

La suscrita Paola Beckford Navarro, mayor, casada una vez, Criminóloga, portadora de la cédula de identidad número 1-1212-0668 en mi condición de Secretaria de la Comisión para Promover la Competencia, según consta en el acta de la Sesión Ordinaria número 05-2021 celebrada a las catorce horas con veinticinco minutos, del cuatro de febrero de los dos mil veintiuno, procedo a comunicar la **OPINIÓN N° 024-2021**, contenida en el **Artículo 4, Acuerdo 4 del acta de la Sesión Extraordinaria N.º 012-2021**, de las quince horas, del día veinte de setiembre del dos mil veintiuno.

“(…)

OPINIÓN N° 024-2021

COMISIÓN PARA PROMOVER LA COMPETENCIA AL SER LAS QUINCE HORAS CON TREINTA MINUTOS DEL VEINTE DE SETIEMBRE DEL DOS MIL VEINTIUNO.

I. ANTECEDENTES

Mediante oficio N°07984-2021-DHR del 16 de julio del 2021, la señora Catalina Crespo Sancho, en su condición de Defensora de los Habitantes, señala que, en el marco de sus competencias, ha dado seguimiento a las acciones gubernamentales en el proceso de renovación de las concesiones en el servicio de transporte remunerado de personas modalidad autobús, que debe concluirse en setiembre de 2021. Adicionalmente indica que se ha solicitado la intervención de la Defensoría de los Habitantes por la aparente concentración de concesiones de transporte público modalidad autobús en manos de pocos empresarios, lo que podría ser contrario a lo establecido en la normativa. De allí que solicite a la Comisión para Promover la Competencia (en adelante, COPROCOM) que indique cuáles serían las acciones que podría adoptar para investigar los aspectos aquí mencionados.

Esta Comisión, mediante oficio COPROCOM-OF- 0145-2021 de fecha 22 de julio de los corrientes, le contestó, en lo conducente, a la señora Defensora de los Habitantes, que procedería a emitir recomendaciones tendientes a promover la competencia en el otorgamiento y la renovación de las concesiones y en la utilización de la competencia como un complemento a una regulación eficiente del sector. Asimismo, se le indicó que, en caso de que la COPROCOM obtuviera indicios de que los concesionarios han incurrido en alguna práctica monopolística, o bien, en una omisión de notificación de concentración a partir de la vigencia de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, N°9736, tomará las acciones correspondientes.

Por lo antes expuesto, la Unidad de Investigaciones del Órgano Técnico de esta Comisión preparó un estudio técnico sobre la normativa y los antecedentes jurisprudenciales en relación con la concesión y renovación de líneas de transporte remunerado de pasajeros modalidad autobús, así como sobre la normativa que rige las fusiones en dicho sector y las denuncias que se han presentado sobre el tema. Por razones de coyuntura y limitada información, el estudio se centró en el tema de la renovación de las concesiones de las líneas de autobús que actualmente se encuentran en ese proceso (cuyo plazo de vencimiento está previsto para el presente mes de setiembre), así como también, en el tópico relacionado con el número máximo de concesiones de líneas que pueden estar en manos de una sola persona física o jurídica y que se establece en el numeral 11 de la Ley N°3503. Todo ello, desde una perspectiva y ámbito del Derecho de Competencia.

II. *POTESTADES DE LA COPROCOM EN RELACIÓN CON LOS SERVICIOS PÚBLICOS*

En la reciente emisión de la Ley N°9736, Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, del 18 de noviembre del 2019, todas las excepciones relacionadas con agentes económicos prestadores de servicios públicos fueron eliminadas. Por lo que, consecuentemente, al amparo de esta normativa especial y posterior, no es dable hacer diferenciaciones entre agentes económicos en virtud del sector en el cual realizan su actividad económica. Así, la supra citada norma, reformó el artículo 9 de la Ley N°7472, sobre el ámbito de aplicación, quedando estipulado ello de la siguiente manera:

“Artículo 9- Campo de aplicación

La normativa de este capítulo se aplica a todos los agentes económicos cuyos actos generen efectos en Costa Rica, independientemente de que se originen fuera del territorio nacional.

Estarán exceptuados de su aplicación únicamente los actos expresamente autorizados en leyes especiales.

La Comisión para Promover la Competencia (Coprocom) en sus estudios de mercado y opiniones podrá evaluar dichos casos de excepción y formular las recomendaciones que estime pertinentes para promover mayor competencia en esos sectores.”

De tal forma que las únicas excepciones a la normativa antimonopolio la constituirían aquellos actos que, estando establecidos en una ley especial, se contrapongan de manera expresa a lo dispuesto en la normativa citada. De manera que, a tales actos, no podrá aplicarse la normativa antimonopolio, lo que significa que no podrán ser investigadas o sancionadas las conductas autorizadas mediante otra ley. Así, si una norma especial autoriza a determinadas empresas a realizar, por ejemplo, acuerdos de precios, tal conducta no podría ser sancionada por la COPROCOM, aun cuando tal práctica realizada por otros agentes económicos sí resulte sancionable.

Nótese que la excepción establecida en el artículo 9 antes citado aplica única y exclusivamente para actos autorizados, no para sectores o ramas de actividad. Además, considerando que las funciones de la COPROCOM se relacionan con el comportamiento de los agentes económicos en el mercado,¹ la excepción sólo toma sentido para aquellos actos que leyes especiales permiten realizar a agentes económicos, que, de no estar dispuestos en esa norma, resultarían sancionables por la Ley N°7472.

Finalmente, no resulta razonable interpretar que todo lo dispuesto en una ley especial, resultaría exceptuado de la aplicación de la normativa antimonopolio, por cuanto evidentemente no todas sus disposiciones contienen autorizaciones para la realización de actos, ni interesan al Derecho de Competencia todos los posibles actos que una ley pueda establecer, ni todos ellos se referirán a comportamientos de agentes económicos en el mercado.

Por otra parte, la notificación obligatoria previa de concentraciones económicas establecida en la Ley N°9736, faculta a la COPROCOM a intervenir de forma preventiva y oportuna en el mercado, ya que permite analizar los efectos económicos esperables de las operaciones de concentración notificadas, para diferenciar las operaciones con efectos procompetitivos de las que potencialmente tengan efectos anticompetitivos, con el fin de impedir o condicionar estas últimas.

La mayor parte de las concentraciones no dañan la competencia, sino que, por el contrario, permiten a las empresas reducir costos, tornarse más eficientes, liderar bajas de precios, mejorar la calidad de los productos y servicios, realizar inversiones en investigación y desarrollo o ganar presencia en los mercados internacionales. De ahí que el artículo 101 de la Ley N°9736 establece que se aprobarán las concentraciones que no tengan como objeto o efecto previsible, obstaculizar de forma significativa la competencia en el mercado relevante afectado por la transacción, o en otros mercados similares o sustancialmente relacionados.

Debido a que la mayor parte de las concentraciones económicas son procompetitivas, la normativa establece una serie de requisitos, conforme a las mejores prácticas internacionales, a fin de reducir el número de transacciones que tienen que ser valoradas por la COPROCOM en búsqueda de aprobación, para no establecer cargas injustificadas a las empresas, así como para detectar aquellas que tienen probabilidades de perjudicar el mercado.

