De conformidad con las disposiciones del artículo 113 del Reglamento de la Asamblea Legislativa, el Departamento Secretaría del Directorio incorpora el presente texto al Sistema de Información Legislativa (SIL), de acuerdo con la versión electrónica suministrada.

PROYECTO DE LEY

REFORMA AL ARTÍCULO 3 DE LA LEY N° 7200 LEY QUE AUTORIZA LA GENERACION ELECTRICA AUTONOMA O PARALELA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

EXPEDIENTE N° 22.601

El documento "Estudios Económicos de la OCDE: COSTA RICA 2020"[1], de julio de 2020, establece una serie de hallazgos y recomendaciones en diferentes áreas temáticas, derivados de los últimos resultados del Indicador sobre Regulación de Mercados de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Conforme a estas fuentes, los mercados en Costa Rica están sujetos a regulaciones más onerosas que en cualquier país de la OCDE. Además, existen brechas muy amplias con respecto a las mejores prácticas internacionales en la regulación de los sectores. Por tanto, se demuestra que en Costa Rica hay un amplio margen para mejorar las regulaciones.

Una de las barreras que el estudio de la OCDE identifica está en la participación del sector privado extranjero. La legislación actual exige que 35% del capital de la empresa que genera la electricidad debe ser costarricense. La OCDE recomienda eliminar esta barrera.[2]

Es una recomendación que se relaciona con el principio constitucional de igualdad, en términos generales y de igualdad entre los nacionales y extranjeros, en términos

[1] OECD (2020), *Estudios Económicos de la OCDE: Costa Rica 2020*, OECD Publishing, Paris,
[2] OECD (2020), *Estudios Económicos de la OCDE: Costa Rica 2020*, OECD Publishing, Paris, https://doi.org/10.1787/84cbb575-es .

específicos, y conlleva que no se discrimine entre unos y otros, salvo las excepciones y limitaciones que la Constitución y el ordenamiento establezcan. También se relaciona con la libertad constitucional de empresa o de ejercicio de la actividad comercial.

El artículo 19[3] de la Constitución Política de la República de Costa Rica regula la igualdad de costarricenses y extranjeros, y establece limitaciones constitucionales para los extranjeros, como lo es la prohibición de participar en asuntos políticos del país. La argumentación que establece alguna limitación que redunde en una discriminación establecida a nivel de una ley, debe pasar por un juicio de los principios de razonabilidad, racionalidad y proporcionalidad de la Constitución Política y por ende violación al artículo 33 [4] constitucional, ampliamente desarrollados por la Sala Constitucional[5].

Por otra parte, el artículo 46[6] de la Constitución Política regula la libertad constitucional de empresa o de ejercicio de la actividad comercial, prohibiendo monopolios particulares y cualquier acto que amenace o restrinja esta libertad[7].

La Sala Constitucional en relación con el trato diferenciado imponiendo limitaciones entre nacionales y extranjeros ha señalado lo siguiente:

---

3 Constitución Política de la república de Costa Rica, "ARTÍCULO 19.- Los extranjeros tienen los mismos deberes y derechos individuales y sociales que los costarricenses, con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen. *No pueden intervenir en los asuntos políticos del país, y están sometidos a la jurisdicción de los tribunales de justicia y de las autoridades de la República, sin que puedan ocurrir a la vía diplomática, salvo lo que dispongan los convenios internacionales."*

[4] *ARTÍCULO 33.-* Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación *alguna contraria a la dignidad humana.*

[5] Sobre el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros, la jurisprudencia de la Sala Constitucional ha señalado que es posible establecer excepciones y limitaciones siempre y cuando no se afecte el contenido esencial del derecho. Esto ha sido desarrollado en las siguientes resoluciones constitucionales: 01282-1990, 2093-1993, 1898-1999, 3060-2001 y 7444-2002.

[6] *ARTÍCULO 46.- Son prohibidos los monopolios de carácter particular, y cualquier acto, aunque fuere originado en una ley, que amenace o restrinja la libertad de comercio, agricultura e industria. Es de interés público la acción del Estado encaminada a impedir toda práctica o tendencia monopolizadora. Las empresas constituidas en monopolios de hecho deben ser sometidas a una legislación especial. Para establecer nuevos monopolios en favor del Estado o de las Municipalidades se requerirá la aprobación de dos tercios de la totalidad de los miembros de la Asamblea Legislativa. Los consumidores y usuarios tienen derecho a la protección de su salud, ambiente, seguridad e intereses económicos; a recibir información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a un trato equitativo. El Estado apoyará los organismos que ellos constituyan para la defensa de sus derechos. La ley regulará esas materias.*

[7] Con respecto a la posibilidad de limitar a los extranjeros su disfrute el derecho consagrado en este artículo, la Sala Constitucional desarrolló el tema en la resolución 5965-1994, que se cita más adelante.

