

LATINOAMÉRICA

Nueva ley mexicana de asociaciones público-privadas. Novedades en la financiación de proyectos PPP en México

El pasado 16 de enero de 2012 se publicó la nueva Ley de Asociaciones Público Privadas, con entrada en vigor al día siguiente. Esta ley consolida el marco normativo de los proyectos de asociación público-privada en México. En esta nota repasaremos las principales características y novedades introducidas por la nueva ley y nos referiremos a alguna experiencia reciente con esquemas novedosos de financiación de proyectos de asociación público-privada en el mercado mexicano.

Nueva ley mexicana de asociaciones público-privadas. Novedades en la financiación de proyectos PPP en México

Los esquemas de participación o asociación público-privada para el desarrollo de infraestructuras de interés público, tales como carreteras, plantas de tratamiento de aguas, hospitales, escuelas y prisiones (denominados en el mundo anglosajón *public-private partnerships* y comúnmente conocidos como «PPP»), han tenido un importante desarrollo en México. El interés de las empresas del sector y de las entidades financiadoras en este tipo de proyectos sigue creciendo y genera un alto volumen de inversión privada, tanto de carácter nacional como extranjera.

Nos referiremos brevemente en esta nota de actualidad a la nueva ley mexicana de asociaciones público-privadas y comentaremos alguna experiencia reciente y novedosa en la financiación de proyectos PPP en México.

Nueva ley mexicana de asociaciones público-privadas

Las asociaciones público-privadas en México han estado regulados hasta la fecha por lo dispuesto en la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas, la Ley de Expropiación y la Ley General de Bienes Nacionales.

Los poderes ejecutivo y legislativo de México han trabajado en los últimos años con la intención de consolidar el marco normativo de las asociaciones público-privadas. Este esfuerzo se ha reflejado en la

New Mexican law on public-private partnerships. Recent developments in PPP project financing in Mexico

The new Public-Private Partnership Law was published on 16 January 2012 and entered into force on the following day. The Law consolidates the legal regime of public-private partnership projects in Mexico. This article highlights the main characteristics and innovations introduced by the Law and summarises certain recent experience on innovative financing schemes for public-private partnership projects in the Mexican market.

nueva Ley de Asociaciones Público Privadas («LAAP»), publicada el 16 de enero de 2012 y cuya entrada en vigor tuvo lugar al día siguiente.

La LAPP establece un nuevo marco normativo para el desarrollo de proyectos mediante esquemas que, en términos de la propia ley, establezcan relaciones contractuales de largo plazo entre instancias del sector público y privado para la construcción de infraestructuras y la prestación de servicios al sector público o al usuario final y en los que se utilice infraestructura provista total o parcialmente por el sector privado, con objetivos que aumenten el bienestar social y los niveles de inversión en el país.

Ámbito de aplicación

La LAPP es aplicable a las asociaciones público-privadas que se establezcan entre (a) la Administración Pública Federal, los fideicomisos públicos federales no considerados paraestatales, personas de derecho público federal con autonomía constitucional o las entidades federativas, municipios y los entes públicos de unos y otros que dispongan de recursos federales para el desarrollo de un proyecto (cada una, la «Entidad Contratante»), y (b) sociedades mercantiles mexicanas que deberán constituirse con el objeto social exclusivo de llevar a cabo el proyecto de que se trate (sin perjuicio de que sus accionistas puedan ser personas físicas o jurídicas, mexicanas o extranjeras, individualmente o en consorcio).

Los esquemas de asociación público-privada previstos en la LAPP son opcionales y se podrán utilizar en actividades cuya legislación específica prevea la libre participación del sector privado mediante

permisos, autorizaciones o concesiones. Estos esquemas no se podrán utilizar en actividades relacionadas con la exploración, explotación, refinación, transporte, almacenamiento o distribución de petróleo, gas y sus derivados.

Autorizaciones para el inicio de los proyectos

Los proyectos de asociación público-privada estarán sujetos a una serie de análisis y autorizaciones gubernamentales, entre los que destacan:

(i) Un análisis previo que compruebe (i) la viabilidad (tanto técnica como jurídica) de los proyectos, (ii) la conveniencia de llevarlos a cabo bajo el esquema de asociación público-privada, (iii) su rentabilidad social, (iv) su impacto ambiental y (v) los resultados satisfactorios del análisis coste-beneficio, entre otros (el «Análisis de Viabilidad»).