¹ El artículo 2 de la Ley N°7472 define agente económico como: *“En el mercado, toda persona física, entidad de hecho o de derecho, pública o privada, participe de cualquier forma de actividad económica, como comprador, vendedor, oferente o demandante de bienes o servicios, en nombre propio o por cuenta ajena, con independencia de que sean importados o nacionales, o que hayan sido producidos o prestados por él o por un tercero.”*

Las facultades que ostenta un regulador de servicios públicos vinculadas al otorgamiento de concesiones no se contraponen a las potestades de la COPROCOM en materia de control de concentraciones, sino que más bien resultan complementarias. Esto está estipulado en el artículo 90 de la citada Ley N°9736, al indicar:

“ARTÍCULO 90- Necesidad e independencia del análisis de competencia

La autoridad de competencia correspondiente analizará la transacción considerando las posibles consecuencias sobre la competencia y libre concurrencia en el mercado. El control de concentraciones en materia de competencia será independiente de las potestades que pueda tener otra entidad pública, en virtud de las leyes que sean aplicables a la transacción; lo anterior, cuando los agentes económicos involucrados cumplan con los criterios establecidos en este capítulo.” (El resaltado es nuestro).

Por tanto, aun cuando otra entidad pública tenga potestades para conocer una transacción económica entre empresas concesionarias, en el marco de sus competencias, esto no invalida las facultades de la COPROCOM para pronunciarse sobre la operación, siempre y cuando esta cumpla con los criterios establecidos en los artículos 88 y 89 de la Ley N°9736.

Así, las empresas involucradas en una concentración económica que cumpla con los requisitos establecidos en la normativa, previo a concretarla, deberán contar con el aval del rector en la materia y de la COPROCOM. En caso de no satisfacer los criterios no deberán notificar previamente a la autoridad nacional de competencia.

En el caso específico del transporte público de pasajeros, así como del sector financiero, en los cuales la COPROCOM tiene facultades complementarias con los órganos reguladores, el Transitorio XII de la Ley N°9736 dispone:

TRANSITORIO XII - De conformidad con el artículo 22 de esta ley, las autoridades de competencia contarán con un plazo hasta de doce meses a partir de la conformación del Órgano Superior de la Comisión para Promover la Competencia (Coprocom), para dictar, de manera conjunta o separada, las siguientes guías técnicas: análisis de prácticas anticompetitivas, análisis de concentraciones, los procedimientos sancionatorios ante la autoridad de competencia correspondiente y programas de cumplimiento. Adicionalmente, dentro de dicho plazo, la Coprocom deberá establecer los mecanismos de coordinación con los siguientes reguladores sectoriales: Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (Conassif) y Consejo de Transporte Público (CTP).

Cabe indicar que el Reglamento del Régimen de Concentraciones del Sistema Financiero se encuentra ya vigente.²

III. RESPECTO A LA NORMATIVA QUE RIGE EL TRANSPORTE PÚBLICO, MODALIDAD AUTOBUS.

La Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Automotores, N°3503, del 10 de mayo de 1965 y sus reformas, dispone lo siguiente:

“Artículo 1.- El transporte remunerado de personas en vehículos automotores colectivos, excepto los automóviles de servicio de taxi regulado en otra ley, que se lleva a cabo por calles, carreteras y caminos dentro del territorio nacional, es un servicio público regulado, controlado y vigilado por el Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

La prestación es delegada en particulares a quienes autoriza expresamente, de acuerdo con las normas aquí establecidas.

Para los efectos de esta ley, los términos siguientes se definen así:

Ruta: Trayecto que recorren, entre dos puntos llamados terminales, los vehículos de transporte remunerado de personas.

Línea: Servicio de transporte que se presta en determinada ruta.

Concesión: Derecho que el Estado otorga, previo trámite de licitación pública, para explotar comercialmente una línea por medio de uno o varios vehículos colectivos, tales como autobuses, busetas, microbuses o similares.

(...)” (Lo resaltado no corresponde al original).

En cuanto a la regulación expresa de este servicio público y el correspondiente otorgamiento de concesiones y permisos para su debida explotación, reza la ley de comentario lo siguiente:

“Artículo 2.- Es competencia del Ministerio de Transportes lo relativo al tránsito y transporte automotor de personas en el país. Este Ministerio podrá tomar a su cargo la prestación de estos servicios públicos ya sea en forma directa o mediante otras instituciones del Estado, o bien conceder derechos a empresarios particulares para explotarlos.

El Ministerio de Obras Públicas y Transportes ejercerá la vigilancia, el control y la regulación del tránsito y del transporte automotor de personas. El control de los servicios de transporte público concesionados o autorizados, se ejercerá conjuntamente con la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, para garantizar la aplicación correcta de los servicios y el pleno cumplimiento de las disposiciones contractuales correspondientes.

(...)”

²Ver:

<https://www.sugeval.fi.cr/normativa/Reglamento%20del%20Mercado%20de%20Valores/RegConcSistFinNa.c.docx>

“Artículo 3.- Para la prestación del servicio público a que esta ley se refiere, se requerirá la autorización previa del Ministerio de Transportes, sea cual fuere el tipo de vehículo a emplear y su sistema de propulsión.

La referida autorización podrá consistir en una concesión o en un permiso, el otorgamiento de los cuales estará sujeto a las necesidades de planeamiento del tránsito y de los transportes en el territorio de la República, de acuerdo con los estudios que al efecto lleven a cabo los departamentos de Planificación y de Transporte Automotor³ del Ministerio de Transportes.

Será necesaria concesión:

a) Para explotar las líneas que se establezcan en nuevas rutas de tránsito en el territorio de la República;

b) Para explotar nuevas líneas en las rutas existentes; y

c) Para continuar explotando las líneas de transporte en operación.

Se requerirá permiso:

d) Para explotar el servicio de transporte automotor remunerado con vehículos de transporte colectivo que no tengan itinerario fijo y cuyos servicios se contraten por viaje, por tiempo o en ambas formas; y

e) Para operar automóviles de servicio público.⁴” (El resaltado es nuestro).

“Artículo 4.- La concesión para explotar una línea se adquirirá por licitación, a la cual los interesados concurrirán libremente.

Sólo se licitará la explotación de una línea cuando el Ministerio de Obras Públicas y Transportes haya establecido la necesidad de prestar el servicio, de acuerdo con los estudios técnicos aprobados por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos; además, deberán probar que no se está creando una competencia ruinosa en contra de los concesionarios establecidos.

Los interesados en la licitación deberán demostrar, entre otras cosas, capacidad financiera, técnica y administrativa; experiencia; honorabilidad y cumplimiento de las obligaciones contraídas anteriormente con el Estado, si fuera del caso, como concesionario o permisionario de transporte.” (El resaltado es nuestro).

“Artículo 5.- Las licitaciones se publicarán en el Diario Oficial y señalarán un plazo no menor de treinta días hábiles a partir de esa publicación, para la recepción de ofertas.”

³ Hoy Dirección General de Transporte Público conforme al artículo 249 de la Ley Nº 7331 de 13 de abril de 1993.

⁴ (Tácitamente derogado este inciso por el artículo 22 -actual 23- de la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Taxis, Nº 5406 de 26 de noviembre de 1976: actualmente se requiere concesión).

