

San José, 18 de marzo de 2019
DH-DAEC-CGA-234-2019

Señor
Leonardo Alberto Salmerón Castillo
Jefe de Area a.i.
Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Económicos
comisión-economicos@asamblea.go.cr

Estimados señores y señoras:

Aprovecho la presente para saludarles cordialmente y a la vez manifestarles que, en atención a la solicitud de criterio realizada a la Defensoría de los Habitantes sobre el Proyecto de Ley "Reforma del Sistema de Transporte Remunerado de Personas y Regulación de Personas y Regulación de las Empresas de Plataformas Tecnológicas de Transporte, expediente 21.228, me refiero en los siguientes términos:

1. Competencia del mandato DHR:

La función de la Defensoría se encuentra delimitada por la protección de los derechos y los intereses de los habitantes, así como velar porque el funcionamiento del sector público se ajuste a la moral, la justicia, la Constitución Política, las leyes, los convenios, los tratados, los pactos suscritos por el Gobierno y los principios generales del Derecho.

Además, de conformidad con los principios relativos al estatuto y funcionamiento de las instituciones nacionales de protección y promoción de los Derechos Humanos (**Principios de París**) la Defensoría de los Habitantes de la República está facultada para emitir dictámenes o informes relativos a la protección y promoción de los derechos humanos.

En el caso de los proyectos de ley, según los Principios de París, la institución cuenta con la potestad para emitir criterios, de manera que se respeten los principios fundamentales en materia de derechos humanos. Finalmente es competencia de esta institución promover y asegurar que la legislación, los reglamentos y las prácticas nacionales se armonicen con los instrumentos internacionales de derechos humanos en los que el Estado sea parte, y que su aplicación sea efectiva, así como promover la ratificación de esos instrumentos y garantizar su aplicación.

2. Antecedentes del proyecto de ley:

De acuerdo con la Exposición de Motivos del proyecto, los avances en infocomunicaciones, el desarrollo de teléfonos inteligentes y aplicaciones en línea "(...) *han facilitado el desarrollo y la adopción del transporte remunerado de personas, donde pasajeros puedan conectarse fácilmente con los conductores que deseen ofrecer viajes en vehículos privados (...) y ha llevado globalmente a los Estados a revisar continuamente su legislación y políticas públicas a garantizar que la legislación nacional refleje el estado de actual de la economía y garantice el cumplimiento de responsabilidades jurídicas la seguridad ciudadana y los derechos de las personas que integran este nuevo tipo de iniciativas, bajo un esquema de competencia justa (...)*"

En ese sentido, la exposición de motivos concluye que "(...) *la entrada en los últimos años de una empresa de plataforma tecnológica al país y la proliferación de estas formas de intercambio mundialmente, trae consigo un reto para la legislación nacional, dotada actualmente de un marco jurídico diseñado para regular modelos tradicionales. Razón por lo cual se requiere de dotar al país de una legislación que garantice seguridad a sus usuarios y orden social a nuestro país.*"

3. Contenidos del Proyecto de Ley:

El proyecto consta de 12 capítulos con los siguientes contenidos:

- Definición del concepto de "Empresas de Plataforma de Transporte" (EPT) y declaratoria de la actividad que realizan como servicio público.
- Creación del Registro de tales empresas y los requisitos para ellos
- Requerimientos para vehículos y conductores
- Disposiciones de protección a las personas usuarias: seguros, revisión técnica y otros. Se indica que tales regulaciones se plantean "(...) acorde a las mejores prácticas de legislación nacional en regulaciones como la que establecen las ciudades de California, Chicago, Nueva Jersey, Massachusetts (...)"
- Creación de un "Fondo de Movilidad", administrado por el Consejo de Transporte Público (CTP) "*para ser destinado a la modernización del transporte público. Se financia con los montos que aporten las EPT para su registro y con un porcentaje del precio final de cada servicio de transporte mediante EPT.*"
- Disposiciones en materia de gestión de la información de las EPTs
- Disposiciones fiscales: los servicios brindados mediante EPTs pagarían el impuesto al valor agregado y las EPTs y conductores que operen a través de ellas pagarían el impuesto sobre la renta.
- Disposiciones en materia de seguridad social: Reconoce que los conductores no tienen una relación laboral con las EPTs pero ordena que se inscriban en la CCSS como trabajadores independientes.
- Se crea un régimen sancionatorio para las EPTs y sus conductores, el cual sería administrado por el CTP.

- Se modifica la composición de la Junta Directiva del CTP, eliminando la representación de los sectores regulados; se mantiene la representación de las personas usuarias.
- Se reforman las reglas tarifarias para el servicio de taxi regulado por la Ley 7969; se elimina la figura de los SEETAXIS y se les transforma en concesionarios del servicio de taxi.

4. Normas jurídicas vigentes:

- Ley N° 7969, Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la modalidad de Taxi
- Ley N° 7593, Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (ARESEP)
- Ley N° 8955, Reforma la Ley N° 3284 "Código de Comercio ", del 30 de abril de 1964, y la Ley N° 7969 "Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la modalidad de Taxi " del 22 de diciembre de 1999.
- Ley N° 9078, Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres y Seguridad Vial

5. Análisis del contenido del proyecto:

De previo al análisis del proyecto de ley en estudio, la Defensoría de los Habitantes considera oportuno manifestar que al pronunciarse sobre esta iniciativa, no lo hace a favor o en contra de algún sector en específico, gremio o grupo de interés en particular. La evaluación realizada corresponde a una visión relativa al interés público, y el respeto al ordenamiento jurídico, según las competencias que la ley N° 7319 le otorga a este Órgano Defensor.

