

16 de julio de 2012
PJD-011-2012

Señor
José Arias González
Área de Comunicación y Servicios
Superintendencia de Pensiones

Estimado señor:

En atención a su solicitud de analizar el oficio AI-CONASSIF-151-2012 del 2 de julio de 2012, esta División Jurídica emite el siguiente criterio legal:

I. ANTECEDENTES

- 1- En el diario oficial La Gaceta número 14 del 20 de enero del 2011, se publicó el Decreto Ejecutivo número 36345-H, denominado “*Reglamento para regular la participación de los sujetos fiscalizados en el financiamiento del presupuesto de las superintendencias*” (en adelante Reglamento de cobro) ante la necesidad, según se dispone en el considerando VI de dicho reglamento, de “*establecer mecanismos para que el Banco Central de Costa Rica pueda realizar un cobro mas oportuno y expedito de las contribuciones establecidas en los artículos 174 y 175 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, a lo largo del año*”.
- 2- Por medio del oficio AI-CONASSIF-138-2012 de 15 de junio de 2012, la Auditoría Interna del Consejo Nacional de Supervisión del Sistema Financiero (en adelante CONASSIF) le comunicó a la Superintendencia de Pensiones (en adelante SuPen) el inicio de un estudio para evaluar la razonabilidad en el cálculo de la participación de los sujetos fiscalizados en el presupuesto de la SuPen y el CONASSIF para el año 2011, así como la oportunidad y eficiencia con que se realizó el cobro, todo de conformidad con la normativa aplicable
- 3- Por medio del oficio SP-1195-2012, el Superintendente de Pensiones le indicó a dicha Auditoría Interna su anuencia a colaborar con el estudio citado, sin embargo, le advirtió que el proceso de cobro de esa contribución correspondiente al 2011 no ha concluido, debido a que aún no se han recibido los estados financieros auditados de la Caja Costarricense del Seguro Social (en adelante CCSS), los cuales son necesarios para poder finiquitar el cobro.

“Valor del mes: Probidad”

4- En vista de lo anterior, mediante oficio AI-CONASSIF-151-2012 la Auditoría Interna indicó lo siguiente:

“Me refiero a su oficio SP-1195-2012 del 19 de junio, 2012, mediante el cual responde el oficio AI-CONASSIF-138-2012 del 15 de junio, 2012, con el que se comunicó el inicio del estudio para evaluar la razonabilidad en el cálculo de la participación de los sujetos fiscalizados en el presupuesto de la SUPEN y el CONASSIF para el año 2011. En su respuesta nos indica que el cobro del año 2011 no ha sido concluido ya que la Caja Costarricense de Seguro Social no ha remitido los estados financieros auditados correspondientes, remisión que debió realizarse el 24 de febrero del presente año a más tardar.

Al respecto, el Artículo 3 del Reglamento para regular la participación de los sujetos fiscalizados en el financiamiento del presupuesto de las superintendencias, establece sobre el cobro final que ...deberá ser notificado a los sujetos fiscalizados dentro de los veinte días hábiles siguientes a la recepción de la totalidad de los estados financieros anuales auditados. ...; y que el Reglamento relativo a la información financiera de entidades, grupos y conglomerados financieros¹, establece que dicha remisión debe darse dentro de los cuarenta días hábiles siguientes a cada cierre anual; el cobro final para el período 2011 debió de comunicarse el 23 de marzo, teniendo a la fecha un atraso de aproximadamente 3 meses.

Asimismo, esta Auditoría conoce que la Superintendencia en setiembre, 2011 y en marzo 2012, interpuso denuncias ante la Fiscalía General, en la que, entre otros, señala a los jefes de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS), por no entregar a tiempo los estados financieros auditados a diciembre del 2009 y diciembre del 2010, en las fechas dispuestas por la SUPEN.

Esta situación ha dificultado efectuar el cobro del periodo terminado el 31 de diciembre del 2011.

Con la finalidad de minimizar esta exposición por la situación expuesta con el caso de la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS) y para prever futuras situaciones, porque eventualmente puede ser otro participante, se solicita a esa Superintendencia lo siguiente:

- a. Efectuar un análisis legal para determinar la viabilidad de realizar el cobro correspondiente utilizando para su cálculo la información financiera de la CCSS con corte al 31 de diciembre del 2011, sujeto a los respectivos ajustes cuando se cuente con los estados financieros auditados correspondientes.***
- b. Con base en los resultados del análisis anterior, evaluar la factibilidad legal de establecer mediante lineamientos o instrucciones según la facultad establecida en el artículo 23 del Reglamento para regular la participación de los sujetos fiscalizados en el financiamiento del presupuesto de las superintendencias, las acciones necesarias para que en caso de que un regulado no presente en tiempo los estados financieros auditados, se realice el cálculo con base en la información financiera remitida a la superintendencia sin perjuicio de los respectivos ajustes una vez que se cuente con los estados financieros auditados.***

Esta Auditoría Interna le agradecería se sirva informarnos el resultado de los análisis requeridos en un plazo de diez días hábiles.” (El subrayado no es del original).

