

**PJD-10-2013**

27 de mayo de 2013

**Patricia Abarca Rodríguez**

**Directora**

**División Regímenes de Capitalización Individual**

Estimada señora:

Mediante tarea que consta en el Sistema de Trámites de esta Superintendencia, la División a su cargo solicitó a la División Jurídica analizar la aplicación y vigencia del beneficio fiscal establecido en el artículo 72 de la Ley de Protección al Trabajador a favor de los fondos que administran las operadoras de pensiones.

Concretamente se requirió determinar: *“La procedencia o no del argumento principal externado por la operadora, en relación con el hecho de que el reconocimiento del ISR por cobrar es aplicable únicamente a partir de la publicación de la resolución DGT-20-2006. Sobre el particular, la entidad adjunta un criterio de la División Jurídica del BNCR, en el cuál se concluye que efectivamente es únicamente a partir de setiembre de 2006 que se debe reconocer el ISR”.*

En relación con esta consulta, la División Jurídica realizó el siguiente análisis:

### **I. Antecedentes**

Debido a que los valores que se transan en el mercado de valores tienen sistemas de deducción automatizada del impuesto sobre la renta (ISR), la exención del pago de ese impuesto, prevista en el artículo 72 de la Ley de Protección al Trabajador, a favor de los fondos que administran las operadoras de pensiones, no se ha aplicado en forma inmediata, sino mediante un mecanismo de reintegro posterior.

En este contexto, es importante tener presente que la exención en mención se aplicó en los primeros años con fundamento en lo dispuesto en dos resoluciones de la Dirección General de Tributación (DGT): N°37-001 de las ocho horas del día veinticinco de octubre, y N°38-01 de las ocho horas cinco minutos del veinticuatro de octubre, ambas de dos mil uno. En estas resoluciones no se hacía referencia a la exención fiscal para los fondos administrados por las OPC en particular, sino a la compensación y/o devolución de créditos originados en la retención o percepción, sea debida o indebida, ante la DGT.

Posteriormente, y hasta el 2006, el mecanismo de aplicación de la exención fiscal establecida en el numeral 72 citado, y antes de que fuera enterado al Fisco el ISR correspondiente, se realizaba de dos formas: a) en forma periódica con la participación de la Central de Valores (CEVAL) y los emisores estatales, en este caso es la CEVAL la que finalmente realizaba el reintegro y, b) directamente por los interesados (las OPC) ante los emisores privados, quienes hacían el reintegro con la presentación de las certificaciones emitidas por la CEVAL para ese efecto (ver al

respecto el oficio GG-077-2006 de 25 de setiembre de 2006, dirigido por la CEVAL a la Superintendencia de Pensiones).

A partir de la resolución N° DGT-20-2006, del 28 de agosto de 2006, publicada en la Gaceta 179 del 19 de setiembre de 2006, el mecanismo de reintegro es el siguiente:

- a. Sobre las retenciones en títulos valores emitidos por la Tesorería Nacional: las Centrales de Valores definidas en los artículos 134 y siguientes de la Ley 7732, Ley Reguladora del Mercado de Valores, deberán remitir a la Tesorería Nacional, dentro de los cinco días hábiles siguientes al vencimiento de los cupones, una certificación en la cual se hará constar la información sobre las retenciones indebidas realizadas a los inversionistas exentos, de manera que la Tesorería proceda en forma expedita a la devolución de las sumas retenidas indebidamente.
- b. Sobre retenciones realizadas por emisores públicos y privados, distintos a la Tesorería Nacional: los inversionistas están obligados a suministrar a los custodios, los documentos que acrediten su condición de exento. En el caso específico de las operadoras de pensiones, deberán indicar bajo fe de juramento el porcentaje de la inversión que corresponde a fondos del aporte obrero, debido a que es sobre este aporte que corresponde la exención.

Los custodios deberán remitir al emisor correspondiente, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la finalización de cada mes calendario, por medio de correo electrónico a la dirección que el emisor indique, o mediante los mecanismos electrónicos que éstos convengan, un reporte del detalle de los inversionistas exentos que tuvieron en su poder durante el mes los títulos de las diferentes emisiones. Si no los hubiera, deberán informar de ese hecho dentro del mismo plazo.

Al vencimiento del cupón (mes, trimestre, semestre, etc.) los custodios, contando con el detalle acumulado de la tenencia de los valores por parte de los inversionistas por el período de vigencia del cupón, procederán a girar, dentro de los plazos establecidos en los procedimientos bursátiles, los montos correspondientes a intereses netos para el caso de inversionistas no exentos e intereses brutos para los inversionistas exentos.

