

**PARA: Norman Orozco**

**DE: Jenory Díaz**

**FECHA: 31 de Marzo de 2004**

**DJ- 0012-2004**

**ASUNTO: DISTRIBUCION DE UTILIDADES DE LAS OPERADORAS DE CAPITAL PUBLICO**

**1) Consulta:**

En relación con la distribución de utilidades de las Operadora de Pensiones de la Caja Costarricense del Seguro Social, el Departamento Financiero ha consultado a la División Jurídica, lo siguiente:

*"a. Ellos indican que deben dentro de las deducciones que realizan deberán rebajar un 3% de acuerdo a la Reforma (8276) de la Ley Nacional de Emergencias modificación del Transitorio I de la Ley Nacional de Emergencias, No.7914. La duda que surge aquí es que al leer dicha reforma se indica que "...instituciones del Poder Ejecutivo, las instituciones autónomas y las empresas del Estado." deben disponer de un 3% de los superávit presupuestarios y las ganancias. ¿La Operadora de la CCSS y las demás operadoras de capital público deberán considerarse como empresas del Estado?*

*b. En el oficio indican ellos que "No obstante en consulta de esta gerencia al asesor legal de la Junta Directiva de la OPC-CCSS se me indica que la aprobación final de la eventual distribución de utilidades deberá ser aprobada por la Asamblea General de Socios de la Operadora." la consulta sería ¿la Asamblea deberá pronunciarse sobre el monto o solamente sobre la aprobación final de la distribución de utilidades?*

*c. ¿Las operadoras de capital público son sujeto del impuesto de renta, solo las operadoras de capital privado, todas las operadoras o ninguna?"*

**2) Normativa aplicable:**

La *Ley Nacional de Emergencia*, en su transitorio<sup>1</sup> I dispone:

*“Durante los primeros cinco años a partir de la entrada en vigencia de esta Ley, se dispondrá de un tres por ciento (3%) de los superávits presupuestarios y las ganancias de las instituciones del Poder Ejecutivo, las instituciones autónomas y las empresas del Estado. Del monto que se recaude por este concepto, al Fondo Nacional de Emergencias se le entregará un dos coma siete por ciento (2,7%) y al Observatorio Vulcanológico y Sismológico de Costa Rica-Universidad Nacional, un cero coma tres por ciento (0,3%)”.*

En relación con la distribución de utilidades, el *Código de Comercio* establece en su artículo 155:

*“Se celebrará una asamblea ordinaria por lo menos una vez al año, dentro de los tres meses siguientes a la clausura del ejercicio económico, la cual deberá ocuparse, además de los asuntos incluidos en el orden del día, de los siguientes:*

- a)** Discutir y aprobar o improbar el informe sobre los resultados del ejercicio anual que presenten los administradores, y tomar sobre él las medidas que juzgue oportunas;*
- b)** Acordar en su caso la distribución de las utilidades conforme lo disponga la escritura social;*
- c)** En su caso, nombrar o revocar el nombramiento de los administradores y de los funcionarios que ejerzan vigilancia; y*
- d)** Los demás de carácter ordinario que determine la escritura social’.*

En materia impositiva, la *Ley del Impuesto sobre la Renta* señala en su numeral 1:

*“Impuesto que comprende la ley, hecho generador y materia imponible. Se establece un impuesto sobre las utilidades de las empresas y de las personas físicas que desarrollen actividades lucrativas.*

*El hecho generador del impuesto sobre las utilidades referidas en el párrafo anterior, es la percepción de rentas en dinero o en especie, continuas u ocasionales, provenientes de cualquier fuente costarricense.*

---

<sup>1</sup> Transitorio reformado mediante Ley No. 8276 de 2 de mayo del 2002. publicado en La Gaceta No. 95 de 20 de mayo del 2002.