Asimismo, la Defensoría considera que toda iniciativa de ley en materia de transporte público debe estar orientada a generar las mejores condiciones para la realización del derecho de las y los habitantes a una movilidad eficiente en términos de conectividad, protección al ambiente, costos para las personas, uso de recursos escasos, incluyendo el espacio y la infraestructura públicos, y la administración de recursos públicos.

1. Sobre la regulación de Plataformas Digitales

El proyecto en cuestión establece en la justificación de este, que los avances en materia de comunicaciones vía internet han facilitado el desarrollo y adopción del transporte remunerado de pasajeros, donde las personas pueden conectarse con conductores que deseen ofrecer viajes en vehículos privados, siendo estos servicios ofrecidos por lo que el proyecto denomina *Empresas de Plataformas Tecnológicas*.

Ante esta realidad, se señala que los Estados deben revisar su legislación y políticas públicas con el fin de "garantizar que la legislación nacional refleje el estado actual de la economía y garantice el cumplimiento de responsabilidades jurídicas, la seguridad ciudadana y los derechos de las personas que integran este nuevo tipo de iniciativas, bajo un esquema de competencia justa".

Señala el proyecto que esto no implica "imponer regulaciones en las aplicaciones de teléfonos inteligentes que se utilizan para conectar a los pasajeros con los conductores, pero sí normas que regirán el servicio de transporte que se ofrezcan a través de ellas". Se insiste entonces que lo que se pretende regular es el servicio brindado y no regular las aplicaciones accesibles vía teléfonos móviles.

Al respecto, pese a la aclaración realizada al inicio del proyecto, del análisis del mismo se tiene que el artículo 1º de la propuesta legislativa refiere como objeto y finalidad de la ley el crear el marco normativo que regule la operación en el país de las "Empresas de Plataformas de Transporte", así como la modernización y fortalecimiento del sistema de transporte remunerado de personas.

En tratándose específicamente en este apartado sobre el tema de Plataformas Tecnológicas y su regulación, conviene centralizar la discusión sobre ese concepto propuesto por las y los legisladores de "Empresas de Plataformas de Transporte", conocidas en el proyecto y en adelante como EPT. Estas empresas se definen en el artículo 4.e) del proyecto como:

*"Empresa de Plataforma de Transporte (EPT): En adelante EPT, es la persona jurídica, debidamente registrada en el CTP, **que opera o administra**, por sí misma o a través de sus subsidiarias, **una plataforma tecnológica** que facilita ofrece, comercia, intermedia, o contrata un servicio de transporte remunerado de personas, ya sea para beneficio propio o de un tercero, conectando personas usuarias con conductores acreditados según sus parámetros"*

En este mismo apartado de definiciones, se establece qué se entiende por Plataforma de Transporte:

"h) Plataforma de Transporte: Se refiere a las aplicaciones, herramientas informáticas u otros desarrollos tecnológicos, que facilitan, ofrecen, comercian, intermedian, o contratan un servicio de transporte remunerado de personas".

Se completa la triada de definiciones al referir el inciso k) artículo 4º del proyecto qué debe ser entendido como el Servicio de Transporte mediante EPT:

"k) Servicio de transporte mediante EPT: Es la modalidad terrestre de transporte público remunerado de personas que no está sujeta a precios fijos, itinerarios, rutas, horarios, ni frecuencias, ofrecido por una EPT según las disposiciones establecidas en la presente ley mediante una plataforma de transporte y materializado a través de conductores registrados y vehículos acreditados propios o ajenos y que tiene como finalidad satisfacer una necesidad de movilización mediante un contrato previo de movilidad".

La anterior reseña en torno a las definiciones propuestas permite reflexionar sobre qué es lo que el proyecto que nos ocupa pretende regular: ¿una plataforma tecnológica aplicada al transporte, o el servicio que se genera del uso de dicha plataforma? La adecuada delimitación que se realice sobre este tema resulta vital de cara analizar la actuación del Estado y el cumplimiento de sus obligaciones.

a.- Sobre las plataformas digitales e Internet:

Conviene iniciar la reflexión definiendo una plataforma virtual como un **sistema** que permite la ejecución de determinadas aplicaciones compatibles con este, dando a los usuarios posibilidad de acceder a ellas **vía Internet**. Es así como la persona usuaria no requiere estar en un espacio físico determinado para utilizar la plataforma, solo contar con conexión a Internet y así tener acceso a los servicios que se le ofrecen.

Sin lugar a dudas, la expansión e incremento de plataformas digitales ha venido a reconfigurar de alguna forma la estructura económica de muchos sectores, modificando patrones y hábitos de consumo en distintos mercados y teniendo presencia en diversas actividades tales como la movilidad, el hospedaje, recreación, entre otras.

Siendo que el acceso a las Plataformas Digitales se logra vía **Internet**, conviene tener claro cuáles son los Principios que, a nivel mundial, y como país se han ido definiendo en relación con el acceso a Internet.

El primero está referido a la consideración del derecho de acceso a internet como universal, propio de un entorno democrático en el cual se reconoce la multiculturalidad de los países. Internet debe ser neutral, en el entendido de que no debe responder a los intereses económicos particulares, sino estar al servicio de la humanidad.

