

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: SERVICIO AL COSTO

RESUMEN: El presente informe desarrolla el concepto de servicio al costo como principio rector dentro de la Administración Pública, concretamente en el área de la prestación del servicio público y en la determinación de las tarifas que se pagan por brindar estos servicios, se presenta el criterio de la Aresep apoyado por la normativa que se relaciona al tema y se presenta un análisis jurisprudencial del tema.

Índice de contenido

1DOCTRINA.....	2
a)Servicio al Costo como principio rector dentro de ARESEP.....	2
El concepto de Tarifa dentro del marco del principio del servicio al costo.....	2
El Servicio al Costo analizado en el caso de la normativa costarricense.....	2
2NORMATIVA.....	3
a)Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.....	3
Artículo 3.....	3
Artículo 31.....	4
Artículo 32.....	4
Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos (Ley 7762).....	5
3JURISPRUDENCIA.....	6
a)Pronunciamientos de la Procuraduría General de la República.....	6
I.-Sobre la competencia de la Contraloría General de la República en materia de hacienda publica	8
A.-Situación antes de la entrada en vigencia de la ley de la Autoridad Reguladora de servicios publicos	10
B.-Situación después de la entrada en vigencia de la ley de la Autoridad Reguladora de servicios públicos	14
Determinación de los costos necesarios para regulación de los precios de los servicios.....	19
a)Resoluciones de la Contraloría General de la República.....	30
La Contraloría General de la República, puede objetar una falta de proporción entre la tasa y el costo de los servicios prestados por las municipalidades y señalar el límite para su eventual modificación.....	31

1 DOCTRINA

a) Servicio al Costo como principio rector dentro de ARESEP

[ARESEP]¹

“La Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos basa su labor de regulación en los siguientes principios:

Servicio al costo

La Autoridad Reguladora fija las tarifas de acuerdo con el principio de servicio al costo, entendido como el costo de oportunidad social de largo plazo de los servicios. Los criterios de eficiencia económica, equidad social, sostenibilidad ambiental y conservación de los recursos son elementos centrales en su definición.”

El concepto de Tarifa dentro del marco del principio del servicio al costo

[MURILLO GONZALEZ y SALGUERO LOPEZ]²

“Este vocablo deriva del árabe “tarif”, que significa publicar, dar a conocer, divulgar. En sentido vulgar se entiende por tarifa una lista de precios, pero según su etimología significa también publicación, divulgación de una lista de precios. En lo atinente a los servicios públicos, se puede entender por tarifa, la lista de precios o tasas legalmente aprobada, que debe hacerse del conocimiento de los potenciales usuarios.”

El Servicio al Costo analizado en el caso de la normativa costarricense

[MURILLO GONZALEZ]³

"Ahora bien, tal y como se desprende del artículo 3 inciso b) mencionado el principio del servicio al costo, debe contemplar únicamente los costos necesarios del servicio, de allí que como lo establece el artículo 32 de la misma ley, existen una serie de costos que no se deben considerar a la hora de determinar una fijación tarifaria."

[MURILLO GONZALEZ]⁴

"El principio de Servicio al Costo, guarda una relación directa con el concepto de metodología tarifaria, ello en virtud de establecer si el modelo de fijación tarifario que aplica la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, se ajusta efectivamente con lo que dispone el principio de Servicio al Costo, con los criterios legales establecidos en el artículo 31 de la ley de cita; y con lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley General de la Administración Pública, referente a los principios fundamentales del servicio público."

2 NORMATIVA

a) Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁵

Artículo 3.

Definiciones Para efectos de esta ley, se definen los siguientes conceptos:

a) Servicio Público. el que por su importancia para el desarrollo sostenible del país sea calificado como tal por la Asamblea Legislativa, con el fin de sujetarlo a las regulaciones de esta ley.

b) Servicio al costo. principio que determina la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el

servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, de acuerdo con lo que establece el artículo 31.

c) Prestatario de servicio público. Sujeto público o privado que presta servicios públicos por concesión, permiso o ley. d)

Evaluación de impacto ambiental. Estudio científico-técnico, realizado por profesionales en la materia, que permite identificar y predecir los efectos que producirá un proyecto específico sobre el ambiente, cuantificándolo y ponderándolo, para plantear una recomendación.

Artículo 31.

Fijación de precios, tarifas o tasas. Para fijar los precios, las tarifas y las tasas de los servicios públicos, la Autoridad Reguladora tomará en cuenta las estructuras productivas modelo para cada servicio público, según el desarrollo del conocimiento, la tecnología, las posibilidades del servicio, la actividad de que se trate y el tamaño de las empresas prestatarias. En este último caso, se procurará fomentar la pequeña y la mediana empresa. Si existe imposibilidad comprobada para aplicar este procedimiento, se considerará la situación particular de cada empresa. En todo caso, deberá prevalecer lo que más favorezca al usuario de acuerdo con los parámetros que valore la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.

Los criterios de equidad social, sostenibilidad ambiental, conservación de energía y eficiencia económica definidos en el Plan Nacional de Desarrollo, deberán ser elementos centrales para fijar los precios, las tarifas y las tasas de los servicios públicos.

No se permitirán fijaciones que atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestatarias del servicio público.

Artículo 32.

Costos sin considerar No se aceptarán como costos de las empresas reguladas:

- a) Las multas que les sean impuestas por incumplimiento de las obligaciones que establece esta ley.
- b) Las erogaciones innecesarias o ajenas a la prestación del servicio público.
- c) Las contribuciones, los gastos, las inversiones y deudas incurridas por actividades ajenas a la administración, la operación o el mantenimiento de la actividad regulada.
- d) Los gastos de operación desproporcionados en relación con los gastos normales de actividades equivalentes.
- e) Las inversiones rechazadas por la Autoridad Reguladora por considerarlas excesivas para la prestación del servicio público.
- f) El valor de las facturaciones no cobradas por las empresas reguladas, con excepción de los porcentajes técnicamente fijados por la Autoridad Reguladora

**Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos
(Ley 7762)**

[ASAMBLEA LEGISLATIVA]⁶

“Artículo 14.- Fuentes de financiamiento

1.- El Fondo tendrá las siguientes fuentes de financiamiento:

- a) La suma que el concesionario debe pagar por la inspección y el control que ejerce la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones. La forma de fijar el monto se basará en criterios de servicio al costo, según los parámetros que para tal efecto establezca la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos.
- b) Las donaciones nacionales e internacionales.
- c) Las partidas presupuestarias contenidas en la Ley de Presupuesto Nacional y las transferencias que realicen las Administraciones concedentes para los efectos de esta ley.
- d) Las multas y garantías cobradas o ejecutadas a los concesionarios.

e) El reembolso de los estudios realizados por la Secretaría Técnica del Consejo Nacional de Concesiones, los que podrán ser exigidos al adjudicatario de la concesión, según se disponga en el cartel.

2.- El Fondo estará bajo la supervisión de la Contraloría General de la República, sin perjuicio de los mecanismos de control interno que disponga el reglamento de esta ley o acuerde el Consejo Nacional de Concesiones.

3 JURISPRUDENCIA

a) Pronunciamientos de la Procuraduría General de la República

[PROCURADURÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA]⁷

OJ-031-97

San José, 9 de julio de 1997

Lic. Leonel Fonseca Cubillo Presidente Autoridad Reguladora de Servicios Públicos S. D.

