DEPARTAMENTO ESTUDIOS, REFERENCIAS Y SERVICIOS TÉCNICOS

AL-DEST- IJU -246-2019

INFORME DE: PROYECTO DE LEY

LEY PARA LA PROMOCIÓN Y REGULACIÓN DE LA GENERACIÓN DISTRIBUIDA CON FUENTES RENOVABLES PARA AUTOCONSUMO

EXPEDIENTE Nº 20.917

INFORME JURÍDICO

ELABORADO POR:
GUSTAVO RIVERA SIBAJA
ASESOR PARLAMENTARIO

SUPERVISADO POR:
M° MAYELA CHAVES VILLALOBOS
JEFE DE ÁREA

REVISIÓN FINAL Y AUTORIZACIÓN
FERNANDO CAMPOS MARTÍNEZ
DIRECTOR

9 DE OCTUBRE DE 2019

ASAMBLEA LEGISLATIVA
de la República de Costa Rica

TABLA DE CONTENIDO

I.- RESUMEN DEL PROYECTO: 3

II.- ANÁLISIS DE FONDO 4

ANTECEDENTES 4
REGULACIÓN ACTUAL 5
CONTENIDOS DEL PROYECTO 7
COMPETENCIAS DEL ICE 9

III.- ANÁLISIS DEL ARTICULADO 10

TRANSITORIO ÚNICO - 18

IV.-ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO 19

VOTACIÓN 19
Delegación 19
Consultas Preceptivas 19
Consultas Facultativas 19

AL-DEST- IJU -246-2019

INFORME JURÍDICO

LEY PARA LA PROMOCIÓN Y REGULACIÓN DE LA GENERACIÓN DISTRIBUIDA CON FUENTES RENOVABLES PARA AUTOCONSUMO

EXPEDIENTE Nº 20.917

I.- RESUMEN DEL PROYECTO:

Tal como se indica en la exposición de motivos y después se reitera expresamente en el articulado, el objetivo de este proyecto es establecer un marco jurídico que promueva y regule la producción de energía eléctrica bajo la modalidad de generación distribuida, con fuente renovables. De este modo en 15 artículos y un transitorio, divididos en cuatro capítulos se abordan los siguientes temas:

En el capítulo primero denominado “disposiciones generales” se enuncia el objetivo de la ley, su alcance dirigido primordialmente al autoconsumo, pero también como fuente productora de venta de excedentes de electricidad, se dispone el fomento a las nuevas tecnologías bajo esta modalidad, se brinda la definición de generador distribuido y se remite a las competencias de la ARESEP para las funciones de fijación de tarifas y control de calidad. Como contrapartida del deber de las distribuidoras de brindar interconexión se establece el deber de brindar acceso a los datos del generador distribuido y se autoriza en forma genérica los estudios y las inversiones necesarios para desarrollar la actividad.

El capítulo II está destinado a regular la compra y venta de excedentes, con lo cual diferencia sustancialmente el modelo propuesto de la regulación reglamentaria vigente que solo regula la actividad a efectos de auto consumo.

El capítulo III denominado “incentivos a la generación distribuida para auto consumo” autoriza en forma genérica al sistema bancario nacional y al Sistema Banca para Desarrollo a financiar este tipo de proyectos otorgando prioridad, y al Poder Ejecutivo para constituir un fideicomiso de apoyo. Se dispone la obligación del MINAE y de las empresas distribuidoras de implementar plataformas digitales para facilitar el trámite de solicitudes de desarrollos de proyectos de generación distribuida y se concede deducibilidad del impuesto sobre la renta sobre los gastos generados en la instalación de este tipo de proyectos por tres años.

Finalmente, el capítulo IV contiene un único artículo que define condiciones de un régimen sancionatorio por remisión a la legislación común administrativa y en un único transitorio se impone la obligación al MINAE de revisar la reglamentación vigente en un plazo de un año.

II.- ANÁLISIS DE FONDO

Antecedentes

Existen otros cuatro expedientes en la corriente legislativa con una temática o propósito similar tendiente a regular y promocionar la generación distribuida, todos actualmente en el Orden del Día de la Comisión Permanente Especial de Ambiente, y que citamos a continuación:

- ***Expediente N° 19.990*** *"Ley para el fomento de la generación de energía para autoconsumo y la utilización de energías renovables no convencionales".* Fue puesto a la corriente legislativa el día 06 de junio de 2016, siendo la más antigua de todas las que permanecen en estudio. Ingresó al Orden del Día el 08 de setiembre de 2016 y está a la espera de ser dictaminado.

- ***Expediente N° 20.194*** *"Ley de autogeneración eléctrica con fuentes renovables".* Inició trámite el 20 de febrero de 2017, y se le aprobó un texto sustitutivo el día 06 de julio de 2017, sin que haya sido aún dictaminado. A la fecha de la elaboración de este Informe, es el expediente que muestra el trámite más avanzado.

- ***Expediente N° 20.481*** *"Ley de generación distribuida con fuentes renovables".* Inició su trámite el 22 de setiembre de 2017, y está en el Orden del Día de la Comisión desde el 05 de octubre de 2017, y aún no ha sido dictaminado.

