

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA INICIATIVA DE LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS (LEY DE APP)

Fernando NAVA HERRERA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Consideraciones generales de la Iniciativa de Ley de APP.* III. *Consideraciones constitucionales de la Iniciativa de Ley de APP.* IV. *Consideraciones legales de la Iniciativa de Ley de APP.* V. *A manera de conclusión.*

I. INTRODUCCIÓN

He de confesar que me rehusaba a escribir este artículo por dos razones. La primera razón es porque el artículo versa sobre una Iniciativa de Ley, es decir, no es sobre una ley; y la segunda razón es porque al final del día, el artículo sería un ejercicio exegetico, al analizar en esencia una eminente "ley".

No obstante, refuté mis prejuicios por lo siguiente. No es necesario esperar que una Iniciativa de Ley sea ley para analizarla y menos aún, para modificarla. ¿Para qué hacer comentarios a una ley que ya fue discutida, aprobada y publicada y que, por no haberla revisado en el proceso legislativo, no pueda ser modificada en el momento oportuno? Por ello consideré que debe ser en el proceso legislativo cuando precisamente se comente una futura ley, y que con base en el derecho de juristas el Congreso de la Unión discuta, modifique y apruebe una ley.

En cuanto al ejercicio exegetico, que en principio pensé se limitaría este trabajo; también lo descarté, puesto que si bien el presente

artículo analizará una Iniciativa de Ley, no será exclusivamente a la luz del legislador, sino a la luz del Constituyente Permanente, del derecho de los jueces, del derecho de juristas y de los principios generales del derecho.

Así las cosas, el objeto del presente artículo es analizar y comentar la Iniciativa de Ley de Asociaciones Público Privadas¹ (en adelante Iniciativa de Ley de APP) presentada por el presidente Felipe Calderón Hinojosa, el 10 de noviembre de 2009 a la Cámara de Senadores.

Este artículo está dividido en tres partes. En la primera parte, señalaré algunas consideraciones generales de la Iniciativa de Ley de APP. Posteriormente, en la segunda parte, comentaré algunas cuestiones constitucionales de la Iniciativa en comento; y finalmente, mencionaré algunos aspectos legales de la Iniciativa de Ley de APP.

II. CONSIDERACIONES GENERALES

DE LA INICIATIVA DE LEY DE APP

Antes de entrar al estudio de la Iniciativa de Ley de APP, precisaré algunos conceptos relativos a la Iniciativa en comento. El objeto de la Iniciativa de Ley de APP es regular el desarrollo de proyectos de Asociación Público Privadas.

En un sentido amplio, las Asociaciones Público Privadas (en adelante APP) son asociaciones entre el sector público, gobiernos federal, estatal o municipal, y el sector privado, personas físicas o morales, que tienen por objeto colaborar conjuntamente para prestar algún servicio o satisfacer alguna necesidad pública. Este tipo de asociaciones no son nuevas. La concesión es claro ejemplo de ello. Data en México, desde que nuestro país es independiente. Las concesiones se rigen por las leyes vinculadas con su objeto, esto significa que no existe una sola ley en materia de concesiones, sino que existen diferentes leyes

¹ En la misma Iniciativa, el Ejecutivo Federal propuso reformar diversas disposiciones de otros ordenamientos, las cuales corresponden a: i) la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; ii) la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; iii) la Ley de Expropiación; iv) la Ley Agraria; v) la Ley General de Bienes Nacionales y vi) el Código Federal de Procedimientos Civiles. Las citadas disposiciones no serán objeto de estudio del presente artículo.

que regulan ésta.² Los denominados “Pidiregas”, por ejemplo, están regulados desde la administración del presidente Ernesto Zedillo. Los *contratos llave en mano*, y los *contratos administrativos*, a propósito de los servicios públicos,³ también son ejemplo de colaboración entre el sector público y el privado.

² Registro núm. 180 926.

Localización: Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, XX, agosto de 2004, p. 10. Tesis: P. XXXIV/2004. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa.

CONCESIONES. SE RIGEN POR LAS LEYES VINCULADAS CON SU OBJETO.

El artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su décimo párrafo, establece que el Estado podrá concesionar la prestación de servicios públicos, así como la explotación, uso o aprovechamiento de bienes de dominio de la Federación, y que *las leyes fijarán las modalidades y condiciones que aseguren la eficacia en la prestación de dichos servicios y la utilización social de los bienes en uso o explotación. El Estado, en su calidad de concesionante y los particulares como concesionarios, deberán sujetarse a las leyes que regulan el servicio público o los bienes concesionados, proporcionando el marco de los derechos, obligaciones, límites y alcances de las partes en una concesión*; ello genera certidumbre para los gobernados respecto a las consecuencias de sus actos y acota las atribuciones de las autoridades correspondientes para impedir actuaciones arbitrarias, con lo que se respeta la garantía de seguridad jurídica consignada por los artículos 14 y 16 de la Constitución federal. No es óbice a lo anterior el hecho de que en el título de concesión se establezca que el concesionario quedará sujeto a todas las leyes y reglamentos expedidos con posterioridad al otorgamiento de ésta, puesto que se entiende que sólo podrá estar sujeto a aquellas disposiciones u ordenamientos normativos que se vinculen con el objeto de la concesión explotada, atendiendo al régimen de concesión de servicios y bienes públicos previsto por el referido artículo 28 constitucional.

Amparo en revisión 1186/2002. Aeropuerto de Aguascalientes, S.A. de C.V. 30 de marzo de 2004. Mayoría de siete votos. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Mariano Azuela Güitrón. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Secretaria: Claudia Mendoza Polanco.

Amparo en revisión 159/2003. Aeropuerto de los Mochis, S.A. de C.V. 30 de marzo de 2004. Mayoría de siete votos. Disidentes: Genaro David Góngora Pimentel, Olga Sánchez Cordero de García Villegas y Mariano Azuela Güitrón. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano. Secretaria: Andrea Zambrana Castañeda.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy ocho de julio en curso, aprobó, con el número XXXIV/2004, la tesis aislada que antecede; y determinó que la votación no es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a ocho de julio de dos mil cuatro.

³ Registro núm. 911 685.

Localización: Quinta época. Instancia: Segunda Sala. Fuente: *Apéndice 2000*, t. III, Administrativa, P. R. SCJN, p. 110. Tesis: 120. Tesis aislada. Materia(s): Administrativa.

SERVICIOS PÚBLICOS, CONTRATOS CON MOTIVO DE.

En relación con los servicios públicos, las autoridades administrativas obran unas veces celebrando actos contractuales, con obligaciones recíprocas para las partes; otras veces, otorgando concesiones reglamentadas por una ley y otras más, descentralizando servicios

Sin embargo, las APP, en sentido estricto, que pretende regular la Iniciativa en comento, son aquellas asociaciones que impliquen cualquier esquema en el que instancias del sector público y del sector privado establecen una relación contractual de largo plazo, para la prestación de uno o varios servicios al sector público o al usuario final, y en la que, para la prestación de los mismos, se requiere de infraestructura, ya sea desarrollada total o parcialmente por el sector privado, o prevista por el sector público.⁴

Una característica esencial de las APP y tal vez la que más difícil ha sido de asimilar, en la práctica, consiste en categorizar a los proyectos APP como “proyectos de prestación de servicios” y no como “proyectos de obra pública o relacionados con obra pública”. Aunque estos proyectos involucran el desarrollo de infraestructura de naturaleza pública que es fácil asociar con el concepto de obra pública, este concepto se refiere al contenido subyacente de contratación pública, y bajo el esquema APP no se actualizan los elementos que dan cabida a esa forma de contratación.