Estimado señor:

Con la aprobación del señor Procurador General de la República, doy respuesta a su oficio 326-JD-96 de 22 de marzo de 1996, suscrito en su carácter de Presidente de la Junta Directiva del antiguo Servicio Nacional de Electricidad, en el cual comunica el acuerdo de dicho órgano colegiado, mediante el cual se acordó lo siguiente:

"Solicitar a la Procuraduría General de la República su criterio sobre la legalidad o no de la transferencia de fondos que ha venido realizando el Instituto Costarricense de Electricidad, del

sector de telecomunicaciones al sector eléctrico, a la luz del Decreto-Ley No. 449 y de la Ley No.3226 de Telecomunicaciones de la Ley No.258, (sic) y de los Artículos 50 y 54 de la Constitución Política. (...)"

La Asesoría Legal del Despacho consultante, en relación con lo consultado, indicó en oficio 309-OSL-96 del 25 de marzo de 1996, lo siguiente:

"(...) la ley expresamente dispone que es bajo el principio de servicio al costo que debe prestarse el servicio telefónico, no puede interpretarse que es legalmente permitido trasladar fondos de ese sector al sector eléctrico, aun cuando se trate de una misma empresa la que presta ambos servicios, por cuanto la ley cuando habla de principio al costo, se refiere al servicio, no al ente que lo presta, y esto es así, porque dentro de ese principio no se deben cargar en los usuarios de un servicio, costos no incurridos en la prestación de él."

De la anterior consulta, en oficio de fecha 19 de abril de 1996, se le otorgó audiencia al Instituto Costarricense de Electricidad en virtud de que eventualmente lo resuelto por este Organismo, sobre el aspecto consultado, podría afectar la actividad administrativa de ese instituto.

En respuesta a la indicada audiencia, el Presidente Ejecutivo del ICE, en oficio de fecha 7 de mayo de 1996, indicó lo siguiente:

"(...) En consecuencia debe observarse entonces, que no estamos frente a un incumplimiento legal cuando el sector eléctrico utiliza fondos provenientes del sector de telecomunicaciones, si consideramos que no existen técnicamente dos empresas -una eléctrica y otra de telecomunicaciones- sino por el contrario se trata de un solo ente, que frente a restricciones de financiamiento debe acudir forzosamente a la obtención de fondos del sector que mayores utilidades provee -en este caso el de telecomunicaciones- y que acordes con los principios ya enunciados de solidaridad social y la búsqueda del más adecuado reparto de la riqueza, deba canalizarse la mayoría de los recursos institucionales hacia el desarrollo de la infraestructura eléctrica que por su importancia nacional y social requiere de recursos intensivos de capital.

(...) entratándose de servicios públicos de naturaleza empresarial prestados por el Estado, la interpretación de las normas no debe limitarse únicamente a principios filosóficos-económicos como lo es el denominado "servicios al costo" sino por el contrario es necesario integrar las normas contenidas tanto en nuestra ley constitutiva como en la Carta Magna para dar fiel cumplimiento al principio de solidaridad social que informa precisamente al conocido Estado Social de Derecho (...) pareciera desprenderse de la consulta que formula el Servicio Nacional de Electricidad, que este asunto se ha presentado por primera vez a conocimiento de la Junta Directiva y deben tomar las previsiones del caso, cuando lo cierto y verdadero es que desde 1983 conocían de esta situación y la han aceptado, consentido y propiciado."

I.-Sobre la competencia de la Contraloría General de la República en materia de hacienda pública

La Contraloría es el órgano encargado constitucionalmente de la vigilancia de la Hacienda Pública.

Es así como la Constitución Política en su numeral 183 dispone que: "La Contraloría General de la República es una institución auxiliar de la Asamblea Legislativa en la vigilancia de la Hacienda Pública (...)" (El resaltado no es del original).

Por su parte, la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República establece:

"Artículo 1.-NATURALEZA JURIDICA Y ATRIBUCION GENERAL La Contraloría General de la República es un órgano constitucional fundamental del Estado, auxiliar de la Asamblea Legislativa en el control superior de la Hacienda Pública y rector del sistema de fiscalización que contempla esta Ley." (El resaltado no es del original).

Asimismo, el numeral 8 de la misma ley Orgánica citada establece que:

"Hacienda Pública es la organización formada por los entes y órganos públicos, incluyendo los no estatales, propietarios o encargados, por cualquier título, de la administración del patrimonio público; salvo la contribución obrero patronal que es de naturaleza pública.

Los recursos del Banco Popular y de Desarrollo Comunal tendrán el carácter que su propia ley orgánica le otorga.

Patrimonio público es la universalidad constituida por los fondos públicos y por los pasivos a cargo de la Hacienda Pública.

Los componentes de la Hacienda Pública son las instituciones, corporaciones y empresas públicas, sean entes u órganos." En virtud de la función contralora otorgada a la Contraloría, el legislador ha establecido que los pronunciamientos en relación con su competencia son vinculantes.

En este sentido el artículo 12 de la Ley Orgánica de la Contraloría General de la República antes citada, establece que:

"La Contraloría General de la República es el órgano rector del ordenamiento de control y fiscalización superiores, contemplado en esta ley.

Las disposiciones, normas, políticas y directrices que ella dicte, dentro del ámbito de su competencia, son de acatamiento obligatorio y prevalecerán sobre cualquiera otras disposiciones de los sujetos pasivos que se le opongan. (...)" (El resaltado no es del original).

Es claro que lo discutido es parte integral de la Hacienda Pública en el tanto el costo de un servicio público es un ingreso que percibe su prestatario, el cual en este caso, es una institución autónoma del Estado y por ende la naturaleza de esos fondos es pública.

Siendo lo discutido en la consulta materia relacionada con parte integral de la Hacienda Pública, lo dispuesto en este asunto por la Contraloría General de la República es vinculante para la administración consultante, además de que la competencia de dicha

entidad es exclusiva y excluyente, incluso, en relación con esta Procuraduría.

II.-OPINION JURIDICA DE ESTE ORGANO

A pesar de lo expuesto, y con el propósito de colaborar con la administración activa, este Organismo Superior consultivo de la Administración Pública emite opinión jurídica sobre lo consultado, que carecerá del carácter vinculante que establece el numeral 3 de la Ley Orgánica de esta Procuraduría, en vista de la competencia que priva en la materia de la Contraloría General de la República.

En virtud de que al formularse la presente consulta se encontraba vigente otra normativa, se procederá a analizar la consulta indicada antes y después de la vigencia de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos.

A.-Situación antes de la entrada en vigencia de la ley de la Autoridad Reguladora de servicios publicos

Seguidamente se expondrá la regulación legal de las tarifas de los servicios públicos de electricidad y telecomunicaciones, antes de la vigencia de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos.

En primer término, la ley No. 258 de 18 de agosto de 1941 estableció como eje rector de las tarifas, precios y condiciones del servicio eléctrico, el principio de servicio al costo.

Así, el numeral 51 de la citada ley estableció:

Artículo 51.-La Junta Eléctrica procurará que las tarifas, precios y condiciones que se aplican a los servicios de energía eléctrica sean los más favorables para el público consumidor dentro del principio de servicio al costo que se tratará de establecer hasta

donde fuere posible, permitiendo al capital invertido apenas un rédito anual justo.

Con tal objeto se le faculta para convenir o contratar normas variables de tarifas eléctricas o para el ajuste de ellas conforme se alteren las condiciones económicas que afecten el costo de tales servicios de utilidad pública. Cuando el caso fuere de convenir, contratar o aprobar el alza de cualquier tarifa o precio vigente de los servicios de energía eléctrica, antes de dictar la resolución respectiva la Junta Eléctrica someterá el asunto a conocimiento del Poder Ejecutivo, sin cuya venia no podrán subirse los precios existentes de la energía eléctrica. (El subrayado no es del original).