- *"… como manifestación del principio de igualdad, el artículo 19 constitucional equipara a los nacionales y extranjeros en derechos individuales y sociales, admitiendo sólo excepciones y limitaciones contenidas en la propia Constitución o en la ley, siempre que no afecten o descontitucionalicen el contenido esencial del derecho (votos 1282-90,2093-93 1999-01898, 201-03060, 2002-07444). Quebrantan la Constitución la disparidad de trato entre nacionales y extranjeros "por vía infralegal" o que destruyan "el núcleo esencial e intangible del derecho que el constituyente quiso proteger" (voto 2001-03030)."*
- *"Las excepciones "excluyen del todo a los extranjeros de determinada actividad negándoles para esos efectos la igualdad con respecto a los nacionales". Apartan "al extranjero de la titularidad de un derecho que de no ser por obra de esa exclusión él hubiese tendido". El derecho "se suprime, al punto de que la pretensión de ejercerlo puede devenir eventualmente en una conducta antijurídica" (votos 5965-94, 1999-00616 y 1999-01898)."*
- *"Las limitaciones en cambio, reconocen el derecho, pero lo restringen o limitan –como dice la palabra-, por motivos de razonabilidad inherentes, ya sea a las diferencias propias entre extranjeros o nacionales, o bien por cumplir una verdadera función social". Son "situaciones más benignas, puesto que el contenido esencial de los derechos subsiste, pero se constriñe su extensión o las modalidades de su ejercicio, sin que sea posible eliminarlos o reducirlos a una dimensión en la que ya no se reconozcan" (voto 1999-01898 y 5965-94)."*
- *"… las distinciones que la Ley establezca en materia de derechos entre nacionales y extranjeros, para que no sean inválidas, deben ser necesariamente razonables." (Voto 2001-03030). Un acto limitativo de derechos "es razonable cuando cumple una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional", en los términos ahí definidos por esa Sala. (Idem y votos 1440-92, 1739-92, 8858-98, 08858-98 y 2003-05374)."*
- *"La exclusión parcial de los extranjeros de las actividades económicas es normalmente un acto de ejercicio de la libertad de empresa. Si se*

basa sólo en el dato de nacionalidad, sin otro propósito, es casi invariablemente discriminatoria e inválida. Si lo es para favorecer a todos o algunos costarricenses, de manera que sean los que aprovechen una actividad económica, la exclusión admite supuestos válidos, aunque limitados. Y si se hace en vista del impacto o función social de la actividad, la exclusión admite "mayor número de supuestos constitucionalmente aceptables". En los dos últimos casos el juicio de validez lo determina la satisfacción de elementos objetivadores de diferenciación, en la medida que "el trato jurídico diferenciado atienda a una finalidad razonable, al menos compatible con la Constitución, y sea objetivo, racional y proporcionado" (votos 05965-94 y 2001-03060)."

La Sala Constitucional, en relación con la posibilidad de limitar a los extranjeros el disfrute del derecho a libertad de empresa en actividades comerciales o económicas, reconocido en el artículo 46 de la Constitución Política, ha señalado que es posible limitarlos en tres presupuestos. Todos pueden pasar por un juicio positivo o negativo de validez de los argumentos que establecen la limitación, de manera que satisfagan *"elementos objetivadores de la diferenciación", a saber que atiendan a una* ***finalidad razonable, al menos compatible con la Constitución, y sea objetivo, racional y proporcionado…", tal y como se consigna en la*** *resolución número 05965-94:*

"...que se les puede limitar a los extranjeros participar de una actividad económica determinada: (a) en atención exclusivamente a su nacionalidad, o (b) para favorecer a todos o a algunos costarricenses que no están excluidos, o (c) en vista de la naturaleza de la actividad, o de su impacto o función social. ***En el primer caso****, la exclusión que se basa en el dato de la nacionalidad y carece de todo propósito o finalidad, es decir, que simplemente y ciegamente califica ese dato -una suerte de ley xenófoba-, es seguramente incompatible con el régimen adoptado por la Constitución sobre los extranjeros, según lo que se ha dicho antes, y es, por ende, inconstitucional.* ***En el segundo caso****, la exclusión para favorecer a todos o a algunos costarricenses, de manera que sean éstos exclusivamente los que aprovechen de una actividad económica determinada, admite supuestos válidos, aunque*

presumiblemente muy limitados. Evidentemente, tales supuestos deben juzgarse caso por caso, con arreglo a las disposiciones y principios constitucionales que configuran aquel régimen. ***Finalmente, la exclusión que atiende a la naturaleza de la actividad de que se trata****, o de su impacto o función social, es la que parece admitir el mayor número de supuestos constitucionalmente aceptables. Si en el primero de los tres casos, la exclusión es casi invariablemente discriminatoria del extranjero y por ende inválida, no ocurre necesariamente otro tanto en los dos restantes, donde el juicio positivo o negativo de validez estará determinado por la satisfacción de lo que se ha llamado en doctrina "elementos objetivadores de la diferenciación", es decir - como se mencionó al final del considerando IV- por la medida en que* ***el trato jurídico diferenciado atienda a una finalidad razonable, al menos compatible con la Constitución, y sea objetivo, racional y proporcionado..."*** *(…)*