Este nuevo esquema refleja una manera distinta de distribuir las funciones a cargo del sector público y del sector privado, ya que permite a las entidades públicas contratantes definir los proyectos en función

para la mejor administración de los mismos, pero sin sujeción a normas legales. En los dos primeros casos, aparece manifiesto el nacimiento de derechos y obligaciones recíprocos para las partes, las que, para su defensa, tienen expedida la acción correspondiente surgida de las leyes que rijan las materias; pero en el último, falta ese elemento de derecho, porque el acto entraña desprendimiento de las atribuciones de la autoridad, pero no como traspaso patrimonial sino de simples funciones y ese hecho ni está previsto ni protegido por ley alguna, ni constituye transmisión de derechos privados, sino que sólo confiere a quien beneficia, la facultad de sustituirse a la autoridad, en el desempeño de un servicio público y por el tiempo que a la delegante parezca conveniente, supuesto que se trata de funciones no renunciabiles, por ser de la esfera constitucional de las actividades que le corresponden. La abdicación de soberanía en los contratos celebrados por autoridades administrativas, ha sido proscrita por diversas ejecutorias que esta H. Suprema Corte ha pronunciado y se ha determinado en ellas que los contratos que entrañan abandono del ejercicio de la soberanía, no confieren derecho alguno a los particulares, pudiendo anularse por orden de las mismas autoridades que los celebraron. Y si esto ocurre tratándose de convenios celebrados, con mayor razón deben regir aquellas situaciones en las que se deja en manos de tercero la atención y administración de un servicio público, sin obligaciones y derechos recíprocos entre las partes.

Amparo administrativo en revisión 2750/42. Sindicato de Trabajadores del Rastro y Similares del estado de Hidalgo. 19 de noviembre de 1945. Cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente. *Semanario Judicial de la Federación*, quinta época, t. LXXXVI, p. 1240, Segunda Sala.

⁴ Artículo 2o. de la Iniciativa de Ley de APP.

de los resultados esperados y transferir a la empresa proveedora de servicios los riesgos inherentes a la definición, financiamiento, ejecución y mantenimiento de los activos y ciertas actividades necesarias para alcanzar esos resultados.

Bajo los proyectos APP, la autoridad contrata al sector privado para que le preste los servicios que requiere para poder prestar un servicio público o cumplir con una función específica que esa entidad pública tiene encomendada. El privado presta los servicios al gobierno y no al público en general ni a los usuarios del servicio público. Los servicios que presta el sector privado tienen por objeto proveer a la entidad pública de los elementos necesarios para que esa entidad pública pueda prestar el servicio público o pueda cumplir con alguna función específica que tenga a su cargo, para lo cual es necesario que la entidad privada se encargue de diseñar, financiar, construir, mantener y operar determinada infraestructura. Los sectores que pueden ser desarrollados, a través de las APP son:

- Hospitales.
- Escuelas.
- Carreteras.
- Oficinas administrativas.
- Tribunales.
- Palacios legislativos.
- Prisiones.
- Mercados de abasto.
- Panteones y rastros.
- Calles y parques.
- Servicios públicos, como alumbrado, agua potable, alcantarillado o residuos sólidos.
- Cualquier infraestructura que satisfaga necesidades colectivas.

Dentro de las características más importantes de las APP, en sentido estricto, se encuentran las siguientes:

- Las APP permiten el no considerar como deuda pública, las obligaciones que el sector público adquiere.
- Para cubrir los pagos derivados de las APP, se requiere la aprobación de la o las partidas plurianuales, para que le den certidumbre al sector privado.

- En primer lugar, ha de haber una factibilidad legal, a través de un ordenamiento jurídico, que permita llevar a cabo las APP.
- Se realiza un análisis costo-beneficio económico social, el cual permite justificar la ejecución del proyecto, por conducto de una APP.
- El inversionista privado celebra un contrato de prestación de servicios a largo plazo, para llevar a cabo, con su financiamiento, el diseño, la construcción, el equipamiento, la operación, así como el mantenimiento de la infraestructura.
- Es responsabilidad del privado contratado, ejecutar por sí mismo, o mediante subcontratación, en su caso, una o varias de las tareas para las que fue contratado, a través de la APP.
- El procedimiento de contratación es, por lo general, a través de licitación pública, para obtener las mejores condiciones de mercado.
- Se crea una Sociedad de Propósito Específico (SPE), misma que se constituye para llevar a cabo tan sólo un proyecto APP determinado.
- La contratante recibe la infraestructura, en operatividad total.
- La contratante no realiza pago alguno durante el periodo de construcción.
- Los pagos se efectúan en periodo de operación, en forma mensual, de acuerdo con índices de desempeño, y se contabilizan como gasto corriente; es decir, no constituyen deuda pública.
- El particular contratado opera y mantiene la infraestructura, durante la vigencia del contrato.

Entrados en materia, considero que es acertada la presentación de la Iniciativa de APP. Es necesario y conveniente que exista una ley *ad hoc* en materia de APP. Aunque, a la fecha las APP, en su modalidad de Proyectos para Prestación de Servicios a Largo Plazo (en adelante PPS), tienen un marco jurídico.⁵ En mi opinión, el marco jurídico vigente de los PPS –federales– no es lo suficientemente sólido para

⁵ Las Asociaciones Público Privadas, en su modalidad de Proyectos para Prestación de Servicios están previstos a nivel federal: i) la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ii) la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, y su Reglamento, iii) la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, y su Reglamento, iv) las Reglas para la Realización de Proyectos para Prestación de Servicios, v)

otorgarle certidumbre jurídica a los inversionistas privados, ni para que el sector público ejerza su competencia bajo el principio de legalidad, por lo siguiente:

- Carencia de un solo cuerpo normativo que regule las APP en su modalidad de PPS.*⁶ NO EXISTE UNA SOLA LEY QUE LEGISLE A LOS PPS. Por un lado, está la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y por otro, se encuentra la Ley de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria y la Ley General de Bienes Nacionales. Además de que la diversidad de ordenamientos pudiera generar ambigüedad respecto de qué legislación aplicar; tales ordenamientos, fueron elaborados para prever casos distintos a los PPS y en realidad no regulan a los PPS, únicamente los prevén o hacen una mera referencia de éstos.
- Regulación de los PPS en “Reglas”.* Si bien, los PPS están previstos en diversas leyes, también la regulación completa y de fondo de los citados proyectos está prevista en el Acuerdo por el que se establecen las Reglas para la realización de proyectos para prestación de servicios,⁷ emitido conjuntamente por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público y la Secretaría de la Función Pública. El citado acuerdo no es una ley. Es un acto administrativo de carácter general, por lo que, al otorgarle facultades a las entidades y dependencias a propósito de los PPS, mediante un acto administrativo, se vulneraría el principio de reserva de ley. Ello no solamente tendría efectos académicos sino que, incluso, pudiera ser motivo de algún mecanismo de control constitucional.
- El marco jurídico de los PPS –federales– está desactualizado.* Aunque, la regulación de los PPS data de 2003, es decir, es una regulación relativamente reciente, es una realidad que los ordenamientos que prevén los PPS, en particular el Acuerdo por el que se establecen las Reglas para la realización de proyec-

los Lineamientos y metodologías complementarios emitidos por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y vi) el Programa Nacional de Infraestructura.

