



Agosto 2012

LA FIGURA DE LA PROPUESTA NO SOLICITADA EN LA LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS EN MÉXICO.

Alejandro Daniel Pérez Corzo*

Sandro García-Rojas Castillo**

perezcorzo@lawyer.com

Resumen: La publicación y entrada en vigor de la Ley de Asociaciones Público Privadas dio pie a la implementación de una figura jurídica singular, la Propuesta No Solicitada. Conceptualmente cercana a la Declaración Unilateral de Voluntad sirve también de fuente de obligaciones, no civiles, en una relación entre las dependencias federales y los interesados, denominados por la propia ley como promotores. De ahí que se vuelva necesario conocer más de la naturaleza jurídica y alcances prácticos de dicha figura.

Palabras Clave: Propuesta No Solicitada, Ley de Asociaciones Público Privadas, Declaración Unilateral de Voluntad, Derecho Administrativo, Teoría General de las Obligaciones.

Abstract: The Publication and coming into force of the Public Private Partnership Act led to the implementation of a unique legal figure, the Unsolicited Proposal. Conceptually close to the Unilateral Declaration of will is also a source of non civil obligations between federal agencies and interested parties, named by the law itself as

promoters. Therefore, it becomes necessary to know more about the legal and practical implications of this new legal figure.

Key Words: *Unsolicited Proposal, Public Private Partnership Act, Unilateral Declaration of Will, Administrative Law, Obligations General Theory.*

SUMARIO: 1. Contexto general. 2. Género próximo. 3. Diferencia específica. 4. Reflexión final. Bibliografía.

1. Contexto general.

El Decreto que expide la Ley de Asociaciones Público Privadas y que adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley de Obras Públicas y Servicios Relacionados con las Mismas; la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público; la Ley de Expropiación; la Ley General de Bienes Nacionales y el Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero del 2012 para entrar en vigor al día siguiente de su publicación,¹ y cuyo objeto es *regular los esquemas para el desarrollo de proyectos de asociaciones público-privadas, bajo los principios de los artículos 25 y 134 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos,*² y que tuvo entre sus principales motivaciones, según lo manifestó el Presidente del Senado de la República, proveer de un “*marco legal que ordena e incentiva la realización de proyectos que requieren la participación conjunta del sector público y del privado. Esto naturalmente ofrece más certidumbre jurídica y, con ella,*

*Coordinador de Asesores de la Secretaría de Desarrollo Económico y Portuario del Gobierno del Estado de Veracruz, Licenciado en Derecho por la Universidad Latinoamericana y Candidato a Doctor en Teoría Política, Teoría Democrática y Administración Pública por la Universidad Autónoma de Madrid.

** Coordinador de Asuntos Internacionales y Agregadurías de la Procuraduría General del la República, Licenciado en Derecho por la Universidad Latinoamericana y Profesor Universitario.

¹ A excepción de La reforma al artículo 50 de la Ley General de Bienes Nacionales que “entrará en vigor cuando el mecanismo de consulta electrónica del Inventario del Patrimonio Inmobiliario Federal y Paraestatal esté en funcionamiento, lo cual tendrá verificativo en un plazo no mayor a 180 días contados a partir del día siguiente a la publicación del Decreto en el Diario Oficial de la Federación. Para tal efecto, la Secretaría de la Función Pública publicará en el Diario Oficial de la Federación el aviso respectivo.” Art. Quinto Transitorio de la Ley de Asociaciones Publico Privadas.

² Artículo 1 de la Ley de Asociaciones público privadas, en lo sucesivo La Ley.

*mayores inversiones... mayor transparencia a la asignación de proyectos encaminados a desarrollar la infraestructura que México tanto requiere y, en consecuencia, ofrecerá certidumbre a los inversionistas.”*³ introduce figuras jurídicas que pueden resultar novedosas en su ámbito de aplicación. Una de ellas es la Propuesta No Solicitada a la que el Legislador dedicó íntegramente los 12 artículos del Capítulo Tercero de la Ley,⁴ intitulado precisamente “De Las Propuestas No Solicitadas”.

2. Género próximo.

Se vuelve menester señalar, siguiendo el método Aristotélico, buscar el género próximo para señalar la diferencia específica con el mismo y así poder definir claramente el concepto analizado, que el derecho común contempla en concordancia con la Teoría General de las Obligaciones, como una figura jurídica de reglamentación específica para ofertas no solicitadas que sirven como fuente de las mismas, tal es el caso de la segunda de ellas,⁵ la Declaración Unilateral de Voluntad.