Con el objetivo de realizar el análisis requerido por la Auditoría Interna del CONASSIF, se emite el siguiente criterio jurídico:

II. NORMATIVA APLICABLE Y ANÁLISIS DE FONDO

a) Sobre la consulta de la Auditoría Interna

En el oficio AI-CONASSIF-151-2012, la Auditoría Interna solicitó a la Superintendencia de Pensiones, efectuar un análisis legal para determinar la viabilidad de realizar el cobro final correspondiente al 2011, a que se refiere 3 del *Reglamento para regular la participación de los sujetos fiscalizados en el financiamiento de las superintendencias*, utilizando para su cálculo la información financiera de la CCSS con corte al 31 de diciembre anterior, sujeto a los respectivos ajustes cuando se cuente con los estados financieros auditados correspondientes.

Además, solicitó que con base en los resultados del análisis anterior, se evalúe la factibilidad legal de establecer mediante lineamientos o instrucciones, según la facultad establecida en el artículo 23 del Reglamento para regular la participación de los sujetos fiscalizados en el financiamiento del presupuesto de las superintendencias, las acciones necesarias para que en caso de que un regulado no presente en tiempo los estados financieros auditados, se realice el cálculo con base en la información financiera remitida a la Superintendencia, sin perjuicio de los respectivos ajustes una vez que se cuente con los estados financieros auditados.

Esta solicitud se origina en el hecho de que, tal y como se indicó en el oficio SP-1195-2012, a la fecha en que se rinde este criterio la CCSS no ha remitido a la Superintendencia de Pensiones, los estados financieros auditados correspondientes al 2011.

b) Sobre la obligación de la CCSS de pagar la contribución mencionada, y la modalidad aplicable para su cálculo

De previo a atender esta consulta, es importante indicar que como administradora del Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte, la Caja Costarricense de Seguro Social se encuentra obligada a contribuir con el presupuesto de la Superintendencia de Pensiones, tal y como lo establecen los artículos 174 y 175 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores, y el artículo 1, párrafo final, del *Reglamento para regular la participación de los sujetos fiscalizados en el financiamiento de las superintendencias*, según el cual:

*“Los fondos de inversión, los fondos de pensiones administrados por las operadoras de pensiones, así como los creados por leyes especiales o convenciones colectivas, no se encuentran obligados al pago de la contribución. **Esta última estará a cargo, exclusivamente, de las sociedades administradoras, las operadoras y las entidades que los administran, respectivamente.**”* (El subrayado no es del original).

Considerando que la CCSS percibe ingresos por la administración del IVM¹, para determinar la proporción de la contribución de esa entidad resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 2 y 3 del Reglamento en mención, los que señalan:

“Artículo 2º—Cobros parciales. Se realizarán cobros parciales a los sujetos fiscalizados de enero a noviembre, inclusive. Dichos cobros se determinarán de la siguiente forma:

a) Cálculo de la proporción de la contribución de cada sujeto fiscalizado:

*La proporción de la contribución de cada sujeto fiscalizado se determinará con base en la proporción que representan los ingresos brutos anuales del sujeto fiscalizado al 31 de diciembre del año anterior, en relación con la suma de los ingresos brutos anuales de todos los sujetos fiscalizados, con base en la **información contable disponible** que éstos remitan a la correspondiente Superintendencia, a esa misma fecha de corte (..)*

b) Cálculo del monto a distribuir:

Se determina el monto a distribuir entre los sujetos fiscalizados, el cual corresponde al veinte por ciento (20%) de la sumatoria del presupuesto aprobado por la Contraloría General de la República a cada Superintendencia, más la proporción del presupuesto del CONASSIF asignado a cada Superintendencia, para el año para el cual se está haciendo el cálculo (..)

c) Cálculo del cobro parcial mensual correspondiente a cada sujeto fiscalizado:

Se multiplica la proporción obtenida en el inciso a. por el monto del gasto a distribuir obtenido en el inciso b. Si el resultado es mayor al dos por ciento (2%) de los ingresos brutos anuales, se fijará ese porcentaje como contribución máxima. El resultado obtenido se divide entre doce para calcular el monto del cobro mensual que corresponde a los meses de enero a noviembre (..)

d) Notificación del cobro parcial mensual a cada sujeto fiscalizado:

Dentro los primeros quince días hábiles del mes de enero de cada año, las Superintendencias realizarán los cálculos anteriores y comunicará a los sujetos fiscalizados el monto de la contribución que deberán realizar durante los meses de enero a noviembre. La fecha máxima para cada pago será el último día hábil del mes correspondiente.” (El destacado no es original).