⁶ Algunos estados de la República sí tienen una ley específica de PPS, los cuales son: i) Aguascalientes, ii) Chiapas, iii) Coahuila, iv) Durango, v) Jalisco, vi) Michoacán, vii) Morelos, viii) Nayarit, ix) Sonora, x) Tabasco, xi) Tamaulipas, y xii) Veracruz.

⁷ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de abril de 2004.

tos para prestación de servicios no obedece a las necesidades actuales de los proyectos. En efecto, antes de la publicación del citado Acuerdo no se había implementado en México ningún proyecto PPS, por lo que, evidentemente, el Acuerdo no incorporó ni reguló las problemáticas prácticas que los PPS pudieran generar.

Con la aprobación de la Iniciativa de Ley de APP, existirá una sola ley que regulará las APP, en su modalidad de PPS y se le otorgará certidumbre jurídica a los inversionistas proveedores; las dependencias y entidades actuarán dentro del marco de la legalidad y se regularán eficientemente las problemáticas prácticas que a lo largo de la vigencia de los PPS se han suscitado.

Ahora bien, la Iniciativa de Ley de APP—como cualquier Iniciativa de Ley—es perfectible; incluso existen algunas cuestiones de la Iniciativa mencionada que se podrían corregir para evitar probables cuestionamientos de inconstitucionalidad o de ilegalidad. A continuación expondré algunas consideraciones respecto de la constitucionalidad y legalidad de la Iniciativa de Ley de APP.

III. CONSIDERACIONES CONSTITUCIONALES DE LA INICIATIVA DE LEY DE APP

A mi entender, la Iniciativa de Ley de APP contempla algunas disposiciones que pudieran ser contrarias a la Constitución, a algunos derechos fundamentales, como: i) la libertad de asociación, ii) la garantía de audiencia, iii) la garantía de legalidad, iv) la seguridad jurídica, v) el acceso a la justicia; así como a algunas otras disposiciones constitucionales, en específico a los artículos 117, fracción VIII y 134.

1. Libertad de asociación

De acuerdo con la Iniciativa de Ley de APP, quien ejecutará el contrato de APP es una sociedad mercantil mexicana, con objeto exclusivo de desarrollar un determinado proyecto.⁸

⁸ Artículos 28, 42, fracción VIII y 85 de la Iniciativa de Ley de APP.

La Iniciativa de Ley de APP impone la obligación al concursante ganador de constituirse en una persona moral de objeto exclusivo, en los siguientes términos:

Artículo 38. 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, con las excepciones señaladas en el artículo 39 siguiente.

En caso de personas físicas, deberán obligarse a constituir, de resultar ganadoras, una persona moral en términos del artículo 85 de esta Ley.

Dos o más personas podrán presentar, como consorcio, una propuesta conjunta, en cuyo caso también deberán obligarse a constituir, de resultar ganadores, una o más personas morales en los términos del artículo 85 de esta Ley, así como designar a un representante común para participar en el concurso.

Artículo 42. Las bases del concurso contendrán, por lo menos, los elementos siguientes:

I a VII. ...

VIII. *La obligación de constituir la persona moral en términos del artículo 85 de esta Ley, si participa una persona distinta a las mencionadas en el citado artículo.*

IX a XVII. ...

Artículo 85. *El contrato de asociación-pública sólo podrá celebrarse con particulares personas morales cuyo objeto social sea, de manera exclusiva, realizar aquellas actividades necesarias para desarrollar el proyecto respectivo. El objeto social también podrá incluir la participación en el concurso correspondiente.*

Las bases del concurso señalarán el capital mínimo sin derecho a retiro, limitaciones estatutarias y demás requisitos que dicha sociedad deberá cumplir.

Dicho de otro modo, los artículos transcritos obligan a los particulares y a los consorcios a asociarse para constituir personas morales cuyo objeto social sea, de manera exclusiva, realizar aquellas actividades necesarias para desarrollar el proyecto respectivo.

Lo anterior pudiera tener vicios de inconstitucionalidad, puesto que la Iniciativa de Ley de APP está constriñendo al particular a ejercer su derecho de asociación. Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que el derecho de asociación es un derecho de los gobernados, la esfera de protección derivada de la garantía constitucional de que se trata puede operar en tres posibles direcciones: i) derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; ii) derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella; y iii) derecho de no asociarse. Correlativamente, la autoridad no podrá prohibir que el particular se asocie; no podrá restringir su derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella, ni, tampoco, podrá obligarlo a asociarse. Para mayor abundamiento, transcribo la jurisprudencia correspondiente:

Núm. Registro: 200 279. Jurisprudencia. Materia(s): Constitucional, Administrativa. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. II, octubre de 1995. Tesis: P./J. 28/95, p. 5.

CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTÍCULO 5o. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 9o. CONSTITUCIONAL.

La libertad de asociación consagrada por el artículo 9o. constitucional es el derecho de que gozan los particulares, tanto personas físicas como personas jurídico-colectivas, para crear un nuevo ente jurídico que tendrá personalidad propia y distinta de la de sus asociados. Tal derecho es violado por el artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria, al imponer a los comerciantes e industriales cuyo capital manifestado ante la Secretaría de Hacienda y Crédito Público sea de dos mil quinientos pesos en adelante, la obligación de inscribirse en la Cámara correspondiente en el curso del mes siguiente a la iniciación de sus actividades o dentro del mes de enero de cada año, advertidos de que, de no hacerlo, se les sancionará con una multa que en caso de reincidencia será duplicada y que no les liberará del cumplimiento de esa obligación. Ahora bien, si *la libertad de asociación establecida por el artículo 9o. de la Constitución es un derecho de los gobernados, la esfera de protección derivada de la garantía constitucional de que se trata puede operar en tres posibles direcciones: 1o. Derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente. 2o. Derecho a permanecer en la asociación o a renunciar a ella. 3o. Derecho de no asociarse.* Correlativamente, la autoridad no podrá prohibir que el particular se asocie; no podrá restringir su derecho a permanecer en la

asociación o a renunciar a ella, ni, tampoco, podrá obligarlo a asociarse. Consecuentemente, el artículo 5o. de la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria al imponer la obligación a los comerciantes e industriales a afiliarse a la Cámara correspondiente, viola la libertad de asociación establecida por el artículo 9o. constitucional.

Amparo en revisión 2069/91. Manuel García Martínez. 30 de junio de 1992. Mayoría de quince votos. Ponente: Victoria Adato Green. Secretario: Sergio Pallares y Lara.

Amparo en revisión 36/92. María Gloria Vázquez Tinoco. 8 de septiembre de 1992. Mayoría de dieciséis votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. En-cargado del engrose: Atanasio González Martínez. Secretaria: María Estela Ferrer MacGregor Poisot.

Amparo en revisión 2105/91. Dagoberto Nájera Cortés. 20 de abril de 1993. Mayoría de quince votos. Ponente: Samuel Alba Leyva. Secretaria: Martha Leonor Bautista de la Luz.