En el Decreto-Ley de Creación del Instituto Costarricense de Electricidad, No.449 de 8 de abril de 1949 y sus reformas, se dispone:

"Artículo 17.-La política financiera del Instituto será la de capitalizar las utilidades netas que obtenga de la venta de energía eléctrica y de cualquier otra fuente que las tuviere, en la financiación y ejecución de los planes nacionales de electrificación e impulso de la industria a base de la energía eléctrica.

El Gobierno no derivará ninguna parte de esas utilidades, pues el Instituto no deberá ser considerado como una fuente productora de ingresos para el Fisco, sino que deberá usar todos los medios a su disposición para incrementar la producción de energía eléctrica como industria básica de la Nación.

El Instituto deberá destinar las reservas y fondos constituidos con ese objeto, al pago de prestaciones laborales y fondo de garantías y ahorro del personal permanente, y continuar efectuando los aportes correspondientes en una suma no menor a la aportada por los funcionarios y empleados que coticen para el fondo. El fondo aportado por el Instituto le pertenecerá a éste y será utilizado para los objetivos propuestos, de acuerdo con las normas que al respecto dicte su Consejo Director. El personal permanente, según calificación del mismo Consejo, deberá cotizar para el fondo con una suma no menor del cinco por ciento mensual de sus salarios. (El subrayado no es del original).

Se debe hacer notar, en relación con el primer párrafo del recién citado numeral, que en el momento histórico en que se redactó dicho párrafo - en donde se indica que la financiación y ejecución de los planes nacionales de electrificación será abastecida con las utilidades que obtenga el ICE de la venta de energía eléctrica y de cualquier otra fuente que las tuviere-, el ICE únicamente tenía a su cargo el servicio de electricidad. Fue posteriormente, como se verá, en el año 1963 cuando se le atribuye al ICE la prestación del servicio público de telecomunicaciones.

Por ello, al indicar el legislador "cualquier otra fuente", deberá entenderse como cualquier otra fuente dentro de las competencias que en ese momento tenía a su cargo el ICE.

Paralelamente, el Decreto-Ley de creación del ICE establece la regulación por parte del antiguo SNE de las tarifas de la venta de electricidad.

En ese sentido el numeral 19 de la indicada ley dispone:

"Artículo 19.-La fijación de las tarifas de venta de energía eléctrica y todas las otras funciones que como empresa de servicio público lleve a cabo el Instituto, estarán reguladas por el Servicio Nacional de Electricidad, de acuerdo con su Ley Orgánica." (El subrayado no es del original).

Por su parte, en cuanto a los servicios de telecomunicaciones, la ley No. 3226 de 28 de octubre de 1963 establece también el principio de servicio público al costo y dispone así:

Artículo 1º.-Adiciónase el artículo 2º del Decreto Ley N° 449 de 8 de abril de 1949, por medio del cual se creó el ICE, con el siguiente nuevo inciso, así: ...

Artículo 2º.-Los servicios de telecomunicaciones se prestarán como servicio público al costo, y su precio se establecerá en forma que el ingreso anual permita cubrir:

- a) Los gastos de operación y mantenimiento;
- b) Una remuneración adicional que fijará el Servicio Nacional de Electricidad sobre el activo fijo neto;
- c) Una cuota prudencial de depreciación de equipo, instalaciones, edificios y otros bienes;
- d) Impuestos y tasas legalmente establecidos; y
- e) Costo de la función reguladora que ejercerá el Servicio Nacional de Electricidad en materia de tarifas. (El subrayado no es del original).

Adicionalmente, la misma ley establece que el SNE tendrá, en cuanto al sistema de telecomunicaciones, la misma facultad reguladora que la ley otorga en relación con los servicios eléctricos.

En ese sentido se dispone lo siguiente: "Artículo 8.-

El Servicio Nacional de Electricidad tendrá respecto del Instituto Costarricense de Electricidad, en cuanto al sistema de telecomunicaciones, la facultad reguladora que la ley le concede en relación con los servicios eléctricos.

(El subrayado no es del original).

De la normativa expuesta, es posible concluir preliminarmente lo siguiente:

- que el principio de servicio al costo se aplica tanto al servicio eléctrico como al servicio de telecomunicaciones y,
- que el SNE tenía la facultad de regular los servicios eléctricos y los servicios de telecomunicaciones.

B.-Situación después de la entrada en vigencia de la ley de la Autoridad Reguladora de servicios públicos

La Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, No. 7593 del 9 de agosto de 1996, establece como servicios públicos cuyos precios y tarifas fijará dicha autoridad, el suministro de energía eléctrica y el de telecomunicaciones.

Es así como se dispone:

"Artículo 5.-

Funciones En los servicios públicos definidos en este artículo, la Autoridad Reguladora fijará precios y tarifas;

además, velará por el cumplimiento de las normas de calidad, cantidad, confiabilidad, continuidad, oportunidad y prestación óptima, según el artículo 25 de esta ley. Los servicios públicos antes mencionados son:

a) Suministro de energía eléctrica en las etapas de generación, transmisión, distribución y comercialización.

b) Los servicios de telecomunicaciones cuya regulación esté autorizada por ley.

(...)" (El subrayado no es del original).

Por otra parte, dentro de los principios de la ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, se encuentra el principio de servicio al costo, el cual es definido por el numeral 3 de la Ley indicada, así:

"Artículo 3.-

Definiciones Para efectos de esta ley, se definen los siguientes

conceptos: (...)

b) Servicio al costo: principio que determina la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos, de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, de acuerdo con lo que establece el artículo 31.

(...)" (El subrayado no es del original).

En la indicada ley se disponen las obligaciones de la Autoridad Reguladora, dentro de las cuales, entre otras más, se encuentra la de regular y fiscalizar a los prestatarios de los servicios públicos con el propósito de comprobar el correcto manejo de los factores que integran el costo del servicio.

Es así como el numeral 6 de la indicada ley establece:

"Artículo 6.-

Obligaciones de la Autoridad Reguladora Corresponden a la Autoridad Reguladora las siguientes obligaciones:

a) Regular y fiscalizar contable, financiera y técnicamente, a los prestatarios de servicios públicos, para comprobar el correcto manejo de los factores que afectan el costo del servicio, ya sean las inversiones realizadas, el endeudamiento en que han incurrido, los niveles de ingresos percibidos, los costos y gastos efectuados o los ingresos percibidos y la rentabilidad o utilidad obtenida.

b) Realizar inspecciones técnicas de las propiedades, plantas y equipos destinados a prestar el servicio público, cuando lo estime conveniente para verificar la calidad, confiabilidad, continuidad, los costos, precios y las tarifas del servicio público.

c) Velar por el cumplimiento, por parte de las empresas reguladas, de las obligaciones en materia tributaria, el pago de las cargas sociales, y el cumplimiento de las leyes laborales.

d) Cualquiera otra obligación que las leyes le asignen.

Toda disposición que se emita en relación con las materias a que

se refiere este artículo, será de acatamiento obligatorio." (El subrayado no es del original).

En cuanto a los criterios para la fijación de precios y las tarifas al costo de los servicios públicos, la Autoridad Reguladora tomará en cuenta la estructura productiva modelo para cada servicio público, la equidad social, la sostenibilidad ambiental y la eficiencia económica.