“Artículo 8.- Corresponderá al Ministerio de Transportes el señalamiento para cada concesión, de las rutas, estaciones terminales y sitios de parada intermedios, lo mismo que la determinación de los sitios de parada de vehículos de servicio público.

Por causa de utilidad pública podrá el Ministerio de Transportes modificar los señalamientos a que se refiere este artículo y el concesionario quedará sujeto a esos cambios. En tales casos, el Ministerio podrá revisar la concesión, si considera que las modificaciones alteran sensiblemente las condiciones en que fue otorgada.”

“Artículo 10.- La explotación de cada línea de servicio se adjudicará de preferencia a una sola persona, física o jurídica; pero, en este último caso, el capital de la sociedad no podrá estar representado por acciones ni certificados al portador.

Cuando lo exija una demanda extraordinaria del servicio, el Ministerio de Transportes podrá autorizar el establecimiento de nuevas líneas en rutas en las que haya otras líneas, de acuerdo con los estudios que realizará la Dirección General de Transporte Automotor⁵.

Antes de establecer una nueva línea, se otorgará un plazo no menor de treinta días ni mayor de noventa al concesionario de la ruta en cuestión, para que aumente la capacidad del transporte o la frecuencia del servicio o sustituya sus vehículos por otros que satisfagan los requisitos de higiene y eficiencia exigidas para prestar el servicio público. Si el citado concesionario no cumple con esa obligación en el plazo señalado, el Ministerio de Obras Públicas y Transportes, con base en estudios técnicos aprobados por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, licitará una nueva concesión, distribuirá las líneas en la forma más adecuada, modificándolas si es preciso, sin crear una competencia ruinosa entre los concesionarios.”

“Artículo 21.- El término de la concesión será el que señala el contrato-concesión y se fijará tomando en cuenta el monto de la inversión y el plazo para amortizarlo y obtener una ganancia justa; podrá ser de hasta siete años pero podrá ser renovado si el concesionario ha cumplido a cabalidad con todas y cada una de sus obligaciones y se ha comprometido formalmente a cumplir con las disposiciones que se establezcan conforme a la ley N° 3503.”

Interesa destacar dentro de todo este marco regulatorio, lo dispuesto en su ordinal 11, que es precisamente del que se infiere la limitación en cuanto al otorgamiento en el número de concesiones para la explotación de líneas. Numeral que a su vez debe analizarse en relación con el cardinal 14, que sirve de complemento para su aplicación e interpretación. Dichas disposiciones establecen literalmente que:

“Artículo 11.- Una misma persona no podrá ser dueña de más de dos empresas, ni socio mayoritario de más de tres empresas que operen en diferentes rutas. Queda prohibido otorgar

⁵ Debe entenderse Dirección General de Transporte Público.

concesiones o permisos a personas o empresas afiliadas, subsidiarias, intermedias, o en cualquier forma ligadas a otro concesionario; **si se violare la prohibición establecida en este artículo, los respectivos permisos o concesiones serán cancelados.** La calificación la hará el Ministerio de Transportes.” (El resaltado es nuestro).

“Artículo 14.- Las concesiones que otorga esta ley son inembargables y, en principio, intransferible total o parcialmente; sin embargo, este derecho podrá cederse previa autorización del Ministerio de Obras públicas y Transportes, siempre y cuando el cesionario cumpla los requisitos para optar a la concesión. El órgano competente verificará el cumplimiento de estos requisitos.

Asimismo, podrán transferirse los derechos concedidos por muerte del concesionario, siempre que exista, ante la vía que corresponda, demostración fehaciente de que el órgano competente aprueba o considera a los herederos o representantes legales capaces de prestar el servicio eficaz y económicamente.

De comprobarse que estas previsiones han sido incumplidas o se trata de alguna forma directa o indirecta de actuar, el órgano competente deberá caducar los derechos concesionados. **El órgano competente podrá autorizar a la empresa operadora del servicio su agrupamiento bajo esquema de consorcios operativos o el de fusión de empresas o corporaciones de transportes, con el propósito de salvaguardar los intereses de los usuarios y mayor ordenamiento técnico del servicio, cuando por razones de interés público la operación del servicio lo requiera.**” (El resaltado es nuestro).

Tal como lo ha señalado la Procuraduría General de la República (PGR) **“(…) La simple lectura del artículo 11 refleja la voluntad expresa del legislador de evitar la concentración de las líneas en manos de pocas personas. En realidad, con la emisión de la Ley N°3503 existía la voluntad de evitar los monopolios en el campo del transporte público por vehículos automotores colectivos. Se trataba de garantizar la democratización del servicio al permitir que las concesiones estuvieran en manos de diferentes personas.**” No obstante, el artículo 14 de la Ley N°3503 en el texto vigente hoy en día, fue modificado mediante la Ley N°7964 del 21 de diciembre de 1999 que autorizó la transferencia de las concesiones intervivos, así como el agrupamiento de las empresas operadoras de los servicios públicos bajo los esquemas de consorcios operativos, fusión de empresas o corporaciones de transporte.

Ante esta contraposición de normas, la PGR en su dictamen C-254-2001 del 21 de setiembre del 2001, concluyó:

“Por lo antes expuesto, es criterio de la Procuraduría General de la República que:

Dirección 400 metros al este del Periódico La Nación, Oficentro ASEBANACIO Llorente de Tibás, Dirección electrónica: www.coprocom.go.cr, Apartado Postal: 10.216-1000 San José, Costa Rica, Teléfono: 2549-14 00, ext. 400.

1. *El párrafo cuarto del artículo 14 constituye una excepción a la frase primera del artículo 11 de la Ley No. 3503. Quiere ello decir que si la autoridad competente autoriza una fusión de empresas o una corporación de transportes, en el entendido de que con el referido agrupamiento surge una nueva persona jurídica y desaparecen las empresas fusionadas, no existe limitación alguna del número de concesiones que pueda poseer la persona jurídica en cuestión. No debe olvidarse que la autorización que en este sentido realice la autoridad competente debe fundamentarse en razones de interés público.*
2. *Excepto en el caso de la fusión de empresas o de las corporaciones de transportes en los términos anteriormente señalados, subsiste la prohibición de que una persona física o jurídica sea propietaria de más de dos empresas o socia mayoritaria de más de tres empresas que operen en diferentes rutas.*
3. *Los consorcios operativos y las corporaciones de transportes, cuando se constituyen como agrupamientos entre las empresas para centralizar su control en la prestación del servicio público, en cumplimiento de los requisitos del párrafo 4 del artículo 14, constituyen una excepción a la segunda frase del artículo 11. Consecuentemente, es improcedente la cancelación de las concesiones otorgadas a las empresas afiliadas a estos consorcios o corporaciones.*
4. *Tanto la cesión de las concesiones como el agrupamiento de las empresas concesionarias bajo la figura de la fusión, el consorcio o la corporación, requieren de la previa autorización de la Administración competente.”*

En la actualidad, tal y como se desarrolló precedentemente, se requiere tanto la aprobación del ente rector, que atiende el interés público en la prestación del servicio, como de la COPROCOM a la que le corresponde determinar si, desde la óptica de los principios de competencia y libre concurrencia, la concentración económica no presenta efectos anticompetitivos en el mercado.

