



Centro de Estudios del Derecho de la
Competencia y de la Regulación

Noviembre, 2014
Documento de Trabajo
Número 07-14

**Algunos problemas de competencia económica y libre concurrencia
en la regulación estatal del transporte terrestre**

Fidel Gerardo Sierra Aranda

Director General de Asuntos Jurídicos
Comisión Federal de Competencia Económica



Las opiniones expresadas en este documento son responsabilidad exclusiva de su autor y no reflejan necesariamente las opiniones de la Facultad Libre de Derecho de Monterrey

Acerca del Autor

Fidel Gerardo Sierra Aranda

Director General de Asuntos Jurídicos, Comisión Federal de Competencia Económica
Licenciado en Derecho, Universidad Iberoamericana Plantel León,
Máster en Derecho Civil y Familiar, Universidad Autónoma de Barcelona,
Maestro en Derecho Administrativo y de la Regulación,
Instituto Tecnológico Autónomo de México,
fsierra@cofece.mx

Resumen Ejecutivo

Un examen de la normatividad local del transporte de carga y de pasajeros revela deficiencias que limitan gravemente la competencia: la “*declaratoria de necesidad*” crea ventajas exclusivas a los incumbentes; la duración, posibilidad de heredar concesiones, criterios de preferencia en su otorgamiento basados en antigüedad y/o su concesión sin mediar concurso elimina la debida vinculación entre el otorgamiento de la concesión y la eficiencia en la prestación del servicio. La frecuente participación de los incumbentes en consejos consultivos para el otorgamiento de concesiones refuerza el sesgo contra el acceso de nuevos oferentes. Restricciones a la inversión extranjera, a la participación de extranjeros, a operadores de otras entidades, o a la auto-prestación del servicio restringen la oferta en perjuicio de la eficiencia y del bienestar de los usuarios. Diversas normas conducen a una fijación injustificada de tarifas y a la coordinación colusiva del servicio. En balance, resulta evidente que la regulación local responde, en la mayoría de los casos, al propósito de proteger los intereses de los operadores y no el bienestar de los usuarios, en detrimento de la eficiencia. La reforma constitucional reciente en materia de competencia y la legislación derivada de ella, al otorgar a la autoridad la facultad de investigar barreras a la competencia, crea un nuevo instrumento para evitar los efectos adversos de una regulación diseñada deficientemente.

Algunos problemas de competencia económica y libre concurrencia en la regulación estatal del transporte terrestre

Fidel Gerardo Sierra Aranda¹

“[I]f a thing is worth doing, it is worth doing badly”.

G.K.CHESTERTON²

Introducción

Existen dos elementos que constituyen, quizás, los principales problemas del Estado Federal: (i) la determinación de la división territorial del Estado creando órdenes locales, y (ii) el establecimiento de las competencias entre los órganos federales.³ Para que cualquier sistema federal funcione se requiere de un diseño normativo que permita una unidad económica que a su vez genere un mercado común entre los miembros y permita intercambios que fortalezcan su desarrollo. Para lograrlo se requiere, por una parte, una determinada asignación de competencias, dejando al orden federal la regulación del comercio, la inversión extranjera y la emisión de moneda, y prohibiendo la existencia de barreras al comercio entre las entidades federativas y los municipios; por otra parte, la protección eficaz de ciertos derechos fundamentales como los de tránsito, comercio, competencia económica y libre concurrencia.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) establece esas competencias y garantías principalmente en sus artículos 28, 73 y 117. El artículo 28 constitucional señala que en México quedan prohibidos los monopolios y las prácticas monopólicas; que las leyes castigarán *“severamente”* y las autoridades *“perseguirán con eficacia”* todo lo que constituya una ventaja exclusiva indebida a

¹ El autor es Director General de Asuntos Jurídicos de la Comisión Federal de Competencia Económica. El presente artículo sólo refleja su postura personal desde el punto de vista académico y en modo alguno puede entenderse como la postura oficial de la institución para la cual labora.

² *What's Wrong With The World*, 1910.

³ *Cfr.* SCHMILL ORDOÑEZ, Ulises. *El Sistema de la Constitución Mexicana*. Librería de Manuel Porrúa S.A. 1971. Página 137.

favor de una o varias personas determinadas y en perjuicio del público en general o de alguna clase social.

La reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el once de junio de dos mil trece reitera este propósito al crear la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE) como un órgano constitucional autónomo que *“contará con las facultades necesarias para cumplir eficazmente con su objeto, entre ellas las de ordenar medidas para eliminar las barreras a la competencia y la libre concurrencia; regular el acceso a insumos esenciales, y ordenar la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones de los agentes económicos, en las proporciones necesarias para eliminar efectos anticompetitivos”*.

A pesar de los principios contenidos en el texto constitucional citado, al examinar la regulación del transporte en las entidades federativas encontramos circunstancias que podrían calificarse como barreras al comercio entre los Estados y los Municipios o incluso como violaciones directas a las garantías de libertad de comercio, tránsito, competencia económica y libre concurrencia.

Las autoridades de competencia en México no han sido ajenas a los problemas que existen en la regulación local del transporte. Diversas modalidades del servicio público de transporte (carga, pasajeros y turismo) fueron objeto de análisis por parte de la entonces Comisión Federal de Competencia (CFC).

Antes de la reforma al artículo 28 de la CPEUM referida y de la promulgación de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE), publicada en el DOF el veintitrés de mayo de dos mil catorce, las herramientas de la CFC eran más bien limitadas y tenían un énfasis en la persecución de conductas consideradas ilegales, tales como las prácticas monopólicas absolutas y relativas o las concentraciones prohibidas. Utilizando las facultades de la legislación derogada, la CFC realizó diversas investigaciones de las que se desprende que muchas veces las conductas anticompetitivas podían tener como origen la existencia de normas o actos estatales o municipales.