En el caso específico de Costa Rica, en diciembre del año 2012, en la Conferencia Mundial de Telecomunicaciones Internacionales (WCIT-12), Costa Rica fue el primer país de América Latina y el sexto en el mundo en pronunciarse en contra de firmar una resolución que pretendía establecer funciones de administración de la red y limitaciones a los contenidos por parte de los gobiernos. Como resultado de ese foro Costa Rica inició un reconocido liderazgo en materia **internet libre y abierto**.

No existe motivo alguno que justifique acciones tendientes a ejercer controles altamente restrictivos en el ciberespacio. Preocupaciones legítimas como la privacidad, seguridad y protección de la propiedad intelectual, deben ser atendidas efectivamente, pero ello no significa que se restrinja internet de forma general.

El segundo principio por considerar en el presente análisis es el **Principio de Neutralidad de la Red**, entendido como el principio por el cual los proveedores de servicios de Internet y los Gobiernos deben tratar a todo tráfico de datos que transita por la red de igual forma, lo cual incluye desde mensajes, archivos, videos, datos, etc.

En ese sentido, se considera que el bloqueo o filtración de contenidos que transitan por la red de Internet, es una práctica que atenta contra ese principio de Neutralidad de la Red, así como contra el Principio de Internet Libre y Abierto.

El bloqueo o regulación de contenidos se considera debe darse de manera excepcional, especialmente en casos que afectan la seguridad nacional; a los niños y niñas y adolescentes; protección de la privacidad, entre otros.

Conforme a lo anterior, es claro que la regulación de plataformas digitales podría atentar contra los principios antes referidos, además de desincentivar el uso y desarrollo de aplicaciones que permitan a las personas que la tecnología sea un instrumento de mejora de la calidad de vida de las personas.

Al respecto, es claro que el potencial del uso de nuevas tecnologías y el servicio de plataformas debe ser reconocido en su importancia e impacto tanto en el aumento del bienestar, como el desarrollo de la economía digital por la que el país ha apostado.

b.- Sobre las regulaciones propuestas por el proyecto en análisis:

Habiendo quedado clara la importancia de las plataformas digitales, así como su irremediable relación con los Principios que rigen el uso de Internet, conviene analizar en el proyecto que nos ocupa el tipo de regulaciones impuestas de cara a determinar si se está ante la regulación de un servicio o de la plataforma.

En relación con las definiciones propuestas, el proyecto divide entre Empresa, Plataforma y Servicios, estableciendo como título del proyecto la regulación de las empresas de plataformas tecnológicas de transportes. Pese a ello, como se indicó con anterioridad, posteriormente se hace referencia a que no se pretende imponer regulaciones a aplicaciones, sino regular servicios.

Se plantea así la regulación de la empresa que opera o administra una plataforma tecnológica que facilita, ofrece, comercia, intermedia, o contrata un servicio de transporte remunerado de personas, ya sea para beneficio propio o de un tercero, conectando personas usuarias con conductores acreditados.

Posteriormente, se establecen una serie de requisitos para las empresas que operan estas plataformas y que les permitirán inscribirse en un registro (**artículo 7**), entre los cuales llama la atención el **inciso e)** sobre la copia certificada del acta constitutiva de la empresa de plataforma de transporte. Al respecto, debe tomarse en consideración que las grandes empresas que operan plataformas tecnológicas de uso masivo han sido constituidas fuera de Costa Rica, probablemente bajo la regulación de su país de origen, siendo que lo más operativo sería requerir la certificación de la personería jurídica de la EPT, especialmente donde conste las personas representantes en el país.

Por su parte, el **artículo 11** refiere que la Junta Directiva del Consejo de Transporte Público, una vez constatado el cumplimiento de los requisitos para la inscripción de la EPT, aprobará y otorgará el permiso habilitante para la entrada en operación de la EPT. Al respecto, debe entenderse que ese permiso tiene que ver con la empresa propiamente, siendo que de cara a la plataforma digital no tendría el CTP competencia para habilitar o no la generación de contenidos y su transmisión por la red de Internet.

En cuanto a lo establecido en el **artículo 15** sobre los requisitos de funcionamiento para las EPT inscritas, inciso e) refiere el deber de remitir anualmente un informe sobre las operaciones relacionadas con transporte realizadas en el país, este informe deberá incluir **datos en formato abierto** con las características de los trayectos utilizados por conductores acreditados, matrices de origen y destino de los viajes, la cantidad de conductores acreditados ante la EPT, estadísticas sobre las horas y flujos de viaje en horas en las que más servicios se brindan y cualquier otra información que le requiera el CTP.

En igual sentido, el **artículo 31** refiere al tema del deber de mantener disponible la información parte de las EPT. Al respecto, si bien es cierto se indica en el presente inciso que son datos con formato abierto, debe en todo momento tenerse claro el respeto del deber de confidencialidad y resguardo de datos personales que tiene la EPT, siendo que no debe ser requerido datos que permitan algún nivel de identificación de los usuarios. Asimismo, conviene hacer la reflexión que esta información debería requerirse a todos los prestatarios de servicios de transporte público, esto si se quiere dar una verdadera trazabilidad al comportamiento de los usuarios, de forma tal que esto permita tomar decisiones en materia de movilidad.

