

# Boletín de Seguros

---

Coordinador:

**Pablo Muelas García**

*Socio. Grupo de Seguros de GA\_P*



# Sumario

|                                                                                                                                                                                                                                                                         |           |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>Introducción .....</b>                                                                                                                                                                                                                                               | <b>3</b>  |
| — La regulación, ¿catalizador o freno del progreso?.....                                                                                                                                                                                                                | 3         |
| <b>Análisis normativo.....</b>                                                                                                                                                                                                                                          | <b>5</b>  |
| — La Comisión Europea aprueba el Reglamento sobre requisitos de control<br>y gobernanza de los productos aplicables a los productores y distribuidores de seguros .....                                                                                                 | 5         |
| — El artículo 76e de la Ley del Contrato de Seguro es inconstitucional (y, por tanto, nulo) .....                                                                                                                                                                       | 8         |
| — Las obligaciones de información sobre los productos de inversión basados en seguros (II) .....                                                                                                                                                                        | 9         |
| <b>Análisis jurisprudencial .....</b>                                                                                                                                                                                                                                   | <b>22</b> |
| — Muerte del beneficiario del seguro de vida antes que el tomador<br>y derecho de representación hereditaria de los nietos.....                                                                                                                                         | 22        |
| <b>Análisis tributario .....</b>                                                                                                                                                                                                                                        | <b>23</b> |
| — El Tribunal de Justicia de la Unión Europea elimina la exención del impuesto<br>sobre el valor añadido respecto de los servicios prestados por agrupaciones<br>de interés económico cuyos miembros realicen actividades<br>en el ámbito financiero o asegurador ..... | 23        |
| <b>Insurtech .....</b>                                                                                                                                                                                                                                                  | <b>26</b> |
| — Retos legales y regulatorios del uso de la tecnología <i>blockchain</i><br>y los contratos inteligentes en el sector de los seguros .....                                                                                                                             | 26        |
| <b>Pensiones.....</b>                                                                                                                                                                                                                                                   | <b>29</b> |
| — Al «rescate» de los planes de pensiones.....                                                                                                                                                                                                                          | 29        |

## Introducción

### La regulación, ¿catalizador o freno del progreso?

La institución aseguradora es hija de su tiempo. Así nació (para dar solución a una problemática concreta en el tráfico marítimo) y así se desarrolla. Como otras realidades de larga tradición y consolidada estructura, el seguro no se caracteriza por ser cabeza tractora de las innovaciones, sino más bien vagón expuesto a efectos reflejos. La resistencia al cambio, en ocasiones, se explica por el blindaje de la hiperregulación y también por la prosperidad de un negocio cuyos fundamentos no han variado en los pasados siglos. El rico panorama asegurador que tenemos en España da testimonio de las dos actitudes que todos podemos adoptar cuando nuestro entorno se mueve: o buscamos nuevas oportunidades, o reforzamos nuestros argumentos de protección, como si estuviéramos llamados a *levantar la empalizada* para preservar nuestro estado actual.

El ciberriesgo, los drones, los tipos de interés bajos, la insuficiencia de las pensiones, el *brexít*, los microseguros, los vehículos interconectados y los autónomos, la *blockchain* y la domótica son algunas realidades más o menos incipientes que abren puertas de terrenos no explotados. Estas nuevas variables, además de desconocidas en su comportamiento futuro, se combinan, añadiendo incertidumbre, con otros elementos «contaminantes», si se me permite.

Tomemos por ejemplo la insuficiencia de las pensiones públicas para mantener en un futuro los niveles de renta que actualmente disfrutaban los pensionistas. Nadie duda de que esto será una realidad en muy pocos años. El sector asegurador ha venido alertando, con iniciativas de muy diversa índole, de que es preciso tomar medidas complementarias. Entonces, ¿qué detiene el necesario desarrollo del tercer pilar de la previsión social? El contexto, es decir, cierta corriente política que asocia cualquier medida favorecedora de las pensiones privadas con beneficiar a la población «rica», dejando desamparados a los que dependen de la pensión pública. Huelga decir que este sentimiento bloquea cualquier atisbo de evolución en el sentido necesitado.