## **II. Irregularidades en la gestión de la cuenta del ISR por parte de BN Vital OPC**

Cuando las retenciones por concepto de ISR ya han sido “enteradas” al Fisco, los inversionistas interesados deben acudir directamente a la Dirección General de Tributación y presentar los reclamos que correspondan. Este es precisamente el caso en el que se encuentra BN Vital OPC respecto al trámite de cobro ante esa Dirección, de los montos por concepto de impuesto sobre la renta que fueron retenidos sin fundamento legal, de beneficios que produjeron los valores de los

fondos administrados y que no se realizaron en su oportunidad, o que requieren ajustes. La OPC debe realizar el reclamo de esos montos ante el Fisco y distribuir lo que corresponda en las cuentas de sus afiliados, con el fin de que se aplique la exención de tributos creada por la Ley de Protección al Trabajador en beneficio de los afiliados. Esta gestión en BN Vital OPC no se ha venido realizando en forma adecuada desde el 2000.

Después de muchos requerimientos originados en las debilidades que ha presentado la cuenta *Impuesto sobre la renta por cobrar* desde ese año, mediante oficio SP-026-2010 del 7 de enero de 2010, la Superintendencia de Pensiones ordenó a BN Vital OPC lo siguiente:

*“BN Vital Operadora de Planes de Pensiones Complementarias S.A. deberá tomar las acciones correspondientes, de forma tal que sus registros contables reflejen, al cierre de diciembre de 2009, el aprovisionamiento de la estimación preliminar del monto máximo derivado de los ajustes propuestos por la Administración de la Operadora a la cuenta de Impuesto sobre la renta por cobrar en cada uno de los fondos, por un **monto en miles de ¢1.574.426**. No se omite indicar que dicha estimación se realiza bajo las limitaciones al alcance comentadas en el anexo II del oficio SP-025-2010, y que la misma se puede ver modificada a raíz de una revisión de la razonabilidad de los ajustes, saldo de la cuenta y del auxiliar respectivo así como de la ejecución de un ‘reproceso’, según lo requerido en este informe de supervisión. Además, la misma no contempla el eventual reconocimiento de rendimientos dejados de percibir por los afiliados, según se determine luego del reproceso”* (SP-026-2010).

Posteriormente, mediante el oficio SP-2000-2011, del 19 de setiembre de 2011, se comunicaron a BN Vital OPC los hallazgos determinados en la supervisión *in situ* realizada entre junio y agosto de 2011, para dar seguimiento al cumplimiento del plan de acción planteado por esa entidad para corregir las debilidades determinadas en la cuenta contable del ISR y su registro auxiliar.

En este sentido, y en atención de los artículos 41 y 42, inciso b), de la *Ley Régimen Privado de Pensiones Complementarias*, el 5 de octubre de 2011 se realizó una comparecencia a la que se convocó a la junta directiva de la operadora, al auditor interno y al gerente general de BN Vital OPC, con el objetivo de comunicarles detalladamente las irregularidades detectadas en la supervisión *in situ* indicada. En dicha comparecencia se les informó que la Superintendencia considera que por la gravedad de los riesgos e incumplimientos señalados en el informe SP-2000-2011, y por su eventual impacto en los recursos de los fondos administrados, los hechos descritos constituyen irregularidades financieras de grado dos, según lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 7523, por lo que se ordenó la presentación de un **plan de saneamiento**.

En el oficio SP-2416-2011, remitido 2 de diciembre de 2011, se le otorgó a la operadora **treinta días hábiles** para la presentación del plan de saneamiento mencionado en el punto anterior, y se establecieron una serie de lineamientos a considerar en su elaboración, para facilitar el proceso de seguimiento y supervisión correspondiente. Este plan tomó en consideración todos los hallazgos comunicados en el informe de inspección remitido mediante oficio SP-2000 del 19 de setiembre de 2011 y sus anexos, e incluyó, de manera detallada, las medidas y

actividades que se implementarán para corregir las situaciones comunicadas, entre las que destacan las debilidades determinadas en la cuenta contable, en adelante ISR, y su registro auxiliar.

Como parte de la ejecución de las labores correspondientes al plan de saneamiento, en la sesión 275 de junta directiva, celebrada el 24 de setiembre de 2012, la auditoría interna de la operadora presentó el informe BNVI-AI-AR-03-2012 del 20 de setiembre de 2012, en el cual indicó lo siguiente:

*“Una vez que se concluye la reconstrucción de los débitos y los créditos se puede obtener un monto aproximado de la provisión por concepto del ISR, partiendo desde el punto de vista que el 100% de los créditos se logren conciliar a un débito la provisión debería incrementar en ¢1.186,97 millones y en caso de que los créditos no se puedan asociar a los débitos, la provisión debería aumentar en ¢1.474,64 millones, lo anterior sin considerar el incremento relacionado a los rendimientos de los montos citados, así como los rendimientos de los asientos de diario improcedentes, cifras que se deben reconocer a los afiliados.*

*En vista de que ya se encuentra finalizado el proceso de reconstrucción de los créditos y débitos, aunado al hecho que existen resultados preliminares del proceso de conciliación, lo que eventualmente ha permitido establecer resultados preliminares que contribuyen a la determinación del eventual incremento de la provisión, se recomienda proceder con la mayor brevedad elaborar un diagnóstico de la necesidad de incrementar la provisión asociada al proyecto del ISR”.*

