2 de noviembre de 2020

***PJD-21-2020***

Señor

Jose Arias González, jefe

Área de Comunicación y Servicios

**Superintendencia de Pensiones**

Estimado señor:

Mediante tarea que consta en el Sistema de Trámites, el área de Comunicación y Servicios de la Superintendencia de Pensiones le solicitó a esta División Jurídica un criterio que analice si existe una doble imposición en el cobro que por concepto de supervisión se aplica a los fondos complementarios especiales que son administrados por operadoras de pensiones. Este cobro se realiza de conformidad con lo dispuesto en los artículos 174 y 175 de la Ley Reguladora del Mercado de Valores y en el *Reglamento para regular la participación de los sujetos fiscalizados en el financiamiento del presupuesto de las Superintendencias[[1]](#footnote-1)*.

Con el fin de atender esta solicitud, se emite el siguiente criterio jurídico:

1. **Antecedentes**

Por medio del Sistema de Trámites, el área de Comunicación y Servicios realizó la siguiente consulta a esta División:

*La Auditoría Interna del Conassif está realizando un estudio de cobro por servicios de supervisión, específicamente el correspondiente al 2019.*

*Al respecto, el auditor solicita un criterio legal donde se analice que, a los fondos especiales, administrados por una OPC, no se les impone un doble cobro. A continuación, le cito lo requerido:*

*´ (…) tenemos claro lo establecido en el artículo 11 que establece:*

*Artículo 11.-Cálculo de la contribución a cargo de los fondos creados por leyes especiales o convenciones colectivas. Tratándose de fondos creados por leyes especiales o convenciones colectivas cuyos administradores no perciban retribución alguna por su administración, se tomará como base de cálculo de la contribución los gastos anuales, directos e indirectos, en que se haya incurrido con motivo de la administración de los fondos.*

*Para los fondos creados por leyes especiales o convenciones colectivas cuyos administradores perciban una retribución por su gestión, se tomará como base de cálculo de la contribución, los ingresos anuales que haya recibido la entidad administradora con motivo de la administración de los fondos.*

*Los gastos e ingresos a que se refieren los párrafos anteriores de este artículo, para los efectos de este reglamento, se reputarán como los ingresos brutos de la entidad administradora.*

*Sobre los artículos 2 y 3 mencionados, no establecen lineamientos o diferenciaciones sobre la forma de cálculo, las cuales se efectúan en los artículos 1 y 11*

*Donde el último párrafo del artículo 1 establece:*

*En el caso de los fondos de inversión, los fondos de pensiones administrados por las operadoras de pensiones, así como los creados por leyes especiales o convenciones colectivas, el pago de la contribución estará a cargo, exclusivamente, de las sociedades administradoras, las operadoras y las entidades que los administran, respectivamente.*

*Lo que implica que hay fondos creados por leyes especiales o convenciones colectivas administrados por una entidad independiente y otros cuya administración fue contratada a una Operadora de Pensiones; por lo que podría tenerse que diferenciar entre fondos que disponen de una entidad que los administran como el de Vendedores de Lotería y los que cedieron la administración a una Operadora como los fondos del ICT y BCR; por lo que nuevamente le agradezco me regale el criterio legal en el que se estableció que no existiría una doble imposición por la dinámica actual de cobro´.*

**II. Análisis de fondo**

1. **Cálculo de cobro por supervisión según las disposiciones del Reglamento para regular la participación de los sujetos fiscalizados en el financiamiento del presupuesto de las Superintendencias**

En lo que respecta a los sujetos fiscalizados por la Superintendencia de Pensiones, el *Reglamento para regular la participación de los sujetos fiscalizados en el financiamiento del presupuesto de las Superintendencias*[[2]](#footnote-2) establece dos modalidades de cálculo. Una modalidad genérica, establecida en el artículo 2 y aplicable, entre otros, a las operadoras de pensiones complementarias, y una modalidad específica, recogida en los artículos 11 y 12, establecida para el caso de los fondos creados por leyes especiales o convenciones colectivas. Al respecto, indican esas normas lo siguiente:

*Artículo 2º-Cobros parciales. Se realizarán cobros parciales mensuales 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:*

**

*Donde:*

*Pi = Proporción a contribuir del sujeto fiscalizado i.*

*Ii = Ingresos brutos del sujeto fiscalizado i al 31 de diciembre del año anterior según información contable remitida a la Superintendencia.*

*i. = Sujeto fiscalizado.*

*Artículo 11.-Cálculo de la contribución a cargo de los fondos creados por leyes especiales o convenciones colectivas*

