



Superintendencia del Sistema Financiero

PAS-01/2011 Ref. CASF CA-1-2014

SUPERINTENDENCIA DEL SISTEMA FINANCIERO: En la ciudad de San Salvador, a las nueve horas y treinta minutos del día dos de julio de dos mil catorce.

El suscrito Superintendente del Sistema Financiero, en atención a la resolución final del recurso de apelación promovido por **Pacific Credit Rating, S.A. de C.V. Clasificadora de Riesgo (PCR)**, emitida por el Comité de Apelaciones del Sistema Financiero (CASF), Ref. CA-1-2014, de fecha 23 de abril de 2014, en la que ordena al suscrito valorar la última Declaración de Impuesto sobre la Renta de PCR para determinar la sanción establecida en el ejercicio fiscal 2009, tengo a bien hacer las siguientes **CONSIDERACIONES:**

I. DE LA INDEPENDENCIA DE LOS FONDOS DE TITULARIZACIÓN

El CASF ha manifestado en el numeral 1 la resolución aludida, que para efectos de determinar los límites fijados en el Art. 91 inc. 3 de la Ley del Mercado de Valores (LMV), los ingresos percibidos por la calificación de riesgo de fondos de titularización deben considerarse que provienen de fondos separados y no de las titularizadoras que los administran, dada la independencia de cada uno de los patrimonios.

Con respecto a este criterio el suscrito considera necesario reiterar todos los argumentos manifestados por esta Superintendencia, tanto en la resolución final, como en la resolución del recurso de rectificación del presente procedimiento administrativo sancionador; en tal sentido, es claro que en la figura de titularización existe una separación legal y contable entre el patrimonio de la titularizadora y el patrimonio del fondo de titularización, así como que cada fondo de titularización es independiente entre sí. Sin embargo, es evidente que los fondos de titularización no tienen personalidad jurídica por disposición legal; por ello es que el legislador le ha concedido a la titularizadora, de conformidad con el Art. 4 Ley de Titularización de Activos (LTA) la facultad de constituir, integrar y administrar los fondos, siendo, como lo manifiesta PCR, la encargada de dirigir y gobernar los negocios de los fondos de titularización, todo de conformidad con la ley.

Así, la titularizadora es responsable de contratar los servicios relacionados con sus funciones y con sus operaciones, según lo previsto en el Art. 22 LTA; es decir, todos los actos necesarios para el cumplimiento de su objeto social. Sus atribuciones están definidas en los Art. 22 y 24 LTA. De tal forma que, el fondo al no poseer personalidad jurídica, no puede actuar por sí mismo, sino que la obligada a ejecutar los actos y contratos correspondientes en nombre del fondo es la titularizadora, siendo la responsable legalmente de todo acto que se ejecute en nombre de los fondos que

administre, no pudiendo desligarse de éstos, salvo en la parte relativa al pago de los servicios, pues la titularizadora no paga con sus propios recursos, sino con los recursos del fondo.

Por lo tanto, existe un vínculo entre los patrimonios producto de una titularización – fondos de titularización- y las empresas titularizadoras, el cual está determinado por la ley, en cuanto a que los fondos no pueden actuar por sí mismos y es la titularizadora la responsable de realizar todos los actos, decidir y suscribir los contratos necesarios para que el fondo opere.

Durante todo el proceso de clasificación de riesgo, PCR se ha relacionado directamente con la titularizadora y no con el fondo como masa patrimonial, de tal forma que es la titularizadora la que dentro de las posibles empresas que pudieron haberle prestado el servicio, decidió elegir a PCR, de acuerdo con el Art. 71 letra f) LTA. Asimismo, la información que PCR requirió para la realización de las clasificaciones fue solicitada a la titularizadora y no al fondo; además, el contrato para la prestación de servicios fue suscrito por el representante legal de la titularizadora en su carácter de administradora del fondo, por lo que el vínculo se establece con la titularizadora, independientemente que el servicio sea pagado con los recursos del fondo y no de la titularizadora¹.

Siguiendo el anterior orden de ideas, de acuerdo con el Art. 4 LTA los emisores de valores son la titularizadoras: "*tendrán como objeto exclusivo constituir, integrar y administrar Fondos de Titularización y emitir valores con cargo a los Fondos (...)*". Así lo confirman los Arts. 47 LTA que regula el contrato de titularización y Art. 71 LTA que prevé las condiciones contractuales sobre la emisión. Es por ello, que la vinculación o dependencia es con el emisor de los títulos y no con quien paga dichos servicios. La teoría de la independencia está relacionada con los conflictos de interés, la cual está fundamentada en relaciones de parentesco, en ostentación de cargos directivos o sociedades o grupos empresariales con vinculación económica².