- ***Expediente N° 20.969*** *"Ley marco para regularizar la generación distribuida de energía a base de fuentes renovables".* Inició el 04 de setiembre de 2018 y está en el Orden del Día de la Comisión de Ambiente desde el 11 de octubre de 2018 a la espera de ser dictaminado.

Como se observa, con la presente iniciativa, Expediente N° 20.917 *"Ley para la promoción y regulación de la generación distribuida con fuentes renovables para autoconsumo"*, son cinco las iniciativas tendientes a regular esta materia.

Todos estos expedientes cuentan ya con el respectivo Informe Jurídico o integrado de este Departamento, y en el caso de este expediente en estudio, advertimos que ya cuenta también con su respectivo Informe Económico.[1]

[1] Departamento de Servicios Técnicos. Informe Económico al Expediente N° 20.197 Oficio N° AL-DEST-IEC-066-2019 del 05 de junio de 2019.

Regulación actual

Para la generación distribuida solo existe actualmente normativa reglamentaria; pero para explicar esa situación hay una serie de precisiones técnicas que conviene hacer:

La producción (generación) de electricidad y su disposición al público es considerada un servicio público y regulada en consecuencia como tal, bajo la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos ARESEP.[2]

La regulación del servicio de electricidad como servicio público es una regulación independiente del modo legal que existe en nuestro país que se denomina monopsonio: No es un monopolio, porque ya se permiten muchos otros actores, públicos y privados en la generación (producción) de electricidad, pero es un monopsonio porque existe un único comprador (el Instituto Costarricense de Electricidad ICE) encargado del despacho centralizado de electricidad, y también existen varios distribuidores: el propio ICE y su empresa distribuidora la Compañía Nacional de Fuerza y Luz (CNFL), y fungen como tales las Empresas Públicas Municipales (JASEC y ESPH) y las cooperativas de electrificación rural.

Este modelo de monopsonio no está constituido sistemáticamente por una sola ley, sino que ha sido construido fragmentariamente básicamente a partir de la ley constitutiva del ICE que le otorgaba el monopolio originalmente[3], y las posteriores normativas que vinieron a modificar su marco jurídico y el de sus empresas[4], por las leyes propias de las Empresas Municipales de Servicios Públicos (JASEC[5] y la ESPH[6]), por las leyes que autorizaron la participación en el mercado de generación a empresas privadas[7], y las que autorizaron la generación a empresas municipales y a las cooperativas de electrificación rural[8], e incluso por el Tratado que aprobó la incorporación del país al mercado eléctrico de América Central.[9]

---

[2] Ley ARESEP, Ley N° 7593 del 09 de agosto de 1993.
[3] Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad, Ley N° 449 del 08 de abril de 1949.
[4] Ley de Fortalecimiento y Modernización de las Entidades Públicas del Sector Telecomunicaciones, Ley N° 8660 del 18 de agosto de 2008.
[5] Ley de Creación de la Junta Administrativa del Servicio Eléctrico de Cartago JASEC, Ley N° 3300 del 16 de julio de 1964.
[6] Ley de Transformación de la Empresa de Servicios Públicos de Heredia ESPH, Ley N° 7789 del 30 de abril de 1998.
[7] Ley que autoriza la generación eléctrica autónoma o paralela (conocida como Ley de los Generadores Privados). Ley N° 7200 del 28 de setiembre de 1990.
[8] Ley de participación de las Cooperativas de electrificación rural y de las Empresas de Servicios Públicos Municipales en el Desarrollo Nacional. Ley N° 8345 del 26 de febrero de 2003.
[9] Tratado Marco del Mercado Eléctrico de América Central, aprobado junto con su Protocolo por Ley N° 7848 del 20 de noviembre de 1998, ratificado por Decreto Ejecutivo N° 27.709 del 16 de diciembre de 1998.

La generación distribuida, como su nombre lo indica, es un tipo de generación, pero que por sus características especiales está excluida de toda la legislación existente por las siguientes razones:

La generación de electricidad, de cualquier fuente, cuando se produce en grandes cantidades, se transmite hacia un único punto de la red para su despacho centralizado, que como se dijo, de lo cual se encarga el ICE.

Esta transmisión se realiza a altas tensiones de voltajes porque por un comportamiento físico, la electricidad genera menos pérdida en su transmisión cuanto mayor sea el voltaje que se utiliza en esa transmisión.

Del centro de despacho centralizado se distribuye la electricidad a los clientes a través de las distintas empresas distribuidoras que cuenta el país (el propio ICE, su subsidiaria la Compañía Nacional de Fuerza y Luz CNFL, las empresas Municipales JASEC y ESPH, y las cooperativas de distribución eléctrica rurales).

La distribución hacia los clientes finales (dígase residenciales o industriales) por medio de plantas transformadoras se hace a baja tensión en el tramo final (la milla final) dígase 220 voltios o 110 voltios.