*Tratándose de fondos creados por leyes especiales o convenciones colectivas cuyos administradores no perciban retribución alguna por su administración, se tomará como base de cálculo de la contribución los gastos anuales, directos e indirectos, en que se haya incurrido con motivo de la administración de los fondos.*

*Para los fondos creados por leyes especiales o convenciones colectivas cuyos administradores perciban una retribución por su gestión, se tomará como base de cálculo de la contribución, los ingresos anuales que haya recibido la entidad administradora con motivo de la administración de los fondos.*

*Los gastos e ingresos a que se refieren los párrafos anteriores de este artículo, para los efectos de este reglamento, se reputarán como los ingresos brutos de la entidad administradora.*

*Artículo 12.-Remisión de información para el cálculo. Los gastos e ingresos a que se refiere el artículo anterior deberán ser suministrados por el Órgano de Administración del Fondo a la Superintendencia de Pensiones con corte al 31 de diciembre de cada año. El documento que contenga la información de los gastos o ingresos antes referidos deberá ser suscrito por el Presidente del Órgano de Dirección.*

*Para el cálculo de los cobros parciales la información deberá ser remitida a la Superintendencia de Pensiones dentro de los primeros diez días hábiles de cada mes de enero para la realización del cálculo de la contribución a que se refiere el artículo 2 del presente reglamento.*

*El pago final se ajustará según el procedimiento y plazos establecidos en el artículo 3 del presente reglamento, con base en la información indicada en el párrafo primero de este artículo. Las cuentas de ingresos o gastos utilizadas para el cálculo de la liquidación final del cobro por servicios de supervisión, deberán ser certificadas por un auditor externo.*

*Dicha certificación deberá de presentarse en la misma fecha en que se remita el informe que contiene la opinión de razonabilidad de los estados financieros auditados.*

El artículo 2 del reglamento establece en general una modalidad de cálculo para el pago de la contribución que toma como referencia **los ingresos brutos anuales** del sujeto fiscalizado al 31 de diciembre del año anterior, mientras que el artículo 11, aplicable para los fondos creados por leyes especiales o convenciones colectivas, establece una modalidad que toma como referencia los siguientes aspectos:

1. los gastos anuales, directos e indirectos, en que haya incurrido la entidad administradora con motivo de la administración de los fondos (en el caso de las entidades administradoras que no reciben remuneración por la administración), o
2. los ingresos anuales que haya recibido la entidad administradora con motivo de la administración de los fondos (en el caso de las entidades administradoras que sí reciben remuneración por la administración).

Ahora bien, la consulta de la Auditoría Interna se encuentra referida a dos fondos complementarios especiales que son administrados por operadoras de pensiones. Estos son:

* Fondo de jubilaciones de los empleados del Banco de Costa Rica (FJEBCR), administrado por BCR Pensiones OPC.
* Fondo de Jubilaciones de los funcionarios y empleados del Instituto Costarricense de Turismo (FJFEICT), administrado por la Operadora de Pensiones Complementarias del Banco Popular y de Desarrollo Comunal (Popular Pensiones OPC).

En ambos casos la operadora recibe una comisión por concepto de administración del fondo.

La duda de la Auditoría Interna surge porque el artículo 1 del Reglamento en mención dispone que:

*Artículo 1º-Contribución de los sujetos fiscalizados al presupuesto de las Superintendencias. De conformidad con lo que establecen los artículos 174 y 175 de la Ley Nº7732, Ley Reguladora del Mercado de Valores, los sujetos fiscalizados estarán obligados a contribuir con el 20% del presupuesto de la Superintendencia a cuya supervisión se encuentren sujetos, hasta un máximo del dos por ciento (2%) de sus ingresos brutos anuales o del cero coma uno por ciento (0,1%) anual sobre el monto de la emisión, en el caso de emisores no financieros.*

*[…]*

*En el caso de los fondos de inversión, los fondos de pensiones administrados por las operadoras de pensiones, así como los creados por leyes especiales o convenciones colectivas,* ***el pago de la contribución estará a cargo, exclusivamente, de las sociedades administradoras, las operadoras y las entidades que los administran, respectivamente****.* [Lo resaltado no es del original].