IV. COMPETENCIA Y LIBRE CONCURRENCIA POR LAS CONCESIONES

De lo anterior se desprende que Costa Rica, por razones históricas y económicas, ha optado por un régimen concesional que otorga en exclusiva una línea para la prestación del servicio de transporte remunerado de pasajeros, modalidad autobús. La concesión es una modalidad de gestión indirecta de un servicio público por la cual la administración otorga **en régimen de monopolio** a una persona física o jurídica la gestión de un servicio con contenido económico a través de un contrato administrativo.

Desde un punto de vista económico, este sistema sólo se justifica si se dan dos requisitos:

1. Que haya razones económicas fundadas que lleven a concluir que la explotación en monopolio resulta más eficiente. Ello en general sucede cuando la actividad reúne tales

condiciones o requiere de inversiones tales que sólo resulta rentable si se garantiza al operador la explotación en exclusiva del negocio.

2. La eficiencia de este sistema sólo se justifica si existe una competencia real “por el mercado”, de manera que se eliminan las barreras de acceso y se produce la presión competitiva en el momento de la licitación.

En el caso del transporte de pasajeros modalidad autobús, pueden darse estas circunstancias. En determinadas rutas podría ocurrir que la prestación de un servicio de calidad sólo sea rentable si se asegura al operador la explotación en forma exclusiva. Sin embargo, la heterogeneidad de las rutas podría llevar a concluir que esto no es necesariamente cierto para todos los casos. En algunas rutas, por su tamaño, puede que tenga cabida una competencia intra-ruta, a través de su apertura, aunque sea con carácter experimental, a dos o más operadores. Alternativamente, caso de que haya operadores dispuestos a ello, puede ser viable abrir nuevas rutas que sirvan de alternativa a otras existentes de gran volumen de tráfico de manera que se genere una competencia, ya sea efectiva o referencial. El crecimiento de nuevos núcleos de población cerca de las ciudades tradicionales, sin duda, puede dar pie a la apertura de tráficos alternativos.

En definitiva, la concesión no es la única alternativa posible, aunque procede determinar caso a caso cuando introducirse la competencia “en el mercado” y no sólo “por el mercado”. En todo caso, la concesión no deja de ser un monopolio temporal, por lo que si se ha optado por el régimen concesional es necesario extremar las condiciones que favorezcan el funcionamiento de la competencia en las licitaciones. La sola existencia de un régimen concesional constituye una barrera de entrada, por cuanto en este sistema, el acceso al mercado se produce en un momento determinado, el de la presentación de ofertas que conducen a la adjudicación de la concesión. Esto implica que sólo en el momento en que se inicia el proceso de adjudicación de un concurso puede el resto de la oferta (y por tanto un potencial entrante) amenazar de manera directa las rentas que el operador obtiene una vez adjudicada la concesión, quedando las mismas “blindadas” a favor del titular tras este momento, libres de la amenaza de posibles operadores de este sector durante todo el período concesional.

Es por ello que resulta necesario garantizar que los procesos de concurrencia de cara a la adjudicación de las futuras concesiones de transporte de pasajeros modalidad autobús eliminen todos los obstáculos a la competencia efectiva, como pueden ser los aspectos potencialmente susceptibles de beneficiar injustificadamente a los titulares vigentes de las concesiones. Así, deben asegurarse unos niveles mínimos de calidad y, por supuesto, de seguridad, y permitir que la competencia funcione en todas las dimensiones y que sea el mercado el que determine las características de la oferta en vista de las preferencias de los usuarios y de la presión competitiva.

Algunos aspectos que deben tomarse en cuenta para favorecer la “competencia por el mercado” en una licitación pública son:

Duración de las concesiones: El establecer plazos largos en las concesiones constituye una de las barreras regulatorias más importantes, al ser una limitación temporal de la concurrencia en el acceso a la actividad del transporte de pasajeros modalidad autobús. Lógicamente, el plazo de la concesión debe obedecer a un equilibrio entre la recuperación de las inversiones y la garantía de prestación de servicios que, en un entorno de libre competencia, pudiesen resultar deficitarios. No obstante, la empresa concesionaria actúa, durante el tiempo de vigencia de la concesión, como un monopolista, si ese tiempo es excesivamente largo, podrían reducirse sus incentivos para incorporar mejoras en el proceso productivo que reduzcan los costos y mejoren el servicio, aumentando también el riesgo de que se produzca una situación de “captura del regulador”.

La duración excesiva que en ocasiones pueden alcanzar las concesiones, así como las posibilidades de renovación van en contra de la premisa que justifica la adopción de este modelo de organización del mercado: la necesaria apertura sistemática, periódica y no discriminatoria del mercado de las distintas concesiones a la concurrencia, con las consiguientes ventajas que se derivan del juego competitivo. Así, resulta discutible que sea necesario cerrar el acceso temporalmente a terceros operadores para conseguir las citadas finalidades de innovación y mejoras para el consumidor, sin que estas mejoras puedan conseguirse a través de la concurrencia de ofertas competitivas.

Problemas de información asimétrica: Es importante tener en cuenta que constituye una ventaja competitiva para el titular actual de la concesión el ser el único operador que cuenta con la información precisa sobre los costos de la operación del servicio y otras características de la explotación (ocupación periódica, tráficos, estacionalidades...), con el perjuicio para el resto de empresas, especialmente nuevos entrantes, que no disponen de elementos de juicio similares a la hora de conformar su oferta. De allí que, al preparar la licitación pública para otorgar las concesiones, resulte esencial que los potenciales entrantes cuenten con información suficiente para una adecuada participación en la “competencia por el mercado”.

Aunque los concesionarios tienen obligación de declarar periódicamente una serie de datos, generalmente la información no tiene la suficiente desagregación como para conferir al que la recibe un conocimiento equivalente al que posee el concesionario. Además, se trata de declaraciones que realizan las empresas y que, por lo tanto, deben ser sometidas al control e inspección de los servicios del regulador para contrastar su veracidad.

Captura del regulador: La teoría de la captura del regulador, en líneas generales, establece que ya sea por problemas de diseño, de organización o de otra índole, la agencia que debe regular un determinado sector termina siendo “capturada” por éste, de forma que la propia regulación acaba promoviendo beneficios para la industria regulada superiores a los que se derivan para el bienestar general.

El problema consiste en que el regulador mantiene un contacto permanente con los empresarios cuya actuación supervisa, mientras que puede tender a ignorar otras fuentes de información como las de los potenciales competidores o la de los propios consumidores, ya que éstos no suelen estar suficientemente organizados. Se podría llegar así a crear un clima de protección paternalista frente a los problemas que, día a día, transmite el sector regulado y a modificar continuamente la regulación en favor de las empresas concesionarias, protegiéndolas de la competencia de las que quieren acceder a la misma actividad. Si tal captura existe, constituye una barrera de entrada por cuanto protege a las empresas ya establecidas frente a los potenciales entrantes.

En definitiva, si el acceso de nuevos operadores solo es posible en el momento del concurso, si en éste se concede una preferencia sustancial al concesionario anterior y si, en el largo periodo entre concursos, las empresas ya establecidas tienen posibilidades legales, que materializan con frecuencia, la posibilidad de ampliar dicho periodo y de extender las líneas concedidas sin necesidad de concursar, resulta evidente que la propia legislación que lo permite se constituye en una barrera de entrada adicional.

V. ANALISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL

A. Sobre la concesión y renovación de las concesiones

Si bien el numeral 21 de la Ley N°3503 establece un plazo de hasta siete años de duración de la concesión de este servicio, las constantes renovaciones y la falta de información sobre si efectivamente se llevó a cabo alguna vez una licitación pública para una cantidad importante de concesiones, permite determinar que tal realidad constituye una restricción importante para la libre competencia en la competencia por este mercado, y además ha llevado prácticamente al cierre del mercado para que nuevas empresas accedan a prestar el servicio en la mayoría de las rutas del país.

En relación con la renovación de las concesiones, la PGR ha señalado en el Dictamen C- 165-2014 lo siguiente:

“Para comprender el texto transcrito con mayor tino, necesariamente se debe partir del contenido del artículo 21 de la Ley 3503, que presenta tres hipótesis normativas de interés:

PRIMERA: Indica que el término de la concesión será el que señala el contrato concesión y se fijará tomando en cuenta el monto de la inversión, el plazo para amortizarla y obtener una ganancia justa.

SEGUNDA: Establece que el plazo de la concesión podrá ser hasta siete años.

TERCERA: La concesión podrá ser RENOVADA, si el concesionario cumple dos condiciones:

- *Si ha cumplido con todas y cada una de las obligaciones como concesionario; y*
- *Si se ha comprometido formalmente a cumplir con las disposiciones que se establezcan conforme a la Ley 3503.*

La renovación de una concesión supone, prima facie, que originalmente fue licitada y adjudicada de acuerdo con los términos de referencia y por el plazo estipulado por ley, por disposición del artículo 182 de la Constitución Política, que obliga que toda concesión de servicio público debe ser licitada.

Cumplido el término del contrato concesión, nos dice la norma citada que "...PODRÁ SER RENOVADA si ha cumplido a cabalidad con todas y cada una de sus obligaciones y se ha comprometido formalmente a cumplir con las disposiciones que se establezcan conforme a la ley 3503.". En la renovación de una concesión de transporte público hay un ANTES y un DESPUÉS, ya que renovar significa que hay innovación sobre lo originalmente otorgado, o sea, de conformidad con el principio de modificación de los contratos administrativos, se establecen nuevas condiciones y obligaciones administrativas y operacionales de la concesión del servicio de transporte público, que se plasman en un nuevo contrato que luego debe ser refrendado por la ARESEP.

El término o concepto de RENOVACIÓN DE LA CONCESIÓN no debe confundirse con el concepto PRÓRROGA DE LA CONCESIÓN como usualmente suele confundirse, por ser distintos sus significados conceptuales. (...)"

Asimismo, el citado criterio de la PGR establece que tanto el artículo 4 como el artículo 10 de la Ley N°3503 establecen que para concesionar el servicio de transporte remunerado de personas o bien para licitar una nueva línea en caso de demanda extraordinaria de servicio que no sea satisfecha por el concesionario actual, el MOPT está obligado a realizar estudios técnicos que deben ser aprobados por la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos (ARESEP) al refrendar los contratos de concesión y sus modificaciones.

Añade la PGR en dicho pronunciamiento, que el artículo 21 de la Ley N°3503 no establece una simple prórroga del plazo de la concesión o de las condiciones establecidas en el contrato original o en sus modificaciones. La renovación debe responder satisfactoriamente a las necesidades del servicio y, por ende, al interés público y a los derechos de los usuarios. Por lo que destaca la importancia de

realizar estudios que respondan a criterios técnicos y que aseguren que con la renovación se satisfice el interés general, los derechos de los usuarios y los intereses del concesionario.

Finalmente concluye la PGR:

“13-. Corresponde a la ARESEP el refrendo del contrato que renueva la concesión, momento en el cual podrá determinar si las cláusulas contractuales se sustentan en criterios técnicos. En ejercicio de esa competencia, podrá rechazar las cláusulas que considere no se encuentran debidamente fundamentadas en los antecedentes que le hayan sido remitidos, en cuyo caso el contrato no surtirá eficacia jurídica.”

En el Dictamen 165-14 de la PGR reiteradamente citado, se evidencia que tanto en el año 2007 como en el año 2014, las concesiones otorgadas para la prestación del servicio de transporte remunerado de pasajeros fueron renovadas,⁶ no fueron licitadas. De igual forma, en la actualidad el MOPT se encuentra en proceso de renovación de concesiones de más de 200 rutas en la prestación de este servicio para el período 2021-2028.

Estima este Órgano que la Ley N°3503, en cuanto al tema del otorgamiento de las concesiones de las líneas para la prestación del servicio público del transporte remunerado de personas en vehículos automotores, modalidad autobús, presenta un vacío muy importante en el aspecto concreto del trámite de la renovación de tales concesiones. Tal vacío radica en que dicha norma no pone un límite en cuanto al número de renovaciones a las que puede ser objeto una misma concesión, la cual, en tesis de principio y de acuerdo a esa ley, debió haber sido expresamente otorgada inicialmente ---al concesionario adjudicatario--- mediante un procedimiento administrativo de licitación pública.

El problema expuesto se evidencia, desde el ámbito del Derecho de Competencia que nos ocupa, en que esa renovación de naturaleza ilimitada, se traduce en la práctica en un comportamiento de índole monopólico en la prestación de un servicio público de naturaleza esencial, pues bastará con que el concesionario cumpla con los requisitos y condiciones requeridos por ley, para poder optar y solicitar la renovación de la concesión, la cual, previos estudios técnicos del CTP y posterior refrendo de la ARESEP, le será otorgada y ello ya, sin la necesidad de un procedimiento de licitación pública.

⁶ ***“(...) Pese a que los concesionarios que se les renovó la concesión para el periodo 2014-2021, porque cumplieron con los requisitos exigidos por el artículo 21 de la Ley 3503, firmaron con el MOPT-CTP el contrato concesión correspondiente, ha habido tardanza en la fase de refrendos por parte de la ARESEP, al exigir ésta el cumplimiento literal y estricto de los requisitos establecidos en la Resolución N° RRG-5266-2005, publicadas (sic) en La Gaceta N° 7 del 10 de enero del 2006, particularmente lo referente a los estudios de demanda de pasajeros, estimación diaria por ruta y por ramal. Llama la atención que la citada resolución se emitió de previo a la renovación de los contratos de concesión para el periodo 2007-2014, donde los mismos fueron refrendados sin ningún tipo de obstáculos por parte de la ARESEP.”***

Procedimiento de licitación pública que, tal y como se ejecuta en la práctica, se lleva a cabo una sola vez, esto es, al momento inicial de otorgar la respectiva concesión (al menos así debería de ser de acuerdo a la Ley N°3503), pues posteriormente el trámite se continúa con procesos de renovación, que como se indicó supra, parece haberse interpretado que no tienen un límite en la ley, con lo cual el concesionario (original o sus sucesores o sus cesionarios) podrá perdurar de manera indefinida en el tiempo, sin ser sometido a ningún nuevo proceso de concurso público, en donde nuevos y potenciales oferentes (nuevos entrantes) podrían ser o representar una mejor opción para el interés público que se tutela en esta materia.

