura y el Programa de Apoyo a la Economía. México pudo afrontar esta crisis internacional de una manera mucho más eficiente mitigando su impacto, ya que en las tres administraciones previas y en la del propio Felipe Calderón, la economía nacional se fortaleció a partir de principios de austeridad y control. Las reservas nacionales se encontraban en un extraordinario nivel y los precios del petróleo y de las exportaciones no petroleras generaron un ámbito de estabilidad, sin los cuales la crisis referida hubiera afectado dramáticamente a nuestro país.

Cabe señalar que en la administración Calderonista se otorgó autonomía al Instituto Nacional de Estadística y Geografía, fortaleciéndose la figura de los organismos constitucionales autónomos.

Durante la administración del Presidente Peña Nieto, la política económica perdió su sustento y función, para convertirse en la herramienta de una desmedida ambición de grupos políticos y del sector privado, cuya finalidad era obtener beneficios propios, olvidando claramente el mandato señalado en los artículos 25 y 134 de la CPEUM.

Si bien, durante su administración se llevaron a cabo varios proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, finalmente sus efectos, lejos de favorecer la economía nacional, privilegiaron al grupo político más cercano al Presidente y, especialmente, a ciertos grupos del sector privado nacional y extranjero, quienes obtuvieron diversos contratos con el Gobierno Federal mediante muy cuestionables procesos de adjudicación.

En la administración de López Obrador, se ha generado otro cambio sustancial en la política económica del Estado, que claramente busca una mayor intervención de éste y la restricción de la participación del capital privado en diversas actividades, como es el caso de la energía y en la infraestructura, aunque, en este último caso, en menor medida. Es motivo de especial preocupación la tendencia del autodenominado gobierno de la 4T, para reducir y prácticamente eliminar ciertos mecanismos de control y equilibrio de poder como son organismos constitucionales autónomos cuya introducción en el sistema jurídico mexicano ha tomado muchos

años, en beneficio de la democracia y de la eficiencia del sistema administrativo nacional, evitando la práctica de políticas autoritarias en favor exclusivo de un grupo político, social o empresarial.

3. La conveniencia de crear un organismo rector de la inversión público-privada en infraestructura de comunicaciones.

3.1 Consideraciones previas.

Antes de dar inicio al desarrollo de este apartado, me parece importante analizar brevemente la estructura que se ha seguido en México para regular los proyectos de inversión público-privada. No es nuestra intención hacer un análisis exhaustivo, pero si me parece pertinente revisar de forma general las instancias que han tenido y tienen a la fecha la responsabilidad de llevar a cabo los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en diversos sectores y específicamente en materia de comunicaciones, que es el área de la administración pública, en la que se encuentran sectorizadas las diferentes áreas que integran el sistema de transporte de personas y bienes en nuestro País y como a lo largo de los años han ido modificando y adecuando sus alcances y procedimientos para el cumplimiento de su cometido.

Como se ha señalado en el apartado 1 del capítulo IV de este trabajo, en México se requiere, para los procesos de inversión público-privada, la participación de la SHCP, de la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación¹⁷⁵, de la entidad o dependencia coordinadora de sector y, en su caso, de la dependencia o la entidad que llevará a cabo el proceso de inversión público-privada correspondiente.

Conforme a lo anterior, la participación de las entidades y dependencias del Gobierno Federal en procesos de inversión público-privada, es muy significativa

¹⁷⁵ Acuerdo por el que se crea con carácter permanente la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación, artículo Quinto, publicado en el Diario Oficial de la Federación de fecha 31 de diciembre de 2008.

considerando las distintas áreas en las que ésta puede llevarse a cabo (comunicaciones, educación, salud, seguridad, desarrollo social, energía, petróleo y gas, etc.) y las muy diversas formas en las que en cada sector y en función del marco jurídico que le resulta aplicable, establece la forma, términos y condiciones para la realización de procesos de inversión público-privada.

Para efecto del presente trabajo, en este apartado, me limitaré a hacer mención de las facultades que, para la realización de proyectos de inversión público-privada, tiene la SICT como dependencia cabeza de sector en esta materia.

En este orden de ideas, el artículo 14 de la Ley APP establece que: “los proyectos de asociaciones público-privadas serán viables cuando así lo determine la dependencia o entidad interesada, mediante dictamen que la misma emita ...”¹⁷⁶

Conforme al artículo 3º de la LVGC: “Las vías generales de comunicación y los modos de transporte que operan en ellas quedan sujetos exclusivamente a los Poderes Federales. El Ejecutivo ejercerá sus facultades por conducto de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes en los siguientes casos y sin perjuicio de las facultades expresas que otros ordenamientos legales concedan a otras Dependencias del Ejecutivo Federal:

“... ”

III. Otorgamiento, interpretación y cumplimiento de concesiones;”¹⁷⁷

El artículo 5, fracción III de la LCPAF, establece que corresponde a la SICT: “Otorgar las concesiones y permisos a que se refiere esta Ley; vigilar su cumplimiento y resolver sobre su revocación o terminación en su caso;”¹⁷⁸. El artículo 7, fracción I del mismo ordenamiento, señala que: “I. La Secretaría, por sí o a petición del interesado, expedirá convocatoria pública para que, en un plazo razonable, se

¹⁷⁶ Ley de Asociaciones Público Privadas, artículo 14, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

¹⁷⁷ Ley de Vías Generales de Comunicación, artículo 3º, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

¹⁷⁸ Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal, artículo 5, fracción III, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

presenten proposiciones en sobre cerrado, que será abierto en día prefijado y en presencia de los interesados.”¹⁷⁹

Lo mismo sucede en el sector portuario. El artículo 16 de la Ley de Puertos establece en su fracción IV, la facultad de la SICT para “Otorgar las concesiones, permisos y autorizaciones a que se refiere esta ley, así como verificar su cumplimiento y resolver sobre su modificación, renovación o revocación;”¹⁸⁰ y en el artículo 20 se señala que: “Para la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio público en los puertos, terminales y marinas, así como para la construcción de obras en los mismos y para la prestación de servicios portuarios, sólo se requerirá de concesión, permiso o autorización que otorgue la Secretaría conforme a lo siguiente ...”¹⁸¹

Por lo que respecta al sector aeroportuario, el artículo 6 de la Ley de Aeropuertos establece en su fracción III. que es facultad de la SICT, “Otorgar concesiones y permisos, así como autorizaciones en los términos de esta Ley, verificar su cumplimiento y resolver, en su caso, su modificación, terminación o revocación.”¹⁸²

El artículo 6, fracción II de la Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario, establece que corresponde a la SICT, en materia de servicio ferroviario, “Otorgar las concesiones y permisos a que se refiere esta Ley, verificar su cumplimiento y resolver sobre su modificación o terminación;”¹⁸³ y el artículo 7 del mismo ordenamiento, señala que: “Se requiere de concesión para:

- I. Construir, operar y explotar vías férreas, que sean vía general de comunicación.
...
- II. Prestar el servicio público de transporte ferroviario

¹⁷⁹ *Ibidem*, artículo 7, fracción I

¹⁸⁰ Ley de Puertos, artículo 16, fracción IV, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

¹⁸¹ *Ibidem*, artículo 20.

¹⁸² Ley de Aeropuertos, artículo 6, fracción III, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

¹⁸³ Ley Reglamentaria del Servicio Ferroviario artículo 6, fracción II, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

...”¹⁸⁴

Como podemos observar, en el sector de transporte, en cualquiera de sus formas, es el Ejecutivo de la Nación, a través de la SICT, quien otorga las concesiones, permisos y autorizaciones correspondientes y lleva a cabo los procesos para su otorgamiento conforme a cada una de las leyes antes referidas.

Me parece importante mencionar que aun cuando en el sector de transporte, quien otorga las concesiones para el uso de bienes de dominio público y para la prestación de servicios públicos, es la SICT, en el sector de telecomunicaciones, en el que esta dependencia es cabeza de sector, se produjo un importante cambio, que merece una mención especial por el antecedente que ha generado y la experiencia y resultados de su actividad como un órgano constitucional autónomo. Así, en la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 14 de julio de 2014, se creó el Instituto Federal de Telecomunicaciones que, como señala el artículo 7 del ordenamiento citado: “... es un órgano público autónomo, independiente en sus decisiones y funcionamiento, con personalidad jurídica y patrimonio propios, que tiene por objeto regular y promover la competencia y el desarrollo eficiente de las telecomunicaciones y la radiodifusión en el ámbito de las atribuciones que le confieren la Constitución y en los términos que fijan esta Ley y demás disposiciones legales aplicables.”

El Instituto Federal de Telecomunicaciones como órgano constitucional autónomo, que entre sus facultades tiene la de “Otorgar las concesiones previstas en esta Ley y resolver sobre su prórroga, modificación o terminación por revocación, rescate o quiebra, así como autorizar cesiones o cambios de control accionario, titularidad u operación de sociedades relacionadas con concesiones;” tal y como se señala en el artículo 15, fracción IV de la Ley Federal Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Me parece especialmente relevante, hacer mención de la creación del Instituto Federal de Telecomunicaciones y de su naturaleza jurídica, toda vez que es un claro ejemplo en el sector de transporte y comunicaciones, de la posibilidad y

¹⁸⁴ Ibidem, artículo 7.

conveniencia de crear órganos constitucionales autónomos. El caso señalado es un cambio en el paradigma, no solo por la creación de un órgano autónomo, sino también por las facultades que le fueron otorgadas en ley, y que si bien en algunos casos nos parecen excesivas, en otros las consideramos adecuadas y serán consideradas para su inclusión en la propuesta que más adelante haré en relación a la creación de un órgano constitucional autónomo para la realización de proyectos de infraestructura federal en el área de transporte, en el que se ubica el sector carretero.

Sobre este particular, me parece conveniente mencionar algunos señalamientos de la exposición de motivos de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, respecto a la creación del Instituto Federal de Telecomunicaciones:

El apartado III, Contenido de la Iniciativa, señala que acorde con lo dispuesto en la CPEUM, "... se presenta a esta soberanía una propuesta que habrá de sustentar el nuevo marco regulatorio de las telecomunicaciones y la radiodifusión, a partir del cual, el Instituto Federal de Telecomunicaciones, que con la citada reforma adquiere un estatus de plena autonomía, esté en aptitud de aplicar la Ley en beneficio de los usuarios de los servicios de telecomunicaciones y las audiencias del servicio público de radiodifusión, sin desconocer la necesidad de regular estos mercados en un entorno de certeza jurídica que garantice a los distintos operadores condiciones de competencia efectiva sin detrimento de la posibilidad de establecer medidas específicas que eviten concentraciones contrarias al orden público."¹⁸⁵

El Considerando Octavo de la exposición de motivos referida, establece cuáles son los principios que deben regir a ese órgano constitucional autónomo y que son: "... transparencia, eficacia, eficiencia y austeridad, en donde además puedan diferenciarse con claridad las funciones de quienes lleven a cabo el desahogo de las investigaciones de aquellos a quienes corresponda su resolución."¹⁸⁶ Sin lugar a dudas, la materialización de los principios antes señalados se facilita con la

¹⁸⁵ Exposición de motivos de la Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión, Apartado III, Contenido de la Iniciativa.

¹⁸⁶ *Ibidem*, Considerando Octavo.

creación de órganos constitucionales autónomos, en los que las estructuras administrativas, la división de funciones, el nivel de especialización de sus funcionarios y la autonomía del control presupuestal, enmarcados por una estructura jurídica clara, tendrán como efecto la eliminación de barreras para la realización de proyectos de inversión público-privada, derivadas de: i) la falta de confianza de quienes participan en los proyectos tanto del sector público, como del sector social y privado y de los financiadores de los mismos; ii) la falta de profesionalización de los funcionarios públicos que tienen a su cargo la evaluación y estructuración de los proyectos; iii) la deficiente preparación de los proyectos y de las licitaciones o concursos para su adjudicación, iv) la falta de certeza en el marco jurídico aplicable y v) la politización de la infraestructura, entre otros.

Toda vez que la interacción de los diferentes participantes en proyectos de inversión público-privada resulta esencial para el éxito de los mismos y que en estricto sentido, los intereses de todos deben alinearse en beneficio de los proyectos y como resultado, en beneficio de los participantes, de los usuarios finales y de las posibles poblaciones afectadas, la creación de una entidad como la que se señala en este capítulo, permite la coparticipación de los diferentes sectores involucrados, sin que existan intereses distintos, como regularmente observamos en proyectos de inversión público-privada, donde el gobierno y los inversionistas del sector social y/o privado parecieran tener una contraposición toda vez que el primero considera que tiene la obligación de ejercer sus facultades discrecionales e interpretar las disposiciones legales y contractuales de la manera más rígida posible, aun cuando el proyecto pueda verse afectado. Lo anterior, regularmente derivado: i) del temor de los funcionarios, a ser revisados por el órgano interno de control correspondiente o por la Auditoría Superior de la Federación y eventualmente sancionados, y ii) el interés espurio de obtener ilícitamente un beneficio económico del ejecutor del proyecto para la aplicación e interpretación de las disposiciones legales y contractuales en un sentido más adecuado para el beneficio del proyecto y para el beneficio, también ilícito, del desarrollador, de evitar ser sancionado por la autoridad correspondiente.

3.2 Justificación para la creación de una entidad que tenga a su cargo el estudio, análisis, evaluación, estructuración e instrumentación de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en infraestructura, en el área del transporte.

La OCDE ha manifestado su opinión respecto de la conveniencia de crear una entidad pública-federal, cuya finalidad sea el estudio, análisis, evaluación, estructuración e instrumentación de proyectos de inversión público-privada en proyectos de infraestructura y ha señalado que una entidad de este orden constituye un elemento esencial para la eficiencia de los proyectos de este orden¹⁸⁷.

3.3 Ventajas.

Previamente he señalado diversas ventajas que ofrece la creación de una entidad que tenga a su cargo el estudio, análisis, evaluación, estructuración e instrumentación de proyectos de inversión público-privada en proyectos de infraestructura, en el área del transporte. A continuación, me permito retomar algunas de ellas, desarrollándolas más profundamente y agregando otras que merecen una especial mención y que se sustentan principalmente en la experiencia de otros países y en las necesidades que en México deben ser satisfechas para la realización de proyectos de esta naturaleza y que son el resultado de mi experiencia profesional.

La OCDE ha señalado diversas ventajas para la creación de entidades dedicadas a los proyectos de inversión público-privada, entre ellas, las siguientes:

- i) Asegurar que las distintas dependencias o entidades a cargo de la realización de proyectos se ajusten a su presupuesto y no sucumban a la idea inadecuada de

¹⁸⁷ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Public Private Partnership: In Pursuit of Risk Sharing and Value for Money*, 2008, p. 108.

que los proyectos de inversión público-privada incrementan los gastos de gobierno.¹⁸⁸

Sin lugar a dudas, el control presupuestal basado en políticas, criterios, prácticas y, por supuesto normatividad que asegure el control en el manejo de recursos destinados a un proyecto, es un factor esencial para el éxito de los mismos.

Como he señalado anteriormente, la administración actual ha utilizado en diversas ocasiones para denostar los proyectos de coinversión público-privada, el argumento del exceso de gasto público en los mismos, asociado a la corrupción entre el sector privado y el público. Lo anterior no puede considerarse como una situación aplicable a todos los proyectos de inversión público-privada y pretender resolver esas prácticas viciosas sustituyendo este mecanismo de coinversión por la obra pública, que ha demostrado a lo largo de décadas, su incapacidad de asegurar la aplicación más eficiente de recursos económico-gubernamentales, constituye un grave error y un importante desconocimiento de la necesidad de la participación del sector privado en el desarrollo del país a través de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

La transparencia de los proyectos conforme al esquema de obra pública tradicional no solo en los procesos de adjudicación, sino especialmente en el costo final de las mismas, ha sido y sigue siendo enormemente cuestionable. Tal es el caso de las adjudicaciones que el Gobierno Federal ha hecho a la Secretaría de la Defensa Nacional, del proyecto del Aeropuerto Felipe Ángeles y de ciertos tramos del Tren Maya, en los que el costo de los mismos se encuentra reservado, por lo que no hay forma, actualmente, de tener acceso a dicha información.

ii) Asegurar que las entidades y dependencias de gobierno no desarrollen prácticas viciosas en la realización de proyectos considerando que el gobierno en su totalidad tendrá que pagar los mismos, sin tomar en cuenta su propio presupuesto y su capacidad de pago para el proyecto correspondiente¹⁸⁹.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 108.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 109.

La práctica de diversas dependencias y entidades de comprometer recursos en proyectos de infraestructura que no pueden ser cubiertas con su propio presupuesto, ha sido común en México y su resultado se refleja de diversas maneras, entre las que destacan, la imposibilidad de medir la eficiencia de los proyectos en operación, la imposibilidad de evaluar el valor por el dinero de los mismos en forma adecuada, el direccionamiento de recursos a proyectos con una mayor rentabilidad política que económica y/o social y el consecuente descuido en la satisfacción de necesidades importantes de algún sector de la población.

Ejemplos de lo anterior también abundan en la historia de la infraestructura en México, desde la construcción de centros ceremoniales en el Estado de México, utilizados para producciones cinematográficas de Hollywood, construcciones de carreteras que benefician solo a unos cuantos, puertos que requieren de dragado permanente, trenes que no justifican su construcción y gastos de operación, considerando al número de personas que transportarán diariamente, como es el caso del Tren Toluca-Ciudad de México y, por supuesto el Tren Maya.

iii) Crear un centro de información y conocimientos al que puedan tener acceso todas las dependencias y entidades de gobierno¹⁹⁰.

Los proyectos de inversión público-privada de carácter federal requieren de una evaluación y registro en la Secretaría de Hacienda y Crédito Público. La Unidad de Inversiones de esta entidad pública cuenta en su acervo, con documentación e información de proyectos de inversión público-privada, a la que no todas las dependencias y entidades tienen un acceso fácil. También es conocida la base de datos de Banobras, respecto a la realización de proyectos de infraestructura público-privada, pero únicamente en los que esta institución financiera participa directamente o a través del FONADIN.

En mi opinión, contar con una base de datos centralizada, ordenada sistemáticamente, con un mismo sistema de control y archivo, y a la que se agregue un apartado de seguimiento que incluya las experiencias positivas y las deficiencias

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 109.

y problemas de cada proyecto, sería una herramienta de extraordinario valor para todas las dependencias y entidades de gobierno y también para el sector social y/o privado, que, con las reservas de ley, respecto de información clasificada, debería tener acceso a la misma.

Un ejemplo de las ventajas de contar con información y documentación centralizada para estos proyectos, es “The Dutch PPP Knowledge Center”, establecido en 1999, por el Ministerio de Finanzas de Holanda y cuyo personal está conformado por expertos del sector comercial e industrial, así como funcionarios de carrera y ha logrado establecer reglas claras y eficientes de colaboración entre entidades gubernamentales y el sector privado para proponer proyectos de inversión público-privada, evaluar proyectos y realizar estudios para su posterior publicación¹⁹¹.

iv) Regular el desarrollo de proyectos de inversión público-privada por entidades del Gobierno Federal, para asegurar el cumplimiento de todos los requisitos que deban cumplirse para su desarrollo, incluidos el valor por el dinero y la transferencia de riesgos¹⁹². Lo anterior, tanto en los proyectos promovidos por el sector público, como los propuestos por los sectores social y/o privado, mediante los mecanismos que les permitan proponer proyectos a las dependencias o entidades que correspondan.

Son muchos los casos en la práctica mexicana, en los que se han omitido y se siguen omitiendo el cumplimiento de requisitos de carácter legal, en el desarrollo de proyectos de inversión público-privada. Quizás uno de los más evidentes, ha sido la falta de transparencia en los procesos de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa. No es extraño que dependencias y entidades inviten entre tres y cinco participantes a un proceso para un proyecto de esta naturaleza y, especialmente, para la contratación de asesores para la estructuración de los mismos, en los que de antemano ya tienen decidido quién será el participante ganador. Inclusive, en algunos casos, la propia autoridad solicita el apoyo de los participantes para estos efectos, quienes con antelación saben que no serán

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 110.

¹⁹² *Ibidem*, p. 109.

beneficiados con el fallo de la licitación respectiva, pero participan con la idea de obtener contratos futuros bajo el mismo procedimiento.

En este mismo tenor cabe señalar que, en ciertos proyectos de infraestructura de especial relevancia, el propio gobierno estableció fuera del marco legal, acuerdos con el sector privado para determinar la forma, términos y condiciones en que participarían, distribuyendo los proyectos entre quienes, en consideración de la autoridad, tenían la capacidad técnica, económica y jurídica para cumplir adecuadamente con los mismos. Tal es el caso, de los proyectos de centros penitenciarios y el del fallido Aeropuerto de Texcoco.

v) Separar los proyectos de inversión público-privada de las decisiones políticas.¹⁹³

Como ya he apuntado anteriormente, es prácticamente imposible tanto en México como en cualquier otro país, separar los proyectos de infraestructura de las decisiones políticas. Pese a lo anterior, las decisiones de carácter técnico, operativo, económico-financiero y jurídico deben prevalecer sobre las políticas. Lo antes mencionado redundará en una mayor eficiencia y eficacia de los servicios públicos que se prestan, la reducción de costos, la programación y jerarquización eficiente de proyectos y la adecuada preparación de los mismos y no la obtención de beneficios políticos. Ya he hecho referencia en este trabajo a diversos casos de inversión público-privada en infraestructura, en los que decisiones políticas han tenido un muy alto costo para el País, pues han generado graves ineficiencias, no solo en el aspecto económico, sino también en aspectos jurídicos y, especialmente, sociales.

En este orden de ideas, también cabe hacer notar la práctica común en México, de la confrontación entre diversas dependencias y entidades de gobierno por desarrollar los proyectos que cada una considera convenientes, aprovechándose no solo de relaciones políticas internas tanto con el Ejecutivo como con el

¹⁹³ *Ibidem*, p. 110

Legislativo, sino también, disponiendo de recursos públicos para fomentar y posicionar los proyectos de su interés.

Aun cuando no es materia de este trabajo, me parece relevante señalar que en varios casos de proyectos de inversión público-privada estatales, en los que se requiere de recursos públicos tanto en dinero como, en muchos casos, bienes muebles e inmuebles o de apoyo político, los gobiernos estatales llevan a cabo acciones al margen de la ley para obtener los beneficios deseados, inclusive con el pago de dádivas a funcionarios federales o la falsificación de la Gaceta Oficial del Estado para acreditar el cumplimiento de requisitos para obtener los recursos correspondientes.

Pero las decisiones políticas no solo inciden en la forma, términos y condiciones en las que se lleva a cabo un proyecto de infraestructura, sino también y de manera más grave, en la determinación de dejarlos inconclusos o peor aún, de resolver que los mismos no se utilicen a pesar de haberse concluido. De lo anterior, el Tren Toluca-Ciudad de México y el Aeropuerto de Texcoco son, nuevamente, un ejemplo.

vi) Permite adecuadamente separar la formulación de políticas públicas de su implementación.

vii) Puede actuar como un centro de consultoría especializada en la preparación, negociación y ejecución de un proyecto de coinversión público-privada.

En adición a lo señalado en el numeral iii) anterior, relativo a la creación de un centro único de información y conocimiento, esta entidad proporcionaría al Gobierno Federal asesoría especializada en las diferentes etapas de un proyecto de infraestructura de transporte.

También podría llevar a cabo el análisis comparativo de los diferentes mecanismos, mediante los cuales se instrumenten las asociaciones público-privadas, señalándose las ventajas y desventajas en cada caso, y establecer un análisis y la determinación posterior de las mejores prácticas que en cada tipo de proyecto deban seguirse a partir de experiencias similares y sus resultados.

Como órgano de consultoría, tendría la posibilidad de asesorar al Ejecutivo en la definición de políticas públicas en materia de infraestructura de transporte, de requerimientos y necesidades de la misma y de las mejores alternativas para su instrumentación. De igual manera, podría asesorar al Legislativo, para la elaboración o modificación de normas jurídicas que resuelvan de manera eficiente cualquier problemática en el sector del transporte.

Si bien mi propuesta es para una entidad federal, ello no implica que no pueda prestar servicios de asesoría y consultoría a órganos similares o directamente a gobiernos estatales, lo cual implicaría una ventaja general para este tipo de proyectos, pues sin lugar a dudas, con el tiempo, muy probablemente las prácticas, procedimientos, métodos, esquemas y, por supuesto, la regulación se homologarían en cierta medida ofreciendo mayor certidumbre jurídica y económica a los participantes en el mercado de infraestructura público-privada, que participan en proyectos federales, estatales e, inclusive, municipales.

ix) Garantizar que la implementación de proyectos de coinversión público-privada cumpla con sus requerimientos de ahorro fiscal, valor por el dinero y transferencia óptima de riesgos.

Contar con una entidad desvinculada de intereses de carácter político o económico, con autonomía de gestión y de presupuesto y especializada en proyectos de inversión público-privada en el sector del transporte, ofrece un mayor nivel de certeza y de seguridad en la adecuada y uniforme aplicación de disposiciones legales y de buenas prácticas de gobierno, generando ahorros fiscales, evaluando adecuadamente los proyectos para determinar su viabilidad técnica y económica y estableciendo esquemas de compartición de riesgos entre el sector público y el sector social y/o privado, que sean consistentes con los proyectos, congruentes con los requerimientos del mercado, que reflejen adecuadamente los cambios en las condiciones económicas del país y ajuste y actualice las prácticas, métodos, procedimientos y mecanismos para llevar a cabo proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, manteniendo el interés de los potenciales inversionistas y

financiadores, sin desproteger los requerimientos y necesidades del País, fomentando de manera continua el desarrollo de la infraestructura nacional.

x) Asegurar que las consideraciones y riesgos de carácter fiscal se integren en la estructuración de un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente y que las obligaciones a cargo del inversionista privado sean evaluadas por un supervisor independiente.

Para efectos de este numeral, entenderemos como riesgos fiscales aquellos derivados de la transferencia de obligaciones y compromisos vinculados con erogaciones para el desarrollo de un proyecto, de la dependencia o entidad responsable a otra dependencia o entidad o al gobierno en general, con lo cual la evaluación del costo, efectos y razonabilidad del proyecto se dificultan sustancialmente o resulta imposible determinarlos.

Una entidad independiente como la que se propone facilita el control fiscal de los proyectos, permite que los riesgos se coloquen en la dependencia o entidad que corresponda y en caso de que sean transferidos, establecerá el mecanismo más adecuado para ello y la posibilidad de rastrearlos, facilitando así su evaluación y la determinación de posibles subsidios cruzados entre presupuestos de diferentes dependencias o entidades de gobierno, práctica recurrente y poco deseable.

Otro elemento de especial relevancia en cualquier proyecto de inversión público-privada en infraestructura es la supervisión en las distintas etapas del proyecto, que requieren de especialistas con experiencia en estas actividades y que, adicionalmente, no se vinculen con la entidad o dependencia promotora del proyecto o con los ejecutores del mismo. En este orden de ideas, sería de gran valor el desarrollo de políticas de supervisión, procedimientos y mecanismos que permitan uniformar los términos y condiciones en que los proyectos deben ser supervisados, y los informes de los supervisores presentados ante la entidad o dependencia correspondiente y eventualmente ante el organismo que aquí propongo y de ser necesario, a los órganos internos de control y a la Auditoría Superior de la Federación en los casos que resulten procedentes conforme a las disposiciones legales aplicables.

xi) Favorecer el incremento de la inversión social y/o privada en proyectos de infraestructura a través de generar confianza y buenas relaciones con ese sector¹⁹⁴.

Un factor determinante en los proyectos de inversión público-privada es la confianza entre los diferentes participantes. Lo anterior sucede en todas las actividades del quehacer humano, pero en el tema que nos ocupa, tiene una especial relevancia considerando que se encuentran involucrados bienes y servicios públicos, la responsabilidad original del Estado de proveerlos y la aplicación de importantes montos de recursos económicos e inversión de tiempo por parte de los ejecutores del proyecto y de los financiadores del mismo. La confiabilidad resulta especialmente relevante cuando se establecen relaciones de negocio con extranjeros que no conocen necesariamente el entorno político-social y el marco jurídico de nuestro país.

Como ya he mencionado en los primeros capítulos de este trabajo, los factores más relevantes que son tomados en cuenta por los inversionistas y financiadores de proyectos de inversión público-privada son el político-social, el económico-financiero, el jurídico y el tecnológico. La certeza respecto de la estabilidad, continuidad y consistencia en cada uno de ellos será determinante para decidir el país y el proyecto en los que aquellos aplicarán sus recursos tecnológicos y económicos. No es menos relevante recalcar que los recursos económicos destinados a proyectos de esta naturaleza son escasos y que la competencia para captarlos es mundial e implican una importante actividad entre los promotores de los proyectos para atraer inversionistas y financiadores.

Entidades como la que se propone han demostrado en muchos países ser un factor de confianza, seguridad y estabilidad para los potenciales inversionistas y financiadores, pues al ser autónomas resultan menos impactados por los cambios político-sociales y facilitan la estabilidad de la normatividad aplicable y de los procedimientos y mecanismos para la preparación, instrumentación, ejecución y seguimiento de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

¹⁹⁴ *Ibidem*, Chapter 5.

xii) La homologación de políticas públicas y regulación en materia de inversión público-privada, de procedimientos y métodos para su evaluación, jerarquización, medición de impacto social y económico, la uniformidad en los procedimientos para la adjudicación de los proyectos y de los criterios para el otorgamiento de los mismos.

En nuestro sistema jurídico tenemos un sinnúmero de leyes que inciden en los proyectos de inversión público-privada como hemos apuntado al inicio de este trabajo, (77 leyes federales, a las que habría que agregar sus respectivos reglamentos¹⁹⁵) y un sinnúmero de normas oficiales mexicanas que en muchos casos exceden o pretenden modificar las disposiciones de ley, creando un esquema paralelo de regulación de muy cuestionable legalidad.

De estas leyes, cuando menos 16 de ellas, incluyen disposiciones relativas a los requisitos y procedimientos para el otorgamiento de concesiones, permisos, autorizaciones y contratos con el sector público que, aunque parten de los mismos principios, incluyen procesos, plazos y requerimientos diferentes que hacen mucho más complicado el análisis del marco jurídico para potenciales inversionistas y financiadores. Cabe mencionar que muchos de ellos participan directa o indirectamente en diferentes sectores de la infraestructura, por lo que es común encontrarlos participando indistintamente en proyectos carreteros, ferroviarios, aeroportuarios, portuarios y de transporte en general, como es el caso de los denominados BRT por sus siglas en inglés (Bus Rapid Transportation). La homologación antes aludida facilita enormemente la evaluación de proyectos y la decisión de participar en ellos.

Una de las razones por las que ha sido bien acogida la Ley APP es porque ofrece una misma estructura jurídica para los procedimientos de adjudicación de proyectos de inversión público-privada, homologando de manera indirecta (cuando la dependencia o entidad convocante del proyecto decide estructurarlo con base en

¹⁹⁵ Treviño Moreno, Francisco, *Asociaciones Público-Privadas*, México, Porrúa, 2020, pp. 2, 3 y 4.

este ordenamiento jurídico) el procedimiento correspondiente, independientemente del sector de infraestructura al que pertenezca.

La certidumbre y claridad antes señaladas no solo resultan en beneficio del sector social y/o privado o de los financiadores de los proyectos, sino también en beneficio de los funcionarios públicos respecto de sus funciones y responsabilidades y de las comunidades que pueden verse afectadas por la realización de proyectos de esta naturaleza por lo que corresponde al respeto de sus derechos y la creación de opciones para mitigar el efecto de las afectaciones a las que se vean sometidas.

Un importante funcionario de Banco Mundial señalaba que era preferible para un inversionista y para los financiadores, un sistema jurídico relativamente eficiente, pero estable que un sistema muy eficiente, pero en continuo cambio, aunque fuera para mejorar.

Hay varios ejemplos a nivel internacional de países con sistemas políticos y jurídicos que pueden tener una importante oportunidad de mejora y que, inclusive, han sido objeto de ciertas críticas por miembros de la comunidad internacional y especialistas y, sin embargo, han sido y siguen siendo receptores de inversión y financiamiento para el desarrollo de proyectos de infraestructura y la razón de esta aparente incongruencia es que a pesar de sus deficiencias en su estructura política y jurídica, han mostrado consistencia a lo largo de los años, en los que han mantenido las mismas condiciones en ambas estructuras, lo que permite a quienes participan en estos proyectos, evaluar los riesgos y adoptar las medidas de mitigación y la manera más adecuada de realizar los proyectos que son de largo plazo.

4. Forma de integración.

La OCDE ha propuesto tres diferentes modelos o esquemas para estructurar UIPPs

- a) UIPP integrada a la Secretaría de Finanzas (en el caso de México el Gobierno Federal ha optado por esta alternativa y ha adscrito a la Unidad de Inversiones, de la Subsecretaría de Egresos de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público);

b) UIPP constituida como una agencia gubernamental especializada e independiente con una participación y colaboración de la Secretaría de Finanzas, con la posibilidad de que esta unidad también participe en proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, y

c) UIPP como parte de la entidad o dependencia promotora del proyecto y contratante del mismo que, usual o preponderantemente lleve a cabo proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente¹⁹⁶.

La definición del modelo a seguir tiene especial relevancia y tal y como lo señala la OCDE, pues de ello dependerá el alcance de sus funciones, los procedimientos de ejecución y facultades para imponer obligaciones, derechos y sanciones, así como para emitir autorizaciones y establecer los mecanismos de coordinación de todas las partes que confluyen en los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente. Sin lugar a dudas, la naturaleza jurídica de la UIPP, su jerarquía dentro de la administración pública y su capacidad de relación y coordinación dentro del mismo sector público como con el social y/o privado, son fundamentales y críticos para la efectividad administrativa y de operación de la misma. Es por ello que mi propuesta considera de manera muy especial, la importancia de la autonomía de la UIPP, toda vez que su subordinación, especialmente al Poder Ejecutivo ha tenido, como he señalado previamente en este trabajo, efectos indeseables que han constituido y siguen constituyendo barreras a la inversión en este sector.

Al igual que la autonomía, otro elemento que estimo fundamental para una UIPP, es que ésta cuente con autoridad suficiente no solo desde el punto de vista moral, pero también desde el punto de vista jurídico, y que tenga facultades para emitir regulaciones, hacer valer de manera eficiente y eficaz sus decisiones e, inclusive, imponer sanciones por incumplimiento de leyes, reglamentos y de cualquier otro instrumento jurídico que, en los términos de ley, pueda incluir la aplicación de penalizaciones económicas.

¹⁹⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *“Dedicated Public-Private Partnership Units: A Survey Institutional and Governance Structures”*, 2010, p. 37.

La doctrina internacional, en materia de proyectos de inversión público-privada, tanto la desarrollada por profesionistas expertos como por organismos internacionales, expresan la conveniencia y razonabilidad para crear una UIPP, en algunos casos centralizada, en otros, descentralizada e inclusive, autónoma y coincide en que su estructuración ofrece seguridad y certeza jurídica tanto para el sector público como para el social y/o privado.