(ii) La previsión por parte de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público en el Proyecto de Presupuesto de los compromisos plurianuales de gasto que se deriven de los proyectos de asociación público-privada para la aprobación del gasto público requerido.

(iii) El análisis y autorización de la Comisión Intersecretarial de Gasto Público, Financiamiento y Desincorporación de los proyectos de asociación público-privada.

Propuestas no solicitadas

Una de las novedades relevantes que introduce la LAPP es la figura de las propuestas no solicitadas, en virtud de las que los interesados en desarrollar un proyecto bajo el esquema de asociación público-privada tienen la facultad de proponer a la Entidad Contratante competente un nuevo proyecto. Las Entidades Contratantes podrán también señalar los tipos de proyectos, sectores, ámbitos geográficos y demás elementos de las propuestas que están dispuestas a analizar.

En este sentido, el interesado deberá presentar a la Entidad Contratante un estudio preliminar de factibilidad, en términos similares al Análisis de Viabilidad. La Entidad Contratante contará con un plazo de tres meses, prorrogables por otros tres, para su evaluación. Transcurrido dicho plazo, la Entidad Contratante deberá emitir su opinión sobre la viabilidad del proyecto y su procedencia.

Si la propuesta de proyecto de asociación público-privada resulta procedente, la Entidad Contratante

convocará al concurso respectivo y reembolsará al proponente los gastos soportados en los estudios previos en caso de que este no resulte adjudicatario. Asimismo, podrá otorgarse un premio al promotor de la iniciativa, que no podrá exceder del equivalente a un diez por ciento en relación con los criterios de adjudicación del contrato. Queda restringida en estos supuestos la posibilidad de adjudicación directa, debiendo hacerse mediante concurso o licitación pública en la que podrá adjudicarse el contrato al promotor de la iniciativa, incluso si este resultara como único licitante.

Todos los derechos relativos a los estudios presentados a la Entidad Contratante, incluyendo, sin limitación, los derechos de propiedad intelectual e industrial, pasarán a ser titularidad de la Entidad Contratante.

Adjudicación de los proyectos

Los proyectos de asociación público-privada se adjudicarán al licitante que presente la mejor propuesta en términos técnico-financieros.

Excepcionalmente, podrán adjudicarse proyectos de asociación público-privada mediante invitación a concurso a tres licitantes, como mínimo, o bien mediante adjudicación directa (excepto en el supuesto de propuestas no solicitadas).

Adquisición y expropiación de bienes necesarios para el desarrollo del proyecto

La responsabilidad de adquirir los bienes y derechos necesarios para la ejecución de los proyectos de asociación público-privada podrá recaer en la Entidad Contratante, en el particular o en ambos, según se acuerde en el contrato correspondiente. Si la responsabilidad recayera en la Entidad Contratante podrá adquirir los bienes y derechos mediante adquisición convencional o mediante expropiación, de conformidad el procedimiento legalmente previsto.

La LAPP (y sus correspondientes reformas a la Ley de Expropiación y a la Ley General de Bienes Nacionales) introduce algunos elementos novedosos en materia de expropiación:

(i) El importe de la indemnización podrá ser fijado no solo por el Instituto de Administración y Avalúo de Bienes Nacionales, sino también por instituciones de crédito, corredores

públicos o profesionales autorizados, en los términos que se determine reglamentariamente.

(ii) La tasación correspondiente podrá tomar en consideración el incremento de valor futuro de los inmuebles que se pueda derivar del desarrollo del proyecto, así como la existencia de determinadas características que, sin reflejarse en su valor comercial, los hagan técnicamente idóneos para el desarrollo del proyecto.

(iii) Cuando se expropie parte de un inmueble y la superficie restante ya no resulte viable económicamente para el propietario, este podrá solicitar a la entidad competente que adquiera la superficie adicional.

(iv) Si el inmueble a expropiar cuenta con un gravamen real, la indemnización se consignará ante la autoridad competente, a fin de que esta determine la parte que corresponde a cada uno de los titulares de los derechos que resulten afectados.