A esa red de distribución de baja tensión, es a la que pueden conectarse distintos equipos de generación eléctrica autónomos (solares, eólicos, biomasa), que es lo que se conoce entonces con el nombre de generación distribuida (interconectados a la red de distribución, no de producción).

Como se observa entonces la generación distribuida tiene la característica de que se genera en muy poca cantidad, con lo cual se le liga generalmente con el concepto de autoconsumo.

Sin embargo, sucede que aún para auto consumo y en razón precisamente de los equipos que se emplean, inciden importantes factores de estacionalidad, que hacen que se produzca más energía de la que se necesita para el auto consumo en ciertas épocas del año, y menos en otras.

Sin embargo, la producción anual promedio en estos casos, puede mantenerse dentro del auto consumo, haciendo que los excedentes de la estación soleada se apliquen o compensen a los faltantes de la estación lluviosa. Este sistema es el que se conoce como “neteo” o simplemente como producción diferida.

Hay que decir entonces que, en esencia, y por sus características físicas, la generación distribuida no es apta para venta de excedentes o para producir energía con fines de comercialización. Hay obstáculos físicos considerables, como el hecho de que, al estar asociada a la red de distribución, no es apta para la transmisión a terceros y tampoco para el despacho centralizado.

Por esas razones usualmente queda restringida al auto consumo y no le aplica entonces ninguna legislación referida a generación o producción de electricidad.

Restringida al autoconsumo, tampoco se considera entonces un servicio público, y por tanto está exenta de toda la legislación atinente.[10]

Estando exceptuada entonces de la normativa legal vigente, lo único que la regula es normativa reglamentaria: el **Decreto Ejecutivo N° 39.220 – MINAE, del 14 de setiembre de 2015, denominado: "*Reglamento de Generación Distribuida para Autoconsumo con fuentes renovables modelo de contratación neta sencilla*".**[11]

En conclusión: solamente existe normativa a nivel reglamentario, y solo para autoconsumo, lo cual obedece a las características especiales (físicas) de este tipo de producción de electricidad a pequeña escala.

Contenidos del proyecto

Hechas las anteriores precisiones iniciales, nos referimos ahora concretamente a los contenidos del proyecto.

El capítulo I de disposiciones generales, artículos del 1 al 9, estaría destinado a regular legalmente "*las condiciones necesarias para promover y regular la generación distribuida*".

Como ya se dijo, la generación distribuida ya está regulada, pero no legalmente. El objeto de este capítulo sería entonces la elevación a rango legal de la regulación existente, más allá de que sus contenidos esencialmente se limitan a definiciones, y reiteraciones de otras normas legales ya existentes, en cuanto se refieren a competencias de entes del Estado, como la de ARESEP de fijar tarifas, o del MINAE de fungir como ente rector en la materia.

No hay en todo este articulado un contenido que pueda considerarse decididamente nuevo o que no exista ya en alguna disposición legal o reglamentaria vigente.

---

[10] Como se ha indicado en otros Informes anteriores, existe un dictamen vinculante de la Procuraduría General de la República que estableció que la generación de electricidad para auto consumo no puede considerarse un servicio público, precisamente porque se carece de esa noción básica de suministro. Este dictamen generó el dictado de la normativa reglamentaria actualmente existente. Dictamen N° C 165 – 2015 del 25 de junio de 2015.

[11] Véase su texto completo en el portal del SINALEVI en la siguiente dirección electrónica: http://www.pgrweb.go.cr/scij/Busqueda/Normativa/Normas/nrm_texto_completo.aspx?param1=NRTC&nValor1=1&nValor2=80310&nValor3=101897&param2=1&strTipM=TC&lResultado=3&strSim=simp (obtenido el 24 de junio 2019).

El Capítulo II se denomina compra y venta de excedentes. Este capítulo sencillamente es cuestionable a nivel técnico o de rentabilidad por las razones que se apuntaron anteriormente. Ninguna distribuidora tendrá un interés en comprar los poquísimos excedentes que pueda generar alguien conectado a la red de distribución, máxime que para su transmisión hay obstáculos técnicos considerables.

En este punto simplemente se recomienda asesorarse con los expertos y técnicos acerca de la posibilidad o imposibilidad física, la viabilidad o simplemente la rentabilidad de la propuesta, haciendo las consultas institucionales pertinentes, principalmente a las distribuidoras.

En todo caso este capítulo es contrario incluso al Título del proyecto que en consecuencia debería modificarse, pues solo hace mención al autoconsumo.

En el capítulo III se establecen los incentivos para el desarrollo de la actividad. Advertimos que es contradictorio que mientras se propone un marco jurídico para venta de excedentes, después los incentivos se asocien solo para el autoconsumo, pues habrá problemas operativos imponderables para poder hacer una distinción real en estos casos.

El capítulo otorga en primer lugar las autorizaciones genéricas al sistema bancario nacional y al Sistema Banca para el Desarrollo, las cuales no son necesarias, pues desde el marco legal vigente el financiamiento de estas iniciativas ya es posible.