Sobre los requisitos exigidos a las plataformas de transportes, sea a las plataformas digitales de transporte, el **artículo 16**, se refieren una serie de acciones que debe generar dicha plataforma que de su análisis producen una suerte de confusión, en tanto parecieran más propias de las obligaciones que debe asumir la EPT al momento de brindar el servicio a través de una plataforma tecnológica.

Nótese que el articulado señala que son los requisitos a cumplir por las plataformas, siendo el primero enunciado el “estar dotadas de herramientas tecnológicas” necesarias para efectuar la intermediación entre los usuarios y conductores acreditados.

Asimismo, **el inciso g)** refiere el deber de que la Plataforma esté inscrita en el registro y añada “mediante una EPT”. Estas consideraciones hacen pensar que se está ante una regulación propia para las plataformas tecnológicas, en este caso del sector transporte, lo cual parece que resulta insuficiente solo con el articulado referido, además de que genera una gran confusión al entrar a detallar contenidos de lo que debería transmitirse en dicha plataforma, sin considerar lo innovativo que resulta el mundo tecnológico, donde lo que hoy se plasme en la ley puede ser superado apenas en su entrada en vigencia. Es así como el nivel de detalle que se expone, pareciera más describir el funcionamiento de una determinada Aplicación, que lo que debe considerarse de cara a favorecer el establecimiento de plataformas digitales en el marco de una economía digital.

En tratándose de las disposiciones finales, el capítulo X del proyecto establece en el **artículo 56** la prohibición expresa de implementar en el territorio nacional, tanto EPT y **plataformas tecnológicas** de transportes al margen de lo establecido en el proyecto.

Al respecto, esta prohibición referida a plataformas tecnológicas desdice lo indicado al inicio del proyecto en relación con que el proyecto no imponía regulaciones en las aplicaciones de teléfonos inteligentes utilizadas para el transporte, **esto por cuanto estas aplicaciones se generan a partir de plataformas tecnológicas**, siendo que sí se están generando regulaciones.

Más allá de la evidente contradicción presente en el proyecto en cuanto a la pretensión de regular empresas, servicios o plataformas, preocupa a esta Defensoría cómo haría el Gobierno efectiva la aplicación de la prohibición referida en el articulado anterior: ¿bloqueando direcciones de IP, bloqueando vía Servidores de Dominio (DNS); inspeccionando paquetes de datos; restringiendo el ancho de banda ante el uso de servicios no permitidos?

Cualquiera de estas posibilidades atenta contra los principios de Internet Libre y Abierto, así como de Neutralidad de la Red antes enunciados y defendidos por Costa Rica a nivel mundial. Además, ninguno se ha demostrado sea efectivo 100%, siendo que en los países donde se han intentado aplicar estas medidas, un sector importante de la población también se ve afectada residualmente.

En conclusión, en relación con este apartado, se recomienda la revisión de la terminología utilizada, de forma tal que se establezca sin mayor duda que se está ante una regulación de servicios y del funcionamiento de las empresas que brindan esos servicios, y no así de las plataformas digitales que permiten generar esos servicios. Así mismo, se sugiere eliminar del artículo 56 la prohibición en cuanto a plataformas digitales por las argumentaciones expuestas.

Se considera que, en tratándose de plataformas digitales la discusión debe ir encaminada a su aprovechamiento para el mejoramiento de todos los servicios públicos, más que a su limitación, todo lo cual contradice las propuestas contenidas en el Plan Nacional de Desarrollo de las Telecomunicaciones 2015-2021 en cuanto al uso de las tecnologías convergentes para el mejoramiento de la calidad de vida de las y los habitantes y los servicios públicos.

Conviene una reflexión más particular sobre las acciones legales y de políticas públicas que se tomen en el país en materia de desarrollo de aplicaciones en el marco de la economía digital por la que el Estado Costarricense también ha apostado, siendo insuficiente y particularmente casuístico el acercamiento que se hace al tema desde el proyecto en análisis.

2. Sobre la regulación de las EPTs, la declaratoria de la actividad de transporte realizado a través de éstas como "servicio público" y las nuevas competencias para el Consejo de Transporte Público

La Defensoría coincide con lo manifestado por la Procuraduría General de la República en su comparecencia ante la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Económicos el pasado 5 de marzo de 2019, en cuanto a que el Estado costarricense, por medio del Poder Legislativo, tiene potestad para determinar que una actividad económica debe ser declarada servicio público, en el tanto existan las justificaciones técnicas y de interés público que respalden tal declaratoria.

En cuanto a si el transporte prestado por medio de EPTs debe ser declarado como servicio público, para la Defensoría probablemente ésa sea la decisión más recomendable si se pretende que la actividad conviva con la actividad del taxi formal. Mantener la actividad tal como está ahora en el ámbito privado y al margen de la legalidad según lo han declarado algunas entidades públicas, solamente tendrá como resultado una escalada de la hostilidad ya existente entre los diferentes sectores.

Ahora bien, no basta con declarar que una actividad es servicio público. Debe diseñarse un sistema regulatorio con una institucionalidad sólida que permita concretar en la realidad toda la acción pública que esté asociada con esa declaratoria de servicio público. En ese sentido, la Defensoría tiene profundas dudas en cuanto a la capacidad del actual Consejo de Transporte Público para ejercer las funciones que el proyecto de ley en análisis le asigna. Estas dudas provienen de la experiencia de la Defensoría a lo largo del tiempo en la defensa de los derechos de las personas usuarias del transporte remunerado de personas que han llevado a este Órgano Defensor a recomendar el cierre del Consejo y el retorno de sus facultades de imperio directamente al Ministerio de Obras Públicas y Transportes.