"Artículo 31.-Fijación de precios, tarifas o tasas Para fijar precios, tarifas y tasas de los servicios públicos, la Autoridad Reguladora tomará en cuenta las estructuras productivas modelo para cada servicio público, según el desarrollo del conocimiento, la tecnología, las posibilidades del servicio, la actividad de que se trate y el tamaño de las empresas prestatarias. En este último caso, se procurará fomentar la pequeña y la mediana empresa. Si existe imposibilidad comprobada para aplicar este procedimiento, se considerará la situación particular de cada empresa.

Los criterios de equidad social, sostenibilidad ambiental, conservación de energía y eficiencia económica definidos en el Plan Nacional de Desarrollo, deberán ser elementos centrales para fijar precios, tarifas y tasas de los servicios públicos. No se permitirán fijaciones que atenten contra el equilibrio financiero de las entidades prestatarias del servicio público.(El subrayado no es del original).

Además, de manera expresa la ley en estudio detalla los costos del servicio que no se aceptarán, dentro de los cuales se encuentran los gastos e inversiones ajenos a la prestación del servicio y ajenas a la administración, a la operación y al mantenimiento de la actividad regulada.

Así, se dispone lo siguiente:

Artículo 32.-Costos sin considerar No se aceptarán como costos de las empresas reguladas:

a) Las multas que les sean impuestas por incumplimiento de las obligaciones que establece esta ley.

- b) Las erogaciones innecesarias o ajenas a la prestación del servicio público.
- c) Las contribuciones, los gastos, las inversiones y deudas incurridas por actividades ajenas a la administración, la operación o el mantenimiento de la actividad regulada.
- d) Los gastos de operación desproporcionados en relación con los gastos normales de actividades equivalentes.
- e) Las inversiones rechazadas por la Autoridad Reguladora por considerarlas excesivas para la prestación del servicio público.
- f) El valor de las facturaciones no cobradas por las empresas reguladas, con excepción de los porcentajes técnicamente fijados por la Autoridad Reguladora. (El subrayado no es del original).

De la normativa expuesta, quedan claros los siguientes aspectos:

- que la Autoridad Reguladora tiene la facultad de regular los servicios de suministro de energía eléctrica y los servicios de telecomunicaciones,
- que el principio de servicio al costo se aplica a todos los servicios públicos regulados por la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos,
- que el servicio al costo es un principio que sirve para determinar la forma de fijar las tarifas y los precios de los servicios públicos contemplando únicamente los costos necesarios para prestar el servicio, que permitan una retribución competitiva y garanticen un adecuado desarrollo de la actividad,
- que la aplicación del principio de servicio al costo implica el estudio de costos de cada servicio de forma individualizada e independiente de cualquier otro, excluyendo los gastos e inversiones ajenos a la prestación del mismo.

Es importante hacer notar que la regulación y el control del servicio público tiene como finalidad básica la protección del consumidor usuario del servicio.

En ese sentido, la reciente reforma al numeral 46 constitucional, mediante ley No.7607 de 29 de mayo de 1996, publicada en La Gaceta No.115 de 18 de junio de 1996, adiciona el siguiente párrafo:

"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." (El subrayado no es del original).

Así, teniendo garantizada de manera expresa en la Constitución Política la protección del consumidor, la regulación y control del servicio público al costo resultó reforzada en virtud del indicado derecho fundamental, dentro del cual se incorpora expresamente la figura de sus intereses económicos.

De esta forma queda claro que la protección de los intereses económicos del consumidor en materia de servicios públicos se ve satisfecha a partir del criterio de la prestación al costo del servicio público, situación que desaparece mediante prácticas como la consultada por parte del prestatario del servicio telefónico -ICE-, las cuales deben calificarse por ello como ilegítimas.

III.-CONCLUSIONES:

De acuerdo con lo expuesto, esta Procuraduría concluye que:

1.-La Contraloría General de la República tiene la competencia exclusiva y excluyente, incluso en relación con esta Procuraduría, para dictaminar en asuntos relacionados, como el presente, con la Hacienda Pública.

2.-La consulta implica la disposición de fondos públicos, por lo que lo dispuesto por la Contraloría General de la República es vinculante para la administración consultante.

3.-De manera no vinculante, este Organo Asesor considera que la

transferencia de fondos que ha venido realizando el Instituto Costarricense de Electricidad, del sector de telecomunicaciones al sector eléctrico es ilegal tanto con la normativa aplicable antes de la vigencia de la Ley de la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos, como en el marco de ésta, ya que la fijación del precio del servicio no debe incluir gastos o inversiones ajenos a la prestación del mismo, en virtud de la protección de los intereses económicos del consumidor, reflejados en el Principio de Servicio al costo.

Sin otro particular, se despide de usted atentamente, Licda. María Lourdes Echandi Gurdián Procuradora Adjunta

Determinación de los costos necesarios para regulación de los precios de los servicios

[TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, SECCIÓN PRIMERA]⁸}

No. 95-2006.-

SECCIÓN PRIMERA DEL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. Segundo Circuito Judicial de San José, a las diez horas y veinte minutos del tres de marzo del dos mil seis.- **

Juicio Ordinario Civil de Hacienda establecido en el Juzgado Contencioso Administrativo por RAUL ALEXANDER JARA CAMPOS, casado, fotógrafo, vecino de Ciudad Quesada, con cédula de identidad 7-118-503, contra el INSTITUTO COSTARRICENSE DE ELECTRICIDAD (en adelante ICE), representado en autos por su apoderado general judicial, licenciado Geovanni Bonilla Goldoni, abogado, con cédula 1-563-973. Ambos mayores.-

RESULTANDO

1).- Establecida la cuantía de este asunto en treinta y tres millones de colones, la demanda es para que en sentencia se condene al demandado a:

" 1.) Al resarcimiento del daño causado a mí representado por la violación de sus derechos de autor, con ilegítima apropiación y reproducción que hiciera de una de sus obras fotográficas, utilizada en la impresión de las tarjetas Viajera, denominación de diez mil colones, así como en los afiches publicitarios de esas mismas tarjetas. Se estima el daño en la suma de QUINCE MILLONES DE COLONES, correspondientes al valor que usualmente reciben obras de esta Naturaleza, y que son fruto de la persistencia constancia y esfuerzo, los cuales deben ser apreciados y valorados en su justa dimensión. 2.) Que se condene al ICE al resarcimiento del daño moral infligido(sic) a don Raúl Alexander Jara. Consecuencia de la privación de sus derechos morales, según lo establecido en el artículo 14 de la Ley de Derechos de autor. Se calculan en un 50% del daño patrimonial, es decir, en la suma de SIETE MILLONES QUINIENTOS MIL COLONES. 3.) Que se condene al demandado al resarcimiento de los perjuicios causados al hacer pública la obra artística del actor, afectándose su componente de novedad y espectacularidad ... afectándosele directamente en los ingresos que por la comercialización de la misma le podrían haber correspondido. Se estima el perjuicio causado en la suma de ONCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA MIL COLONES, calculados como una tasa de interés del 15% anual sobre el monto del daño, desde la fecha en que se comenzó utilizar ilegítimamente la obra fotográfica. 4.) Se condene al ICE al pago de tanto las costas personales como los honorarios de abogado de la presente causa. Tarifas que deben tasarse de conformidad con lo establecido en el Arancel de Profesionales en Derecho."