Al realizar un análisis de las leyes estatales de transporte de cada una de las entidades federativas, encontramos disposiciones generales cuya constitucionalidad podría estar en entredicho, pues: i) parece que invaden la esfera competencial del orden Federal; ii) generan condiciones tendientes a la colusión, con lo cual se daña al consumidor al establecer en su perjuicio tarifas altas o condiciones de competencia que limitan su posibilidad de elección y reducen la

calidad del servicio; y, iii) podrían transgredir los derechos de libertad de trabajo o comercio y libre concurrencia, pues establecen barreras artificiales y muchas veces injustificadas que desplazan a determinados transportistas, impiden la entrada de competidores al mercado o generan ventajas exclusivas en perjuicio del público en general. A continuación se analizan los elementos más comunes de las legislaciones estatales de transporte que podrían encontrarse en esos supuestos.

1. El régimen de concesiones.

Con frecuencia las leyes de transporte de las entidades federativas establecen que para prestar cualquier tipo de servicio de transporte público es necesario obtener una concesión. En teoría, una concesión se realiza por el gobierno estatal o los ayuntamientos porque se trata de un servicio público que el Estado no puede o no desea prestar por sí mismo. En términos teóricos y a pesar de que en muchas ocasiones las normas no hacen tal diferencia, la característica principal de la concesión es que no deriva de un derecho preexistente. No basta que se cumplan los requisitos para obtener una concesión, pues puede ser que existan muchos posibles prestadores del servicio que los cumplan, pero que sólo uno de ellos pueda prestarlo de forma más satisfactoria para la autoridad.⁴ La diferencia principal entre las concesiones y los permisos estribaría precisamente en que para obtener un permiso basta con cumplir los requisitos para ello.

Dadas las condiciones de estos mercados, no es claro que los servicios de transporte de carga o de personas siempre deban ser concesionados o que no se pueda acceder a los mismos mediante permisos. Sin embargo, estos servicios se

⁴ Al respecto, véase la jurisprudencia 67/2007 del Pleno de la Suprema Corte de rubro: “RADIO Y TELEVISIÓN. DIFERENCIAS ENTRE CONCESIÓN Y PERMISO A LA LUZ DE LA LEY FEDERAL RELATIVA”, en la cual se indica: “La doctrina diferencia a la concesión de la autorización o permiso al catalogar a aquélla como el acto por el cual se concede a un particular el derecho a prestar un servicio público o explotar y aprovechar un bien del dominio público de la Federación, esto es, la concesión crea un derecho a favor del particular concesionario que antes no tenía, mientras que a través de la autorización o permiso sólo se permite el ejercicio de un derecho preexistente del particular en virtud de que no corresponde al Estado la facultad de realizar la actividad, esto es, sólo se retira el obstáculo que impedía a aquél ejercer su derecho”. Registro: 170638. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Diciembre de 2007. Página: 1085.

someten constantemente al régimen de concesión sin que exista algún estudio que demuestre su eficiencia.⁵

El sistema de concesiones de transporte público que se establece en la mayoría de las legislaciones estatales tiene diversas implicaciones. Sin un estudio serio que lo justifique, podría resultar en un sistema proclive a generar ventajas exclusivas a favor de algunas personas en perjuicio de los consumidores finales o intermedios e impedir la entrada de capitales e inversión a los Estados.⁶

2. Las declaraciones de necesidad para otorgar nuevas concesiones de transporte.

En la mayoría de los casos, para poder entrar al mercado y obtener una nueva concesión o permiso de las diversas modalidades de transporte público, se establece la necesidad de realizar estudios mediante los cuales se justifique la ampliación del número de concesiones o permisos existentes o incluso la permanencia de los ya otorgados.

Los estudios de necesidad pública de transporte no se basan generalmente en un análisis de las condiciones de competencia en el mercado sino suelen simplemente establecer la atribución de alguna autoridad estatal para realizarlos, sin ningún requerimiento o parámetro técnico, aumentando el riesgo de arbitrariedades. Estas declaraciones, en muchos casos, no pretenden lograr una mejora en la prestación del servicio sino parecen orientadas a evitar el acceso a nuevos prestadores del servicio.

Por ejemplo, algunas leyes establecen que antes de emitir una Declaratoria de Necesidad Pública de Transporte se requiere dar *“aviso”* a los *“terceros interesados en el estudio donde se detecte la necesidad, a efecto de que estos hagan sus observaciones*

⁵ Muchas veces la normativa permite que la autoridad otorgue una concesión a determinada persona a efecto de prestar el servicio y posteriormente dé permisos para cada una de las unidades que tiene esa persona.

⁶ La CFC analizó en el expediente IO-05-99 un decreto de reformas a la Ley de Transporte del Distrito Federal (DF) en la que se cambiaba el régimen de permisos por el de concesiones. La CFC consideró que ese cambio tendría efectos anticompetitivos porque: a) dificultaba la entrada al mercado al establecer mayores requisitos que los exigidos anteriormente; b) los concesionarios estarían sujetos a regulación de tarifas, y c) sólo se otorgarían concesiones cuando las autoridades emitieran una declaratoria de necesidad. La discrecionalidad de la autoridad local ponía, dijo la CFC, en grave riesgo a la competencia.

sobre la procedencia [...] de la “Declaratoria de Necesidad Pública de Transporte”, definiendo que “se entenderá por ‘tercero interesado’ al representante de los concesionarios de una modalidad de transporte público diversa a la que será materia de estudio, que pudiera resultar perjudicada con la Declaratoria [...]”.⁷

La discrecionalidad o la falta de parámetros técnicos basados en la eficiencia económica puede permitir que las autoridades estatales utilicen criterios que lejos de beneficiar al público usuario, busquen evitar la competencia y garantizar las ganancias de los transportistas locales, estableciendo ventajas exclusivas a favor de los prestadores del servicio ya existentes, impidiendo que potenciales nuevos prestadores del servicio entren al mercado, lo cual limita la inversión, la entrada de capitales y la generación de competencia (con lo que además se mantienen precios altos y bajos niveles de calidad).

