

Administraciones Portuarias Integrales (API's) como Sujetos Obligados por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental.

Dirección de Vinculación con Otros Sujetos Obligados.

Explicación Introductoria.

Los servicios portuarios, explotación y administración de los mismos, se consideran parte de la función estatal que se traduce en la prestación de un servicio público. Sin embargo, en el régimen de Derecho Administrativo estos servicios pueden ser prestados por particulares vía actos administrativos emitidos por la autoridad, esto es, permisos, licencias, licitaciones, pero sobre todo, a través de las concesiones.¹

Las concesiones son actos jurídicos de tipo administrativo por medio de los cuales el Estado (vía Administración Pública) permite a los particulares (administrados) la explotación de bienes del dominio público o la prestación de servicios públicos.

En el caso de las instalaciones portuarias, los servicios que presta, su explotación y su administración, se entienden, de acuerdo a la Ley de Puertos vigente (en lo sucesivo LP) como actividad que debe ser prestada por el Estado, a través del Ejecutivo de la Unión y su estructura organizativa de administración². Sin embargo, el Poder Ejecutivo puede permitir la prestación de todos estos servicios portuarios mediante una concesión³.

Constitución de una API.

La LP es precisa al señalar que una API se constituye a través de una sociedad mercantil a la que se le encomiende vía concesión la planeación, programación,

¹ Artículo 20 LP: “Para la explotación, uso y aprovechamiento de bienes del dominio público en los puertos, terminales y marinas, así como para la construcción de obras en los mismos y para la prestación de servicios portuarios, sólo se requerirá de concesión o permiso que otorgue la Secretaría conforme a lo siguiente:

“I. Concesiones para la administración portuaria integral;..”.

² Artículo 3º LP: “Todo lo relacionado con la administración, operación y servicios portuarios, así como con las demás actividades conexas a estos, estará sujeto a la competencia de los Poderes Federales.

“Corresponderá a los Tribunales Federales conocer de las controversias que se susciten con motivo de la aplicación de esta Ley y de la administración y operación portuaria, sin perjuicio de que, en los términos de las disposiciones legales aplicables, las partes se sometán al procedimiento arbitral”.

³ Art. 1º LP: “...

“IX. Administrador Portuario: El titular de una concesión para la administración portuaria integral”.

desarrollo y demás actos relativos a los bienes y servicios de un puerto para el uso, aprovechamiento y explotación de los bienes y la prestación de los servicios respectivos (artículo 38, párrafo primero, LP).

Asimismo, existe una posibilidad dentro de la constitución de una API en la que incida el Gobierno Federal o local en donde se instalen físicamente los servicios portuarios. El párrafo segundo del artículo 38 de la LP establece que la API de un conjunto de terminales, instalaciones y puertos de influencia preponderantemente estatal, dentro de una Entidad Federativa puede otorgarse en concesión a una sociedad mercantil constituida por el Gobierno Federal o Estatal correspondiente.

Lo anterior nos permite distinguir dos clases de API's: las de carácter totalmente privado (sin dejar de ser concesiones) y las de naturaleza pública porque en ellas interviene el Estado (esfera federal o local).

Naturaleza Jurídica de las API's.

La naturaleza jurídica de las API's depende de la modalidad en que se constituyó la misma. Pero en todo caso existe un régimen exorbitante de administración, esto es, con todo y que se traten de sociedades mercantiles (personas morales de Derecho Privado) se sujetan a un orden jurídico público de supervisión a cargo de la Administración Pública mediante la Secretaría de Estado cabeza de sector que corresponda que, en el caso que nos ocupa, es la Secretaría de Comunicaciones y Transportes.

La LP es clara y explícita en este sentido, pues aunque el artículo 39 establece que la API será autónoma en su gestión operativa y financiera, por lo que sus órganos de gobierno establecerán sus políticas y normas internas, esto sólo es posible sin rebasar las limitaciones que las disposiciones legales y administrativas aplicables impongan, es decir, sujetas a ese régimen de exorbitancia. Es así que el artículo 55 de la propia LP dispone que:

“El administrador portuario responderá ante la Secretaría por las obligaciones establecidas en el título de concesión respectivo, independientemente de los contratos de cesión parcial de derechos y de prestación de servicios que celebre”.

Pero más enfocados a la naturaleza jurídica de las API's deben distinguirse los siguientes aspectos:

- a) En primer lugar, cualquiera que sea la modalidad de constitución las API's son personas morales de Derecho Privado bajo la forma de sociedades mercantiles.
- b) En segundo término, debe determinarse si las API's al prestar un servicio público y explotar un bien del dominio público forman o no parte de la Administración Pública Federal:

- Primer supuesto. Si la sociedad mercantil a la cual se le concesionó la API se constituye con capital y socios privados, es claro que no son parte de la Administración Pública Federal, aunque en términos de teoría del Derecho Administrativo puede calificarse de una especie de administración por servicio, pero legal e institucionalmente no lo son. Independientemente del régimen exorbitante antes explicado.
- Segundo supuesto. Si la sociedad mercantil que asume la API por la vía de la concesión, con base en el párrafo segundo del artículo 38 de la LP fue constituida por el Gobierno Federal es, sin duda, una forma de organización, no sólo teórica, sino legal e institucionalmente de la Administración Pública Federal. Lo anterior, debido a que, de acuerdo a la fracción II del artículo 46 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (en lo sucesivo LOAPF), son empresas de participación estatal mayoritaria⁴. Por lo que además de regirse por la exorbitancia administrativa, se sujetarán al Derecho Público, fundamentalmente establecido en la LOAPF y en la Ley Federal de las Entidades Paraestatales (en adelante LFEP).
- Tercer supuesto. En las mismas condiciones del caso anterior, pero si el sujeto constituyente de la sociedad mercantil es el Gobierno de un Estado de la Unión, la API formará parte de la Administración Pública local en los términos de la legislación de la Entidad Federativa de que se trate, sin dejar por ello de aplicarse la legislación federal en materia de puertos (pues debe recordarse que es competencia federal) y de exorbitancia administrativa. Cabe señalar la siguiente observación: en este supuesto no se entiende a la API como parte de la Administración Pública Federal porque no se cumplen las hipótesis del artículo 46 de la LOAPF.

⁴ Artículo 46 LOAPF: “Son empresas de participación estatal mayoritaria las siguientes:

“I. ...

“II. Las sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfagan alguno o varios de los siguientes requisitos:

“a) Que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de mas del 50% del capital social.

“b) Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que solo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o

“c) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al Presidente o Director General, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno...”.

Las API's como Sujetos Obligados por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental (LFTAIPG).

El desarrollo expositivo anterior es la base para determinar cuándo una API puede ser considerada como sujeto obligado por la LFTAIPG.

Es determinante el punto anterior relativo a la naturaleza jurídica de las API's, por lo que dependerá del tipo de sujeto constituyente de la sociedad mercantil concesionaria para afirmar que una API es, en ciertos casos, sujeto obligado en materia de transparencia y acceso a la información pública gubernamental.

De los tres supuestos referidos, sólo el segundo supone que la API es sujeto obligado porque más allá de la concesión se trata de una empresa de participación estatal mayoritaria, perteneciente a la Administración Pública Federal que con base en las fracciones IV y XIV, inciso a) de la LFTAIPG son sujetos obligados.

Esto es: la concesión no es elemento suficiente para determinar, primero, que una concesionaria es parte o no de la Administración Pública Federal y, segundo –por ende–, sujeto obligado o no por la LFTAIPG. El criterio que lo determina es la injerencia del Gobierno Federal en la constitución de la sociedad mercantil titular de la concesión de API.

Por otro lado, si bien es correcto que de acuerdo al artículo 12 de la LFEP, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) publicará anualmente en el Diario Oficial de la Federación, la relación de las entidades paraestatales que formen parte de la Administración Pública Federal, no significa que todas las API's se encuentren en dicho listado pues, como se ha insistido, todo dependerá del sujeto constituyente de la sociedad mercantil concesionaria. Dicho en otros términos: habrá API's que se encontrarán registradas en el listado de la SHCP y habrá otras que no según sean, a su vez, empresas de participación estatal mayoritaria.

Finalmente, en otro giro, el artículo 40 de la LP establece como obligación general para todas las API's sin distinción alguna que los concesionarios proporcionarán la información estadística portuaria que, aunque se trata de una especie de deber informativo más que de transparencia⁵, no se vincula con las obligaciones de transparencia que exige la LFTAIPG, mismas que sólo deberán observar aquellas API's que sean parte de la Administración Pública Federal.

⁵ **Artículo 40 LP: “Además de los derechos y obligaciones que se establecen para los concesionarios, corresponderá a los administradores portuarios:**

“XI. Proporcionar la información estadística portuaria”.

Recomendación final.

En caso de duda para determinar si una API es o no sujeto obligado por la LFTAIPG deberá acreditarse que la sociedad mercantil concesionaria ha sido constituida por el Gobierno Federal y si dicha injerencia se presenta dentro de alguna de las hipótesis del artículo 46, fracción II, de la LOAPF, que a la letra dice:

Artículo 46 LOAPF: “Son empresas de participación estatal mayoritaria las siguientes:

“I. ...

“II. Las sociedades de cualquier otra naturaleza incluyendo las organizaciones auxiliares nacionales de crédito; así como las instituciones nacionales de seguros y fianzas, en que se satisfagan alguno o varios de los siguientes requisitos:

“a) Que el Gobierno Federal o una o más entidades paraestatales, conjunta o separadamente, aporten o sean propietarios de mas del 50% del capital social.

“b) Que en la constitución de su capital se hagan figurar títulos representativos de capital social de serie especial que solo puedan ser suscritas por el Gobierno Federal; o

“c) Que al Gobierno Federal corresponda la facultad de nombrar a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno o su equivalente, o bien designar al Presidente o Director General, o cuando tenga facultades para vetar los acuerdos del propio órgano de gobierno...”.

PROYECTO