

México, D.F. a 20 de abril 2015

MTRO. MARIO EMILIO GUTIÉRREZ CABALLERO
Titular de la Comisión Federal de Mejora Regulatoria
PRESENTE

Asunto: Se emite opinión.

Se hace referencia al anteproyecto de *“Reglamento de la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal en materia de Concesiones de Caminos y Puentes de Jurisdicción Federal”*¹ (anteproyecto) remitido por la Comisión Federal de Mejora Regulatoria (COFEMER) a la Comisión Federal de Competencia Económica (COFECE o COMISIÓN) el dieciocho de marzo del presente año en el marco del Convenio celebrado entre ambas instituciones el veintitrés de septiembre de dos mil trece. Lo anterior, para efecto de que la COFECE emita opinión en el procedimiento de consulta pública regulado por el Título Tercero A de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo.

Esta autoridad emite opinión sobre los efectos que el anteproyecto podría tener en el proceso de competencia y libre concurrencia, sin que la misma prejuzgue sobre aspectos de cualquier otra índole, toda vez que no son competencia de esta autoridad.

De conformidad con lo expresado en la Manifestación de Impacto Regulatorio (MIR), el anteproyecto tiene por objeto: *“(…) reglamentar las disposiciones de la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal en materia de concesiones para construir, operar, explotar, conservar y mantener los caminos y puentes de jurisdicción federal que constituyen vías generales de comunicación, con apego a los principios de reserva de ley y jerarquía normativa”*.² [Énfasis añadido]

Las disposiciones contenidas en el anteproyecto, en términos de lo señalado en la MIR, tienen como propósito *“(…) incorporar algunas definiciones, detallar las atribuciones de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes, regular a las sociedades de propósito específico que podrán ser concesionarias, reglamentar las contraprestaciones, garantías y seguros a cargo de los concesionarios así como especificar las causales para el otorgamiento de prórrogas en las concesiones”*.³

En este orden de ideas, la COFECE considera que el anteproyecto podría tener efectos negativos sobre el proceso de competencia y libre concurrencia en el otorgamiento de concesiones para la construcción, operación, explotación, conservación y mantenimiento de carreteras o puentes de jurisdicción federal.

CONSIDERACIONES EN MATERIA DE COMPETENCIA Y LIBRE CONCURRENCIA

De acuerdo con la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal (LCPAF), las concesiones se otorgan por medio de procedimientos de licitación pública abiertos a todos los participantes que

¹ Visible en la página http://207.248.177.30/regulaciones/scd_expediente_3.asp?ID=10/0706/130315

² Apartado I, numeral 1, de la MIR de Impacto Moderado, disponible en: http://207.248.177.30/mir/formatos/MIR_ImpactoModeradoViewAIC.aspx?SubmitID=451243

³ Apartado I, numeral 2, de la MIR de Impacto Moderado.

cumplan con los supuestos establecidos en los artículos 6o, 7o y 10 de la misma, los cuales señalan lo siguiente:⁴

“Artículo 6o.- Se requiere de concesión para construir, operar, explotar, conservar y mantener los caminos y puentes federales.

(...)

Artículo 7o.- Las concesiones a que se refiere este capítulo se otorgarán mediante concurso público, conforme a lo siguiente:

I y II.- (...)

III. Las bases del concurso incluirán como mínimo las características técnicas de la construcción de la vía o el proyecto técnico, el plazo de la concesión, los requisitos de calidad de la construcción y operación; los criterios para su otorgamiento serán principalmente los precios y tarifas para el usuario, el proyecto técnico en su caso, así como las contraprestaciones ofrecidas por el otorgamiento de la concesión.

IV a VII.- (...)

Artículo 10.- Las concesiones y permisos a que se refiere esta Ley se ajustarán a las disposiciones en materia de competencia económica”. [Énfasis añadido]

Adicionalmente, en el artículo 30 de la LCPAF se establecen los supuestos de excepción al proceso de licitación de concesiones.

*“Artículo 30.- La Secretaría podrá otorgar concesiones para **construir, mantener, conservar y explotar** caminos y puentes a los particulares, estados o municipios, conforme al procedimiento establecido en la presente Ley; así como para mantener, conservar y explotar caminos federales **construidos o adquiridos por cualquier título por el Gobierno Federal.** En este último caso, las concesiones no podrán ser por plazos mayores a 20 años. La Secretaría garantizará, cuando haya vías alternas, la operación de una libre de peaje.*

Excepcionalmente, la Secretaría podrá otorgar concesión a los gobiernos de los estados o a entidades paraestatales sin sujetarse al procedimiento de concurso a que se refiere esta Ley. Cuando la construcción u operación de la vía la contrate con terceros deberá obtener previamente la aprobación de la Secretaría y aplicar el procedimiento de concurso previsto en el artículo 7 de esta Ley.