En el pasado, la CFC intentó investigar y sancionar este tipo de situaciones a través de los procedimientos de investigación establecidos en ese entonces por la LFCE. Por ejemplo, en el caso analizado dentro del expediente IO-17-99.⁸ Estos intentos quedaron invalidados cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) decidió que las entidades federativas no eran agentes económicos cuando

⁷ Véase el artículo 22 de la Ley de Transporte para el Estado de Baja California Sur.

⁸ El asunto inició ante la negativa del Gobierno Estatal de otorgar concesiones de transporte a algunos transportistas, con el pretexto de que -según su ley-, era indispensable realizar un estudio de necesidades de transporte público. La CFC analizó la Ley de Vialidad de Campeche para concluir que la misma tenía ciertas disposiciones que podrían ser contrarias al artículo 28 constitucional. Entre las barreras artificiales a la entrada de nuevos competidores se encontraba la exigencia de la declaratoria de necesidad pública de transporte que otorgaba facultades discrecionales para determinar la oferta de taxis, sin sujetar su decisión a parámetros objetivos y no discriminatorios. La CFC determinó que se trataba de una negativa de trato y resolvió ordenar al Gobierno del Estado de Campeche el otorgamiento de concesiones para el servicio de transporte de pasajeros a una de las agrupaciones que lo solicitaba y en el ínterin otorgar permisos emergentes para prestar el servicio. La resolución fue recurrida por el Gobierno del Estado (RA-44-2000). Entre sus agravios, el Gobierno del Estado hizo valer que estaba ejerciendo un acto de autoridad, por lo que a pesar de que ello tuviera una incidencia en el ámbito económico, no era suficiente para considerar que el Gobierno del Estado era un agente económico porque no participaba en la producción del servicio involucrado y así no estaba dentro del ámbito de aplicación de la LFCE.

otorgaban concesiones, pues estaban actuando en ejercicio de sus atribuciones propias de autoridad y por ello no podían ser sancionadas.⁹

3. Inamovilidad de los concesionarios.

Existen normas que dificultan o hacen prácticamente imposible la entrada de nuevos prestadores del servicio, ya que las concesiones pueden transmitirse por causa de muerte o incapacidad o simplemente se otorgan por plazos demasiado amplios que no encuentran justificación en la inversión que se realiza para prestar el servicio. Asimismo, la posibilidad de que existan nuevos entrantes se reduce ante normas que nada tienen que ver con criterios de eficiencia o bienestar para la población, que impiden que otros prestadores del servicio generen competencia en esas regiones y tienden únicamente a proteger a quienes ya prestan el servicio.

3.1 Duración de las concesiones.

Algunas legislaciones establecen plazos que resultan inverosímiles, por ejemplo de 20, 25 o 30 años que además son renovables.¹⁰ En otros casos, se establece que las concesiones se otorgan por tiempo indefinido.¹¹

Dichas normas no tienen como fundamento un análisis que relacione la duración de la concesión con la recuperación de la inversión necesaria para entrar al mercado. Además, no queda claro entonces por qué se concede el servicio público de transporte cuando de cualquier forma no existe un plazo determinado

⁹ Véase la jurisprudencia 18/2004 del Pleno de la SCJN de rubro “AGENTES ECONÓMICOS. PARA EFECTOS DE LA LEY FEDERAL DE COMPETENCIA ECONÓMICA, NO LO SON LAS ENTIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA CUANDO ACTÚAN EN EJERCICIO DE SUS ATRIBUCIONES PROPIAS DE AUTORIDAD”.

¹⁰ Por ejemplo, el artículo 60 de la Ley del Sistema de Transporte para el Estado de Hidalgo señala que “Las concesiones se otorgarán por 30 años” y además que son renovables. La Ley de Tránsito y Transportes del Estado de Sinaloa en sus artículos 200 y 201 señala que “Las concesiones tendrán una vigencia máxima de 25 años” y que “en caso de terminación de la vigencia [...] tendrán preferencia para obtenerla de nuevo los concesionarios que la estén explotando”. El artículo 33 de la Ley de Transporte del Estado de Yucatán indica que “Las concesiones se otorgarán hasta por un plazo de veinte años” que son renovables.

¹¹ Como el de la Ley de Tránsito y Transporte para el Estado de Veracruz de Ignacio de la Llave (artículo 124) y la Ley de Transporte Público del Estado de San Luis Potosí (artículo 47).

para prestarlo. En un contexto en donde no existen plazos o existen pero tienen una duración de dos o tres décadas que puede extenderse, parecería más bien un derecho preexistente de los concesionarios actuales que un régimen bajo el cual el Estado se asegura de que los servicios públicos se presten por los oferentes más eficientes.