Asimismo, de acuerdo con la información de respaldo suministrada por la entidad ante esta Superintendencia, mediante la nota BNV-GG-503-2012, del 7 de diciembre de 2012, se indicó que de acuerdo con las estimaciones realizadas por la operadora, **el monto total a reponer corresponde a ¢3.140.89 millones**, según el siguiente detalle:

<b>Fondo</b>	<b>Monto</b>
Fondo Voluntario Dólares A	146,175,148.60
Fondo Voluntario Dólares B	142,466.51
Fondo Voluntario Colones A	1,135,152,969.00
Fondo Voluntario Colones B	776,077.79
ROP	1,002,754,080.85
FCL	676,765,452.80
Notarial	179,124,482.22
Total	3,140,890,677.77

En cumplimiento de la etapa correspondiente del plan de saneamiento al que se encuentra sometida la operadora desde el 2012, BN Vital OPC remitió el informe BNV-GG-121-2013, del 8 de marzo de 2013 y una posterior aclaración a dicho documento mediante la nota BNV-130-2013 del 14 de marzo del mismo año, en los cuales informó que después de realizar los cálculos correspondientes, el monto a reponer a los afiliados asciende, en colones, a la suma de **¢901,707,468.24**, y en dólares a **\$168,193.61**, monto considerablemente menor al informado por la OPC en el oficio BNV-GG-503-2012.

### III. Análisis de la consulta

Se solicitó a la División Jurídica referirse a lo siguiente: *“La procedencia o no del argumento principal externado por la operadora, en relación con el hecho de que el reconocimiento del ISR por cobrar es aplicable únicamente a partir de la publicación de la resolución DGT-20-2006. Sobre el particular, la entidad adjunta un criterio de la División Jurídica del BNCR, en el cuál se concluye que efectivamente es únicamente a partir de setiembre de 2006 que se debe reconocer el ISR”.*

Según lo señalado en la nota BNV-GG-121-2013, a criterio de la OPC, y de acuerdo con los cálculos realizados en función de los nuevos criterios comunicados en la nota antes mencionada, la provisión requerida por SUPEN mediante la medida cautelar es suficiente para cubrir la reposición a las cuentas individuales y, más bien, se estaría excediendo en aproximadamente ¢750 millones.

La diferencia en el nuevo monto propuesto obedece a que la OPC manifiesta que solo va a reponer lo correspondiente al ISR por cobrar a partir del **19 de setiembre de 2006**, ya que esa fecha coincide con la emisión de la resolución de la Dirección General de Tributación DGT-20-2006. De acuerdo con la operadora, **es hasta el momento de la publicación de dicha resolución que el mercado, y específicamente BN Vital OPC**, tiene claridad evidente de la reglas sobre la forma en que debe hacerse la gestión de cobro del impuesto sobre la renta.

El criterio legal aportado por la OPC, en respaldo de esa decisión, se limitó a afirmar lo siguiente: *“Una vez analizado el documento referido y en atención al carácter eminentemente contable del estudio realizado, esta dirección no tiene comentario alguno que hacer a los resultados del estudio, ellos en tanto se presume la corrección de la actuación de los despachos y órganos involucrados en la redacción del informe dicho. No obstante debemos indicar que nos parece absolutamente correcto que el punto de inicio de la fijación de responsabilidades en el tema que nos ocupa, se defina en la emisión de la resolución DGT-20-2006, emitida por la Dirección General de la Tributación, ya que es a partir de esa fecha en la que la administración tributaria definió los lineamientos específicos del tratamiento que se debían dar al tema impositivo a la luz de lo dispuesto en el artículo 72 de la Ley de Protección al Trabajador”.*

Cabe destacar que el dictamen no se refiere al plan de saneamiento ni a la medida cautelar que ordenó la provisión de ¢1.574 millones en resguardo de las cuentas individuales, sino al punto de inicio de la fijación de responsabilidades. Se desconoce si se refiere a responsabilidades internas disciplinarias o civiles, lo cierto es que la OPC respalda su decisión de no aplicar el beneficio fiscal a los afiliados antes del año 2006 en el criterio indicado.