Desde el punto de vista del Derecho de Competencia, esa condición de perpetuidad y carácter exclusivo a la que pueden llegar y llegan en la práctica distintos agentes económicos en la prestación y explotación del servicio público del transporte remunerado de personas, modalidad autobús, en una determinada línea o líneas (obviando el procedimiento de licitación pública para las sucesivas y reiteradas renovaciones de las concesiones), no se comparte en lo absoluto y se estima lesiva al principio constitucional previsto en el ordinal 46 de la Carta Magna, que en ese sentido prohíbe expresamente el tema de los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, entre otros. Libertad de comercio de la cual, a su vez, se derivan los postulados fundamentales de competencia y libre concurrencia que, por lo tanto, deben ser claramente observados en la contratación pública del Estado, tal y como se colige del artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa N°7494.

Igualmente, se considera que se vulnera el artículo 182 constitucional al evadirse el procedimiento de licitación pública, que a su vez la Ley N°3503 establece para el otorgamiento de las concesiones para el servicio de transporte remunerado de pasajeros. Es precisamente por la tutela del interés público fundamental que subyace en esta materia, que la ley prevé precisamente el procedimiento de licitación pública, de tal manera que se promueva la más amplia y completa participación de oferentes, que le ofrezcan al Estado (quien a su vez actúa en representación y protección de los derechos e intereses legítimos de los usuarios), la mejor opción en la prestación del servicio público esencial que se requiere.

Cabe destacar lo externado por el jurista Eduardo Ortiz, en relación a esta figura de la Licitación, que es consustancial con el otorgamiento de las concesiones para la prestación de este servicio público:

“(…)

El fin más importante de la licitación es asegurarle al ente público la selección del mejor contrato posible, tanto desde el punto de vista del precio, como en relación con la capacidad y honorabilidad del contratante y la calidad y utilidad de las prestaciones (contenido). (...)

El fin de la licitación sólo puede obtenerse –tal es el supuesto de todo el trámite– mediante el concurso entre el mayor número posible de interesados. La amplitud máxima del concurso asegura la selección del mejor contrato, al contratar la mayor cantidad posible de alternativas. Esta idea se complementa con la de que para conservar todas las ventajas de la libre competencia es preciso tratar igual a todos los concursantes y adjudicar –si se adjudica– únicamente al mejor, incluso si la calificación respectiva es discrecional y depende de apreciaciones subjetivas del funcionario. (...) Estos principios se denominan de la libre concurrencia y de la adjudicación automática. Son los principios fundamentales de la licitación pública, cuya violación acarrea en la mayoría de los casos la absoluta nulidad de todo lo actuado. (...). (Ortiz Ortiz, Eduardo. Tesis de Derecho Administrativo, Tomo III. Editorial Stradtman. Edición 2002. San José, Costa Rica. Páginas 170 y 171. Lo resaltado no corresponde al original).

En cuanto a este principio de la libre concurrencia, el citado jurista Ortiz Ortiz agrega que:

“(...) Significa el principio de la libre concurrencia dos cosas:

Que la Administración debe permitir el concurso a la mayor cantidad posible de sujetos, salvo razones de lógica, de justicia o de fundada oportunidad que justifiquen una restricción;

Que las restricciones que se impongan deban estar relacionadas estrechamente con la calidad del contrato a realizar, sea en cuanto el sujeto, sea en cuanto al contenido, y nunca deben ser tan amplias que reduzcan en forma absurda el número de participantes o aumenten al máximo el número de excluidos. Todas las restricciones que no tengan íntima relación con la naturaleza del contrato a realizar, deben considerarse prohibidas. (...)”. (Ibídem. Páginas 171 y 172. Lo resaltado no corresponde al original).

Por otra parte, si bien se reconoce la diferenciación conceptual que en los distintos pronunciamientos sobre esta materia se han dictado (citados en líneas superiores), entre la figura de la renovación de las concesiones y lo que podría interpretarse erróneamente como una prórroga automática de las mismas, también es cierto que, por más cumplimiento de requerimientos y parámetros técnicos se requieran para la procedencia de las renovaciones de las concesiones, ello no puede quedar abierto a perpetuidad.

En ese sentido, el vacío legal que existe en criterio de este Órgano, debe ser en principio objeto de una modificación o reforma de orden legislativa, que establezca un límite preciso y razonable a tales renovaciones sucesivas y la necesidad del correspondiente procedimiento de licitación pública al que hace referencia la ley y la constitución, de tal suerte que se incentive la competencia y libre concurrencia, permitiendo así la participación de nuevos agentes económicos (nuevos potenciales entrantes), que muestren interés y que reúnan los requisitos técnicos exigidos por el Estado, para

concurrir públicamente en el otorgamiento de concesiones de líneas de servicio público. Concurso público al que evidentemente, tendrán derecho de participar, los anteriores y actuales concesionarios de las líneas contempladas en la licitación, en igualdad de condiciones con los nuevos y potenciales oferentes.

Resultado de ello, además de adecuarse fielmente a la norma constitucional y a los principios y postulados de competencia y libre concurrencia imperantes, se beneficia el servicio y el interés público esencial, al contarse de esta manera con otras opciones que quizás le puedan resultar mejor al Estado y en suma, a los usuarios, que son la base y fundamento último en la prestación de aquel servicio público.

B. Sobre la supuesta concentración de concesiones

En el año 2019 el Semanario Universidad publicó una amplia investigación⁷ en relación con la supuesta concentración de las líneas de autobús existentes en el país y el posible quebranto concomitante que se generaría a la Ley N°3503, que establece un tope máximo en cuanto al número de concesiones o permisos que se pueden otorgar. En dicha investigación, titulada “¿Quiénes controlan el transporte público del país? Negocios de familia”, se señalan, entre otros aspectos, nueve principales hallazgos:

“1. 27 grupos de autobuseros en el país tienen más de tres concesiones

(...)

2. Diez grupos acaparan la mitad de ingresos del transporte público en Costa Rica

(...)

3. Desorden legal y administrativo deja sin regulación agrupamiento de concesiones en el país

• *Ley de 1965 (de hace medio siglo) define el actual modelo de otorgamiento de concesiones. Abogados de autobuseros aseguran que terreno legal sobre la tenencia de más de tres concesiones no es claro.*

• *El negocio de los buses es un negocio de familia. Autobuseros aprovechan familiares (hermanos, tíos, primos, nietos) para operar varias concesiones al mismo tiempo. La mayoría de relaciones encontradas por UNIVERSIDAD son familiares.*

(...)

4. Negocio del transporte en autobuses mueve \$385 millones al año (datos del 2017)

(...)

5. País pasó de tener 424 prestadores autorizados en el 2008 a 355 en el 2018

Fusiones de rutas desde el CTP y agrupamiento de concesionarios provocó caída.

⁷ Disponible en <https://semanariouniversidad.com/especiales/quienes-son-los-duenos-de-los-autobuses-en-costa-rica/>

(...)

6. Grupo JSM controla un 11% de los ingresos por rutas de autobús

- Grupo empresarial está relacionada con 25 concesiones de rutas de autobús.
- Grupo también concentra 21 de las gasolineras del país.

(...)