A manera de ejemplo, se sugiere valorar lo señalado por la Defensoría en su Informe Anual 2017-2018 en relación con ese Consejo. En particular, además de las deficiencias existentes en cuanto a su diseño y la normativa que rige su funcionamiento, es claro que ese Consejo carece absolutamente de los recursos que se requieren para hacer fiscalización efectiva e integral de todos los servicios a su cargo a la fecha y, por lo tanto, surgen las dudas de si estará en capacidad de asumir eficazmente las nuevas funciones que la asigna el proyecto en análisis.

En este punto, la Defensoría no puede dejar de llamar la atención sobre lo dispuesto en el Transitorio VIII de la ley en estudio en cuanto exime a permisionarios y concesionarios del servicio público modalidad taxi de pagar el canon regulatorio del CTP por tres años. Para compensar esa pérdida de recursos, se establece que *"el MOPT deberá transferir directamente al CTP vía presupuesto de la República el monto equivalente al dejado de percibir por el CTP considerando el presente transitorio para cada año..."* Al respecto, la Defensoría no puede dejar de traer a colación las reglas de Responsabilidad Fiscal contenidas en la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas, Ley Nº9635, las cuales podrían dejar sin contenido presupuestario a ese Transitorio.

Sin perjuicio de lo anterior, la Defensoría observa que el proyecto en análisis presenta como avance positivo que se elimina la inclusión de representantes de los gremios fiscalizados en la conformación de la Junta Directiva, así como se elimina otra plaza que, por la forma en que se estableció en la ley vigente, prácticamente pertenece a una misma persona vitaliciamente.

Esto es consistente con lo planteado a por la Defensoría a lo largo del tiempo y que se retoma a continuación, según se expuso en el Informe Anual 2017-2018:

Por otro lado, se encuentra pendiente la definición del futuro del Consejo de Transporte Público. En los últimos cuatro años, en diversas ocasiones, la Defensoría ha emitido criterio en relación con proyectos de ley de reforma a ese Consejo. En esos criterios, al igual que en varios Informes Anuales, la Defensoría ha manifestado que el modelo de organización en consejos (órganos de máxima desconcentración adscritos al Ministerio de Obras Públicas y Transportes), se agotó y ha mostrado más debilidades que fortalezas, amén de un abandono de la rectoría por parte del Ministerio. En ese sentido, la Defensoría ha recomendado la eliminación tanto del CTP como del Consejo de Vialidad (CONAVI). Sin embargo, ambas iniciativas legislativas están pendientes de definición.

En particular, para la Defensoría, una de las mayores falencias de los consejos es que en sus Juntas Directivas se encuentran representados los sectores regulados (taxistas, empresarios del transporte modalidad autobús, en el caso del CTP) y ello limita y mediatiza la capacidad rectora del Consejo. Situación análoga ha sido planteada por la Defensoría para el caso del CONAVI y del Consejo Nacional de Concesiones.

3. Razonabilidad y proporcionalidad de las disposiciones sancionatorias o que imponen obligaciones pecuniarias

Un elemento clave para el correcto funcionamiento de un sistema regulatorio es el adecuado diseño de un sistema sancionatorio. La razonabilidad y proporcionalidad de disposiciones de esa naturaleza es vital para que las sanciones sean efectivamente impuestas y cumplidas, sin riesgo de ser anuladas por no cumplir a cabalidad con los principios constitucionales que rigen la materia. Desde esa perspectiva, se sugiere evaluar lo dispuesto en los artículos 48, 49 y 50 (Régimen sancionatorio)

Comentario análogo merecen las disposiciones relativas a los montos establecidos para el registro de las EPTs, como es el caso del artículo 10 del proyecto y el Transitorio VIII. En la exposición de motivos del proyecto no se explica el origen y fundamentación de esos montos ni las razones que mueven a proponerlos. Por tal motivo, este Órgano Defensor no puede emitir criterio al respecto, más allá del riesgo de inaplicabilidad de las normas en cuestión por un eventual roce con la Constitución que podría tener la norma en comentario y que podría ser discutido en la jurisdicción constitucional.

4. Sobre la "modernización del transporte público", la creación del Fondo Nacional de Movilidad y su administración por parte de CTP

El artículo 24 del proyecto en análisis crea el "Fondo Nacional de Movilidad" que sería administrado por el CTP "para la modernización del transporte público". Si se analiza el resto del articulado del proyecto, se observa que no se plantea concepto alguno en relación con lo que la iniciativa considera que es "modernizar" el transporte público. Más bien, queda la impresión de que se estaría equiparando esa modernización, en términos del artículo 29 del proyecto, con:

- a) la adquisición de nuevos vehículos para el servicio de taxi y con ello "mejorar la calidad del servicio..."
- b) Crear un fondo de asistencia para concesionarios de taxi
- c) Hasta después de 8 años, "modernizar el transporte público".