No obstante antecedentes romanos como la *policitatio* y el *votum* dicha figura, que contempla el nacimiento un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor con la simple manifestación de la voluntad del primero, no siempre fue reconocida por la tradición romano-germánica, incluso el Código Napoleónico de 1804 no la contempla. “No fue sino a partir del Código alemán del año 1900 que fue expresamente reconocida por la legislación. Luego fue implementada por Brasil (1916) México (1928) Perú (1936) Italia (1942) y por el Código Civil portugués de 1966”⁶. Aun considerando lo anterior, autores como Planiol sostienen que la declaración unilateral de voluntad no puede crear obligaciones, dado que para modificar el estado patrimonial de alguien, se requiere del consentimiento como elemento.

Quienes defienden la posibilidad de crear un vínculo obligacional unilateralmente, como el maestro Bejarano Sánchez, sostienen que la obligación nace con la simple

³ Javier Gonzalez Morfín, “Ley de APP’s Palanca para el Desarrollo” en “El Universal” México, 19 de enero del 2012.

⁴ Del 26 al 37 inclusive.

⁵ Atendiendo la clasificación del Maestro Bejarano Sánchez.

⁶ <http://derecho.laguia2000.com/parte-general/la-declaracion-unilateral-de-voluntad>

promesa del deudor de realizar una prestación, aunque el derecho de exigir su cumplimiento surgirá con la aceptación del acreedor.

Una tercera posición, ecléctica, como la de Boffi Boggero que afirma la existencia de acreedor incierto, solamente determinable al momento de la formación del vínculo y que se individualizará al materializarse el objeto de la obligación.⁷

En el caso mexicano tal polémica queda zanjada por el legislador federal, dejándola en el plano estrictamente doctrinal, al regularla expresamente dentro del Capítulo Segundo (De la Declaración Unilateral de la Voluntad), Título Primero (De las Fuentes de las Obligaciones), de la Primera Parte (De las Obligaciones en General), del Libro Cuarto (De las Obligaciones), del Código Civil Federal y que va del artículo 1860 al 1881 inclusive de dicho ordenamiento. Lo anterior constituye una excepción a la regla general plasmada en el Art. 305 del mismo ordenamiento que señala: “Salvo disposiciones contrarias de la Ley, es necesario un contrato entre las partes interesadas, para el establecimiento de una obligación por acto jurídico, así como para el camino de su contenido”.

La Declaración Unilateral de Voluntad consagra la fuerza obligatoria de la manifestación volitiva de una sola persona, rompiendo con la tradición de proclamar que la voluntad del hombre sólo era apta para engendrar obligaciones a su cargo, en determinados casos particulares que son los siguientes: Oferta de contrato sujeta a plazo; Promesa de recompensa; Concurso con premio a plazo; Promesa de fundación; Títulos al portador; y, Estipulación a favor de tercero. Pero la admisión de la nueva fuente de obligaciones fue limitada en nuestro Código a los casos especificados, y ninguna declaración unilateral, distinta de ellos, tiene fuerza vinculatoria, al menos en el ámbito civil.

En todos los casos el común denominador es que aquel que manifiesta su voluntad para prestar a favor de alguien determinada prestación, contrae la obligación de cumplir lo prometido, independientemente de si se trata de una obligación de dar, hacer o no hacer,

⁷ **BOFFI** Boggero, Luis María, *La Declaración Unilateral de Voluntad como Fuente de las Obligaciones*, Editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1942. 213 pp.

o si existe alguna condición o contraprestación. Podríamos entonces decir que esta figura civil, la de la Declaración Unilateral de la Voluntad, es el género más próximo, pero ¿cuál es entonces su diferencia específica? Y sobre todo ¿qué novedad aporta la figura de la Propuesta No Solicitada?

3. Diferencia específica.

El artículo 26 de la Ley de Asociaciones Público Privadas prescribe que *“cualquier interesado en realizar un proyecto de asociación público-privada podrá presentar su propuesta a la dependencia o entidad federal competente...”* hasta ahí parece no haber nada que distinga a las denominadas Ofertas no solicitadas de cualquier Declaración Unilateral de la Voluntad que debiera ser analizada y respondida por la autoridad al amparo del derecho de petición garantizado por el artículo octavo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y regulado por el Título Tercero de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo con las modalidades y limitaciones que las Ley de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público y la Ley de Obras Públicas, entre otras, imponen. Sin embargo el propio artículo 26 continúa diciendo que *“...para efecto de lo anterior, las dependencias o entidades podrán señalar, mediante acuerdo publicado en el Diario Oficial de la Federación y en su página en Internet, los sectores, subsectores, ámbitos geográficos, tipo de proyectos y demás elementos de las propuestas que estén dispuestas a recibir. En estos casos, sólo se analizarán las propuestas que atiendan los elementos citados.”* Es aquí donde empiezan las diferencias específicas importantes dado que interpretando a *contrario sensu* este segundo párrafo podemos determinar que de aquí nace la obligación legal de las dependencias de analizar en toda su extensión las propuestas no solicitadas con la única salvedad de que de haberse publicado el acuerdo al que hace referencia el artículo sólo se analizarán dichas propuestas. Esto es entonces que la Declaración Unilateral de la Voluntad expresada a través de una Propuesta No Solicitada engendra, en términos de la Ley de Asociaciones Público Privadas obligaciones adicionales a las relativas al derecho de petición consagrado en la constitución, lo que de suyo resulta novedoso.