Las nuevas tecnologías, llámense domótica, *blockchain*, *big data*, o conectividad en los vehículos, son otro ejemplo del contexto en el que nos desenvolvemos estos días. Idealmente —depende de quién lo cuente—, cualquiera de estos inventos traerá más bienestar, entendido éste como mejores servicios a menor coste. Sobre esta base, lógicamente, el seguro está llamado a ser parte de la nueva realidad favoreciendo su desarrollo mediante la protección contra sus riesgos. ¿Será así? Dependerá en gran medida de la ventaja intrínseca que aporte cada desarrollo y, de nuevo, del contexto. Respecto a lo primero, resulta curioso recordar los cantos de sirena de la domótica. ¿Se acuerdan? ¿Por qué en España no tuvo el éxito que se esperaba? Porque el gran público no terminó de ver sus ventajas, porque no resolvía un problema así percibido, porque su materialización y mantenimiento resultaban caros o porque añadía artificialmente problemas donde antes no había. Sin poder asegurar que los otros ejemplos de nuevas tecnologías vayan a triunfar, creo que en su caso debemos centrar nuestra atención en la segunda variable, la del contexto. Y

aquí quisiera detenerme sobre un elemento que desempeña, para el sector asegurador, un papel tanto de garante como de acelerador, pero, en ocasiones, también de bloqueador. Me refiero a la regulación.

La regulación evita que algo tan tentador como un negocio donde se paga primero en efectivo y luego se presta el servicio sea refugio de empresarios poco responsables. Garantiza que cuando ocurra un siniestro haya recursos en la aseguradora para pagar al asegurado. Y vela porque la complejidad técnica del seguro y la habitual extensión de su documentación no dé pie a abusos contractuales y precontractuales. Esta función de protección tiene el reverso de servir de cierta barrera de entrada para nuevos operadores, en ocasiones, embajadores de la modernidad tecnológica. No hay más que ver cuántas aseguradoras españolas tienen ya cumpleaños de tres cifras —o se acercan— y, a cambio, cuántas nuevas entidades aseguradoras entran al año en nuestro mercado. ¿Resultado? Esos recién llegados de sangre nueva sólo participan tangencialmente del negocio asegurador.

Este 2018, además de ser el año de la ley de distribución de seguros (octubre), será recordado por la entrada en vigor del Reglamento General de Protección de Datos (mayo). Este último introducirá una serie de requerimientos para las entidades cuyo cumplimiento comportará elevadas inversiones. Pero no sólo eso. En nombre de la protección reforzada de los derechos de los individuos se van a introducir sensibles restricciones al análisis de los datos, concepto que en estos días se reemplaza por *big data* o generador de perfiles (*profiling*). La posibilidad de que las entidades pudieran gestionar los datos de manera inteligente permitiría añadir grandes dosis de justicia a la técnica aseguradora, probablemente en detrimento de la mutualización de los riesgos, pero eso es harina de otro costal. De este modo, el seguro serviría de verdadero estímulo para la adopción de comportamientos de bajo riesgo porque el mayor riesgo tendría penalización, y viceversa. Eso sólo es posible si las entidades pueden hacer un uso indiscriminado de los datos que cada conducta de los asegurados produce. No siendo posible ese procesamiento masivo de datos sin autorización de los sujetos que los producen, el análisis *big data* terminará penalizando a aquellos que no den el consentimiento, con independencia de cuál sea su comportamiento. ¿Es eso lo que la norma persigue? Seguramente no, pero la alternativa es aún peor: que las entidades no puedan hacer uso de los avances tecnológicos quedando ancladas en las tablas de probabilidad como única aproximación al comportamiento esperado de los riesgos cubiertos.

La coincidencia (aproximada) en el tiempo del *brexit* y de la transposición de la Directiva sobre la Distribución de Seguros (de nuevo, el contexto) va a poner en evidencia este papel bifronte de la regulación. La libre prestación de servicios permite, entre otras cosas, que operen en España modalidades de la mediación reconocidas en su país de origen, aunque no tengan una correspondencia exacta con las aquí autorizadas. Siendo el Reino Unido la vanguardia en el sector asegurador, las entidades originarias de este país han venido aportando sofisticación a nuestro mercado sin que el modelo de negocio de los operadores haya sido un problema. Con el *brexit* en el horizonte, esas entidades de origen británico necesitan renovar su legitimidad para operar en España en el futuro, esta vez, sin el pasaporte. Y en este tránsito forzado afloran las rigideces del sistema, esas

que se obvian con el *pasaporte* por un bien superior, el mercado interior europeo. Sólo la buena voluntad de unos y otros permitirá no expulsar el talento, en clave tecnológica por ejemplo, que aportan estas entidades de cuño británico.