En relación a lo anterior, me parece pertinente hacer una consideración respecto a la tradicionalmente utilizada división entre el derecho público y el derecho privado que es, hoy en día, esencialmente de carácter doctrinal, y que en la realidad jurídica y a pesar de las diferencias de los principios que rigen ambas áreas del derecho, confluyen y conviven directa y estrechamente en prácticamente la totalidad de las relaciones jurídicas.

En el caso de la Coinversión Plurisectorial Eficiente, esta interacción es la regla general, por lo que la división doctrinal referida, especialmente cuando es observada como una contraposición entre el sector público y el privado, no solo resulta ineficiente, sino que tendrá necesariamente como efecto, la imposibilidad de estructurar en forma exitosa un proyecto de inversión público-privada. Por lo anterior, resulta fundamental retomar una visión general del derecho que nos permita integrar de manera armónica y sin menoscabo de los derechos y facultades de los ciudadanos y del gobierno, las finalidades y funciones de cada uno de ellos, alineando los objetivos comunes y los individuales, de suerte que los proyectos estructurados con la participación de sector público y de los sectores social y/o privado, puedan llevarse a cabo de la manera más eficaz y eficiente, optimizando los recursos técnicos y económicos, en beneficio de los que participan en los mismos y de los usuarios de la infraestructura.

Es fundamental que esta visión integral que con el tiempo y el ejercicio de la práctica jurídica se ha dicotomizado, pueda transmitirse a las personas que participan tanto en la administración pública como en el sector social y/o privado, a efecto de que tengan una visión general del gran escenario jurídico en el que se llevará a cabo el proyecto de infraestructura bajo un esquema de inversión público-privada.

En mi experiencia, éste ha sido y sigue siendo un importante problema para la adecuada planeación, estructuración, instrumentación, seguimiento y conclusión de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente. Ya hemos hecho referencia a algunos casos en donde esta percepción dividida ha tenido efectos adversos en este tipo de proyectos. Una práctica común en México es la interacción de los funcionarios públicos con los funcionarios privados en dos niveles. Uno formal, conforme a los términos y condiciones de las disposiciones legales aplicables y de los contratos, concesiones, autorizaciones y demás documentos oficiales conforme a los cuales se regula un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente, y otro informal, en los que al margen de los instrumentos antes referidos, se toman decisiones, especialmente del día a día y se resuelven diferencias que en el nivel formal sería más complicado, llevaría más tiempo y sería económicamente más oneroso.

Lo anterior, no solo resulta poco deseable, sino que tiene regularmente efectos nocivos como la creación de prácticas de corrupción e inconsistencias, especialmente de carácter jurídico, que pueden devenir en nulidades de actuaciones y responsabilidad de funcionarios y que, finalmente, se vuelven una herramienta de presión por parte de los funcionarios públicos en negociaciones con el sector social y/o privado respecto de la forma, términos y condiciones de los derechos y obligaciones asumidos por las partes. Finalmente, quienes se ven más afectados por estas prácticas son los usuarios de la infraestructura y/o de los servicios, que no los reciben con la calidad y eficiencia esperada.

El origen de la problemática antes planteada es sin lugar a dudas una deficiente percepción de un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente, que lo segmenta en su parte político-social, económico-financiera, técnica y jurídica, y se olvida de verlo integralmente, es decir, como una unidad en la que confluyen todos los aspectos antes referidos e interactúan permanentemente. Esta fragmentación, desde el punto de vista jurídico, la podemos observar en los distintos niveles en los que se establecen derechos y obligaciones entre los participantes de estos proyectos, iniciando con la legislación, que en muchas ocasiones no considera las

características y condiciones generales de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, los requerimientos de los diferentes participantes y los potenciales efectos que la regulación tendrá desde la planeación del proyecto hasta la terminación de las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares.

En adición, esta clase de proyectos de inversión son, por definición, de largo plazo, por lo cual, las condiciones político-sociales, técnicas, económico-financieras y jurídicas van cambiando con el paso del tiempo, lo cual requiere de una continua actualización de los instrumentos conforme a los cuales se estructuran.

Un claro ejemplo de lo anterior y que se vincula con los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, es el principio aplicable a nivel federal para la teoría de la imprevisión. Sorprendentemente el Código Civil Federal, aplicable supletoriamente a las disposiciones que norman los proyectos de inversión público-privada, aún conserva el principio de "*Pacta Sunt Servanda*" a diferencia de los Códigos Civiles de diversas entidades de la República Mexicana, como son: Ciudad de México, Estado de México, Aguascalientes, Jalisco, Guanajuato, Coahuila, Sinaloa, Tamaulipas, Veracruz y de la totalidad de los sistemas jurídicos de los miembros de la OCDE, en los que prevalece el principio de "*Rebus Sic Stantibus*".

La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de, la que México es parte, establece en su artículo 62, la aplicación de este principio. Sin lugar a dudas, hay una clara inconsistencia en las disposiciones legales aplicables a nivel federal sobre un tema tan relevante como el que aquí comento y en el que el Código Civil Federal aún no recoge la aplicación de este principio fundamental en la teoría de la imprevisión y que en materia de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente su trascendencia resulta obvia.

Por lo expuesto, considero de especial relevancia, que tanto para la elaboración de normas jurídicas de cualquier orden, como de los documentos que instrumentan los proyectos materia de este trabajo, participen de manera estrecha especialistas en temas políticos y sociales, económico-financieros, técnicos y jurídicos, y que los responsables de la elaboración y aprobación de los proyectos de leyes, reglamentos, circulares, normas oficiales y cualquier otro instrumento jurídico que

se expida en relación con esta clase de proyectos, no sucumban a la soberbia profesional y se involucren con apertura de pensamiento a conocer los aspectos vinculados con los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, que no sean exclusivamente los referentes a su profesión. Un ejemplo de la participación multidisciplinaria exitosa en una actividad pública es el Instituto Federal de Especialistas de Concursos Mercantiles.

Sobre este particular, me parece pertinente referirme a un par de casos, en los que tuve la oportunidad de participar de manera directa, en los procesos y en la elaboración de los proyectos de normatividad.

El primer caso es el del Sistema Portuario Mexicano. La primera encomienda era determinar cuál era el mejor esquema de estructuración de un sistema portuario para México en el que participara la inversión privada. Este proyecto estuvo a cargo del entonces Secretario de Comunicaciones y Transportes, Carlos Ruiz Sacristán, del Subsecretario de Transporte, Dr. Aarón Dychter y del Lic. Jaime Corredor Esnaola, a quien se designó Director General de Puertos Mexicanos¹⁹⁷, entonces organismo desconcentrado de la Administración Pública Federal, apoyado por un grupo de funcionarios con un alto nivel de receptividad y compromiso, en el que cabe destacar la muy importante participación del Lic. Jorge Antonio Zepeda, brillante jurista y excepcional persona. El equipo del órgano descentralizado recibió un apoyo fundamental por parte de asesores privados, especialmente en las áreas económico-financiera y jurídica. En este proyecto jugó un rol fundamental el Ing. Rafael Enríquez, designado por el banco agente para el proceso para conducir la asesoría financiera del mismo.

Para los efectos anteriores y para la elaboración de la regulación correspondiente (Ley de Puertos y su Reglamento), el grupo de trabajo antes referido que incluía ingenieros en materia portuaria, en transporte marítimo, en temas de logística, economistas, financieros expertos en relaciones internacionales y en política nacional, entre otros, se dio a la tarea, en primer lugar, de conocer y entender la

¹⁹⁷ Las funciones y responsabilidad de Puertos Mexicanos están hoy en día a cargo de la Coordinación General de Puertos y Marina Mercante.

forma, términos y condiciones en la que operan los puertos, los requerimientos de los usuarios de los mismos, las actividades que integran la operación portuaria, las tendencias internacionales sobre la administración de puertos, y las ventajas y desventajas de los diferentes esquemas utilizados en los puertos más importantes del mundo, las condiciones económicas prevalecientes en México y en el extranjero, los potenciales interesados en el proceso de participación de la inversión privada en este sector y el marco jurídico que debería desarrollarse para la transición de la administración de los puertos mexicanos del sector público al sector privado y para la regulación de la operación y administración del Sistema Portuario Mexicano, una vez que se iniciara la participación privada en el mismo.

En mi opinión, el resultado de esa interacción fue un exitoso proceso de coparticipación público-privada, en donde la estructura jurídica esencial se ha mantenido por más de 28 años, aun cuando se han realizado algunos cambios conceptuales. Sin duda, una de las razones que ha contribuido a la permanencia de los esquemas de estructuración de proyectos de gran envergadura como el antes señalado fue la interacción entre las áreas técnica, político-social, económico-financiera y jurídica.

Otro ejemplo que me parece pertinente compartir, es el del proceso a la apertura a la inversión en el Sistema Ferroviario Mexicano, en el que participaron el Secretario Carlos Ruiz Sacristán, el Subsecretario Aarón Dychter y el Lic. Luis de Pablo, Director General de Ferrocarriles Nacionales de México, quien junto con los antes mencionados, fueron un elemento clave para el éxito del proyecto.

Como en el caso de Puertos Mexicanos, en este proceso se estableció una estrecha relación entre las áreas técnica, liderada por Emilio Sacristán Roy, la parte económico-financiera a cargo de Jorge Silberstein, y la parte jurídica a cargo del Lic. Guillermo Pérez de León, en apoyo a la Dirección Jurídica de la SCT, dirigida por el Lic. Diego Tinoco Ariza Montiel.

En este proceso, se crearon equipos multidisciplinarios, en los que se discutían los puntos de vista de las diferentes áreas y que permitían a cada uno enriquecer el ámbito de su especialidad, con el conocimiento de los especialistas de otras áreas

y, especialmente, del entendimiento y conocimiento integral de la operación y administración de un sistema ferroviario.

Como se puede apreciar de los ejemplos antes expuestos, hay dos elementos comunes que son, además del interés y compromiso de los participantes, la interacción entre diferentes áreas del conocimiento y la capacitación que en algunos casos de manera formal y en otros con la actividad diaria, se fue dando a las decenas de personas que participamos en este proyecto, y que permitieron crear un esquema y una estructura que, con todas sus deficiencias, continúan siendo vigentes en nuestro país.

La naturaleza de estos proyectos no solamente requieren de la interacción de diferentes áreas del conocimiento, sino que, además, implican la participación de muy diversas dependencias y entidades de la administración pública, regularmente de dos o más empresas de sector social y/o privado y de uno o varios miembros del sector financiero, cada uno de ellos con una visión diferente del mismo proyecto, con mandatos distintos, marcos jurídicos aplicables diversos, pero a los que une el interés de participar en un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

Por las complicaciones antes expuestas, resulta fundamental el poder contar con una UIPP que participe como un factor de cohesión, de organización, de alineación de intereses, de coordinación y de verificación y seguimiento del cumplimiento de las responsabilidades que cada uno de los participantes asume en términos de la legislación aplicable y de los documentos de carácter legal a partir de los cuales se estructure un proyecto. La UIPP deberá también reducir las deficiencias administrativas gubernamentales y mantener en el cauce convenido, los alcances de las obligaciones asumidas por el sector social y/o privado y observar de manera cuidadosa, los términos y condiciones en los que participan los financiadores de los proyectos.

Ahora bien, ¿cuál debe ser de la naturaleza de la UIPP y dónde debemos ubicarla para optimizar sus resultados?

5. Ubicación de la UIPP.

EPEC ha realizado ciertas consideraciones cuyo objetivo es lograr que el diseño y ubicación dentro de la administración pública de una UIPP optimice sus resultados, facilitando sus actividades en relación con otras entidades administrativas, así como con el sector privado y señala que dicha ubicación es: “esencial para su efectivo funcionamiento y será afectada por su posicionamiento dentro de las dependencias y entidades gubernamentales”¹⁹⁸.

Este organismo propone que la UIPP se ubique en la entidad o dependencia que tenga los vínculos, facultades y funciones de mayor influencia en la estructuración y desarrollo de procesos de inversión público-privada. EPEC sugiere que para consolidar una UIPP, la entidad o dependencia que la conforme o integre a su estructura debe contar con: i) amplias facultades de autoridad, ii) un alto índice de credibilidad tanto para el sector público como para el sector social y/o privado, iii) funcionarios con un alto nivel de capacitación, iv) una interacción eficiente de cooperación y colaboración con otras dependencias o entidades gubernamentales, evitando la generación de conflictos de interés.

La ubicación de la UIPP tiene muy importantes efectos que inciden en su eficacia y eficiencia, como son: i) una interacción efectiva y vinculación con otras áreas de gobierno, ii) ejercicios de facultades ejecutivas, iii) realización de actividades que no generen conflicto de interés con otras dependencias o entidades gubernamentales, iv) contratación de personal calificado y desarrollo de su personal a través de un sistema continuo de capacitación, v) contar con mecanismos estructurales y económicos que permitan la continuidad de sus funcionarios, y vi) conducción y desempeño eficiente y eficaz. Para efecto de lo anterior, resulta indispensable que la UIPP se estructure y opere conforme a un modelo administrativo de gobernanza, cuente con un presupuesto suficiente y adecuado y, en mi opinión, con la

¹⁹⁸ European PPP Expertise Center, *Stablishing and Reforming PPP Units: Analysis of EPEC Member PPP Units and Lessons Learnt*, 2014, p. 59.

independencia suficiente para que este último no puede ser reducido por decisión unilateral del Ejecutivo.

En relación a lo anterior, cabe señalar que el modelo administrativo de gobernanza tiene como finalidad efficientizar la función del Estado promoviendo la democratización del mismo y fomentando la transparencia y rendición de cuentas que en el ámbito de la inversión público-privada resultar ser especialmente relevante para generar la confianza de quienes directa o indirectamente participan en proyectos de esta naturaleza.

En el caso de nuestro país, claramente la dependencia en la que se ubica la UIPP federal es la SHCP, de la que depende la Unidad de Inversiones a la que nos referimos en el capítulo IV de este trabajo. Adicionalmente, la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación, en la que participan diversas dependencias de Estado juega un papel fundamental para la evaluación, análisis y aprobación de proyectos de inversión público-privada, como lo hemos señalado anteriormente.

El PPIAF ha señalado que las UIPPs son más eficientes cuando se ubican en las dependencias o entidades de gobierno a cargo de las finanzas públicas¹⁹⁹, tal y como ha sucedido en el caso de México. Sin lugar a dudas las dependencias o entidades públicas que controlan especialmente los egresos tienen mucho mejores condiciones desde el punto de vista administrativo y jurídico para poder afectar recursos públicos a los proyectos de inversión público-privada, especialmente aquellos que tienen el carácter de plurianuales, es decir, que su diseño, construcción, operación, explotación, mantenimiento y conservación se llevará a cabo a lo largo de los años y no en un solo ejercicio, que es el caso de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

El organismo dependiente del Banco Mundial antes referido señala que la ventaja de ubicar la UIPP en la entidad o dependencia a cargo de las finanzas públicas, se deriva de su participación directa en la elaboración del presupuesto, su

¹⁹⁹ The World Bank, The Public-Private Infrastructure Advisory Facility (PPIAF), *Public-Private Partnerships Units, Lessons for their Design and Use in Infrastructure*, 2007, p. 68.

programación y aprobación para la afectación de recursos al mismo, de la capacitación en materia financiera y administrativa que regularmente tienen sus funcionarios por la naturaleza de sus actividades y porque cuenta regularmente con elementos que pueden facilitar la aplicación de incentivos para proyectos de esta naturaleza, como son los de carácter fiscal y la determinación del valor por el dinero²⁰⁰.

Otras dependencias o entidades centran sus objetivos en la realización de la actividad específica que tienen encomendada, así, en el caso de carreteras, la función principal de la SICT es diseñar, planear y construir o hacer que se construyan, operen y mantengan carreteras que interconecten al país ofreciendo los niveles de seguridad y eficiencia esperados, sin embargo, no tendrá de manera natural los elementos de valorización, ni la visión general, ni la intención inicial de buscar ahorros fiscales y el valor por el dinero como naturalmente lo hace la entidad o dependencia a cargo de las finanzas públicas.

Como se ha señalado en diversas ocasiones en este trabajo, los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en infraestructura conllevan un elemento esencial sin el cual no se pueden llevar a cabo y que es, naturalmente, el económico-financiero. Al igual que para el sector social y privado la viabilidad económico-financiera es esencial para su participación, para el Estado no lo es menos y aun cuando este último tenga como parte de sus obligaciones el proveer a la población de bienes y servicios también tiene el compromiso y obligación de cuidar la eficiencia de la aplicación de los recursos que conforman el patrimonio de la Nación, debiendo cerciorarse de que los mismos, tal y como lo señala el artículo 134 Constitucional, se administren con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados²⁰¹.

En el presente trabajo analizaremos tres diferentes alternativas para ubicar la UIPP, bajo dos criterios generales. El primero que atiende a las recomendaciones de

²⁰⁰ *Idem*

²⁰¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

EPEC y de PPIAF y, el segundo, si la unidad referida debe o no ubicarse dentro de la SHCP y, de hacerlo, qué naturaleza jurídica debería adoptar, como una unidad administrativa central, un organismo descentralizado o un órgano desconcentrado. Finalmente, llevaremos a cabo el análisis de un organismo constitucional autónomo, vinculado con la SHCP, pero con los niveles de autonomía que consideramos convenientes y necesarios para determinar si bajo esta figura se alcanzaría de manera más completa y adecuada, los requerimientos de una entidad como la propuesta y se satisfacen las recomendaciones de organismos internacionales respecto de las características y alcances de la misma.

En el capítulo IV de este trabajo, se hace una mención general a las disposiciones aplicables al caso que nos ocupa, al analizar a los sujetos del derecho público como elementos subjetivos de los proyectos de inversión público-privada, por lo que en este apartado nos limitaremos a hacer la mención a las disposiciones legales conducentes de una manera sucinta.

El marco jurídico que habremos de analizar para determinar cuál es la naturaleza jurídica más adecuada para una entidad de derecho público incorporada a la SHCP, independientemente de la forma jurídica que ésta adopte, se encuentra constituido por la LOAPF, el Reglamento Interior de la SHCP, la LFPRH y su Reglamento, la LAPP y su Reglamento.

El artículo 31 de la LOAPF²⁰² contiene las facultades y obligaciones de la SHCP y para los efectos que nos ocupa, nos parece pertinente hacer especial mención a las fracciones XIV a XIX, XXI, XXIII, XXX y XXXI que establecen lo siguiente:

- XIV. Proyectar y calcular los egresos del Gobierno Federal y de la administración pública paraestatal, haciéndolos compatibles con la disponibilidad de recursos y en atención a las necesidades y políticas del desarrollo nacional;

²⁰² Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, artículo 31, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

- XV. Formular el programa del gasto público federal y el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación y presentarlos a la consideración del Presidente de la República;
- XVI. Normar, autorizar y evaluar los programas de inversión pública de la administración pública federal;
- XVII. Llevar a cabo las tramitaciones y registros que requiera el control y la evaluación del ejercicio del gasto público federal y de los programas y presupuestos de egresos, así como presidir las instancias de coordinación que establezca el Ejecutivo Federal para dar seguimiento al gasto público y sus resultados;
- XVIII. Formular la Cuenta Anual de la Hacienda Pública Federal;
- XIX. Coordinar la evaluación que permita conocer los resultados de la aplicación de los recursos públicos federales, así como concertar con las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal la validación de los indicadores estratégicos, en los términos de las disposiciones aplicables;
- XXI. Establecer normas, políticas y lineamientos en materia de desincorporación de activos de la Administración Pública Federal;
- XXIII. Vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las disposiciones en materia de planeación nacional, así como de programación, presupuestación, contabilidad y evaluación;
- XXX. Regular la adquisición, arrendamiento, enajenación, destino o afectación de los bienes inmuebles de la Administración Pública Federal y, en su caso, representar el interés de la Federación; expedir las normas y procedimientos para la formulación de inventarios, para la realización y actualización de los avalúos sobre dichos bienes, así como expedir normas técnicas, autorizar y, en su caso, proyectar, construir, rehabilitar, conservar o administrar, directamente o a través de terceros,

los edificios públicos y, en general, los bienes inmuebles de la Federación;

XXXI. Reivindicar los bienes propiedad de la Nación, en los términos de las disposiciones aplicables,²⁰³

En este mismo orden de ideas, el Reglamento Interior de la SHCP²⁰⁴, establece en su artículo 61, las facultades de la Unidad de Inversión en tanto unidad administrativa central, entre las que destacan para los fines del tema materia del presente trabajo, las siguientes:

- I. Integrar y administrar la cartera de programas y proyectos de inversión con base en la evaluación, información y prioridades que presenten las dependencias y entidades de la administración pública federal, independientemente de la fuente de financiamiento; registrar, suspender, levantar la suspensión y cancelar el registro en la cartera de los programas y proyectos de inversión con base en las disposiciones aplicables; así como verificar, en coordinación con las instancias competentes, la congruencia de dichos programas y proyectos con los objetivos, prioridades y estrategias del Plan Nacional de Desarrollo;
- II. Expedir lineamientos relativos a esquemas y gastos de inversión, inclusive aquéllos en materia de planeación, evaluación, registro, dictamen y seguimiento de la rentabilidad y ejercicio de los programas y proyectos de inversión; a erogaciones plurianuales para proyectos de inversión en infraestructura, y a la contratación de expertos que dictaminen programas y proyectos, así como proponer criterios para la inclusión de los programas y proyectos de inversión en el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación;
- IV. Analizar, proponer y promover en coordinación con las instancias competentes, esquemas de inversión con la participación de los sectores

²⁰³ *Idem.*

²⁰⁴ Reglamento Interior de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, artículo 61.

público, privado y social, así como coadyuvar, en el ámbito de su competencia, en la revisión de la normatividad que incida en el desarrollo de los programas y proyectos de inversión, incluyendo los proyectos de infraestructura productiva de largo plazo, los proyectos para prestación de servicios y otras modalidades de inversión impulsada por el sector público;

- IV Bis. Emitir opinión sobre las evaluaciones de la rentabilidad económica que se elaboren para el otorgamiento de los títulos de concesión en materia de transporte, caminos y puentes o la resolución de sus prórrogas y, en su caso, requerir información adicional para tal efecto, conforme a las disposiciones jurídicas aplicables, así como emitir las disposiciones para la elaboración de dicha evaluación;
- V. Intervenir, en coordinación con las instancias competentes, en el desarrollo de los programas y proyectos de inversión que impulsen las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, conforme a las disposiciones aplicables en materia de inversión;
- VI. Efectuar, en coordinación con las unidades administrativas competentes, el seguimiento sobre la rentabilidad socioeconómica de los programas y proyectos de inversión autorizados;
- VIII. Hacer pública, en los términos de las disposiciones aplicables, la información en materia de programas y proyectos de inversión, salvo aquella que la dependencia o entidad interesada haya señalado como de carácter reservado;
- IX. Elaborar la prospectiva de las necesidades nacionales de inversión a mediano y largo plazo;
- XIV. Colaborar con la Unidad de Comunicación Social y Vocero de la Secretaría y sujetándose a lo dispuesto en la fracción VIII de este artículo, en las acciones de comunicación social que en materia de programas y proyectos de inversión se requieran para atender la estrategia que en ese sentido determine el Secretario;

- XVII. Resolver los asuntos que las disposiciones aplicables que rigen la materia de programas y proyectos de inversión atribuyan a la Secretaría, siempre y cuando no formen parte de las facultades indelegables del Secretario y no estén asignados expresamente a otra unidad administrativa de la misma;
- XVIII. Interpretar, para efectos administrativos, la Ley de Asociaciones Público Privadas, en el ámbito de atribuciones que le confiere este artículo, que no estén expresamente asignadas a otra unidad administrativa de la misma;
- XVIII Bis. Revisar y emitir opinión respecto de los nuevos proyectos de asociaciones público privadas, así como los cambios de alcance de los proyectos previamente autorizados, que se sometan a su consideración y remitir dicha opinión, cuando proceda, a las unidades administrativas competentes de la Secretaría, a efecto de que se determinen los compromisos presupuestarios futuros que, en su caso, llegaren a originar dichos proyectos, con base en las estimaciones realizadas por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal interesadas;

Por lo que se refiere a la LAPP y su Reglamento, hemos considerado pertinente hacer mención de los mismos en este apartado, no porque éstos contengan disposiciones sobre la estructura de una UIPP, sino porque hacen mención expresa a la SHCP. Para efectos de este trabajo solamente hacemos referencia a algunos artículos de esta ley y de su reglamento por considerarlos ejemplificativos de las facultades más importantes que en relación con estos proyectos tiene la SHCP en términos de este ordenamiento.

El artículo 8 de la LAPP otorga a la SHCP la facultad de interpretar la ley para efectos administrativos, el artículo 14, fracciones VI y IX, establece que para determinar la viabilidad de los proyectos de asociaciones público-privadas, se requerirá un dictamen que, entre otros elementos deberá incluir la rentabilidad social del proyecto y la conveniencia de llevar a cabo el mismo mediante un esquema de

asociación público-privada, en el que se incluya un análisis respecto de otras opciones conforme a los lineamientos que al efecto expida la SHCP²⁰⁵.

De igual manera, el párrafo tercero del artículo 14 de la LAPP, establece que: “La Secretaría de Hacienda y Crédito Público coordinará y publicará un registro para efectos estadísticos con la información contenida en los análisis a que se refieren las fracciones I a IX del presente artículo...”

El cuarto párrafo del mismo artículo que alude a que la información de los proyectos de asociación público-privada será de carácter público y “Dicha información será publicada de manera permanente en el Portal de Transparencia Presupuestaria de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en formato de datos abiertos.”

El quinto párrafo del citado ordenamiento señala que: “Asimismo, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público reportará en los Informes Trimestrales sobre la Situación Económica, las Finanzas Públicas y la Deuda Pública, en términos de las disposiciones jurídicas aplicables, la descripción de cada uno de los proyectos de asociación público-privada autorizados, los montos erogados o por erogar conforme a las proyecciones y estimaciones correspondientes, avance en la ejecución y calendario, así como en su caso, el monto anual de los pagos comprometidos durante la vigencia del contrato.”

Por lo que corresponde al Reglamento de la LAPP²⁰⁶, el artículo 10 establece la facultad de la SHCP para interpretar el Reglamento para efectos administrativos. El artículo 26 señala la facultad de esta dependencia para expedir los lineamientos para la elaboración y presentación del análisis, costo y beneficio. El artículo 29 le otorga también facultades para expedir los lineamientos para la elaboración del documento que contenga la conveniencia de llevar a cabo proyectos de asociación público-privada y el análisis comparativo con otras opciones. Finalmente, el artículo 34 contiene la obligación de la SHCP de revisar en los proyectos de asociación

²⁰⁵ Ley de Asociaciones Público Privadas, arts. 8 y 14, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

²⁰⁶ Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas, arts. 10, 26, 29 y 35, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

público-privada que: (i) se realicen con recursos federales, (ii) que el análisis de rentabilidad del proyecto y de la conveniencia de llevar a cabo la inversión bajo un esquema de asociación público-privada se hayan realizado conforme a los lineamientos expedidos por la propia dependencia, (iii) que conforme al análisis de rentabilidad social, el proyecto genere un beneficio social neto bajo supuestos razonables y que el procedimiento propuesto resulte más conveniente en relación con otras opciones. Por último, el artículo 35 del Reglamento de la LAPP establece la facultad y obligación de la SHCP, de inscribir el proyecto y sus modificaciones en la cartera de programas y proyectos de inversión en términos del artículo 35, fracción III de la LFPRH y 46 de su Reglamento, si considera, después de evaluarlo, que el mismo resulta procedente.

Por lo que corresponde a la LPRH, ésta tiene por objeto, como lo señala su artículo 1 "... reglamentar los artículos 74 fracción IV, 75, 126, 127 y 134 de la CPEUM²⁰⁷, en materia de programación, presupuestación, aprobación, ejercicio, control y evaluación de los ingresos y egresos públicos federales."

Este ordenamiento jurídico, así como su Reglamento contienen diversos procedimientos mediante los cuales se programa la distribución y afectación de los recursos públicos federales a los diferentes rubros que componen el presupuesto de egresos de la Federación y entre los que se incluyen los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

El artículo 34 de la LFPRH²⁰⁸ establece que, para la programación de los recursos destinados a programas y proyectos de inversión, las dependencias y entidades deberán contar con un mecanismo de planeación de inversiones en el que se identifiquen los programas y proyectos en proceso, así como los que se pretendan realizar en años futuros, debiendo establecerse las necesidades de inversión a corto, mediano y largo plazo a partir de criterios de valuación que faciliten su

²⁰⁷ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículos. 74, fracción IV, 75, 126, 127 y 134, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

²⁰⁸ Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, artículo 34, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

priorización. La misma disposición jurídica establece que los mecanismos de planeación antes aludidos serán normados y valuados por la SHCP²⁰⁹.

Así también, el artículo 34, en su fracción II, establece la obligación de las dependencias y/o entidades, de someter a la consideración de la SHCP la evaluación costo y beneficio de los proyectos de inversión que pretendan llevar a cabo, de suerte que puedan acreditarse que los mismos generarán un beneficio social neto bajo supuestos razonables. La metodología para la determinación del costo beneficio señalado se incluyen en el manual que contiene las disposiciones para determinar la rentabilidad social, así como la conveniencia de llevar a cabo un proyecto mediante el esquema de asociación público-privada, publicado por la SHCP y al que hemos hecho previamente alusión en el capítulo V de este trabajo.

En este mismo orden de ideas, el artículo 34, fracción III del ordenamiento citado, establece la obligación de las entidades y dependencias que pretendan realizar proyectos de esta naturaleza, de registrar los mismos en la cartera que integra la SHCP conforme a los términos establecidos en los artículos 46 a 51 del Reglamento de la LFPRH, y señala como requisito indispensable, que el proyecto respectivo se encuentre registrado en la cartera mencionada para que pueda incluirse en el Presupuesto de Egresos que anualmente se somete a la aprobación de la Cámara de Diputados. El registro en cartera mencionado puede ser negado o cancelado por SHCP cuando a su juicio, el proyecto no cumpla con los requisitos establecidos en las disposiciones legales aplicables²¹⁰.

La fracción IV del artículo en comento contiene la obligación de que los proyectos registrados en la cartera de la SHCP, conforme a lo dispuesto en el párrafo anterior, sean posteriormente analizados por la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación, la cual determinará la prelación para su inclusión en el proyecto de Presupuesto de Egresos, así como el orden de su ejecución para maximizar el impacto que puedan tener para incrementar el beneficio social, observando principalmente los criterios de rentabilidad socioeconómica,

²⁰⁹ *Ibidem*, Art 34, fracciones I y II.

²¹⁰ *Ibidem*, fracción III.

reducción de la pobreza extrema, desarrollo regional y concurrencia con otros proyectos de inversión público-privada.

Cabe señalar que conforme al artículo 24, párrafo sexto de la LAPP²¹¹, los proyectos de inversión público-privada deben enviarse a la Cámara de Diputados para la consideración de la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública. Si bien no se establece en esta disposición el alcance de las consideraciones que pueda emitir la Comisión citada, ésta tiene un plazo máximo de 30 días naturales, vencido el cual, podrá proceder la afirmativa ficta si no hay pronunciamiento alguno de su parte.

5.1 La UIPP incorporada a la SHCP.

De las disposiciones legales antes referidas, resulta evidente que actualmente la UIPP federal en México está a cargo de la SHCP, a través de la Unidad de Inversiones con la participación de la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación principalmente y de la Comisión de Presupuesto y Cuenta Pública de la Cámara de Diputados.

La estructura antes señalada, si bien se adecua a varias recomendaciones de EPEC y PPIAF a las que hemos hecho alusión anteriormente, presenta, en mi opinión, importantes inconvenientes para el adecuado desarrollo y desempeño de las funciones que debe cumplir un organismo que tenga a su cargo los proyectos de inversión público-privada en el sector de transporte federal, tal y como se indica en el apartado 6 de este capítulo y que esencialmente, son el sometimiento al Poder Ejecutivo, la dependencia de un presupuesto gubernamental, la división de funciones de decisión en entidades diversas como es el caso de la Unidad de Inversiones y la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación.

²¹¹ Ley de Asociaciones Público Privadas, artículo 24, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>

Ciertamente, la incorporación de UIPP a la SHCP, independientemente del vehículo jurídico que se utilice para este efecto, satisface las propuestas del PPIAF y EPEC respecto de las características generales con las que este tipo de unidades debe contar y entre las que destacan, la interacción con otras áreas de gobierno, el ejercicio de facultades ejecutivas, realización de operaciones y actividades sin conflicto de interés, personal altamente calificado y un desempeño eficiente y eficaz. Adicionalmente, ubicándose en la SHCP, facilita la aprobación de los proyectos y su inclusión en el Presupuesto de Egresos como compromisos plurianuales y una mejor expectativa para contar con un presupuesto suficiente para el desempeño de sus funciones.

Ahora bien, si la UIPP se ubica en la SHCP, ésta puede tener el carácter de unidad administrativa central conforme a lo dispuesto en el artículo 2º, fracción XIII y el artículo 61 del Reglamento Interior de la SHCP. Esta última disposición establece las facultades de la Unidad de Inversiones previamente señaladas.

Esta unidad se encuentra facultada para participar en la definición, estructuración, construcción, operación, explotación, mantenimiento y conservación de infraestructura que requiera de una inversión pública-privada, llevar a cabo todas las evaluaciones de rentabilidad económica y social, participar en el desarrollo de programas y proyectos de inversión que lleven a cabo otras dependencias o entidades del Gobierno Federal, coordinar a los actores del sector público que participan en los proyectos de esta naturaleza, materializar la transparencia que deben de tener estos proyectos mediante la publicidad de los términos y condiciones de las inversiones respectivas, organizar la información que respecto a proyectos de inversión se genera en cualquier ámbito del Gobierno Federal, analizar experiencias internacionales para aprovechar la experiencia en otros países, interpretar la LAPP y su Reglamento y emitir opiniones respecto de proyectos de asociaciones público-privadas y sus modificaciones, principalmente.

Pese a lo anterior y aun cuando consideramos que las facultades establecidas en esta disposición resultan muy convenientes para una UIPP, en nuestra opinión, no son suficientes para otorgarle las condiciones y características sugeridas por EPEC

y PPIAF, toda vez que esta unidad, finalmente, tendrá que hacer uso de la estructura de la SHCP, para poder incidir en otros participantes del sector público y del sector social y/o privado involucrados en proyectos de inversión público-privada, no tiene autonomía presupuestal ni facultades para imponer sanciones cuando se incumplan las disposiciones legales que resulten aplicables en los proyectos de esta naturaleza, especialmente a los sectores social y/o privado. De igual manera, esta Unidad carece de facultades para establecer políticas públicas que impulsen la homogenización de proyectos, programas, regulación jurídica, normas oficiales y normas oficiales mexicanas, establecer criterios generales para la interpretación de las disposiciones legales correspondientes en el ámbito administrativo y poder participar en estrecha colaboración con los sectores social, privado, financiero y con cualquier otro actor relevante en los proyectos de inversión público-privada. Esta Unidad tiene facultades para elaborar la prospectiva de las necesidades nacionales de inversión, pero no para determinar la jerarquización de la realización de los proyectos correspondientes, ni para generar lineamientos, criterios y políticas que normen los principios conforme a los cuales deben elegirse los proyectos de inversión y su prioridad para su desarrollo.