Amparo en revisión 338/94. Ángel Balderas Sánchez. 8 de agosto de 1995. Mayoría de ocho votos. Ponente: Juan Díaz Romero. Secretario: Raúl Alberto Pérez Castillo.

Amparo en revisión 1556/94. B. y B. Iluminación, S.A. de C.V. 8 de agosto de 1995. Mayoría de ocho votos. Ponente: Mariano Azuela Güitrón. Secretaria: María Estela Ferrer MacGregor Poisot.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada el cinco de octubre en curso, por unanimidad de once votos de los ministros: presidente José Vicente Aguinaco Alemán, Sergio Salvador Aguirre Anguiano, Mariano Azuela Güitrón, Juventino V. Castro y Castro, Juan Díaz Romero, Genaro David Góngora Pimentel, José de Jesús Gudiño Pelayo, Guillermo I. Ortiz Mayagoitia, Humberto Román Palacios, Olga María Sánchez Cordero y Juan N. Silva Meza; aprobó, con el número 28/1995 (9a.) la tesis de jurisprudencia que antecede; y determinó que las votaciones de los precedentes son idóneas para integrarla. México, Distrito Federal, a cinco de octubre de mil novecientos noventa y cinco.

Núm. Registro: 191 134. Tesis aislada. Materia(s): Constitucional. Novena época. Instancia: Pleno. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XII, septiembre de 2000. Tesis: P. CXXXV/2000, p. 15.

COLEGIOS DE PROFESIONISTAS. LOS ARTÍCULOS 44 Y 45, FRACCIÓN I, DE LA LEY REGLAMENTARIA DEL ARTÍCULO 50. CONSTITUCIONAL, RELATIVO AL EJERCICIO DE LAS PROFESIONES EN EL DISTRITO FEDERAL, AL CONDICIONAR SU REGISTRO AL CUMPLIMIENTO DE CIERTOS REQUISITOS, NO TRANSGREDEN LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN.

De conformidad con el criterio sustentado por el Pleno de este Alto Tribunal en la jurisprudencia P./J. 28/95, visible en el *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Novena época, t. II, octubre de 1995, p. 5, *la libertad de asociación que como garantía individual consagra el artículo 9o. de la Constitución Federal, implica el derecho de asociarse formando una organización o incorporándose a una ya existente; el derecho a permanecer en una asociación o renunciar a ella y el derecho a no asociarse*. En congruencia con lo anterior, es posible afirmar que el artículo 44 de la Ley Reglamentaria del artículo 50. constitucional, relativo al ejercicio de las profesiones en el Distrito Federal que establece que todos los profesionistas de una misma rama podrán constituir en el Distrito Federal uno o varios colegios, sin que excedan de cinco por cada rama profesional, y el diverso artículo 45, fracción I, de la propia ley que prevé que para constituir y obtener el registro de un colegio de profesionistas en dicha entidad, deberán tener cien socios como mínimo, no transgreden la citada garantía constitucional. Ello es así, porque los referidos preceptos no impiden la incorporación de los particulares a una sociedad ya existente, ni la creación de una nueva, ni tampoco que elijan no pertenecer a ninguna, sino que se limitan a reglamentar ciertas modalidades que deben observarse para obtener el registro como colegio de profesionistas, a fin de salvaguardar los intereses colectivos que se persiguen con su establecimiento. Además, el hecho de que el legislador ordinario en el precepto citado en último término haya establecido el mínimo de cien miembros que deban reunirse para obtener el registro de una asociación como colegio de profesionistas, lejos de vulnerar la libertad de asociación, la fortalece, pues con este requisito sólo se pretendió que se creara un ente colectivo permanente, con representatividad suficiente de la profesión que agremia y con fuerza para defender sus intereses, respetando así la naturaleza del derecho de colegiación profesional.

Amparo en revisión 295/99. Colegio Mexicano de Licenciados en Administración, 8 de mayo de 2000. Unanimidad de diez votos. Ausente: José Vicente Aguinaco Alemán. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretario: Miguel Ángel Ramírez González.

El Tribunal Pleno, en su sesión privada celebrada hoy cinco de septiembre en curso, aprobó, con el número CXXXV/2000, la tesis aislada que antecede;

y determinó que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a cinco de septiembre de dos mil.

Nota: La tesis P./J. 28/95 citada, tiene como rubro: "CÁMARAS DE COMERCIO E INDUSTRIA, AFILIACIÓN OBLIGATORIA. EL ARTÍCULO 50. DE LA LEY DE LA MATERIA VIOLA LA LIBERTAD DE ASOCIACIÓN ESTABLECIDA POR EL ARTÍCULO 90. CONSTITUCIONAL".

En consecuencia, la Iniciativa de Ley de APP, al obligar al particular a asociarse para constituir una sociedad cuyo objeto exclusivo sea ejecutar el proyecto de PPS, pudiera atentar contra la libertad de asociación prevista en el artículo 9 de la Carta Magna.

2. Garantía de audiencia, legalidad y seguridad jurídica

La Iniciativa de Ley de APP, en su artículo 136 establece: "La dependencia o entidad contratante podrá intervenir en la ejecución de la obra o la prestación de los servicios, cuando a su juicio cualquier actuación de los procedimientos judiciales o extrajudiciales pongan en peligro grave la citada ejecución de la obra o la prestación de los servicios..."

En mi opinión, la facultad discrecional de la autoridad de intervenir en la ejecución de las APP's cuando, a su juicio, existe un peligro grave en la ejecución, puede tener vicios de inconstitucionalidad, puesto que la tal facultad puede ser ejercida arbitrariamente en detrimento de la garantía de audiencia, legalidad y seguridad jurídica que le corresponde al inversionista, además de que la autoridad se está haciendo justicia por su propia mano.

Por otro lado, la Iniciativa de Ley de APP establece en su artículo 59 que el único efecto del recurso de revisión, del juicio de nulidad, del juicio de amparo, es decir, los medios de impugnación contra el fallo; es condenar a la convocante a indemnizar al participante. Dicho de otro modo, no suspenderán el concurso, no ordenarán su reposición, no modificarán el fallo, ni lo revocarán.

Entendemos la importancia de continuar con el concurso y que sea prioritario el proyecto, pero no en detrimento de la seguridad jurídica.

Con los efectos de los medios de impugnación señalados, se están desvirtuando los mismos. El efecto del recurso es modificar, revocar o confirmar el acto recurrido; el efecto del juicio de nulidad es declarar la validez de la resolución impugnada, la nulidad lisa y llana de la resolución impugnada y la nulidad para efectos de la resolución impugnada; así como el objeto del juicio de amparo es proteger los derechos fundamentales, es decir, tiene por objeto restituir al particular del goce de los mismos, es un mecanismo de control constitucional.

En otras palabras, los efectos que le otorga la Iniciativa de Ley de APP a los citados medios de impugnación no son propios de tales mecanismos e incluso se están limitando a los mismos. En todo caso, se procedería a reclamar los daños y perjuicios, mediante el juicio correspondiente.

En tal virtud, los efectos de los medios de impugnación establecidos en la Iniciativa de Ley de APP pudieran ser contrarios a la Constitución.

3. Justicia gratuita

Para iniciar cualquier procedimiento administrativo o jurisdiccional, los particulares, ordena la Iniciativa de Ley de APP,⁹ deberán otorgar garantía para cubrir las multas, daños o perjuicios que puedan llegar a originarse.