Igualmente genérica y sin contenido es la propuesta de autorizar la constitución de un fideicomiso, sin indicación siquiera de la fuente de los recursos o los aspectos mínimos de operatividad y sin cumplir con los requisitos que exige el artículo 14 de la Ley de la Administración Financiera de la República y Presupuestos Públicos, Ley N°8131.[12]

[12] **ARTÍCULO 14.- Sistemas de contabilidad**

Los entes establecidos en el artículo 1 no podrán constituir fideicomisos con fondos provenientes del erario de no existir una ley especial que los autorice. Dicha ley regulará las condiciones generales que se incluirán en el contrato de fideicomiso. Estos entes se sujetarán a la legislación vigente en lo relativo a la contratación tanto de bienes y servicios como del recurso humano necesario para la consecución de los objetivos. Asimismo, dichos contratos de fideicomiso serán de refrendo obligado por parte de la Contraloría General de la República, la cual, para todos los efectos y en acatamiento del mandato constitucional, deberá fiscalizar el uso correcto de los dineros, aprobar los presupuestos de ingresos y egresos, así como emitir las directrices atinentes a procurar un manejo sano de ellos.

Finalmente y con mucha imprecisión técnica la disposición que autoriza considerar los costos de los equipos como gastos deducibles del impuesto sobre la renta. No se aclara si es un gasto deducible o un crédito y cómo opera la regla de deducir el porcentaje en el plazo indicado que puede tener varias posibles interpretaciones con efectos radicalmente distintos.

En general, todo este capítulo tiene poca elaboración y está redactado de forma muy genérica, lo que le resta realmente operatividad real.

Finalmente, el régimen sancionatorio, aun cuando pretende ser una mera remisión a la Ley General de Administración Pública, también resulta impreciso.

En definitiva, toda la propuesta está poco elaborada, redactada de una forma muy genérica, aporta muy pocos contenidos nuevos, y presenta bastantes problemas técnicos. En criterio de esta asesoría este proyecto prácticamente no se justifica si se atiende solo a las regulaciones novedosas que propone, pues las mismas son mínimas, siendo que ya existe una normativa reglamentaria suficientemente técnica.

Competencias del ICE

Quizás el problema de fondo es que el desarrollo de esta actividad, más que corresponder al legislador ordinario, es un asunto que compete al ente técnico que ha sido creado a ese efecto.

Efectivamente, el legislador ha considerado necesario crear un ente técnico para el "desarrollo racional de las fuentes productoras de energía física que la Nación posee", para procurar "*que haya en todo momento energía disponible para satisfacer la demanda normal y para impulsar el desarrollo de nuevas industrias…"* según se indica en el mandato constitutivo del Instituto Costarricense de Electricidad[13] y lo ha dotado de autonomía administrativa y funcional en ese campo.

Entonces algo como desarrollar y promover la generación distribuida, que es el objetivo esencial del proyecto, es algo que corresponde desarrollarlo al ente autónomo creado a ese efecto, más que al legislador ordinario. De hecho, la propuesta del legislador en caso de ser aprobado posiblemente dependa de lo que el Instituto Costarricense de Electricidad resuelva al respecto y según el orden de prioridades que técnicamente pueda tener.

Dicho de otro modo: la generación distribuida se desarrollará en este país, más que como un mandato del legislador, cuando el ICE decida que es técnicamente conveniente y rentable, y por el contrario, si el ICE no la considera prioritaria y no

[13] Ley de creación del Instituto Costarricense de Electricidad, Ley N° 949 del 8 de abril de 1949. Las fórmulas que se citan corresponden a los artículos 1 y 2 donde se definen objetivos y funciones de la Institución.

incorpora este tipo de energía entre sus planes de desarrollo, difícilmente el mandato del legislador al margen de esta realidad surtirá efecto.

El ICE es el encargado de la planificación eléctrica nacional y de elaborar los Planes de Expansión Eléctrica. En otros informes y en el informe económico a este expediente ya se ha mencionado que el ICE no ha considerado prioritario desarrollar la generación distribuida, que se mantiene con un aporte realmente marginal y residual en la matriz energética.

El porqué esa decisión no es algo que responda solamente a un mandato o voluntad del legislador, sino que puede tener muchas explicaciones y posiblemente de carácter técnico: costos de la tecnología, rentabilidad, costo de oportunidad frente a otras fuentes alternativas, estado experimental, poca capacidad de producción, asuntos todos que deben ser valorados, cosa que no hace el proyecto porque no parte de estudios técnicos, ni de datos cuantificables.

No es que exista un problema jurídico en que el legislador incursione en algo que había reservado a las competencias autónomas de un ente ya creado. Las instituciones autónomas están subordinadas a la ley, por lo que no hay problema jurídico en que el legislador pueda legislar en este sentido.

Pero sí puede existir un problema de conveniencia y oportunidad en que el legislador incursione por puro voluntarismo político en una materia que puede tener sus explicaciones y connotaciones técnicas.

Debe recabarse previamente a la determinación de la viabilidad de este proyecto, la posición del ente encargado, para que informe sobre los motivos por los cuales hasta el día de hoy no ha desarrollado esta forma de generación eléctrica con más ahínco, o porqué la sigue considerando residual.