Finalmente, la Unidad de Inversiones tiene facultades de revisión y de emisión de opiniones respecto de proyectos de asociación público-privada y sus modificaciones, más no tiene facultades decisorias respecto de los mismos, las cuales se encuentran en otras unidades administrativas de la SHCP y de las dependencias o entidades promotoras del proyecto respectivo.

Por lo anterior, una unidad administrativa central integrada a la SHCP, debería, además de las funciones y facultades señaladas en el artículo 61 del Reglamento Interior de la SHCP, contar con facultades ejecutivas y regulatorias²¹², incluidas facultades sancionatorias para quienes incumplan las disposiciones legales correspondientes ya sean de los sectores público, social y/o privado.

²¹² Holm Cardona, Alberto, Tesis *Propuesta de Creación de un Órgano Público, Especializado, Técnico y Dedicada a la Eficiente y Eficaz Procuración de Proyectos Federales de Infraestructura, Bajo la Modalidad de Asociación Público-Privada*, ITAM, 2018, p. 72.

5.2 La UIPP como Órgano desconcentrado.

Otra forma jurídica conforme a la cual podría constituirse la UIPP federal, podría ser la de un órgano desconcentrado dependiente de la SHCP, con facultades adicionales a las que regularmente se le otorgan a este tipo de órganos, de manera que tenga una “competencia funcional propia”²¹³.

El Diccionario Jurídico Mexicano define la desconcentración como: “la forma jurídica-administrativa en que la administración centralizada con organismos o dependencias propios presta servicios o desarrolla acciones en distintas regiones del territorio del país”²¹⁴.

El maestro Andrés Serra Rojas, siguiendo a Enrique Sayagués Laso, señala que la desconcentración administrativa es la transferencia a un órgano inferior o agente de la administración central, de una competencia exclusiva, o un poder de trámite, de decisión, ejercido por los órganos superiores, disminuyendo relativamente, la relación de jerarquía y subordinación²¹⁵.

El maestro Gabino Fraga señala que “para atenuar los inconvenientes de la centralización, se ha recurrido a la delegación de facultades administrativas, a la desconcentración y a los convenios de coordinación con las entidades federales”²¹⁶.

El maestro Fauzi Hamdan señala que: “corresponde a aquellos órganos jerárquicamente subordinados a las secretarías de Estado, con facultades delegadas en determinada materias y territorios en específico, carecen de personalidad jurídica y patrimonio propio, ejercen sus facultades dentro de un

²¹³ *Idem*

²¹⁴ Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa, 1996.

²¹⁵ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, Porrúa, 1996, p. 543.

²¹⁶ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, Porrúa, 1987, p.195.

ámbito territorial determinado y con facultades por materia específicas en términos del artículo 17 de la LOAPF”²¹⁷.

En este orden de ideas, el artículo 17 antes citado señala que: “Para la más eficaz atención y eficiente despacho de los asuntos de su competencia, las Secretarías de Estado podrán contar con órganos administrativos desconcentrados que les estarán jerárquicamente subordinados y tendrán facultades específicas para resolver sobre la materia y dentro del ámbito territorial que se determine en cada caso, de conformidad con las disposiciones legales aplicables.”

De lo dispuesto en el artículo señalado y siguiendo al doctor Jorge Fernández Ruiz, la desconcentración básicamente se da por razón de la materia, de la región geográfica y del servicio que se presta²¹⁸.

Los órganos desconcentrados, como señala Fauzi Hamdan, “carecen de personalidad jurídica y patrimonio propios, tienen la misma competencia por materia que los órganos centrales que se les otorga, normalmente, a través del reglamento interior de organización de cada secretaría de Estado, o bien, por delegación de facultades de los órganos centrales, pero con la particularidad, muy importante por cierto, que tal competencia la ejercen dentro de una demarcación territorial específica²¹⁹.

Las características de los órganos desconcentrados de la Administración Pública Federal, son las siguientes: 1) son inferiores y subordinados al poder central y dependen jerárquicamente de la dependencia que le delega las actividades respectivas; 2) se les asignan competencias exclusivas, que se ejercen dentro de las facultades del Gobierno Federal; 3) tienen libertad de acción en trámite y decisión; 4) sí existe vínculo jerárquico, aunque atenuado, pues el poder central se

²¹⁷ Hamdan, Fauzi, *Derecho Administrativo*, Escuela Libre de Derecho y Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015, p.72

²¹⁸ Fernández Ruiz, Jorge, *La Administración Pública*, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, www.juridicas.unam.mx; <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv>; p. 100

²¹⁹ Hamdan, Fauzi, *Ensayos Jurídicos de Derecho Constitucional y Administrativo*, Senado de la República, 1ª Edición, 2001, p. 269.

reserva amplias facultades de mando, decisión, vigilancia y competencia, ya que fija la política, desarrollo y orientación de los órganos desconcentrados para mantener la unidad y desarrollo de la acción de la administración pública federal; 5) no tienen autonomía económica, su mantenimiento corre a cargo del Presupuesto de Egresos o de la institución que lo crea, aunque algunos gozan de manejo autónomo de su patrimonio; 6) cuentan con autonomía técnica que es su verdadera justificación, 7) tienen facultades de decisión limitadas²²⁰, 8) su finalidad es conocer y resolver cuestiones técnicas especializadas y no de políticas públicas, 9) atienden asuntos de la dependencia que les delega actividades específicas, 10) no tienen personalidad jurídica propia, y 11) sus funcionarios no pueden ser designados o aprobados por el Poder Legislativo²²¹.

De las definiciones antes señaladas y de las características de los órganos desconcentrados que anota el doctor José Ramón Cossío, claramente se concluye que el órgano desconcentrado tiene todas las características de la administración centralizada en tanto que forma parte de la misma.

La desconcentración es considerada en el ámbito del derecho administrativo como una forma de organización administrativa “referida a entes que realizan funciones específicas y que gozan de cierta libertad de acción en el aspecto técnico propio de alguna materia que es de la competencia del órgano central del cual dependen dichos entes, así como algunos grados de libertad para administrarse y organizarse. Es un modo de estructurar a los entes públicos que aun cuando mantienen su dependencia jerárquica con el Jefe del Ejecutivo tienen un estatuto especial para un mejor cumplimiento de las atribuciones que a éstos le confiere el marco jurídico. Es decir, la desconcentración implica una manera de distribuir el poder y las

²²⁰ Voto particular que formula el doctor José Ramón Cossío Díaz, en la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 38/2006, promovida por el Procurador General de la República, en contra de las Cámaras de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión y del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. DOF, “Primera Sección”, de fecha 2 de marzo de 2009.

²²¹ *Ibidem*, numeral IV. Conclusión.

competencias en los subordinados para lograr mejores resultados y una mayor efectividad de la función pública.”²²²

La autonomía técnica de la que son dotados y que constituye un elemento esencial en la creación y funcionamiento de los órganos desconcentrados, es de carácter operativa y para ciertas decisiones limitadas, pero las políticas generales son finalmente determinadas por la dependencia en la cual se encuentren ubicadas. Por lo anterior, atienden asuntos de la dependencia que le delega las actividades específicas correspondientes.

Existen diversos órganos desconcentrados en la administración pública federal en México y todos ellos tienen la responsabilidad de “llevar a cabo la regulación y fomento de las actividades que demande el interés general en el marco de libertades que otorga la CPEUM”²²³, por lo que a estos órganos les corresponde ejercer directamente la rectoría del Estado en su potestad regulatoria²²⁴.

Me parece oportuno hacer un par de consideraciones para evaluar la alternativa de que la UIPP sea un órgano desconcentrado de la administración central. En primer término, quiero apuntar que la doctrina coincide mayormente en que los órganos desconcentrados carecen de personalidad y patrimonio propios, sin embargo, en la administración pública, existen diversos ejemplos, como el del Instituto Politécnico Nacional cuya naturaleza jurídica parece diferir en sus características, de aquellas señaladas por la doctrina para los órganos desconcentrados. El artículo 2 del Reglamento Interno de la institución académica antes referida, establece que:

“Artículo 2. El Instituto Politécnico Nacional es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Educación Pública, con personalidad jurídica y patrimonio propios, encargado de contribuir, a través de la educación, a consolidar la independencia económica, científica, tecnológica, cultural y política para alcanzar el progreso social de la Nación de acuerdo con el principio de libertad académica y con la filosofía

²²² Gaceta del Senado, LXI/2PPO-174/27511, 9 de noviembre de 2010.

²²³ *Idem*

²²⁴ *Idem*

social que consagra la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, particularmente en su artículo 3º.”

Así pues, El Instituto Politécnico Nacional, a pesar de ser un órgano desconcentrado, tiene personalidad jurídica y patrimonio propios, lo que, sin lugar a dudas, le otorga un importante nivel de independencia, factor que, en mi opinión, resulta fundamental en una UIPP.

La segunda consideración se basa en un concepto que señala el maestro Fauzi Hamdan, cuando habla de órganos de la administración pública federal centralizada, que aun cuando parecieran desconcentrados en realidad no cumplen con todas las condiciones para tener ese carácter, por los que los identifica como “órganos de administración con competencia funcional propia”²²⁵, mismos que reciben su competencia y facultades de la ley que los crea y estructura y no por delegación de facultades de órganos centrales.

Estos órganos realizan funciones esencialmente de carácter técnico, contando con facultades de decisión, por lo que gozan de autonomía, aun cuando no tengan personalidad jurídica ni patrimonio propios, tal es el caso de las comisiones que se han creado en el sistema administrativo mexicano, entre las que, como ejemplo, se pueden señalar la Comisión Nacional de Inversiones Extranjeras, la Comisión Nacional Bancaria y de Valores, la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro, la Comisión Nacional de Seguros y Fianzas, el Instituto Federal de Especialistas en Concursos Mercantiles etc. Es importante señalar que no todas las comisiones comparten las mismas características, como es el caso de la Comisión Federal de Competencia Económica y la Comisión Reguladora de Energía, que es un órgano constitucional autónomo con personalidad jurídica y patrimonio propios, y a la cual nos referiremos más adelante cuando analicemos otras las alternativas para estructurar la UIPP federal.

²²⁵ *Ibidem*, p. 267.

Estas comisiones son órganos administrativos desconcentrados de alguna dependencia del Ejecutivo Federal y cuentan con autonomía técnica y operativa. Adicionalmente, a diferencia de los órganos desconcentrados tradicionales, su actividad no se limita a un ámbito geográfico, sino que se extiende a toda la República Mexicana.

En mi opinión, en caso de que la UIPP se estructurara como un órgano desconcentrado, tendría que tener las características antes referidas, por lo que, siguiendo la clasificación del maestro Hamdan y tal como lo expresa el licenciado Alberto Holm, éstas deberían ser órganos de administración con competencia funcional propia²²⁶.

Estos órganos de administración con competencia funcional propia tienen como características las siguientes: 1) se encuentran ubicados en una dependencia de la administración centralizada, 2) se crean y estructuran conforme a la ley que les da origen, 3) no tienen personalidad ni patrimonio propios, 4) tienen libertad para ejercer los recursos que les son asignados, 5) tienen facultades decisorias y ejecutivas, 6) se encuentran facultados para imponer sanciones conforme a la ley que los crea, 7) son órganos de consulta para la creación de políticas nacionales en la materia que les compete, 8) el ejercicio de sus funciones se extiende a todo el país y no se limita a un determinado sector geográfico.

5.3 La UIPP como organismo descentralizado.

El Diccionario Jurídico Mexicano define la descentralización como una forma jurídica en que se organiza la administración pública mediante la creación de entes públicos

²²⁶ Holm, Alberto, Tesis “Propuesta de Creación de un Órgano Público, Especializado, Técnico y Dedicado a la Eficiente y Eficaz Procuración de Proyectos Federales de Infraestructura Bajo la Modalidad de Asociación Público-Privada”, ITAM, 2018, p. 75.

por el legislador, dotados de personalidad jurídica y patrimonio propios y responsables de una actividad específica de interés público.²²⁷

El maestro Gabino Fraga señala que la descentralización administrativa consiste en “confiar algunas actividades administrativas a órganos que guardan con la administración centralizada, una relación diversa de la de jerarquía, pero sin que dejen de existir, respecto de ellas, las facultades indispensables para conservar la unidad del poder”²²⁸.

El maestro Serra Rojas señala que la descentralización es un modo de organización administrativa, mediante la cual se crea el régimen jurídico de una persona de derecho público con una competencia limitada a sus fines específicos y especializada para atender determinadas actividades de interés general por medio de procedimientos técnicos.²²⁹

La LOAPF señala en su artículo 45 que: “Son organismos descentralizados las entidades creadas por ley o decreto del Congreso de la Unión o por decreto del Ejecutivo Federal, con personalidad jurídica y patrimonio propios, cualquiera que sea la estructura legal que adopten.”²³⁰

El doctor José Ramón Cossío Díaz, en su voto particular en la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 38/2006, y a la que he hecho referencia anteriormente, apunta que actualmente el artículo 90 Constitucional²³¹ señala que la ley definirá las bases de creación de las entidades paraestatales y la intervención que tendrá el Ejecutivo Federal en su operación, así como en las relaciones entre

²²⁷ Universidad Nacional Autónoma de México, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Porrúa, México, 1996.

²²⁸ Fraga, Gabino, *Derecho Administrativo*, Porrúa, México, 2007, p. 199.

²²⁹ Serra Rojas, Andrés, *Derecho Administrativo*, Porrúa, 1996, p.778.

²³⁰ Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, artículo 45, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

²³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 90, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

las entidades paraestatales y el Ejecutivo Federal, o entre ellas y las Secretarías de Estado y Departamentos Administrativos²³².

A diferencia de los órganos desconcentrados que pertenecen a la administración pública centralizada, los organismos descentralizados son parte de la administración pública paraestatal conforme lo señala el artículo 90 de la CPEUM y el artículo 3º, Fracción I de la LOAPF y son reguladas en el capítulo II de la LFEP.

Las características principales de este tipo de entidades de la administración pública, son las siguientes: 1) no forman parte de la administración centralizada, pero se sectorizan en función de la dependencia principalmente vinculada con sus actividades, 2) su objeto debe ser la realización de actividades estratégicas o prioritarias, la prestación de un servicio público o social o la obtención o aplicación de recursos para la asistencia o seguridad social, 3) se crean y estructuran conforme a la ley o decreto que les da origen, 4) atienden asuntos que la regulación que los crea les encomienda, 5) son auxiliares del Ejecutivo, 6) no dependen jerárquicamente del Ejecutivo y no existe una relación de subordinación. El control del Ejecutivo es indirecto, 7) su organización está a cargo de un órgano de gobierno y una dirección general. El director general lo designa el Ejecutivo Federal directamente o a través de la coordinadora de sector a la que se encuentra sectorizado, 8) tienen personalidad y patrimonio propios, 9) tienen libertad de actuación técnica, de gestión, presupuestaria y patrimonial, 10) tienen libertad para ejercer los recursos que les son asignados, 11) tienen facultades decisorias y ejecutivas, 12) se encuentran facultados para imponer sanciones conforme a la ley que los crea, 13) son organismos de consulta para la creación de políticas nacionales en la materia que les compete, 14) el ejercicio de sus funciones se extiende a todo el país y puede o no limitarse a un determinado sector geográfico, 15) su estructura y funciones, así como la determinación de su órgano de

²³² Voto particular que formula el doctor José Ramón Cossío Díaz en la sentencia dictada en la acción de inconstitucionalidad 38/2006, promovida por el Procurador General de la República, en contra de las Cámaras de Diputados y Senadores del Congreso de la Unión y del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos. DOF, "Primera Sección", de fecha 2 de marzo de 2009.

administración se regulan por la LFEP, y 16) pueden captar directamente recursos públicos que se incorporan a su patrimonio.

Sin lugar a dudas, los organismos descentralizados reúnen una gran parte de los requisitos que una UIPP requiere, sin embargo, conserva un importante grado de dependencia con el Ejecutivo en la designación de sus directores y funcionarios, y la determinación del presupuesto que le sea asignado a través de la SHCP. Si bien estos organismos no son parte de la administración pública centralizada, al ser parte de la administración pública paraestatal, mantienen una relación con el Ejecutivo Federal, por lo que económica y jurídicamente se mantienen vinculados y sin lugar a dudas en la percepción de confianza que respecto de los mismos puede tener la población, siguen la misma suerte que la administración central.

5.4 La UIPP como órgano constitucional autónomo, un cambio de visión.

La exposición de motivos de la iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley Federal de Competencia Económica, de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, de la ley de la Comisión Reguladora de Energía, de la Ley de la Comisión Nacional De Hidrocarburos, de la Ley Federal de Telecomunicaciones, de la Ley Reglamentaria del artículo 27 Constitucional en materia nuclear, de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, de la Ley Federal de las Entidades Paraestatales, del Código Penal Federal y de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, publicada en la Gaceta del Senado el 9 de noviembre de 2010²³³, incluye un cambio en la visión de los órganos desconcentrados y de los organismos descentralizados y hace un análisis de los mismos, del cual me parece importante tomar algunos puntos de vista, ideas y conceptos que en lo personal considero de especial valía para el tema objeto del presente trabajo.

²³³ Gaceta del Senado, LXI/2PPO-174/27511, 9 de noviembre de 2010.

Sin lugar a dudas, la regulación en materia de órganos desconcentrados y organismos descentralizados hasta el final de la primera década del presente siglo, resultaba anacrónica para los requerimientos y necesidades de un Estado que fue abandonando su intervención en la economía, para constituirse en regulador de la misma.

En este sentido y considerando los cambios que se suscitaron en la legislación mexicana a partir de la celebración del Tratado de Libre Comercio, del desarrollo de diversas actividades empresariales por parte de los particulares y de las tendencias de los países miembros de la OCDE respecto de la forma y términos conforme a los cuales el Estado ejerce sus funciones reguladoras, el Poder Legislativo y el Poder Ejecutivo tuvieron importantes diferencias respecto de las facultades del primero para intervenir no solo en la creación, sino en la designación de funcionarios de entonces órganos desconcentrados y organismos descentralizados, esas diferencias tuvieron como resultado un importante número de tesis aisladas y jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la modificación a diversas leyes entonces en vigor, entre las que destacan, la Ley Federal de Competencia Económica y la Ley Federal de Telecomunicaciones.

El motivo de las diferencias entre ambos poderes de la Unión versaba principalmente sobre la facultad del Congreso para designar a los directores o administradores de órganos desconcentrados y organismos descentralizados a lo que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió generando jurisprudencia, que: "... por lo que corresponde a los organismos descentralizados, si pueden establecerse en ley mecanismos de colaboración interinstitucional para el nombramiento de sus directores o administradores, siempre que exista razón que justifique la intervención de otro poder, porque aun cuando conforme a la CPEUM, el Poder Ejecutivo Federal actúa como conductor principal de la administración pública, ello no significa que sea el único que ejerce competencia en ese ámbito, ya que conforme al artículo 90 Constitucional, el legislador tiene altas facultades para configurar, a través de una ley, la forma e intensidad de la intervención del Poder Ejecutivo en la Administración Pública; sin embargo esta libertad tampoco es

absoluta, ya que está limitada por disposiciones constitucionales en este sentido, así como por el principio de división de poderes. Por consiguiente, la atribución conferida al Congreso, en los artículos 73, fracción XXX y 89, fracción II, última parte de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Federal para que a través de una ley sea configurado un sistema que contenga la determinación del procedimiento y la participación de los órganos que puedan intervenir en la designación de los demás empleados de la Unión no es absoluta, sino que en todo caso el Congreso tendrá que verificar que ese sistema no sea contrario a las facultades reservadas y, por ende, exclusivas que tienen los tres poderes de la Unión, esto es, aquellas facultades que constitucionalmente les han sido conferidas, derivado de las funciones que a cada uno corresponde, pues tal proceder colocaría a alguno de ellos por encima del resto, es decir, en condiciones de superioridad, situación contraria al principio de división de poderes.”²³⁴

Como consecuencia de lo anterior, el proyecto de iniciativa para reformar y adicionar, entre otras leyes, la Ley Federal de Competencia Económica, la Ley de la Comisión Reguladora de Energía, la Ley de la Comisión Nacional de Hidrocarburos y la Ley Federal de Telecomunicaciones, publicada en la Gaceta del Senado, el 9 de noviembre de 2010²³⁵, se sometió al Congreso una propuesta de modificación con la finalidad de otorgar a los entes reguladores, una auténtica autonomía de gestión y técnica, un presupuesto propio y que no tengan una injerencia indebida del Ejecutivo²³⁶. Así, se propuso sustituir la naturaleza jurídica de los entonces órganos desconcentrados que llevaban a cabo funciones regulatorias a las de los organismos descentralizados (con excepción de la Ley Federal de Telecomunicaciones), a efecto de garantizar una mayor independencia del Ejecutivo y estar en condiciones más favorables de cumplir su objeto²³⁷.

²³⁴ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta XXVI, diciembre 2007, Jurisprudencia, Novena Época, Registro: 170873, Pleno. Tesis P./J.94/2007, p. 861.

²³⁵ Gaceta del Senado, LXI/2PPO-174/27511, 9 de noviembre de 2010.

²³⁶ *Idem*

²³⁷ *Idem*

Así, se transformaron la Comisión Federal de Mejora Regulatoria, la Comisión Reguladora de Energía, la Comisión Nacional de Hidrocarburos, la Comisión Nacional de Seguridad Nuclear y Salvaguardia en organismos descentralizados.

En adición a las propuestas de cambio referidas en los párrafos precedentes en las que órganos desconcentrados se convirtieron en organismos descentralizados, es indispensable hacer mención, para efectos del presente trabajo, de la reconversión jurídica, de la que fueron objeto órganos desconcentrados y organismos descentralizados de la administración pública federal ocurrida en la década pasada y precedida por la del Banco de México, mediante la cual algunos de éstos adquirieron el carácter de órganos u organismos constitucionales autónomos. Tal es el caso del Instituto Federal Electoral, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el Sistema Nacional de Información, Estadística y Geografía, la Comisión Federal de Competencia Económica, el Instituto Federal de Telecomunicaciones, el Instituto Nacional de Evaluación de la Educación, el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales y la Fiscalía General de la República en México²³⁸.

En adición a los ejemplos antes señalados, y aun cuando no se trata en estricto sentido de una OCA, es importante mencionar el caso del Consejo de la Judicatura, dependiente del Poder Judicial, creado mediante reforma constitucional en 1994, “como un órgano de gobierno y administración que complementa y facilita a la Suprema Corte en convertirse en un tribunal constitucional”²³⁹. Este órgano no tiene jerarquía sobre los tribunales de circuito y los juzgados de distrito y su función es de gobierno y administración del Poder Judicial, sin facultades jurisdiccionales, cuya función es implementar las políticas públicas judiciales que permitan garantizar la administración, vigilancia, disciplina y carrera judicial en los órganos jurisdiccionales

²³⁸ Ruiz, José Fabián, *Los Órganos Constitucionales en México: Una Visión Integradora*, Cuest. Const. No. 37, Ciudad de México, Jul./dic. 2017, <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.37.11454>

²³⁹ Tovar y de Teresa Fernando I., Consejo de la Judicatura Federal, https://www.senado.gob.mx/comisiones/justicia/docs/Consejero/Ensayo_FTYT.pdf, p.1

del Poder Judicial²⁴⁰. Estas funciones son de especial relevancia y nos servirán como parámetro en la propuesta de la creación de un órgano constitucional autónomo.

Los órganos u organismos constitucionales autónomos se caracterizan por la competencia para ejercer en forma absoluta las funciones de carácter público que les son asignadas, teniendo como efecto la creación de mecanismos de equilibrio y control de otros órganos con responsabilidades que el maestro José Fabián Ruiz califica como “supremas”.

Estos órganos requieren estar creados por la Constitución y aunque tienen facultades supremas, no tienen el carácter de soberanos, aun cuando tienen la facultad de crear normas sin la participación de otros organismos públicos, relativas a las funciones que ejerza y a las que las SCJN designa con funciones cuasilegislativas. Así también, tienen la facultad de regular su forma de organización y estructura, por lo que, al decir del maestro Luis Aguilar Villanueva, “tienen la gran ventaja de poder decidir autónomamente su forma de gobierno o gobernanza corporativa, definir el conjunto de materias específicas de decisión y las normas de procedimiento para validar la coerción institucional y técnica de las decisiones”²⁴¹.

Los órganos autónomos no están subordinados, ni dependen de otros órganos administrativos, aun cuando se encuentren vinculados y mantengan relaciones estrechas de colaboración y coparticipación y tengan que rendir cuentas, por lo que la autonomía de estos órganos no implica una separación e independencia total de los órganos soberanos, pues rinden cuentas como cualquier otra dependencia o entidad. Su grado de autonomía varía, según lo que disponga la Constitución y las leyes que reglamenten su estructura, funciones y facultades.

²⁴⁰ *Idem*

²⁴¹ Aguilar Villanueva, Luis, *Los retos y desafíos de los órganos autónomos de la nueva gobernanza*, conferencia magistral presentada en el noveno Congreso Nacional de Organismos Públicos Autónomos. Las reformas constitucionales: retos y desafíos de los organismos públicos autónomos, Guadalajara, Ememorarias, 2015, p. 268. <https://www.opan.org.mx/wp-content/uploads/2016/02/9no-congreso-OPAN.pdf>

Los órganos autónomos constitucionales tienen como características generales, las siguientes: a) son creados a partir de una disposición Constitucional, b) tienen personalidad jurídica propia, c) son independientes orgánica y funcionalmente de otros poderes del Estado, d) tienen autonomía técnica, e) cuentan con autonomía normativa para regularse a sí mismos, f) tienen autonomía financiera y administrativa, g) tienen facultades de coordinación y control y cuentan con un sistema de relación en estos aspectos con otros órganos gubernamentales, h) autonomía de gestión, i) llevan a cabo funciones esenciales del Estado, j) su autonomía e independencia no implica que sus actos no puedan ser revisados por las instancias judiciales, k) en la designación de sus órganos de gobierno interviene no solo el Ejecutivo, sino otras instancias como el Congreso, l) no están sujetos a los mecanismos de control a los que regularmente se encuentran otros órdenes de gobierno ²⁴².

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que: “aun cuando no existe un precepto constitucional que regule la existencia de los órganos constitucionales autónomos como se ha señalado, las características esenciales que se desprenden de dichos órganos, son:

- a) Deben estar establecidos y configurados directamente en la Constitución.
- b) Deben mantener con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación.
- c) Deben contar con autonomía e independencia funcional y financiera.
- d) Deben atender funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad²⁴³.

La maestra María Salvador Martínez considera que en la designación de los miembros de un órgano autónomo no solo participa el gobierno, sino también el

²⁴² Ruiz, José Fabián, *Los Órganos Constitucionales en México: Una Visión Integradora*, Cuest. Const. No. 37, Ciudad de México, Jul./dic. 2017, <https://doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.37.11454>

²⁴³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2006, Controversia constitucional 32/2005, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXIV, p.912.

Parlamento y otras instancias públicas, privadas e, incluso, los ciudadanos²⁴⁴. Esta consideración resultará de especial relevancia para la propuesta de una UIPP federal como un órgano constitucional autónomo, en la que participen también el sector social y/o privado y el académico.

Los órganos constitucionales autónomos tienen como características principales, las siguientes:

1. Deben estar establecidos en la Constitución, debiéndose especificar sus atribuciones y facultades.
2. Sus titulares son designados de manera conjunta por el Ejecutivo y alguna de las cámaras del Legislativo.
3. Sus titulares no se encuentran subordinados al Ejecutivo ni a la cámara que los haya designado.
4. Su nivel jerárquico es igual al de los órganos soberanos del Estado, con los que mantienen relaciones de coordinación y control en el ámbito de sus atribuciones.
5. Se encuentran sujetos a mecanismos de control específicamente aplicables a ellos y son responsables conforme a lo dispuesto en el título IV de la CPEUM, pudiendo ser sus facultades revisadas por instancias jurisdiccionales²⁴⁵.

Es pertinente señalar la diferencia entre órganos constitucionales autónomos y “órganos de relevancia constitucional”, cuya autonomía, como indica el maestro José Fabián Ruiz, se desprende de la ley que los crea, como es el caso de las

²⁴⁴ Salvador Martínez, María, *Autoridades Independientes, Un Análisis Comparado de los Estados Unidos, el Reino Unido, Alemania, Francia y España, Barcelona, Ariel, 2002, pp. 339 y 340.*

²⁴⁵ Ruiz, José Fabián, *Ibidem*, p. 5

universidades autónomas, los tribunales agrarios, el Tribunal Federal de Justicia Administración y la Auditoría Superior de la Federación.

Los órganos constitucionales autónomos son el resultado de la necesidad de contar con órganos de la administración pública, con un mayor grado de especialización técnica cumpliendo de manera eficiente las responsabilidades del Estado, por lo que se refiere a su función administrativa, así como con un nivel de autonomía para cumplir de manera más adecuada con sus funciones, desvinculándolos de los demás poderes del Estado, a efecto de sustraerlos de la influencia de partidos políticos en el poder, de las prácticas de corporativización que tanto afectan a la administración pública y favorecer la democratización de su estructura, funciones, políticas y regulación en beneficio de la población²⁴⁶.

Así también, el desgaste político y la pérdida generalizada de confianza de la población de los Poderes Ejecutivo y Legislativo y de los partidos políticos²⁴⁷, han permitido que los órganos constitucionales cuenten con el apoyo y reconocimiento de la sociedad y puedan así cumplir con sus funciones de manera más adecuada que las entidades soberanas de la administración pública. Es importante mencionar que la función de estos órganos autónomos, derivado de su independencia administrativa, técnica y presupuestal y de la calidad profesional de sus directores y funcionarios, ha permitido que su actuación sea transparente, fácilmente revisable y especialmente, democrática, en beneficio del Estado de derecho.

Geoffrey Shepherd señala que la creación de estos órganos tiene su origen histórico en América Latina, en la década de los 80s, cuando los gobiernos iniciaron procesos importantes de transformación económica, como hemos señalado en el capítulo I, numerales 2.2, 2.3 y 2.4, dando paso a un sistema económico neoliberal, en el que el Estado redujo sustancialmente su intervención en las economías nacionales, para lo cual, los gobiernos tuvieron la necesidad de apoyarse en especialistas del sectores privado y académico principalmente, tanto nacionales como extranjeros,

²⁴⁶ *Ibidem*, p. 21.

²⁴⁷ Vázquez Irrizarry, William, *La Era de los Órganos Autónomos*, Poder Ejecutivo, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, p. 6.

desvinculados regularmente, de la vida política de la nación y enfocados esencialmente a aspectos técnicos con una visión global, que los administradores públicos de cada país no tenían. Las funciones y actividades de estos expertos sirvieron para que, con el paso de los años, se crearan los órganos constitucionales autónomos fuera de la administración central y de los poderes tradicionales del Estado²⁴⁸.

Las funciones y competencias de los órganos constitucionales autónomos son muy diversas en función de sus competencias y facultades, pero en términos generales, se dirigen principalmente a funciones de garantía de derecho, autoridad regulatoria, controles de poder, actividades técnicas o económicas de análisis e investigación, funciones punitivas aunadas a alguna de las anteriores, prestación de servicios a la ciudadanía y al Estado y algunas más “gestionan áreas de operación de intereses privados”²⁴⁹.

Los órganos constitucionales autónomos no son elegidos democráticamente aun cuando en la mayoría de los casos, la ratificación de sus directores se haga a través de una de las cámaras del Poder Legislativo, sin embargo, es importante tomar en cuenta que su misión no es representar a la población, sino llevar a cabo actividades específicas, que requieren un alto grado de conocimiento técnico y en las que se excluya cualquier intervención de orden político, ya sea a través del Ejecutivo, Legislativo o de partidos políticos y de intereses de particulares. Más aún, los órganos constitucionales autónomos pueden emitir resoluciones que se contrapongan a las preferencias de órganos soberanos del Estado, así como de grupos de poder fáctico, incluida la opinión pública²⁵⁰.

La SCJN emitió una tesis jurisprudencial que establece, en relación a los órganos constitucionales autónomos, cuya razón de ser es el equilibrio constitucional en base a controles de poder, lo que representa una evolución a los principios y a la

²⁴⁸ Shepherd, Geoffrey, *El desafío de la reforma administrativa en América Latina, Reforma y Democracia*, CLAB, 13, 1999, p.11

²⁴⁹ Ugarte Salazar, Pedro, *Las Demasiadas Autonomías*, Nexos (01-02-2014) <http://www.nexos.com.mx/?p=18380> fecha de consulta 27 de octubre de 2021.

²⁵⁰ Ruiz, José Fabián, *op. cit.*, p. 21.

teoría tradicional de la división de poderes, el ejecutivo, el legislativo y el judicial, con la finalidad de eficientar las funciones del Estado y su creación no altera, ni afecta la división tradicional de poderes, pues el hecho de que éstos tengan autonomía e independencia de los poderes antes citados, no significa que se encuentren fuera del Estado, por el contrario, claramente forman parte de él, pues tienen como finalidades atender funciones fundamentales del Estado y de la sociedad, por lo que constituyen nuevos organismos que se encuentran a la par de los órganos tradicionales²⁵¹.

Las actividades antes referidas son de gran relevancia para la protección de la ciudadanía, a través de las funciones específicas de esos órganos. Así, la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda, misión del Banco de México, el aseguramiento de los derechos políticos de los ciudadanos y la efectividad del sufragio, función del Instituto Nacional Electoral, la protección de los derechos humanos por la Comisión Nacional de los derechos Humanos, la coordinación, armonización, generación y administración de información geográfica nacional a cargo del Instituto Nacional de Estadística y Geografía, la protección de la libertad de competencia y la evaluación de la calidad del sistema educativo nacional, a cargo de la Comisión Federal de Competencia Económica y del Instituto Nacional de Evaluación de la Educación, respectivamente, y así, cada uno de los órganos autónomos a los que hemos hecho referencia anteriormente, inciden en ámbitos de enorme trascendencia nacional y en todos ellos, se manifiesta claramente la necesidad de profundos conocimientos de carácter técnico, absoluta autonomía económica y administrativa para que sus funciones no puedan ser influidas, ni dirigidas a conveniencia del Poder Ejecutivo, del Legislativo o de partidos políticos o grupos que representan un factor de poder real en la economía.

Por lo antes expuesto y considerando la problemática que actualmente presentan las inversiones público-privadas, y la enorme trascendencia que, para el desarrollo del país tiene la realización de obras de infraestructura en materia de transporte,

²⁵¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2008, controversia constitucional, 312006, tesis P/J.20/2007, Semanario Judicial de la Federación, Novena Época, registro digital 172456.

que ofrezcan mejores condiciones de integración a las diferentes comunidades de nuestro país y que ayuden a la población a mejorar sus condiciones de desarrollo en todos sus ámbitos, en este trabajo propongo la creación de un órgano constitucional autónomo, de carácter federal, cuya finalidad sea promover y procurar el desarrollo de los proyectos de inversión público-privada en el sector de transporte, fortalecer y uniformar los procesos de selección y el régimen de contratación de dichos proyectos a través de procedimientos apegados a derecho y con absoluta transparencia, generando políticas públicas para favorecer y fomentar las inversiones público-privadas, darles seguimiento y evaluar sus resultados, así como emitir regulaciones específicas en el ámbito de su competencia y con el alcance que le otorgue la CPEUM que regule su estructura y funciones. Sobre este particular, en el numeral 6 siguiente haremos una especial consideración por la trascendencia de esta función

Los órganos constitucionales autónomos por sus características son, en mi opinión, la mejor estructura para la UIPP, por las razones previamente señaladas y por las que a continuación se exponen y que para efectos de metodología, se comparan con los principales problemas que presentan actualmente las inversiones público-privadas en materia de transporte en México y las ventajas de estructurar la UIPP federal en este sector como un OCA.