Sirva esta reflexión para recordar a nuestros reguladores la potencia de la regulación. Un sector moderno se forja con el necesario concurso de un marco jurídico alineado con el progreso. Otra cosa es seguir levantando la empalizada.

Pablo Muelas García

---

## Análisis normativo

### La Comisión Europea aprueba el Reglamento sobre requisitos de control y gobernanza de los productos aplicables a los productores y distribuidores de seguros

#### 1. Introducción y disposiciones generales

El pasado 21 de septiembre del 2017, la Comisión Europea emitió su Reglamento Delegado por el que se completa la Directiva de distribución de seguros respecto a los requisitos de control y gobernanza de los productos aplicables a los productores y a los distribuidores de seguros<sup>1</sup>. Este reglamento entrará en vigor el 23 de febrero del 2018 —fecha en la que también lo hará la Directiva sobre la distribución de seguros— y es de directa aplicación en los Estados miembros.

El reglamento establece normas sobre el mantenimiento, la gestión y la revisión tanto de los mecanismos de control y gobernanza de los productos de seguro (o la adaptación de los ya existentes) como de sus mecanismos de distribución. En consecuencia, los requisitos se circunscriben a estos dos ámbitos, sin impedimento de que ambos confluyan conjuntamente en la actividad de un distribuidor que a la vez sea productor.

En este sentido, y en relación con el artículo 25.1 de la Directiva sobre la distribución de seguros, el reglamento indica que un intermediario de seguros<sup>2</sup> será productor cuando se desprenda

---

<sup>1</sup> Reglamento Delegado (UE) .../... de la Comisión, de 21 de septiembre del 2017, por el que se completa la Directiva (UE) 2016/97 del Parlamento Europeo y del Consejo en lo que respecta a los requisitos de control y gobernanza de los productos aplicables a las empresas de seguros y los distribuidores de seguros.

<sup>2</sup> En terminología española, un mediador de seguros, que puede ser agente (exclusivo o vinculado), corredor u operador de banca-seguros.

que tiene un papel decisorio en el diseño y desarrollo del producto para el mercado, esto es, cuando determine de forma autónoma las características esenciales y los elementos principales del producto (v. gr., la cobertura, el precio, los costes, los riesgos, el mercado destinatario, los derechos de indemnización o garantía, etcétera) y no sean modificados sustancialmente por la entidad aseguradora. La mera personalización y adaptación de productos existentes a clientes individuales o el diseño de contratos a medida a solicitud de un único cliente no se considera actividad de elaboración<sup>3</sup>.

Cuando la entidad aseguradora y el mediador de seguros sean ambos productores, deberá realizarse un acuerdo escrito que recoja el régimen de colaboración de cada uno en la producción, así como los procedimientos de definición del mercado destinatario y las funciones de aprobación del producto.

## **2. Requisitos para los productores de seguros**

El reglamento establece distintos requisitos para los productores de seguros. Como base, se exige que el productor elabore por escrito una «política de control y gobernanza de los productos» que esté a disposición del personal. La política debe englobar tanto la aprobación de productos nuevos como la adaptación de los ya existentes, y debe garantizar que el diseño se atenga a las necesidades y características del cliente, evitar o mitigar los efectos adversos o perjuicios para éste y contribuir a la gestión de los conflictos de intereses.

El órgano o estructura del productor responsable de la elaboración de los productos debe revisar periódicamente la política y cerciorarse de su aplicación y cumplimiento. Es posible la externalización del diseño del producto, pero ello no exime de responsabilidad al órgano o estructura del productor.

El reglamento hace hincapié en que la política debe determinar con detalle el mercado destinatario (deben tenerse en cuenta las características, el perfil de riesgo, la complejidad y la naturaleza del producto) y el grupo de clientes compatibles (se debe tener en cuenta el nivel de información disponible para los clientes y la cultura financiera). Para los productos de inversión basados en seguro pueden elaborarse grupos de clientes que sean incompatibles con ellos.

El personal que participe en el diseño y la elaboración del producto debe tener la cualificación, los conocimientos y la experiencia necesarios para entender el producto y las necesidades de los clientes del mercado destinatario.