7. Autobuseros son dueños de un 10% de las gasolineras del país

(...)

8. Modelo tarifario de Aresep no distingue entre rutas

- Aresep emplea un mismo modelo tarifario para todos los operadores, sin importar el tamaño ni las características de sus empresas, ni realidades de movilización distintas.
- Para un tercio de las rutas del país no hay estadísticas de pasajeros ni del Gobierno ni de los autobuseros.

(...)

9. Aresep no contempla ingresos adicionales de autobuseros en cálculo de tarifas

- Entidad no considera ganancias por márgenes en venta de gasolina, encomiendas, publicidad ni otros negocios en el cálculo de tarifas.
- Gobierno solo tiene estudios completos de demanda para 48 rutas (14% de las rutas).
- CTP no distingue entre paradas intermedias y paradas normales en viajes largos. (...)»⁸.

De igual manera, la Defensoría de los Habitantes facilitó a esta instancia denuncias de ciudadanos por hechos relacionados con esta acumulación de concesiones supuestamente al margen de la ley.

En la actualidad, la COPROCOM no dispone de información técnica verificable que permita establecer indubitablemente la existencia de eventuales quebrantos al numeral 11 de la Ley N°3503, debido a que existen requerimientos de información pendientes de suministrar. No obstante, desde el punto de vista del Derecho de Competencia, el señalamiento puntual que se le efectúa en este acto al MOPT, al CTP y a la ARESEP está dirigido a la labor de fiscalización, verificación y control en torno al número máximo de concesiones de líneas que pueden estar en manos de una sola persona física o jurídica, de tal manera que se respete a cabalidad lo dispuesto por el numeral 11 de la Ley N°3503 y se evite de esta forma una concentración ilegal de líneas en manos de unos pocos operadores, generándose con ello en la práctica, la existencia de monopolios u oligopolios en el sector del transporte remunerado de personas, modalidad autobús.

La coyuntura actual que reviste el tema de las renovaciones de las actuales concesiones de líneas para el periodo 2021-2028, resulta por lo tanto un momento oportuno y crucial, para que dichas entidades públicas, en su carácter de garantes del fiel cumplimiento de la ley, verifiquen lo antes indicado, por medio de los respectivos mecanismos idóneos. **A este efecto debe recordarse que las**

⁸ <https://semanariouniversidad.com/especiales/quienes-son-los-duenos-de-los-autobuses-en-costarica/>

hipótesis de excepción, previstas en el último párrafo del numeral 14 de la Ley N°3503, responden a parámetros objetivos con claros límites definidos por el propio legislador, esto son, “con el propósito de salvaguardar los intereses de los usuarios y mayor ordenamiento técnico del servicio, cuando por razones de interés público la operación del servicio lo requiera”. Si no se está bajo esos parámetros, la solicitud resultaría abiertamente improcedente.

De igual forma, resulta de suma trascendencia, a los efectos del fiel cumplimiento del artículo 11 citado, el análisis y verificación en cuanto al tema de las personas o empresas relacionadas, pues podría resultar común en la práctica, a los efectos de tratar de burlar tal disposición, el recurrir a crear empresas con familiares u otro tipo de interpósitas personas, etcétera. De ahí la previsión del legislador al señalar en ese artículo 11 que: *“Queda prohibido otorgar concesiones o permisos a personas o empresas afiliadas, subsidiarias, intermedias, o en cualquier forma ligadas a otro concesionario; si se violare la prohibición establecida en este artículo, los respectivos permisos o concesiones serán cancelados. La calificación la hará el Ministerio de Transportes.”*

VI. CONCLUSIONES

Por todo lo antes expuesto, estima este Órgano que:

- A. La competencia es el principio rector de toda economía de mercado y representa un elemento central para el desarrollo económico. Por ello, atañe a todas las autoridades públicas del país, especialmente a aquellas con facultades de afectar los diversos mercados, a través de la regulación o bien del otorgamiento de permisos, concesiones y otros, promover mercados competitivos para beneficio del país y especialmente de los consumidores costarricenses.
- B. Esta Comisión tiene la responsabilidad de velar porque en todos los sectores económicos, incluyendo el que nos ocupa en esta opinión, se implementen sanas prácticas de competencia a fin de evitar desplazamientos indebidos de otros agentes económicos, o convergencia de agentes económicos en perjuicio de sus competidores y de los usuarios del servicio en general.
- C. En la prestación del servicio de transporte remunerado de pasajeros, modalidad autobús, Costa Rica ha optado por un régimen concesional, esto es, que otorga en exclusiva líneas (rutas) para la prestación del servicio. La concesión es una modalidad de gestión indirecta de un servicio público por la cual la administración otorga en régimen de monopolio a una persona física o jurídica la gestión de un servicio con contenido económico a través de un contrato administrativo. Opción que, desde el punto de vista económico solamente se justifica si: 1) hay razones económicas fundadas que lleven a concluir que la explotación en monopolio resulta más eficiente; y 2) si existe una competencia real

“por el mercado”, de manera que se eliminan las barreras de acceso y se produce la presión competitiva en el momento de la licitación.

D. La duración excesiva de las concesiones, así como las posibilidades de renovación, la falta de información a los posibles licitantes y la posible “captura del regulador”, actúan en contra de la premisa que justifica la adopción de este modelo de organización del mercado: **la necesaria apertura sistemática, periódica y no discriminatoria del mercado de las distintas concesiones a la concurrencia, con las consiguientes ventajas que se derivan del juego competitivo.**

E. El estudio efectuado por la COPROCOM permite establecer que la Ley Reguladora del Transporte Remunerado de Personas en Vehículos Automotores, Ley N°3503, presenta un vacío muy importante en relación con la renovación de concesiones otorgadas, por cuanto no pone un límite al número de renovaciones a las que puede ser objeto una misma concesión, la cual, en tesis de principio y de acuerdo a esa ley, debió haber sido expresamente otorgada inicialmente ---al concesionario adjudicatario--- mediante un procedimiento administrativo de licitación pública.

F. El problema expuesto se evidencia, desde el ámbito del Derecho de Competencia, en que esa renovación de naturaleza ilimitada, se traduce en la práctica en un comportamiento de índole monopólico en la prestación de un servicio público de naturaleza esencial, pues bastará con que el concesionario cumpla con los requisitos y condiciones requeridas por ley, para poder optar y solicitar la renovación de la concesión, la cual, previos estudios técnicos del CTP y posterior refrendo de la ARESEP, le será otorgada y ello ya, sin la necesidad de un procedimiento de licitación pública.

G. El ordinal 21 de la Ley N°3503, establece el plazo de las concesiones hasta en siete años y permite su renovación, lo que ha servido para seguir renovando las concesiones ya otorgadas desde hace muchos años a una gran cantidad de concesionarios. En la actualidad el CTP se encuentra en la tarea de renovar una gran cantidad de concesiones por otro periodo de siete años más (del año 2021 al 2028). El estudio ha evidenciado que tanto en el año 2007, como en el 2014 se renovaron un gran número de concesiones, que nuevamente se pretenden renovar, por lo que muchos concesionarios ostentarán esa calidad al menos por 28 años.