Entonces, como análisis de fondo de esta iniciativa, esta asesoría se permite sugerir muy respetuosamente que se recabe el criterio experto ante todo con respecto a la idea de legislar, más allá de los contenidos puntuales del proyecto interesa en primer término que la entidad autónoma competente se pronuncie sobre los aspectos de oportunidad y conveniencia del proyecto mismo y del objetivo que se propone.

III.- ANÁLISIS DEL ARTICULADO

CAPÍTULO I
DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1.- Objetivo

El objetivo de un proyecto más allá de su enunciación específica se logra o no dependiendo del resto de su articulado y de lo que ahí se disponga. En sí mismo la

enunciación de un objetivo de la ley no tiene un valor jurídico concreto pero obviamente puede servir como principio integrador o de interpretación de la ley.

Artículo 2.- Alcance

La definición del alcance es prácticamente la definición de generación distribuida, la cual a su vez es igual a la regulación reglamentaria existe, salvo en el aspecto de venta de excedentes.

En la normativa reglamentaria vigente igualmente se permite la generación distribuida, solo con fuentes renovables y para autoconsumo. Los excedentes se permiten solo en el concepto antes explicado de generación diferida, y se prohíbe expresamente la comercialización a terceros (artículo 20).

Como se indicó previamente, en cuanto a permitir la venta de excedentes tal como lo propone el proyecto, el problema jurídico es que pasaría a constituir un servicio público y si bien el proyecto hace necesaria entonces una concesión, lo cierto del caso es que creemos que técnicamente no es viable, o por lo menos no rentable.

En este aspecto, respetuosamente sugerimos consultar el criterio experto de las Instituciones involucradas, principalmente en este caso las distribuidoras eléctricas.

Artículo 3.- Fomento a las nuevas tecnologías

Obliga a los participantes en el mercado eléctrico nacional a realizar las acciones necesarias para la integración de nuevas tecnologías que permitan la generación distribuida. Este es un mandato jurídico genérico sin ninguna consecuencia jurídica asociada, por lo que tiene un valor más bien de directriz u orientación política más que un contenido concreto jurídicamente exigible.

En todo caso, ya la normativa reglamentaria realiza esa función de permitir la integración de la generación distribuida, por lo que en estricto sentido jurídico esta norma no aporta ningún contenido nuevo.

Artículo 4.- Servicio Público

Esta norma solo viene a reafirmar lo que ya se estableció la Procuraduría General de la República en el Dictamen antes citado y que se recoge expresamente en el considerando IX del Reglamento vigente: Mientras la generación distribuida se limite al autoconsumo, no constituye servicio público.

En sentido contrario, la venta de excedentes si lo constituye y estará sometido por tanto a las regulaciones existentes y en particular a la Ley N° 7593 de la ARESEP.

La norma no tiene un contenido nuevo, y constituye solo una remisión a legislación existente, si bien eleva a nivel legal el concepto actual de que el auto consumo no constituye servicio público.

Artículo 5.- Generador distribuido

Contiene la definición de generador distribuido. En esencia es la misma que la normativa reglamentaria actual en la medida que restringe la fuente a energías renovables.

Artículo 6.- Tarifas para generadores distribuidos

Remite a la potestad de ARESEP para fijar tarifas, algo que obviamente ya se hace y en consecuencia no aporta ningún contenido jurídico nuevo.

Dado que no hay servicio público, lo único que fija actualmente la ARESEP es una tarifa de interconexión a la red distribuidora.[14]

De permitirse la venta de excedentes como lo propone el Capítulo II del proyecto, más allá de si tal cosa es técnicamente viable o no, correspondería entonces a la ARESEP fijar una tarifa de venta de electricidad, como hace actualmente con los demás productores de electricidad.

Artículo 7.- Calidad de la red

Esta norma remite a las competencias que ya la ley le ha fijado a ARESEP y que ya viene desempeñando desde hace bastante tiempo.[15] No hay ningún contenido nuevo. El Reglamento actual ya contempla esta situación en su artículo 11.

Artículo 8.- Acceso a los datos del generador distribuido

El acceso a la interconexión de la red del distribuidor necesariamente conlleva la obligación de brindar acceso a sus datos (incluso acceso físico a las instalaciones) para un efectivo control del cumplimiento de las condiciones técnicas.

Este artículo reproduce una de las obligaciones que el Reglamento vigente le señala en el artículo 19 al generador distribuido interconectado, el cual es mucho más completo, y establece obligaciones más precisas.

Artículo 9.- Inversiones a la red

El Reglamento vigente en su artículo 10 ya impone la obligación de realizar los estudios técnicos necesarios para determinar la capacidad máxima que se puede implementar al circuito.

---

[14] Resolución RJD-030-2016 ARESEP *"Ajustes a las normas técnicas y metodologías tarifarias aplicables a la generación distribuida para autoconsumo".*

[15] Velar por la calidad de los servicios públicos, uno de los objetivos que la Ley ARESEP define (artículo 4 inciso d) incluye la reglamentación de parámetros técnicos a esos efectos y velar por su aplicación. Véase que la misma resolución sobre tarifas citada en la nota anterior, incluye además reglamentación técnica a ese efecto.