---

<sup>3</sup> Por tanto, se desprende que la actividad de producción de seguros necesita de la colectividad del público destinatario como característica esencial.

Cuando el producto ya se encuentre elaborado, el productor debe realizar pruebas antes de su comercialización mediante el análisis de escenarios variables y el sometimiento a pruebas cualitativas y cuantitativas.

Una vez aprobado el producto, el productor debe revisar y controlar periódicamente su adecuación al mercado destinatario, de modo que se adopten las medidas oportunas para el caso de que las circunstancias o factores externos cambien sustancialmente o el producto se comercialice a clientes ajenos a dicho mercado. El productor debe establecer unos intervalos temporales de revisión adecuados a estos efectos.

El productor también debe delimitar los canales de distribución más apropiados en la comercialización del producto, así como aportar a los distribuidores toda la información necesaria para que conozcan las características del producto y las estrategias de comercialización. El productor también debe vigilar, de forma razonable, que el distribuidor cumpla los objetivos de la política del producto y, en caso de ser necesario, corregir la actuación de dicho distribuidor.

Los cambios respecto al proceso de aprobación del producto deben documentarse y ponerse a disposición de la autoridad supervisora cuando se les solicite. Aunque nada se dice respecto a la formalidad de esa documentación, puede deducirse que cualquier formato es válido siempre y cuando cumpla el fin perseguido, es decir, informar de los cambios a la autoridad supervisora cuando se le solicite.

### **3. Requisitos para los distribuidores de seguros**

Por su parte, el distribuidor de seguros también debe cumplir determinados requisitos. Así, debe disponer de mecanismos de distribución que prevean medidas y procedimientos apropiados para obtener del productor la información adecuada del producto. Con ello se persigue que el distribuidor comprenda claramente el producto, el mercado destinatario y el grupo de clientes compatibles de modo que pueda gestionar los conflictos de intereses, velar por las necesidades de dichos clientes y evitarles consecuencias negativas. Los mecanismos antedichos deben recogerse en un documento escrito y ponerse a disposición del personal.

Las estrategias de distribución de los distribuidores deben ir en línea con la estrategia y el mercado destinatario establecidos por el productor.

Al igual que los productores, los distribuidores también deben revisar periódicamente los mecanismos de distribución y adaptarlos a los cambios que se produzcan en el mercado o la estrategia de distribución mediante las modificaciones pertinentes. El distribuidor debe establecer unos intervalos temporales de revisión adecuados a estos efectos.

Asimismo, el distribuidor debe informar al productor de cualquier elemento o circunstancia que implique que el producto no se adecue a las necesidades y características del mercado destinatario y a los clientes, así como de aquellas otras circunstancias que supongan un perjuicio potencial para el cliente<sup>4</sup>.

Los cambios respecto a los mecanismos de distribución de los productos deben documentarse y ponerse a disposición de la autoridad supervisora cuando se le solicite.

Jesús Almarcha Jaime

## **El artículo 76e de la Ley del Contrato de Seguro es inconstitucional (y, por tanto, nulo)**

Mediante la Sentencia dictada el 11 de enero del 2018, el pleno del Tribunal Constitucional ha declarado «que el artículo 76e de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, del Contrato de Seguro, es inconstitucional y nulo». La sentencia cuenta con los votos particulares de los magistrados Valdés Dal-Ré, Xiol Ríos y Narváez Rodríguez (al de este último se adhiere el magistrado Enríquez Sancho y, en lo referente a los argumentos que hubieran aconsejado inadmitir la cuestión, el propio magistrado Valdés Dal-Ré).

El citado artículo 76e de la Ley de Contrato de Seguro establece (establecía), en relación con el seguro de defensa jurídica, que el «asegurado tendrá derecho a someter a arbitraje cualquier diferencia que pueda surgir entre él y el asegurador sobre el contrato de seguro». A ello añade (añadía) que la «designación de árbitros no podrá hacerse antes de que surja la cuestión disputada».