3.2 Posibilidad de heredar las concesiones.

Existen normas que establecen que las concesiones o los derechos derivados de las mismas son hereditarios, para lo cual se permite incluso que los concesionarios personas físicas hagan una especie de “testamento” sobre la concesión designando beneficiarios para el caso de muerte e incapacidad.¹² Incluso hay algunas normas que permiten que se establezca un patrimonio familiar sobre la concesión y que la vigencia de la concesión en patrimonio familiar “subsiste hasta la muerte de su titular, su cónyuge, o concubina o mayoría de edad del menor de los hijos; pero sus derechos de validez serán renovables anualmente [...]”.¹³

3.3 Preferencias no basadas en criterios de eficiencia.

Otra forma de limitar la entrada de nuevos concesionarios es la existencia de preferencias para prestar el servicio mediante parámetros ajenos a las necesidades de los usuarios y a la prestación eficiente del servicio que se concede. Por ejemplo, en algunos casos se prefiere a los trabajadores del transporte, a los concesionarios ya establecidos o a otro tipo de organizaciones sociales.¹⁴ También

¹² Los artículos 37 y 38 de la Ley de Transporte del DF establecen que las concesiones se pueden heredar. La sucesión de las concesiones también se establece en las legislaciones de Veracruz, Michoacán, Chiapas, Baja California Sur, Coahuila, Colima, Guanajuato o Tamaulipas, entre otras.

¹³ Artículos 277 y 278 del Reglamento de la Ley de Transporte y Vialidad del Estado de Guerrero.

¹⁴ La Ley de Transporte y Vialidad del Estado de Guerrero establece en su artículo 52 que “Las concesiones y permisos [...] sólo se otorgarán a mexicanos o a sociedades constituidas en términos de Ley. En igualdad de condiciones se preferirá a las siguientes personas o entidades: -- I. Trabajadores guerrerenses del transporte --- II. Núcleos agrarios y comisarías municipales; III. Organizaciones representativas de los Trabajadores del Transporte [...] VI. A quien haya resultado afectado por expropiaciones agrarias o por razón de equidad social”

se establece como requisito tener cierta experiencia prestando el servicio, pero “*en la localidad donde se vayan a otorgar las concesiones.*”¹⁵

Otras legislaciones privilegian precedentes como trabajador o asalariado del transporte o un criterio basado en la antigüedad del solicitante de la concesión;¹⁶ en la antigüedad que tenga el solicitante como residente de la entidad federativa;¹⁷ o bien, en el hecho de haber nacido en un Estado determinado.¹⁸

4. Asignación directa de concesiones.

En algunos casos encontramos que se asignan las concesiones de forma directa sin que medie concurso. El caso más sobresaliente es el de la legislación del Distrito Federal, pues señala que se puede asignar directamente una concesión, sin pasar por una licitación pública o incluso por un concurso de invitación restringida cuando el otorgamiento de concesiones pueda generar “*competencia desleal o monopolio*”.¹⁹ Pareciera que precisamente la falta de concursos para generar competencia por el mercado puede transgredir los principios de libre concurrencia y competencia económica en lugar de protegerlos.

¹⁵ Ídem. Artículo 59. También el artículo 86 de la Ley de Transportes para el Estado de Durango señala que “*Cuando se trate de rutas de transporte colectivo, o aumento de automóviles de alquiler en las zonas existentes, tendrán preferencia los concesionarios que presente el servicio en la ruta o sitio que corresponda, en igualdad de condiciones se preferirá, de entre éstos, a los que garanticen una mejor prestación del servicio y a quienes tengan mayor antigüedad como concesionarios de la misma ruta o en el sitio de autos de alquiler que corresponda*”.

¹⁶ El artículo 99 de la Ley de Transporte y Seguridad Vial para el Estado de Colima establece como requisito para obtener una concesión “*Tener como mínimo siete años de haber sido conductor de una unidad de servicio público en cualquiera de sus modalidades, en el Estado y de manera ininterrumpida*”. El artículo 55 de la Ley de Transporte de Sonora señala que “*en igualdad de circunstancias, se preferirá a los trabajadores asalariados del servicio público de transporte, y entre estos a los de mayor antigüedad*”.

¹⁷ El artículo 40 de la Ley de Transporte del Estado de Morelos indica que se requiere acreditar haber sido residente en el estado en los 5 años anteriores a la fecha de la solicitud.

¹⁸ El artículo 3º De la Ley de Comunicaciones y Transportes del Estado de Michoacán establece que “*En igualdad de circunstancias, tendrán preferencia para obtener estas concesiones los michoacanos por nacimiento, los mexicanos con residencia de más de un año en el Estado y las sociedades mexicanas registradas en Michoacán*”.

¹⁹ Artículo 26 de la Ley de Transporte del DF.

5. Intervención de los concesionarios establecidos para impedir la competencia.

Muchas leyes locales permiten a los concesionarios ya establecidos la manifestación de su poder impidiendo la entrada de nuevos concesionarios. Por ejemplo, en casi todos los estados existen consejos que funcionan como un órgano de consulta y que intervienen u opinan en el otorgamiento de las concesiones y permisos. El problema es que en muchas ocasiones estos consejos pueden contar entre sus miembros a concesionarios ya existentes²⁰ o incluso a representantes de agrupaciones de transportistas ya determinadas desde la ley.²¹ Resulta evidente que el incentivo de los transportistas establecidos es evitar que se otorguen nuevas concesiones o permisos que generen competencia y disminuyan sus rentas.

En algunas legislaciones los concesionarios o permisionarios existentes tienen incluso derecho a oponerse al otorgamiento de nuevas concesiones y permisos²² o se tienen por improcedentes las solicitudes para concesión cuando se lesionan los intereses o derechos de las líneas ya establecidas (como en el caso de Puebla).²³ Igualmente, en el caso de Chihuahua, DF, Coahuila, Zacatecas y Durango, no se otorgan concesiones si con ello se establece “*competencia ruinosa*” o “*competencia desleal*” en detrimento de los concesionarios ya establecidos,²⁴ que puede interpretarse como prohibir dar concesiones si con ello se genera competencia.