### IV. Normativa aplicable en relación con el beneficio fiscal

El ordenamiento jurídico regula la situación planteada en los cuerpos normativos que a continuación se señalan:

1. Ley del Impuesto sobre la renta

*“Artículo 18.- Tratamiento de la renta disponible de las sociedades de capital.*

*Cuando la renta disponible de las sociedades de capital se distribuya en dinero, en especie o en acciones de la propia sociedad, ésta deberá observar las siguientes reglas:*

*a) Los contribuyentes mencionados en el artículo 2 de esta ley, que paguen o acrediten a sus socios, dividendos de cualquier tipo, participaciones sociales y otra clase de beneficios asimilables a dividendos, estarán obligados a retener el quince por ciento (15% ) de tales sumas.*

*Cuando se trate de dividendos distribuidos por sociedades anónimas, cuyas acciones se encuentran inscritas en una Bolsa de Comercio reconocida oficialmente y que además estas acciones hayan sido adquiridas por medio de dichas instituciones, la retención será del cinco por ciento ( 5% ), de acuerdo con las normas que se incluyan en el reglamento de la presente ley.*

*Toda venta posterior de estas acciones inscritas deberá realizarse también por medio de una Bolsa de Comercio.*

*Dicha retención constituye impuesto único y definitivo a cargo del accionista.*

*b) No corresponderá practicar la retención ni pagar el impuesto a que se refiere el inciso anterior, en los siguientes casos:*

*1.- Cuando el socio sea otra sociedad de capital domiciliada en Costa Rica y sujeta a este impuesto.*

*2.- Cuando se distribuyan dividendos en acciones nominativas o en cuotas sociales de la propia sociedad que los paga”.*

*“Artículo 23.- Retención en la fuente*

*Toda empresa pública o privada, sujeta o no al pago de este impuesto, incluidos el Estado, los bancos del Sistema Bancario Nacional, el Instituto Nacional de Seguros y las demás instituciones autónomas o semiautónomas, las municipalidades y las asociaciones e instituciones a que se refiere el artículo 3 de esta Ley, **está obligado a actuar como agente de retención o de percepción del impuesto, cuando pague o acredite rentas afectas al impuesto establecido en esta Ley. Para estos fines, los indicados sujetos deberán retener y enterar al Fisco, por cuenta de los beneficiarios de las rentas que a continuación se mencionan, los importes que en cada caso se señalan:***

*(...) c)*

*1.- Los emisores, agentes pagadores, sociedades anónimas y otras entidades públicas o privadas que, en función de captar recursos del mercado financiero, paguen o acrediten intereses o concedan descuentos sobre pagarés y toda clase de títulos valores, a personas domiciliadas en Costa Rica, deberán retener el quince por ciento ( 15 ) de dicha renta por concepto de impuesto.*

*Si los títulos valores se inscribieren en una bolsa de comercio reconocida oficialmente o hubieren sido emitidos por entidades financieras debidamente registradas en la Auditoría*

*General de Bancos, al tenor de la Ley No. 5044 del 7 de setiembre de 1972 y sus reformas, por el Estado y sus instituciones, por los bancos integrados al Sistema Bancario Nacional, por las cooperativas, o cuando se trate de letras de cambio y aceptaciones bancarias, el porcentaje por aplicar será el ocho por ciento (8 ).*

*Cuando los bancos y las entidades financieras mencionadas en el párrafo anterior avalen letras de cambio o aceptaciones bancarias, la retención se aplicará sobre el valor de descuento que, para estos casos, se equiparará a la tasa de interés pasiva fija por el Banco Central de Costa Rica, para el plazo correspondiente, más tres puntos porcentuales.*

*No estarán sujetas al impuesto sobre la renta ni al establecido en este inciso, las rentas derivadas de los títulos emitidos en moneda nacional por el Banco Popular y de Desarrollo Comunal y por el Sistema Financiero Nacional para la Vivienda, al amparo de la Ley No. 7052, de 13 de noviembre de 1986. Tampoco estarán sujetas al impuesto sobre la renta ni al establecido en este inciso, las inversiones provenientes del fideicomiso sin fines de lucro, creado mediante el artículo 6 de la Ley de la creación de la Escuela de Agricultura de la Región Tropical Húmeda, No. 7044, de 29 de setiembre de 1986.*

*Asimismo, no están sujetas a esta retención, únicamente, las entidades enumeradas que se encuentren en las condiciones señaladas en el inciso a ) del artículo 3 de la presente Ley y el Banco Popular y de Desarrollo Comunal, cuando inviertan en títulos valores emitidos por el Ministerio de Hacienda. Las sumas retenidas se considerarán como impuesto único y definitivo. No corresponderá practicar la retención aludida en este inciso cuando el inversionista sea la Tesorería Nacional.*

*Se faculta a la Dirección General de la Tributación Directa para que, en aquellos casos en que por la naturaleza del título se dificulte la retención en la fuente, pueda autorizar, con carácter general, otra modalidad de pago.*

*2.- Las retenciones de los impuestos a que se refieren los incisos anteriores deberán practicarse en la fecha en la que se efectúe el pago o crédito, según el acto que se realice primero. Asimismo, deberán depositarse en el Banco Central de Costa Rica o en sus tesorerías auxiliares, dentro de los primeros quince días naturales del mes siguiente a aquella fecha.*