Adicionalmente a lo anterior el artículo 27 de la propia ley impone una serie de requisitos para que una Propuesta No Solicitada sea analizada y que son:

“I. Se presenten acompañadas con el estudio preliminar de factibilidad que deberá incluir los aspectos siguientes:

a. Descripción del proyecto que se propone, con sus características y viabilidad técnicas;

b. Descripción de las autorizaciones para la ejecución de la obra que, en su caso, resultarían necesarias, con especial mención a las autorizaciones de uso de suelo de los inmuebles de que se trate, sus modificaciones y la eventual problemática de adquisición de éstos;

c. La viabilidad jurídica del proyecto;

d. La rentabilidad social del proyecto;

e. Las estimaciones de inversión y aportaciones, en efectivo y en especie, tanto federales y de los particulares como, en su caso, estatales y municipales, en las que se haga referencia al costo estimado de adquisición de los inmuebles, bienes y derechos necesarios para el proyecto;

f. La viabilidad económica y financiera del proyecto; y

g. Las características esenciales del contrato de asociación público-privada a celebrar. En el evento de que la propuesta considere la participación de dos o más personas morales del sector privado, las responsabilidades de cada participante de dicho sector;

II. Los proyectos se encuentren en los supuestos señalados en los acuerdos que, en su caso, la dependencia o entidad competente haya expedido conforme al segundo párrafo del artículo 26 inmediato anterior; y

III. No se trate de proyectos previamente presentados y ya resueltos.”

Los alcances de cada uno de los requisitos mencionados son delegados por el legislador al reglamento que al efecto se haga, señalando innecesariamente a la luz de la explorada interpretación constitucional en la materia, que el reglamento no podrá establecer requisitos adicionales.

La dependencia contará con tres meses, prorrogables al doble si la complejidad del proyecto lo requiere, para analizar la propuesta, en ese periodo la dependencia podrá requerir al interesado para hacer las aclaraciones pertinentes, ampliar la información necesaria o, en su caso, realizar por su cuenta los estudios complementarios que estime necesarios. Podrá, también transferir la propuesta a otra dependencia o entidad del sector público federal, o invitar a éstas y otras instancias del ámbito estatal y municipal

a participar en el proyecto.⁸ Para la evaluación de la propuesta deberán considerarse, entre otros aspectos, el interés público, la rentabilidad social y congruencia con el Plan Nacional de Desarrollo y con los programas sectoriales y regionales que, en su caso, correspondan.⁹

Transcurrido el plazo y su correspondiente prórroga, la dependencia tiene fundamentalmente las siguientes opciones: declarar procedente el proyecto y consecuentemente someterlo a concurso, declararlo procedente y no someterlo a concurso, caso en el que podrá ofrecer al promotor adquirir, previa autorización escrita e indelegable del titular de la dependencia o entidad debidamente motivada y justificada, los estudios realizados, junto con los derechos de autor y de propiedad industrial correspondientes, mediante reembolso de todo o parte de los costos incurridos; o, declararlo improcedente.

En el caso de que la dependencia considere procedente el proyecto y decida someterlo a concurso, éste se realizará conforme a lo previsto en el capítulo cuarto de la Ley (De la Adjudicación de los Proyectos) y las disposiciones adicionales específicas siguientes:

“I. La dependencia o entidad convocante entregará al promotor del proyecto un certificado en el que se indicará el nombre del beneficiario, monto, plazo y demás condiciones para el reembolso de los gastos incurridos por los estudios realizados, para el evento de que el promotor no resulte ganador o no participe en el concurso. Este reembolso será con cargo al adjudicatario del contrato, en los términos que se indiquen en las bases del concurso.