Además, en varias de las legislaciones estatales se permite que los concesionarios existentes se agrupen en uniones, sindicatos, asociaciones, personas morales o cualquier otra figura, para –de acuerdo con la legislación local– evitar la

²⁰ Por decir algunos casos, Baja California, Baja California Sur, Morelos, Tabasco, Tamaulipas o Veracruz.

²¹ El caso de la Ley de Movilidad y Transporte del Estado de Jalisco, por ejemplo.

²² Los artículos 78 y 78 del Reglamento de Transporte y Explotación de Vías y Carreteras del Estado de Quintana Roo y 64 de la Ley de Transporte de Sonora.

²³ Reglamento de la Ley de Transporte para el Estado de Puebla.

²⁴ En algunos casos incluso se define lo que se considera “*competencia ruinosa*”: cuando sobrepasan líneas o rutas de itinerarios con el mismo sentido cuando en el estudio técnico se dijo que estaban satisfechas las necesidades sociales. En el caso del DF se considera que la misma que existe cuando sobrepasan las rutas en itinerarios con el mismo sentido. cuando se empalmen uno o varios tramos de itinerarios con el mismo sentido, siempre que se considere que la demanda está satisfecha.

competencia desleal (que, otra vez, en todo caso sería la simple competencia).²⁵ Esta situación se agrava en entidades en la que las concesiones se otorgan a sindicatos que no reúnen trabajadores y sirven como grupos de presión de los gobiernos estatales a cambio de la garantía de que no habrá competencia y se mantendrán las restricciones a la entrada de inversiones foráneas.²⁶

6. Impedimentos directos a la inversión extranjera.

El artículo 6 de la Ley de Inversión Extranjera (LIE) establece que están reservadas de manera exclusiva a mexicanos o sociedades mexicanas con cláusula de exclusión de extranjeros, el transporte terrestre nacional de pasajeros, turismo y carga (fracción I). Sin embargo, en el artículo sexto transitorio de la misma ley se señala que a partir de dos mil cuatro, los extranjeros pueden tener hasta el 100% del capital social de las sociedades mexicanas dedicadas al transporte.²⁷

Encontramos que diversas legislaciones estatales requieren para el otorgamiento de las concesiones de transporte que, si se trata de personas físicas, sean de nacionalidad mexicana y si se trata de personas morales, todos los accionistas sean

²⁵ Por ejemplo, en Sinaloa se establece preferencia para el otorgamiento de concesiones a favor de las uniones y asociaciones de transportistas, si con ello no se generan monopolios (artículo 195 del Reglamento de dicha entidad).

²⁶ Este tipo de situaciones fue objeto de investigación por parte de la CFC. En el expediente DE-02-95, se analizó un caso en el que las autoridades de Oaxaca requerían que los solicitantes formaran parte o contaran con el apoyo de organizaciones o uniones de taxistas para la obtención de títulos de concesión para taxis. La CFC recomendó que se otorgaran las concesiones respectivas. Algo similar pasó en el expediente IO-34-97, en el cual se advirtió que las autoridades estatales daban trato preferencial a uniones o asociaciones en el otorgamiento de concesiones para el servicio de transporte de carga de materiales de construcción. La CFC recomendó que se otorgaran las concesiones a las personas físicas afectadas por haberse retirado de una de las uniones de transportistas del Estado. El Gobierno del Estado renovó las concesiones correspondientes.

²⁷ Así, los transitorios de la LIE indican que *“en las actividades mencionadas la inversión extranjera podrá participar de conformidad con las disposiciones siguientes: I.- A partir del 18 de diciembre de 1995, hasta el 49% del capital social de sociedades mexicanas; II.- A partir del 1o. de enero del año 2001, hasta el 51% del capital social de sociedades mexicanas; y III.- A partir del 1o. de enero del año 2004, hasta el 100% del capital social de sociedades mexicanas sin necesidad de obtener la resolución favorable de la Comisión”*.

de nacionalidad mexicana o que exista cláusula de exclusión de extranjeros.²⁸ Dichas limitaciones podrían implicar un quebranto a la CPEUM, en tanto que precisamente ésta señala en su artículo 73, fracción XXIX-F que es atribución del Congreso de la Unión la regulación de la inversión extranjera, por lo que sólo la Federación puede establecer los requisitos para ello. El efecto de estas normas locales es prohibir la entrada de capitales de origen extranjero a su Estado, lo cual podría generar una distorsión al proceso de competencia y libre concurrencia.²⁹

7. Impedimento para integración eficiente.

Algunas normas impiden que empresas que cuentan con sus propios transportes puedan usarlos, debido a que la legislación sólo les permite obtener los permisos para prestar el servicio privado cuando su desarrollo y operación no afecten la prestación de cualquier tipo de transporte público similar o cuando exista insuficiencia del servicio público; esto genera un gravamen dado que las empresas tienen que pagar a los transportistas estatales para poder desempeñar su actividad.

Así, por ejemplo, la Ley de Sonora señala que “*A las empresas constructoras y a las de compra y venta de materiales para la construcción, se les autorizará el servicio particular o privado de transporte cuando acrediten fehacientemente los [requisitos necesarios] y sea evidente la insuficiencia del servicio público de transporte de carga regular, específicamente en el tipo de productos que se requiera transportar*”.³⁰ Primero tiene que agotarse el transporte público para que las empresas puedan utilizar sus propias unidades.

Por su parte, para el caso de Tabasco “*los permisos del servicio privado de transporte [...] se otorgarán a los solicitantes, siempre y cuando su desarrollo y operación no alteren o*

²⁸ Por ejemplo, Baja California Sur, Campeche, Chihuahua, Colima, Hidalgo, Morelos, Sonora y Tabasco.