Según el Tribunal Constitucional, la imposición de un arbitraje como el previsto en el artículo 76e de la Ley de Contrato de Seguro vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el artículo 24 de la Constitución española (CE). En efecto, la norma en cuestión habría privado a una de las partes del contrato (al asegurador) de la posibilidad de acceder a los órganos jurisdiccionales, por cuanto fija para la solución de las controversias una vía alternativa y excluyente de la judicial,

---

<sup>4</sup> Se suscita la duda relativa al modo de resolver un conflicto o desacuerdo entre el distribuidor y el productor, es decir, qué ocurre cuando existen discrepancias sobre las medidas de readaptación del producto ante el cambio de circunstancias del mercado que le afecten. ¿El distribuidor debe limitarse a comunicar estos cambios o debe tener una conducta activa? La pregunta no es baladí. Precisamente la línea que separa al productor del distribuidor es la toma de decisiones respecto al diseño y elaboración del producto, por lo que, si el distribuidor se propone llevar a cabo una conducta activa, posiblemente estará introduciéndose en el campo de la producción del producto. Sin embargo, el reglamento le exige velar por los intereses y necesidades del mercado destinatario y los clientes, por lo que tampoco es posible mantener una conducta pasiva. Parece que la solución debe entenderse en el sentido de que el distribuidor debería negarse a la comercialización del producto cuando entienda que no cumple los requisitos de gobernanza legalmente exigidos, so pena de incurrir también en responsabilidad.

cauce alternativo cuya puesta en marcha depende únicamente de la voluntad de una de las partes. En suma, resulta contrario a la Constitución que la Ley de Contrato de Seguro suprima o prescinda de la voluntad de una de las partes para someter la controversia al arbitraje, denegándole con ello la posibilidad en algún momento de solicitar la tutela jurisdiccional.

A estos efectos, el Tribunal Constitucional descarta que la conclusión alcanzada pueda quedar enervada por el hecho de que el artículo 76e de la Ley de Contrato de Seguro transpone normas comunitarias. Según la sentencia reseñada, es cierto que las exigencias derivadas del Derecho de la Unión no pueden ser irrelevantes a la hora de establecer los márgenes constitucionalmente admisibles de libertad de apreciación política de que gozan los órganos constitucionales (STC 20/2014). Pero en el caso concreto sucede que el legislador nacional «no ha apurado el margen de apreciación que le otorgaba la norma europea a fin de permitir una transposición que concilie, en la mayor medida posible, el cumplimiento pleno y tempestivo de las obligaciones del Estado en el seno de la Unión con las exigencias constitucionales del artículo 24 CE en relación con el arbitraje».

Alberto Díaz Moreno

## Las obligaciones de información sobre los productos de inversión basados en seguros (II)<sup>5</sup>

Índice

### 1. Introducción

### 2. Análisis de la normativa aplicable

2.1. *El Reglamento (UE) n.º 1286/2014, sobre los documentos de datos fundamentales relativos a los productos de inversión minorista vinculados y los productos de inversión basados en seguros.*

2.2. *La Directiva (UE) 2016/97, de 20 de enero, sobre la distribución de seguros.*

2.3. *La Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de 4 de noviembre del 2015 (OECC/2316/2015) sobre obligaciones de información y clasificación de productos financieros.*

### 3. Reflexiones finales sobre las obligaciones de información a las que están sujetos los distintos tipos de productos de seguro, especialmente los productos de inversión basados en seguros

\* \* \*

<sup>5</sup> La primera parte de este documento (apartados 1 a 2.2) fue publicada en el anterior *Boletín de Seguros*, el número 10 de esta misma serie.

## 2. Análisis de la normativa aplicable

[...]

- 2.3. *La Orden del Ministerio de Economía y Competitividad de 4 de noviembre del 2015 (OECC/2316/2015) sobre obligaciones de información y clasificación de productos financieros*

Esta orden, que desarrolla la normativa específica de comercialización de productos financieros contenida en la legislación sobre mercado de valores, según lo dispuesto en su artículo 2 resulta de aplicación a los siguientes productos:

- 1) los productos de seguros de vida con finalidad de ahorro, incluidos los planes de previsión asegurados;
- 2) los planes de pensiones individuales y asociados.

Se excluyen, sin embargo, los siguientes productos financieros:

- 1) los productos de inversión basados en seguros sujetos al Reglamento (UE) núm. 1286/2014;
- 2) los seguros colectivos que instrumentan compromisos por pensiones;
- 3) los planes de previsión social empresarial;
- 4) los contratos de seguros concertados por los planes de pensiones para la cobertura de riesgos y prestaciones del plan;
- 5) las modalidades de seguros de vida previstas en la Orden ECC/2329/2014, de 12 de diciembre<sup>6</sup>.