*Artículo 3º—Cobro final. Para calcular el cobro final se deberá realizar el cálculo indicado en el artículo 2, determinando la proporción de cada sujeto fiscalizado **con base en los ingresos brutos auditados al 31 de diciembre del año en cuestión** y el gasto efectivo anual de cada Superintendencia, más la proporción que le corresponde del gasto efectivo anual del CONASSIF.*

Este monto se debe comparar con la suma de los once cobros parciales realizados durante el año, con el fin de determinar el saldo por cobrar o acreditar. Se deberá verificar que la sumatoria de los once cobros parciales, más el cobro final, sea inferior al tope del dos por ciento (2%) de los ingresos brutos del sujeto fiscalizado.

¹ En este sentido el artículo 34 de la Ley Orgánica de la CCSS dispone:

“Artículo 34.-

(..)

En relación con los gastos de administración, a que se refieren éste y el artículo anterior, relativos a los seguros de enfermedad y maternidad e invalidez, vejez y muerte, no podrán ser mayores del ocho por ciento (8%) en cuanto al primer seguro y del cinco por ciento (5%) en cuanto al segundo, todo referido a los ingresos efectivos del período anual de cada uno de esos seguros. (El subrayado no es del original).

El cobro final deberá ser notificado a los sujetos fiscalizados dentro de los veinte días hábiles siguientes a la recepción de la totalidad de los estados financieros anuales auditados.

El cobro final deberá ser cancelado por los sujetos fiscalizados dentro de los diez días hábiles siguientes a su notificación. En caso de que el cálculo del cobro final resulte en un saldo a favor del sujeto fiscalizado, éste se aplicará al pago del mes en que se determine la existencia de ese saldo y a los subsiguientes, en caso de que se mantenga el excedente, hasta su agotamiento.” (El destacado no es original).

En lo que interesa a este criterio, de las disposiciones anteriores se desprende lo siguiente:

1. Los sujetos fiscalizados por la SuPen serán objeto de cobros parciales, de enero a noviembre, inclusive.
2. Para efectos de los cobros parciales, la proporción de la contribución de cada sujeto fiscalizado se determinará con base en la proporción que representan los ingresos brutos anuales del sujeto fiscalizado al 31 de diciembre del año anterior, en relación con la suma de los ingresos brutos anuales de todos los sujetos fiscalizados.
3. Dicha proporción se determinará **con base en la información contable disponible que los sujetos fiscalizados remitan a la SUPEN, a esa misma fecha de corte.**
4. Para calcular el cobro final se deberá realizar el cálculo indicado determinando la proporción de cada sujeto fiscalizado con base **en los ingresos brutos auditados** al 31 de diciembre del año en cuestión, y el gasto efectivo anual de cada Superintendencia, más la proporción que le corresponde del gasto efectivo anual del CONASSIF.
5. El cobro final deberá ser notificado a los sujetos fiscalizados dentro de los veinte días hábiles siguientes a la recepción de la totalidad de los estados financieros anuales auditados.

Dado que los cobros parciales se realizan a partir de la información contable disponible que los sujetos fiscalizados remiten a la SuPen, no se han presentado contratiempos en su cálculo y comunicación a los sujetos fiscalizados que se encuentran sujetos a esta normativa.

El problema se ha presentado para el cálculo y comunicación del cobro final, pues a la fecha en que se emite este criterio, la CCSS no ha remitido a la Superintendencia de Pensiones la información sobre los ingresos brutos auditados por contadores públicos independientes relativos a la administración del RIVM, a los que se refiere el artículo 3 del Reglamento de Cobro.

c) Sobre el requerimiento de ingresos brutos auditados

La solicitud de criterio planteada por la Auditoría Interna en el oficio AI-CONASSIF-151-2012, pretende que se efectúe un análisis legal para determinar la viabilidad de realizar el cobro final a que se refiere 3 del Reglamento de Cobro, correspondiente al 2011, utilizando

para su cálculo la información financiera de la CCSS con corte al 31 de diciembre anterior, sujeto a los respectivos ajustes cuando se cuente con los estados financieros auditados correspondientes.