De acuerdo con la Auditoría Interna, *“… hay fondos creados por leyes especiales o convenciones colectivas administrados por una entidad independiente y otros cuya administración fue contratada a una Operadora de Pensiones; por lo que podría tenerse que diferenciar entre fondos que disponen de una entidad que los administran como el de Vendedores de Lotería y los que cedieron la administración a una Operadora como los fondos del ICT y BCR; por lo que nuevamente le agradezco me regale el criterio legal en el que se estableció que no existiría una doble imposición por la dinámica actual de cobro”.*

Al respecto, considera esta asesoría que una lectura del párrafo final del artículo 1 del Decreto Ejecutivo N°. 38292-H permite concluir que cuando el artículo se refiere a los fondos administrados por las operadoras de pensiones se refiere a aquellos establecidos por la Ley de Protección al Trabajador, a saber: Fondo de Capitalización Laboral, Régimen Obligatorio de Pensiones y Régimen Voluntario de Pensiones Complementarias, esto es así porque inmediatamente después la norma aclara que en el caso de los fondos de pensiones creados por leyes especiales o convenciones colectivas el pago de la contribución estará a cargo, exclusivamente, de las entidades que lo administran, entendidas estas como la junta administradora respectiva.

Una interpretación distinta implicaría desconocer que la verdadera responsable de la administración de estos fondos es la respectiva junta, la cual no pierde esa condición por el hecho de que se contrate una operadora de pensiones que invierta los recursos, etc. La junta administradora, en su condición de órgano de dirección del fondo, tiene funciones propias que se encuentran previstas en el artículo 7 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo (órgano equivalente a Junta Directiva), por lo que los gastos a reportar para efectos de cobro por supervisión deben guardar relación con dichas funciones.

Ahora, considerando que los fondos que motivan la consulta de la Auditoría Interna se encuentran a cargo de una junta que no percibe ingresos por su administración, en ambos casos el cobro por supervisión se debe calcular sobre los gastos anuales, directos e indirectos, en que haya incurrido la entidad administradora con motivo de la administración del fondo.

Es importante aclarar que, de conformidad con el artículo 12 del Reglamento, “… *las cuentas de ingresos o gastos utilizadas para el cálculo de la liquidación final del cobro por servicios de supervisión, deberán ser certificadas por un auditor externo”.*

En este sentido, tal y como consta en el documento denominado “*Revisión de la participación de los sujetos fiscalizados en el financiamiento del presupuesto de la Superintendencia*”, elaborado por la División de Supervisión de Regímenes de Capitalización Individual y que fue remitido a esta División al momento de formularse la consulta:

*[…] la Junta Administradora del Fondo de jubilaciones de los empleados del Banco de Costa Rica y la Junta Administradora del Fondo de Jubilación de los empleados del ICT, remitieron las certificaciones hecha por los contadores públicos contratados para realizar el pago correspondiente a la contribución de la supervisión*.

*En dichas certificaciones se incluyen los gastos relacionados con la participación de directores en las sesiones, tanto de las Juntas Directivas como en la participación de comités de inversiones y riesgos, así como el gasto por concepto de pago por alquiler de salas para sesionar en el caso específico de la Junta Administradora del FJEBCR.* ***No se toman en cuanta*** [Sic] ***para este cálculo el pago realizado a la operadora por concepto de comisión por administración del Fondo, de acuerdo con lo indicado por el artículo 11 del capítulo III supracitado, por lo tanto, el cobro efectuado a las Juntas Administradoras no estarían duplicados […]***

Desde este punto de vista, las cuentas de ingresos o gastos utilizadas para el cálculo de la liquidación final del cobro por servicios de supervisión en el caso del Fondo de jubilaciones de los empleados del BCR y del Fondo de Jubilaciones de los funcionarios y empleados del ICT, no toman en cuenta el pago realizado a la operadora por concepto de comisión por administración de dichos fondos.

1. **Sobre la existencia de una doble imposición**

Ahora bien, para efectos de este dictamen interesa determinar si, aun partiendo del supuesto de que entre las cuentas de gastos reportadas por las juntas administradoras del FJEBCR y del FJFEICT se hubiera reportado la comisión por administración pagada a la operadora, esto podría considerarse una doble imposición.

En este sentido, la doctrina define la doble imposición como:

*[…] aquella situación caracterizada por la existencia de un supuesto gravable que determina el nacimiento de diversas obligaciones tributarias* ***por el mismo, o análogo concepto, y por el mismo período****. En líneas generales, la atención se ha centrado en la diferenciación entre dos tipos básicos de doble imposición: la jurídica (cuando es una misma persona la que resulta gravada más de una vez por el mismo concepto y período)* ***y la económica (si la doble imposición afecta a dos personas diferentes por la misma renta o patrimonio****.)[[3]](#footnote-3)* [Lo resaltado o es del original].