La disposición comentada pudiera ser contraria a la Constitución, en virtud de que parecería que se está cobrando o financiando por impartir justicia, la cual de acuerdo con el mandato constitucional tiene que ser gratuita.

Art. 17. Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.

Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

⁹ Artículo 135 de la Iniciativa de Ley de APP.

Igualmente, con la exigencia de otorgar garantía como condición para el inicio de cualquier procedimiento administrativo o jurisdiccional, se estaría negando la justicia a aquellos que no tienen los recursos económicos para otorgar la garantía, constituyendo de este modo una justicia elitista, además de que se estaría desalentando la solicitud de acceso a la justicia, que es un derecho fundamental, en términos de lo establecido en el artículo 17 constitucional.

4. Estados y municipios pueden celebrar contratos de APP con personas morales extranjeras

La Iniciativa de Ley de APP le es aplicable a los estados y municipios de la República Mexicana;¹⁰ asimismo, el artículo 38 de la Iniciativa de Ley de APP establece que en los concursos podrán 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.

Es decir, conforme el artículo 2 y 38 de la Iniciativa de Ley de APP los estados y municipios podrán celebrar contratos, estipular derechos y obligaciones, con personas extranjeras, lo cual está prohibido por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El artículo 117, fracción VIII, de la Constitución federal, establece:

Artículo 117. Los estados no pueden, en ningún caso:
I a VII. ...

VIII. *Contraer directa o indirectamente obligaciones o empréstitos con gobiernos de otras naciones, con sociedades o particulares extranjeros, o cuando deban pagarse en moneda extranjera o fuera del territorio nacional.*

Por lo señalado, resulta muy probable la inconstitucionalidad relativa a la posibilidad de que los estados y municipios celebren los contratos, materia de la Iniciativa de Ley de APP, adquiriendo de esta manera obligaciones con sociedades o particulares extranjeros.

¹⁰ Artículo 2o. de la Iniciativa de Ley de APP.

5. Contratación de un tercero para participar en los "concursos"

Las dependencias y entidades podrán contratar los servicios de un agente para que, por cuenta y orden de aquéllas celebre el concurso de un proyecto de APP.¹¹

A nuestro entender, lo anterior pudiera ser considerado inconstitucional, puesto que llevar a cabo una licitación o "concurso",¹² como lo denomina la Iniciativa de Ley de APP, es una facultad que le corresponde ejercer exclusiva y excluyentemente a la autoridad, es decir, no es una facultad que se pueda ceder a los particulares.

El artículo 134 constitucional indica que le corresponde al Estado asegurarse de que las condiciones ofrecidas en las licitaciones sean las idóneas. Tal atribución no la puede transmitir el Estado a los particulares.

Art. 134. Los recursos económicos de que dispongan la Federación, los estados, los municipios, el Distrito Federal y los órganos político-administrativos de sus demarcaciones territoriales, se administrarán con eficiencia, eficacia, economía, transparencia y honradez para satisfacer los objetivos a los que estén destinados.

Las adquisiciones, arrendamientos y enajenaciones de todo tipo de bienes, prestación de servicios de cualquier naturaleza y la contratación de obra que

¹¹ Artículo 35 de la Iniciativa de Ley de APP.

¹² La doctrina administrativista ha sido muy clara, en cuáles son las diferencias entre licitación pública y concurso; por lo que utilizar este concepto, en mi opinión, es erróneo, ya que el concurso atiende más a una consideración de índole personal especial, que expresan el talento, creatividad, imaginación o capacidad intelectual de una persona, que por lo general, es física. Al respecto, Miguel S. Marienhoff señala lo siguiente: "...Va de suyo que 'concurso' es algo totalmente distinto a 'licitación' y a 'remate'. En ese orden de ideas, el 'concurso' es la oposición que se realiza para determinar la mayor capacidad técnica, científica, cultural o artística entre dos o más personas. Desde el punto de vista 'jurídico', hablar de 'concurso' de 'precios' no es recomendable (...), aunque gramaticalmente se extienda el significado de 'concurso' al llamamiento que se hace a quienes deseen encargarse de ejecutar una obra o prestar un servicio bajo determinadas condiciones, a fin de elegir la propuesta que ofrezca mayores ventajas. Para esto último, el término jurídico preciso es 'licitación', no 'concurso'." Marienhoff, S. Miguel, *Tratado de derecho administrativo*, t. III-A, "Contratos administrativos, Teoría general", 3a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1983, pp. 187-188.

Por otra parte, la Constitución federal, en la única ocasión en que se refiere a "concurso", es a un mecanismo en el que las sociedades se encuentran en estado de insolvencia o cesación de pagos, por lo que el "concurso", constitucionalmente no existe y, en cambio, lo correcto es la licitación pública, de conformidad con el artículo 134 constitucional.

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.

Cuando las licitaciones a que hace referencia el párrafo anterior no sean idóneas para asegurar dichas condiciones, las leyes establecerán las bases, procedimientos, reglas, requisitos y demás elementos para acreditar la economía, eficacia, eficiencia, imparcialidad y honradez que aseguren las mejores condiciones para el Estado.

Los servidores públicos serán responsables del cumplimiento de estas bases en los términos del Título Cuarto de esta Constitución.

Con base en el citado artículo constitucional, concluyo que, en todo momento, la atribución de realizar las licitaciones públicas corresponde al Estado, por medio de los servidores públicos facultados para ello, quienes incluso pueden incurrir en responsabilidad administrativa, en caso de no observar lo establecido en el propio artículo 134 constitucional, para la realización de las mencionadas licitaciones públicas, situación que no puede, bajo ninguna circunstancia, darse en caso de que sea un particular el que lleve a cabo el "concurso".

Aunado a ello, el Poder Judicial de la Federación ha confirmado que derivado de la naturaleza jurídica de la licitación pública es la Administración Pública; es esta última competente exclusiva y excluyentemente para llevar a cabo las licitaciones públicas. Cito el criterio jurisprudencial referido:

Novena época. Núm. Registro: 171992. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tesis aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. XXVI, julio de 2007. Materia(s): Administrativa. Tesis: I.4o.A.586 A, p. 2653.

LICITACIÓN PÚBLICA. SU NATURALEZA JURÍDICA

La licitación pública consiste en un llamado que la administración pública hace a los particulares de forma impersonal para que le formulen ofertas a fin de llevar a cabo una contratación, lo que, de acuerdo con la doctrina, tiene dos consecuencias: a) Quien se presenta y formula una oferta debe ajustarse estrictamente a las condiciones fijadas en el llamado, quedando obligado a

mantenerlas durante el plazo que en éste se establezca. b) La administración puede aceptar o rechazar las ofertas que se le hagan, sin responsabilidad alguna, siempre y cuando respete la legalidad del procedimiento. Así, *aquel llamado implica un conjunto de actos que conforman un procedimiento preparatorio de la actividad contractual del Estado, por lo que la naturaleza jurídica de la licitación pública es la de un procedimiento administrativo integrado por una diversidad de actos administrativos y simples actos de la administración*, como formas jurídicas preparatorias de su actividad contractual, de manera que su omisión invalida los contratos produciendo su nulidad absoluta o de pleno derecho, la que pueden invocar la propia administración, el particular contratante y los terceros interesados.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA ADMINISTRATIVA DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 290/2006. Transportación Marítima Mexicana, S.A. de C.V. (antes Naviera del Pacífico, S.A. de C.V.). 25 de octubre de 2006. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo A. Martínez Jiménez.