Problemática	Ventajas estructurales y operacionales de la UIPP/OCA
Diversidad de funciones administrativas.	Especificidad y especialización de las funciones a su cargo y mayor capacidad para atender situaciones coyunturales del Estado.
Subordinación al Ejecutivo, a partidos políticos y/o grupos de poder fácticos del sector privado y/o social, nacionales o extranjeros.	Autonomía de gestión y decisión.

Problemática	Ventajas estructurales y operacionales de la UIPP/OCA
<p>Controles de carácter presupuestal y económico en general que inciden en la autonomía de decisiones.</p>	<p>Autonomía presupuestal y financiera.</p> <p>Puede elaborar su presupuesto y ejercerlo aun cuando la Cámara de Diputados pueda restringirlo en el Presupuesto de Egresos de la Federación.</p> <p>Cabe señalar que estos órganos no tienen restricción para obtener recursos extrapresupuestales para su adecuada operación, lo que incrementa su nivel de autonomía de gestión y decisión, inclusive si su presupuesto es reducido o recortado en el Presupuesto de Egresos de la Federación.</p> <p>El órgano que se propone puede contar con la partida de Presupuesto de Egresos de la Federación que le corresponda y el derecho a cobrar un porcentaje del importe de los proyectos en los que participe por concepto de aprovechamiento o tarifa.</p>
<p>Falta de autonomía o autonomía condicionada.</p>	<p>Tiene autonomía operativa, de gestión, económico-financiera y jurídica, pues tiene facultades regulatorias únicamente constreñidas por lo que disponga la CPEUM y/o la ley que la cree y regule para efecto de su creación y financiamiento.</p>
<p>Designación de directores y funcionarios por el Ejecutivo</p>	<p>La designación de su órgano de decisión, directores y funcionarios no queda al arbitrio del Ejecutivo y regularmente éstos deben ser ratificados por alguna de las cámaras del Legislativo.</p>

Problemática	Ventajas estructurales y operacionales de la UIPP/OCA
	<p>Podrían, inclusive, ser propuestos por otros sectores de la sociedad, como son el social, privado y académico.</p> <p>En algunos casos, los miembros de su órgano supremo de decisión (pleno, consejo, comité directivo, según sea el caso.), deben ser independientes, no ser funcionarios públicos, contar con reconocimiento académico y solvencia técnica y moral, reconocidas, etc., lo que permite la participación de diversos segmentos de la sociedad en los órganos de decisión de un OCA, favoreciendo así su autonomía y el equilibrio interno en el ejercicio de sus funciones.</p>
<p>Los períodos de los directores y funcionarios regularmente se ajustan al del Ejecutivo</p>	<p>Regularmente los períodos de funciones de los directores y miembros del órgano de decisión trascienden en el periodo del Ejecutivo, es decir, son transexenales y existe la posibilidad de su reelección.</p> <p>De igual manera, por lo general las sustituciones de directores y de miembros del órgano de decisión se hacen de manera escalonada, lo que facilita la continuidad de funciones, decisiones políticas, operación y administración.</p>
<p>Los mecanismos de control se encuentran a cargo del órgano interno de control que depende del Ejecutivo.</p>	<p>Su órgano interno de control es designado por la Cámara de Diputados (art 74, VIII de la CPEUM).</p> <p>Hay mecanismos de control especiales para algunos OCAs, como son la presentación de programas de trabajo e</p>

Problemática	Ventajas estructurales y operacionales de la UIPP/OCA
	informes de actividades a los Poderes Ejecutivo y Legislativo, comparecencias anuales al Congreso (art. 93 de la CPEUM) y el establecimiento de una contraloría general o de un contralor, así como la participación de terceros, como son instituciones públicas de educación superior o instituciones privadas de reconocido prestigio y solvencia moral, para el nombramiento del contralor o del órgano de control interno.
La designación de miembros de su órgano superior de decisión y presidente o director general la realiza directa o indirectamente el Ejecutivo en forma unilateral.	La designación de miembros de su órgano de decisión como de su presidente o director general, se lleva a cabo conjuntamente entre el Ejecutivo y una cámara del Poder Legislativo, pudiéndose establecer que la propuesta de las personas para los cargos señalados, la efectúe un tercero, como es el caso de instituciones públicas de educación superior o, inclusive, cámaras y organismos representativos de los más importantes sectores de la población, cuyas actividades son competencia del OCA respectivo. Adicionalmente, podría establecerse que la designación y sustitución de sus miembros requeriría un voto calificado que permita a minorías parlamentarias de la cámara respectiva aprobar los nombramientos y destituciones, evitando con ello que una mayoría parlamentaria dependiente de las decisiones del Ejecutivo, pueda, a través de estas funciones, otorgarle

Problemática	Ventajas estructurales y operacionales de la UIPP/OCA
	directamente control de la OCA al Ejecutivo.
Carencia de autonomía de gestión y de decisión de agenda.	Cuentan con absoluta autonomía de gestión y pueden decidir sus programas de trabajo y desarrollo de proyectos, únicamente con sujeción a lo que establezca el ordenamiento jurídico que regule su forma de organización, operación y facultades.
La definición de las políticas de operación se encuentra sujeta a las políticas generales que se dicten en la administración central.	Estos órganos dictan de manera independiente, tanto sus políticas de operación como las políticas generales aplicables a la o las actividades materia de su competencia.
Falta de regulación adecuada.	<p>El marco jurídico aplicable a los proyectos de infraestructura, como he comentado al inicio de este trabajo, es uno de los elementos fundamentales para la realización de proyectos de esta naturaleza.</p> <p>Un OCA que tenga facultades regulatorias e inclusive sancionatorias, permite la generación de un marco jurídico adecuado a los requerimientos que esta clase de proyectos necesita, homologando la regulación que actualmente se encuentra dispersa en varios ordenamientos jurídicos que regulan la actividad del transporte federal realizada a través de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.</p>
Regulación inconsistente.	Un OCA no solo genera en el ámbito de sus facultades, una regulación jurídica, sino que también puede promover la creación o modificación de leyes y reglamentos que permitan contar con un marco jurídico integral, consistente,

Problemática	Ventajas estructurales y operacionales de la UIPP/OCA
	eficiente y dinámico para ajustarse a las necesidades cambiantes de la infraestructura que se lleva a cabo a través de la inversión público-privada.
Su creación y funciones se derivan de una ley.	Su creación y funciones se derivan de la CPEUM y de la ley que la regule.

En relación a las ventajas estructurales y operacionales de los órganos constitucionales autónomos referidas en el cuadro anterior, la estructuración de la UIPP federal bajo la figura legal de un órgano constitucional autónomo ayudaría de manera muy importante a la solución de los problemas a los que hoy en día se enfrentan los proyectos de inversión público-privada en el sector de transporte, a los que nos hemos referido en el capítulo II de este trabajo y que para efectos de análisis transcribo a continuación los que considero más relevantes:

Problemática	Ventajas funcionales de una UIPP/OCA
Falta de experiencia en los funcionarios públicos que estructuran los procesos de inversión público-privada correspondientes.	Una de las características esenciales de los OCAs es la especialización técnica y el alto nivel de capacidad profesional de su personal en todos los niveles, lo que ofrece un mayor grado de certeza respecto de la experiencia y preparación profesional de quienes lo integran. Como hemos señalado anteriormente, en estos órganos pueden participar personas propuestas por instancias del sector público, del social, del privado y del académico, lo que permite ampliar las capacidades de coordinación entre los distintos participantes de los proyectos de inversión público-privada

Problemática	Ventajas funcionales de una UIPP/OCA
	y alinear de mejor manera los intereses de cada uno de ellos en beneficio de los proyectos y de las partes involucradas.
Falta de proyectos,	<p>La creación de un OCA con las características de autonomía económica y de gestión, así como para definir sus políticas y regulación interna facilitan la generación de proyectos. Lo anterior aunado a la temporalidad en su cargo de las personas que integran sus órganos de decisión y administración, que regularmente exceden el período del Ejecutivo, le permite establecer políticas para la selección de proyectos y desarrollo de los mismos en el corto, mediano y largo plazo, según se requiera, y así, poder preparar proyectos de infraestructura completos que de manera ordenada, conforme a un plan general, puedan llevarse a cabo a través del esquema de inversión público-privada.</p> <p>Es importante destacar, que la autonomía de estos órganos y su independencia, de los intereses políticos del gobierno central y de partidos políticos, permite elaborar proyectos de infraestructura pública atendiendo necesidades reales de la población y no a los requerimientos políticos del momento que la administración en turno decida capitalizar a través de los mismos.</p>
Asignaciones directas e invitaciones restringidas a cuando menos tres participantes, previamente arregladas.	Un OCA puede establecer políticas claras y definidas, con permanencia en el tiempo, respecto de la aplicación

Problemática	Ventajas funcionales de una UIPP/OCA
	<p>restringida de asignaciones directas de proyectos de infraestructura.</p> <p>Nuevamente su carácter autónomo desvinculado de intereses políticos, administrativos o de grupos de poder fáctico permite a un OCA aplicar de manera rigurosa y excepcional mecanismos de adjudicación de proyectos distintos a la licitación pública.</p> <p>De igual manera, un OCA podrá generar las políticas aplicables para las invitaciones restringidas y establecer los mecanismos de transparencia que eviten la práctica generalizada en México, de hacer invitaciones restringidas por entidades o dependencias de la administración central convocando a cuando menos tres participantes y en las que el resultado está previamente convenido entre ellas.</p>
Abuso de poder.	<p>Si bien el abuso de poder puede darse en cualquier instancia, la naturaleza jurídica de un OCA, los mecanismos de transparencia con los que debe contar, el marco jurídico que le resulte aplicable, especialmente por lo que a su organización y estructura corresponde, aunado a la autonomía que tiene respecto de la administración central, facilita la exposición de cualquier intento de abuso de poder.</p> <p>Las facultades de un OCA son específicas y su operación</p>

Problemática	Ventajas funcionales de una UIPP/OCA
	<p>desvinculada de dependencias, entidades u organismos de otro orden, limitan un posible abuso de poder.</p> <p>Adicionalmente, su regulación interna podrá establecer mecanismos de equilibrio y control entre los propios miembros de un OCA, que tengan facultades decisorias.</p>
<p>Falta de tiempo suficiente para la promoción de los proyectos.</p>	<p>Toda vez que un OCA no se encuentra vinculado a ninguno de los poderes soberanos del Estado, tiene autonomía respecto a los intereses políticos del Ejecutivo o de partidos políticos y los períodos de funciones de sus miembros no se encuentran vinculados con los períodos sexenales de este último, e inclusive pueden ser reelectos. Los proyectos de infraestructura con inversión público-privada pueden planearse, proyectarse y prepararse con el tiempo que resulte necesario para cada caso y evitando así la realización de proyectos al vapor, cuya finalidad principal sea de carácter político.</p>
<p>Falta de liberación oportuna y adecuada de derechos de vía.</p>	<p>La falta de liberación oportuna de vía obedece principalmente a una inadecuada planeación del proyecto, a la falta de tiempo para estructurarlo y llevarlo a cabo en plazos razonables y con estricto apego a derecho, así como con la falta de recursos económicos de disposición inmediata para cubrir el costo de la liberación del derecho de vía.</p>

Problemática	Ventajas funcionales de una UIPP/OCA
	<p>Actualmente las instituciones financieras que otorgan crédito para proyectos de esta naturaleza establecen como una condición precedente para la celebración de los contratos de financiamiento que el derecho de vía se encuentre liberado en un porcentaje no menor al 95% y totalmente liberado antes de que se lleve a cabo el primer desembolso del crédito.</p> <p>La planeación adecuada y con tiempo suficiente para preparar proyectos que llevaría a cabo un OCA no sujeta a presiones políticas para realizar proyectos con fines alineados a intereses políticos, resolvería de manera muy importante este problema.</p>
Obtención de financiamiento.	<p>Los proyectos de inversión público-privada en infraestructura de transporte en México requieren de financiamiento para su realización. La obtención del mismo depende de muchos factores, entre los que destacan, la viabilidad técnica, económica y operativa del proyecto, la seguridad y debida aplicación del marco jurídico, la disponibilidad de recursos, el costo de los mismos y la tasa interna de retorno del financiamiento.</p> <p>El dinero como cualquier otro bien, está sujeto a la ley de la oferta y la demanda y hoy en día ésta tiene un carácter internacional.</p>

Problemática	Ventajas funcionales de una UIPP/OCA
	<p>Lo anterior resulta especialmente relevante, pues los recursos disponibles para estos efectos en el mundo entero se dirigen a proyectos que se realizan en países que ofrecen seguridad político-social, económica y jurídica.</p> <p>En la experiencia internacional, la existencia de UIPPs ha mostrado un mayor nivel de confiabilidad de las instituciones financieras, para otorgar créditos a proyectos de infraestructura.</p> <p>En el caso que nos ocupa, un OCA podrá contar con expertos en financiamiento nacional e internacional, que aportaran sus conocimientos, para que los proyectos cumplan con los requerimientos que para la obtención de créditos se requieran.</p>
Falta de políticas públicas claras.	<p>Aun cuando hay disposiciones legales aplicables a la totalidad de proyectos de inversión público-privada como lo es la LAPP y su reglamento, también lo es que cada entidad o dependencia, según la actividad a que se dedique, genera sus propias políticas que regularmente pretenden legitimarse fundamentándolas artificiosamente en el Plan Nacional de Desarrollo o en el Programa de Infraestructura.</p> <p>Un OCA podrá, con una visión a largo plazo e independiente de la del Ejecutivo, establecer políticas públicas en materia de inversión público-privada que resulten congruentes, consistentes,</p>

Problemática	Ventajas funcionales de una UIPP/OCA
	<p>permanentes y que serán elaboradas por expertos, atendiendo a los requerimientos de carácter técnico, económico y jurídico, necesarios para llevar a cabo exitosamente los proyectos de esta naturaleza, ofreciendo seguridad y certeza a los potenciales participantes.</p>
<p>Deficiencia en estudios económicos, financieros, técnicos y procesos de licitación con un análisis deficiente.</p>	<p>La especialización de un OCA, así como el nivel de preparación y experiencia de sus miembros, reduce de manera sustancial la ineficiencia en el análisis de los procesos de licitación para proyectos de inversión público-privada y promueve la elaboración completa y adecuada de los estudios que para la realización del proyecto se requieren, tanto conforme a la regulación como a las prácticas nacionales e internacionales de esta actividad.</p>
<p>Contratos y otros documentos legales incompletos o poco claros.</p>	<p>La adecuada realización de proyectos de inversión público-privada requiere de un alto grado de especialización en todas sus áreas, entre las que destaca la jurídica.</p> <p>Es frecuente encontrar una diversidad de convenios y otros documentos legales para la instrumentación de estos proyectos que elaboran cada una de las dependencias y/o entidades que los promueven.</p> <p>Si bien la LAPP establece requerimientos mínimos para los convenios y las bases de licitación, no resulta suficiente y no es extraño, que</p>

Problemática	Ventajas funcionales de una UIPP/OCA
	<p>en la práctica nos encontremos con documentos jurídicos para la realización de proyectos de infraestructura con inversión público-privada que resultan deficientes. En muchos casos resulta evidente que se utilizan formatos de documentos copiados de otros proyectos, e inclusive de diferentes sectores de infraestructura con ajustes menores, pero sin considerar los elementos esenciales aparejados a cada proyecto.</p> <p>La elaboración de proyectos de documentos legales (bases de licitación, contratos, títulos de concesión, entre otros) por una UIPP, con las características de especialización y autonomía que ofrece un OCA, permitiría uniformar los documentos jurídicos, establecer los requerimientos y clausulado específicos para cada uno de ellos, según el área de infraestructura de transporte de que se trate, crear un catálogo de derechos y obligaciones que se actualice con la experiencia en el desarrollo de otros proyectos y proponer modificaciones a instrumentos jurídicos previamente celebrados para optimizar sus efectos en beneficio de los proyectos.</p>
Exceso de facultades discrecionales del Estado.	Una de las grandes ventajas que ofrece un OCA, es que sus facultades se encuentran claramente especificadas en la CPEUM y en la regulación específica, por lo que cualquier exceso o abuso en el ejercicio de las mismas,

Problemática	Ventajas funcionales de una UIPP/OCA
	<p>es fácilmente detectable, por quienes resultan afectados y por su órgano de vigilancia.</p> <p>La profesionalización e independencia de los miembros que integran estos órganos, que no se encuentran políticamente vinculados al Ejecutivo, a partidos políticos o a grupos de poder fáctico, ha mostrado resultados muy alentadores en otros países en relación con la reducción del ejercicio de facultades discrecionales.</p>
<p>Medios adecuados para la resolución de controversias que otorguen certeza jurídica a las partes sobre la imparcialidad del juzgador.</p>	<p>Uno de los temas que más preocupan a los inversionistas de los sectores social y privado, así como a los financiadores de proyectos de infraestructura, son los mecanismos para la solución de controversias.</p> <p>Si bien algunos ordenamientos legales como la LAPP, establecen la posibilidad de incluir en los convenios correspondientes formas alternativas de solución de conflictos, como es el caso del comité de expertos y los procedimientos de conciliación y arbitraje, éstos se encuentran limitados a la resolución de diferencias de carácter técnico o económico, más no de carácter jurídico, sin que, en nuestra opinión, haya una motivación y fundamentación para esta restricción.</p> <p>Un OCA puede incluir en su estructura, una instancia de conciliación entre las partes, que en mi opinión sería más eficiente y confiable que la participación</p>

Problemática	Ventajas funcionales de una UIPP/OCA
	<p>de la SFP como instancia conciliatoria tal y como lo indica el artículo 138 de la LAPP.</p> <p>Así también, podría desarrollar propuestas de convenios para regular la estructuración y desarrollo de los comités de expertos.</p> <p>Adicionalmente y considerando la característica de su autonomía, podría incluir dentro de sus actividades, la de ofrecer los servicios de arbitraje institucional con un mayor nivel de confiabilidad por parte de quienes pretendieran resolver sus diferencias en esta instancia o establecer vínculos con organismos administradores de arbitrajes tanto nacionales como extranjeros que aseguren procesos imparciales y eficientes con costos razonables para las partes. Lo anterior, aunado a programas de capacitación a su personal y a terceros.</p>
<p>La participación dual del Estado como juez y parte.</p>	<p>La autonomía e independencia de un OCA respecto del Ejecutivo, reduce el efecto de la participación dual del Estado como juez y parte y aunque no la elimina, ofrece un mayor nivel de certidumbre sobre la imparcialidad en sus actuaciones y resoluciones.</p> <p>Aunado a lo anterior, el nivel de preparación profesional de sus integrantes regularmente tiene como efecto un mayor nivel de objetividad en el estudio y análisis de los proyectos, de la documentación vinculada con los</p>

Problemática	Ventajas funcionales de una UIPP/OCA
	mismos y de cualquier diferencia que pueda existir entre las partes.
Corrupción.	<p>La única manera eficiente de eliminar esta terrible práctica en nuestro país es la aplicación del estado de derecho.</p> <p>Un OCA, por su carácter autónomo, la transparencia en sus procesos y actuaciones, el desarrollo de sus órganos de vigilancia y sobre todo el alto nivel de profesionalización de sus miembros, aún cuando no asegura la eliminación de esta práctica, ha mostrado, en la experiencia mexicana, una importante diferencia en relación entre la administración pública centralizada y los OCAs. Éstos, han demostrado tener un compromiso mucho más sólido y eficiente para erradicar la corrupción.</p>
Restricciones a los procedimientos de reequilibrio económico en los proyectos.	<p>Nuevamente el alto nivel de la especialización y la autonomía de estos órganos permitirá la expedición de políticas públicas y de regulación que provean las mejores condiciones para el desarrollo de esquemas más eficientes y seguros en relación con el reequilibrio económico de los proyectos de inversión público-privada.</p> <p>Este órgano podrá promover un más adecuado equilibrio entre las restricciones que sobre este particular se contienen en disposiciones legales y en los documentos que instrumentan las relaciones jurídicas entre el Estado y los sectores social y/o privado y las pretensiones en muchas ocasiones</p>

Problemática	Ventajas funcionales de una UIPP/OCA
	excesivas de los desarrolladores del proyecto.

Las ventajas que en mi opinión tiene la creación de una UIPP federal y que la naturaleza jurídica de la misma sea un OCA, si bien no resuelve la totalidad de la problemática que los proyectos de coinversión público-privada tienen actualmente en México, sin lugar a dudas ofrecería la mejor alternativa para la mitigación de los riesgos que el desarrollo de estos proyectos tienen para los potenciales inversionistas y financiadores.

En todos los países, en los que se llevan a cabo proyectos de inversión público-privada se presentan problemas de diversos órdenes y magnitudes, que continuamente tienen que resolverse mediante la instrumentación de mecanismos y esquemas que favorezcan la inversión sin afectar las facultades e intereses del Estado. Una de las maneras más eficientes que en diversos países se ha encontrado para los efectos anteriores, es la creación de UIPPs, cuya ubicación en el ámbito administrativo, sus facultades y forma de organización son muy diferentes, tal y como lo comentaremos en el siguiente apartado, pero que han tenido en la mayoría de los casos importantes experiencias de éxito que pueden aprovecharse en México.

6. Facultades y Funciones.

El órgano federal que proponemos ejercería sus facultades en proyectos de infraestructura carretera, puentes nacionales e internacionales incluidos, ferroviaria, portuaria y aeroportuaria, así como sobre cualquier actividad y/o servicio que directa o indirectamente, se vincule con infraestructura de transporte federal y en los que, en términos de la ley, pueda participar la inversión social y/o privada con el Estado.

Es relevante señalar la importancia de determinar las facultades y funciones de un órgano como el que se propone en este trabajo, pues en muchas ocasiones las que se le otorgan no son solo regulatorias y de control, propias de una autoridad, sino también de carácter operativas e inclusive de construcción y financieras. Las más sanas prácticas internacionales que sobre este tema han recomendado diversos organismos internacionales a los que hemos hecho alusión previamente, señalan que estos órganos deben evitar cualquier conflicto de intereses. Por lo anterior, órganos de esta naturaleza que además de regular, controlar y supervisar las actividades propias de su jurisdicción, construyen, operan, mantienen, conservan y/o financian proyectos, sin lugar a dudas, se encontrarán en situaciones de conflicto de intereses, además de distraerse de manera importante de sus funciones originarias y fundamentales de autoridad.

Considero que las funciones generales que este OCA debe tener son las siguientes:

- a) Elaborar y proponer al Ejecutivo para su inclusión en el Plan Nacional de Desarrollo y en el Programa Nacional de Infraestructura, la relación de proyectos de infraestructura público-privada que en el sector de transporte federal deban llevarse a cabo, estableciendo su jerarquía y los tiempos conforme a los cuales deberán ser desarrollados, fijando para cada uno de ellos el plan de actividades necesario para su licitación, construcción y puesta en marcha que incluya todas las actividades y requerimientos político-sociales, económico-financieros y jurídicos necesarios para tales efectos.
- b) Analizar, evaluar, desarrollar y proponer al Poder Ejecutivo la implementación de políticas públicas que en forma consistente y armonizada con el Plan Nacional de Desarrollo y el Programa Nacional de Infraestructura estructuren el marco político-social, económico-financiero, jurídico y técnico conforme al cual se lleven a cabo todas las actividades tendientes a la realización de proyectos de infraestructura pública en materia de transporte.

- c) Promover y desarrollar actividades de coordinación en relación con requerimientos para el desarrollo de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente con otras dependencias y entidades de la administración pública federal, así como con el Poder Legislativo y, eventualmente, el Judicial.
- d) Evaluar las leyes y demás regulaciones aplicables a los proyectos de esta naturaleza, proponer en las instancias correspondientes la expedición o modificación de la regulación existente, y en el ámbito de sus facultades, emitir las disposiciones legales y resoluciones que considere convenientes o necesarias. Lo anterior con el objetivo de crear una estructura jurídica coherente y consistente tanto con el sistema jurídico nacional como entre dichas disposiciones.

Sobre este particular, me parece especialmente relevante hacer algunas consideraciones en torno a la facultad que un órgano de esta naturaleza tiene para emitir regulación, no solo para efectos internos como ya se ha señalado previamente, sino que resulten también aplicables a todos los que se ubiquen en el supuesto normativo correspondiente. En este orden de ideas, resulta pertinente considerar lo expuesto por el Maestro Gabino Fraga en su estudio comparativo “Las Facultades ‘Cuasi-Judiciales’ de la Administración”, que resulta también aplicable para las actividades administrativas del OCA que en el presente trabajo se proponen y en el cual señala que el crecimiento de la población y de sus necesidades ha tenido como efecto la ampliación de las facultades del Poder Ejecutivo, no solo en el ámbito administrativo, sino que se le otorgaron facultades legislativas y judiciales.

En los sistemas jurídicos de Estados Unidos de América e Inglaterra se han denominado “cuasi-judiciales” a las facultades que se le han otorgado al Ejecutivo para la resolución de controversias .

El licenciado Gustavo Alanís F., en su artículo “Ampliación de la Esfera de la Administración Pública”, refiere a diferentes corrientes doctrinarias respecto

a las facultades de los poderes tradicionales del Estado para realizar ciertas actividades que esencialmente corresponden a alguno de los otros y señala que una de ellas afirma que la doctrina de división de poderes no debe ser interpretada como originalmente fue planteada y que debe adecuarse a los requerimientos del Estado moderno. De lo anterior, debe concluirse que, al lado de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, deben reconocerse a otros de carácter secundario, que tienen funciones “híbridas”, lo cual no implica que se sustraiga íntegramente esa facultad del poder a quien originalmente le corresponde. Lo anterior no es contrario a la división de poderes, toda vez que ninguno de éstos pierde facultad alguna, por el contrario, el Estado cumplirá de mejor manera con las funciones que tiene encomendadas.

No debemos olvidar que la razón de ser primigenia de la división de poderes fue esencialmente evitar que se concentrara en una sola persona el poder del Estado y mantener un equilibrio y control del ejercicio de ese poder. En este sentido, la creación de OCAs, lejos de constituir una violación al principio de división de poderes, contribuye a la finalidad de la misma estableciendo mecanismos adicionales de control de poder y haciendo más eficientes las funciones del Estado en beneficio de la ciudadanía.

La SCJN ha emitido jurisprudencia respecto a la división de poderes prevista en el artículo 49 de la CPEUM y ha señalado que el principio sobre el que ésta se sustenta es evolutivo y flexible porque lo que puede adaptarse en el tiempo y proyectar “su ideal regulativo de pesos y contrapesos”, considerando que la estructura del poder público no es estática sino dinámica. Así, en relación al Instituto Federal de Telecomunicaciones, que es un órgano constitucional autónomo, la SCJN estableció que éste tiene “la facultad cuasi-legislativa, necesaria para su fin institucional, denominada facultad regulatoria, cuyos límites en relación con las facultades de producción normativa de los otros Poderes, por ejemplo, del Legislativo,

deben determinarse caso por caso, buscando siempre un balance. Sin embargo, cualquier afirmación en torno a que no puede ejercer una facultad de producción normativa de carácter general, por la única razón de que la facultad legislativa sea monopolio exclusivo del Poder Legislativo, debe rechazarse” .

Siguiendo la interpretación de la Corte antes referida, el OCA propuesto en este documento puede y debe tener facultades para emitir normas de carácter general en el ámbito de sus atribuciones y como he señalado previamente, con estricto apego a lo que disponga al efecto el artículo constitucional conforme al cual sea creada y la ley específica que establezca su estructuración y funciones.

- e) Analizar, evaluar, desarrollar y emitir programas y guías con contenidos de alta calidad, que sirvan de guía para todos los que participen en proyectos de inversión público-privada en el sector de transporte federal.
- f) Desarrollar políticas que promuevan las buenas prácticas en las actividades materia de su gestión tanto con otras entidades del sector público, como con los sectores social y/o privado y financiero.
- g) Elaboración de formatos de documentos mediante los cuales se instrumenten los proyectos de inversión público-privada, que permitan la uniformidad de los mismos y cuyo contenido refleje los requerimientos de todas las partes involucradas, las mejores prácticas administrativas, jurídicas y económicas y la mayor precisión en los términos y condiciones de los derechos y obligaciones de las partes participantes en los proyectos.
- h) Llevar a cabo estudios y análisis de mercado tanto en México como en el extranjero para determinar los potenciales inversionistas en los proyectos a su cargo y sus requerimientos, las condiciones nacionales e internacionales

del mercado correspondiente y la promoción de los proyectos, participando conjuntamente con dependencias y entidades del sector público y privado para estos efectos.

- i) Realizar los estudios y análisis necesarios para determinar los requerimientos de infraestructura de transporte en el país, jerarquizarlos conforme a los criterios generales que al efecto expida el propio órgano y establecer los requerimientos técnicos, económico-financieros, político-sociales y jurídicos necesarios para su desarrollo.
- j) Participar en la definición y estructuración de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente y realizar todos los estudios y análisis para evaluar la rentabilidad económica y social de los proyectos.
- k) Establecer las políticas públicas, directrices y criterios para la administración y desarrollo de los proyectos a su cargo, homologando así no solo los criterios de selección, sino también la forma, términos y condiciones en que los proyectos deban estructurarse según su naturaleza, características, período de análisis y desarrollo, realización de actividades necesarias para su consecución, y elaboración de programas que permitan dar seguimiento al cumplimiento de las obligaciones de quienes las desarrollen y la medición de los beneficios que generen.
- l) Crear una base de datos, en la cual se incluyan los proyectos potenciales, los que se encuentren en curso de realización, los que hayan sido desarrollados y los resultados de los mismos, la información respecto a las ventajas y desventajas que se hayan encontrado durante el desarrollo de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en cualquiera de sus etapas, una relación detallada de experiencias resultantes de los proyectos en los ámbitos político-social, económico-financiero, técnico y jurídico, información estadística, así como información y documentación de

experiencias internacionales y ligas y conexiones para tener acceso a datos de otras UIPPs tanto en México como en otras partes del mundo.

- m) Establecer los requerimientos mínimos con los que deben contar asesores externos que requieran ser contratados para el cumplimiento de sus funciones, estableciendo los servicios que pueden subcontratarse y el alcance de los mismos.

De igual manera, deberá hacer los estudios de mercado necesarios para poder establecer las tarifas máximas por hora o por el importe de trabajos específicos y proyectos, los cuales deberán ajustarse conforme a las condiciones de mercado en México de los prestadores de servicios correspondientes.

Otra responsabilidad a su cargo sería la creación y administración de un registro de prestadores de servicios que sería enormemente conveniente para evitar que en cada proceso de selección, se solicite a los participantes nuevamente toda su información técnica, legal y contable-financiera.

Considero especialmente relevante que la UIP desarrolle en forma paralela un programa que permita que nuevos proveedores de servicios puedan ir adquiriendo experiencia para que más adelante puedan participar de manera completa en estos programas.

- n) Organizar y dirigir los comités de supervisión y vigilancia de los proyectos. Sobre este particular será fundamental establecer los criterios y niveles de cumplimiento de las obligaciones que los sectores social y/o privado deban cumplir en el proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente correspondiente.

Actualmente, es una práctica común que en los contratos o concesiones conforme a los cuales se realizan los proyectos de inversión público-privada, se establezcan los “Estándares Mínimos de Desempeño”, asignándose a cada uno de ellos el monto de la contraprestación pactada que se deducirá como consecuencia de su incumplimiento, independientemente de la aplicación de ciertas penalidades o en algunos casos, el pago de daños y perjuicios. Lo anterior hace que la supervisión de los proyectos resulte especialmente relevante.

En adición a lo anterior, el concesionario o desarrollador, según sea el caso, se obliga a contratar, con cargo a los recursos del proyecto (regularmente administrados a través de un fideicomiso de administración, garantía y fuente de pago) a una persona física o moral que supervisa el cumplimiento de las obligaciones del desarrollador o concesionario.

La contratación de este “tercero independiente” presenta en la práctica diversos inconvenientes, como son: i) reportan directamente a la entidad o dependencia correspondiente, pero son contratados por el sujeto supervisado con cargo a los recursos del proyecto; ii) quien instruye al supervisado qué persona debe contratar para estos efectos es la propia dependencia o entidad. Con este mecanismo el sector público evita la licitación de estos servicios y la necesidad de presupuestarlos.

Sobra decir que esta práctica pone en tela de juicio la imparcialidad con la que se selecciona al supervisor y que los montos que le sean cubiertos ofrezcan las mejores condiciones económicas, pues si bien no es el sector público quien lo paga, evidentemente los participantes en el proceso de licitación internalizan el costo del supervisor y finalmente, quien lo cubre es el sector público en el caso de contratos APP o los usuarios en el caso de concesiones.

En México hay varios ejemplos a nivel federal en donde la actuación de los supervisores ha sido cuestionada por mostrar favoritismos tanto con las dependencias o entidades del gobierno como con los desarrolladores de los proyectos. El control de los supervisores por la UIPP podría evitar o al menos reducir de manera importante estas prácticas viciosas.

Hoy en día, desafortunadamente, hay muchos casos en los que los desarrolladores o concesionarios hacen acuerdos al margen de la ley tanto con las autoridades como con los supervisores, para evitar la aplicación a partir de interpretaciones excesivamente sólidas de criterios para determinar el incumplimiento de los estándares de desempeño, con lo cual se continúa con las prácticas de corrupción que con urgencia requieren eliminarse en nuestro país.

Otro aspecto que me parece relevante considerar en relación con la supervisión de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en México, es el alcance de la misma y la determinación de quién deberá llevarla a cabo. Por lo que respecta al tema específico que nos ocupa, la LCPAF no contiene disposiciones expresas sobre la supervisión de las carreteras que son concesionadas, o bien, de aquellas que se construyen a través de un esquema típico de PPS y las obligaciones y alcances de esta actividad se han incluido en los títulos de concesión y en los contratos PPS celebrados para la construcción, rehabilitación, operación y/o conservación de carreteras.

La supervisión de proyectos de inversión público-privada tuvo en el pasado, toda vez que los términos, condiciones y alcances de ésta eran diferentes no solo en proyectos de diferentes formas de transporte, sino dentro del mismo sector específico. En diferentes proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en carreteras, las características y condiciones establecidas para la supervisión tanto en la etapa de construcción como en la de operación eran

diferentes, lo cual dificultaba a la autoridad verificar el adecuado cumplimiento de esta función a cargo de los supervisores.