Al respecto, este Órgano Defensor considera que la propuesta en análisis se realizó sin ninguna vinculación con lo que el Estado costarricense ya ha definido como "modernización de transporte público". Es más, podría interpretarse que el espíritu de las disposiciones en estudio contradice las políticas y acciones vigentes en la materia. Para mayor comprensión, se transcribe a continuación lo planteado por la Defensoría en su Informe Anual 2017-2018:

"(...) Desde el año 2000, cuando se hicieron públicas las políticas de Modernización del transporte público, el país ha estado a la espera de acciones concretas y sistemáticas en esa dirección. Sin embargo, poco ha sido el avance casi dos décadas: el funcionamiento de las intersectoriales (con poca o ninguna regulación y sin visión sistémica, pero al menos han operado sin mayores sobresaltos), modernización de la flota a partir de los procesos de renovación de las concesiones y el plan piloto desarrollado en el cantón de Tibás durante los últimos meses de la Administración 2014-2018. Estos son avances sumamente limitados en relación con todo el trabajo que está pendiente para lograr lo que debería ser la meta país para un transporte público masivo que reemplace al transporte individual atomizado que garantice a las y los habitantes mejores opciones de movilidad urbana.

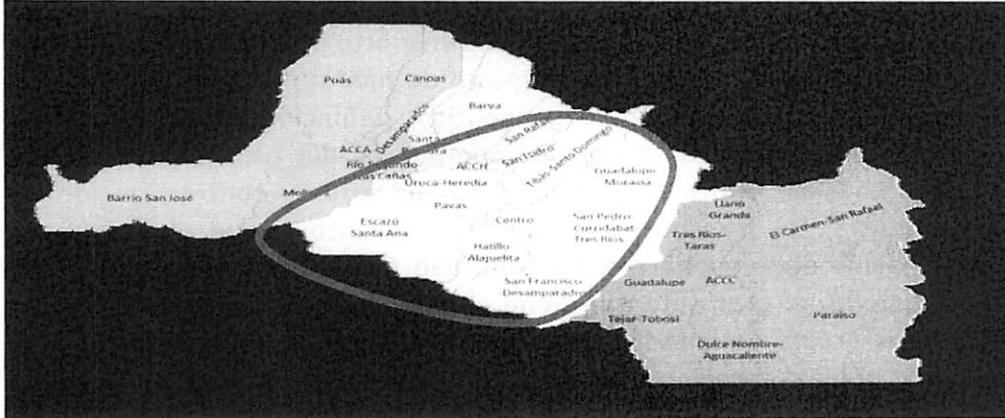
En agosto de 2017, el Despacho de la entonces Viceministra de Transportes informó a la Defensoría sobre el reordenamiento de tránsito en sector denominado Tibás Santo Domingo, así como los principales avances en materia de modernización del transporte público modalidad autobús:

- Las Políticas sectoriales de Modernización del transporte público remunerado de personas modalidad autobús fueron declaradas de interés público.

Mediante Decreto Ejecutivo N° 40186-MOPT publicado en la Gaceta de 03 de febrero de 2017, se autoriza la implementación del Proyecto de consolidación de la Modernización del Transporte colectivo remunerado de personas del área metropolitana de San José, y zona atlántica y se crea la Unidad Ejecutora del Proyecto (...).

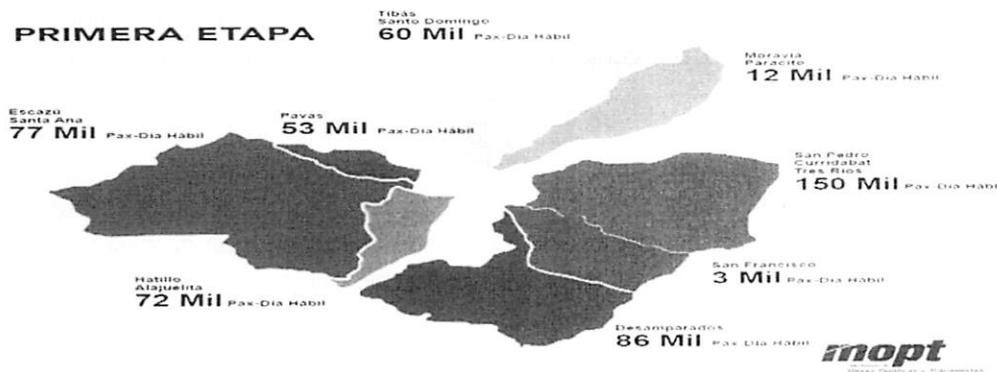
(...) En febrero 2018, el MOPT informó al país sobre los avances de la modernización del transporte Área Metropolitana de San José, que involucra la sectorización y la troncalización de los servicios. La primera está prácticamente definida. La segunda consiste en sustituir la flota que actualmente ingresa al casco central de San José por rutas, desde distintas zonas del sector, por unidades de alta capacidad que ingresen en forma exclusiva al casco central, de manera que los pasajeros han sido recogidos en los distintos barrios en unidades de menor capacidad y luego se transfieren a las unidades de alta capacidad que serían las únicas que ingresan a San José.

En la siguiente gráfica se observan las zonas del Area Metropolitana de San José impactadas:



Fuente: Presentación del Despacho de la Viceministra de Transportes sobre la Modernización del Transporte, febrero 2018

Se observan a continuación los datos de la cantidad de pasajeros que cada sector podría transportar diariamente:



Fuente: Presentación del Despacho de la Viceministra de Transportes sobre la Modernización del Transporte, febrero 2018

El dato de las cantidades de pasajeros transportados es crucial por cuanto revela el potencial que tiene el proyecto en términos de convertir el transporte público en una opción viable al transporte individual atomizado. La experiencia obtenida con el reordenamiento del transporte en el cantón de Tibás: recuperación del espacio público en carretera y, sobretodo, la reducción de los tiempos de viaje para el transporte público, demuestra que es posible alcanzar las metas del proyecto de modernización si convergen distintos elementos clave: liderazgo político, definición de ruta crítica y apego a ella, involucramiento de los operadores del transporte y de los Gobiernos Locales, información a las y los usuarios y concientización de quienes utilizan el transporte individual en cuanto a que el transporte público masivo debe siempre tener prioridad frente a vehículo individual. Pero sobretodo, el gran reto que tiene el país con este proyecto es lograr que, por su propia voluntad e interés, más habitantes consideren que el transporte público masivo es una opción viable al transporte en vehículo particular.