²⁹ Al analizar el expediente IO-05-99 la CFC consideró que la LIE no preveía una limitación a los extranjeros, por lo que razonó que el decreto de reformas a la Ley de Transporte del DF iba en contra del artículo 73, fracción XXIX-F constitucional, por ser una facultad exclusiva de la Federación. La Comisión declaró la existencia de una barrera en contravención del artículo 117 constitucional. El artículo 29 de la Ley de Transporte del DF vigente establece que para el otorgamiento de la concesión para el servicio público de transporte, se requiere ser mexicano tanto para las personas físicas como las personas morales y el artículo 45 indica que el cambio de nacionalidad es causa de extinción de la concesión.

³⁰ Artículo 124 de dicho ordenamiento.

*afecten la prestación de cualquier tipo de transporte público similar, previamente concesionado". Asimismo, se indica que "no se otorgará ese tipo de permisos cuando tengan como objetivo o finalidad construir depósitos o bancos de almacenamiento de materiales de construcciones a granel, para su posterior traslado o transportación a los lugares donde se efectúen obras y construcciones."*³¹

8. Limitación injustificada del número de permisos o concesiones.

Otra situación que se observa en varias legislaciones radica en la limitación injustificada del número de permisos o concesiones que se pueden obtener por una persona. Bajo condiciones específicas, esto podría impedir fenómenos de concentración que dañen la eficiencia de los mercados. Sin embargo, la legislación no hace depender esa limitación de un estudio de las condiciones de competencia del mercado, sino que simplemente asume que no se pueden obtener permisos o concesiones, sin establecer la posibilidad de que algún prestador eficiente del servicio obtenga más.

Por ejemplo, la Ley del Estado de México³² señala que "*Las personas físicas podrán ser titulares hasta de dos concesiones, ya sea en el mismo o diferente servicio; igual restricción es procedente en cuanto a los permisos*". En Veracruz, "*A las personas físicas sólo se les otorgará una concesión para prestar el servicio de transporte público de pasajeros en las modalidades de taxi, exclusivo de turismo, recreativo, escolar, colectivo [...] y hasta tres concesiones en las modalidades de urbano, suburbano, foráneo, carga en general y carga materialista*"³³ y en Tabasco "*Las personas físicas podrán recibir una sola concesión que amparará hasta tres unidades automotrices, tratándose únicamente de la prestación del*

³¹ Artículo 117 del Reglamento de la Ley de Transporte. No son raros los casos en los que un transportista con placas federales sea detenido no por las autoridades locales, sino por los transportistas locales y obligado a cederles su carga o subcontratarlos. Muchas autoridades locales solapan esas conductas, aduciendo que pretenden evitar un "*conflicto social*" o que es la forma en la que se garantiza que los transportistas locales puedan seguir operando; no obstante, ello genera costos innecesarios a los consumidores del servicio de transporte de carga y el único efecto es que los precios de los productos a los consumidores finales se elevan.

³² Artículo 25 de la Ley de Tránsito y Transportes del Estado de México.

³³ El artículo 125 de la Ley de Veracruz.

servicio público de pasajeros y de carga; excepto cuando se trate del servicio de taxis, en que por cada persona física se expedirá solamente una concesión para una unidad.”³⁴

9. Impedimentos a la circulación de unidades extranjeras, federales o de otros estados.

En numerosas ocasiones, conforme a las normas vigentes, las vías de jurisdicción local se pueden manejar al arbitrio de las autoridades municipales o estatales mismas que, en aras de proteger el interés de los transportistas locales, impiden en mayor o menor medida la circulación de vehículos que prestan los servicios en otras jurisdicciones. Se llega incluso al absurdo de impedir que permisionarios federales transiten por las rutas de jurisdicción estatal o se sujete esa posibilidad a la expedición de permisos, autorizaciones de paso o al registro en el Estado, entre otros.

Por ejemplo, en el caso de Chiapas, se establece que podrá otorgarse una autorización de paso o penetración solamente cuando el tránsito en un camino estatal sea *necesario* para la ejecución de un servicio público federal, pero esa autorización está sujeta a condiciones que la hacen poco viable: i) la longitud del tramo de carretera que se pretenda utilizar queda a juicio de la autoridad de transporte de acuerdo a los “*estudios técnicos*” que se realicen, “*siempre y cuando no exista servicio de transporte concesionado por el Estado dentro de la jurisdicción estatal*”; y ii) los concesionarios locales que podrían resultar afectados pueden oponerse “*con el fin de evitar cualquier acto de competencia desleal.*”

En Sinaloa se observa algo parecido al conceder permisos de paso tomando en cuenta requisitos tales como: i) que el tránsito por caminos de jurisdicción estatal sea necesario para la ejecución del servicio federal autorizado; ii) la longitud del tramo de carretera que se pretenda utiliza no exceda del 40% del total de la extensión que tendrá la ruta, incluyendo el tramo local; y, iii) que se escuche a los permisionarios o concesionarios locales que pudieran resultar afectados o se resuelva en su caso con el fin de evitar “*cualquier acto de competencia desleal.*”

En el caso de Yucatán, los vehículos procedentes de otras entidades o del extranjero, autorizados en su lugar de origen para prestar algún servicio de transporte, a fin de obtener la autorización para proporcionarlo en el territorio del

³⁴ Artículo 52 de la Ley de Tabasco.