Con base en los resultados del análisis anterior, requiere esa Auditoría que se evalué la factibilidad legal de establecer mediante lineamientos o instrucciones, según la facultad establecida en el artículo 23 del Reglamento para regular la participación de los sujetos fiscalizados en el financiamiento del presupuesto de las superintendencias, las acciones necesarias para que en caso de que un regulado no presente en tiempo los estados financieros auditados, se realice el cálculo con base en la información financiera remitida a la superintendencia, sin perjuicio de los respectivos ajustes una vez que se cuente con los estados financieros auditados.

Para atender esta solicitud, considera esta Asesoría que es importante tener presente, en primer lugar, que el artículo 3 del Reglamento de Cobro no requiere que los supervisados presenten sus estados financieros auditados; lo que dicha norma señala es que ese cálculo se realizará con la información sobre *“los ingresos brutos auditados”* percibidos por la entidad, por la administración de los fondos de pensiones a su cargo.

Esta distinción es importante, sobre todo si considera que la CCSS, tal y como nos fue informado por funcionarios de la División de Supervisión de Regímenes de Capitalización Colectiva, cuenta con estados financieros auditados para el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte y para el Seguro de Enfermedad y Maternidad (SEM), pero no cuenta con estados financieros auditados consolidados. Por otro lado, los ingresos que recibe la CCSS por administrar el Régimen de Invalidez, Vejez y Muerte se revelan en la contabilidad del SEM.

Es importante indicar, además, que el hecho de que la normativa requiera la información sobre los *“ingresos brutos auditados”*, permite que a partir de las verificaciones, análisis y comprobaciones correspondientes, el auditor externo de la entidad los extraiga del estado de resultados auditado del SEM, que es donde se encuentran revelados, tal y como se indicó con anterioridad.

En este contexto, es importante tener en consideración lo que implica el proceso de auditoría externa, el cual, según el autor Juan Carlos Mira Navarro:

“Es en términos generales un proceso, llevado a cabo conforme a unas normas, mediante el cual los estados financieros de una entidad se someten a examen y verificación de expertos cualificados e independientes (auditores) con el fin de que emitan su opinión sobre la fiabilidad que les merece la información económico-financiera contenida en los mismos. Esta opinión se comunica por medio de un informe o dictamen de auditoría²”.

² Mira Navarro, Juan Carlos. Apuntes de Auditoría. Versión 1.8 15/03/2006 ISBN 84-688-6337-8 Disponible en su versión digital libre de uso en <http://www.moduloauditoria.tk>

Es precisamente ese examen y verificación de expertos el que busca el artículo 3 del Reglamento de Cobro, cuando plantea que el cobro final debe calcularse determinando la proporción de cada sujeto fiscalizado con base en los ingresos brutos auditados al 31 de diciembre del año en cuestión.

Esto es así, pues es la fe pública que ostenta el auditor externo, la que le permite expresar una opinión acerca de la razonabilidad y confiabilidad de la información que requiere el órgano supervisor para efectuar el cálculo de la contribución en forma equitativa y proporcional, tal y como lo disponen los artículos 174 y 175 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores.

Ahora bien, considera esta Asesoría que no resulta viable, tal y como lo plantea la Auditoría Interna, realizar el cobro final, correspondiente al 2011, a que se refiere el artículo 3 del Reglamento de Cobro, utilizando para su cálculo la información financiera de la CCSS con corte al 31 de diciembre anterior, sujeto a los respectivos ajustes cuando se cuente con los estados financieros auditados correspondientes.

Esto es así, pues además de que se estaría desmejorando la calidad de la información requerida al supervisado en el citado artículo, esto implicaría un quebranto al “*principio de inderogabilidad singular de los reglamentos*”, reconocido e incorporado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 13, inciso 1, de la Ley General de la Administración Pública, según el cual: “*La Administración estará sujeta, en general, a todas las normas escritas y no escritas del ordenamiento administrativo, y al derecho privado supletorio del mismo, sin poder derogarlos ni desaplicarlos para casos concretos*” (El subrayado no es del original).

Al respecto, la Procuraduría General de la República ha establecido, de manera reiterada³, que si bien la Administración puede derogar o reformar un reglamento, en virtud del principio de inderogabilidad singular no puede excepcionar para uno o varios casos la aplicación de las disposiciones contenidas en éste, mientras se encuentre vigente.