*c bis) Asimismo, en las operaciones de recompras o reportos de valores, en sus diferentes modalidades, sea en una o varias operaciones simultáneas y que se realicen por medio de una bolsa de valores, se aplicará un impuesto único y definitivo del ocho por ciento (8%), sobre los rendimientos generados por la operación; dicho porcentaje será retenido por la bolsa de valores en que se realizó dicha operación. En caso de que las operaciones no se realicen mediante los mecanismos de bolsa, los rendimientos devengados de la operación serán considerados como renta ordinaria gravable” (la negrita no es del original).*

## 2. Ley de Protección al Trabajador

*“Artículo 72. Beneficios fiscales*

***Estarán exentos de los impuestos referidos en el Artículo 18 y en el inciso c) del Artículo 23 de la Ley del impuesto sobre la renta, los intereses, los dividendos, las ganancias de capital y cualquier otro beneficio que produzcan los valores en moneda nacional o en moneda extranjera, en los cuales las entidades autorizadas inviertan los recursos de los fondos que administren”*** (la negrita no es del original).

### 3. Código de Normas y Procedimientos Tributarios

*“Artículo 24.- Responsabilidad del agente de retención o de percepción.*

*Efectuada la retención o percepción del tributo, el agente es el único responsable ante el Fisco por el importe retenido o percibido; y si no realiza la retención o percepción, responde solidariamente, salvo que pruebe ante la Administración Tributaria que el contribuyente ha pagado el tributo. Si el agente, en cumplimiento de esta solidaridad, satisface el tributo, puede repetir del contribuyente el monto pagado al Fisco.*

***El agente es responsable ante el contribuyente por las retenciones efectuadas sin normas legales o reglamentarias que las autoricen; y en tal caso el contribuyente puede repetir del agente las sumas retenidas indebidamente*** (la negrita no es del original).

### 4. Resolución N° 37-001 Responsabilidad del Agente de Retención o de Percepción del Tributo

*“Artículo 1°—Facultad de la Administración Tributaria para prevenir el suministro de certificación. **Para el trámite de solicitudes de compensación y/o devolución de créditos originados en retención o percepción**, sea debida o indebida, si se presenta una diferencia en el monto del crédito solicitado, y el declarado por el agente de percepción o retención, el órgano encargado del trámite podrá prevenir a los agentes de percepción o retención que determine para que, dentro del plazo de diez días hábiles posteriores a la notificación, aporten una certificación de la percepción o retención conforme al artículo siguiente”* (la negrita no es del original).

### 5. Resolución N° DGT-20-2006

*“Retenciones en títulos valores emitidos por la Tesorería Nacional*

*Artículo 12.—Las Centrales de Valores definidas en los artículos 134 y siguientes de la Ley 7732, Ley Reguladora del Mercado de Valores, deberán remitir certificación a la Tesorería Nacional dentro de los cinco días hábiles siguientes al vencimiento de los cupones, en el formato que la Tesorería Nacional defina, la información sobre las retenciones indebidas realizadas a los inversionistas exentos, de manera que la Tesorería proceda en forma expedita a la devolución de las sumas retenidas indebidamente.*

*Artículo 13.—Las sumas retenidas indebidamente serán devueltas por la Tesorería Nacional conforme al mecanismo indicado en el artículo 11, a las Centrales de Valores, quienes estarán obligadas a devolver a cada inversionista el monto que le corresponda a más tardar el día siguiente de recibido el depósito.*

*Retenciones realizadas por emisores públicos y privados, distintos a la Tesorería Nacional*

*Artículo 14.—Deber de información de las centrales de valores y acreditación de los inversionistas. En el caso de retenciones indebidas, efectuadas sobre las rentas descritas en los incisos c) y c bis) del artículo 23 de la Ley N° 7092, Ley del Impuesto sobre la Renta, por emisores de títulos valores, públicos y privados, distintos a la Tesorería Nacional, las Centrales de Valores, como responsables de administrar el registro de emisiones, deberán informar a dichos emisores, de aquellos tenedores de títulos, exentos de la retención de impuestos sobre los intereses, dividendos, ganancias de capital y cualquier otro beneficio*



generado.

Para los efectos del párrafo anterior, los inversionistas están obligados a suministrar a las Centrales de Valores, los documentos que acrediten su condición de exento. En el caso específico de las Operadoras de Pensiones, deberán indicar bajo fe de juramento, el porcentaje de la inversión que corresponde a fondos del aporte obrero, debido a que es sobre este que corresponde la exención.