En ese sentido, todo aquello que abone a la simplificación y agilización de la movilización masiva de personas en el transporte público deviene estratégico..." (El resaltado no es del original)

Como puede observarse, las políticas de modernización del transporte público vigentes, buscan dar prioridad al transporte público masivo frente al transporte individual, sea éste público o privado. Por ello, desde esa perspectiva, el proyecto de ley en análisis es contradictorio, en el sentido de que al declarar el transporte mediante ETPs como servicio público, se atomiza aún más el transporte público.

A lo largo del tiempo la Defensoría ha apoyado la tesis de que el transporte público masivo (autobuses, tren, metro en superficie) es la opción de transporte más eficiente en términos de costo por pasajero, uso de la infraestructura vial y espacio público, emisión de gases, entre otros. Si esas cualidades se desarrollan adecuadamente, es esperable que las y los habitantes opten por esa modalidad de transporte en lugar del transporte individual. Mientras ello no ocurra, seguirá proliferando el transporte individual.

En ese sentido, la Defensoría se cuestiona la pertinencia de modificaciones a la legislación vigente propuestas por el proyecto de ley en estudio que tienen como trasfondo promover la atomización del transporte público. Por ejemplo, obsérvese la reforma propuesta para el artículo 4 de la Ley Nº 7969, Principios generales de operación del servicio de taxi:

"inciso d): Promover la democratización del servicio de taxi, sin sujeción a la cantidad de taxis que se puedan otorgar por persona."

Amén de que la redacción es algo confusa, la norma indica que se espera "democratizar el servicio de taxi". Al respecto cabe la posibilidad de que se interprete que una forma de cumplir con ese principio sea otorgar más permisos. Esta lectura puede verse reforzada con la reforma al artículo 7, Atribuciones del Consejo, inciso j): "Otorgar permisos por un plazo de 12 meses renovables, ante una necesidad no satisfecha y debidamente probada, de servicio público..." Nótese que no se establece ningún criterio para evaluar esa "necesidad no satisfecha y debidamente probada". Para la Defensoría esa disposición es un retorno al antiguo sistema de otorgar permisos de taxi con criterios políticos y no técnicos y, con ello, la apertura de un portillo hacia una mayor atomización del servicio.

Otro ejemplo de esa tendencia del proyecto de ley se observa en la reforma al artículo 29 de la Ley Nº 7969 que transforma en concesionarios de taxi a quienes ostenten un permiso de Servicio Especial Estable de Taxi (SEETAXI).

Todo lo anterior, demuestra que detrás de las disposiciones del proyecto de ley en análisis no se encuentra intención alguna de alinear esta iniciativa con las políticas y acciones ya existentes en materia de modernización del transporte. Más bien, se potencia la atomización del transporte, con todos los efectos negativos que ello conlleva.

En cuanto a la creación del Fondo Nacional de Movilidad y su administración por parte de CTP, la Defensoría observa que la exposición de motivos del proyecto en análisis, no explica ni justifica la creación del Fondo. Tampoco se expone, como ya se indicó, qué entiende el proyecto por "modernización" del transporte. Más aún, se plantea que durante ocho años esos recursos serán utilizados para el pago de primas para la adquisición de un vehículo taxi nuevo. Con ello, pareciera darse a entender que para el proyecto en análisis la "modernización" está únicamente relacionada con la compra de vehículos nuevos.

Además, la norma en estudio establece que un 20% de ese Fondo se podrá utilizar para atender "transferencias por asistencia social para los concesionarios de taxis previo estudio socioeconómico correspondiente" y que será el Poder Ejecutivo el que determinará las condiciones de esas transferencias.

Al respecto, además de lo planteado en cuanto al limitado concepto de "modernización" que utiliza el proyecto, para la Defensoría, la propuesta genera más dudas:

En primer lugar, cabe preguntarse ¿cuál es el motivo para que el Estado costarricense, por medio del Consejo de Transporte Público, subsidie la compra de taxis? Las justificaciones del proyecto no hacen referencia alguna a esa posibilidad, por lo que la propuesta en análisis podría no soportar un análisis de constitucionalidad desde la perspectiva de razonabilidad. En segundo lugar, tampoco se explica por qué motivos, a la función rectora y fiscalizadora que, a duras penas, podrá ejercer el CTP, el proyecto le agrega una función se asemeja a las competencias del "Instituto Mixto de Ayuda Social", para otorgar transferencias de "asistencia social" a concesionarios de este servicio "previo estudio socioeconómico correspondiente".