Por su parte, en el voto número 2009-95 de las 10:30 horas del 21 de abril de 1995, la Sala Constitucional estableció que este principio tenía cobertura constitucional y, en consecuencia, era aplicable a todo el ordenamiento jurídico:

" A juicio de la Sala, el principio general de Derecho que establece que las normas jurídicas obligan incluso a la autoridad que las ha dictado y, dentro de su competencia, a su superior, implica que la ley que disciplina el funcionamiento de la Asamblea Legislativa para el ejercicio de una competencia también constitucional, la vincula en los casos concretos en o haya (sic) de ejercerla, lo cual no es más que aplicación del principio general de la inderogabilidad singular de la norma para el caso concreto;

³ Ver sobre este principio los dictámenes de la Procuraduría General de la República C-045-94 del 16 de marzo de 1994, C-104-96 del 2 de junio de 1996, C-018-94 del 27 de enero de 1994, C-175-98 de 20 de agosto de 1998 y C-057-99 de 19 de Marzo de 1999.

principio general de rango constitucional, como que es aplicable a la totalidad del ordenamiento jurídico, como derivación y a la vez condición del Estado de Derecho en su integridad".

Por la misma razón, considera esta Asesoría que no resulta factible, tal y como lo plantea la Auditoría Interna, "*... establecer mediante lineamientos o instrucciones según la facultad establecida en el artículo 23 del Reglamento para regular la participación de los sujetos fiscalizados en el financiamiento del presupuesto de las superintendencias, las acciones necesarias para que en caso de que un regulado no presente en tiempo los estados financieros auditados, se realice el cálculo con base en la información financiera remitida a la superintendencia sin perjuicio de los respectivos ajustes una vez que se cuente con los estados financieros auditados*".

Es importante tener presente que el artículo 23 del Reglamento de Cobro se refiere a la facultad de la Superintendencia para emitir lineamientos e instrucciones que sean necesarias y pertinentes para **su correcta aplicación**, situación que no se estaría verificando si dichos lineamientos e instrucciones sustituyen, omiten, o desmejoran estipulaciones expresas de dicha normativa, la cual tendría, dado su carácter de reglamento ejecutivo, un rango superior.

III. Conclusiones

Como resultado del análisis anterior, esta División Jurídica concluye:

1. El artículo 3 del "*Reglamento para regular la participación de los sujetos fiscalizados en el financiamiento del presupuesto de las superintendencias*" requiere que el cálculo del cobro final a los supervisados por la SuPen, se realice determinando la proporción de cada sujeto fiscalizado *con base en los ingresos brutos auditados* al 31 de diciembre del año en cuestión, y el gasto efectivo anual de cada Superintendencia, más la proporción que le corresponde del gasto efectivo anual del CONASSIF.
2. No resulta viable, tal y como lo plantea la Auditoría Interna, realizar el cobro final, correspondiente al 2011, a que se refiere el artículo 3 del Reglamento de Cobro, utilizando para su cálculo la información financiera de la CCSS con corte al 31 de diciembre anterior, sujeto a los respectivos ajustes cuando se cuente con los estados financieros auditados correspondientes.
3. Esto es así, pues además de que se estaría desmejorando la calidad de la información requerida al supervisado en el citado artículo, esto implicaría un quebranto al "*principio de inderogabilidad singular de los reglamentos*", reconocido e incorporado expresamente en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 13, inciso 1, de la Ley General de la Administración Pública.
4. Por la misma razón, considera esta Asesoría que no resulta factible, tal y como lo plantea la Auditoría Interna, establecer mediante lineamientos o instrucciones, según la facultad establecida en el artículo 23 del Reglamento de Cobro, las acciones necesarias para que

en caso de que un supervisado no presente la información sobre ingresos brutos auditados, se realice el cálculo con base en la información financiera remitida a la superintendencia, sin perjuicio de los respectivos ajustes una vez que se cuente con los estados financieros auditados.

5. Lo anterior porque el artículo 23 del Reglamento de Cobro se refiere a la facultad de la Superintendencia para emitir lineamientos e instrucciones que sean necesarias y pertinentes para su correcta aplicación, situación que no se estaría verificando si dichos lineamientos e instrucciones sustituyen, omiten, o desmejoran estipulaciones expresas de dicha normativa, la cual tendría, dado su carácter de reglamento ejecutivo, un rango superior.

Cordialmente,



Nelly Vargas Hernández, Directora
División de Asesoría Jurídica