*Este impuesto también grava los ingresos, continuos o eventuales, de fuente costarricense, percibidos o devengados por personas físicas o jurídicas domiciliadas en el país; así como cualquier otro ingreso o beneficio de fuente costarricense no exceptuado por la ley, entre ellos los ingresos que perciban los beneficiarios de contratos de exportación por certificados de abono tributario. La condición de domiciliado en el país se determinará conforme al reglamento. Lo dispuesto en esta ley no será aplicable a los mecanismos de fomento y compensación ambiental establecidos en la Ley Forestal, No. 7575, del 13 de febrero de 1996.*

*Para los efectos de lo dispuesto en los párrafos anteriores, se entenderá por rentas, ingresos o beneficios de fuente costarricense, los provenientes de servicios prestados, bienes situados, o capitales utilizados en el territorio nacional, que se obtengan durante el período fiscal de acuerdo con las disposiciones de esta ley".*

### **3) Naturaleza jurídica de la Operadora:**

De conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley, las Operadoras de Pensiones son entidades de derecho privado, constituidas como sociedades anónimas, sujetas a normas y controles. Han sido definidas como *"empresas públicas constituidas como sociedades anónimas, o empresas privadas sociedades anónimas, cuya actividad, la administración del ahorro del público para los fines detallados en la LPT, es financiera y de interés público, y se rige por la LPT y normas supletorias, y cuya organización se regula primordialmente por el Derecho Público en el caso de las primeras, y por el Privado en el caso de las segundas"*<sup>2</sup>

En el caso particular de la Operadora citada, la totalidad del capital social pertenece a un ente de naturaleza pública: la Caja Costarricense del Seguro Social. Esta especial condición - que la totalidad de su capital social sea propiedad de una institución del Estado - la convierte en una *"empresa pública"*, así lo ha entendido la Procuraduría General de la República, al decir *"Tenemos, así, una persona jurídica cuyo capital social no solo en su mayoría sino en su integridad es dominado por entes públicos; de lo que se sigue un dominio en la Junta Directiva que dota a los socios públicos de un poder preponderante, mejor dicho absoluto, de decisión o de gestión sobre la entidad. Son estos elementos (cfr. M, DURUPTY: Les entreprises publiques, I, PUF, 1986, pp. 210-211, D, LINOTTE-A, MESTRE: Services publics et Droit Public Economique, I, Litec, Paris, 1982, p. 230) los que doctrinariamente determinan que una empresa pueda ser calificada de pública, aún cuando se esté en presencia de una persona de Derecho Privado. Sencillamente, no existe una identidad necesaria entre la naturaleza jurídica, pública o privada, de un ente y su personalidad jurídica. Esta puede*

---

<sup>2</sup> JIMENEZ S. (Humberto), La integración de la Junta Directiva de las operadoras de pensiones. *Revista Ivstitia*, San José N° 177-178, setiembre-octubre 2001, pp. 8.

*ser de Derecho Público o de Derecho Privado, según la organización y régimen que se le dé a la empresa. Lo importante es el hecho de que aún cuando se trate de una persona de Derecho Privado, por ejemplo, una sociedad anónima, la empresa puede ser pública si se dan los elementos definidores antes señalados (Cfr. A. deLAUBADERE: Droit Public Economique, Dalloz, 1983, p. 668; E, GARCIA DE ENTERRIA-T, FERNANDEZ: Curso de Derecho Administrativo, I, Civitas, Madrid, 1989, p. 415 y E, GARCIA DE ENTERRIA- M, SANCHEZ MORON: "Régimen jurídico de la Empresa Pública en España", La empresa pública y su Régimen, Universidad Nacional Autónoma, Méjico, 1981, pp. 228-229)"* (Dictamen **C-063-96**).

En términos generales, la Procuraduría General de la República ha definido la "empresa pública" como "aquella entidad del Estado que desarrolla una actividad económica, es decir, una actividad destinada a la producción y el cambio de bienes y servicios para un mercado, en forma habitual y continua, ya sea en régimen de competencia o de monopolio, la cual puede asumir distintas modalidades organizativas: órgano, institución autónoma, semiautónoma, ente público estatal o no estatal o ente privado" (**OJ-113-99**).

En este orden de ideas, es claro entonces que al ser la Operadora en cuestión propiedad de una institución pública como lo es la Caja Costarricense del Seguro Social, y desarrollar una actividad de servicios destinada al mercado, puede afirmarse que es una empresa pública, lo mismo puede decirse respecto a las demás Operadoras de capital público.

#### **4) Distribución de utilidades:**

Una sociedad anónima como lo es la Operadora citada, esta conformada por tres órganos básicos: el órgano de naturaleza deliberativa (la Asamblea de Accionistas), el órgano de gestión o de administración (Junta Directiva o Consejo de Administración) y el órgano de vigilancia (Fiscalía).