La norma reglamentaria es más precisa, pues la capacidad de la red es la que determina la cantidad de generación distribuida que es posible integrar. En cuanto a "autorizar las inversiones necesarias" obviamente esa disposición no tiene ningún valor jurídico, pues las distribuidoras, sean públicas o privadas, en su mandato constitutivo ya incorporan la autorización necesaria para realizar las inversiones para atender el servicio. En todo caso es una norma potestativa, lo que excluye problemas jurídicos.

La norma no agrega nada sustantivo al ordenamiento jurídico vigente.

CAPÍTULO II
COMPRA Y VENTA DE EXCEDENTES

Este capítulo realmente no tiene problemas jurídicos, porque la decisión de autorizar un tipo o modalidad de generación es una decisión enteramente posible para el legislador.

Reiteramos que nos surgen dudas en cuanto a su viabilidad operativa y técnica o incluso a aspectos económicos de rentabilidad.

Como sea, respetuosamente sugerimos recabar el criterio experto en esta materia.

En todo caso y como un aspecto de forma, reiteramos la observación de que este Capítulo es contradictorio con el Título del proyecto, que limita la generación distribuida al autoconsumo.

Artículo 10.- Venta de excedentes

Dispone que para la venta de excedentes se requiere concesión. Efectivamente para la generación de electricidad con fines comerciales, se requiere concesión.

El artículo dispone que la concesión corresponderá otorgarla al MINAE. Llamamos la atención que en el esquema vigente, las concesiones para generadores privados inferiores a una producción de 20.000 KW las otorga la ARESEP, correspondiente al MINAE las que superan ese límite.[16]

Es técnicamente imposible o muy difícil esperar que mediante generación distribuida se supere ese límite de los 20.000 KW, con lo cual, se está creando un sistema más complicado para la generación distribuida que el que actualmente contiene la legislación común.

Esto es una contradicción del sistema que conviene revisar, pero que de todos modos está sujeto al asunto de fondo sobre si es viable la venta de excedentes o no en generación distribuida.

[16] Así lo dispone el artículo 2 de la Ley de la Generación Autónoma o Paralela (Generadores Privados), Ley N° 7200, ya antes citada.

Artículo 11.- Compra de excedentes

Autoriza, no obliga, a las empresas distribuidoras a la compra de excedentes. Más razón para indagar sobre la viabilidad técnica de la propuesta, pues de no resultar rentable ninguna distribuidora está dispuesta a comprar los insignificantes remanentes de la generación distribuida. Incluso el artículo otorga prioridad a los clientes residenciales, que posiblemente son los que menos puedan producir.

CAPÍTULO III
INCENTIVOS A LA GENERACIÓN DISTRIBUIDA PARA AUTOCONSUMO

En este punto de los incentivos a la generación distribuida llamamos en primer lugar la atención que son incentivos solo para el autoconsumo, pese a que la generación distribuida se está regulando incluso para la venta de excedentes.

¿Cómo poder fiscalizar u operativizar que un equipo que se instala para el autoconsumo no se dedique después a la venta de excedentes, aunque solo sea en forma parcial?

En realidad, este capítulo no es el erróneo, porque la generación distribuida por su naturaleza se asocia al autoconsumo. El capítulo que reiteramos que más bien debe ser revisado es el anterior, en cuanto pretende sacar a la generación distribuida de los límites impuestos por sus características físicas más que por decisión del legislador.

Advertimos también que además de todos los expedientes y antecedentes que hay en la corriente legislativa para regular de algún modo la generación distribuida, hay todavía más referidos al tema de incentivos en esta materia.

En este punto, nos permitimos transcribir completo el apartado del Informe Jurídico a una de esas iniciativas anteriores en este tema por ser totalmente aplicable a este capítulo: [17]

> ***"****(…) Creemos oportuno indicar previamente al análisis de los contenidos del capítulo, que en la corriente legislativa existen varios proyectos relacionados con esta temática. Véase así los siguientes:*
>
> - *Expediente N° 19.118 "Ley de incentivos para uso de tecnología y energías limpias y adquisición de paneles solares".*

[17] Lo que reproducimos a continuación, es un extracto del Informe Jurídico al Expediente N° 19.990 "*Ley para el fomento de la generación de energía para el autoconsumo y la utilización de energías renovables no convencionales",* Departamento de Servicios Técnicos Oficio AL-DEST-IJU-102-2018.