*Artículo 15.—Reporte del detalle de inversionistas. Las centrales de valores deberán remitir al emisor correspondiente, dentro de los cinco días hábiles siguientes a la finalización de cada mes calendario, por medio de correo electrónico a la dirección que el emisor indique, o mediante los mecanismos electrónicos que éstos convengan, un reporte del detalle de los inversionistas exentos que tuvieron en su poder durante el mes los títulos de las diferentes emisiones. Si no los hubiera, deberán informar, dentro del mismo plazo de ese hecho.*

*Artículo 16.—Giro de intereses. Al vencimiento del cupón (mes, trimestre, semestre, etc.) las Centrales de Valores, contando con el detalle acumulado de la tenencia de los valores por parte de los inversionistas por el período de vigencia del cupón, procederán a girar, dentro de los plazos establecidos en los procedimientos bursátiles, los montos correspondientes a intereses netos para el caso de inversionistas no exentos e intereses brutos para los inversionistas exentos.*

*Artículo 17.—Efectos del incumplimiento del deber de información de las centrales de valores. En caso de que una central de valores no remita la información en el tiempo señalado, el emisor lo reportará a la Administración Tributaria competente para que éste requiera la información a la central de valores y a su Gerente en su carácter de tal, otorgándole el plazo de diez días hábiles para ese efecto. La Administración Tributaria remitirá la información al emisor respectivo. En caso de incumplimiento en el suministro de la información o remisión de información defectuosa o no atinente, la Administración Tributaria procederá a sancionar tanto al Gerente en su carácter personal como a la central de valores, conforme a la normativa del Título III del Código de Normas y Procedimientos Tributarios.*

*Artículo 18.—Derogatorias. Deróguense la Resolución N° 37-001 de las ocho horas del día veinticinco de octubre de dos mil uno, publicada en La Gaceta 214, del 7 de noviembre del 2001, la Resolución N° 38-01 de las ocho horas cinco minutos del día veinticuatro de octubre del dos mil uno, publicada en La Gaceta 214 del 7 de noviembre del 2001, y la Resolución N° 009-98, publicada en La Gaceta N° 125 del 30 de junio de 1998.*

*Artículo 19.—Vigencia. Rige a partir de su publicación.*

***Transitorio único.—Las solicitudes de devolución de los créditos a que se refiere el artículo 11 de esta resolución, que se hayan presentado en las diferentes Administraciones Tributarias, continuarán siendo tramitadas por las mismas hasta la firmeza de la resolución respectiva” (la negrita no es del original).***

## **V. Vigencia de las leyes en el tiempo**

El numeral 129 de la Constitución Política contempla el principio general de vigencia de las leyes en el tiempo, dispone ese numeral lo siguiente:

*“Las leyes son obligatorias y surten efectos desde el día que ellas designen; a falta de este requisito, diez días después de su publicación en el Diario Oficial.*

*Nadie puede alegar ignorancia de la ley, salvo en los casos que la misma autorice.*

*No tiene eficacia la renuncia de las leyes en general, ni la especial de las de interés público.*

*Los actos y convenios contra las leyes prohibitivas serán nulos, si las mismas leyes no disponen otra cosa.*

*La ley no queda abrogada ni derogada sino por otra posterior; contra su observancia no podrá alegarse desuso, costumbre ni práctica en contrario. Por vía de referéndum, el pueblo podrá abrogarla o derogarla, de conformidad con el artículo 105 de esta Constitución”.*

En el caso de la Ley de Protección al Trabajador, esta entró en vigencia a partir de su publicación en el diario oficial La Gaceta, lo cual ocurrió el **18 de febrero de 2000**.

Ahora bien, y en cuanto a la aplicación del artículo 72 de la citada Ley, es importante tener en cuenta que ésta no depende de la existencia o no de la resolución DGT-20-2006 del 28 de agosto de 2006, la cual fue emitida por el Ministerio de Hacienda únicamente con la intención de agilizar el mecanismo de reintegro a las cuentas individuales del beneficio fiscal previsto en el artículo 72 en mención. De esta forma, resulta claro que de dicha resolución no depende la existencia de la exención prevista a favor de los fondos que administran las operadoras de pensiones, y el hecho de que ésta no existiera con anterioridad al 2006 no exime a las OPC de su obligación de gestionar su reintegro a favor de los afiliados, pues es claro que dicha obligación se origina en un mandato legal vigente desde el 18 de febrero de 2000.

En este sentido, es importante no perder de vista que de acuerdo con el artículo 129 constitucional, la falta de emisión de una reglamentación no impide la vigencia de las leyes y su aplicación; al respecto la Sala Constitucional ha señalado:

*“III.-Nulidad por falta de Reglamento. Se alega que en cuanto a las audiencias la Ley N° 7593 ‘LEY DE LA AUTORIDAD REGULADORA DE LOS SERVICIOS PUBLICOS’ establece que los requisitos y condiciones de las mismas se fijarán en un reglamento, el cual al no haberse emitido torna nula la audiencia realizada al no tenerse claro el procedimiento a seguir. No comparte la Sala el criterio de la parte accionante, toda vez que, si bien es cierto que la Ley N° 7593 específicamente en su artículo 36 establece que lo atinente a las convocatorias de audiencias que debe realizar la Autoridad Reguladora serán desarrolladas en un reglamento. Debe tomarse en cuenta que el artículo 69 del mismo cuerpo normativo establece que el mencionado reglamento deberá ser promulgado por el Poder Ejecutivo dentro de los noventa días posteriores a la publicación de la ley, por lo que el mencionado plazo empezó a correr a partir del 5 de setiembre de 1996 (fecha de publicación de la ley en la Gaceta) y para el día 2 de diciembre siguiente no había corrido el mencionado plazo y por lo tanto no existiría en la especie omisión reglamentaria. **Pero, de todas formas, en los casos en los cuales se debe reglamentar una ley y ese instrumento no ha nacido a la vida jurídica, no obsta para que sea aplicada la ley respectiva, tal y como lo hizo la Autoridad Reguladora en el caso de marras. Debe apuntarse además, que la audiencia que menciona la parte recurrente***