La construcción, mantenimiento, conservación y explotación de los caminos y puentes estarán sujetos a lo dispuesto en esta Ley y sus reglamentos, y a las condiciones impuestas en la concesión respectiva”. [Énfasis añadido]

El anteproyecto establece disposiciones que amplían los supuestos de excepción al procedimiento de licitación o concurso público para el otorgamiento de concesiones así como para la ejecución de obras relacionadas con la construcción, mantenimiento, conservación y explotación de carreteras y puentes establecidos en la LCPAF; lo anterior, en detrimento del proceso de competencia y libre concurrencia. En particular, el artículo 19 del anteproyecto propone lo siguiente:

⁴ De acuerdo con el documento: “Asociaciones Público-Privadas para el desarrollo carretero de México” disponible en <http://www.sct.gob.mx/carreteras/direccion-general-de-desarrollo-carretero/publicaciones>, el esquema de concesiones adoptado por la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) se aplica para desarrollar proyectos carreteros o cruces fronterizos que cuentan con una fuente de pago propia.

“Artículo 19.- En caso de que una Concesión esté generando o se proyecte que genere recursos adicionales a los requeridos por la Concesionaria para cubrir los compromisos financieros adquiridos con terceros y su rentabilidad, la Secretaría podrá convenir con ésta, en cualquier momento durante su vigencia, la ejecución de obras en la propia vía concesionada o en las carreteras o puentes, las cuales serán susceptibles de ser financiadas con cargo a la explotación de la Concesión durante el plazo que determine la Secretaría, incluyendo la prórroga, siempre y cuando que no se comprometa la operación, conservación y mantenimiento de la vía concesionada”. [Énfasis añadido]

Esta disposición implicaría que la Secretaría de Comunicaciones y Transportes (SCT) y el concesionario podrán negociar y convenir la ejecución de obras “en la propia vía concesionada o en las carreteras o puentes” en cualquier momento durante la vigencia del título de concesión, así como de la prórroga, con cargo a recursos adicionales a los requeridos para construir y operar la vía concesionada derivados de la explotación de la concesión.

Por otra parte, el artículo 6o. de la LCPAF establece los siguientes supuestos para otorgar prórrogas a las concesiones:

“Artículo 6.- (...)

Las concesiones se otorgarán hasta por un plazo de 30 años. Éstas podrán ser prorrogadas, hasta por un plazo equivalente al señalado originalmente, en cualquier momento después del primer tercio de la vigencia de las mismas, cuando a juicio de la Secretaría, se justifique la necesidad de realizar inversiones que no se hubiesen previsto en las condiciones originales de los títulos de concesión respectivos.

También podrán ser prorrogadas, en cualquier momento durante su vigencia, cuando se presenten causas que lo justifiquen, no atribuibles a los concesionarios, entre los que se incluyan demoras en la liberación del derecho de vía (...)

La Secretaría contestará en definitiva las solicitudes de prórroga a que se refiere el párrafo anterior, dentro de un plazo de 60 días naturales contado a partir de la fecha de presentación de la misma debidamente requisitada y establecerá las nuevas condiciones de la concesión, para lo cual deberá tomar en cuenta la inversión, los costos futuros de ampliación y mejoramiento y las demás proyecciones financieras y operativas que considere la rentabilidad de la concesión. (...). [Énfasis añadido]

No obstante, el artículo 17 del anteproyecto establece lo siguiente:

“Artículo 17.- Las Concesiones podrán ser prorrogadas por la Secretaría, a petición de la Concesionaria, hasta por un plazo equivalente al señalado originalmente en cualquier momento después del primer tercio de la vigencia cuando se presenten los siguientes supuestos:

- I. Mejorar las características de la infraestructura, que podrán incluir obras o inversiones adicionales en el sector carretero que la Secretaría determine, y**
- II. Incrementar los servicios o su nivel de desempeño.**

Para lo anterior, la Secretaría deberá elaborar un dictamen en el cual se establezca la necesidad y beneficios de las prórrogas. (...). [Énfasis añadido]