2).- La demandada contestó la acción en forma negativa e interpuso las defensas de falta de derecho, de legitimación pasiva y activa y la genérica sine actione agit.-

3).- La licenciada Liliana Quesada Corella, Juez de lo Contencioso Administrativo, por resolución número 1463-04, de quince horas del diecinueve de noviembre del dos mil cuatro, dispuso:

"POR TANTO: Se acogen las defensas de falta de derecho y falta de legitimación activa. Se rechazan las de falta de legitimación pasiva y la de sine actione agit en la modalidad de falta de interés. Se declara sin lugar en todos su extremos la presente demanda ordinaria. Se resuelve este asunto sin especial condenatoria en costas."-

4.- Inconforme con esa resolución el actor apeló, gestión que le fue admitida y en virtud de lo cual conoce este Tribunal en alzada.-

7.- Como al recurso se le ha dado el trámite que le es propio y no se notan defectos que invaliden lo actuado o que deban ser corregidos, se procede a dictar esta resolución, previa deliberación de rigor. La sentencia se dicta dentro del posibilidades de tiempo que imponen las condiciones materiales del Despacho.-

Redacta El Juez Villalobos Soto.-

CONSIDERANDO

I.- La lista de hechos probados de la sentencia en cuestión se ratifica por ser conforme a los elementos de convicción evacuados en autos, no obstante se modifica el quinto, para que diga así: 5) Que Cecilia Zúñiga Quesada le prestó la foto que compró en el Hotel el Tucano a un compañero de Trabajo, que a su vez sacó una copia e hizo una ampliación que puso en la oficina de trabajo, posteriormente se utilizaron los negativos de la copia para emitir la imagen de la tarjeta telefónica (contestación de la demanda a folios 99-102, certificación a folios 93-95, declaración de la misma a folios 90-91 y de Ingrid Herra Blanco a folios 143-144). Asimismo, se deben agregar los siguientes: 6) Que en diciembre de mil novecientos noventa y nueve el ICE hizo una emisión de veinte mil tarjetas telefónicas del tipo "Viajera", con un valor de diez mil colones cada una, en la que se incluyó la fotografía del Volcán Arenal en erupción que interesa, junto con otras tarjetas de otros valores en las que se observan fotografías de animales, paisajes, personas, animales, obras artísticas como cerámica indígena, carretas pintadas, un óleo, etcétera (contestación de la demanda a folio 116 y folleto a folio 56-89).- 7) Que los diseños de las tarjetas telefónicas, la institución demandada los obtiene por la confección de sus propios funcionarios, por contratación de agencias de publicidad, de diseñadores externos, de ilustradores o caricaturistas externos, o por colaboración de otras instituciones (contestación de la demanda a folio 100).- 8) Que la imagen en litis se utilizó por la demandada como fondo en un afiche de promoción de la "Conferencia Latinoamericana de Electricidad" en el año dos mil uno (certificación a folio 121).- 9) Que cuando la

institución usa en sus tarjetas imágenes de fotógrafos externos se negocia con ellos el alquiler de sus derechos de autor, por ejemplo se pagaron cuarenta mil colones por el uso de las imágenes de unas orquídeas que se usaron en una emisión de unas trescientas cincuenta mil o quinientas mil tarjetas, en estos casos se paga de diez mil a cuarenta mil colones (declaración de Ingrid Herra Blanco a folios 143-144).- 10) Que el actor ordena tirajes de trescientas a cuatrocientas fotografías de la imagen en litis en forma periódica a "Agfa Químicas Unidas", con los que trabaja desde mil novecientos noventa y siete (declaración de Alberto Chaves Herrera a folio 140).-

II.- Con relación al elenco de hechos tenidos como no demostrados, se confirma el primero, pero el segundo se sustituye y se adicionan otros así: 2) Que al actor se le haya provocado un daño material por el uso no autorizado de la imagen que se valore en la suma de quince millones de colones.- 3) Que el actor haya perdido la suma de once millones de colones al perder novedad la fotografía en cuestión. 4) Que la demandada obtuviera algún tipo de lucro o beneficio económico con el uso de la imagen en discusión. De estos hechos no se ha evacuado ni ofrecido prueba alguna en autos.-

III.- El recurrente alega que hay error en la sentencia apelada al no tener por probado que el actor es el autor de la fotografía en cuestión, por cuanto la ley permite como medio de prueba las presunciones e indicios (artículo 330 del Código Procesal Civil), que incluso se utilizan en asuntos tan graves como la materia penal, al efecto cita una resolución del Tribunal Superior de Casación Penal y otras de la Sala Primera de la Corte Suprema de Justicia. Señala que está debidamente demostrado que el ICE ilustró una tarjeta telefónica y unos afiches con la figura del Volcán Arenal, que para ello se basó en una tarjeta que sus funcionarios compraron en el Hotel El Tucano, donde hicieron una breve indagación del quien era el fotógrafo porque sabían que había un autor, además que el actor es fotógrafo de la zona, dedicado a las imágenes de carácter turístico que vende en forma masiva en la misma zona, incluyendo el citado hotel, además que él solicita al laboratorio "Agfa Químicas Unidas" reproducciones de la foto en cuestión, y que la misma demandada ha reconocido la propiedad del actor sobre la obra, tanto en forma expresa como implícita. Dice que en ninguno de sus alegatos el instituto pone en duda esa autoría y que el artículo 316 *ibídem* ordena rechazar pruebas de hechos admitidos, por lo cual no era necesario demostrarlo, así que desistió de ciertas pruebas como un

testimonio y la pericial. Agrega que demostró que vende su trabajo en exhibidores en los que se identifica en forma clara su empresa, que junto con el conjunto de los demás hechos permite deducir por presunciones humanas su alegato (artículos 318 inciso 7° y 417 del Código Procesal Civil en relación con el 720 y 763 del Código Civil). También señala que en todo caso la Ley de Derechos de Autor también protege las obras anónimas (artículo 5°), y que se requiere autorización expresa para su uso, por lo que se presume ilícita la reproducción o utilización que se haga sin permiso (artículo 120), de manera que la accionada debió seguir el procedimiento de ley para cosas pérdidas, pero no optar por hacer ilegalmente la reproducción en veinte mil tarjetas. Recuerda la jurisprudencia de la Sala Primera en materia de daño moral, su naturaleza, existencia, que la prueba puede existir en "in re ipsa" y la forma prudencial en fijar su importe. Pide que como la sentencia invocada infringe la normativa citada se revoque la misma y se acoja la demanda.

IV.- El Tribunal considera los alegatos propuestos y en primer lugar la cuestión de sí el actor es el autor de la fotografía que se discute. Ante esta instancia el representante de la demandada alega que en ningún momento ha reconocido en forma alguna que eso sea cierto, no obstante, se debe observar que en el escrito de contestación de la demanda, expresamente manifestó:

"La petitoria que hace el actor para que la Institución le reconozca el daño patrimonial, es totalmente ilegítima pues de lo expuesto se desprende que el ICE nunca utilizó su fotografía para fines de lucro, su utilización no le generó a mí representado ganancia económica alguna y, por ende no existe un parámetro económico para la supuesta compensación que se exige en este proceso.

Por otro lado, la solicitud de resarcimiento de daño moral también resulta improcedente, amén de totalmente exagerada, irrazonable y desproporcionada y así debe declararse, pues es evidente que no se ha probado ello ni fundamentado por parte del actor, además de que ha quedado plenamente acreditado en autos que el ánimo y la motivación de la Institución en sus acciones nunca fue desconocer la autoría del señor Jara Campos ." (La negrilla no es del original).