- *Expediente N° 19.352 "Ley de incentivos para el uso, financiamiento y adquisición de sistemas de generación de fuentes de energía renovable". Recibió Dictamen Unánime Negativo, de la Comisión Especial de Economía Social Solidaria, el pasado 10 de setiembre de 2017.*
- *Expediente N° 19.397 "Ley para incentivar a las empresas al uso de paneles solares".*
- *Expediente N° 20.023 "Reforma del artículo 9 de la Ley 6826, Ley Impuesto General sobre las Ventas, 8 de noviembre de 1982 (Paneles Solares).*
- *Expediente N° 20.298 "Ley de incentivos para la fabricación y comercialización de equipos generadores de energía renovable.*

(…) Aparte de lo anterior, conviene indicar que ya existen en nuestro p aís diferentes normas que conceden incentivos y exoneraciones como las que propone el proyecto.

En efecto, existe en la legislación nacional una exención genérica para todos los equipos o bienes que se utilicen para producir electricidad, dentro de la cual, lógicamente estaría incluidas cualquier fuente renovable.

Sobre el particular, la ley conocida como la Ley que autoriza la generación eléctrica autónoma o paralela, conocida como la de Generadores Privados[18], establece:

> *"**Artículo 17.-** Las empresas productoras de energía eléctrica autónoma o paralela gozarán de las mismas exoneraciones que el Instituto Costarricense de Electricidad en la importación de maquinaria y equipos para conducción de agua, así como para "turbinar", generar, controlar, regular, transformar y transmitir energía eléctrica."*

La Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad exonera, por su parte, toda la importación de equipos y maquinaria necesaria para producir electricidad.[19]

Además de las anteriores, la Ley de Regulación del Uso Racional de la Energía[20], contempla en su artículo 38, distintas exoneraciones para los productos que ahí se incluyen, que son materiales y equipos para la producción de energía, entre las que obviamente pueden incluirse las de fuente alternativa."

Dicho lo anterior procedemos al análisis de los incentivos que propone este capítulo

[18] Ley que autoriza la generación eléctrica autónoma o paralela. Ley N° 7200 del 28 de setiembre de 1990.
[19] Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad. Ley N° 449 del 8 de abril de 1949. Posteriormente la Ley de Fortalecimiento de las Empresas Públicas del Subsector de Electricidad, Ley N° 8660 del 8 de agosto del 2000, sometió al ICE y sus empresas al impuesto de ventas y de renta, cuando actúan en régimen de competencia.
[20] Ley de Regulación del Uso Racional de Energía, Ley N° 7447 del 3 de noviembre 1994.

Artículo 12.- Mecanismos de financiamiento

En primer lugar, observar que utiliza la fórmula potestativa y no imperativa para los incentivos que va a desarrollar, lo que excluye de problemas jurídicos, más allá de su operatividad real.

En el inciso a) dispone una autorización genérica para implementar líneas de crédito dirigidas a generadores distribuidos. Esta norma parece superflua e innecesaria pues los bancos ya pueden financiar los proyectos que ellos mismos consideren convenientes.

Igual autorización genérica dispone para el Sistema Banca de Desarrollo en el inciso b), e igualmente es genérica e innecesaria.

Finalmente, en el inciso c) se autoriza al Poder Ejecutivo a constituir un fideicomiso "*de apoyo a los proyectos de generación distribuida para autoconsumo*" cuyas condiciones serán definidas reglamentariamente.

Un fideicomiso es un contrato de administración de fondos, y tratándose de fondos públicos, efectivamente requieren aprobación legislativa. Pero la norma es totalmente omisa en indicar el origen de los recursos o los fondos, su cuantía, y demás aspectos relacionados con el apoyo a dichos proyectos, si serán gratuitos o reembolsables, créditos subvencionados o simplemente crédito.

Una simple autorización para constituir un fideicomiso es una norma carente de operatividad jurídica porque faltan definir absolutamente todos los demás elementos y las demás condiciones generales que se incluirán en el contrato de fideicomiso, que no pueden ser simplemente remitidos a reglamentación. (artículo 14 de la Ley N° 8131 ya citado)

Artículo 13.- Trámite para un generador distribuido

Dispone la obligación de mantener una plataforma digital para el trámite de nuevas solicitudes como una forma de facilitar y promover la actividad.

Artículo 14.- Trámite municipal

Dispone que la instalación de equipos no requiere permiso o autorización municipal. Una disposición lógica pero que quizás sí requiere su formulación expresa para evitar problemas a futuro. No tiene problemas jurídicos de ningún tipo en cuanto al autoconsumo, pero sí podría tenerlos en cuanto a producción de electricidad para comercialización, por tratarse de una actividad eminentemente lucrativa sobre la que sí tienen jurisdicción los gobiernos municipales.

Una vez más la venta de excedentes, algo que no parece muy lógico ni muy adecuado técnicamente, se presenta como fuente de eventuales problemas.

Artículo 15.- Deducibilidad del impuesto sobre la renta

Dispone una deducción del impuesto sobre la renta del costo de la instalación de los equipos de generación distribuida, pero sin embargo la norma no es precisa y puede tener varios significados.

En primer lugar, en materia tributaria, y propiamente del impuesto sobre la renta, hay que distinguir entre los gastos que se deducen de la renta bruta a efectos del pago sobre la renta, de los que se deducen directamente del pago del impuesto, en cuyo caso constituyen un crédito fiscal.