En varias resoluciones, la Sala Constitucional ha caracterizado el concepto de la siguiente manera: *“Téngase presente que la doble imposición se da cuando el impuesto recae sobre las mismas personas o bienes, dos o más veces, por el mismo concepto”. [[4]](#footnote-4)*

En el presente caso, el hecho generador de la obligación es ser supervisado por esta Superintendencia. Al respecto, la Procuraduría General de la República ha indicado lo siguiente:

*Del primer párrafo del artículo 175 se desprende el deber de cada entidad fiscalizada de financiar al respectivo órgano fiscalizador, para lo cual se establece que el aporte podrá alcanzar hasta un dos por ciento de los ingresos brutos anuales de la entidad fiscalizada. Ese deber de contribuir tiene naturaleza tributaria: es una contribución especial. En efecto, se trata de un tributo cuyo hecho generador es la obtención de beneficios derivados de la realización de actividades estatales y "cuyo producto no debe tener un destino ajeno a la financiación de las obras o de las actividades que constituyen la razón de ser de la obligación" (artículo 4° del Código Tributario). En este caso, contribución especial derivada de la obtención de los servicios de regulación y fiscalización por parte de la Superintendencia correspondiente. La actividad de regulación y fiscalización satisface simultáneamente intereses públicos y proporciona ventajas a los entes fiscalizados, de allí que éstos deban contribuir, obligatoriamente, con ese financiamiento.* (C-073-2004.)

A partir de lo anterior, es el criterio de esta División que aún en el caso de que se hubiera reportado como un gasto el pago de la comisión por administración pagada a la operadora no existiría doble imposición. Nótese que, si bien estamos frente a un cobro de naturaleza tributaria, el pago sería realizado por dos sujetos activos distintos, ambos obligados por su condición de sujetos supervisados. Nótese, además, que en el caso de la operadora dicho pago sería considerado como un ingreso, de conformidad con el artículo 2 del Decreto Ejecutivo N°. 38292-H, mientras que, en el caso de las juntas administradoras, sería un gasto que guarda relación con las funciones establecidas para estos órganos en el artículo 7 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo.

**III. Conclusiones**

En virtud de lo expuesto, se concluye que:

1. El Reglamento para regular la participación de los sujetos fiscalizados en el financiamiento del presupuesto de las Superintendencias establece dos modalidades de cálculo para el cobro. Una modalidad para los sujetos fiscalizados que utiliza como base impositiva los ingresos brutos del periodo, y una modalidad para el caso de los fondos creados por leyes especiales o convenciones colectivas, que utiliza como base impositiva los gastos directos e indirectos incurridos por administrar el fondo, o bien, los ingresos recibidos por la administración del fondo según las entidades administradoras reciban o no una retribución por dicha actividad.
2. Los gastos reportados por las juntas administradoras de fondos especiales que no reciben remuneración deben guardar relación con las funciones establecidas para estos órganos en el artículo 7 del Reglamento de Gobierno Corporativo.
3. Las juntas administradoras del FJEBCR y del FJFEICT no reciben una retribución por administración. En ambos casos las certificaciones hechas por los contadores públicos contratados para realizar el pago de la contribución por supervisión reportaron los gastos relacionados con la participación de directores en las sesiones, tanto de las juntas directivas como en la participación de comités de inversiones y riesgos, así como el gasto por concepto de pago por alquiler de salas para sesionar en el caso específico de la Junta Administradora del FJEBCR. En estas certificaciones no se incluyó para el cálculo, el pago realizado a la operadora por concepto de comisión por administración del Fondo, razón por la cual no puede considerarse que exista una doble imposición.
4. No se verifica una doble imposición aún en el caso de que se hubiera reportado como un gasto el pago de la comisión por administración pagada a la operadora, dado que el pago de esta obligación de naturaleza tributaria sería realizado por dos sujetos activos distintos, ambos obligados por su condición de sujetos supervisados. En el caso de la operadora dicho pago sería considerado como un ingreso, de conformidad con el artículo 2 del Decreto Ejecutivo N°. 38292-H, mientras que, en el caso de las juntas administradoras, sería un gasto que guarda relación con las funciones establecidas para estos órganos en el artículo 7 del Reglamento sobre Gobierno Corporativo.