Cabe señalar que en la supervisión de estos proyectos debemos considerar dos niveles principales: a) la supervisión del proceso para la adjudicación de un proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente y b) la supervisión de la construcción, rehabilitación, operación, mantenimiento y conservación del mismo que regularmente se divide en la supervisión de construcción y rehabilitación y en la de operación, mantenimiento y conservación. En el caso de concesiones en las que el concesionario tiene la explotación del proyecto, la autoridad se reserva el derecho de supervisión de la contabilidad de esta última, cuando conforme al título de concesión el Estado tiene derecho a participar de los beneficios económicos de la concesión a partir de que el concesionario alcanza cierto nivel de ingreso la TIR manifestada en su proposición.

Por lo que corresponde a la supervisión del proceso para la adjudicación del proyecto, la SFP, conforme a lo dispuesto en el artículo 37 LOAPF, específicamente en sus fracciones IV, V, VIII, IX, XXI y XXIX, entre otras, tiene facultades para verificar y supervisar los procesos para la adjudicación de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente. Así también, el artículo 125 de la LAPP establece que corresponde a esta dependencia la supervisión en la preparación, inicio y adjudicación de los proyectos de asociaciones público-privadas, así como de los demás actos regulados por esa ley, salvo tratándose de aspectos de carácter técnico, incluida la prestación de servicios o ejecución de obras y, en general, el cumplimiento y desarrollo de los proyectos. Lo anterior sin perjuicio de las facultades que tiene la Comisión Federal de Competencia Económica en el ámbito de sus atribuciones para revisar los procesos de licitación o concurso.

En ocasiones, en algunos procesos de asociación público-privada, se han invitado a diversas instituciones y empresas de reconocido prestigio del sector social y/o privado, incluyendo organismos no gubernamentales (ONGs), para fungir como supervisores adicionales que garanticen a los participantes la transparencia del proceso respectivo.

Por lo que corresponde a la supervisión de aspectos de carácter técnico de los proyectos como son la construcción, rehabilitación, operación, mantenimiento y conservación de los mismos y en algunos casos, como hemos previamente señalado, de carácter técnico-contable, regular pero no únicamente dicha supervisión se encuentra a cargo de la dependencia o entidad contratante.

En este orden de ideas, el artículo 125, segundo, tercero y cuarto párrafos y el artículo 126 de la LAPP, establecen que los aspectos de naturaleza técnica no serán objeto de la supervisión de la SFP y la supervisión de la prestación de servicios, ejecución de la obra y, en general, del cumplimiento y desarrollo del proyecto respectivo, estará a cargo únicamente de la dependencia o entidad contratante y de las que, en su caso, resulten competentes. El capítulo décimo de la ley citada contiene disposiciones relativas a la supervisión de proyectos, que básicamente se limitan a señalar la obligación de la dependencia o entidad correspondiente, de integrar un expediente con la documentación relativa al proyecto.

En la práctica la supervisión técnica y, en su caso, técnico-contable, la realiza la dependencia o entidad contratante a través de terceros contratados por el supervisado con los efectos antes comentados.

En mi opinión, la segmentación en la supervisión de los proyectos impide en la mayoría de las ocasiones, poder contar con una visión total y completa del proyecto, desde su diseño, licitación, adjudicación, construcción, operación,

mantenimiento y conservación y, finalmente, la entrega de los activos correspondientes al Estado, al vencimiento de la concesión o del contrato correspondiente, según sea el caso.

En los proyectos a largo plazo como los que se analizan en este trabajo, es fundamental poder dar un seguimiento integral para entender sus objetivos, funciones, las condiciones político-sociales, económicas, técnicas y jurídicas conforme a las cuales se estructuró y llevó a cabo, así como los cambios que estas condiciones sufran a lo largo del desarrollo del proyecto y, así, poder evaluar y supervisar el desempeño del concesionario o desarrollador y con ello, conjuntamente con todas las partes involucradas, se puedan adoptar las decisiones y, en su caso, aplicar las sanciones que resulten necesarias, pero siempre con la finalidad de mantener el proyecto de infraestructura operando y prestando sus servicios a los usuarios del mismo, con seguridad, continuidad, eficacia y eficiencia.

Para lo anterior, sugiero que la supervisión sea general, de manera que ésta se lleve a cabo de forma integral, tanto en las actividades que se llevan a cabo en torno al mismo en la etapa previa a la licitación, durante el proceso de la misma hasta el otorgamiento de la concesión o la firma del contrato correspondiente, así como a lo largo de la vigencia del instrumento jurídico conforme al cual se estructure e, inclusive, una vez concluida la vigencia de éste hasta la entrega-recepción de los activos y la solución de cualquier conflicto que pudiera derivarse entre las partes.

Alcanzar el objetivo antes expuesto resultará más fácil y eficiente si lo realiza un solo organismo, aun cuando se apoye para ello con terceros. Evidentemente, el OCA propuesto sería un vehículo idóneo para los efectos antes señalados, especialmente considerando que sería este órgano quien establecería los criterios y parámetros conforme a los cuales deberá llevarse

a cabo la supervisión general de un proyecto, según el área específica de transporte del que se trate.

- o) Otorgar contratos, concesiones, permisos y autorizaciones y negociar los términos y condiciones de los mismos, según la naturaleza jurídica de la estructuración del proyecto y recibir los aprovechamientos que por su expedición correspondan. Así también deberá estar facultada para renegociar los instrumentos jurídicos antes señalados y los alcances de la reestructuración correspondiente.

Esta última facultad es de enorme trascendencia, toda vez que los contratos en materia de infraestructura son de largo plazo y en la mayoría de los casos, de muy largo plazo. Conforme al derecho mexicano hay concesiones, como en el caso de ferrocarriles, puertos (administraciones portuarias integrales), aeropuertos y cesiones parciales de derechos de concesión en materia portuaria, cuya vigencia es de 50 años, prorrogables por un período igual. Tratándose de carreteras, la LCPAF establece plazos de vigencia de las concesiones de hasta 30 años cuando hay inversión por parte de los sectores social y/o privado y de 20 años, tratándose de aprovechamiento de activos (sin inversiones adicionales de los desarrolladores o concesionarios), en ambos casos prorrogables por períodos iguales.

Evidentemente es imposible prever todos los cambios en las condiciones prevalecientes a la fecha de la celebración de los contratos u otorgamiento de los títulos de concesión y la forma y términos en que tienen que ser resueltos. Por lo anterior, resulta indispensable incluir en los documentos legales correspondientes, las políticas y criterios conforme a los cuales pueden llevarse a cabo modificaciones a los mismos.

Merece especial consideración, el reequilibrio económico de los contratos y concesiones cuando por circunstancias totalmente fuera del alcance de los

desarrolladores o concesionarios e, inclusive, de la propia entidad o dependencia contratante, la realización de los proyectos y/o la operación, explotación, mantenimiento y conservación de los mismos resultan económica y/o financieramente inviables. Para estos efectos, la LAPP establece en su artículo 119, la posibilidad de restablecer el equilibrio económico cuando: "... aumente sustancialmente el costo de ejecución del proyecto, o se reduzcan, también, sustancialmente los beneficios a su favor."²⁵²

En mi opinión, el bien tutelado por esa disposición es correcto, sin embargo, este ordenamiento lo limita de manera relevante y a mi juicio excesiva, pues únicamente resulta aplicable cuando el desequilibrio económico se deriva de "... un acto administrativo, legislativo o jurisdiccional de autoridad competente."

La visión reduccionista del legislador sobre este particular presenta potenciales problemas tanto para los desarrolladores y/o concesionarios como para los financiadores y para los proyectos mismos, pues existen otra clase de elementos externos que pueden afectar el equilibrio económico de un contrato o de un título de concesión, y que no son actos de autoridad. Ejemplos de lo anterior hay muchos, como el incremento en los precios del asfalto, derivado de la salida temporal del mercado por parte de Pemex para producir esta materia prima fundamental para las carreteras de nuestro país, el incremento del precio del acero, la sobredemanda del equipo de dragado, la aparición de condiciones de obra imposibles de prever, como es el caso de la construcción de túneles y realización de cimentaciones profundas, devaluaciones, y lamentablemente hoy en día, la presencia del crimen organizado, así como otras condiciones sociales, técnicas y/o económicas que pueden impactar negativamente el equilibrio económico de un proyecto.

²⁵² Ley de Asociaciones Público Privadas, artículo 119, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

La UIPP podrá generar las políticas generales para una aplicación más justa y eficiente del equilibrio económico y promover las modificaciones regulatorias correspondientes para los efectos antes señalados.

Me parece conveniente que la UIPP, como lo hace la Comisión Federal de Competencia Económica, haga públicas sus resoluciones, lo que permite crear importantes precedentes que ofrecen coherencia en la labor del propio órgano y seguridad jurídica.

- p) Expedir lineamientos generales para la negociación de financiamientos. La participación del Gobierno Federal en el financiamiento de los proyectos se ha dirigido esencialmente al otorgamiento de la totalidad o parte del crédito requerido para la realización de un proyecto de inversión público-privada a través de la Banca de Desarrollo y a la obligación del sector social y/o privado de obtener el financiamiento que resulte necesario para el desarrollo del mismo.

Como una obligación tangencial en los contratos y concesiones, la autoridad regularmente solicita que se le entregue copia de los contratos de financiamiento. En lo personal, este requisito me parece excesivo e innecesario, considerando que, al menos la SICT, no revisa los términos y condiciones de los mismos, ni cuenta con el personal suficiente y debidamente capacitado para estos efectos. Adicionalmente, si tuviera que aprobar el contenido y alcance de los contratos de financiamiento, se convertiría de facto en una parte más de éstos, lo que haría más complicado la contratación de los créditos.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, en realidad las entidades y dependencias que lleven cabo los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente deberían de contar al menos con políticas generales que debieran

seguirse por las entidades financieras y los particulares, toda vez que, como he señalado previamente, el sector público se obliga en los contratos APP a dividir las contraprestaciones que se pagan al desarrollador en dos grandes grupos. El primero, que es una cantidad que no puede ser objeto de deducciones o restricciones en el pago y cuya finalidad es pagar los financiamientos del proyecto y, el segundo, que comprende todos los demás rubros de gastos y costos del proyecto y la tasa interna de retorno del desarrollador y al cual se aplican todas las deductivas, penalidades y sanciones por incumplimiento.

De igual manera, en caso de terminación anticipada del contrato APP o de la concesión, se establece contractualmente un compromiso por parte de la autoridad contratante de tomar todas las acciones necesarias para que se pague el o los financiamientos contratados para el proyecto. Esta clase de acuerdos pueden ser cuestionados respecto a su validez y eficacia jurídica, pues ninguna dependencia o entidad puede comprometer recursos fiscales, por lo que únicamente podrá solicitar su inclusión en el Presupuesto de Egresos de la Federación, ya sea en forma plurianual o anual.

Nunca ha dejado de sorprenderme que las instituciones financieras y asesores en esta materia, tengan la más absoluta seguridad de que en caso de una terminación anticipada, el Gobierno Federal se encuentra obligado directamente a pagar los créditos contratados. Lo anterior, especialmente tratándose de concesiones, donde la plurianualidad no opera por ministerio de ley.

En mi opinión, la UIPP no debería intervenir en la negociación de los contratos de crédito, pero si establecer políticas generales y emitir la regulación correspondiente que impida un eventual abuso por parte de los financiadores respecto de penalidades por terminación anticipada del contrato de crédito, intereses moratorios fuera de mercado, forma y términos

para continuar pagando el crédito y limitar su obligación de restitución, a los recursos efectivamente aplicados al proyecto con costos de mercado al momento de su erogación. Lo antes expuesto permite alinear de manera adecuada los intereses de todas las partes en beneficio del proyecto.

- q) Seguimiento y monitoreo de la administración y ejecución del proyecto. Una labor fundamental en los proyectos de infraestructura es el seguimiento puntual a la administración y ejecución del proyecto, incluyendo en este último no solo la construcción, sino su operación, explotación, mantenimiento, conservación y su entrega al Estado una vez concluida la vigencia original del contrato o del título de concesión o, en su caso, de la prórroga respectiva.

La legislación, los contratos y los títulos de concesión contienen disposiciones cuya finalidad es mitigar la mayor cantidad de riesgos posibles para el proyecto, como son: (i) requerir la constitución de una empresa de propósito específico y la obligación solidaria de los participantes ganadores de la licitación o concurso respecto del cumplimiento de los contratos y/o del título de concesión; (ii) la obligación de presentar información financiera y contable, (iii) elaborar programas de calidad. (iv) proporcionar cualquier otra información que le sea requerida por la autoridad contratante, y (v) contar con el apoyo de los supervisores.

A pesar de lo anterior, existen un sinnúmero de variables que pueden afectar un proyecto y que requieren de atención especial tanto para su prevención como para su solución inmediata, para lo cual es indispensable que los desarrolladores o concesionarios cuenten con estructuras administrativas suficientemente sólidas y la autoridad contratante con mecanismos de monitoreo que le permitan observar cualquier potencial problema en los proyectos, ya sea de carácter político-social, económico-financiero, técnico y/o jurídico.

Una UIPP podrá contar con mucho mejores elementos para poder detectar potenciales problemas en cualquiera de los proyectos, pues tendrá una interacción muy directa con otras dependencias y órganos de gobierno con los que pueden intercambiar información, tendrá conocimiento de las condiciones generales del sector al interactuar con diversos participantes como son el sector social, el privado y el financiero, y podrá contar con personal altamente calificado para llevar a cabo esa labor, reduciendo el riesgo de posibles afectaciones a la prestación de servicios públicos a través de proyectos de inversión público-privada.

- r) Actuar como árbitro y mediador para la solución de controversias entre participantes en un proyecto de inversión público-privada, así como para dirimir controversias entre éstos y el Gobierno Federal.

La facultad de actuar como árbitro merece también una consideración especial en la que se analice el alcance de esas facultades y se evite cualquier posible conflicto de intereses. En este orden de ideas, considero que una estructura como la que se propone para el OCA en materia de transporte, el alto grado de especialización de sus miembros, la experiencia tanto individual como colectiva en materia de proyectos de inversión público-privada en el sector referido, su participación en la creación de políticas públicas y normativa de aplicación general, le otorgan un extraordinario valor y elementos excepcionales para poder contribuir a la resolución de controversias a través de este medio alternativo, que en mi opinión encuentra una de sus principales justificaciones en el necesidad de contar con un alto grado de especialización de quienes tienen a su cargo la solución de un conflicto entre partes.

Evidentemente, el OCA propuesto no podría actuar como árbitro respecto de actos en los que éste intervenga directamente, pero si respecto de conflictos

que surjan entre terceros en materia de inversión público-privada en transporte, incluidas entidades y dependencias del Ejecutivo y el sector social y/o privado, en cualquiera de sus instancias. Lo anterior, considerando su grado de autonomía respecto del Ejecutivo y de cualquier grupo de interés económico del sector social y/o privado. Si bien un OCA pertenece al Estado, éste no se encuentra sometido a la influencia directa del Ejecutivo, que en última instancia es quien realiza los actos de autoridad en relación con los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente.

En el capítulo IV, apartado 2, numeral 2.1, en el rubro de Inversión Extranjera, incluí una consideración en relación a las restricciones que para someter diferencias derivadas de proyectos de inversión público-privada a un procedimiento arbitral, se establecen en la legislación mexicana y los efectos poco deseables que esa restricción genera en los inversionistas, instituciones financieras y tecnólogos que participan directa o indirectamente en esta clase de proyectos.

La inclusión de la facultad en comento en el OCA podría ofrecer una solución a la problemática aludida en el párrafo anterior, pues las diferencias que surgieran entre la entidad o dependencia contratante y los inversionistas o entre éstos, podría someterse a arbitraje ante este órgano independientemente, es decir, que podrían someterse diferencias no solo de carácter técnico y económico-financiero, sino también de carácter jurídico y en especial de actos de autoridad, que actualmente solamente pueden someterse a la jurisdicción de los tribunales federales o someterse a un arbitraje internacional en relación a sus efectos conforme a los acuerdos de protección recíproca de inversiones y tratados de libre comercio.

Experiencias en otros países de órganos similares con esta facultad han mostrado una gran aceptación de todos los sectores, basadas en la autoridad moral y alto grado de preparación de sus miembros.

En el sistema jurídico mexicano encontramos algunos ejemplos de entidades que tienen facultades para fungir como árbitros. El Capítulo II del Título V de la Ley de Protección y Defensa al Usuario de Servicios Financieros, relativo al procedimiento de arbitraje en amigable composición y en estricto derecho, establece los términos y condiciones conforme a los cuales la Comisión en comento podrá fungir como árbitro para resolver diferencias entre las instituciones financieras y los usuarios de éstas e incluye las diferentes etapas del procedimiento arbitral tanto en amigable composición como de estricto derecho. Desafortunadamente, en su artículo 78, prevé la posibilidad del juicio de amparo contra el laudo correspondiente, lo cual contraviene la esencia del laudo arbitral y los principios que rigen no solo en el derecho mexicano sino en muchos sistemas jurídicos esta forma alternativa de resolver diferencias.

Otro ejemplo, también de un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal, es la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, que en el artículo 117 de la Ley que lo regula se establece que esta entidad podrá actuar como árbitro entre consumidores y proveedores cuando éstos la designen para dirimir alguna controversia y aun cuando esta facultad se limita a diferencias que no excedan, hoy en día la cantidad de \$411,606.67 pesos, tratándose de personas físicas o morales que adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación de servicios a terceros , también constituye un claro ejemplo de la facultad arbitral que tienen ciertos organismos públicos.

Un caso más es la Comisión Nacional de Arbitraje Médico, organismo descentralizado del sector público, que como señala la fracción V del artículo 4º de su decreto de creación, tiene facultades para fungir como árbitro y

pronunciar los laudos que correspondan cuando las partes se sometan expresamente al arbitraje.

En este orden de ideas, si organismos descentralizados del sector público fungen como árbitros y se encuentran debidamente facultados para ello conforme a las leyes que los regulan o los decretos que los crean, con mayor razón un OCA, que aun cuando forma parte del Estado no es parte integrante del Ejecutivo, lo que le otorga por su nivel de autonomía, experiencia, capacidad de sus funcionarios, conocimiento de las diferentes materias que pueden ser objeto del arbitraje, características idóneas para poder prestar este servicio a las partes involucradas en proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, por supuesto, siempre que no tenga conflicto de intereses.

- s) La posibilidad de incluir mecanismos alternativos para la solución de controversias en proyectos de esta naturaleza ya se considera en el Capítulo Duodécimo de la LAPP que incluye: a) la posibilidad de constituir un comité de expertos integrado por tres miembros, uno por cada una de las partes y el tercero en discordia por los primeros y cuyo dictamen aprobado por unanimidad de sus miembros, serán obligatorio para las partes. b) un procedimiento de conciliación ante la SFP y c) en procedimiento arbitral de estricto derecho.

De las alternativas antes señaladas, solo la relativa al comité de expertos y el arbitraje constituyen esquemas que vinculan jurídicamente a las partes si se cumplen los requisitos y formalidades correspondientes. Sin embargo, en el primer caso solo pueden someterse a su conocimiento y eventual resolución resolver, temas de naturaleza técnica o económica y en el segundo, no pueden ser materia del mismo, la revocación de concesiones y autorizaciones en general ni los actos de autoridad, que solo pueden resolverse por los tribunales federales.

Las restricciones antes referidas resultan, en mi opinión, inconsistentes con la posibilidad de someter a arbitraje los actos de autoridad, cuando éstos violentan los intereses de inversionistas extranjeros, quienes pueden dirimir sus diferencias con el Estado Mexicano, a través del procedimiento señalado, con fundamento en los Acuerdos Para la Protección Recíproca de Inversiones o en los Tratados de Libre Comercio que tiene celebrados y ratificados por nuestro País. Más aún, resulta que los extranjeros tienen mejores condiciones que los nacionales sobre este particular, pudiendo ser más conveniente para un inversionista mexicano participar en un proceso de inversión público privada en México, a través de una sociedad extranjera nacional de un país con el que México tenga celebrado alguno de los instrumentos internacionales referidos, para acceder a este beneficio, que en el tema de inversiones público-privadas, resulta de especial conveniencia para garantizar la protección de derechos de los inversionistas y financiadores.

Por lo anterior, resulta especialmente relevante la posibilidad de que la UIPP, en tanto órgano autónomo y con independencia de los poderes ejecutivo y legislativo y con personal altamente calificado, pueda llevar a cabo arbitrajes y contar con un grupo de expertos, que pueden ser o no funcionarios de la misma, para facilitar la solución de controversias en temas como el que nos ocupa en este trabajo.

- t) Establecer los términos y condiciones conforme a los cuales deben integrarse los archivos de cada uno de los proyectos, creando así una guía de gestión documental que facilite la consulta de la información y documentación de los mismos y que finalmente harán más eficiente la realización de los denominados “libros blancos”, que son los documentos que contienen toda la documentación concerniente a un proyecto.

- u) Definir, estructurar, supervisar y dar seguimiento a los mecanismos y programas a través de los cuales se de publicidad a los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficientes en sus diferentes etapas.

Es especialmente relevante considerar que una vez definidas las funciones de la UIPP como OCA, se establezca un mecanismo obligatorio de revisión y adecuación de sus ámbitos de competencia, así como de las políticas, regulación y criterios que emita para adecuarlos a la realidad, según el momento de que se trate, para evaluar la eficiencia y eficacia de las mismas, mejorarlas y adoptar las mejores prácticas que este órgano desarrolle en México.

7. Estructura organizacional.

Tal y como lo ha señalado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la CPEUM no contiene una disposición específica que autorice la creación de OCAs, por lo que la forma, términos y condiciones en que éstos deben estructurarse, llevar a cabo sus funciones y el alcance de sus facultades, se determinan en cada caso por el legislador cuando se incluyen en nuestra Carta Magna.

La forma en que la CPEUM regula a las OCAs es muy diversa y carece de un sistema y parámetros uniformes. Lo anterior a diferencia de otros países de nuestro continente, en donde se estructuran los OCAs en forma general, estableciéndose expresamente sus formas de actuación y coordinación, como es el caso de Bolivia, Ecuador y Venezuela²⁵³.

En la CPEUM se contiene una extensa regulación en el caso de ciertos OCAs que, en nuestra opinión, es excesiva para incluirse en una constitución y que en buena parte debería ser materia de la ley especial correspondiente. Tales son los casos de la Comisión Federal de Competencia Económica, del Instituto Federal de Telecomunicaciones y del Instituto Nacional Electoral, en donde la disposición Constitucional llega al grado de señalar los requisitos que los comisionados deberán

²⁵³ Ruiz, José Fabian, *Ibidem*, p. 8.

reunir para ser elegibles, la obligación de otorgar concesiones mediante licitación pública, obligaciones generales de transparencia y acceso a la información de los órganos de gobierno y restricciones a los miembros de los órganos de decisión para desempeñar otros empleos, temas que son claramente materia de una disposición secundaria y no propias de una constitución.

Es así que las disposiciones constitucionales para los distintos OCAs resultan, en nuestra Constitución, muy diversas e inconsistentes en cuanto a su técnica jurídica, contenido y alcances de la propia regulación.

Ante las omisiones e inconsistencias constitucionales antes referidas, hice un análisis de la regulación de seis OCAs respecto a su estructura organizacional, elegibilidad y designación de sus órganos de decisión y dirección, la temporalidad de sus integrantes y funcionarios, la manera en que éstos pueden ser sustituidos y las características de su órgano de vigilancia que nos permiten analizar en cada supuesto, cuál puede ser la mejor práctica para considerarlas en el OCA que en este trabajo se propone.

ÓRGANO	ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA	MIEMBROS	DURACIÓN	REELECCIÓN	ELEGIBILIDAD	REMOCIÓN
COFECE	Pleno. Presidente. Autoridad Investigadora. Secretaría Técnica Dirección General de Asuntos Contenciosos.	7 comisionados, de los cuales uno será designado presidente	Presidente 4 años. Consejeros 9 años con períodos de funciones escalonados	Solo el presidente se puede reelegir por un período.	Un comité de evaluación selecciona a los aspirantes que reúnan los requisitos de elegibilidad ²⁵⁵ y envía al Ejecutivo una lista de entre 3 y 5 aspirantes con calificaciones aprobatorias más altas	Por acuerdo de dos terceras partes presentes del Senado, por faltas graves en el ejercicio de sus funciones señaladas en el artículo 23 de la Ley Federal de

²⁵⁵ Conforme al artículo 28 Constitucional, el comité de evaluación se integra por los titulares del Banco de México, el Instituto para la Evaluación de la Educación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

ÓRGANO	ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA	MIEMBROS	DURACIÓN	REELECCIÓN	ELEGIBILIDAD	REMOCIÓN
	<p>Órgano Interno de Control.</p> <p>Unidad de Enlace.</p> <p>Comité de Información.</p> <p>Delegaciones.</p> <p>Otros órganos y unidades determinadas por el Pleno.²⁵⁴</p>				El Ejecutivo elige al candidato y lo propone al Senado para su ratificación por dos terceras partes de los miembros presentes ²⁵⁶ .	Competencia Económica.
IFETEL	<p>Pleno.</p> <p>Presidente.</p> <p>Secretaría Técnica del Pleno.</p> <p>Coordinación Ejecutiva.</p> <p>8 Unidades con actividades específicas.</p> <p>Autoridad investigadora.</p> <p>Centro de Estudios.</p>	7 comisionados, de los cuales uno será designado presidente	<p>Presidente 4 años.</p> <p>Consejeros 9 años con períodos de funciones escalonados</p>	Solo el presidente se puede reelegir por un período.	<p>Un comité de evaluación selecciona a los aspirantes que reúnan los requisitos de elegibilidad²⁵⁸ y envía al Ejecutivo una lista de entre 3 y 5 aspirantes con calificaciones aprobatorias más altas</p> <p>El Ejecutivo elige al candidato y lo propone al Senado para su ratificación por dos terceras partes de los</p>	Por acuerdo de dos terceras partes presentes del Senado, por faltas graves en el ejercicio de sus funciones conforme a la ley aplicable.

²⁵⁴ Comisión Federal de Competencia Económica, *Manual de Organización Institucional*, p. 26.

²⁵⁶ Conforme al artículo 28 Constitucional, último párrafo, señala que: "Todos los actos del proceso de selección y designación de los Comisionados son inatacables".

²⁵⁸ Conforme al artículo 28 Constitucional, el comité de evaluación se integra por los titulares del Banco de México, el Instituto para la Evaluación de la Educación y el Instituto Nacional de Estadística y Geografía.

ÓRGANO	ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA	MIEMBROS	DURACIÓN	REELECCIÓN	ELEGIBILIDAD	REMOCIÓN
	6 Coordinaciones Generales. Órgano Interno de Control ²⁵⁷ .				miembros presentes.	
INEGI	Junta de Gobierno. Presidencia. 9 Direcciones Generales. 3 Coordinaciones Generales. Órgano Interno de Control. Auditoría Interna. Coordinación de Denuncias y Responsabilidades. ²⁵⁹	5 miembros, uno será el presidente y los restantes vicepresidentes.	Presidente 6 años. Vicepresidentes 8 años. El período del presidente escalonado con la presidencia de la República y los vicepresidentes escalonados .	Hasta por dos periodos.	Cumplir requisitos del artículo 69 de la Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica. Los designa el Presidente de la República con la aprobación de la Cámara de Senadores y en sus recesos, por la Comisión Permanente. El Ejecutivo Federal designa al Presidente del Instituto.	El artículo 73 de la ley establece las causas de remoción
CONEVAL	Comité Directivo. Comisión Ejecutiva. Órgano Interno de Control. Secretaría Ejecutiva. Unidades Administrativas.	9 miembros el Titular de la Secretaría de Desarrollo Social o la persona que éste designe, quien presidirá el Comité.	4 años prorrogables por una sola vez	Por una sola vez.	Los designa la Comisión Nacional de Desarrollo Social.	

²⁵⁷ Instituto Federal de Telecomunicaciones, *Manual de Organización General*, pp. 17 y 18.

²⁵⁹ Instituto Nacional de Estadística y Geografía, *Manual de Organización General*, pp. 30 y 31.

ÓRGANO	ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA	MIEMBROS	DURACIÓN	REELECCIÓN	ELEGIBILIDAD	REMOCIÓN
		Seis investigadores académicos en términos de lo previsto por el artículo 85 de la Ley. Un representante de la SHCP. un Secretario Técnico y un Prosecretario designados por el Comité ²⁶⁰ .				
INAI	Pleno. Presidencia. 5 Secretarías. Secretario Técnico. Consejo Consultivo Órgano Interno de Control. ²⁶¹	7 miembros	7 años	No hay reelección.	Deben de reunir los requisitos señalados en el artículo 28 de la Ley Federal de Transparencia de Acceso a la Información. La Cámara de Senadores, previa realización de una consulta a la sociedad, a propuesta de grupos parlamentarios y con el voto de dos	Únicamente conforme al Título IV de la CPEUM y serán sujetos de juicio político ²⁶² .

²⁶⁰ Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social, *Estatuto Orgánico*, art. 10.

²⁶¹ Instituto Nacional de Acceso a la Información, *Manual de Organización*, pp. 35, 36 y 37.

²⁶² Ley Federal de Transparencia de Acceso a la Información, artículo 48, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

ÓRGANO	ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA	MIEMBROS	DURACIÓN	REELECCIÓN	ELEGIBILIDAD	REMOCIÓN
					<p>terceras partes de los miembros del Senado presentes, designarán a los Comisionados.</p> <p>Los nombramientos pueden ser objetados por el Presidente de la República en un plazo de 10 días hábiles. En caso de objeción del Ejecutivo, el Senado presentar una nueva propuesta que debe votarse por tres quintas partes de los miembros presentes del Senado.</p>	
Consejo de la Judicatura Federal	<p>Pleno del Consejo de la Judicatura.</p> <p>Presidencia del Consejo.</p> <p>Consejería.</p> <p>8 Comisiones.</p> <p>Tribunales Colegiados de Circuito.</p>	7 miembros. Lo preside el Presidente de la Suprema Corte de Justicia.	Salvo el presidente del Consejo, los demás durarán 5 años y se sustituyen de manera escalonada.	No hay reelección.	<p>Los miembros del consejo deben reunir los requisitos señalados en el artículo 95 Constitucional.</p> <p>3 consejeros los designa el Pleno de la Corte por cuando menos 8 votos de entre los magistrados de</p>	

ÓRGANO	ESTRUCTURA ADMINISTRATIVA	MIEMBROS	DURACIÓN	REELECCIÓN	ELEGIBILIDAD	REMOCIÓN
	Tribunales Unitarios de Circuito. Juzgados de Distrito. 7 Secretarías Ejecutivas. 3 Institutos. Visitaduría Judicial. Contraloría del Poder Judicial de la Federación.				circuito y jueces de distrito. 2 consejeros los designa el Senado y uno el Presidente de la República.	

7.1 Propuesta de estructura organizacional.

A partir del análisis mostrado en el apartado anterior y de la revisión de organismos similares de otros países conforme se indica en el apartado 8 siguiente, propongo una estructura organizacional con base en las siguientes consideraciones.

Toda vez que la figura de OCAs no se encuentra regulada específicamente en la CPEUM, será necesario modificar ésta para incluir a la UIPP en materia de infraestructura público-privada del transporte en el ámbito federal, conforme a los siguientes lineamientos generales:

1. Establecer que el Estado contará con una Comisión Federal de Infraestructura Público-Privada del Transporte (la Comisión), que será un órgano constitucional autónomo, con personalidad jurídica y patrimonio propio, que tendrá por objeto, regular el desarrollo de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente por dependencias y por entidades del Gobierno Federal en materia de infraestructura del transporte, promover su realización para el desarrollo de la sociedad y de la economía nacional, desarrollar políticas públicas que promuevan la coinversión del sector

público, social y privado conforme a las mejores prácticas en las actividades materia de su gestión, coordinar al Gobierno Federal y a los sectores social y privado para la realización de proyectos objeto de su encargo, realizar los estudios y análisis que en los términos de su regulación específica se requieran para determinar los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en el área de su competencia, programar a corto, mediano y largo plazo la realización de los mismos y autorizar su realización conforme a los términos y condiciones que al efecto determine.

La comisión contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas, expedir la regulación para el uso, aprovechamiento, explotación de bienes del dominio público de la Nación y para la prestación de servicios públicos en materia de transporte, así como para normar cualquier otra actividad que incida en el ámbito de su competencia. Estará facultado para otorgar concesiones y celebrar toda clase de contratos. Tendrá facultades para la supervisión de los proyectos que autorice, así como para revocarlos, rescatarlos, rescindirlos o establecer modalidades respecto de éstos. La Comisión tendrá facultades para expedir las disposiciones legales necesarias para su estructuración, adecuada operación y funcionamiento.

En este mismo orden de ideas la Comisión deberá estar facultada para recibir las garantías de seriedad de las propuestas que presentan los participantes en los procesos de licitación

2. Incluir en los artículos transitorios del decreto de modificación de la CPEUM correspondiente, que el Congreso, en un plazo máximo de un año, deberá expedir la ley específica de la Comisión Federal de Infraestructura Público-Privada del Transporte. En caso de que en el plazo señalado no se expida la ley correspondiente, se aplicaría en primer término, lo dispuesto en la CPEUM, y supletoriamente y en lo que no se oponga a la misma, lo dispuesto

en la Ley Federal de Competencia Económica, por lo que se refiere a la integración y atribuciones del pleno, causas de remoción de sus miembros y de las prohibiciones a los mismos.

La falta de expedición de la ley específica no impedirá que la Comisión Federal de Infraestructura Público-Privada del Transporte expida su manual de organización, en el cual establezca la forma, términos y condiciones específicas de su estructura, operación, disposición de su patrimonio, procedimientos de operación y demás regulación interna que permita el cumplimiento de sus atribuciones.

3. La Comisión Federal de Infraestructura Público-Privada del Transporte se desempeñará y regirá conforme a lo siguiente y a lo que disponga la ley específica que al efecto se expida, en el entendido de que en la ley señalada deberá incluir la obligación del Ejecutivo de expedir el reglamento correspondiente y la propia Comisión deberá emitir su manual de organización²⁶³.
4. Dentro de las facultades específicas de esta Comisión deberán incluirse las siguientes:
 - a) Emitir sus resoluciones con absoluta independencia.
 - b) Disponer y aplicar su presupuesto de forma autónoma. La Cámara de Diputados deberá garantizar la inclusión en el Presupuesto de Egresos de la Federación la suficiencia presupuestal que le permita el cumplimiento eficaz y oportuno de sus funciones. Considero especialmente relevante, establecer en la propia CPEUM, que el

²⁶³ Para efecto de la estructura, formas de elección de las comisionadas, mecanismos de supervisión y atribuciones generales, he incluido en los siguientes incisos diversas disposiciones que aplican a la Comisión de Competencia Económica que, en mi opinión, cuentan con una regulación adecuada para un OCA en los rubros mencionados.

presupuesto asignado y sus actualizaciones no podrán reducirse por decisión del Congreso, sino, cuando menos, hasta la legislatura siguiente.