H. Desde el punto de vista del Derecho de Competencia, la condición de perpetuidad y carácter exclusivo a la que llegan en la práctica distintos agentes económicos en la prestación y explotación del servicio público del transporte remunerado de personas, modalidad autobús, en una determinada línea o líneas (obviando el procedimiento de licitación pública para las sucesivas y reiteradas renovaciones de las concesiones), se estima lesiva al principio constitucional previsto en el ordinal 46 de la Carta Magna, que prohíbe expresamente el tema de los monopolios de carácter particular y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio,

entre otros. Libertad de comercio de la cual a su vez se derivan los postulados fundamentales de competencia y libre concurrencia, que deben ser claramente observados en el tópico de la contratación pública del Estado, tal y como se colige del artículo 5 de la Ley de Contratación Administrativa N°7494.

I. El garantizar la continuidad en la prestación del servicio de transporte público para los usuarios y la seguridad jurídica para los operadores (argumentación que es reconocida de igual forma por la jurisprudencia administrativa de la PGR y la misma Sala Constitucional), no se consideran justificaciones apropiadas para violentar la prohibición constitucional establecida en aquel numeral 46. Esta norma debe ser acatada, debiéndose por lo tanto conjugar tales principios de orden constitucional (prohibición de monopolios y competencia y libre concurrencia), con los atinentes que garantizan la continuidad del servicio público. Se trata por lo tanto de ponderar un justo y equilibrado balance de principios e interés en juego, de tal suerte que se respete el ordenamiento jurídico en su total dimensión e integridad.

J. Es precisamente por la tutela de este interés público fundamental que subyace en esta materia, que el numeral 182 constitucional así como la normativa aplicable a esta materia, prevén el procedimiento de licitación pública para el otorgamiento de la concesión, de tal manera que se promueva la más amplia participación de oferentes, que provean al Estado (quien a su vez actúa en representación y protección de los derechos e intereses legítimos de los usuarios), la mejor opción en la prestación del servicio público esencial que se requiere.

K. Si bien se reconoce la diferenciación conceptual entre la figura de la renovación de las concesiones y lo que podría interpretarse erróneamente como una prórroga automática de las mismas, lo cierto es que, por más que se establezcan requerimientos y parámetros técnicos para la procedencia de las renovaciones de las concesiones, ello no puede quedar abierto a perpetuidad.

L. Debe existir una reforma de orden legislativa, que establezca un límite preciso y razonable a las renovaciones sucesivas y la necesidad del procedimiento de licitación pública al que hace referencia la ley y la constitución, de tal suerte que se incentive la competencia y libre concurrencia, permitiendo así la participación de nuevos agentes económicos (nuevos potenciales entrantes), que reúnan los requisitos técnicos exigidos por el Estado, para concursar públicamente en el otorgamiento de concesiones de líneas de servicio público. Concurso público al que tendrán derecho de participar, los anteriores y actuales concesionarios de las líneas contempladas en la licitación, en igualdad de condiciones, con los nuevos oferentes. Resultado de ello, se beneficia el servicio y el interés público esencial, al contarse con otras opciones que le puedan resultar mejor al Estado y a los usuarios.

M. La iniciativa de orden legislativo, debería ser una prioridad programática del MOPT y en particular, del CTP, ante la Asamblea Legislativa, dado que se trata de los dos entes públicos que por ley tienen el control, la operatividad y vigilancia, del servicio del transporte público remunerado de personas, modalidad autobús y ello, en una labor conjunta con la ARESEP. De igual manera, la iniciativa debe contar con las disposiciones necesarias a fin de que la información sobre las diversas rutas, sea proporcionada por los concesionarios y a su vez verificada por el órgano pertinente con el objetivo de que nuevos entrantes cuenten con información suficiente para realizar sus ofertas.

N. En relación con el número máximo de concesiones de líneas que pueden estar en manos de una sola persona física o jurídica y que se establece en el numeral 11 de la Ley N°3503, resulta fundamental que en el procedimiento de licitación pública se implementen a cabalidad los mecanismos idóneos para garantizar el pleno cumplimiento de lo dispuesto en dicho numeral 11, y no se burle de alguna manera, el número máximo de concesiones de líneas que pueden estar en manos de una sola persona física o jurídica.

O. Este último tópico guarda relación con las fusiones o agrupamientos de empresas de transporte remunerado de personas, modalidad autobús, que puedan llegar a vulnerar los límites originalmente establecidos por el legislador. Mediante tales figuras jurídicas es posible sobrepasar la norma básica en esta materia, prevista en el artículo 11 citado, por lo que el Estado debe ser garante de que ello no se lleve a cabo indebidamente en la práctica, debiendo para esto, implementar los mecanismos idóneos para garantizar el respeto en cuanto al número máximo de concesiones de líneas que pueden estar en manos de una sola persona física o jurídica. A este efecto debe recordarse que las hipótesis de excepción, previstas en el último párrafo del numeral 14 de la Ley N°3503, responden a parámetros objetivos con claros límites definidos por el propio legislador, esto son, ***“con el propósito de salvaguardar los intereses de los usuarios y mayor ordenamiento técnico del servicio, cuando por razones de interés público la operación del servicio lo requiera”***. Si no se está bajo esos parámetros, la solicitud resultaría abiertamente improcedente.

P. Para el fiel cumplimiento del artículo 11 citado, es necesario el análisis y verificación de las personas o empresas relacionadas, pues en la práctica podrían crearse empresas con familiares u otro tipo de interpósitas personas. De ahí la previsión del legislador al señalar en ese artículo 11 que: ***“Queda prohibido otorgar concesiones o permisos a personas o empresas afiliadas, subsidiarias, intermedias, o en cualquier forma ligadas a otro concesionario; si se violare la prohibición establecida en este artículo, los respectivos permisos o concesiones serán cancelados. La calificación la hará el Ministerio de Transportes.”***

Q. Las renovaciones de las actuales concesiones de líneas para el periodo 2021-2028, resulta por lo tanto un momento oportuno y crucial, para que dichas entidades públicas, en su carácter de

garantes del fiel cumplimiento de la ley, verifiquen lo antes indicado, por medio de los respectivos mecanismos idóneos.

VII. RECOMENDACIONES

La renovación consecutiva de concesiones para la prestación del servicio de transporte remunerado de pasajeros modalidad autobús, es contraria al espíritu de la Ley N°3503, y perjudica el proceso de libre concurrencia en la “competencia por el mercado” en este servicio, por lo que **se solicita establecer con prontitud un límite a las renovaciones sucesivas de concesiones y llevar a cabo procesos de licitación pública para el otorgamiento de concesiones para la prestación de estos servicios, con el fin de que potenciales entrantes tengan la posibilidad de ofrecer mejores servicios al Estado y a los usuarios.**

Adicionalmente con fundamento en el numeral 21 de la Ley de Fortalecimiento de las Autoridades de Competencia de Costa Rica, Ley N°9736, se le indica al señor Rodolfo Méndez Mata que, en su condición de Superior Jerárquico y como Ministro de Obras Públicas y Transporte, en caso de apartarse de la presente opinión y recomendaciones, está obligado a informar a esta Autoridad de Competencia, sobre sus motivaciones, en un plazo no mayor a treinta días naturales.

EXPEDIENTE N°053-21. Notifíquese.

(...)”

Paola Beckford Navarro

Secretaria Coprocom