Estado, deben registrarse en la Dirección de Transporte, previo cumplimiento de las condiciones reglamentarias y previo pago de derechos a efecto de obtener un *permiso especial*. La condición es que el servicio siempre esté individualmente determinado y no represente competencia para los transportistas locales. Esto incluye los casos en los que se realiza una actividad complementaria al servicio que originó la internación al Estado, para lo cual los permisionarios deben informar los lugares de inicio y destino de la ruta que origina la internación a la entidad.

Otros casos se dan en entidades como Guerrero, en que se permite la expedición de permisos temporales para la autorización del servicio en tramos de las vías del Estado que requieran los concesionarios federales y de otras entidades para el desahogo de sus servicios y el cumplimiento del destino final de su transporte, *“pero en el caso de los concesionarios federales esta modalidad se aplicará únicamente si existe reciprocidad en los concesionarios federales respecto de los permisionarios locales.”*³⁵

La discrecionalidad de las autoridades estatales y el régimen de concesión hacen extremadamente difícil para los vehículos de otras jurisdicciones la prestación de servicios que podrían beneficiar a los usuarios. Ejemplo de servicios en los que se reprime con frecuencia el acceso al mercado es el transporte de carga multimodal o la prestación del servicio de transporte de pasajeros que tiene como destino el aeropuerto y que requieren recoger el pasaje en lugares situados en las vías de jurisdicción estatal.

Como se puede advertir, la posibilidad de prestar el servicio de transporte -en cualquiera de sus modalidades- por parte de los permisionarios federales o de otras entidades, se encuentra condicionada a que no genere competencia a los concesionarios o permisionarios locales e incluso, en el caso de Baja California Sur, se llega al extremo de que *“[I]a persona física para obtener concesión del servicio público de transporte terrestre, deberá acreditar [...] No ser permisionario o concesionario del servicio de autotransporte federal en cualquier modalidad.”*³⁶ Se observa en todos estos casos que el propósito de la normatividad local no es el beneficio al usuario y la

³⁵ Artículo 276 del Reglamento de la Ley de Transporte y Vialidad del Estado de Guerrero.

³⁶ Sólo en algunos casos se garantiza la prestación de los servicios en condiciones de competencia. El artículo 46 de la Ley de Transporte para la Movilidad Sustentable del Estado de Nuevo León señala *“Los permisos de transporte [de carga] serán necesarios solamente si no se cuenta con permisos federales vigentes”*.

eficiencia en la prestación del servicio sino la protección de los prestadores establecidos del servicio.

10. Fijación injustificada de tarifas.

Ya sea en modalidad de pasajeros, carga, turismo o en las tres modalidades de transporte, las leyes estatales establecen la posibilidad de que se fijen las tarifas por el servicio, evitando así la competencia en precios, sin que necesariamente exista un estudio de mercado que permita establecer la necesidad de la regulación.³⁷

Incluso, en los casos de Coahuila, Guerrero y Yucatán, se establece la prohibición de otorgar descuentos al respecto y en Sinaloa se califica como “*competencia ruinosa*” cualquier acto u omisión que realice un concesionario o permisionario en perjuicio de la economía de sus pares, entre otras, ofertar y prestar el servicio concesionado por debajo de costos o acudir a prácticas comerciales con similares consecuencias.

La entonces CFC analizó un caso en el cual las autoridades estatales sancionaron a un concesionario que cobró un precio inferior al fijado por el Estado. La CFC señaló que el cobro por la prestación del servicio que se ubicara por debajo de la tarifa establecida generaba competencia cuando no se incurría en pérdidas.³⁸

³⁷ Este tipo de situaciones fueron analizadas en el expediente IO-05-99 sobre el Decreto de reformas a la Ley de Transporte del DF. La CFC consideró que las tarifas sólo debían fijarse cuando no existieran condiciones de competencia efectiva y que el mercado tendría que regularse para garantizar condiciones de calidad y seguridad y evitar que empresas dominantes establecieran barreras a la entrada o al crecimiento de sus competidores. A la fecha, la Ley correspondiente mantiene regulación de tarifas.

³⁸ Expediente IO-25-96. En 1996 la Dirección General de Transporte de Morelos impuso infracciones a empresas por disminuir el pasaje en una de las rutas, con fundamento en el Reglamento del Servicio Público de Transporte del Estado de Morelos que señalaba como obligaciones de los concesionarios respetar las tarifas y abstenerse de efectuar actos que constituyeran competencia desleal a otros concesionarios. Las autoridades de Morelos señalaron que la disminución de la tarifa era desleal pues iba en perjuicio económico de organizaciones de transportistas. La CFC consideró que establecer una tarifa inferior sin incurrir en pérdidas tenía como efecto competir en el mercado. También señaló que impedir que las empresas bajaran sus precios traería consecuencias económicas como la fijación del precio de venta del servicio, ineficiencias al impedir que los consumidores con menor ingreso hicieran uso del transporte y evitar que las compañías ineficientes realizaran una depuración para ajustar sus costos conforme a

11. Normas que pueden propiciar posibles prácticas monopólicas.

Algunas legislaciones permiten que los concesionarios coordinen la prestación de sus servicios, con el consecuente riesgo de impedir el proceso de competencia y libre concurrencia, propiciando o induciendo a la realización de prácticas monopólicas. En numerosas ocasiones, la coordinación del servicio no busca la eficiencia en la prestación del servicio o el bienestar de los usuarios, sino evitar una competencia que se califica como desleal o perjuicios a los oferentes establecidos.