De conformidad con el artículo 103 de la Ley Reguladora de la

Jurisdicción Contencioso Administrativa, en relación con el 341 del Código Procesal Civil, las aserciones contenidas en los escritos de las partes se tendrán como confesión de éstos, por lo que la manifestación transcrita permite concluir que el ICE no desconoce la autoría del accionante respecto de la imagen gráfica en litis. Ello aunado a la prueba testimonial, donde consta que es fotógrafo de paisajes de la zona de San Carlos de Alajuela, que vende masivamente sus trabajos en varios locales de la región, incluyendo el "Hotel El Tucano", que manda a imprimir en forma periódica y vende tirajes de hasta trescientas copias de la fotografía en litis y que fue ahí donde una funcionaria de la entidad demandada compró una copia de la foto en cuestión, que le prestó a un compañero de trabajo, quien hizo una reproducción para adornar la oficina y que luego se usó para ilustrar las tarjetas telefónicas de la serie viajera de diez mil colones, de las que se emitieron veinte mil copias. Lo que no está probado es que la foto que compró la funcionaria del ICE tuviera la identificación del autor, pues si bien el actor ha demostrado que sus exhibidores y su producto refieren los datos necesarios, también hay testimonios claros y no controvertidos en el sentido de que quien compró la foto refiere que ella no tenía identificación de su autor y no le dieron razón de ello en el local, ratificado por otros dos testigos que afirman que fueron a ese local y constataron la venta de fotos de paisajes vecinos sin referencia al autor y sin que les dieran información los que atendían al público.-

V.- Con base en esa información, se debe analizar la pretensión del demandante, en el sentido de que la accionada cometió un acto ilegítimo al usar su obra y le ocasionó daños patrimoniales. Al respecto el representante del ICE alegó que de conformidad con el artículo 7° (de la LEY SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, número 6683 de 14 de octubre de 1982), tiene derecho de utilizar libremente en cualquier forma y proceso obras artísticas con la sola obligación de indicar el nombre del autor si fuere conocido, lo que en este caso no podía hacer; alegato que es inadmisibles, pues la norma regula sobre trabajos artísticos pertenecientes al dominio público, como el caso de los monumentos o estatuas exhibidos en parques, o de obras expuestas en museos, lo que no es el presente caso, que se trata de una fotografía de dominio privado, de la cual su dueño vende reproducciones, enfatizando su derecho de propiedad, el alegato confunde la venta al público de un bien de dominio privado con el concepto de pertenencia al dominio público, que como se ha indicado es diferente. También alega que según el numeral 155 ibídem el autor es quien se identifique a través de la obra y que se sanciona su uso sin la autorización del titular, alegato que se conforma con una

interpretación parcial de la normativa, pues la cita se refiere sólo "a quien se considera autor" en principio de un trabajo, pero no permite considerar el libre uso de un producto por el solo hecho de que no esté esa referencia, en tanto que el numeral 62 ibídem también protege la obra anónima (ver artículo 3° inciso 14 del Reglamento a la Ley, Decreto Ejecutivo 24611-J). Dice que lo único que hizo fue usar la foto que compró una de sus funcionarias, lo que es contrario a la ley citada, pues lo que compró fue nada más el objeto donde constaba la reproducción pero no el derecho a usar la imagen lograda por el fotógrafo reproduciéndola para sus propios fines. Se invocó el artículo 71, aduciendo que es lícita la reproducción de estatuas o monumentos y obras de arte adquiridas por el poder público expuestas en las calles y el 76, con relación a la libre publicación de retratos con fines científicos, didácticos y culturales en general, o de hechos o acontecimientos de interés público, alegando que el volcán es una cosa que se representó en la foto con fin cultural; lo que tampoco es un razonamiento admisible, pues lo que la norma establece es que es lícito en este caso fotografiar y reproducir las imágenes del volcán, pero no autoriza a considerar cualquier foto como bien común, el fenómeno natural lo es, pero la fotografía como tal le pertenece a quien la logró, es lícito retratar personas, cosas, bienes expuestos al público, como lo es el parque nacional del Arenal, y lo que la norma permite es que cualquiera pueda tomar imágenes de hechos públicos, los cuales pertenecen en sí a la comunidad que los presencia o se interesa por ellos, pero una vez grabada la imagen en la foto, ésta como trabajo profesional le pertenece a quien la sacó nada más.-

VI.- En el presente caso, es cierto que cualquier persona puede ir al parque y tomar retratos del fenómeno volcánico, pero fue el actor quien obtuvo ésta imagen particular, en un momento específico de la manifestación de la naturaleza y así obtener una reproducción de la misma de carácter irrepetible y de una calidad individual, este es en sí el producto de su esfuerzo, la fotografía representa su trabajo profesional y artístico. De conformidad con los artículos 71 y 76 ibídem el ICE podía ir al parque y fotografiar el paisaje o los hechos que se dan en él y utilizar sus reproducciones libremente, pero nunca tomar el trabajo de un tercero y usarlo discrecionalmente. Tampoco es cierto que se está ante un uso honrado de la obra (regulado en el artículo 3 inciso 37 del Reglamento a la ley, no en el 36 como se alega); que es cuando no se interfiere con la explotación normal de la obra ni se causa perjuicio irrazonable a los intereses legítimos del autor, pues el uso no autorizado de ese trabajo si interfiere con la explotación normal según la ley y por ende, al

no reconocer el derecho patrimonial de su autor, le causa un perjuicio que no está obligado a soportar.

VII.- El demandado sostiene que no tiene responsabilidad ni obligación con el actor porque no obtuvo ni pretendió obtener lucro de la reproducción o emisión de tarjetas, no obstante, al contestar la demanda, en forma expresa confesó que los modos de obtener las imágenes que usa es mediante trabajos de sus propios funcionarios, los cuales laboran a cambio de un salario, o por la contratación de agencias de publicidad, de diseñadores externos, de ilustradores o caricaturistas externos, o por colaboración de otras instituciones; en todos los casos se paga por el trabajo que se recibe y se imprime, salvo el último, en que la propiedad de la imagen es facilitada por su dueño, una institución, en otras condiciones. De ellos se desprende que la entidad demandada, por norma general paga por obtener las imágenes que usa, sea a sus empleados que la producen o a los autores del trabajo, sólo que con respecto al caso que interesa, tomó la imagen que constaba en una foto comprada por su empleada, sabiendo que era el trabajo de un autor que no podía identificar, según alega, pero que existía y atendida a ese anonimato, usó y aprovechó ese producto sin ningún reconocimiento intelectual o económico al autor, con abierta infracción de la Ley en comentario, que reconoce una serie de derechos patrimoniales, morales e intelectuales al creador de un trabajo artístico (artículos 1º y 5º), de manera que es dueño de los beneficios por su reproducción o uso, pudiendo negociar y determinar el valor a esa utilidad (art. 17), incluyendo aún el caso de que fuere anónima (art. 62), de manera que sólo podía usarla con una autorización expresa y escrita de su productor (art. 120). Afirma que trató de localizarlo, con el limitado esfuerzo para ello de preguntarle al dependiente de la tienda donde compró la postal; no obstante, eso no era suficiente motivo para desconocer los términos de la ley y el patrimonio del accionante, por lo que el uso en discusión es ilegal y el accionante tiene derecho al pago de los efectos de esa infracción, o sea, tiene derecho al pago por su trabajo, por el uso de un producto de su propiedad sin autorización legal.