Atentamente,

Realizado por: Jorge E. Muñoz García 

Revisado por: Jenory Díaz Molina 

Aprobado por: Nelly Vargas Hernández 

***División Asesoría Jurídica***

1. Los artículos 174 y 175 de la Ley N°.7732, Ley Reguladora del Mercado de Valores fueron reformados por la Ley N°.9746, Reforma a la Ley N°. 7732, Ley Reguladora del Mercado de Valores, de 17 de diciembre de 1997; Ley N°.3284, Código de Comercio, de 30 de abril de 1964; Ley N°.8653, Ley Reguladora del Mercado de Seguros, de 22 de julio de 2008; Ley N°.7558, Ley Orgánica del Banco Central de Costa Rica, de 3 de noviembre de 1995; Ley N°.7333, Ley Orgánica del Poder Judicial, de 5 de mayo de 1993; Ley N°.7523-1, Régimen Privado de Pensiones Complementarias, de 7 de julio de 1995; y de la Ley N°.4573, Código Penal, de 4 de mayo de 1970.

No obstante, la Ley N°.9746 también tiene un Transitorio II que dispone:

*TRANSITORIO II- Plazo para alcanzar el aporte al financiamiento de las entidades supervisadas por la Superintendencia General de Entidades Financieras (Sugef), la Superintendencia General de Valores (Sugeval) y la Superintendencia de Pensiones (Supén).*

*El incremento en el porcentaje de contribución de las entidades supervisadas por la Supén, la Sugef y la Sugeval, conforme a lo dispuesto en los artículos 174 y 175 de la Ley N.º 7732, Ley Reguladora del Mercado de Valores, de 17 de diciembre de 1997, se alcanzará a razón de un incremento del siete coma cinco (7, 5) puntos porcentuales por año, a partir del presupuesto correspondiente al quinto año inmediatamente siguiente a la entrada en vigencia de esta ley y hasta completar el cincuenta por ciento (50%) dispuesto en los citados artículos; de forma tal que durante los cuatro años siguientes a la entrada en vigencia de esta ley se aplicarán los porcentajes, la metodología y los procedimientos vigentes antes de esta modificación.*

*Durante la vigencia de este transitorio, el Banco Central de Costa Rica continuará sufragando la diferencia del monto de los gastos para garantizar el correcto y eficiente funcionamiento de las superintendencias.* [Lo resaltado no es del original].

De esta forma, el párrafo segundo del Transitorio II de la Ley N°.9746 difiere la entrada en vigor de las reformas a los artículos 174 y 175 como sigue: para el aumento en el porcentaje de contribución, dispone que este *“… se alcanzará a razón de un incremento del siete coma cinco (7,5) puntos porcentuales por año, a partir del presupuesto correspondiente al quinto año inmediatamente siguiente a la entrada en vigencia de esta ley y hasta completar el cincuenta por ciento (50%) …”*; en lo que toca al cambio en la base imponible, la misma norma señala *“… que durante los cuatro años siguientes a la entrada en vigencia de esta ley se aplicarán los porcentajes, la metodología y los procedimientos vigentes antes de esta modificación ”*.

En vista de lo anterior, para efectos de esta consulta interesa tener en consideración el texto de los artículos 174 y 175 antes de la reforma, que en lo que interesa disponían:

*ARTÍCULO 174.- Financiamiento. El presupuesto de las superintendencias será financiado en un ochenta por ciento (80%) con recursos provenientes del Banco Central de Costa Rica y en un veinte por ciento (20%) de los gastos efectivamente incurridos, mediante contribuciones obligatorias de los sujetos fiscalizados.*

*ARTÍCULO 175.- Aparte de cada superintendencia al financiamiento de sus gastos. Cada sujeto fiscalizado por la Superintendencia General de Entidades Financieras, la Superintendencia General de Valores y la Superintendencia de Pensiones contribuirán, hasta con un máximo del dos por ciento (2%) de sus ingresos brutos anuales, al financiamiento de los gastos efectivos de la respectiva Superintendencia. […]* [↑](#footnote-ref-1)
2. Decreto Ejecutivo Nº.38292-H del 20 de diciembre de 2013, publicado en el Diario Oficial La Gaceta No. 79 del 25 de abril de 2014. [↑](#footnote-ref-2)
3. Rubio, Guerrero, Juan José. “Los principios básicos de la fiscalidad internacional y la doble imposición internacional” En: Manual de Fiscalidad Internacional. Madrid, España. Instituto de Estudios Fiscales Manuales de la Escuela de la Hacienda Pública. Diciembre 2001. Pg. 44. [↑](#footnote-ref-3)
4. Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Resolución No. 2359-94 de las quince horas tres minutos del diecisiete de mayo de mil novecientos noventa y cuatro. [↑](#footnote-ref-4)