¹ Establecer la diferenciación de fondos independientes económicamente, como unidades económicas, las cuales pagan los servicios que reciben, es basarse en la interpretación económica de la norma jurídica, la cual ya ha sido ampliamente superada en la doctrina tributaria, por ejemplo. Esta interpretación tiene como objetivo entender los sucesos normativos desde su perspectiva económica y no jurídica. Sin embargo, es desconocer la naturaleza jurídica de los hechos (económicos o no) que son regulados en una norma jurídica, los cuales, en efecto, se convierten en hechos jurídicos. Y, en consecuencia, al estar regulado en una norma jurídica tienen métodos de interpretación que deben ser esencialmente jurídicos. La finalidad del artículo 91 LMV es asegurar la independencia de las sociedades clasificadoras de riesgo del emisor, cuyos valores clasifique. Esta independencia deber ser analizada desde todas sus perspectivas.

² El conflicto de interés es cualquier situación que el interés personal entra en pugna con el interés general, protegido y normado, en este caso, en los procesos de titularización de activos.

Incompatibilidades.

La incompatibilidad es la prohibición legal expresa que constituye un obstáculo para el ejercicio simultáneo de determinados cargos o funciones.

Impedimentos.

Situación en que un interés general o representado entra en conflicto con un interés particular y directo.



Superintendencia del Sistema Financiero

PAS-01/2011 Ref. CASF CA-1-2014

Por eso reiteramos lo ya manifestado, en cuanto a que, para salvaguardar la independencia de la calificadora de riesgo, no puede separarse a la titularizadora y al fondo que ésta administra siendo que, no es el fondo de titularización quien elige contratarla sino la titularizadora, quien puede influir en la independencia de la clasificadora, como lo haría una empresa o grupo empresarial.

Por todo lo anterior el suscrito considera que esta Superintendencia no puede ser limitada en la supervisión a la determinación de donde provienen los fondos, sino, quién es la entidad supervisada, según el Art. 7 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, la que toma la decisión de usar los ingresos de un fondo de titularización para pagar una clasificación de riesgo; para los efectos del Art. 91 inc. 3 LMV.

II. SOBRE LOS INGRESOS DE PCR HOLDING

En el apartado 2.2.1.1 de su resolución, el CASF manifiesta que en la interpretación del Art. 91 inc. 3 LMV esta Superintendencia ha incorporado elementos inexistentes, lo cual riñe con el principio de legalidad en su vertiente negativa, vulnerando también la exigencia de tipicidad de las infracciones administrativas. Afirman lo anterior, porque la norma en cuestión no limita el concepto de ingresos anuales a rentas percibidas en actividades específicas o dentro de demarcación territorial limitada.

Para el suscrito, a efectos de determinar los ingresos anuales de una calificadora, en una interpretación acorde al contexto del Art. 91 LMV, debe considerarse que los incisos 1° y 2° de la disposición citada, se refieren a la independencia de las clasificadoras, que debe guardarse con respecto a los emisores de los valores que califiquen, no pudiendo calificar valores de sociedades vinculadas o grupo empresarial más allá de los límites establecidos en la ley. Además, este artículo ordena a las clasificadoras de riesgo que se sujeten a los criterios de independencia que rigen a los auditores externos en los Arts. 82 y 83 LMV.

Por otro lado, es innegable que la finalidad principal de una clasificadora de riesgo es la calificación de valores objeto de oferta pública (Art. 88 LMV), siendo la intención clara del legislador, regular la independencia de las clasificadoras en la realización de su principal fuente de ingresos, es decir los servicios de calificación de riesgo de emisiones.

Por lo anterior, el suscrito reitera que para una adecuada aplicación del Art. 91 inciso 3 se tomarán en cuenta únicamente ingresos percibidos por servicios de calificación de riesgo de emisiones y emisores.

III. SOBRE LOS COMPROBANTES DE INGRESOS

El CASF ha manifestado en el apartado 2.2.1.3 de su resolución que, en un procedimiento administrativo sancionador, rige el sistema de la sana crítica para la valoración de la prueba, que en base a ello la práctica de exigir una factura como único medio probatorio posible para comprobar un ingreso es una prueba tasada, sistema que ya ha sido superado en nuestro ordenamiento; la decisión sobre la idoneidad de un medio probatorio debe ser tomada por la autoridad administrativa atendiendo a su buen juicio y sana crítica, no pudiendo restar valor *a priori* a los medios probatorios presentados. Según el CASF un recibo prueba fehacientemente los ingresos de PCR.