VIII.- En virtud de la conclusión precedente, se estima que se debe revocar la sentencia venida en alzada en cuanto rechaza las pretensiones del actor, dado que, tal y como se ha considerado, si tiene la legitimidad y fundamento jurídico para su petición, ahora bien, se debe entrar a analizar el fondo del asunto y considerar la procedencia de la indemnización reclamada. El hecho es que la pretensión de la demanda de quince millones de colones por daño

patrimonial carece de toda referencia que permita analizar la realidad y admisibilidad de ese precio, pues se omitió por el interesado aportar elementos de prueba que permitan al juzgador analizar si la pretensión es razonable o exagerada. Al efecto es pertinente observar que, de conformidad con el artículo 3° inciso b° de la Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (número 7593), que el precio de los servicios públicos se determina de manera que se contemplen únicamente los costos necesarios para prestar el servicio y que permita una retribución competitiva y garanticen el adecuado desarrollo de la actividad, de acuerdo con lo que establece el artículo 31 ibídem, de manera que no es posible considerar que en el uso de la imagen se ocasionara un lucro por ella misma, sino y sólo una decoración a la tarjeta. En este caso lo que procede es estimar el valor promedio que usualmente se paga a nivel de mercado por este tipo de producto, tanto para las tarjetas como con respecto a los afiches, al precio actual, lo que deberá liquidarse de forma pericial en ejecución de sentencia. En cuanto al extremo de resarcimiento de los perjuicios causados al hacer pública la obra artística del actor, indicando que se afectó su componente de novedad y espectacularidad, tampoco hay un criterio que permita valorar este extremo, de hecho no hay prueba que permita establecer como se afectó el uso que da o daría el demandante a la gráfica en cuestión por la promoción de la tarjeta viajera, razón por la cual, al constar la lesión, se debe rechazar el extremo. En cuanto al daño moral por el uso no autorizado de la imagen, el artículo 13 de la Ley de Derechos de Autor establece los derechos de tipo moral sobre las obras, que permanecen aún después de su cesión, entre ellos se incluyen (artículo 14): mantener la obra inédita, exigir la mención de su nombre o seudónimo en las reproducciones o impedir las reproducciones si se ha modificado o mutilado; los cuales fueron violados por parte de la demandada según se ha concluido de los hechos en este caso, ello permite dos consideraciones, la primera que el daño moral se entiende como el dolor o sufrimiento que un hecho le causa al ánimo de una persona, de manera que se trata de compensar esa sensación de congoja; en este caso no se han aportado elementos de prueba que permitan establecer que tales consecuencias ocurrieran en la situación personal del actor; en segundo lugar, se debe señalar que hay casos en que la sola existencia del hecho dañino permite establecer por presunciones de hombre que se produjo tal lesión, al efecto cabe citar la jurisprudencia:

"VIII.- El daño moral (llamado en doctrina también incorporal, extrapatrimonial, de afección, etc.) se verifica cuando se lesiona la esfera de interés extrapatrimonial del individuo, empero como

su vulneración puede generar consecuencias patrimoniales, cabe distinguir entre daño moral subjetivo "puro", o de afección, y daño moral objetivo u "objetivado". El daño moral subjetivo se produce cuando se ha lesionado un derecho extrapatrimonial, sin repercutir en el patrimonio, suponiendo normalmente una perturbación injusta de las condiciones anímicas del individuo (disgustos, desánimo, desesperación, pérdida de satisfacción de vivir, etc., vg. el agravio contra el honor, la dignidad, la intimidad, el llamado daño a la vida en relación, aflicción por la muerte de un pariente), así uno refiere a la parte social y el otro a la afectiva del patrimonio. Esta distinción nació, originalmente, para determinar el ámbito del daño moral resarcible, pues en un principio la doctrina se mostró reacia a resarcir el daño moral puro, por su difícil cuantificación. ... En suma el daño moral consiste en dolor o sufrimiento físico, psíquico, de afección o moral infligido con un hecho ilícito. Normalmente el campo fértil del daño moral es el de los derechos de la personalidad cuando resultan conculcados.- ¼ " XIII.- En lo referente a la prueba del daño moral el principio es el siguiente: debe acreditarse su existencia y gravedad, carga que le corresponde a la víctima, sin embargo se ha admitido que tal prueba se puede lograr a través de presunciones de hombre inferidas de indicios, ya que, el hecho generador antijurídico pone de manifiesto el daño moral, pues cuando se daña la psiquis, la salud, la integridad física, el honor, la intimidad, etc. es fácil inferir el daño, por ello se dice que la prueba del daño moral existe "in re ipsa ". Sobre el particular, esta Sala ha manifestado que en materia de daño moral "...basta, en algunas ocasiones, con la realización del hecho culposo para que del mismo surja el daño, conforme a la prudente apreciación de los Jueces de mérito, cuando le es dable inferir el daño con fundamento en la prueba de indicios (Sentencia No. 114 de las 16 horas del 2 de noviembre de 1979)". [Sala I de la Corte Suprema de Justicia, Voto No. 112 de las 14 horas y 15 minutos del 15 de julio de 1992, citado en el 65 de 14 horas del 1 ° de octubre de 1993. La negrilla no es del original].-

Ahora bien, dado que en este caso se puede partir del hecho de que es ha producido un daño moral subjetivo, queda el problema de su cauntificación, al respecto también la jurisprudencia ha dicho:

" No se trata, entonces, de cuantificar el valor de la honra y dignidad de un sujeto, pues estos son bienes inapreciables, sino de fijar una compensación monetaria a su lesión, único mecanismo del cual puede echar mano el derecho, para así reparar, al menos

en parte su ofensa . No cabría dentro de tal filosofía, establecer indemnizaciones exorbitantes, como sucede en otros sistemas jurídicos, pues ello produciría el enriquecimiento injusto del ofendido, mediante el lucro inmorales con la honra y dignidad propias. dentro de los principios fundamentales del derecho, hállese los de razonabilidad y proporcionalidad , a los cuales se les ha reconocido en nuestro medio el rango de principios constitucionales (ver al respecto, las resoluciones de la Sala Constitucional #1739 - 92 de las 11:45 horas del primero de julio y 3495-92 de las las 14:30 horas del diecinueve de noviembre, ambas de 1992). Aplicándolos a situaciones como la presente, resulta indispensable, al fijar las obligaciones nacidas en situaciones jurídicas indemnizatorias, atender la posición de las partes y la naturaleza, objeto y finalidad del resarcimiento, sin llegar a crear situaciones absurdas, dañinas o gravemente injustas. En tal sentido, el daño moral, en casos como el analizado, no podría dar lugar a indemnizaciones millonarias, como la pretendida. Ello abriría un portillo inconveniente, para dar paso a pretensiones desproporcionadas las cuales, so pretexto de tutelar el ámbito subjetivo del individuo, conducirían a un enriquecimiento injustificado que lejos de reparar la dignidad mancillada, socavaría sus fundamentos haciéndola caer en valores eminentemente económicos (Sala 1era., #41 de 15:00 hrs. del 18 de junio de 1993 y No. 99 de 16 horas de 20 de setiembre de 1995, la negrilla no es del original).