Así, la Ley de Tabasco señala que *“Para la prestación del servicio público de transporte, los concesionarios podrán celebrar convenios entre sí, con objeto de compartir las rutas o turnarse los servicios sobre las mismas, con la finalidad de procurar la mejor prestación del servicio a los usuarios, proveer la satisfacción de las necesidades presentes y futuras en la materia y evitar [...] las competencias desleales, desorganización de sistemas o perjuicios mutuos”*. Por su parte, la Ley de Querétaro señala que el Gobernador del Estado puede celebrar convenios con las uniones, asociaciones o sociedades de transportistas *“mediante los cuales se coordine su participación en la operación de los servicios de transporte en la entidad, [...] protegiendo las inversiones de los concesionarios y evitando la competencia desleal [...]”*.

Estas disposiciones contradicen los principios de competencia económica y libre concurrencia, y han permitido que concesionarios o permisionarios de transporte estatal interpreten la posibilidad de convenir para coordinar sus servicios como una habilitación para establecer acuerdos que incluso han sido investigados y sancionados por las autoridades de competencia.³⁹

criterios de competencia. El Pleno de la CFC recomendó a las autoridades de Morelos modificar el criterio interpretativo del artículo 42 del Reglamento señalado y resolvió que era legal establecer tarifas menores a las establecidas por las autoridades competentes.

³⁹ Véanse, por ejemplo, los asuntos tramitados ante la CFC bajo los expediente DE-005-2009 e IO-002-2010. En el primer caso, el Gobierno del Estado, haciendo una interpretación de su normativa estatal, puso a negociar a los concesionarios locales y federales para segmentar el mercado. La CFC emplazó a las dos principales organizaciones de taxistas en Mazatlán y a los concesionarios federales de transporte de pasajeros del aeropuerto de dicha localidad al considerar que su convenio correspondía a una práctica monopólica absoluta.

Herramientas disponibles para eliminar los problemas detectados

La reforma al artículo 28 constitucional de dos mil trece creó la COFECE, un órgano constitucional autónomo con la capacidad para eliminar barreras a la competencia y la libre concurrencia. Cuando existen barreras a la competencia y la libre concurrencia que provienen de autoridades, la LFCE vigente prevé dos alternativas.

Por un lado, la COFECE puede investigar y ordenar la eliminación de barreras a la competencia y la libre concurrencia, haciendo un análisis de la estructura del mercado y no nada más de las conductas desplegadas por los agentes económicos. A la luz de lo establecido por los artículo 94, fracción VII y 95 de la LFCE, la COFECE puede hacer “recomendaciones” a las autoridades, notificándoles las resoluciones en las que se determine “*la existencia de barreras a la competencia y libre concurrencia*” o “*la existencia de disposiciones jurídicas que indebidamente impidan o distorsionen la libre concurrencia y competencia en el mercado*”. Al respecto, podrían sujetarse a debate las consecuencias en caso de que una autoridad no elimine la barrera a la competencia y la libre concurrencia. El artículo 127 de la LFCE establece que se puede sancionar con una multa del 10% de los ingresos “*a quien no obedezca la orden de eliminar una barrera a la competencia.*” Dado que una de las acepciones de “recomendar” implica “*dar orden*”,⁴⁰ ¿podría incluso interpretarse que la COFECE está facultada para sancionar a las autoridades que no acaten sus recomendaciones?

Por otro lado, el artículo 95 de la LFCE establece avances significativos para efectos del ejercicio de una acción constitucional. A diferencia de la LFCE derogada, se puede plantear una controversia constitucional cuando existan normas que puedan resultar contrarias a los principios establecidos por el artículo 28 constitucional y no sólo cuando transgredan lo dispuesto por el artículo 117 de la Carta Magna. Asimismo, en armonía con la CPEUM, la COFECE puede plantear una controversia constitucional contra actos o disposiciones generales del Congreso de la Unión, del Ejecutivo Federal o de otro órgano constitucional autónomo.

⁴⁰ La primera acepción de la Real Academia Española es: “*Encargar, pedir o dar orden a alguien para que tme a su cuidado una persona o un negocio*”. <http://www.rae.es/>

Sin embargo, tal como sucedía con la legislación anterior, no se establece la posibilidad de que la COFECE ejerza la acción constitucional por sí misma cuando el acto o disposición general provenga de una entidad federativa o de un municipio.

La Ley establece que se debe informar primero al Ejecutivo Federal y que será éste quien decida si plantear o no la acción constitucional. Un avance importante es que el Ejecutivo Federal debe publicar cuáles son los motivos de su decisión cuando no considere pertinente iniciar el procedimiento de control constitucional.

Probablemente, un área de oportunidad para esta disposición consistiría en permitirle a la COFECE plantear por sí misma un procedimiento constitucional en representación del orden federal, máxime si se considera que conforme a la Constitución, la garantía de la libre concurrencia y competencia económica está encomendada a la COFECE y no sólo al Ejecutivo Federal.⁴¹

La posibilidad de plantear una acción constitucional -en contra de normas o actos estatales o municipales que vulneren los artículos 28 y 117 constitucionales- implica algunas limitaciones importantes; por ejemplo, el plazo que existe para plantear la acción en relación con la Ley Reglamentaria de esos procedimientos, considerando que las restricciones normativas estatales o municipales que impiden la competencia y la libre concurrencia suelen tener una antigüedad considerable.

La determinación del alcance de estas facultades requerirá de su ejercicio y de las consecuentes resoluciones de la SCJN. Mientras tanto, las legislaciones estatales de transporte podrían ser objeto de análisis en estos procedimientos en la búsqueda de eliminar las restricciones a la eficiencia que prevalecen en esos mercados y continúan dañando a consumidores y prestadores del servicio de transporte mediante la contravención a los principios constitucionales en materia de competencia económica y libre concurrencia.

⁴¹ Salvo tratándose de telecomunicaciones y radiodifusión, en cuyo caso es competencia del Instituto Federal de Telecomunicaciones por disposición expresa del artículo 28 constitucional.