Lo anterior sin perjuicio de que la UIPP pueda obtener recursos mediante la creación de un fondo creado a través de un fideicomiso público no paraestatal al que se transferiría un porcentaje determinado del monto total de los proyectos de infraestructura público-privada que se lleven a cabo con su intervención, así como por otros conceptos tales como donativos y la aplicación de sanciones pecuniarias que tuviera derecho a imponer conforme a su regulación. Sin lugar a dudas, el régimen patrimonial de este OCA tiene que ser objeto de una regulación específica y de la inclusión de mecanismos que por un lado le otorguen autonomía financiera, pero por otro, eviten que se realice una concentración de recursos económicos excesiva que puedan desvirtuar sus funciones y convertirla en un instrumento atractivo para el sector público, para controlar grandes cantidades de recursos económicos o que se convierta, como ha sucedido con otros muchos organismos públicos, en una caja chica para el Gobierno Federal o en un coto de poder por la capacidad económico-financiera que pudiera llegar a tener.

Para efecto de lo anterior, la comisión propuesta deberá ser objeto de revisión para la ASF y por un órgano de control en el que participe el sector público, el social y/o privado y el académico.

- c) Expedir y modificar su estatuto orgánico mediante la aprobación de la mayoría calificada de los miembros de su órgano supremo de decisión;

- d) Emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el ámbito de su competencia;
- e) Sus órganos de gobierno deberán cumplir con los principios de transparencia y acceso a la información. Actuarán en forma colegiada y decidirán los asuntos por mayoría de votos; sus sesiones, acuerdos y resoluciones serán de carácter público, sin perjuicio de las excepciones que sobre este particular se establezcan en las disposiciones legales aplicables. Sus resoluciones, criterios y políticas deberán publicarse en el sitio web que al efecto deberá tener la UIPP para ser consultado por cualquier persona;
- f) Toda la regulación que expida, así como sus actos u omisiones únicamente podrán ser recurridos mediante el juicio de amparo indirecto y no serán objeto de suspensión. Solamente en los casos en que la Comisión en comento imponga multas, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva. Cuando se trate de resoluciones de este OCA, emanadas de un procedimiento seguido en forma de juicio sólo podrá impugnarse la que ponga fin al mismo por violaciones cometidas en la resolución o durante el procedimiento; las normas generales aplicadas durante el procedimiento sólo podrán reclamarse en el amparo promovido contra la resolución referida. Los juicios de amparo serán sustanciados por jueces y tribunales especializados en los términos del artículo 94 de la CPEUM. En ningún caso deberán admitirse recursos ordinarios o constitucionales contra actos intraprocesales.

Lo anterior sin perjuicio de las facultades con las que podrá contar para someter a arbitraje sus actos en los contratos o títulos de concesión que celebre y/u otorgue;

- g) El órgano supremo de decisión de la Comisión presentará anualmente un programa de trabajo y trimestralmente un informe de actividades a los Poderes Ejecutivo y Legislativo de la Unión; comparecerá ante las Cámaras del Congreso en términos del artículo 93 de la CPEUM. El Ejecutivo Federal podrá solicitar a cualquiera de las Cámaras la comparecencia de los titulares ante éstas.
- h) En todo caso, la Comisión quedará sujeta a la fiscalización de la Auditoría Superior de la Federación, por lo que respecta únicamente a los procedimientos que lleve a cabo en ejercicio de sus funciones y a la aplicación de recursos económicos, pero no respecto a la regulación que emita, a sus resoluciones, políticas generales, criterios y demás actos materia de su competencia distintos a los primeramente señalados;
- i) La Comisión contará con un órgano interno de control, cuyo titular será designado por las dos terceras partes de los miembros de la Cámara de Diputados, en los términos que disponga la ley específica.
- j) El órgano supremo de la Comisión será el pleno de la misma, el cual estará integrado por 9 miembros, los cuales deberán cumplir con los requisitos que al efecto señale la ley específica, pero que en todo caso deberán contar con una experiencia mínima de 5 años en el sector de la infraestructura del transporte o en proyectos de inversión público-privada, en su área de competencia, y contar con un grado académico mínimo de licenciatura, no haber desempeñado algún cargo público ya sea por elección pública o por designación cuando menos en los 7 años anteriores a su nombramiento.

Sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior, en el pleno de la Comisión deberán participar miembros que en su conjunto tengan

experiencia en las áreas político-social, económico-financiera, técnica y jurídica de proyectos de infraestructura público-privada.

De los miembros del pleno de la Comisión, dos deberán ser propuestos por la SICT, dos por la SHCP, uno por la Universidad Nacional Autónoma de México, uno por el Instituto Politécnico Nacional, dos por la Cámara Mexicana de la Industria de la Construcción o por el organismo cúpula que la sustituya y uno por la Asociación de Bancos de México. La Cámara de Senadores deberá aprobar la designación de los miembros del pleno dentro de los 45 días naturales siguientes a que le sean sometidos a su consideración las propuestas respectivas. Concluido dicho plazo, esta Cámara deberá pronunciarse si aprueba o no al o los miembros que se sometan a su aprobación. En caso de no aprobarla deberán expresar las razones de su denegación, sujetándose a lo que al efecto disponga la ley específica.

Los miembros del pleno deberán satisfacer los requisitos específicos que al efecto señale la CPEUM, la ley específica y su reglamento y acreditar el cumplimiento de los mismos ante la Cámara de Senadores cuando se someta su designación a esta última. Para estos efectos, la SHCP deberá efectuar la convocatoria respectiva a los organismos y dependencias que deberán presentar sus propuestas de miembros del pleno, en un plazo que no podrá exceder de 30 días naturales, a partir de la fecha en que surta efectos la reforma constitucional que incluya a esta Comisión. El incumplimiento de la obligación aquí señalada deberá otorgar facultades a cualquiera de las dependencias u organismos referidos para exigir responsabilidades al secretario de hacienda y crédito público.

Los organismos que deben presentar sus propuestas tendrán para esos efectos, un plazo máximo de 120 días naturales, a partir de la recepción de la convocatoria antes aludida para entregar a la dependencia convocante sus propuestas, que deberán ir acompañadas de los documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos de las personas que propongan para ser miembros del panel de la Comisión, a efecto de que la SHCP entregue documentación a la Cámara de Senadores para los efectos correspondientes dentro de los 5 días hábiles siguientes a que reciban la información respectiva de los proponentes.

El presidente de la Comisión será designado por el pleno entre los miembros designados por la SHCP, de los cuales uno deberá ser el subsecretario de hacienda y crédito público o el subsecretario de egresos, y el segundo, contar con cuando menos con cargo de director general. El presidente no tendrá voto de calidad y sus funciones, facultades y responsabilidades se establecerán en la ley específica.

Por cada miembro propietario del pleno, podrá designarse a un suplente que podrá sustituirlo en sus ausencias conforme a las reglas que al efecto se señalen en la ley específica, en su reglamento y en el manual de organización de la Comisión.

Las decisiones del pleno se adoptarán con el voto favorable de cuando menos 6 de sus miembros, salvo en aquellos casos conforme a la ley específica, se requiera una mayoría más elevada. Las reglas para la constitución y operación del pleno se establecerán en la ley específica, su reglamento y en el manual de organización.

Salvo por lo dispuesto en el párrafo siguiente, los miembros del pleno durarán en su encargo 9 años y no podrán ser reelectos. El presidente

fungirá como tal por un período de 4 años, renovable únicamente por un período igual. Cuando la designación recaiga en un miembro del pleno que concluya su encargo antes de dicho período fungirá como presidente solo por el tiempo que reste para concluir su cargo como miembro del pleno.

Los miembros del pleno serán sustituidos de manera escalonada, para lo cual y por una única vez, al momento de su designación se podrá establecer en los artículos transitorios de la ley específica y por sorteo, ante fedatario público y de un representante de la SFP qué miembros del pleno durarán en funciones por un período menor a 9 años. En ningún caso, un miembro podrá estar en funciones por un período menor a 5 años.

- k) Los miembros del pleno deberán designar a un secretario que no formará parte del pleno y que fungirá además como secretario ejecutivo de la Comisión. Sus atribuciones y responsabilidades se deberán señalar en la ley específica, su reglamento y en el manual de organización.

El secretario deberá reunir los mismos requisitos de experiencia que los miembros del pleno y durará en su encargo 4 años, prorrogables cuantas veces así lo designe el pleno. Las causas para su remoción se señalarán en la ley específica, su reglamento y en el manual de organización.

- l) Los miembros del pleno, salvo los designados por la SICT y la SHCP, se abstendrán de desempeñar cualquier otro empleo, trabajo o comisión públicos o privados, con excepción de los cargos docentes; estarán impedidos para conocer asuntos en que tengan interés directo o indirecto, en los términos que la ley específica determine, y estarán

sujetos del régimen de responsabilidades del Título Cuarto de la CPEUM y de juicio político. La ley específica regulará las modalidades conforme a las cuales los Comisionados podrán establecer contacto para tratar asuntos de su competencia con personas que tengan interés en los asuntos que sean competencia de la Comisión.

- m) Los miembros de su órgano supremo de decisión podrán ser removidos de su cargo por las dos terceras partes de los miembros del Senado de la República, por falta grave en el ejercicio de sus funciones, en los términos que disponga la ley específica,

7.2 Propuesta de régimen patrimonial de la comisión.

El patrimonio de la Comisión se constituirá por:

- a) La cantidad que al efecto se le asigne en el Presupuesto de Egresos de la Federación, conforme a la propuesta del Ejecutivo, lo cual deberá permitir a la Comisión cumplir adecuadamente con sus fines.
- b) El importe de los derechos que cobre por el desempeño de sus funciones y que deberá ser cubierto por el sector social y/o privado, que lleve a cabo el proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente, quien podrá cargar dicho importe al costo del proyecto. Los derechos aquí señalados deberán incluirse en la Ley Federal de Derecho especificándose el monto correspondiente a cada una de las actividades que realice la Comisión²⁶⁴.

²⁶⁴ Ley Federal de Derechos, artículo 1º, primer párrafo *in fine*, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

Sobre este particular, sería deseable que se estableciera en la propia CPEUM, que los derechos y las actualizaciones antes referidos no podrán ser reducidos en forma alguna, ni siquiera por resolución del Congreso, por un período de cuando menos 7 años contados a partir de la fecha en que los términos de la legislación aplicable, se solicite la modificación a la Ley Federal de Derechos o a cualquier otro instrumento jurídico, con la finalidad de reducir o restringir el pago y aplicación de los derechos mencionados.

Lo anterior, con la finalidad de evitar en la medida de lo posible, que la Comisión pierda la autonomía financiera y quede sometida al control indirecto del Ejecutivo Federal o del Congreso de la Unión y, en consecuencia, se afecte la eficiencia y eficacia de las funciones materia de su competencia.

- c) Donativos de instituciones públicas o privadas.
- d) Productos derivados de servicios de asesoría o asistencia y/o capacitación a gobiernos estatales o municipales.

8. Efectos de la creación del OCA en ordenamientos jurídicos.

Como hemos señalado en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, la creación del OCA que proponemos tiene que hacerse constar en la CPEUM. Los órganos autónomos previstos en la Ley Suprema se regulan de manera diferente, especialmente por lo que respecta al detalle de su forma de operación e, inclusive, de las características y requisitos personales de quienes participarán en su órgano de decisión, lo cual, en mi opinión, es excesivo, y debería remitirse a la ley que regule a dicho órgano.

La CPEUM deberá limitarse a señalar que se crea un órgano autónomo, especializado, imparcial, colegiado, con personalidad jurídica y patrimonio propio, con plena autonomía técnica, de gestión y presupuestaria, capacidad para decidir sobre el ejercicio de su presupuesto y facultad para recibir aprovechamientos por las actividades que realice, determinar su organización interna y expedir la

regulación correspondiente a su estructura y gestión, así como emitir disposiciones administrativas de carácter general exclusivamente para el cumplimiento de su función regulatoria en el ámbito de su competencia, dictarán sus resoluciones con plena independencia, para garantizar la determinación, jerarquización, estructuración y realización, seguimiento y supervisión de proyectos de inversión público-privada en el sector de transporte.

Así también, el artículo constitucional correspondiente deberá establecer la facultad del OCA para otorgar concesiones, permisos y autorizaciones en el ámbito de sus facultades, celebrar contratos de cualquier naturaleza para la realización de proyectos de inversión público-privada en infraestructura relacionada con el transporte mediante licitación pública o a través de invitación a cuando menos tres personas o adjudicación directa, en supuestos que al efecto se señale en la ley correspondiente, contando con las demás facultades y obligaciones que en su ley específica se contengan.

Considero recomendable incluir en el artículo constitucional, la forma en que se estructurará su órgano de gobierno, señalando expresamente que estará integrado por miembros propuestos por el sector público, el sector social y/o privado y el sector académico, señalando el número de miembros que a cada uno de ellos corresponda y su funcionamiento se regirá por los principios de certeza, legalidad, independencia, imparcialidad, eficacia, objetividad, profesionalismo, transparencia y máxima publicidad. Sus miembros deberán ser propuestos por los sectores señalados con apego a lo dispuesto en la ley correspondiente y su nombramiento deberá ser ratificado por el Senado, estableciendo que para su remoción se requerirá de un voto calificado de cuando menos tres quintas partes de los miembros presentes del Senado de la República, por falta grave en el ejercicio de sus funciones, en los términos que disponga la Ley.

Será fundamental incluir el artículo transitorio correspondiente, que el Congreso expedirá en un plazo no mayor a 6 (seis) meses, contados a partir de la reforma constitucional respectiva, la ley especial que regulará el OCA.

En la conformación del OCA deberá procurarse necesariamente la equidad de género y la igualdad de condiciones para todos los que participen en la misma

Otras disposiciones legales.

El OCA que propongo tendrá algunas facultades de las establecidas en el Reglamento Interior de la SHCP para la Unidad de Inversión de esa dependencia, por lo que en dicho ordenamiento deberán efectuarse ciertas modificaciones como las que a continuación de proponen, de manera que siempre prevalezca en los ámbitos de coincidencia de facultades lo dispuesto en la Ley que regule la estructura y funcionamiento del OCA que se propone.

El párrafo IV Bis deberá eliminarse y las funciones que se señalan en el mismo incluirse en la Ley que regule la estructura y funcionamiento del OCA.

- I. Integrar y administrar la cartera de programas y proyectos de inversión con base en la evaluación, información y prioridades que presenten las dependencias y entidades de la administración pública federal y, en su caso, los organismos constitucionales autónomos, independientemente de la fuente de financiamiento; registrar, suspender, levantar la suspensión y cancelar el registro en la cartera de los programas y proyectos de inversión con base en las disposiciones aplicables; así como verificar, en coordinación con las instancias competentes, la congruencia de dichos programas y proyectos con los objetivos, prioridades y estrategias del Plan Nacional de Desarrollo;
- II. Expedir lineamientos relativos a esquemas y gastos de inversión, inclusive aquéllos en materia de planeación, evaluación, registro, dictamen y seguimiento de la rentabilidad y ejercicio de los programas y proyectos de inversión; a erogaciones plurianuales para proyectos de inversión en infraestructura, y a la contratación de expertos que dictaminen programas y proyectos, así como proponer criterios para la inclusión de los programas y

proyectos de inversión en el proyecto de Presupuesto de Egresos de la Federación. Lo anterior sin perjuicio de lo que al efecto señalen las disposiciones aplicables;

- IV. Analizar, proponer y promover en coordinación con las instancias competentes, esquemas de inversión con la participación de los sectores público, privado y social, así como coadyuvar, en el ámbito de su competencia, en la revisión de la normatividad que incida en el desarrollo de los programas y proyectos de inversión, incluyendo los proyectos de infraestructura productiva de largo plazo, los proyectos para prestación de servicios y otras modalidades de inversión impulsada por el sector público. Lo anterior sin perjuicio de lo que al efecto señalen las disposiciones aplicables;
- XVII. Resolver los asuntos que las disposiciones aplicables que rigen la materia de programas y proyectos de inversión atribuyan a la Secretaría, siempre y cuando no formen parte de las facultades indelegables del Secretario y no estén asignados expresamente a otra unidad administrativa de la misma o a un organismo constitucional autónomo;
- XVIII. Interpretar, para efectos administrativos, la Ley de Asociaciones Público Privadas, en el ámbito de atribuciones que le confiere este artículo, que no estén expresamente asignadas a otra unidad administrativa de la misma o a un organismo constitucional autónomo;
- XVIII Bis. Revisar y emitir opinión respecto de los nuevos proyectos de asociaciones público privadas, así como los cambios de alcance de los proyectos previamente autorizados, que se sometan a su consideración y remitir dicha opinión, cuando proceda, a las unidades administrativas competentes de la Secretaría, a efecto de que se determinen los compromisos presupuestarios futuros que, en su caso, llegaren a originar dichos proyectos, con base en las estimaciones realizadas por las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal

interesadas. Lo anterior sin perjuicio de lo que al efecto señalen las disposiciones aplicables;

Por lo que se refiere a la LAPP y su Reglamento, hemos considerado pertinente hacer mención de los mismos en este apartado, no porque éstos contengan disposiciones sobre la estructura de una UIPP, sino porque hacen mención expresa a la SHCP. Para efectos de este trabajo solamente hacemos referencia a algunos artículos de esta ley y de su reglamento por considerarlos ejemplificativos de las facultades más importantes que en relación con estos proyectos tiene la SHCP en términos de este ordenamiento.

Por lo que respecta al artículo 8 de la LAPP, que otorga a la SHCP la facultad de interpretar la ley para efectos administrativos, el artículo 14, fracciones VI y IX, que establece que para determinar la viabilidad de los proyectos de asociaciones público-privadas, se requerirá un dictamen conforme a los lineamientos que expida la SHCP, se deberá agregar en ambos casos como salvedad lo que otras disposiciones jurídicas establezcan, toda vez que estas facultades deberán ser exclusivas del OCA propuesto, tratándose de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en materia de transporte, el mismo tratamiento deberá darse a los párrafos tercero, cuarto y quinto del artículo 14 antes citado.

Por lo que corresponde al Reglamento de la LAPP²⁶⁵, el artículo 10 deberá establecerse que tratándose de proyectos de transporte, la facultad de interpretación del reglamento para efectos administrativos estará a cargo del OCA. En ese mismo orden de ideas, deberá señalarse en su artículo 26 relativo a la facultad de esta dependencia para expedir los lineamientos para la elaboración y presentación del análisis, costo y beneficio, que lo dispuesto en el mismo se aplicará salvo por lo señalado en las disposiciones aplicables. El mismo tratamiento que al artículo antes citado, deberá darse al artículo 29. Finalmente, en el artículo 34 del mismo ordenamiento, deberá señalar que las obligaciones establecidas para la

²⁶⁵ Reglamento de la Ley de Asociaciones Público Privadas, artículos. 10, 26, 29 y 35, Cámara de Diputados, <https://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/index.htm>.

SHCP, le serán aplicables al OCA, tratándose de proyectos en materia de transporte.

Por lo que respecta a la LFPRH, especialmente por lo dispuesto en su artículo 34, fracciones II, III y IV, deberá incluirse que el OCA estará obligado a presentar a la SHCP, los programas y proyectos en proceso y los futuros que requieran inversión del Estado, a corto, mediano y largo plazo y que éste será el responsable de evaluar el costo y beneficio de los proyectos de inversión, tratándose del sector de transporte, así como la obligación de la SHCP, de registrar en la cartera de proyectos, aquellos que le indique el OCA, quien será el único podrá negar su registro o solicitar la cancelación del mismo.

9. Experiencias en otros países.

El Banco Mundial ha elaborado una lista de 155 países que cuentan con una UIPP. 45 en el África Sub-Sahariana, 13 en Medio Oriente y Norte de África, 22 en Oriente y el Pacífico, 8 en el Sur de Asia, 41 en Europa y Asia Central, 24 en Latinoamérica y 2 en Norteamérica²⁶⁶. En adición a lo anterior, es conveniente agregar a las distintas organizaciones que se han creado a instancia de la Organización de las Naciones Unidas y de entidades y programas que para los mismos efectos tienen diversos países, como es el caso del Ministerio Alemán para la Cooperación Económica y Desarrollo (BNZ), la Agencia Suiza para el Desarrollo y la Cooperación, el Departamento de Desarrollo Internacional del Reino Unido, la Agencia Noruega para la Cooperación al Desarrollo y la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, entre otros²⁶⁷.

Para efectos del presente trabajo, haremos un breve análisis de las UIPPs que operan en: i) el Reino Unido de la Gran Bretaña, que como hemos comentado, ha

²⁶⁶ http://www.seitt.es/SEITT/LANG_CASTELLANO/INFO_IOP/INTRO_SEITT.htm consulta de fecha 10 de junio de 2022.

²⁶⁷ Instituto de Salud Global Barcelona, *El sector privado como ejecutor de proyectos y receptor de fondos públicos para el desarrollo internacional*, Creative Commons, España, Octubre 2012

sido el país generador de los proyectos de inversión público-privada y ha liderado en el mundo los esquemas para su implementación; ii) Colombia, que sin duda, junto con Chile y Perú, son importantes ejemplos del desarrollo de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en Sudamérica; iii) Guatemala, como un ejemplo en Centroamérica, y iv) de España, que ha tenido una política de promoción y desarrollo de inversiones público-privadas tanto en su país como en el extranjero y, específicamente, en México.

Reino Unido de la Gran Bretaña.

En el Reino Unido de la Gran Bretaña, la creación, desarrollo, aplicación y administración de los programas de inversión público-privada han sido encomendados a distintas instancias a lo largo del tiempo. En julio de 1997, un grupo de trabajo denominado "*Private Finance Initiative*", se creó en el seno de la *HM Treasury*, con la finalidad de coordinar centralmente los proyectos relacionados con el programa "Iniciativa de Financiamiento Privado" (PFI), cuyo objetivo principal era estandarizar los procesos y capacitar a los funcionarios públicos para la realización de proyectos de inversión público-privada en el cual participaba el sector privado. En 1999, las actividades encomendadas al grupo de trabajo antes referido se transfirieron al "*Office of Government Commerce*", para después volverse a trasladar al *HM Treasury*²⁶⁸.

En el año 2000, el grupo de trabajo *Private Finance Initiative* fue parcialmente privatizado mediante la creación de "*Partnerships UK*", una sociedad en la que el gobierno británico, a través del *HM Treasury* era tenedor del 45% de la participación societaria que le otorgaba derechos especiales en la toma de decisiones (*golden share*), los ministerios escoceses eran titulares del 4% de su capital social y el 51% restante era propiedad del sector privado. La operación de esta sociedad estaba encomendada a especialistas privados en el ámbito corporativo, jurídico, de inversiones y consultoría en general y se constituyó en la entidad que asumió el

²⁶⁸ https://en.wikipedia.org/wiki/Partnerships_UK consulta de fecha 10 de junio de 2022.

liderazgo de la promoción de proyectos de inversión público-privada tanto en el esquema PFI como en sus variantes²⁶⁹. Esta sociedad tenía como objeto participar conjuntamente con los sectores público y privado en los procesos de planeación, negociación e implementación de proyectos de inversión público-privada. Esta sociedad ofrecía un servicio centralizado de consultoría para los sectores público y privado para el desarrollo y armonización de procesos, reclutamiento y capacitación de personal tanto para el sector público como para el privado y la promoción de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente²⁷⁰.

En el año 2009 se creó “*Infrastructure UK*” como una unidad independiente dentro del *HM Treasury* con la finalidad de trabajar, conjuntamente con el sector privado, en el desarrollo de proyectos de inversión público-privada.

En el año 2011 “Partnerships UK” fue disuelta y parte de sus activos y personal, transferidos a “Infrastructure UK”. El 1º de enero de 2016, la organización denominada “Major Projects Authority”, a la que hacemos alusión más adelante, se fusionó con “Infrastructure UK” para crear una nueva organización denominada “*Infrastructure and Project Authority*”.

En el año 2015 se creó la Comisión Nacional de Infraestructura como una unidad independiente y en 2017, como una entidad del “*HM Treasury*”, cuyo objeto principal es asesorar al gobierno en los diversos sectores de la infraestructura, como es la energía, el transporte, el agua y su disposición final, residuos sólidos y comunicaciones digitales²⁷¹. La función de esta comisión es apoyar el crecimiento económico sostenible en el Reino Unido de la Gran Bretaña, incrementar los niveles de competitividad, mejorar la calidad de vida y apoyar el cambio climático hasta alcanzar el nivel de 0 emisiones de carbón para el 2050²⁷².

²⁶⁹ Hinojosa, Sergio Alejandro, *Un Indicador de Elegibilidad para Seleccionar Proyectos de Asociaciones Público-Privadas en Infraestructura y Servicios*, Mayo 2010, p. 115

²⁷⁰ European PPP Expertise Centre, *United Kingdom-England PPP Units and Related Institutional Framework*, June 2012

²⁷¹ HM Treasury, *National Infrastructure Commission Framework Document*, October 2021, p. 2

²⁷² <https://nic.org.uk/about/> consulta de fecha 13 de junio de 2022.

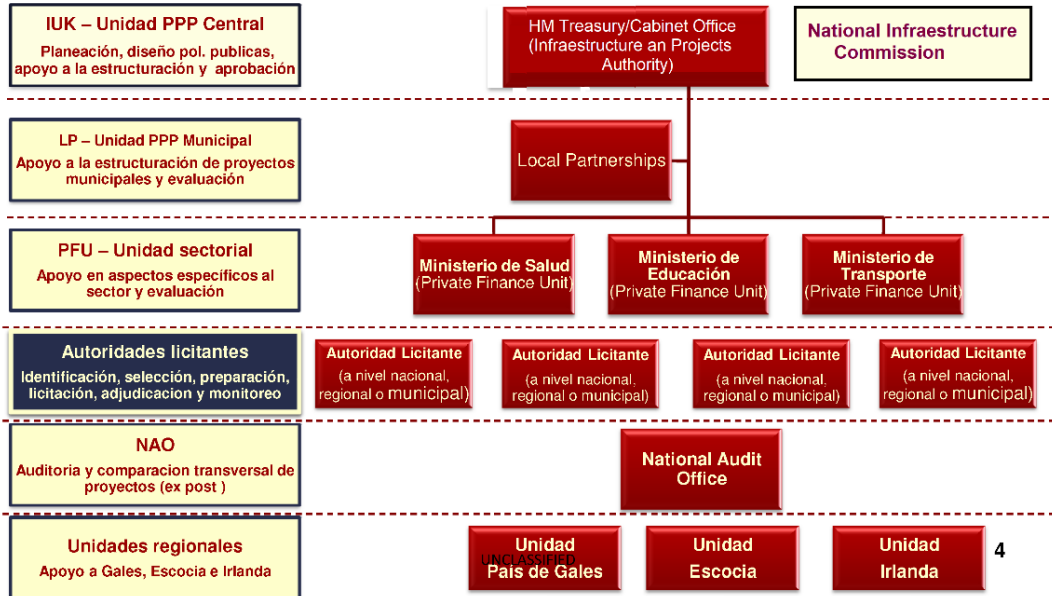
Como hemos mencionado, el 1º de enero de 2016, “*Major Projects Authority*” se fusionó con “*Infrastructure UK*” para crear “*Infrastructure Projects Authority*”, que es una entidad del gobierno británico que actúa como el centro de experiencia para la realización de infraestructura y de proyectos de alta envergadura y responde al “*HM Treasury*” y al “*Cabinet Office*”, que es el Departamento Ministerial del gobierno del Reino Unido que da apoyo al Primer Ministro británico y a su gabinete.

Su función principal es asegurar que los proyectos se lleven a cabo de manera eficiente y que su desempeño se fortalezca en el tiempo.

Esta entidad es el origen y el centro de los proyectos de infraestructura, especialmente los de mayor tamaño y asesoran al gobierno en la realización de inversiones público-privadas. Sus áreas de actividad incluyen: la creación de matrices para la evaluación de proyectos, análisis de los mismos y su estructuración financiera y operativa, así como para la determinación del vehículo más adecuado para su realización. Esta entidad junto con el “*HM Treasury*” deciden finalmente los proyectos y programas que se incluirán en el portafolio de grandes proyectos de gobierno. Es responsable del seguimiento y monitoreo de tales proyectos y tiene el compromiso de apoyar a éstos con la asesoría necesaria para asegurar su desarrollo exitoso. Así también, tiene la función de supervisar las inversiones y los gastos de esos proyectos y es responsable de establecer el marco para la realización de proyectos de gobierno.

El marco institucional de infraestructura del Reino Unido de la Gran Bretaña es actualmente el siguiente, en el que podemos encontrar una combinación de entidades públicas y privadas, mediante las cuales se diseñan, estructuran e implementan proyectos de inversión público-privada.

Marco Institucional PPP del Reino Unido



En adición a la estructura anterior y siguiendo en su momento las propuestas de la Unión Europea, el gobierno británico creó una nueva organización dependiente del “*HM Treasury*”

Me parece conveniente mencionar un documento elaborado por el gobierno británico que, si bien atiende a la inversión pública, sin lugar a dudas se vincula con los proyectos materia del presente trabajo y además podría servir de referente en nuestro país para la creación de un instrumento similar que ofreciera certeza y seguridad económica y técnica a los proyectos de infraestructura que se llevan a cabo tanto como obra pública, como a través de inversión público-privada.

El gobierno británico publicó en 2013, el denominado “Green Book” (Libro Verde), cuya última revisión fue en junio de 2022, y que es el documento principal y más relevante para la estructuración, implementación, desarrollo y seguimiento de proyectos de inversión pública. Este libro ofrece una guía técnica para asistir a los funcionarios públicos y la mejor manera de poder cumplir con las políticas públicas. Este documento no contiene las políticas públicas, pero si los procedimientos para poder evaluar de manera rigurosa los costos y beneficios de las inversiones,

precisando los aspectos más relevantes que deben tomarse en cuenta para las mismas, los niveles de incertidumbre y los riesgos que representa la instrumentación y desarrollo de proyectos potenciales.

En la revisión del Libro Verde participaron personas de diversos sectores, como son el académico, la Oficina Nacional de Auditoría, la Comisión Nacional de Infraestructura, analistas expertos en la materia, los usuarios del Libro Verde y autoridades locales y regionales.

Independientemente de la importancia y trascendencia que puede tener un documento como el antes referido, me parece muy relevante resaltar que aun cuando la finalidad del documento es regular las inversiones públicas, en su elaboración participan no solo funcionarios públicos, sino también el sector académico, el privado, consultores especializados y los usuarios del documento, lo cual permite que tanto el gobierno como la sociedad cuenten con un instrumento elaborado conforme a diferentes puntos de vista que tienen del mismo objetivo y que necesariamente interactúan en la realización de los proyectos de inversión.

República de Colombia.

El 3 de noviembre de 2011, por decreto No. 4165, se creó la Agencia Nacional de Infraestructura (antes Instituto Nacional de Concesiones), que es una agencia nacional estatal de naturaleza especial del sector centralizado de la Rama Ejecutiva del Orden Nacional, con personalidad jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, financiera y técnica, adscrita al Ministerio de Transporte, cuyo objeto es planear, coordinar, estructurar, contratar, ejecutar, administrar y evaluar proyectos de concesiones y otras formas de asociación público-privada para el diseño, construcción, mantenimiento, operación, administración y/o explotación de la infraestructura pública de transporte en todos sus modos y de los servicios conexos o relacionados y el desarrollo de proyectos de asociación público-privada para otro tipo de infraestructura pública cuando así lo determine expresamente el

Gobierno Nacional respecto de infraestructuras semejantes a las antes enunciadas²⁷³.

Dentro de las funciones generales de esta Agencia se incluyen la identificación de proyectos y su planeación. La creación de un banco de proyectos y la definición de metodologías desde su planeación hasta su conclusión. Elabora estudios de carácter económico y técnico y realiza la estructuración legal y financiera de los proyectos. Tiene también a su cargo adelantar procesos de expropiación, identificar los riesgos de los proyectos, coordinar con las autoridades correspondientes, supervisar y controlar la normatividad técnica en los proyectos, medir y dar seguimiento a las variables de cada uno de ellos asesorar a otras entidades en la estructuración de proyectos de asociación público-privada.

Su patrimonio se integra con los recursos del presupuesto que le asigne el Estado, con créditos del Gobierno Nacional de los que pueda resultar beneficiada, contratación de créditos a título propio, donaciones, aportaciones de recursos por cooperaciones internacionales, los activos que le son asignados y los que adquiera, el valor de los peajes y las contraprestaciones por el uso, gestión y explotación de la infraestructura del transporte, tasas, derechos y multas que imponga y recaude además de los ingresos que se generen por el desarrollo de los contratos que la Agencia ejecute, salvo tratándose de infraestructura portuaria y por la explotación de aeródromos, el valor de la contribución de valorización de los proyectos a su cargo y rendimientos financieros de su patrimonio, así como aquellos que se generen por prestación de servicios de asesoría²⁷⁴.

Cabe señalar que, conforme al decreto No. 4165 antes referido, los ingresos de peajes siguen siendo parte de “patrimonio autónomo de cada uno de los proyectos hasta la fecha de reversión de los mismos”²⁷⁵.

²⁷³ <https://www.ani.gov.co/informacion-de-la-ani/quienes-somos> consulta de fecha 13 de junio de 2022.

²⁷⁴ Decreto 4165 del 3 de noviembre de 2011, emitido por el Ministerio de Transporte de la República de Colombia, por el cual se cambia la naturaleza jurídica, cambia de denominación y se fijan otras disposiciones del Instituto Nacional de Concesiones – INCO.

²⁷⁵ *Idem*

Su estructura orgánica se integra por el Consejo Directivo y el Presidente. El Consejo Directivo se integra por 9 miembros: El Ministro de Transporte que lo preside, el de Hacienda y Crédito Público, el de Minas y Energía y el de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por el Director del Departamento Nacional de Planeación, dos representantes del Presidente de la República, el representante del Consejo Asesor de Estructuración y del Consejo Asesor de Gestión Contractual.

El Presidente tiene la calidad de funcionario público, nombrado por el Presidente de la República y que será el representante legal de la Agencia con voz pero sin voto en el Consejo Directivo²⁷⁶.

República de Guatemala.

En el año de 2010, el Congreso de Guatemala emitió la “Ley de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica”, con la finalidad de promover el desarrollo económico mediante proyectos de infraestructura carretera, portuaria, aeroportuaria, ferroviaria, distribución de energía eléctrica y otras obras y servicios asociados a las misma, convenientes para esta república centroamericana, y que superan la capacidad financiera del Estado. Cabe señalar que esta ley no resulta aplicable a la infraestructura de educación, salud y agua²⁷⁷.

En el año 2011 se publicó el Reglamento de la Ley de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica, mediante Acuerdo Gubernativo 360/2011 y a principios del año 2013, inició operaciones la Agencia Nacional de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica, que en términos del artículo 7 de la ley antes referida, es una entidad descentralizada, con personalidad jurídica y patrimonio propio, cuyas funciones principales son la elaboración y coordinación con las autoridades competentes, de los planes, políticas y normas para el desarrollo de la contratación de alianzas para el desarrollo de la infraestructura económica con la institución contratante del Estado. Así también, dentro de su

²⁷⁶ *Idem*.