Contra entrega de este certificado, todos los derechos relativos a los estudios presentados pasarán al dominio de la dependencia o entidad convocante;

II. El promotor suscribirá declaración unilateral de voluntad, irrevocable, en la que se oblique a:

a. Otorgar sin limitación alguna toda la información relativa al proyecto, que le sea solicitada por cualquier postor en el concurso, incluyendo hojas de trabajo y demás documentos conceptuales o proyectos alternos; y

⁸ No hace referencia alguna respecto a si la transferencia del proyecto a otra dependencia tiene algún efecto en el plazo por lo que la interpretación del autor es que no lo tiene.

⁹ Artículos 28 y 29 de La Ley.

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

III. La dependencia o entidad podrá contratar con terceros, conforme al artículo 20 de esta Ley, evaluación de los proyectos o la realización de estudios complementarios que se requieran para convocar al concurso;

IV. La convocatoria al concurso se realizará siempre y cuando se hayan cumplido todos los requisitos de la sección primera del capítulo segundo de esta Ley y de las fracciones I y II del presente artículo.

Si el concurso no se convoca por causa imputable al promotor, éste perderá en favor de las dependencias o entidades convocantes todos sus derechos sobre los estudios presentados -incluso si el proyecto se concursó- y se hará efectiva la garantía de seriedad en los términos que determine el reglamento;

V. El promotor que presentó la propuesta con base en la cual se realiza el concurso, tendrá un premio en la evaluación de su oferta, que se establecerá en las bases y que no podrá exceder del equivalente a un diez por ciento en relación con los criterios señalados para adjudicar el contrato. El Reglamento establecerá métodos y procedimientos para calcular este premio;

VI. En el evento de que en el concurso sólo participe el promotor, podrá adjudicársele el contrato, siempre que haya cumplido con todos los requisitos previstos en las bases del citado concurso, y

VII. En caso de que se declare desierto el concurso y que la dependencia o entidad convocante decida no adquirir los derechos sobre los estudios presentados, se procederá a cancelar el certificado a que se refiere la fracción I del presente artículo y a devolver al promotor los estudios que éste haya presentado.”¹⁰

4. Reflexión final.

En conclusión, desde el punto de vista jurídico, la figura de la Propuesta No Solicitada, que sólo “*da derecho al promotor a que la dependencia o entidad las analice y evalúe*”¹¹ es una figura que en apariencia no aporta elementos adicionales a la de la Declaración Unilateral de la Voluntad regulada en el Código Civil Federal, sin embargo

¹⁰ Artículo 31 de La Ley.

¹¹ Artículo 36 de La Ley.

al constreñir la Ley a las dependencias a emitir una resolución dentro de un plazo en la que determine si se somete o no a concurso el proyecto o en su caso se reembolsen los gastos de los estudios realizados por el promotor podemos afirmar que sí resulta una figura de naturaleza especial como fuente de las obligaciones no civiles.

Desde el punto de vista económico, político y administrativo, podemos considerar que la Ley de Asociaciones Público Privadas, en general, y la figura de la Propuesta No Solicitada, en particular, delegan al Reglamento de la Ley, cuya oportuna realización es incierta, demasiadas variables fundamentales para la certidumbre jurídica de quien quiera participar como promotor en un proyecto de tan compleja naturaleza y extenso riesgo patrimonial como son los de infraestructura y servicios públicos, como por ejemplo, los alcances de los requisitos de la propuesta o el método para determinar el premio del promotor en un concurso al evaluar su oferta, por lo que podemos considerar que la incentivación a los proyectos pretendidos será limitada hasta en tanto no se pueda garantizar la certeza jurídica de los participantes mediante un reglamento.

Bibliografía.

BEJARANO Sánchez, Manuel, *Obligaciones Civiles*, Quinta edición Editorial Oxford, México, 2001, 461 pp.

BOFFI Boggero, Luis María, *La Declaración Unilateral de Voluntad como Fuente de las Obligaciones*, Editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1942. 213 pp.

GUTIERREZ y González, Ernesto, *Derecho de las Obligaciones*, Décima cuarta edición Editorial Porrúa, México, 2002, 1284 pp.

PLANIOL, Marcel, *Tratado Elemental de Derecho Civil*. Cajica, México, 1983, Tomo I, p.p. 555.

ROJINA Villegas, Rafael, *Compendio de Derecho Civil. Teoría General de las Obligaciones*, Vigésima tercera edición. Editorial Porrúa, México, 2000. 543 pp.

Legislación.

CÓDIGO CIVIL FEDERAL, publicado en el Diario Oficial de la Federación en cuatro partes los días 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

LEY DE ASOCIACIONES PÚBLICO PRIVADAS, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 16 de enero de 2012.

LEY FEDERAL DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 4 de agosto de 1994.