Es común que por este concepto se presenten indemnizaciones realmente cuantiosas, sin constatar su gravedad a efecto de valorarla; en estos casos esa prudente apreciación del juez fijará un monto discrecional (ver votos de la Sala I de la Corte Suprema de justicia número 114 de las 16 horas del 2 de noviembre de 1979, citada a su vez en la 100 de 16:10 Hrs. de 9-XI-94, citado por el TSCA, Sec. I., No. 6-96 de 10:25 horas del 8 de febrero de 1996), dadas las circunstancias de este caso y la falta de prueba de un daño objetivo material o moral, se estima que la suma de quinientos mil colones es proporcional a la lesión producida.-

IX.- En conclusión, se debe revocar la sentencia apelada en cuanto admite la defensa de falta de legitimación casual activa, pues al estimar que el actor es el autor de la obra fotográfica por ende está acreditado para reclamar sus derechos como tal; también se debe revocar en cuanto se admite la defensa de falta de derecho, dado que se ha establecido que si tiene la potestad de exigir una reparación al uso de propiedad en los términos que fija la ley que se ha citado y analizado, cabe admitirla sólo en cuanto al

perjuicio, extremo que no demostró en la forma reclamada, en su lugar se debe acoger la pretensión condenando al accionado al pago del daño moral dicho y del patrimonial a fijar en ejecución de sentencia. También, al no darse las circunstancias previstas en el artículo 98 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, y haberse demostrado que el demandado actuó en forma contraria a la ley, se le debe imponer a éste el pago de ambas costas. Si cabe confirmar sólo en cuanto se rechazaron las demás defensas.-

X.- Es necesario hacer una observación adicional a la sentencia en cuestión. El a-quo acogió la defensa de falta de legitimación activa, razón por la cual debía declarar inadmisibles las demandas sin entrar a considerar ni a resolver ningún otro aspecto de fondo, pues si el demandante no es el titular del derecho que pretende no tiene razón de ser considerar su procedencia, resulta contradictorio admitir ambas defensas, por lo que el Tribunal le llama la atención para que lo tome en cuenta en casos futuros.-

POR TANTO:

Se revoca la sentencia venida en alzada en cuanto admite las defensas de falta de legitimación activa y falta de derecho, que se rechazan. En su lugar se acoge la demanda en los términos que se dirán, entendiéndose denegada en lo no expresamente concedido: se condena al Instituto Nacional de Electricidad a pagarle al actor el daño moral en la suma de quinientos mil colones y al pago por la ilegítima apropiación y reproducción que hiciera de su obra fotográfica, que será en el valor promedio que usualmente se paga a nivel de mercado por este tipo de producto, tanto respecto de las tarjetas como de los afiches, al precio actual, lo que deberá fijarse con auxilio pericial, en ejecución de sentencia y ambas costas de este juicio. Tome nota la juez a-quo de lo indicado en el considerando final.-

a) Resoluciones de la Contraloría General de la República

La Contraloría General de la República, puede objetar una falta de proporción entre la tasa y el costo de los servicios prestados por las municipalidades y señalar el límite para su eventual modificación.

[R-CO-70-2006]⁹

–Despacho de la Contralora General.–San José, a las nueve horas del cuatro de setiembre de dos mil seis.

Considerando:

I.–Que la Municipalidad tiene expresa competencia para el cobro de tasas y precios públicos de conformidad con lo establecido por los numerales 68 y 74 del Código Municipal N° 7794, numerales que consagran la potestad de las municipalidades para fijar –en lo que interesa– dichas contraprestaciones por los servicios municipales que preste, sin establecer dicha normativa, la intervención de la Contraloría General por la vía de la aprobación a la fijación correspondiente.

II.–Que a partir de un nuevo análisis jurídico efectuado por esta Contraloría General, sobre la aprobación por parte de este órgano contralor de las tarifas de los servicios que prestan las municipalidades, se ha establecido que es de conformidad con el numeral 5 y el transitorio VIII del Código de Normas y Procedimientos Tributarios, que la Contraloría General ostenta una competencia plena para conocer de las gestiones aprobatorias referentes a tasas de servicios prestados por las municipalidades, encontrando como salvedad lo incorporado al ámbito competencial de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (artículos 3° y 5° de la Ley N° 7593); por ello el Municipio está en la obligación de remitir para aprobación previa de esta Contraloría General cualquier modificación a la tarifa de la tasa de que se trate, por la prestación del servicio respectivo. Asimismo, se ha determinado que a esta Contraloría no le compete aprobar los precios públicos o sus modificaciones, que son cobrados por los municipios, toda vez que dicha contraprestación no es de carácter tributario, en los términos previstos por el referido transitorio VIII.

III.—Que de acuerdo con lo anterior, dado que en los casos de los servicios públicos municipales de cementerios, parquímetros o estacionamientos, la contraprestación del usuario constituye un precio público, su aprobación es de exclusiva competencia de las entidades municipales, sin que se requiera la presentación del trámite aprobatorio antes indicado, ante esta Contraloría General.

IV.—Que según el referido análisis jurídico efectuado por esta Contraloría, y a partir de lo establecido en las resoluciones N° 9972 de las catorce horas con treinta y un minutos del ocho de noviembre del dos mil, y N° 8157 de las dieciséis horas con cuarenta y tres minutos del doce de septiembre del dos mil de la Sala Constitucional, adicionalmente se ha establecido que la aprobación tarifaria por el servicio municipal de acueducto se encuentra fuera del ámbito funcional de competencias de la Contraloría General.

RESUELVE:

1°—De conformidad con el Código de Normas y Procedimientos Tributarios, la Contraloría General ostenta una competencia plena para conocer de las gestiones aprobatorias referentes a tasas de servicios prestados por las municipalidades, encontrando como salvedad lo incorporado al ámbito competencial de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (artículos 3° y 5° de la Ley N° 7593).

En ese sentido, y al amparo de lo establecido en el ordenamiento jurídico, en las correspondientes gestiones aprobatorias municipales que se le remitan y a fin de no lesionar la autonomía municipal, la Contraloría General bien puede objetar una falta de proporción entre la tasa y el costo del servicio de que se trate, y señalar el límite para su eventual modificación, a efecto de que guarde relación con el costo efectivo de dicho servicio.

2°—Por otra parte, y de acuerdo con lo establecido en los considerandos de la presente resolución, en lo sucesivo las gestiones referidas a la fijación de precios públicos municipales no deberán ser remitidas para su aprobación ante esta Contraloría General, entre éstas las tarifas referidas a los servicios de cementerios, los parquímetros o estacionamientos municipales, dado que este Despacho estima encontrarse frente a precios públicos.

Igualmente no deberán ser remitidas las gestiones de aprobación de tarifas de servicios municipales de acueducto, en virtud de que dicho trámite se encuentra fuera del ámbito funcional de competencias de la Contraloría General. Todo lo anterior sin perjuicio de las facultades en materia presupuestaria y de fiscalización superior que ostenta esta Contraloría General.

Rige a partir de su publicación.

FUENTES CITADAS

- 1 Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. Página Oficial. Disponible en <http://www.aresep.go.cr/cgi-bin/index.fwx?area=90&cmd=servicios&id=4003>
- 2 MURILLO GONZALEZ Jorge y SALGUERO LÓPEZ Juan P. Deficiencias y limitaciones en el modelo de regulación tarifario de los servicios públicos competencia de la ARESEP. Rodrigo Facio. Tesis para optar por el grado de licenciatura en Derecho. 2003 p 170.
- 3 MURILLO GONZALEZ y SALGUERO LÓPEZ. Ibid p 277.
- 4 MURILLO GONZALEZ y SALGUERO LÓPEZ. Ibid p 279.
- 5 Asamblea Legislativa. Ley de la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos. N° 7593 Emitida el 09/08/1996.
- 6 Asamblea Legislativa. Ley General de Concesión de Obras Públicas con Servicios Públicos N° 7762 del 22/05/1998
- 7 Procuraduría General de la República. Opinión Jurídica OJ-031-97 San José, 9 de julio de 1997.
- 8 Tribunal Contencioso Administrativo, sección primera. Resolución 95-2006 de las diez horas y veinte minutos del tres de marzo del dos mil seis.
- 9 Contraloría General de la República. Resolución R-CO-70-2006