²⁷⁷ Ley de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica de Guatemala, art. 2.

objeto se encuentra la de verificar la adecuada utilización y ejecución de los contratos de alianzas que celebren las instituciones del Estado correspondientes y asesorar, cuando así se le requiera, a la institución contratante del Estado tanto en la implementación de la ley, como en lo correspondiente a los contratos de alianzas para el desarrollo de infraestructura económica²⁷⁸.

La administración y operación de esta Agencia se encuentra a cargo de: a) el Consejo Nacional de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica, quien tiene a su cargo la dirección de la misma; b) una dirección ejecutiva, y c) la dirección de fiscalización.

El Consejo se integra por los Ministros de Finanzas Públicas, quien lo preside, de Economía, de Comunicaciones, Infraestructura y Vivienda y de Energía y Minas, por el Secretario de Planificación y Programación de la Presidencia de la República, el Director Ejecutivo del Programa Nacional de Competitividad, el Presidente del Comité Coordinador de Asociaciones Agrícolas Comerciales, Industriales y Financieras y el Presidente de la Cámara de la Construcción de Guatemala.

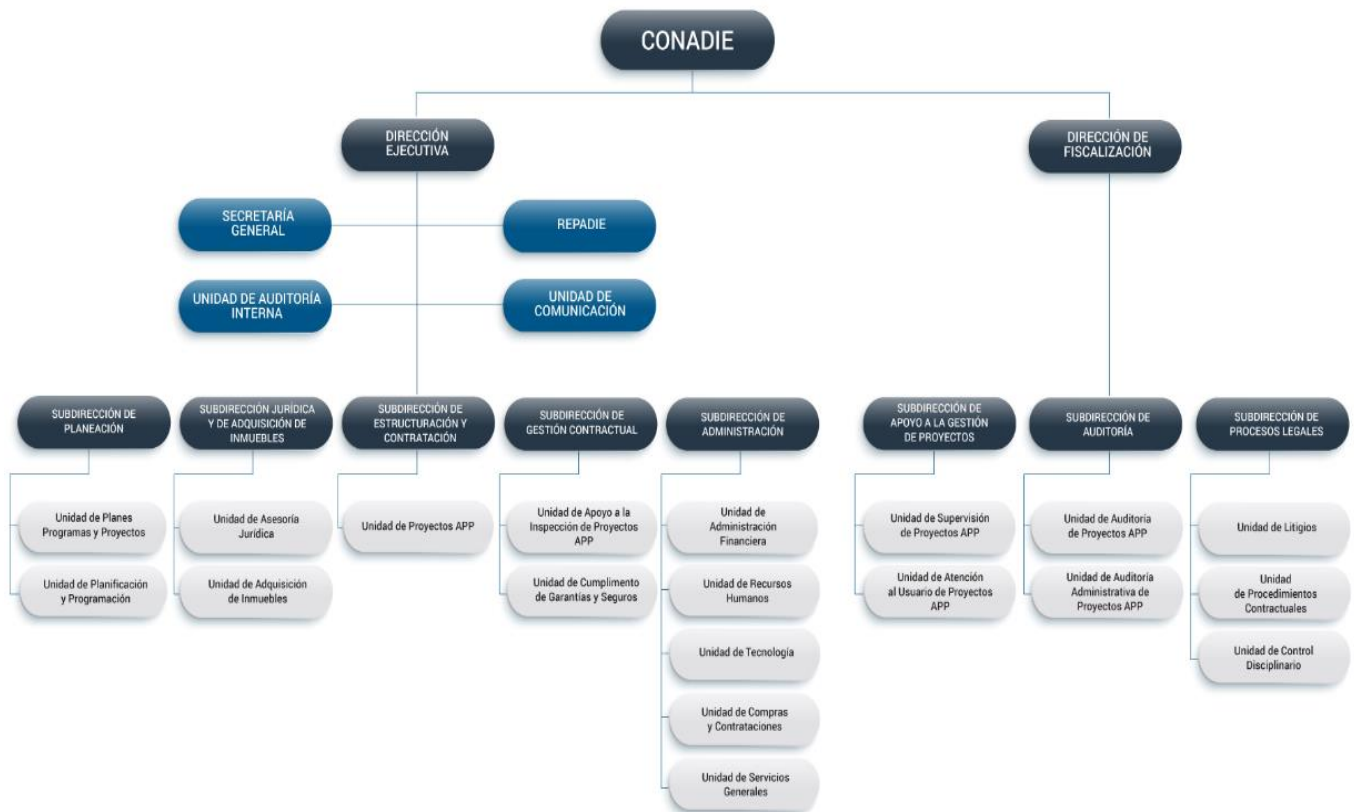
El Consejo tiene entre sus principales funciones, elaborar la política nacional y ejecutar el Plan de Acción de las Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica, aprobar los proyectos de la misma, así como sus estudios prefactibilidad, las bases de licitación y el modelo económico financiero propuesto por la entidad contratante. De igual manera, tiene como función aprobar los contratos de alianza para presentarlo al Presidente de la República, quien, de aceptarlos, deberá someterlos a la aprobación del Congreso de la República. El Consejo tiene facultades para terminar un contrato de alianzas, aprobar los reglamentos y disposiciones internas, el presupuesto anual de la Agencia y fiscalizar la adecuada ejecución del mismo.

²⁷⁸ *Ibidem*, art. 8

El Consejo se encuentra obligado a presentar un informe anual al Ejecutivo y al Congreso de la República sobre el presupuesto, especificando pormenorizadamente su aplicación.

El Director Ejecutivo tiene a su cargo la administración de la Agencia y es designado por el Consejo por mayoría absoluta de sus miembros, mediante resolución fundada, a través de un procedimiento competitivo de oposición, por un periodo de seis años con posibilidad de reelección, para cuyos efectos deberá participar en el proceso de elección y resultar electo²⁷⁹. El Director Ejecutivo funge como Secretario del Consejo, tendrá voz pero no voto en el mismo. Su remoción requiere de la aprobación del voto favorable del 75% de los miembros del Consejo.

La Agencia Nacional de Alianzas para el Desarrollo de Infraestructura Económica se encuentra estructurada como a continuación se indica:



²⁷⁹ *Ibidem*, art. 22

Reino de España.

En el Reino de España, corresponde al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana (antes Ministerio de Fomento), proponer y ejecutar las políticas de gobierno para la infraestructura de transporte terrestre, aéreo y marítimo de competencia estatal, de control, ordenación y regulación administrativa de los servicios de transporte que aseguren una movilidad segura y sostenible desde un punto de vista social, económico y ambiental que incluye la movilidad activa, el acceso a la vivienda, las políticas urbanas de suelo y arquitectura, servicios postales, los relativos a astronomía, geodesia, geofísica y cartografía y programación de las inversiones relativas a las infraestructuras, materias y servicios antes señalados²⁸⁰.

Para efecto de lo anterior, este Ministerio cuenta con: **a)** la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, de la que dependen los siguientes órganos directivos: i) la Secretaría General de Infraestructuras, de la que dependen a su vez las direcciones generales de Carreteras y la de Planificación y Evaluación de la Red Ferroviaria; ii) la Secretaría General de Transportes y Movilidad, de la que dependen las direcciones generales de Aviación Civil, Marina Mercante y Transporte Terrestre; iii) la Secretaría General de Agenda Urbana y Vivienda, de la que dependen dos direcciones generales para Temas Urbanos de Arquitectura, Vivienda y Suelo; **b)** una Subsecretaria de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, de la que dependen la Secretaría General Técnica y las direcciones generales de Programación Económica y Presupuestos, de Organización e Inspección y el Instituto Geográfico Nacional, y **c)** un Comisionado Especial para el Transporte de Movilidad²⁸¹.

Siguiendo las recomendaciones del Consejo de la Unión Europea que propuso a sus miembros la creación de un organismo independiente para la evaluación de

²⁸⁰ <https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/organizacion-y-funciones/organizacion-del-mitma> consulta de fecha 14 de junio de 2022.

²⁸¹ *Idem*

proyectos de infraestructura de gran envergadura y contribuir con programas, sistemas y metodologías que permitieran una estricta selección de las inversiones, el Reino de España creó en Julio de 2015 al Consejo Asesor de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, integrado por expertos independientes de reconocido prestigio en las áreas de infraestructura, transporte y vivienda²⁸².

Este Consejo fue constituido como un grupo de trabajo cuyas funciones son las siguientes:

1. Asesorar e informar al titular del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana en materia de infraestructuras, transporte y vivienda, pero siempre a solicitud de éste.
2. Asesorar en materia de planificación de inversiones en infraestructuras, transporte y vivienda.
3. Asesorar en materia de impulso de la coordinación entre la iniciativa pública y privada en actuaciones y proyectos de infraestructuras, transporte y vivienda.

Este Consejo asesor se integra por un número máximo de 20 miembros, de los cuales 15 son electos entre expertos y profesionales, de reconocida solvencia, moral y profesional en los sectores de infraestructura, transporte y vivienda y por quienes tienen una relación cercana con estas actividades y que pertenezcan al ámbito académico y universitario o en el sector empresarial. Así también podrán ser miembros de este Consejo, quienes hayan recibido el Premio Nacional de Ingeniería Civil del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana. Los miembros del Consejo no pueden prestar ningún servicio, ni tener relaciones contractuales con el Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, sus cargos son honorarios y no reciben remuneración por sus funciones.

²⁸² <https://www.mitma.gob.es/el-ministerio/consejo-asesor-del-MITMA> consulta de fecha 14 de junio de 2022.

Dentro de los miembros del Consejo se nombrará a un Presidente y a un Vicepresidente. El Secretario del mismo tendrá voz pero no voto y será un funcionario del Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana.

El 30 de noviembre de 2005, al amparo del artículo 166.2 de la Ley 33/2003 del 3 de noviembre de 2003 y por acuerdo de Consejo de Ministros del Reino de España del 29 de julio de 2005, se constituyó la Sociedad Estatal de Infraestructura Estatal Terrestre como una sociedad anónima de naturaleza mercantil, de participación totalmente estatal y cuya “Junta General de Accionistas” está representada por la Dirección General de Patrimonio del Estado²⁸³.

Su órgano de administración está integrado por personal de la Administración general del Estado, fungiendo como Presidente el titular de la Secretaría General de Infraestructuras a la que hemos hecho referencia previamente y que depende de la Secretaría de Estado de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana, perteneciente al Ministerio de Transportes, Movilidad y Agenda Urbana²⁸⁴.

El objeto de la sociedad antes referida es el siguiente:

“El proyecto, construcción, conservación, explotación y promoción de las infraestructuras del transporte de titularidad estatal, por cuenta de la Administración General del Estado, en el marco del régimen jurídico de los mandatos de actuación que se establezcan. En particular, el mandato podrá comprender, conjunta o alternativamente:

La gestión y control de la construcción de las infraestructuras del transporte de titularidad estatal.

La explotación, incluyendo la conservación y mantenimiento de las infraestructuras del transporte de titularidad estatal, tanto de las ya existentes como de las que pueda construir la propia sociedad.

²⁸³ www.seitt.es/SEITT/LANG_CASTELLANO/INFO_IOP/INTRO_SEITT.htm consulta de fecha 14 de junio de 2022.

²⁸⁴ *Idem*.

La explotación de las zonas de dominio público y áreas de servicio, así como de otros elementos funcionales asociados a infraestructuras del transporte de titularidad estatal.

La realización de convenios de colaboración con Administraciones Públicas, así como con las entidades dependientes de aquellas, para el ejercicio de las competencias que les corresponden en materia de infraestructuras del transporte.

La sociedad podrá participar en sociedades estatales y privadas para el ejercicio de las actividades enumeradas anteriormente.

Así mismo la sociedad podrá desarrollar cuantas actividades mercantiles estén directa o indirectamente relacionadas con su objeto social”²⁸⁵.

Esta sociedad juega un papel muy importante en los proyectos de asociación público-privada, toda vez que aporta su experiencia a los proyectos de esta naturaleza y presta asesoría a administraciones regionales en materia de concesiones de infraestructuras en los sectores carretero, ferroviario, portuario, aeroportuario, etc.

Dentro de las actividades propias que realiza esta sociedad, se encuentran las siguientes:

- “1. Soporte en la definición de modelos de negocio de concesiones de infraestructuras.
2. Estudio de la tarificación de infraestructuras viarias (sistemas de cobro, desarrollo de políticas tarifarias para gestión de demanda, etc.).
3. Apoyo en la definición de la normativa jurídica necesaria para el desarrollo del sector de concesiones del país.
4. Redacción de los pliegos para la licitación de concursos de concesiones.

²⁸⁵ http://www.seitt.es/SEITT/LANG_CASTELLANO/INFO_IOP/OBJSOC.htm Consulta de fecha 14 de junio de 2022.

5. Análisis de viabilidad y estructuración financiera de concesiones.
6. Ayuda a la internacionalización de empresas españolas del sector de infraestructuras en contratos de colaboración público – privada²⁸⁶.

La Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre, S.A. es administrada por un consejo de administración, quien tiene a su cargo, además de las funciones propias de un órgano administrativo, la de aprobar los contratos que celebre la sociedad para proyectos de infraestructura, la aprobación de los procedimientos para el desarrollo de la empresa y la definición e instrumentación de estrategia de la sociedad, incluyendo la aprobación del presupuesto anual, de planes estratégicos y de acuerdos a largo plazo²⁸⁷.

Esta sociedad cuenta también con una Comisión de Auditoría y Control cuyas funciones son las siguientes:

- “Determinar la información económico-financiera que ha de remitirse al Consejo y su periodicidad, sin perjuicio de aquella otra que ha de someterse a su consideración o aprobación de acuerdo con lo establecido en la normativa vigente.
- Supervisar el procedimiento y sistemas de elaboración de los estados financieros sometidos al Consejo.
- Proponer al Consejo de Administración la designación del auditor de cuentas externo y las condiciones para su contratación, o la prórroga de su nombramiento.
- Revisar las Cuentas anuales e Informe de Gestión sometidos al Consejo para su formulación de acuerdo con la normativa vigente.

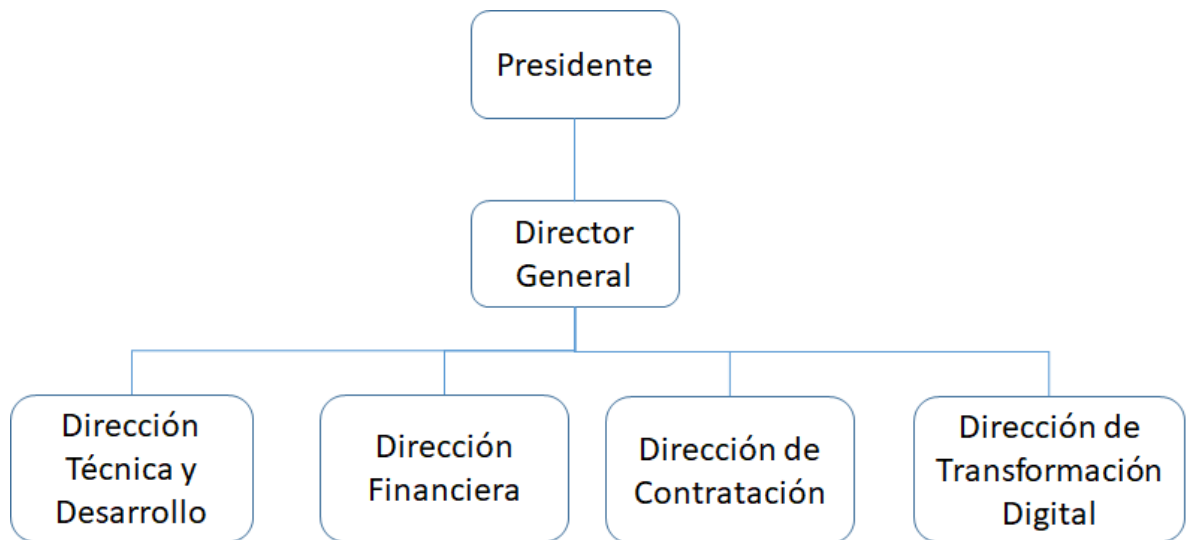
²⁸⁶ http://www.seitt.es/SEITT/LANG_CASTELLANO/INFO_IOP/COL_PP.htm consulta de fecha 14 de junio de 2022.

²⁸⁷ http://www.seitt.es/SEITT/LANG_CASTELLANO/INFO_IOP/CA_FUNCIONES.htm consulta de fecha 14 de junio de 2022.

- Relacionarse con los auditores externos a efectos de conocer e informar al Consejo de los resultados de la auditoría de cuentas y de aquellas otras cuestiones suscitadas durante su realización, incluidas las recogidas en el informe de control interno que se consideren de interés.
- Seguimiento de las recomendaciones reflejadas en el informe de auditoría.
- Recabar información sobre los sistemas de control y procedimientos internos establecidos para asegurar el debido cumplimiento de disposiciones legales y demás normas aplicables.
- En caso de existencia en la sociedad de un departamento de auditoría interna, conocer el plan anual de los trabajos a desarrollar, efectuar su seguimiento y conocer sus conclusiones a efectos de realizar, en su caso, las propuestas que se estimen oportunas.
- Conocer la información económico-financiero (presupuestaria, contable...) que la sociedad, por su pertenencia al sector público estatal, debe remitir para cumplir las obligaciones recogidas en la normativa vigente. Asimismo, vigilará el cumplimiento de las citadas obligaciones”²⁸⁸.

El organigrama de la Sociedad Estatal de Infraestructuras de Transporte Terrestre, S.A. es el siguiente:

²⁸⁸ http://www.seitt.es/SEITT/LANG_CASTELLANO/INFO_IOP/CAU_FUNC.htm consulta del 14 de junio de 2022.



Consideramos conveniente apuntar que a la sociedad española aquí referida es considerada como la unidad “PPP” (asociación público-privada), por el Banco Mundial, en su publicación contenida en el sitio web siguiente: <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/international-ppp-units>

CAPÍTULO VIII

CONCLUSIONES.

1. Las inversiones público-privadas son indispensables para optimizar los recursos públicos y ofrecer a la población de la manera más inmediata posible, los bienes y servicios que requiere para su bienestar. Adicionalmente, incrementan la eficiencia en los procesos de construcción y operación de la infraestructura de transporte, favoreciendo la reducción del aparato estatal, la reducción de costos para el Estado y la posibilidad de que éste haga una mejor asignación de recursos públicos para la satisfacción de otras necesidades de la población.
2. Las asociaciones público-privadas permiten la diversificación de riesgos entre el Estado y los particulares, lo que representa para ambos un beneficio en la realización de proyectos de infraestructura, alineando los intereses tanto del primero como de los segundos en beneficio de la sociedad.
3. La participación del Estado en materia de infraestructura de transporte es necesaria considerando los requerimientos que el sector público tiene de una planificación general de las redes de comunicación, del ordenamiento territorial y para asegurar que los servicios de este sector se presten a toda la población en condiciones de accesibilidad, seguridad, eficiencia y continuidad, debiéndose atender también a las acciones de protección al medio ambiente y a la sustentabilidad de los proyectos.
4. Todos y cada uno de los esquemas conforme a los cuales México, a partir de la administración del Presidente Miguel de la Madrid, inició su proceso de reducción de la actividad del Estado en la economía nacional y la participación del sector privado en empresas de participación estatal mayoritaria, la privatización de las mismas y la coinversión en proyectos de

infraestructura entre el sector público y el sector social y/o privado se inspiraron en algunos casos y en otros reprodujeron, con las adecuaciones del caso las políticas económicas y las estructuras de coinversión público-privada iniciadas principalmente en el Reino Unido de la Gran Bretaña, en los años noventa y que han continuado desarrollándose en ese país en las últimas décadas.

México ha desarrollado diversos esquemas de estructuración de proyectos de coinversión público-privada en infraestructura de transporte, y la forma, términos y condiciones en que ésta se lleva a cabo. Actualmente los más utilizados son: los contratos de asociación público-privada, concesiones, contratos para la prestación de servicios a largo plazo (que actualmente, por disposición legal, deben estructurarse en el ámbito federal conforme a la LAPP) y contratos de obra pública financiada.

Hoy en día, México cuenta con un marco jurídico suficiente para llevar a cabo cualquier proyecto de Coinversión Plurisectorial Eficiente, que requiere, sin lugar a dudas, adecuaciones para otorgar a los participantes un mayor nivel de seguridad jurídica y económico-financiera.

Las políticas públicas actuales en nuestro país son inhibitoras de la participación privada en infraestructura y desestimulan el desarrollo de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente, toda vez que generan incertidumbre tanto en el ámbito político-social como en el económico-financiero y jurídico, lo cual se ha visto acentuado con la falta de transparencia en los procesos, lo que vulnera la democracia permitiendo que la discrecionalidad política exceda inclusive el marco legal. La falta de transparencia hace que la información se utilice más para justificar las actuaciones del Estado que para informar los efectos de éstas.

5. La evaluación de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente deben atender principalmente a su contribución al bienestar social y a su costo oportunidad, más que a los aspectos técnicos y beneficios económicos que los mismos generen. Así también, deben incluir y otorgar un peso específico relevante a los efectos que la infraestructura propuesta pueda tener en las comunidades que se verán afectadas por su realización.
6. La decisión de realizar proyectos de infraestructura debe mantenerse al margen de las decisiones políticas, máxime si éstas buscan un beneficio a grupos de carácter político. Si bien, esta intención difícilmente podrá materializarse, al menos debemos contar con instituciones que eviten lo más posible estas prácticas y que mitiguen los efectos de la injerencia de factores políticos en la realización de proyectos de este orden.
7. Los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente deben promover y buscar alinear los incentivos que cada uno de los actores que convergen en los mismos tienen, a efecto de asegurar el éxito, la eficiencia, eficacia, y continuidad de la infraestructura y de los servicios públicos que se prestan a la población.
8. Los principios generales conforme a los cuales debe llevarse a cabo la planificación de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente son los siguientes:
 - a) La infraestructura debe satisfacer una demanda real de bienes y servicios por la población evitando obras innecesarias o inviables y la duplicidad de las mismas;
 - b) Asegurar el bienestar social con el menor impacto para las comunidades afectadas por su realización;

- c) Atender a las tendencias del mercado tanto a nivel nacional como internacional;
- d) Favorecer la participación del sector social y/o privado en la infraestructura de transporte para optimizar la aplicación de recursos económicos del Estado en el desarrollo de infraestructura de este orden;
- e) Debe observarse el más absoluto rigor económico-financiero sin demeritar la calidad de los servicios y de las obras;
- f) Transparencia en la gestión de los proyectos y la administración de los recursos;
- g) Adecuada distribución de riesgos entre los distintos participantes en el proyecto;
- h) Contar con proyectos completos y la liberación total del derecho de vía;
- i) Evitar en lo posible la renegociación de concesiones y contratos;
- j) Debe priorizarse y garantizar la conservación y mantenimiento de la infraestructura;
- k) Los procesos deben ser absolutamente transparentes.

9. Las principales desventajas que presentan en México los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente son:

- a) La falta de equilibrio en los factores político-social, económico-financiero y jurídico que generan un ámbito de incertidumbre tanto para el Estado como para el sector social y/o privado y a los financiadores de los proyectos;
- b) La falta de proyectos adecuados y la deficiencia del análisis y planeación de los mismos cuyo efecto regularmente es la renegociación de concesiones o contratos;
- c) La presión que grupos de interés económico ejercen sobre las autoridades gubernamentales, así como la colusión entre ambos para la obtención de beneficios indebidos aprovechando la realización de proyectos de infraestructura;
- d) La dificultad del Estado para supervisar y dar seguimiento a los proyectos de manera eficiente.

10. Las principales barreras de entrada a las inversiones público-privadas en México son:

- a) Por lo que se refiere a la infraestructura: la falta de proyectos, falta de liberación oportuna y adecuada del derecho de vía, controles tarifarios del Estado, falta de tarifas integradas entre diversas formas de transporte e inadecuada valoración previa de los alcances y requerimientos de los proyectos;
- b) Por lo que se refiere a las políticas públicas y a la regulación: la carencia de políticas públicas claras, consistentes y continuas, falta de regulación o inconsistencia de la misma, exceso de facultades discrecionales del Estado, la participación de este último como juez y parte, experiencias negativas en proyectos en

los que el Estado ha dado por terminados anticipadamente concesiones y contratos y restricciones a la libre competencia y a los procedimientos de reequilibrio económico;

- c) Por lo que corresponde a los procesos para la adjudicación de proyectos: la falta de experiencia de los funcionarios públicos, falta de tiempo para promover los proyectos, procesos con análisis deficiente, licitaciones sin proyectos definitivos o suficientes para evaluar la inversión, falta de estudios de demanda adecuados, títulos de concesión y contratos incompletos o poco claros, falta de una valoración previa, adecuada y suficiente del proyecto y sus alcances, falta de incentivos positivos debidamente alineados y falta de medios adecuados para la resolución de controversias que otorguen seguridad jurídica a los particulares y a los financiadores;
- d) Por lo que concierne a los recursos económicos para realizar los proyectos: dificultades para la obtención de financiamiento, insuficiente participación de los financiadores en los títulos de concesión y contratos;
- e) Otras causas como la corrupción y el crimen organizado.

11. Los derechos de la población afectada por proyectos de infraestructura requieren de un mayor y más profundo análisis previo a su realización, así como de la elaboración de propuestas alternativas que permitan el desarrollo de los proyectos sin afectar los derechos de quienes puedan resultar afectados por los mismos.

12. En México hay una política extractiva en el sector de la construcción de infraestructura, por lo que resulta necesario la creación de políticas públicas y herramientas jurídicas que concluyan con esta práctica y que la conviertan en una política inclusiva, en la que micros y pequeñas y

medianas empresas puedan participar de manera directa y equitativa en los proyectos y no solo como subcontratistas cuyo margen de utilidad resulta regularmente bajo.

13. Es conveniente crear una nueva UIPP en México para el sector de infraestructura en transporte que cuente con las siguientes características esenciales:

- a) Autonomía absoluta en el ámbito administrativo, regulatorio y presupuestal;
- b) Facultades para desarrollar políticas públicas en el ámbito de sus atribuciones;
- c) Fungir como un órgano de consulta obligatoria para la realización del Plan Nacional de Desarrollo y facultades para participar directamente en la elaboración del Programa Nacional de infraestructura;
- d) Facultades para desempeñarse como coordinador entre los sectores público y el social y/o privado para el desarrollo de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente;
- e) Capacidad para realizar estudios, análisis y evaluaciones de carácter político-social, económico-financiero, técnico y jurídico respecto de las necesidades de infraestructura de transporte, así como de potenciales proyectos para la satisfacción de las mismas;
- f) Facultades para determinar de los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente que deban llevarse a cabo, definir las características y condiciones conforme a los cuales deberán realizarse, elaborar los documentos de carácter técnico,

económico-financiero y jurídico que se requieran para su realización y obtener las autorizaciones que en su caso se obligue a proveer el Estado para el desarrollo del proyecto.

- g) Facultades regulatorias en el ámbito de su competencia, para expedir los instrumentos legales necesarios para el cumplimiento de sus funciones en los términos, condiciones y alcances que al efecto se establezcan en la CPEUM.
- h) Facultades para otorgar concesiones y celebrar los contratos que instrumenten los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente y darlos por terminados en términos de la regulación aplicable.
- i) Supervisar en forma integral el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el sector social y/o privado conforme a la regulación aplicable y a los instrumentos legales con base en los cuales se estructure el proyecto e imponer las sanciones y penalizaciones establecidas en ambos.
- j) Recibir las garantías que, en términos de la regulación aplicable y de los instrumentos legales conforme a los cuales se estructure el proyecto, se encuentre obligado a otorgar el concesionario, desarrollador o contratante del proyecto y ejecutarlas para destinarlas al proyecto, a fin de que éste continúe o a restituir cualquier monto que para ese efecto hubiere erogado la propia UIPP o el Estado. Así también, deberá tener facultades para exigir y cobrar cualquier indemnización a cargo del sector social y/o privado o de terceros y que la UIPP tenga derecho a recibir.

Considerando los requerimientos señalados en la conclusión anterior, en mi opinión, la UIPP federal en materia de infraestructura de transporte debe ser un órgano constitucional autónomo.

Las funciones antes señaladas podrían, en su caso, distribuirse entre dos entidades distintas o en dos áreas dentro de la misma entidad: una que determine los proyectos que deben llevarse a cabo bajo el esquema de Coinversión Plurisectorial Eficiente, previa realización de los estudios y análisis correspondientes, y otra que las instrumente, administre, supervise y realice todos los actos de seguimiento necesarios conforme a la regulación aplicable, ambas deberán tener la misma naturaleza jurídica, esquema de administración y alcance de facultades, según el ámbito de su competencia.

La UIPP debe ser integrada por miembros tanto del sector público como del privado y del académico, cuyos períodos de funciones deberán ser de 9 años improrrogables y su sustitución escalonada. Su nombramiento debe ser aprobado por la Cámara de Senadores. Los integrantes de la UIPP deberán contar con absoluta solvencia moral y experiencia acreditable de haber participado en proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente conforme lo señale la regulación correspondiente.

El presupuesto de la UIPP deberá permitirle la más absoluta autonomía, por lo que debe de integrarse cuando menos por: a) la cantidad que le corresponda conforme al Presupuesto de Egresos de la Federación; b) el cobro de derechos por el desempeño de sus funciones, que deberá cubrir el sector social-privado con cargo a los proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente y conforme a lo dispuesto en la Ley Federal de Derechos; c) donativos de instituciones públicas o privadas, y/o d) por productos derivados de servicios de asesoría, asistencia y/o capacitación a gobiernos estatales o municipales y/o e) su participación como árbitro en

la solución de conflictos en el sector de su competencia, respecto de las cuales no tenga conflicto de intereses.

Debería considerarse que esta UIPP no solo evalúe la realización de proyectos de Coinversión Plurisectorial Eficiente en el sector de transporte, sino también que sea un órgano de consulta obligatoria para la realización de los proyectos de infraestructura de este sector, que realice el Estado, de manera que siempre este último tenga la visión completa de las necesidades en este sector y de la mejor manera de satisfacerlas en beneficio de la población, creando sinergias que optimicen los recursos destinados a esta clase de infraestructura.

Información estadística sobre infraestructura carretera.

La información que a continuación se muestra fue obtenida del Sistema Compranet de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), en el cual se encuentran en 2 secciones, Compra Net y Compra Net 3.0.



En la dirección web <https://compranet.hacienda.gob.mx/web/login.html> aparece una barra de menú, un apartado de contratos y las opciones de Compra Net y Compranet 3.0, como se puede observar en la imagen.

ón

Compra Net 3.0 contiene información histórica de 2002 a 2011 y Compra Net de 2010 en adelante.

Para fines estadísticos se ha elegido la información contenida en esta última sección.

En esta sección se encuentran los catálogos, los diccionarios de datos y los archivos de información, en los que, al realizar el análisis del contenido de éstos, fue posible determinar aquellos que contienen los datos que se refieren a los contratos. La información de estos archivos tiene 2 estructuras de organización, una de 2010 hasta 2017 y otra de 2018 a 2022.

La finalidad del diccionario de datos es hacer comprensible la información del conjunto a los potenciales usuarios del mismo.

1. Título del conjunto: Contratos ingresados a Compranet.

2. Contexto: Difusión de los datos relevantes de los contratos derivados de los procedimientos de contratación reportados en Compranet por las Unidades Compradoras de las Instituciones Públicas del Gobierno Federal y de los Gobiernos Estatales y Municipales (Unidades Contratantes).

3. Metodología: Se detectan aquellos contratos reportados por los operadores o administradores de Unidades Compradoras, a partir de la fecha de inicio de vigencia del mismo y cuyo estatus sea Activo, Expirado o Terminado.

4. Variables

En el **Anexo A** se muestra la estructura de la información contenida en los archivos de contratos de 2010 a 2017.

En el **Anexo B** se muestra la estructura de la información contenida en los archivos de contratos de 2018 a 2022.

Con la finalidad de integrar en un solo lugar la información desde 2010 a 2022, se creó una estructura que contiene los datos de 2010 a 2017 y de 2018 a 2022.

La carga del total de registros a la nueva estructura de información nos permite hacer consultas globales, ya que los campos de referencia son los mismos para la información cargada.

Considerando los catálogos disponibles para esta información y estar en condiciones de filtrar los datos, se eligió **Clave o claves del Clasificador Único de las Contrataciones Públicas (CUCOP)** que fueron asignadas por la Unidad Contratante al expediente de contratación; las claves CUCOP de 4 dígitos están relacionadas con el Clasificador por Objeto del Gasto (COG), el cual es administrado por la SHCP.

En este catálogo de claves CUCOP, al consultarlo se observó la clave **6150**, que se refiere a la construcción de vías de comunicación, que proviene de la **clave 6000**, que a su vez se refiere a **inversión pública**.

El extracto de este catálogo lo puede ver en el **Anexo C** de este documento.

El usar la clave CUCOP como filtro en la definición del universo de contratos, es solo válido para los registros del 2018 en adelante, aun así, este valor no es suficiente para hacer una selección exclusiva en lo referente a infraestructura carretera, para ello se adiciona en el proceso de selección la variable **clave de programa**, ésta es una variable uniforme en todo el universo de información sin importar el año al que pertenecen, por lo que los valores de esta clave, que inician con la cadena caracteres 09K0, nos permite obtener registros que restringen el universo de información.

En la base de datos se obtienen los siguientes valores cuando la **clave de programa** inicia con 09K0.

Número	Clave de Programa
356	09K003-PROY CONST CARRETERAS
12	09K027-MANTENIMIENTO INFRA
444	09K031-P CONST CARRETERAS-CAMINOS RUR
1125	09K032-R Y CONSERV CARRETERA
781	09K037-C INFRA CAMINOS RUR ALIMENT
154	09K039-PROYECT CAMINOS RUR ALIMENT
10	09K040-P INFRAESTRUCTURA FERROVIARIA
12	09K041-S TRANS COLEC

Nota: Número es el número de registros de cada clave de programa.

En la información anterior a 2018, que no tiene valores de Clave CUCOP, se utiliza el inicio de la clave de programa que contiene **09K003-PROY CONST CARRETERAS** y **09K032-R Y CONSERV CARRETERA**.

En la integración de filtros para obtener la información necesaria, se adiciona una variable más que es el **TIPO DE CONTRATACIÓN** con los siguientes valores:

Número	Tipo de contratación
164	Adquisiciones
20	Arrendamientos
1400	Obra Pública
349	Servicios
167	Servicios Relacionados con la OP

Se aplica un filtro adicional considerando solo aquellos que están definidos como **OBRA PÚBLICA**.

Con lo anteriormente expuesto, se muestra la distribución de la información considerando el conjunto resultante de:

1. Los registros de 2018 en adelante, en los que la **clave CUCOP** sea igual a **6150** y que la cadena de caracteres de la clave de programa contenga **09K003-PROY CONST CARRETERAS y 09K032-R Y CONSERV CARRETERA** y el tipo de contratación sea **OBRA PÚBLICA**, y
2. Los registros anteriores a 2018, en los que la cadena de caracteres de la clave de programa contenga **09K003-PROY CONST CARRETERAS y 09K032-R Y CONSERV CARRETERA** y el tipo de contratación sea **OBRA PÚBLICA**.