*celebrada el día 2 de diciembre de 1996, fue la primera que realizó la institución y por ello en el acto de apertura de la audiencia se establecieron los parámetros generales y necesarios para el buen desarrollo de la actividad. Así, el otrora Regulador General Leonel Fonseca, estableció el procedimiento (folios 28 y siguientes), de tal modo que se indicó con claridad aspectos relacionados con la convocatoria, la recepción de oposiciones, la participación del Regulador General como órgano ejecutor de la audiencia quien confiere la palabra, abre y cierre la actividad. Se indicó también la participación del Consejero del Usuario y sus funciones. La forma de utilizar la palabra y los fines de la audiencia. Sea que, no obstante que a la fecha de esa primera audiencia no existía el reglamento, lo cierto es que se aplicó la ley, determinándose el procedimiento para la plena aplicación de las audiencias de una forma razonable” (la negrita no es del original, Sala Constitucional, Voto 1092-98).*

De manera que es improcedente el argumento señalado por la OPC respecto a la inexistencia de la reglamentación para aplicar la exención, pues, de hecho, la misma resolución de 2006 dice concretamente que las solicitudes de devolución de los créditos que se hayan presentado en las diferentes administraciones tributarias, continuarán siendo tramitadas hasta la firmeza de la resolución respectiva, lo cual confirma la posición de que tanto desde el punto de vista legal, como operativo, el beneficio fiscal a favor de las cuentas de los afiliados es aplicable desde la entrada en vigencia de la ley.

## **VI. Respetto a la normativa contable emitida y la supervisión ejercida por la SUPEN**

Afirma la OPC, en el oficio BNV-GG-121-2013, que *“la Operadora experimentó serios problemas en los primeros años respecto a la forma de realizar los registros contables, correspondientes a impuestos sobre la renta por cobrar, toda vez que no se tenía claridad a nivel de los Manuales Contables dados por el Ente Regulador. Amén de la poca claridad y ambigüedad del manejo operativo a nivel de la industria, en torno al registro, control y cobro del impuesto sobre la renta de los títulos valores que compraban los fondos (Ver Anexo 1 Antecedentes). Además, a pesar de que en el artículo 72 de la Ley de Protección al Trabajador se establecieron los beneficios fiscales de que gozan los fondos administrados por la Operadoras, no fue sino hasta el 19 de setiembre del 2006 que la Dirección General de Tributación define con meridiana claridad los lineamientos especiales para instrumentalizar los aspectos formales del papel del agente retenedor y su relación con el contribuyente, mediante Resolución N° DGT-20-2006”.*

En relación con este punto, los diferentes catálogos de cuentas y la supervisión que sobre el registro auxiliar ha realizado la SUPEN, en BN Vital OPC y en las otras OPC, no tienen relación alguna con la eficacia de la Ley de Protección al Trabajador en la aplicación del beneficio fiscal a las cuentas individuales de los afiliados, puesto que la información para hacer la gestión de cobro la debe tener siempre la OPC con independencia de la forma en que se realice el registro contable. Los hallazgos realizados por la Superintendencia respecto a las deficiencias en la aplicación de la exención que por mandato legal tienen estos fondos, no son ni pueden ser el punto de partida para la aplicación de la legislación. La acción de vigilancia que ejerce la Superintendencia tiene como finalidad alertar sobre riesgos e incumplimientos normativos para que se tomen medidas preventivas o correctivas, de ninguna manera puede entenderse que constituye un punto de partida para el cumplimiento de obligaciones que nacen de la misma Ley.

Lo anterior ha sido claro para la misma OPC, puesto que desde el inicio del proceso de reconstrucción del auxiliar de impuesto sobre la renta, se estableció que este debía ejecutarse a partir del 18 de febrero de 2000, lo cual se encuentra claramente estipulado en el documento *Metodología para la Reconstrucción de los saldos contables de las cuentas de Impuesto Sobre la Renta aplicada por la Operadora BN. Vital S.A.*, elaborado por la Dirección Administrativa de Proyectos de la entidad y que forma parte integral del *Plan de Acción Revisión de Cuentas por Cobrar ISR y Cuentas de Productos*.