El anteproyecto, al señalar que se podrán prorrogar las concesiones para “mejorar las características de la infraestructura, que podrán incluir obras o inversiones adicionales en el sector carretero que la Secretaría determine”, amplía nuevamente los supuestos establecidos en la LCPAF, en este caso,

para el otorgamiento de prórrogas. Esto permitiría a la SCT asignar nuevos proyectos o inversiones adicionales sin el concurso público o licitación correspondiente bajo la figura de prórroga⁵. La LCPAF establece la prórroga como un caso de excepción a la licitación, sin embargo el anteproyecto además al ser omiso en establecer los parámetros relativos a la inversión, los costos futuros de ampliación y mejoramiento así como las demás proyecciones financieras y operativas, incluyendo los mecanismos de planeación y control, que deberán considerarse para que se justifique el otorgamiento de una prórroga por parte de la SCT, conforme al artículo 6 de la LCPAF, tendría el incentivo de convertirse en una regla general en detrimento de la eficiencia económica que debería promoverse en los procesos licitatorios.

En resumen, el anteproyecto tendría el efecto de permitir:

1. La realización de obras nuevas no relacionadas con la concesión original con cargo a recursos adicionales, sin la obligación de conducir concurso público o licitación, y
2. La realización de obras nuevas no relacionadas con la concesión original mediante la figura de prórroga, sin la necesidad de conducir concurso público o licitación.

En ambos casos, se trata de supuestos no contemplados en la LCPAF, lo que podría resultar contrario a la competencia y libre concurrencia.

La asignación de nuevos proyectos o inversiones adicionales a través de negociaciones entre la SCT y los concesionarios tendría el efecto de privilegiar a los agentes establecidos (los concesionarios) y reducir las ventajas que genera la presión competitiva resultante de un concurso público o licitación, y existe la posibilidad de que las obras se realicen en términos y condiciones más onerosas.

El concurso público o la licitación maximizan la probabilidad de obtener mejores condiciones en cuanto a financiamiento y contraprestaciones (aprovechamientos), menores precios o tarifas a los usuarios, así como de construir y poner en operación los proyectos carreteros en los plazos y condiciones de seguridad y de servicio establecidos.

En este orden de ideas, el supuesto que no se contempla en la ley pero sí en el artículo 19 del anteproyecto, prevé que de generarse recursos adicionales a los necesarios para cubrir los compromisos financieros adquiridos con terceros y su rentabilidad, podrán ser utilizados para construir obras nuevas previo convenio con la Secretaría. Lo anterior, generaría distorsiones importantes en las condiciones de competencia de los procesos de licitación así como en el desarrollo de los proyectos, toda vez que la posibilidad de realizar obras adicionales incidiría en las ofertas de

⁵ La prórroga de un Título de Concesión, en términos de la LCPAF, puede otorgarse en dos vías:

- a) Convencional, la cual puede ser otorgada por la SCT de mutuo acuerdo con el concesionario, estableciéndose dos condiciones: (i) que se otorgue después del primer tercio de la vigencia de las mismas; y, (ii) cuando sea necesario realizar inversiones que no se hubiesen previsto originalmente. No obstante, la LCPAF prevé que la vigencia de la concesión podrá ser prorrogada hasta por un plazo equivalente al señalado originalmente.
- b) Por causas no atribuibles a los concesionarios, supuesto que dispone que las concesiones podrán ser prorrogadas, en cualquier momento durante su vigencia, cuando se presenten causas debidamente justificadas.

los participantes al momento del concurso, lo que afectaría los precios o los estándares de servicio ofrecidos por los interesados en obtenerla y perjudicar en última instancia a los usuarios.⁶ Adicionalmente, los concesionarios tendrían incentivos para negociar y convenir una prórroga a sus proyectos concesionados, así como generar o proyectar que se generen recursos adicionales, lo que elimina la posibilidad de llevar a cabo una licitación para asignar nuevas inversiones.

Al respecto, es preciso señalar que cuando se trata de obras complementarias a la concesión podría resultar eficiente que éstas se realicen por el mismo concesionario. Sin embargo, por un lado, el anteproyecto no establece elementos que permitan determinar que sea eficiente y promueva la competencia que el mismo concesionario realice la obra y los términos de la prórroga; y por el otro, en caso de que se pretendan ejecutar obras que no se encuentran asociadas a un proyecto concesionado es necesario llevar a cabo un concurso público conforme a las disposiciones de la LCPAF⁷, a fin de obtener las mejores condiciones para el Estado.