Otra resolución relevante de la Sala Constitucional, en la que se desarrolla ampliamente el tema de la triple condición y ahonda en cuanto al principio de razonabilidad, es la resolución número 8858 de 1998. Esta establece lo siguiente:

"IX.(…)

Un acto limitativo de derechos es razonable cuando cumple con una triple condición: debe ser necesario, idóneo y proporcional. La necesidad de una medida hace directa referencia a la existencia de una base fáctica que haga preciso proteger algún bien o conjunto de bienes de la colectividad - o de un determinado grupo - mediante la adopción de una medida de diferenciación. Es decir, que si dicha actuación no es realizada, importantes intereses públicos van a ser lesionados. Si la limitación no es necesaria, tampoco podrá ser considerada como razonable, y por ende constitucionalmente válida. La idoneidad, por su parte, importa un juicio referente a si el tipo de restricción a ser adoptado cumple o no con la finalidad de satisfacer la necesidad detectada. La idoneidad de la medida nos indicaría que pueden existir otros mecanismos que en mejor manera solucionen la necesidad existente,

pudiendo algunos de ellos cumplir con la finalidad propuesta sin restringir el disfrute del derecho en cuestión. Por su parte, la proporcionalidad nos remite a un juicio de necesaria comparación entre la finalidad perseguida por el acto y el tipo de restricción que se impone o pretende imponer, de manera que la limitación no sea de entidad marcadamente superior al beneficio que con ella se pretende obtener en beneficio de la colectividad. De los dos últimos elementos, podría decirse que el primero se basa en un juicio cualitativo, en cuanto que el segundo parte de una comparación cuantitativa de los dos objetos analizados. Visto esto, cabe ahora pasar a discutir si la norma del numeral impugnado es razonable desde el punto de vista constitucional, que acaba de ser mencionado."[8] [9]

Así las cosas, nuestra Constitución Política, reconoce la igualdad entre nacionales y extranjeros, en cuanto a deberes y derechos, "con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establecen". Dentro de las excepciones constitucionales están, a manera de ejemplo, la prohibición de intervenir en los asuntos políticos del país y la de ocupar ciertos cargos públicos, y entre las legales tenemos las que regulan y restringen la entrada y salida de extranjeros. La Sala Constitucional ha señalado que la frase "con las excepciones y limitaciones que esta Constitución y las leyes establezcan" no contiene una autorización ilimitada, sino que permite al legislador establecer excepciones lógicas, derivadas de la naturaleza misma de la diferencia entre estas dos categorías -nacionales y extranjeros-, de tal forma que no se pueden establecer diferencias que impliquen la desconstitucionalización del principio de igualdad…" [10]

El presente proyecto de ley se presenta ante la Asamblea Legislativa con el fin de eliminar la barrera a la participación extranjera en el sector eléctrico, al no existir una

[8] Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 088858 del 15 de diciembre de 1998.
[9] Este mismo criterio se ha reiterado en otras resoluciones de la Sala Constitucional, tal y como la Resolución No.17304 del 19 de noviembre de 2008 y la Resolución No. 06837 del 29 de abril de 2009.
[10] Res. Nº 2011-03076 (Exp: 10-004048-0007-CO), SALA CONSTITUCIONAL San José, a las catorce horas cincuenta y nueve minutos del nueve de marzo de dos mil once.

justificación ligada a esta restricción para la actividad económica atendida bajo la modalidad de servicio público.

En este sentido, la eliminación de esta restricción busca fomentar el comercio y la participación de la inversión extranjera en el país, así como las ventajas y efectos económicos, sociales y de desarrollo que de ellas derivan. Asimismo, atiende recomendaciones de la OCDE fundamentadas en las mejores prácticas internacionales.”

En virtud de lo anterior, se somete a conocimiento de los señores diputados el siguiente proyecto de ley “**REFORMA AL ARTÍCULO 3 DE LA LEY N° 7200 LEY QUE AUTORIZA LA GENERACION ELECTRICA AUTONOMA O PARALELA”.**

LA ASAMBLEA LEGISLATIA DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA

DECRETA:

REFORMA AL ARTÍCULO 3 DE LA LEY N° 7200 LEY QUE AUTORIZA LA GENERACION ELECTRICA AUTONOMA O PARALELA

ARTICULO ÚNICO. - Refórmese el Artículo 3 de la Ley No. 7200, del 28 de setiembre de 1990, cuyo texto dirá:

> "**Artículo 3.- Interés público**
> Se declara de interés público la compra de electricidad, por parte del Instituto Costarricense de Electricidad (ICE), a las cooperativas y a las empresas privadas, que establezcan centrales eléctricas de capacidad limitada para explotar el potencial hidráulico en pequeña escala y de fuentes de energía que no sean convencionales."

Rige a partir de su publicación.

Dado en la Presidencia de la República. San José, a los veintiún días del mes de julio del año dos mil veintiuno.

CARLOS ALVARADO QUESADA

ROLANDO CASTRO CÓRDOBA
MINISTRO A.I. DE AMBIENTE Y ENERGÍA

ELIAN VILLEGAS VALVERDE
MINISTRO DE HACIENDA

El expediente legislativo aún no tiene Comisión asignada