Dicho documento tiene definido como alcance:

*“Elaborar una metodología para la revisión y análisis de los movimientos registrados en las cuentas de Impuesto Sobre la Renta, así como la descripción del proceso para la recopilación y clasificación de la documentación que venga a respaldar la naturaleza de las partidas registradas del 18 de febrero de 2000 a (SIC) al 31 de marzo de 2010 fecha en la cual se implementó el registro del impuesto a base devengado”.*

Adicionalmente, establece como uno de sus objetivos específicos:

“[...]”

- c) *Construir los portafolios de inversiones desde el 18/02/2000, para cada uno de los fondos, logrando así la construcción de los débitos de las cuentas ISR”.*

Finalmente, en los incisos a) *Reconstrucción de los portafolios*, b) *Recalculo Diario* y c) *Aspectos Normativos*, del apartado de *Débitos* del punto VII *Descripción Detallada de la Metodología*, se menciona que cada uno de los procesos para realizar la reconstrucción del auxiliar mencionado deben partir del **18 de febrero de 2000**, para lo cual inclusive la entidad gestionó ante la Superintendencia el suministro de información para efectuar dicha reconstrucción ya que en algunos casos la operadora no contaba con registros en sus bases de datos.

Esto coincide con la gestión de cobro ante la Dirección General de Tributación y los emisores privados que tanto BN Vital OPC como el resto de las operadoras han realizado, desde la entrada en vigencia de la Ley, con independencia de si el registro auxiliar de la cuenta ISR se ha hecho correctamente o no desde el punto de vista contable. A modo ilustrativo, se cita el oficio dirigido al emisor privado Corporación de inversiones abonos superior S.A., en la cual BN Vital OPC indicó el 23 de agosto de 2001 lo siguiente: *“Por lo tanto solicitamos a partir de la fecha de aprobación se implemente esta nota y se deje de retener el debido impuesto sobre los montos productos de dividendos, intereses de los títulos que se mantienen bajo custodia en la Ceval pertenecientes a los Fondos Administrados por BN-Vital O.P.C. actuales y futuros, basados en el Oficio N° I-1077-01. Para tal motivo adjunto a usted copia de la nota enviada por la Administración Tributaria de San José, fechado 28 de Febrero del 2001, además copia de la nota enviada por la Superintendencia de Pensiones”* (OPC-INV-153-2001).

En ese mismo sentido, en 2006 se hizo la gestión de cobro del ISR de instrumentos de periodos 2004 y 2005, tal como se observa en el siguiente cuadro<sup>1</sup>

DEVOLUCION DEL BCCR DE IMPUESTO DE RENTA PERIODO 2004 Y 2005  
CUPONES BEM DEL 05-06-09 DE ENERO 2004, 5 DE JULIO 2004 Y 9 DE ENERO 2005

FONDO	05/01/2004	06/01/2004	09/01/2004	05/07/2004	09/01/2005	total
ROP	11,054,633.98	25,031,525.29	109,542.67	11,730,438.14	4,464,565.20	52,390,705.28
FCL			49,792.12	-	2,029,347.81	2,079,139.93
P COLONES	4,647,606.30	6,572,165.77	139,417.94	3,063,804.35	3,246,956.55	17,669,950.91
GARANTIA NOTARIAL	145,645.50	3,256,418.22		162,065.22		3,564,128.94
	15,847,885.78	34,860,109.28	298,752.73	14,956,307.71	9,740,869.56	75,703,925.06

De manera que tampoco ha habido duda para la OPC de que la obligación de aplicar el beneficio fiscal a las cuentas individuales de los trabajadores existe desde la promulgación de la Ley de Protección al Trabajador, sino hasta la remisión del oficio BNV-GG-121-2013, cuando manifiestan que a los afiliados de BN Vital OPC solo se les aplicara a partir del 2006 y no desde el año 2000 cuando se promulgó la citada Ley.

Esta gestión de cobro ante el Fisco se encuentra ampliamente documentada en todas las OPC y se hizo con regularidad durante varios años. Cabe destacar que los afiliados a BN Vital OPC por mandato legal tienen el mismo derecho a disfrutar del beneficio fiscal que el resto de los afiliados a las otras OPC, al renunciar a la gestión de cobro a favor de sus afiliados para el periodo anterior al 2006 BN Vital OPC los pone en desigualdad de condiciones en perjuicio directo de sus cuentas individuales.

## VII. Conclusiones

1. A la luz de los razonamientos citados, la vigencia del beneficio fiscal establecido en el numeral 72 de la Ley de Protección al Trabajador inició el 18 de febrero del 2000.
2. Los cambios operativos para gestionar el reintegro de los montos por concepto de impuesto sobre la renta a las cuentas individuales de los afiliados no inciden en la existencia del beneficio fiscal.
3. El beneficio fiscal otorgado no depende de la emisión de reglamentación alguna.

Cordialmente,

Realizado por: Jenory Díaz Molina

Aprobado por: Nelly Vargas Hernández

<sup>1</sup> Oficio TESRC/050-06 de la Bolsa Nacional de Valores a la Dirección General de Tributación.

División Jurídica