El resultado por año es el siguiente:

AÑO	NÚMERO DE CONTRATOS	IMPORTE
2010-12	25	\$ 121,965,998.04
2013	45	\$ 249,202,300.66
2014	27	\$9,186,098,895.33
2015	107	\$2,858,336,809.43
2016	150	\$1,442,037,595.37
2017	223	\$1,585,208,877.06
2018	147	\$1,807,472,510.50
2019	53	\$ 508,846,155.87
2020	99	\$ 955,289,688.42
2021	98	\$ 702,299,812.20

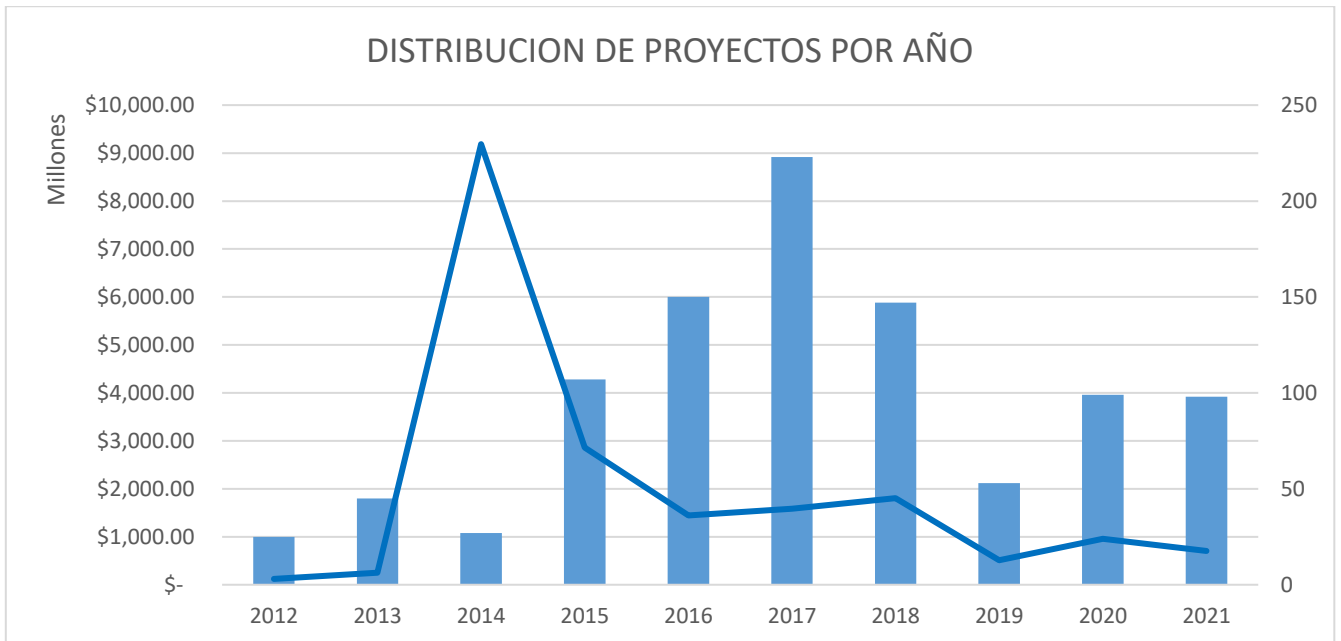
Las cantidades se expresan en moneda nacional

A continuación, se muestra la información desagregada por tipo de entidad que ejecuta los contratos.

ANIO	NUMERO	IMPORTE	APF		GE		GM	
			NUMERO	IMPORTE	NUMERO	IMPORTE	NUMERO	IMPORTE
2012	25	\$ 121,965,998.04	15	\$ 112,879,537.55	0	\$ -	10	\$ 9,086,460.49
2013	45	\$ 249,202,300.66	23	\$ 216,696,922.79	22	\$ 32,505,377.87	0	\$ -
2014	27	\$ 9,186,098,895.33	21	\$ 154,773,043.80	3	\$ 9,005,620,587.14	3	\$ 25,705,264.39
2015	107	\$ 2,858,336,809.43	56	\$ 533,576,005.21	41	\$ 2,178,163,040.75	10	\$ 146,597,763.48
2016	150	\$ 1,442,037,595.37	92	\$ 718,896,092.20	53	\$ 707,200,347.46	5	\$ 15,941,155.71
2017	223	\$ 1,585,208,877.06	99	\$ 495,960,612.32	118	\$ 1,077,227,325.28	6	\$ 12,020,939.46
2018	147	\$ 1,807,472,510.50	61	\$ 509,519,333.53	82	\$ 1,271,792,446.19	4	\$ 26,160,730.78
2019	53	\$ 508,846,155.87	37	\$ 334,782,237.49	16	\$ 174,063,918.38	0	\$ -
2020	99	\$ 955,289,688.42	96	\$ 933,418,565.16	2	\$ 11,881,651.03	1	\$ 9,989,472.23
2021	98	\$ 702,299,812.20	97	\$ 694,696,439.92	1	\$ 7,603,372.28	0	\$ -
TOTAL	974	\$ 19,416,758,642.88	597	\$ 4,705,198,789.96	338	\$ 14,466,058,066.38	39	\$ 245,501,786.54

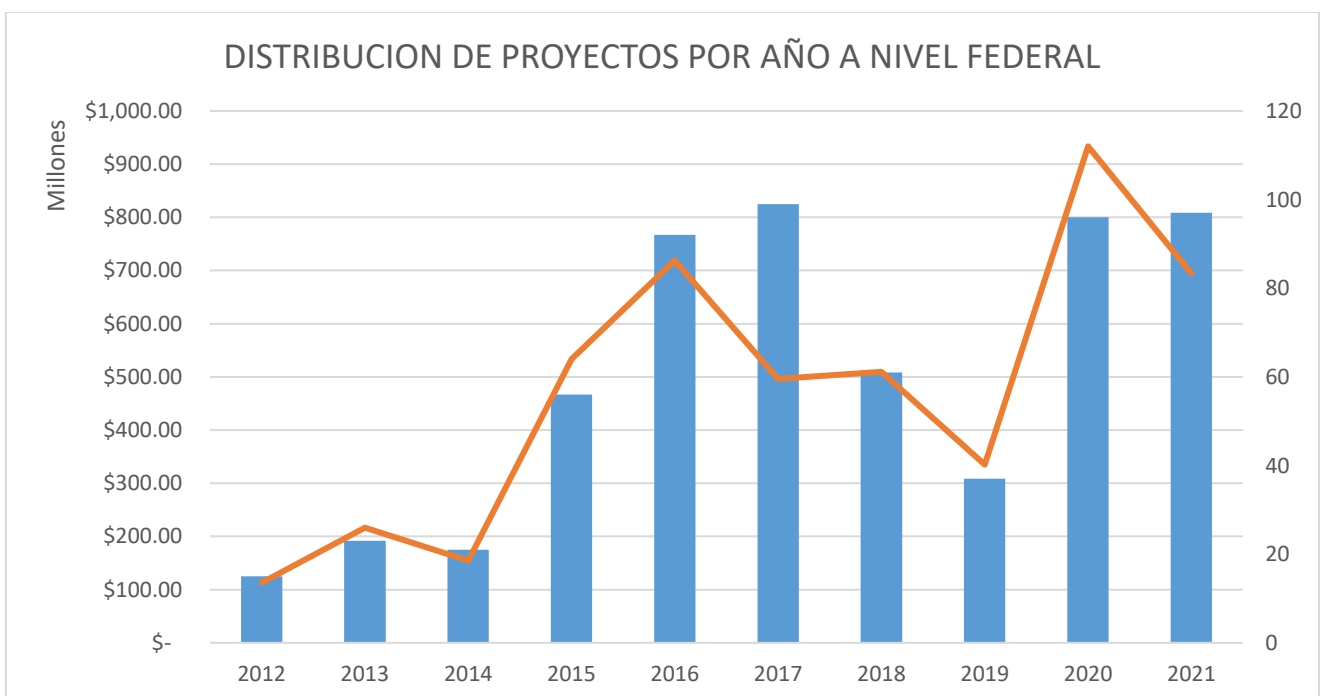
- APF : Administración Pública Federal
- GE : Gobierno Estatal
- GM : Gobierno Municipal
- Fuente : Contratos Compra Net SHCP
- La fila de 2012 acumula los datos desde 2010.

En esta gráfica se representa en la línea el importe de los proyectos por año y, en las barras, el número de proyectos, el cual se representa en el eje derecho (eje secundario).



- Las cantidades son en moneda nacional
- Fuente: Contratos Compra Net SHCP.
- 2012 acumula los datos desde 2010

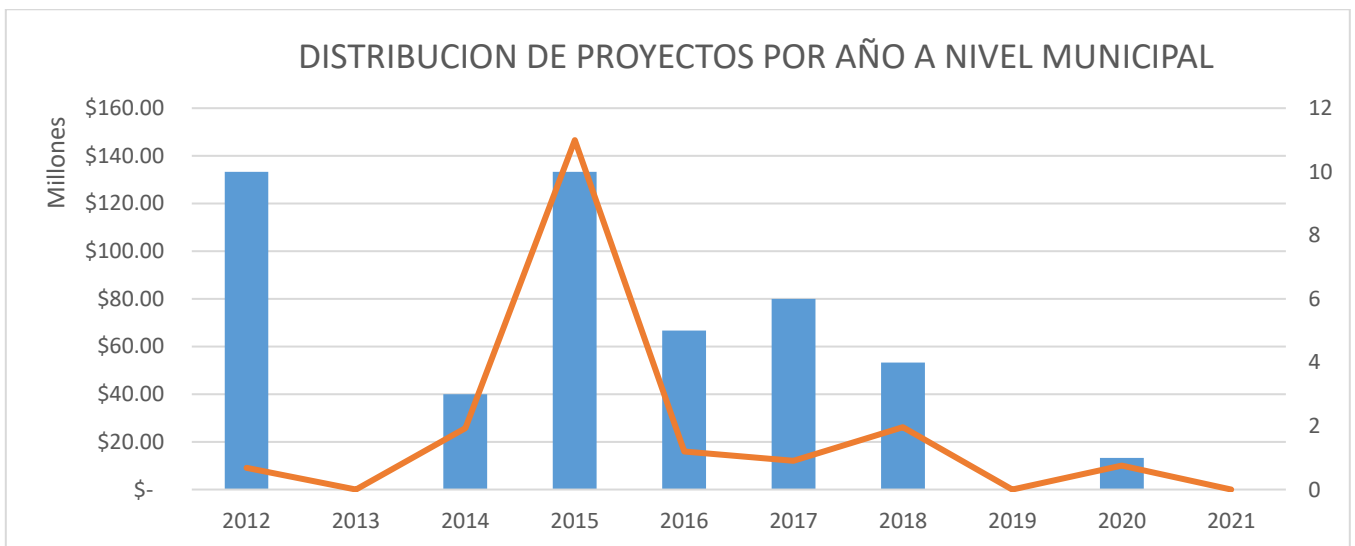
En esta gráfica se representa en la línea el importe de los proyectos por año y, en las barras, el número de proyectos, el cual se representa en el eje derecho (eje secundario) de la Administración Pública Federal.



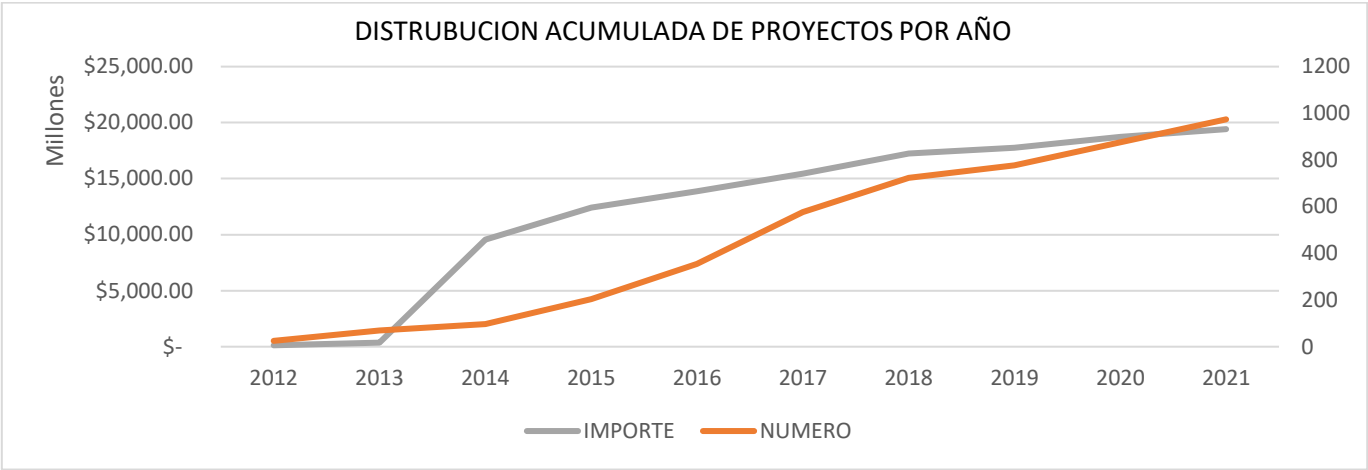
En esta gráfica se representa en la línea el importe de los proyectos por año y, en las barras, el número de proyectos, el cual se representa en el eje derecho (eje secundario) referido a la Administración Pública Estatal.



En esta gráfica se representa en la línea el importe de los proyectos por año y, en las barras, el número de proyectos, el cual se representa en el eje derecho (eje secundario) referido a la Administración Pública Municipal.



Esta gráfica representa los valores acumulados de importe de los proyectos y el número de éstos, el cual se observa en el eje secundario.



Anexo A²⁸⁹

Nombre	Obligatoria	Tipo	Rango	Unidad de medida	Observaciones
GOBIERNO	Sí	Id	APF,GE,GM		Indica el tipo de gobierno. APF: Administración Pública Federal. GE: Gobierno Estatal. GM: Gobierno Municipal.
SIGLAS	Sí	Id	n/a		Son las letras iniciales del nombre de Institución Pública.
DEPENDENCIA	Sí	Texto	n/a		Nombre de la Institución Pública, Entidad Federativa o Municipio.
CLAVEUC	Sí	Texto	n/a		Caracteres identificadores de la Unidad Compradora en CompraNet.
NOMBRE_DE_LA_UC	Sí	Texto	n/a		Nombre de la Unidad Compradora en CompraNet.
RESPONSABLE	Sí	Texto	n/a		Nombre del responsable de la Unidad Compradora en CompraNet.
CODIGO_EXPEDIENTE	Sí	Número	n/a		Número identificador del expediente en CompraNet.
TITULO_EXPEDIENTE	Sí	Texto	n/a		Título de identificación del expediente en CompraNet.
PLANTILLA_EXPEDIENTE	Sí	Texto	n/a		Indica la plantilla seleccionada por el operador de la Unidad Compradora al crear el Expediente y corresponde al tipo de contratación que se realiza.
NUMERO_PROCEDIMIENTO	Sí	Texto	n/a		Número identificador del procedimiento de contratación en CompraNet.
EXP_F_FALLO	No	Fecha	n/a		Fecha del acto de fallo, en formato ISO 86019.
PROC_F_PUBLICACION	No	Fecha	n/a		Fecha que se configura dentro del Procedimiento, en formato ISO 86019.
FECHA_APERTURA_PROPOSICIONES	No	Fecha	n/a		Fecha que se configura en el Expediente para la Apertura de Proposiciones, en formato ISO 86019.
CARÁCTER	No	Id	Nacional Internacional Internacional bajo TLC		Indica el carácter del procedimiento.
TIPO_CONTRATACION	Sí	Id	Adquisiciones, Arrendamientos, Servicios,Obra Pública, Servicios relacionados con la OP		Muestra el tipo de contratación.
TIPO_PROCEDIMIENTO	No	Id	Adjudicación directa Adjudicación Directa Federal Invitación a Cuando Menos 3 Personas Licitación Pública Otro Proyecto de Convocatoria		De acuerdo al tipo de Procedimiento que realizara la UC
FORMA_PROCEDIMIENTO	No	Id	Electrónica Mixta Presencial		Es la forma en la que se realiza el procedimiento.
CODIGO_CONTRATO	Sí	Número	n/a		Es el número identificador del contrato, mismo que es asignado automáticamente por el sistema.

²⁸⁹ Muestra la estructura de la información contenida en los archivos de contratos de 2010 a 2017.

Nombre	Obligatoria	Tipo	Rango	Unidad de medida	Observaciones
TITULO_CONTRATO	Sí	Texto	n/a		Es el título o nombre del contrato asignado por la Unidad Compradora en CompraNet.
FECHA_INICIO	Sí	Fecha	n/a		Fecha de inicio del contrato reportado por la Unidad Compradora, en formato ISO 86019.
FECHA_FIN	Sí	Fecha	n/a		Fecha de expiración del contrato reportado por la Unidad Compradora, en formato ISO 86019.
IMPORTE_CONTRATO	Sí	Número	n/a		Importe del contrato sin incluir el impuesto al valor agregado.
MONEDA	Sí	Id	MXN EUR USD GBP JPY CAD		Tipo de moneda reportado por la Unidad Compradora para cada contrato. Las claves de las divisas se reportan conforme al estándar ISO 4217 MXN Peso mexicano EUR Euro USD Dólar estadounidense GBP Libra esterlina JPY Yen CAD Dólar canadiense
ESTATUS_CONTRATO	Sí	Id	Activo Terminado Expirado		Activo: Estado que adquiere el contrato en CompraNet durante la vigencia del mismo. Terminado: Es el estado adquirido por el contrato cuando la Unidad Compradora realiza alguna de las siguientes acciones: cancelar o rescindir el mismo antes de la fecha de expiración. Expirado: Estado habilitado automáticamente por el sistema cuando ha concluido la vigencia del contrato.
ARCHIVADO	No	Booleano	1,0		Estado de clasificación del sistema que indica si el elemento electrónico que contiene los datos relevantes del contrato ha sido archivado en el sistema. Lo anterior no tiene impacto en la difusión pública de la información que se reporta. 1 = SI se encuentra archivado. 0 = NO se encuentra archivado.
CONVENIO_MODIFICATORIO	Sí	Booleano	1,0		Indica si el Contrato incluye Convenio modificatorio 1 = SI incluye Convenio modificatorio. 0 = NO incluye Convenio modificatorio.
RAMO	No	Texto	n/a		Ramo de la Dependencia o Entidad en el Presupuesto de Egresos de la Federación.
CLAVE_PROGRAMA	No	Id	n/a		Clave del Programa Federal. Las Unidades Compradoras de las entidades federativas y sus municipios que reciben recursos federales, deben capturar este dato. El listado de programas federales puede ser descargado en la siguiente dirección: https://compranetinfo.funcionpublica.gob.mx/descargas/listado_programas_federales.xlsx
APORTACION_FEDERAL	No	Número	n/a		Importe de Aportación del Gobierno Federal señalada en el oficio de autorización sin incluir el impuesto al valor agregado.
FECHA_CELEBRACION	No	Fecha	n/a		Fecha en la que se celebra la firma del contrato reportado por la UC, en formato ISO 86019.
CONTRATO_MARCO	No	Booleano	1,0		Identifica si el contrato del procedimiento deriva de un contrato marco. 1 = SI deriva de un contrato marco. 0 = NO deriva de un contrato marco.
IDENTIFICADOR_CM	No	Id	n/a		Referencia del Contrato Marco al que está vinculado el contrato específico que se reportó. Los Contratos Marco son una estrategia de contratación basada en un acuerdo de voluntades que celebra una dependencia o entidad con uno o más posibles proveedores, mediante los cuales se establecen las especificaciones técnicas y de calidad, alcances, precios y condiciones que regularán la adquisición o arrendamiento de bienes

Nombre	Obligatoria	Tipo	Rango	Unidad de medida	Observaciones
					muebles, o la prestación de servicios Para mayor información de los contratos marco de la APF ingresa a: http://www.gob.mx/sfp/documentos/contratos-marco-de-la-apf
COMPRA_CONSOLIDADA	Sí	Booleano	1,0		Identifica si el contrato del procedimiento deriva de una compra consolidada. 1 = SI deriva de una compra consolidada. 0 = NO deriva de una compra consolidada.
PLURIANUAL	Sí	Booleano	1,0		Indica si el contrato del procedimiento fue firmado abarcando más de un ejercicio fiscal. 1 = SI es plurianual. 0 = NO es plurianual.
CLAVE_CARTERA_SHCP	No	Texto	n/a		Clave de registro que la Unidad de Inversiones de la SHCP otorga a los Programas y Proyectos de Inversión (PPI) de acuerdo a las disposiciones 34 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. Es única y específica para cada PPI. Se compone de 11 caracteres alfanuméricos, sin espacios ni guiones. Para mayor información ingrese a: http://www.gob.mx/shcp/acciones-y-programas/cartera-publica-de-inversion-16287
ESTRATIFICACION_MUC	Sí	Texto	Mediana Micro No MIPYME Pequeña		Estratificación manifestada por la unidad compradora a la fecha de emisión del reporte.
FOLIO_RUPC	No	Número	n/a		Folio asignado por la SFP a la persona física o moral que fue inscrita al RUPC por un ente público con el que celebró algún contrato
PROVEEDOR_CONTRATISTA	Sí	Texto	n/a		Razón Social del Proveedor o Contratista adjudicado.
ESTRATIFICACION_MPC	No	Id	Mediana Micro No MIPYME Pequeña		Estratificación declarada por el proveedor o contratista a la fecha de emisión del reporte.
SIGLAS_PAIS	Sí	Id	n/a		Código del país (ISO 3166) en donde se ubica la empresa, seguido del código de estado https://www.iso.org/obp/ui/#iso:code:3166:MX
ESTATUS_EMPRESA	Sí	Id	HABILIDAD O,SC,REG		Se refiere al estado que guarda la empresa en CompraNet: Habilitado: Es el estado adquirido por la empresa cuando ha sido registrada en CompraNet, ya sea por su cuenta o por alguna Unidad Compradora, tratándose de procedimientos presenciales o mixtos. Reg: Es el estado adquirido por la empresa cuando está en proceso de completar su registro. SC: Estado concedido por el sistema cuando existe alguna deficiencia en la información incorporada para su registro en CompraNet.
CUENTA_ADMINISTRADA_POR	Sí	Id	UC,PoC		Se refiere al tipo de usuario que administra la cuenta UC (Unidad Compradora). PoC (Proveedor o Contratista).
C_EXTERNO	No	Booleano	1,0		Indica si tiene crédito externo o no. 1 = SI 0 = NO
ORGANISMO	No	Id	BID, BIRF, BDAN,OITAB		Nombre del organismo financiero internacional: BID - Banco Interamericano de Desarrollo. BIRF - Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. BDAN - Banco de Desarrollo de América del Norte.

Nombre	Obligatoria	Tipo	Rango	Unidad de medida	Observaciones
					OITAB - Oficina Internacional del Trabajo Acuerdo Bilateral.
ANUNCIO	No	Texto	n/a		Vínculo correspondiente al anuncio público del procedimiento de contratación.

Anexo B²⁹⁰

Nombre	Obligatoria	Tipo	Rango	Unidad de medida	Observaciones
Orden de gobierno	Sí	Id	APF,GE,GM		Indica el tipo de gobierno. APF: Administración Pública Federal. GE: Gobierno Estatal. GM: Gobierno Municipal.
Siglas de la Institución	Sí	Id	n/a		Son las letras iniciales del nombre de Institución Pública.
Institución	Sí	Texto	n/a		Nombre de la Institución Pública, Entidad Federativa o Municipio.
Clave de la UC	Sí	Texto	n/a		Caracteres identificadores de la Unidad Compradora en CompraNet.
Nombre de la UC	Sí	Texto	n/a		Nombre de la Unidad Compradora en CompraNet.
Responsable de la UC	Sí	Texto	n/a		Nombre del responsable de la Unidad Compradora en CompraNet.
Código del expediente	Sí	Número	n/a		Número identificador del expediente en CompraNet.
Referencia del expediente	No	Texto	n/a		Referencia del expediente o número de control interno del procedimiento de contratación
Clave CUCOP	Sí	Texto			Clave o claves del Clasificador Único de las Contrataciones Públicas(CUCoP) que fueron asignadas por la Unidad Contratante al expediente de contratación; las claves CUCOP de 4 dígitos están relacionadas con el Clasificador por Objeto del Gasto(COG) el cual es administrado por la SHCP.
Título del expediente	Sí	Texto	n/a		Título de identificación del expediente en CompraNet.
Plantilla del expediente	Sí	Texto	n/a		Indica la plantilla seleccionada por el operador de la Unidad Compradora al crear el Expediente y corresponde al tipo de contratación que se realiza.
Fundamento legal	No	Texto	- Art. 41, fracciones de la I a la XX de la LAASSP - Art. 42 de la LAASSP - Art. 42, fracciones de la I a la XIV de la LOPSRM - Art. 43 de la LOPSRM		Artículos y fracciones que de conformidad con la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios y la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con la Mismas contienen los supuestos que deben considerar las dependencias y entidades, que bajo su responsabilidad optan por no llevar a cabo el procedimiento de licitación pública y celebrar contratos a través de los procedimientos de invitación a cuando menos tres personas o de adjudicación directa.
Número del procedimiento	Sí	Texto	n/a		Número identificador del procedimiento de contratación en CompraNet.
Fecha de fallo	No	Fecha	n/a		Fecha del acto de fallo, en formato ISO 86019.
Fecha de publicación	No	Fecha	n/a		Fecha que se configura dentro del Procedimiento, en formato ISO 86019.
Fecha de apertura	No	Fecha	n/a		Fecha que se configura en el Expediente para la Apertura de Proposiciones, en formato ISO 86019.
Carácter del procedimiento	No	Id	Nacional Internacional Internacional bajo TLC		Indica el carácter del procedimiento.

²⁹⁰ Muestra la estructura de la información contenida en los archivos de contratos de 2018 a 2022.

Nombre	Obligatoria	Tipo	Rango	Unidad de medida	Observaciones
Tipo de contratación	Sí	Id	Adquisiciones, Arrendamientos, Servicios, Obra Pública, Servicios relacionados con la OP		Muestra el tipo de contratación.
Tipo de procedimiento	No	Id	Adjudicación directa Adjudicación Directa Federal Invitación a Cuando Menos 3 Personas Licitación Pública Otro Proyecto de Convocatoria		De acuerdo al tipo de Procedimiento que realizara la UC
Forma de participación	No	Id	Electrónica Mixta Presencial		Es la forma en la que se realiza el procedimiento.
Código del contrato	Sí	Número	n/a		Es el número identificador del contrato, mismo que es asignado automáticamente por el sistema.
Núm. de control del contrato	No	Texto	n/a		Es el número de control interno del contrato que asigna cada Institución a los contratos celebrados con proveedores o contratistas, con el objetivo de relacionar los registros en CompraNet con los expedientes internos de cada institución. La nomenclatura de estos contratos varía de acuerdo a cada Institución.
Título del contrato	Sí	Texto	n/a		Es el título o nombre del contrato asignado por la Unidad Compradora en CompraNet.
Fecha de inicio del contrato	Sí	Fecha	n/a		Fecha de inicio del contrato reportado por la Unidad Compradora, en formato ISO 86019.
Fecha de fin del contrato	Sí	Fecha	n/a		Fecha de expiración del contrato reportado por la Unidad Compradora, en formato ISO 86019.
Importe del contrato	Sí	Número	n/a		Importe del contrato sin incluir el impuesto al valor agregado.
Moneda del contrato	Sí	Id	MXN EUR USD GBP JPY CAD		Tipo de moneda reportado por la Unidad Compradora asociado al importe de cada contrato. Las claves de las divisas se reportan conforme al estándar ISO 4217 MXN Peso mexicano EUR Euro USD Dólar estadounidense GBP Libra esterlina JPY Yen CAD Dólar canadiense
Estatus del contrato	Sí	Id	Activo Terminado Expirado		Activo: Estado que adquiere el contrato en CompraNet durante la vigencia del mismo. Terminado: Es el estado adquirido por el contrato cuando la Unidad Compradora realiza alguna de las siguientes acciones: cancelar o rescindir el mismo antes de la fecha de expiración. Expirado: Estado habilitado

Nombre	Obligatoria	Tipo	Rango	Unidad de medida	Observaciones
					automáticamente por el sistema cuando ha concluido la vigencia del contrato.
Convenio modificatorio	Sí	Booleano	1,0		Indica si el Contrato incluye Convenio modificatorio 1 = SI incluye Convenio modificatorio. 0 = NO incluye Convenio modificatorio.
Clave del programa federal	No	Id	n/a		Clave del Programa Federal. Las Unidades Compradoras de las entidades federativas y sus municipios que reciben recursos federales, deben capturar este dato. El listado de programas federales puede ser descargado en la siguiente dirección: https://compranetinfo.funcionpublica.gob.mx/descargas/listado_programas_federales.xlsx
Fecha de firma del contrato	No	Fecha	n/a		Fecha en la que se celebra la firma del contrato reportado por la UC, en formato ISO 86019.
Contrato marco	No	Id	n/a		Referencia del Contrato Marco al que está vinculado el contrato específico que se reportó. Los Contratos Marco son una estrategia de contratación basada en un acuerdo de voluntades que celebra una dependencia o entidad con uno o más posibles proveedores, mediante los cuales se establecen las especificaciones técnicas y de calidad, alcances, precios y condiciones que regularán la adquisición o arrendamiento de bienes muebles, o la prestación de servicios. Para mayor información de los contratos marco de la APF ingresa a: http://www.gob.mx/sfp/documentos/contratos-marco-de-la-apf
Compra consolidada	Sí	Booleano	1,0		Identifica si el contrato del procedimiento deriva de una compra consolidada. 1 = SI deriva de una compra consolidada. 0 = NO deriva de una compra consolidada.
Contrato plurianual	Sí	Booleano	1,0		Indica si el contrato del procedimiento fue firmado abarcando más de un ejercicio fiscal. 1 = SI es plurianual. 0 = NO es plurianual.
Clave de cartera SHCP	No	Texto	n/a		Clave de registro que la Unidad de Inversiones de la SHCP otorga a los Programas y Proyectos de Inversión (PPI) de acuerdo a las disposiciones 34 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. Es única y específica para cada PPI. Se compone de 11 caracteres alfanuméricos, sin espacios ni guiones. Para mayor información ingrese a: http://www.gob.mx/shcp/acciones-y-

Nombre	Obligatoria	Tipo	Rango	Unidad de medida	Observaciones
					programas/cartera-publica-de-inversion-16287
Folio en el RUPC	No	Número	n/a		Folio asignado por la SFP a la persona física o moral que fue inscrita al RUPC por un ente público con el que celebró algún contrato
RFC	No	Texto	n/a		Registro Federal de Contribuyente (RFC) de la persona moral que es Proveedor o Contratista.
Proveedor o contratista	Sí	Texto	n/a		Razón Social del Proveedor o Contratista adjudicado.
Estratificación de la empresa	No	Id	Mediana Micro No MIPYME Pequeña		Estratificación declarada por el proveedor o contratista a la fecha de emisión del reporte.
Clave del país de la empresa	Sí	Id	n/a		Código del país (ISO 3166) en donde se ubica la empresa, seguido del código de estado https://www.iso.org/obp/ui/#iso:code:3166:MX
RFC verificado en el SAT	Sí	Booleano	1,0		Indica si el contrato está asignado al RFC que el proveedor o contratista registró en el SAT 1 = SI. Indica que el contrato está asignado a un proveedor o contratista que se registró en CompraNet con su e.firma, lo que permite que este RFC pueda ser verificado en el SAT. 0 = NO. Indica que la Unidad Compradora capturó el RFC y la Razón Social del proveedor o contratista al registrar los datos relevantes del contrato, este tipo de registro no ha sido verificado ante el SAT.
Crédito externo	No	Booleano	1,0		Indica si tiene crédito externo o no. 1 = SI 0 = NO
Organismo financiero	No	Id	BID, BIRF, BDAN,OITAB		Nombre del organismo financiero internacional: BID - Banco Interamericano de Desarrollo. BIRF - Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento. BDAN - Banco de Desarrollo de América del Norte. OITAB - Oficina Internacional del Trabajo Acuerdo Bilateral.
Dirección del anuncio	No	Texto	n/a		Vínculo correspondiente al anuncio público del procedimiento de contratación.

- Las filas en color verde son aquellas que no aparecen en la estructura de información de 2010 a 2017.

Anexo C²⁹¹

6150	6100	6150	Construcción de vías de comunicacion
61500101	61500	61500-0101	Construccion aeropista
61500102	61500	61500-0102	Construccion autopista
61500103	61500	61500-0103	Construccion carretera
61500104	61500	61500-0104	Construccion de camino
61500105	61500	61500-0105	Construccion de pasos a desnivel
61500106	61500	61500-0106	Construccion de puente
61500107	61500	61500-0107	Construccion de terraceria
61500108	61500	61500-0108	Estudios de preinversion y/o preparacion del proyecto para aeropista
61500109	61500	61500-0109	Estudios de preinversion y/o preparacion del proyecto para autopista
61500110	61500	61500-0110	Estudios de preinversion y/o preparacion del proyecto para carretera
61500111	61500	61500-0111	Estudios de preinversion y/o preparacion del proyecto para pasos a desnivel
61500112	61500	61500-0112	Estudios de preinversion y/o preparacion del proyecto para puente
61500113	61500	61500-0113	Estudios de preinversion y/o preparacion del proyecto para terraceria
61500201	61500	61500-0201	Conservacion y/o mantenimiento de aeropista
61500202	61500	61500-0202	Conservacion y/o mantenimiento de autopista
61500203	61500	61500-0203	Conservacion y/o mantenimiento pasos a desnivel
61500204	61500	61500-0204	Conservacion y/o mantenimiento de puente
61500205	61500	61500-0205	Conservacion y/o mantenimiento de terraceria
61500206	61500	61500-0206	Rehabilitacion de aeropista
61500207	61500	61500-0207	Rehabilitacion de autopista
61500208	61500	61500-0208	Rehabilitacion pasos a desnivel
61500209	61500	61500-0209	Rehabilitacion de puente
61500210	61500	61500-0210	Rehabilitacion de terraceria
61500211	61500	61500-0211	Remozamiento de aeropista
61500212	61500	61500-0212	Remozamiento de autopista
61500213	61500	61500-0213	Remozamiento pasos a desnivel
61500214	61500	61500-0214	Remozamiento de puente
61500215	61500	61500-0215	Remozamiento de terraceria
61500216	61500	61500-0216	Ampliacion de aeropista
61500217	61500	61500-0217	Ampliacion de autopista
61500218	61500	61500-0218	Ampliacion pasos a desnivel
61500219	61500	61500-0219	Ampliacion de puente
61500220	61500	61500-0220	Ampliacion de terraceria
61500221	61500	61500-0221	Reparacion integral de aeropista
61500222	61500	61500-0222	Reparacion integral de autopista
61500223	61500	61500-0223	Reparacion integral pasos a desnivel
61500224	61500	61500-0224	Reparacion integral de puente
61500225	61500	61500-0225	Reparacion integral de terraceria

²⁹¹ Extracto del catálogo de claves CUCoP.