Por lo anterior resulta la muy viable inconstitucionalidad de transmitir la realización de la licitación pública o “concurso” a un particular, como pretende la Iniciativa de Ley de APP.

IV. CONSIDERACIONES LEGALES DE LA INICIATIVA DE LEY DE APP

Existen algunos aspectos de la Iniciativa de Ley de APP, que pudieran ser ilegales o que carezcan de una correcta técnica legislativa, entre los que destacan los siguientes:

1. Exclusión de la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas

La Iniciativa de Ley de APP¹³ excluye la aplicación de la Ley de Adquisiciones y de la Ley de Obras Públicas, como regla general; y de manera excepcional, permite su aplicación.

¹³ Artículo 60. de la Iniciativa de Ley de APP.

Entendemos que no se aplique, ni siquiera supletoriamente, la Ley de Obras Públicas, puesto que las APP's no son obra pública. Por ello, consideramos redundante mencionar “expresamente” en la Iniciativa de Ley de APP que la Ley de Obras Públicas no se aplicará.

Pero la propia Iniciativa de Ley de APP permite que se aplique “excepcionalmente” la Ley de Adquisiciones, en caso de: rescisión administrativa, contratación de estudios previos, inhabilitación, etc. Entonces, parecería que la Ley de Adquisiciones no es aplicable únicamente de manera excepcional.

Al final, la Ley de Adquisiciones, al igual que la Iniciativa de Ley de APP, regulan la prestación de servicios, por lo que, en nuestra opinión, debe de aplicarse supletoriamente; como regla general.

Ahora bien, la aplicación supletoria de la Ley de Adquisiciones no significa que en todos los casos opere automáticamente; para que sea procedente la supletoriedad, de acuerdo con la SCJN, debe de cumplirse con: i) que el ordenamiento objeto de la supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate; ii) que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo normativo sean insuficientes para la aplicación al caso concreto, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria; y iii) que las disposiciones con las que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la institución suplida. Ante la falta de alguno de estos requisitos no puede operar la supletoriedad de una legislación en otra.

Núm. Registro: 212 754. Jurisprudencia. Materia(s): Común. Octava época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, 76, abril de 1994. Tesis: I.4o.C. J/58, p. 33.

SUPLETORIEDAD DE LA LEY. REQUISITOS PARA QUE OPERE.

Los requisitos necesarios para que exista la supletoriedad de unas normas respecto de otras, son: a) *que el ordenamiento que se pretenda suplir lo admita expresamente, y señale el estatuto supletorio*; b) *que el ordenamiento objeto de supletoriedad prevea la institución jurídica de que se trate*; c) *que no obstante esa previsión, las normas existentes en tal cuerpo jurídico sean insuficientes para su aplicación a la situación concreta presentada, por carencia total o parcial de la reglamentación necesaria, y d) que las disposiciones o principios con los que se vaya a llenar la deficiencia no contraríen, de algún modo, las bases esenciales del sistema legal de sustentación de la*

institución suplida. Ante la falta de uno de estos requisitos, no puede operar la supletoriedad de una legislación en otra.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 124/92. Microtodo Azteca, S.A. de C.V. 6 de febrero de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Ana María Serrano Oseguera.

Amparo en revisión 958/91. Desarrollo Galerías Reforma, S.A. de C.V. 19 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Ana María Serrano Oseguera.

Amparo directo 1433/92. Gilberto Flores Aguilar y otros. 26 de marzo de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Alejandro Villagómez Gordillo, en sustitución de la magistrada Gilda Rincón Orta. Secretaria: Ana María Serrano Oseguera.

Amparo directo 3582/92. Tumbo de la Montaña, S.P.R. de R.L. 9 de julio de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Mauro Miguel Reyes Zapata. Secretario: Luis Arellano Hobelsberger.

Amparo directo 604/94. Videotique, S.A. de C.V. y otros. 17 de febrero de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Gilda Rincón Orta. Secretaria: Ma. Elisa Delgadillo Granados.

Nota: Por ejecutoria de fecha 5 de julio de 2000, la Primera Sala declaró inexistente la contradicción de tesis 54/2000 en que participó el presente criterio.

2. Recursos federales

La Iniciativa de Ley de APP expresa que será aplicable a los estados y municipios cuando los proyectos se realicen con cargo a recursos federales, pero cuando éstos sean superiores a los recursos estatales y/o municipales.¹⁴

¹⁴ Artículo 3o. Las disposiciones de la presente Ley son aplicables a proyectos de asociaciones público-privadas que realicen:

I a V....

Es decir, solamente cuando los recursos federales sean superiores a los recursos locales, entonces le será aplicable a los estados y municipios la Iniciativa de Ley de APP. Lo anterior no lo consideramos afortunado. La Iniciativa de Ley de APP se debe de aplicar a los estados y municipios siempre que existan recursos federales, aunque éstos representen una parte o incluso sean menores a los recursos locales. De esta manera, habrá una uniformidad en los criterios legales y se otorgará mayor certidumbre jurídica a los proyectos.

La aplicación de la legislación federal a los estados y municipios, cuando existen recursos, aunque sean parciales, de la federación es un criterio que comparte la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas, ambas en su artículo 1, fracción VI, el cual establece lo siguiente:

Artículo 1. La presente Ley es de orden público y tiene por objeto reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos *en materia de las adquisiciones, arrendamientos de bienes muebles y prestación de servicios de cualquier naturaleza, que realicen:*

I a V....

VI. *Las entidades federativas, los municipios y los entes públicos de unas y otros, con cargo total o parcial a recursos federales*, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal. No quedan comprendidos para la aplicación de la presente Ley los fondos previstos en el Capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.

Artículo 1. La presente Ley es de orden público y tiene por objeto reglamentar la aplicación del artículo 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos *en materia de contrataciones de obras públicas, así como de los servicios relacionados con las mismas, que realicen:*

VI. Las entidades federativas, municipios y los entes públicos de unas y otros, con recursos federales, de conformidad con los convenios que celebren con dependencias o entidades de la Administración Pública Federal.

Para estos efectos, se entenderá que los proyectos se realizan con recursos federales, cuando las aportaciones de las entidades federativas, municipios y entes públicos de unas y otros, en su conjunto, sean inferiores en relación con las aportaciones federales. No se considerarán recursos federales los fondos previstos en el capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.

I a V....

VI. Las entidades federativas, los municipios y los entes públicos de unas y otros, con cargo total o parcial a recursos federales, conforme a los convenios que celebren con el Ejecutivo Federal. No quedan comprendidos para la aplicación de la presente Ley los fondos previstos en el Capítulo V de la Ley de Coordinación Fiscal.

3. Inicio de los proyectos

Para la realización de las APP's basta, de conformidad con la Iniciativa de Ley de APP,¹⁵ la autorización de la dependencia o entidad que ejecutará el proyecto. No se requiere de la autorización de la SHCP, señalada en las Reglas de PPS.

Creemos muy conveniente que la SHCP continúe con sus atribuciones de autorizar las APP's, puesto que al final se trata de esquemas que tienen un impacto financiero, presupuestario y contable en la hacienda pública; y la dependencia responsable de tales temas es la SHCP,¹⁶ por lo que sugerimos que la SHCP conserve sus facultades.