Al respecto, el suscrito considera que el criterio expresado por el CASF es erróneo, pues no se ha utilizado el mecanismo de prueba tasada³ para poder determinar que un recibo no es prueba fehaciente de los ingresos percibidos por una sociedad que presta servicios de calificación de riesgo; sino, por el contrario, se ha utilizado y valorado el marco legal que regula la forma de documentar la prestación de servicios. Al respecto, el Código Tributario establece que para documentar la prestación de un servicio o el traspaso de un bien mueble, el contribuyente del impuesto a la transferencia de bienes muebles y a la prestación de bienes y servicios (IVA), debe emitir un comprobante de crédito fiscal (en caso que el adquirente del servicio sea otro contribuyente de IVA) o bien, una factura o documento equivalente (cuando el adquirente no es contribuyente de IVA) de acuerdo al Art. 107 del Código Tributario.

Para poder comprobar ingresos con otros documentos equivalentes a una factura, es necesario que estén autorizados por la Administración Tributaria y cumplir con los requisitos establecidos en el Art. 114 del Código Tributario; en opinión del suscrito, un recibo no cumple con dichos requisitos, habiendo sido acreditado por el perito contador en su informe agregado a folios 159 del expediente, que dicho recibo fue emitido sin número el día 3 de enero de 2011 para acreditar supuestos servicios prestados en el año 2010. Es evidente además, la falta de consistencia en las fechas, habiendo emitido en un año posterior un comprobante de pago de servicios.

En base a las disposiciones citadas, no ha existido una prueba tasada, sino se ha valorado y aplicado el ordenamiento tributarios para probar ingresos de una determinada sociedad.

³ La definición de prueba tasada proviene de nuestro antiguo Código de Procedimientos Civiles que regulaba el tipo de prueba, clasificándola previamente de plena o semiplena prueba; en tal sentido, el aplicador de la norma no podía apartarse de dicha "tasación" a efecto de valorar la prueba, únicamente se limitaba a identificar el tipo de prueba para saber el valor que tenía.



Superintendencia del Sistema Financiero

PAS-01/2011 Ref. CASF CA-1-2014

IV. SOBRE LA DETERMINACIÓN DE LAS MULTAS CON RELACION AL ISR

El CASF ha manifestado que de acuerdo al Art. 50 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero (LSRSF), el legislador le ha dado preferencia a la última declaración de impuesto sobre la renta, como indicador de la capacidad económica del infractor, por lo que, el patrimonio no es el indicador idóneo de capacidad económica, siendo necesaria una adecuada aplicación de los parámetros establecidos por el legislador a la autoridad administrativa para formar su voluntad, siendo procedente realizar una revisión de los cálculos respectivos.

Sobre lo anterior, el suscrito manifiesta que no está de acuerdo con la interpretación que el CASF le ha dado al Art. 50 LSRSF, puesto que dicho artículo no le da preferencia a la utilización de la última declaración de renta para determinar la capacidad económica del infractor, pues la norma establece una facultad potestativa a utilizar el verbo "*puede*" en la elección del medio idóneo para determinarse la capacidad económica; seleccionando entre el última declaración de renta del presunto infractor o por medio de cualquier medio probatorio, según lo requiera la Superintendencia.

Es decir, que el CASF se ha extralimitado en sus facultades invadiendo las potestades discrecionales de esta Superintendencia, en cuanto que es ésta última la que determinará el medio idóneo para determinar la capacidad económica, ya que el apelante no argumentó que el monto de la multa era ilegal por haberse utilizado en exceso la potestad discrecional mencionada.

Por otro lado, el espíritu de dicha norma es establecer que debe existir proporcionalidad entre la infracción cometida por el sujeto y la sanción que se le imponga; para lo cual debe tomar en consideración *todos* los parámetros regulados en el Art. 50 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero; así el suscrito considera como indicador de capacidad económica el patrimonio de una persona jurídica no se opone a la proporcionalidad⁴, sino por el contrario, es un indicador válido para determinar la cuantía de la multa, siempre que ésta no se vuelva confiscatoria, según el inciso final del Art. 106 de la Constitución de la República.

Valoración de la Declaración de ISR de PCR

⁴ La capacidad económica, en su vertiente subjetiva, es la medición de la aptitud de pago de un sujeto para hacer frente a sus obligaciones; por ello, toma en cuenta las circunstancias particulares de la persona.