La diferencia es importante porque mientras el primero simplemente permite acreditar un gasto que reduce las utilidades sobre las que se paga el impuesto, en el segundo caso se reduce el pago directamente del impuesto.

Con la fórmula que utiliza la norma no es claro cual de las dos situaciones se refiere, aunque la literalidad de la redacción pareciera referirse a la deducción directa del pago del impuesto (crédito fiscal) lo cual tendría un impacto más pronunciado en las finanzas públicas.

Además de lo anterior, no queda claro tampoco la regla del porcentaje y de los tres años, porque bien puede entenderse que el 25% del costo total de los equipos se deduce en tres años (lo cual no tiene mucho sentido, y máxime que la reducción orienta en la línea que es un crédito fiscal, una deducción directa), o bien, que cada año se puede deducir un 25%, con lo cual se estaría permitiendo deducir hasta un 75% del costo de los equipos.

Los problemas de falta de precisión jurídica de esta norma la hacen inaplicable y contraria al principio de legalidad tributaria, por lo que debe necesariamente revisarse para fijar su contenido con total precisión en aras de la seguridad jurídica.

Siendo el contenido de este artículo materia tributaria, condiciona el trámite legislativo e impide la delegación del proyecto en una Comisión Legislativa con Potestad Plena, por mandato expreso del artículo 124 párrafo 3° de la Constitución Política.

CAPÍTULO IV
Régimen sancionatorio

Artículo 15.- Sanciones

Sanciona al "*generador distribuido que venda excedentes a la empresa distribuidora*…", siendo que el artículo 10 expresamente autoriza la venta de excedentes.

No es posible vender excedentes si no es a través del distribuidor, porque como su nombre lo indica la generación distribuida está conectada a la red de distribución.

Esta contradicción evidente y grave del proyecto que debe resolverse es una muestra de la poca precisión técnica que aqueja los contenidos de esta iniciativa.

Posteriormente, establece un rango de multas (considerable) para el generador distribuido que incumpla la presente ley o las condiciones o requisitos que imponga el MINAE para la obtención de la concesión.

Aunque los principios de garantía del debido proceso en materia penal no aplican plenamente en el derecho administrativo sancionador, un mínimo de principios sí debe ser exigidos, y como mínimo la tipificación individualizada de las conductas a sancionar

Consideramos que la fórmula genérica "de no cumplir con la ley o los requisitos" es omisa en ese sentido, por ser excesivamente genérica y abierta y por ende presenta problemas de técnica jurídica que deben corregirse, máxime que la sanción es alta: de cinco a diez veces el valor del daño que se determine.

Si no es posible fijar el daño, se aplica en todos los casos una multa de veinte salarios base mínimos fijados en el presupuesto ordinario de la República de acuerdo con la Ley N° 7337. Esta multa puede ser desproporcionada y por ende inconstitucional, máxime que no hay ningún parámetro de referencia para fijarla, puesto que el daño no es calculable.

En general, este régimen es muy impreciso y debe ser revisado pues en su condición actual presenta graves problemas jurídicos de indeterminación, falta de proporcionalidad y tipicidad aún a nivel administrativo.

Se observa que el proyecto tiene dos artículos 15, por lo que debe plantearse este artículo como Artículo 16.

TRANSITORIO ÚNICO -

Impone al Poder Ejecutivo la obligación de revisar la normativa reglamentaria vigente en el plazo de un año.

Según lo desarrollado por la jurisprudencia constitucional, no se encuentra problema alguno en esta obligación[21].

[21] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución N° 0634-98: "… *No es dable entender, como ya se ha intentado, que, derivada la potestad reglamentaria de la Constitución Política, el legislador tiene vedado el regular la oportunidad de su ejercicio. Es constitucionalmente válido que, en determinadas circunstancias, así lo disponga sin posibilidad de evasión para el administrador, pues de hacerlo, sería con las consecuencias que a su vez tiene previsto el ordenamiento jurídico. Es más, es pública y notoria una costumbre constitucional en ese sentido".*

IV.-ASPECTOS DE PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO

Votación

Este proyecto puede ser aprobado con la mayoría absoluta de los presentes que establece el artículo 119 de la Constitución Política.

Delegación

Este proyecto contiene materia tributaria por cuanto establece montos deducibles del impuesto sobre la renta. En consecuencia, y según disposición expresa del artículo 124 párrafo 3° de la Constitución Política NO puede ser delegado a conocimiento de una Comisión Legislativa con Potestad Plena y en consecuencia deberá ser conocido y votado en el Plenario Legislativo.

Consultas Preceptivas

- Instituto Costarricense de Electricidad
- Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos ARESEP
- Municipalidades (artículo 14)

Consultas Facultativas

- Ministerio de Ambiente y Energía MINAE
- Distribuidoras eléctricas: CNFL, JASEC, ESPH y Cooperativas de Electrificación Rural.
- Secretaría Técnica del Consejo Rector del Sistema Banca para el Desarrollo
- Ministerio de Hacienda. Dirección General de Tributación.

Elaborado por: grs
/*lsch// 9-10-19
c. archivo