4. La Iniciativa de Ley de APP, es inaplicable a los Poderes Legislativo y Judicial Federales

La Iniciativa de Ley de APP no le es aplicable a los Poderes Legislativo y Judicial Federales; considero que la Ley de APP también debería aplicarse a los APP de los Poderes Legislativo y Judicial Federales, como ya lo prevé al día de hoy, la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, en su artículo 50.

Artículo 50. Los ejecutores de gasto podrán celebrar contratos plurianuales de obras públicas, adquisiciones, y arrendamientos o servicios durante el ejercicio fiscal siempre que:

I. a IV...

Las dependencias requerirán la autorización presupuestaria de la Secretaría para la celebración de los contratos a que se refiere este artículo, en los térmi-

¹⁵ Artículo 18 de la Iniciativa de Ley de APP.

¹⁶ Artículo 31 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

nos del Reglamento. En el caso de las entidades, se sujetarán a la autorización de su titular conforme a las disposiciones generales aplicables.

Las dependencias y entidades deberán informar a la Función Pública sobre la celebración de los contratos a que se refiere este artículo, dentro de los 30 días posteriores a su formalización.

En el caso de proyectos para prestación de servicios, las dependencias y entidades deberán sujetarse al procedimiento de autorización y demás disposiciones aplicables que emitan, en el ámbito de sus respectivas competencias, la Secretaría y la Función Pública.

Los Poderes Legislativo y Judicial y los entes autónomos, a través de sus respectivas unidades de administración, podrán autorizar la celebración de contratos plurianuales siempre y cuando cumplan lo dispuesto en este artículo y emitan normas generales y para su justificación y autorización.

Los ejecutores de gasto deberán incluir en los informes trimestrales un reporte sobre el monto total erogado durante el periodo, correspondiente a los contratos a que se refiere este artículo, así como incluir las previsiones correspondientes en sus anteproyectos de presupuesto para el siguiente ejercicio fiscal, en los términos de los artículos 32 y 41, fracción II, inciso g), de esta Ley.

5. Esquemas de APP opcionales

El artículo 9, de la Ley de APP, establece que los esquemas de APP son opcionales, en los siguientes términos:

Artículo 9o. *Los esquemas de asociación público-privada regulados en la presente Ley son opcionales.*

Podrán utilizarse para la prestación de servicios y, en su caso, construcción de infraestructura, en cualquier supuesto, salvo en los casos expresamente reservados en los que las disposiciones aplicables señalen que no pueda intervenir el sector privado.

Las dependencias y entidades podrán utilizar estos esquemas, o alguno otro previsto en otras disposiciones aplicables.

No obstante lo señalado en el primer párrafo citado, la Iniciativa de Ley de APP no señala cuáles son esos esquemas, simplemente establece que se pueden utilizar de manera "opcional"; me parece

que el sentido que se le quiso dar a esta expresión, señalada en el artículo 9 es otro y no el que se expresa en el texto. Simplemente, para ser ejemplificativo, diré que algunos de los esquemas que se pueden aplicar son la concesión, la obra pública financiada, los contratos llave en mano, los contratos de prestación de servicios, los Proyectos de Prestación de Servicios, todos ellos como modalidades de “Asociación Público-Privadas”.

6. Excepción para celebrar “concursos”

El artículo 35 de la Iniciativa de Ley de APP establece que no podrá adjudicarse algún proyecto fuera de concurso. Dicho de otro modo, la Ley no admite como excepción al “concurso” ni la invitación restringida, ni la adjudicación directa, lo cual no consideramos acertado, puesto que pudiera haber algunos casos que sea justificado el procedimiento de contratación, mediante invitación restringida o por adjudicación directa.

Si bien la regla general debe ser “el concurso”, habrá casos justificados que requieran de ser contratados directamente o por medio de invitación restringida, por lo que sugerimos que se establezcan casos de excepción al “concurso” para adjudicar las APP.

7. Procedimiento de negociación para adquirir bienes

Conforme a los artículos 61 y 63 de la Iniciativa de Ley de APP, se establece, entre otros, como mecanismos de adquisición de los bienes necesarios para la ejecución de un proyecto de APP, la negociación.

En sentido estricto, la negociación no es una manera de adquirir la propiedad. La propiedad de algún bien o derecho se adquiere mediante compraventa, donación, permuta, prescripción, herencia, legado, cesión, dación en pago, etcétera.

La negociación solamente es un instrumento para determinar las características del acto mediante el cual se adquirirá la propiedad. Por ello, considero desafortunada la propuesta de adquirir la propiedad mediante la negociación.

En ese orden de ideas existen criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establecen que el Estado adquirirá la pro-

iedad de bienes o titularidad de derechos mediante un acuerdo de voluntades, cuando el Estado actúa como persona de derecho privado, y que la negociación puede o no culminar con la firma del contrato, por el que se adquiere la propiedad.¹⁷

¹⁷ Quinta época. Núm. Registro: 816673. Instancia: Segunda Sala. Tesis Aislada. Fuente: Informe 1945. Materia(s): Constitucional. Tesis, p. 65.

ESTADO. CUÁNDO OBRA COMO PERSONA DE DERECHO PÚBLICO, Y CUÁNDO COMO PERSONA DE DERECHO PRIVADO.

Doctrinalmente todos los autores convienen en que el Estado realiza a la par de actos en que aparece manifiesta su soberanía y su fuerza como poder para imponer a los particulares, personas físicas o morales, su voluntad; *otros actos en los que se despoja de eso atributos (aunque no del todo), y entra en el comercio jurídico con los propios particulares para hacer transacciones y convenios en el mismo plano que ellos*; es decir, *entra en relaciones con los particulares no pretendiendo imponer su voluntad sino buscando el concurso de voluntades*. En otras palabras, el Estado, en unos casos puede obrar como autoridad haciendo uso de los atributos propios de su soberanía encargado de velar por el bien común por medio de dictados imperativos cuya observancia es obligatoria, y en otros casos como persona de derecho privado, o sea cuando, al igual que los individuos particulares, ejecuta actos civiles que se fundan en derechos del propio Estado, vinculados a sus intereses particulares, ya celebrando contratos o promoviendo ante las autoridades en defensa de sus derechos patrimoniales. El propio artículo 27 reconoce implícitamente la limitación de carácter de autoridad en el Estado cuando impide que éste se haga de la propiedad de los particulares si no es por causa de utilidad pública y mediante indemnización, *pues cuando el Estado solicita del particular la venta de un bien de su propiedad concertando el precio y demás condiciones de enajenación, es indudable que obra como particular, y (...)*. Por último, en el artículo 134 constitucional, se menciona expresamente la celebración de “contratos” que el gobierno tenga que celebrar para la ejecución de obras públicas, aunque señalando la manera de llevar a efecto estos contratos, y de todo lo anterior se concluye lo que se ha dicho en un principio, o sea que *el Estado puede obrar como sujeto de derecho privado*. Véase la doble personalidad del Estado, por el licenciado Salvador Urbina, pp. 517 y ss. del tomo I, de la Revista General de Derecho y Jurisprudencia. La segunda premisa que debe sentarse consiste en determinar *cuándo obra el Estado como autoridad, y cuándo como persona de derecho privado. Obra como autoridad siempre que ejecuta un acto o se niega a acceder a una petición, o amenaza, o impide por medios pacíficos o violentos la actividad de un individuo o un grupo, o cuando se apodera de los bienes individuales administrativamente; o bien cuando hace uso de la fuerza pública para impedir la comisión de un delito, de la alteración de la paz pública o la defensa del territorio nacional; y por tanto, la característica del acto de autoridad es el ejercicio de la potestad pública y la unilateralidad jurídica del acto que lleva a cabo el funcionario que no le permite al individuo o grupo a los que afecta dicho acto, más defensa que el acudir a la propia autoridad o a otras superiores a ella misma en el mismo orden jerárquico*, al Poder Judicial en su caso, para contrarrestar los efectos de ese acto. *En el caso contrario, cuando el acto realizado por el Estado no entraña una orden o un mandato y la relación jurídica que entraña ese acto sea de la naturaleza civil, dicho acto no será de autoridad sino de derecho privado*. Cuando el acto no interesa directa o necesariamente a la colectividad, puede considerarse que es una cuestión la cual comienza cuando el apoyo de la ley falta y entonces obra como persona de derecho privado (Salvador