Por lo anterior, esta Comisión considera que las disposiciones antes señaladas resultarían contrarias al proceso de competencia y libre concurrencia, por lo que se sugiere acotar los artículos 17 y 19 del anteproyecto de forma tal que respondan con mayor fidelidad al texto y espíritu de los supuestos normativos correspondientes previstos en la LCPAF, y que garanticen procesos competitivos en el otorgamiento de concesiones para la construcción, operación, explotación, conservación y mantenimiento de carreteras o puentes federales.⁸

La presente opinión se emite con fundamento en los artículos 28, párrafos décimo cuarto y vigésimo, fracciones I y III, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1, 2, 10, 12, fracción XIV y 18 de la Ley Federal de Competencia Económica (LFCE) publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el veintitrés de mayo de dos mil catorce; así como 1, 5, fracción X, y 20, fracción XXXI, del Estatuto Orgánico de la COFECE, publicado en el DOF el ocho de julio de dos mil catorce.

⁶ De conformidad con el artículo 7o., fracción III, de la LCPAF, los criterios para el otorgamiento de las concesiones serán principalmente los precios y tarifas para el usuario, el proyecto técnico en su caso, así como las contraprestaciones ofrecidas por el otorgamiento de la concesión

⁷ El principio contenido en el artículo 117 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que la contratación de obra se adjudicará o llevará a cabo a través de licitaciones públicas mediante convocatoria pública para que libremente se presenten proposiciones solventes en sobre cerrado, a fin de asegurar al Estado las mejores condiciones disponibles en cuanto a precio, calidad, financiamiento, oportunidad y demás circunstancias pertinentes.

⁸ Para mayor abundamiento, se sugiere consultar el Dictamen de la Auditoría Financiera y de Cumplimiento número 13-0-09100-02-0015 denominada "Ingresos por Derechos y Aprovechamientos de Autopistas Concesionadas", el cual forma parte del Informe del Resultado de la Fiscalización Superior de la Cuenta Pública 2013 presentado por la Auditoría Superior de la Federación (ASF), en el que se concluye que: "(...) la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal no prevé la posibilidad de adherir nuevos tramos carreteros a concesiones que hayan sido otorgadas con anterioridad por otros tramos carreteros" (p. 18). Asimismo, cabe mencionar que en la Cámara de Diputados se han presentado iniciativas con el fin de asegurar que las obras adicionales se ejecuten con el único fin de mantener la infraestructura carretera en cuestión y no para ejecutar obras diferentes sin pasar por el proceso de concurso público establecido en la Ley. Ver Iniciativa con proyecto de Decreto que reforma el artículo 6o. de la Ley de Caminos, Puentes y Autotransporte Federal, a cargo del diputado Francisco Alberto Zepeda González, del Grupo Parlamentario del PRI. Ver página: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Black/Gaceta/Anteriores/62/2013/abr/20130402-V/Iniciativa-9.html>



COMISIÓN FEDERAL DE
COMPETENCIA ECONÓMICA

Notifíquese.- Así lo resolvió el Pleno de la COFECE por unanimidad de votos en sesión del dieciséis de abril de dos mil quince de conformidad con los artículos antes referidos, con la ausencia de la Comisionada Presidenta Alejandra Palacios Prieto, quien votó en términos de lo dispuesto por el artículo 18 de la LFCE; supliéndola en sus funciones, el Comisionado Alejandro Ildelfonso Castañeda Sabido de conformidad con lo indicado en el artículo 19 de la LFCE y el oficio de número PRES-CFCE-2015-074, ante la fe del Secretario Técnico de la COFECE, en términos de lo dispuesto en los artículos 4, fracción IV, 18, y 20, fracciones XXVI, XXVII y LVI de su Estatuto Orgánico.

Alejandro Ildelfonso Castañeda Sabido
En suplencia por ausencia de la Comisionada Presidenta

Alejandra Palacios Prieto
Comisionada

Jesús Ignacio Navarro Zermeño
Comisionado

Martín Moguel Gloria
Comisionado

Benjamín Contreras Astiazarán
Comisionado

Francisco Javier Núñez Melgoza
Comisionado

Eduardo Martínez Chombo
Comisionado

Roberto I. Villarreal Gonda
Secretario Técnico