Señala el Doctor Gastón Certad que: "la primera comprende el poder, dentro de ciertos límites discrecionales, de decidir sobre el cumplimiento de los negocios sociales; la segunda esta dirigida a ejecutar las decisiones de los socios en asamblea y de los propios administradores en el consejo"<sup>3</sup>. No obstante lo anterior, excepcionalmente por disposición legal la Asamblea tiene la competencia para deliberar sobre determinados actos de administración como la distribución de las utilidades.

Según lo indicado en el artículo 155 inciso b) del Código de Comercio, la Asamblea debe necesariamente conocer sobre la distribución de utilidades, si

---

<sup>3</sup> La Administración de la Sociedad Anónima, *Revista de Ciencias Jurídicas*, San José, N° 69, Mayo-Agosto de 1991, Pág. 147

existieren. Éste órgano deberá conocer y aprobar la distribución, en forma previa y no al final cuando las mismas ya se hayan repartido, puesto que en este caso carecería de legitimación la distribución. El acuerdo de Asamblea, será el que legitime la actuación del órgano gestor, al repartir las utilidades del período en las respectivas cuentas individuales, según lo dispone el artículo 155 inciso b) del Código de Comercio en relación con el artículo 49 de la Ley de Protección al Trabajador.

Cabe destacar que el inciso a) de dicho artículo 155 también otorga la competencia a la Asamblea de Accionistas de aprobar o improbar el **informe sobre los resultados** del ejercicio anual; el estado de resultados constituye la sistematización del comportamiento de los ingresos y los gastos en un período determinado, cuando los ingresos son mayores que los gastos la empresa tiene utilidades. En un orden lógico, una vez conocido por la Asamblea que la empresa se encuentra en estado de utilidad, corresponde decidir que destino se le dará a esa utilidad. Si bien en el caso de las Operadoras de capital público, el porcentaje de las utilidades a repartir (50%), esta señalado por la Ley, el monto de las utilidades debe ser conocido por la Asamblea.

### **5) Obligación de pagar el Impuesto sobre la Renta:**

Por último plantea la consulta en términos generales, sobre la obligatoriedad que tienen todas las Operadoras de capital público o privado, de contribuir con el pago del Impuesto sobre la Renta. Al respecto es importante aclarar que en materia impositiva la entidad competente es la Dirección General de Tributación del Ministerio de Hacienda.

Hecha esta aclaración, le indicamos que, según lo dispone el artículo 1 de la Ley del Impuesto sobre la Renta, las utilidades de las empresas en general se encuentran gravadas y deben pagar el impuesto.

Se encuentran exentos de cancelarlo aquellas entidades indicadas en el artículo 3 de esa misma Ley, entre las cuales no se encuentran las Operadoras de capital privado. En lo que atañe a las Operadoras de capital público y en lo que aquí interesa, el inciso a) de ese mismo artículo exonera del pago a: el Estado, las municipalidades y las instituciones autónomas y semiautónomas del Estado que por ley especial gocen de exención y las universidades estatales. Como se evidencia, las Operadoras de capital público no están contempladas en la norma, pues como se indicó anteriormente no son instituciones autónomas ni semiautónomas, sino empresas públicas y no existe

norma especial alguna que las exonere de contribuir con el impuesto sobre la renta.

Finalmente, también es procedente aclarar que es responsabilidad de la respectiva Operadora determinar si existen utilidades o pérdidas, tanto para la distribución de las utilidades como para el pago de los impuestos.

### **6) Conclusión:**

A la luz de los razonamientos expuestos, puede concluirse lo siguiente:

- ✓ Las Operadoras de capital público, son empresas públicas (también llamadas empresas del Estado).
- ✓ La Asamblea de Accionistas debe aprobar previamente la distribución de las utilidades de las Operadoras de Pensiones.
- ✓ Las utilidades de las Operadoras de Pensiones, de capital público o privado, se encuentran gravadas por el Impuesto sobre la Renta.

Cordialmente,



**Jenory Díaz**  
**Abogada Encargada**



**Alvaro Jiménez Severino**  
**Director, División Jurídica**