Al respecto, es necesario preguntarse ¿deberá el CTP contratar personas trabajadoras sociales para realizar esa función, cuando ni siquiera cuenta con recursos ni plazas para contratar más profesionales en ingeniería del transporte y técnicos que puedan hacer estudios de campo para atender las denuncias que presentan las personas usuarias del transporte público que actual regula? Podría argumentarse que con los recursos que ingresarán al Consejo de aprobarse la ley en análisis esas contrataciones podrían financiarse, sin embargo, ¿no tendría más sentido contratar con los nuevos recursos más personal y más tecnología para mejorar la muy limitada capacidad de fiscalización que tiene el CTP en la actualidad? Pero más allá de esos cuestionamientos, cabe preguntarse si esa disposición puede soportar satisfactoriamente el correspondiente análisis de razonabilidad y proporcionalidad ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, aunque el proyecto de ley no lo menciona, la Defensoría de los Habitantes tiene claro que desde hace varios años, la actividad del servicio de taxi "rojo" ha sufrido serias disminuciones de sus ingresos producto, principalmente, de un descenso en la demanda del servicio. Ello ha motivado que el sector clame por acciones estatales para "restaurar el equilibrio financiero del servicio". Así lo han planteado representantes del sector en reuniones y solicitudes de intervención ante la Defensoría y fue manifestado por el señor Edwin Barboza, Representante de FENACOTAXI R.L. en su comparecencia ante la Comisión que estudia el proyecto de ley en análisis el pasado 5 de marzo de 2019.

No obstante, la propuesta del proyecto en cuanto a la creación del Fondo Nacional de Movilidad deja serias dudas en cuanto a que ésta sea la forma idónea de satisfacer ese reclamo del sector, y, en todo caso, el proyecto no explica que ésta sea su función, lo cual abona a la incertidumbre en cuanto a la justificación para la creación y funcionamiento del Fondo en los términos del proyecto. Por otro lado, y sin perjuicio de lo expuesto supra, para la Defensoría es inaceptable que las reglas que regirán el funcionamiento del ya cuestionado Fondo, sean dejadas al criterio del Poder Ejecutivo, creando incertidumbre, inseguridad jurídica y un alto riesgo de clientelismo y oportunismo político en el establecimiento de esas reglas.

5. Sobre el pago de impuestos establecido en el proyecto

La Defensoría está de acuerdo con que las EPTs paguen el impuesto sobre la renta como cualquier empresa que opera en el territorio nacional y no está en un régimen de excepción. Tampoco encuentra motivo de objeción a la propuesta de que cada persona conductora pague el impuesto sobre la renta y el impuesto al valor agregado sobre cada viaje realizado utilizando un EPT. No obstante, y teniendo presente que la Ley de Fortalecimiento de las Finanzas Públicas N° 9635, exonera del pago del IVA al servicio de taxi regulado por ARESEP, ello debería tenerse presente para valorar si tal diferenciación es pertinente, aún en un escenario en el que se espera, según lo indica el inciso g) del artículo 5 del proyecto en análisis, "una competencia sana" entre el servicio prestado a través de las EPTs y otras modalidades del servicio de transporte público. En todo caso, en esta materia la Defensoría se atiene al criterio del Ministerio de Hacienda.

6. Sobre el régimen tarifario propuesto para el servicio de taxis y las condiciones para una "competencia sana"

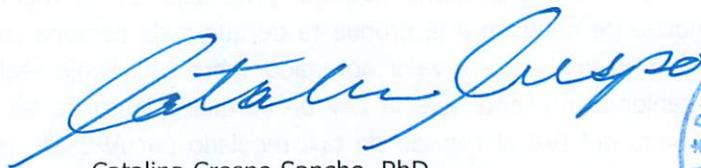
La teoría regulatoria indica que una metodología tarifaria que fije una banda con máximos y mínimos para la determinación del precio de un bien o servicio, es más proclive a generar condiciones para la eficiencia productiva y un estímulo para la competencia, en comparación con un precio único y fijo. En ese sentido, la Defensoría no tiene ninguna objeción a la propuesta contenida en el artículo 58 del proyecto, que reforma la ley de la ARESEP en su artículo 58. No obstante, la Defensoría se atiene al criterio del ente regulador en esta materia.

Ahora bien, el proyecto en análisis indica que una de las funciones del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, representado por el CTP, es "promover una sana competencia entre las EPT y los demás medios de transporte..." (Artículo 5:g) Al respecto la Defensoría se pregunta, en primer lugar, qué entiende el proyecto por "competencia sana". En segundo lugar, si se interpreta que esa expresión es equivalente a lo dispuesto en la Ley N° 7472¹, que para determinar si presentan acciones contrarias a la competencia la Comisión para Promover al Competencia debe definir el mercado relevante y establecer si existe poder sustancial de mercado que permita a algún agente ejercer exitosamente prácticas anticompetitivas, esta Defensoría duda mucho que el CTP tenga condiciones técnicas para ello.

Al respecto, quizás podría ser oportuno que las y los señores diputados soliciten el criterio técnico de la Comisión para Promover la Competencia para que valore que podría entenderse por "competencia sana" en el contexto en estudio, teniendo presente que la Comisión no tiene competencia para intervenir en materia de servicios públicos, pero aun así, podría hacer una evaluación técnica de la pertinencia técnica de la propuesta en estudio.

¹ Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor

Con base en lo expuesto, la Defensoría de los Habitantes deja rendido su criterio en relación con el proyecto de ley N° 21.228. Agradecida por la deferencia consultiva,



Catalina Crespo Sancho, PhD.
Defensora de los Habitantes de la República



cc. archivo