Autorizaciones para la ejecución del proyecto

Cuando para la ejecución de un proyecto de asociación público-privada sean necesarios permisos, autorizaciones o concesiones para la prestación de los servicios o el uso de bienes públicos (las «Autorizaciones»), deberán obtenerse de conformidad con lo dispuesto en la normativa que les sea aplicable, con las siguientes salvedades:

(i) Se otorgarán en el marco del concurso en virtud del cual se adjudique el contrato del proyecto.

(ii) Su vigencia será la siguiente: (i) cuando el plazo inicial máximo que establezca la ley que regule la Autorización que corresponda sea igual o menor a 40 años, el plazo inicial máximo será este último; y (ii) cuando el plazo inicial máximo sea mayor a 40 años, aplicará dicho plazo. No obstante, con independencia del plazo inicial por el que se otorgue la Autorización, su duración total, incluidas las prórrogas que se puedan otorgar conforme a la ley que lo regule, no podrá exceder del plazo máximo previsto en la ley correspondiente.

Contratos de asociación público-privada

El contrato de asociación público-privada tendrá por objeto la prestación de los servicios relaciona-

dos con el proyecto, así como, en su caso, la ejecución de la obra de infraestructura necesaria para la prestación de los servicios. Sus principales características y algunas de las novedades que introduce la LAPP se enumeran a continuación:

(i) A diferencia de las concesiones tradicionales, en las que el particular obtiene los beneficios económicos directamente del usuario final, los contratos de asociación público-privada establecen a cargo de la Entidad Contratante el pago de una contraprestación periódica en favor del desarrollador por la ejecución del proyecto.

(ii) La Administración no podrá de manera unilateral terminar anticipadamente el contrato por causas de interés general o por haberse extinguido la necesidad del bien o servicio, situación que aplicaba a los contratos de prestación de servicios anteriores a la LAPP y que implicaba un riesgo relevante para los financiadores de los proyectos.

(iii) Se flexibilizan los supuestos que permiten modificar los términos del contrato cuando, sujeto a determinados parámetros, concurren circunstancias no previstas en el momento de la contratación.

(iv) El desarrollador deberá ser una persona jurídica cuyo objeto social exclusivo sea el de realizar aquellas actividades necesarias para desarrollar el proyecto correspondiente.

(v) Los contratos preverán el régimen de distribución de riesgos entre las partes, así como las características, especificaciones, estándares técnicos, niveles de desempeño y calidad tanto para la obra como para el servicio.

(vi) Los contratos de asociación público-privada deberán prever los términos y condiciones bajo los cuales el particular podrá pactar con sus acreedores el control temporal del proyecto (*step in*) en caso de incumplimiento de los contratos correspondientes, siempre con previa autorización de la Entidad Contratante.

(vii) Los recursos para la ejecución de la obra y la prestación del servicio serán aportados por el desarrollador, sin perjuicio de la facultad de la Entidad Contratante de dotar de recursos al proyecto.

(viii) El desarrollador podrá subcontratar la ejecución de obra o la prestación de los servicios, de conformidad con lo previsto en las bases del concurso y previa autorización de la Entidad

Contratante, en el *stet* entendido de que el desarrollador será el único responsable ante la Entidad Contratante.

(ix) Tanto las acciones del desarrollador como los derechos derivados del contrato de asociación público-privada podrán darse en garantía a favor de terceros, previa autorización de la Entidad Contratante.

Intervención del proyecto

Conforme a la LAPP, la Entidad Contratante estará facultada para intervenir el proyecto en cualquier etapa de su desarrollo cuando, a su juicio, el particular haya incumplido sus obligaciones —excepto cuando el incumplimiento no sea imputable a él— y ponga en peligro grave su desarrollo.

En tal caso, la Entidad Contratante deberá notificar al desarrollador la causa que motiva la intervención y señalarle un plazo para subsanarlo. Si durante el período de cura persistiera el incumplimiento, la Entidad Contratante procederá a la intervención o, según se haya convenido en el contrato respectivo, a la terminación anticipada del propio contrato.

La intervención tendrá la duración que la Entidad Contratante considere necesaria, que en ningún caso podrá exceder de tres años. El desarrollador podrá solicitar la terminación de la intervención si demuestra que las causas que la originaron han desaparecido y su capacidad para cumplir las obligaciones derivadas del contrato.