Si se toman en cuenta los ingresos brutos de PCR que aparecen en la declaración de renta del ejercicio 2013 ascienden a la cantidad de \$298,557.30, los cuales no tienen deducciones fiscales permitidas; por su parte, sus ingresos netos ascienden a la cantidad de \$158,200.96. Por el contrario, el patrimonio de la administrada es de US\$232,433.43.

El Art. 44 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero señala que las multas *podrán* ser hasta el 2% del patrimonio en el caso de personas jurídicas o hasta de quinientos salarios mínimos urbanos del sector comercio, en caso de personas naturales. En ese sentido, la norma señala un índice de capacidad económica –el patrimonio de la sociedad- con un límite máximo de hasta el 2%; de tal forma que su límite máximo no debería sustraer la totalidad de la capacidad económica del infractor y volverse una pena confiscatoria.

Cuando la jurisprudencia constitucional ha sostenido -en temas tributarios- que para valorar la capacidad económica del contribuyente no sólo es posible tomar en cuenta su patrimonio bruto, sino las circunstancias económicas individuales del contribuyente, está haciendo relación al concepto de capacidad económica en su vertiente subjetiva. Sin embargo, el fundamento de la capacidad económica, como concepto económico, es que la persona tenga capacidad de pago de sus obligaciones, sin que las mismas detraigan una cantidad exorbitante, de modo tal, que no pueda continuar subsistiendo como persona.⁵

El suscrito considera que, para los efectos sancionadores, la declaración de renta sí es un medio adecuado para determinar la capacidad económica en el caso de las personas naturales, puesto que no están obligadas a llevar estados financieros para establecer su patrimonio.

Por ello, el suscrito reitera que para efectos de determinar las sanciones, un medio idóneo de determinar la capacidad económica es el patrimonio reflejado en los estados financieros para el caso de una persona jurídica, ya que en el presente caso, los US\$3,000.00 Dólares de los Estados Unidos de América impuestos como multa representan el 1.29% de su patrimonio total. Sin embargo el CASF ha ordenado en su resolución que para la imposición de la multa de US\$3,000.00 es necesario valorar la última declaración de impuesto sobre la renta. En definitiva, el pago de la multa determinada de US\$3,000.00 no sustrae de una manera confiscatoria el patrimonio total de PCR de US\$232,433.43, de tal forma que no pueda continuar con sus operaciones como sociedad, ya que ha tenido la capacidad de pagar un impuesto sobre la renta US\$42,149.19.

⁵ La idea del mínimo vital, es un concepto utilizado en la doctrina tributaria, a efecto de establecer el mínimo de la capacidad económica. Este es un concepto elástico, el cual depende de la configuración de cada Constitución Política de cada Estado y, está ligada, especialmente, a los derechos fundamentales y la dignidad de la persona humana.



Superintendencia del Sistema Financiero

PAS-01/2011 Ref. CASF CA-1-2014

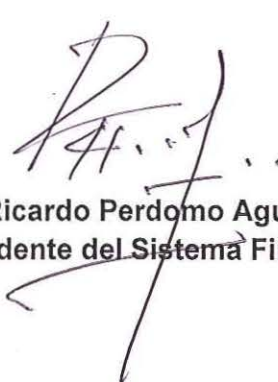
El suscrito considera que, a pesar de haberse tomado en cuenta la última declaración de impuesto sobre la renta, se ha confirmado que PCR posee una capacidad de pago para hacer frente a la multa impuesta por esta Superintendencia.

POR TANTO: De conformidad a los anteriores considerandos y sobre la base de los artículos siguientes: 11, 12, 14 y 106 de la Constitución de la República; 43, 50 y 68 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, el suscrito **RESUELVE:**

a) Confirmar la multa impuesta a la sociedad **Pacific Credit Rating, Sociedad Anónima de Capital Variable, Clasificadora de Riesgo**, que asciende a la cantidad de **TRES MIL DÓLARES DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA (US\$ 3,000.00)**, por haberse determinado su responsabilidad administrativa en la infracción cometida al Art. 91 inciso tercero de la Ley del Mercado de Valores durante el año 2009;

b) De conformidad al Art. 52 de la Ley de Supervisión y Regulación del Sistema Financiero, líbrese el mandamiento de pago a dicha sociedad para que realice el pago de la multa correspondiente en las oficinas de la Dirección General de Tesorería.

NOTIFIQUESE.


José Ricardo Perdomo Aguilar
Superintendente del Sistema Financiero



CEP/MPL *os*