8. Expropiación (Sección Tercera, Capítulo Quinto)

La Iniciativa de Ley de APP¹⁸ incorpora a la expropiación como un medio de adquirir la propiedad de bienes y derechos, sobre los cuales se ejecutarán las APP's.

Consideramos que la Iniciativa de Ley de APP no es el instrumento idóneo para regular la expropiación, la cual está prevista en la Ley de Expropiación y en la Ley Agraria (esta última en relación con la expropiación de bienes ejidales y comunales).

Dicho de otro modo, no se necesita regular la expropiación en la Iniciativa de Ley de APP, además de que la expropiación está regulada por su propia ley; recientemente, se modificó la Ley de Expropiación (el 5 de junio de 2009), para incorporar como causa de utilidad pública la construcción de obras de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos, que requieran de bienes inmuebles y sus mejoras, derivada de concesión, de contrato o de cualquier acto jurídico celebrado en términos de las disposiciones legales aplicables, es decir, prevé expresamente como causa de utilidad pública la realización de las APP's.

Artículo 1o. La presente ley es de interés público y tiene por objeto establecer las causas de utilidad pública y regular los procedimientos, modalidades y ejecución de las expropiaciones.

Urbina. Obra citada). Algunos tratadistas sostienen que en los contratos administrativos, el Estado contratante no pierde completamente su carácter de autoridad, pues lo conserva en cuanto es necesario para exigir y reglamentar la satisfacción de las necesidades públicas que los motivan. Y explican sus tesis diciendo que los contratos administrativos no son actos jurídicos simples, sino complejos, o más bien, conjunto de diferentes actos jurídicos, de los cuales, los que tiene por objeto la organización y reglamentación de los servicios públicos que se trata de satisfacer, no son contractuales, aunque estén relacionados con el contrato, pues no nacen del concurso de voluntades de los partes, sino de la sola voluntad del Estado que, en esta materia, por tratarse de algo que atañe al ejercicio de sus funciones esenciales, es y debe ser soberana. Véase Jeze, *Derecho administrativo*, p. 71, y Fraga, *Derecho administrativo*, p. 444. Ahora bien, como conclusión de todo lo anterior, hay que convenir en que es necesario estudiar cada caso en que interviene el Estado para precisar si obra como autoridad o como sujeto de derecho privado.

Amparo 477/44. Compañía de Servicio de Agua y Drenaje de Monterrey, S.A., 7 de febrero de 1945. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

¹⁸ Sección Tercera, Capítulo Quinto de la Iniciativa de Ley de APP.

Se consideran causas de utilidad pública:

I....;

II....;

III.

III bis. La construcción de obras de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos, que requieran de bienes inmuebles y sus mejoras, derivada de concesión, de contrato o de cualquier acto jurídico celebrado en términos de las disposiciones legales aplicables.

IV....

Además, la Ley de Expropiación¹⁹ prevé un mecanismo más ágil que el previsto en la Iniciativa de Ley de APP, puesto que en un mismo acto se puede llevar a cabo la declaración de utilidad pública, la expropiación y la ejecución de la misma. En la Iniciativa de Ley de APP, el procedimiento se tiene que hacer paso por paso, no en un solo momento.

Por otra parte, la Iniciativa de Ley de APP señala que, en materia de expropiación de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para un proyecto de asociación público-privada, no es procedente la suspensión en el caso que se promueva juicio de amparo contra ese acto; al respecto, es de observarse que, la Ley de Expropiación, ya señala el mismo supuesto, también en relación con la causa de utilidad pública descrita anteriormente, es decir, cuando ésta verse sobre la construcción de obras de infraestructura pública y la prestación de servicios públicos:

Artículo 8o. En los casos a que se refieren las fracciones III bis, V, VI y X del artículo 1o. de esta ley, el Ejecutivo Federal hará la declaratoria de utilidad pública, decretará la expropiación, ocupación temporal o limitación

¹⁹ Artículo 8. En los casos a que se refieren las fracciones III bis, V, VI y X del artículo 1o. de esta ley, el Ejecutivo Federal hará la declaratoria de utilidad pública, decretará la expropiación, ocupación temporal o limitación de dominio y ordenará la ejecución inmediata de la medida de que se trate. Tratándose de la expropiación, no será aplicable lo dispuesto en las fracciones III a VII del artículo 2o. de esta Ley.

de dominio y ordenará la ejecución inmediata de la medida de que se trate. Tratándose de la expropiación, no será aplicable lo dispuesto en las fracciones III a VII del artículo 2o de esta Ley.

Esta resolución no admitirá recurso administrativo alguno y solamente podrá ser impugnada a través del juicio de amparo.

En los casos a que se refiere el primer párrafo de este artículo, durante la tramitación del juicio de amparo que en su caso se instaure, no podrá suspenderse la ejecución de la expropiación, la ocupación temporal o la limitación de dominio.

Por las consideraciones anteriores, no es necesario ni conveniente que la expropiación esté regulada en la Iniciativa de Ley de APP.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN

En mi opinión, la presentación de la Iniciativa de Ley de APP es acertada. Es necesario y conveniente que exista una ley *ad hoc* en materia de APP.

Aunque, a la fecha las APP, en su modalidad PPS tienen un marco jurídico, el marco jurídico vigente de los PPS —federales— no es lo suficientemente sólido para otorgarle certidumbre jurídica a los inversionistas privados, ni para que el sector público ejerza su competencia bajo el principio de legalidad.

Con la aprobación de la Iniciativa de Ley de APP, existirá una sola ley que regulará las APP, en su modalidad de PPS. Se le otorgará certidumbre jurídica a los inversionistas proveedores, las dependencias y entidades actuarán dentro del marco de la legalidad y se regularán eficientemente las problemáticas prácticas que a lo largo de la vigencia de los PPS se han suscitado.

Sin embargo, la Iniciativa de Ley de APP —como cualquier Iniciativa de Ley— es perfectible; incluso existen algunas cuestiones de la Iniciativa mencionada que se podrían corregir para evitar probables cuestionamientos de inconstitucionalidad o de ilegalidad, de conformidad con lo expuesto en el presente artículo.