Al término de la intervención, la Entidad Contratante devolverá al desarrollador la administración del proyecto y los ingresos percibidos, una vez deducidos los gastos y honorarios de la intervención, así como las penalidades en las que, en su caso, hubiese incurrido.

Si transcurrido el plazo de la intervención el desarrollador no está en condiciones de continuar con el cumplimiento de sus obligaciones, la Entidad Contratante procederá a la rescisión del contrato y, en su caso, a la revocación de las Autorizaciones para el desarrollo del proyecto.

Novedades en la financiación de proyectos PPP en México

El mercado de las asociaciones público-privadas en México ha asistido recientemente al éxito de un

novedoso esquema de financiación mediante la colocación de una emisión de bonos a tipo de interés fijo denominados «certificados bursátiles», cuyo único recurso consiste en los derechos de crédito derivados de sendos contratos de asociación público-privada con el Gobierno Federal mexicano para la construcción y operación de infraestructura social (los «Contratos») y que ha recibido una alta calificación crediticia.

De conformidad con los Contratos, el desarrollador asume la responsabilidad de la adquisición de un terreno apto para la localización de la infraestructura social correspondiente, así como su diseño, construcción y operación (a excepción de determinadas funciones reservadas a la Administración pública). El Gobierno Federal mexicano se obliga a pagar un importe mensual a partir de la entrada en funcionamiento de la infraestructura social.

La emisión de los certificados bursátiles se estructuró mediante la cesión, por la sociedad operadora del proyecto, de la totalidad de los derechos de crédito derivados de los Contratos a favor de un fideicomiso de emisión que, a su vez, realizó la colocación de los certificados bursátiles. Por su parte, el importe obtenido en la emisión de certificados bursátiles se integra asimismo en este fideicomiso y se destina íntegramente a financiar la construcción de la infraestructura de conformidad con lo previsto en los Contratos y según el avance es certificado por un técnico independiente.

El importe de la colocación fue suficiente para financiar la construcción y puesta en funcionamiento de la infraestructura social. Los certificados bursátiles cuentan con los derechos de crédito derivados de los Contratos como fuente de pago principal, sin que se haya aportado ningún tipo de garantía financiera o corporativa. La emisión logró las más altas calificaciones crediticias a nivel nacional, otorgadas por las principales agencias de calificación internacionales.

Diversos factores constituyeron la clave del éxito de esta emisión, que logró, como hemos señalado, la financiación necesaria y sin recurso para la construcción y puesta en funcionamiento de la infraestructura social:

- (i) Contrato de asociación público-privada de construcción y prestación de servicios a largo plazo.
- (ii) Compromiso del Gobierno Federal mexicano de pagar una cuota mensual por la presta-

ción del servicio y consiguiente asimilación del riesgo crediticio del proyecto al del Gobierno Federal mexicano.

(iii) Limitación contractual de las penalizaciones por deficiencias en la prestación del servicio.

(iv) Obligación del Gobierno Federal mexicano de indemnizar al desarrollador con un importe mínimo equivalente al saldo vivo de la deuda del proyecto en el supuesto de terminación anticipada.

Se trata de la primera colocación en el mercado mexicano de proyectos de infraestructura de certificados bursátiles relacionados con un proyecto en fase de construcción y demuestra el alto grado de interés de los mercados financieros en financiar este tipo de proyectos de infraestructura a largo plazo.

Nota final

México cuenta con necesidades importantes en materia de infraestructura. Sus características geográficas y demográficas requieren inversión en caminos, puertos, aeropuertos, infraestructura social (salud, educación, reinserción) y energía (renovable y no renovable), entre otras.

Ante la necesidad de fortalecer el mercado interno y crear fuentes de empleo, es previsible que sigamos atendiendo en el futuro a corto y medio plazo a fuertes inversiones gubernamentales en infraestructura en México. La publicación de la LAPP y la aparición de nuevos esquemas de financiación de proyectos que permitan ampliar el abanico de inversores que tienen acceso a este tipo de proyectos facilitarán el surgimiento de nuevas oportunidades de inversión y la consolidación de las asociaciones público-privadas.

IGNACIO KLINGENBERG PEIRONCELY*

* Abogado destacado en la Oficina de Uría Menéndez en México.