- 2.3.1. La orden ministerial contiene fundamentalmente las obligaciones de información y clasificación de los productos financieros, la forma de presentar dicha información y su representación gráfica:

---

<sup>6</sup> Seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión y haya que dotar provisión matemática con las excepciones de los contratos temporales que incluyan únicamente prestaciones en caso de fallecimiento o invalidez u otras garantías complementarias de riesgo y de las rentas vitalicias y temporales sin contraseguro.

- Obligaciones de información y clasificación

Cuando las entidades aseguradoras y las gestoras de fondos de pensiones presten servicios de inversión o comercialicen en España productos financieros, la norma les impone las obligaciones sobre información y clasificación de dichos productos financieros que se describen a continuación:

a) *Indicador de riesgo* (art. 5). Las entidades facilitarán un indicador de riesgo del producto que será elaborado y representado gráficamente en los términos que más adelante se indicarán. Clasificarán los productos en seis clases en función de las calificaciones emitidas por las agencias de calificación externas registradas o certificadas:

- *Clase 1*: los productos de seguros con finalidad de ahorro, incluidos los planes de previsión asegurados y los depósitos bancarios en euros ofertados por entidades de crédito.
- *Clase 2*: los instrumentos financieros de carácter no subordinado en euros que dispongan al menos de un compromiso de devolución del 100 % del principal invertido, con un plazo residual igual o inferior a tres años (exige calificación crediticia de nivel 1).
- *Clase 3*: los instrumentos financieros de carácter no subordinado en euros que dispongan al menos de un compromiso de devolución del 100 % del principal invertido, con un plazo residual superior a tres años e igual o inferior a cinco (exige calificación crediticia de nivel 2).
- *Clase 4*: los instrumentos financieros de carácter no subordinado en euros que dispongan al menos de un compromiso de devolución del 100 % del principal invertido, con un plazo residual superior a cinco años e igual o inferior a diez años (exige calificación crediticia de nivel 2).
- *Clase 5*: los instrumentos financieros de carácter no subordinado en euros que dispongan de un compromiso de devolución del 100 % del principal invertido, con un plazo residual superior a diez años (exige calificación crediticia de nivel 2) y los instrumentos financieros de carácter no subordinado en euros que dispongan de un compromiso de devolución del 90 % del principal invertido, con un plazo

residual igual o inferior a tres años (exige calificación crediticia de nivel 2).

- *Clase 6:* el resto de los productos financieros no contenidos en ninguna otra clase.

- b) *Alerta sobre liquidez* (art. 7). Las entidades facilitarán una alerta sobre las posibles limitaciones respecto a la liquidez y sobre los riesgos de venta anticipada del producto financiero que será elaborada y representada gráficamente en los términos que más adelante se indicarán.
- c) *Alerta sobre complejidad* (art. 9). Las entidades deberán incluir además una alerta sobre la complejidad de los productos financieros complejos<sup>7</sup> que será elaborada y representada gráficamente en los términos que más adelante se indicarán.

- Forma de presentar la información

El indicador de riesgo y, en su caso, las alertas sobre liquidez y complejidad deberán incluirse en los documentos que constan a continuación:

- a) En las comunicaciones publicitarias sobre los productos financieros que incluyan información concreta sobre sus características y riesgos.
- b) En la descripción general de la naturaleza y de los riesgos del producto financiero que deba facilitarse a los clientes o potenciales clientes con carácter previo a su adquisición establecidas en las siguientes normas: artículo 64 del Real Decreto 217/2008, sobre régimen jurídico de empresas de servicios de inversión; artículo 8 de la Orden EHA/2899/2011, sobre protección del cliente de servicios bancarios; artículo 105 del Reglamento de ordenación y supervisión de los seguros privados aprobado por el Real Decreto 2486/1998, y los artículos 48.1 y 101.2 del Reglamento de planes y fondos de pensiones aprobado por el Real Decreto 304/2004 (art. 10).

---

<sup>7</sup> Se consideran productos complejos los instrumentos financieros así considerados por el artículo 217 del Texto Refundido de la Ley del Mercado de Valores y los que determinen el Banco de España, la Comisión Nacional del Mercado de Valores y la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones.

- Representación gráfica

La representación del indicador de riesgo y de las alertas sobre la liquidez y sobre la complejidad se hará de la siguiente forma (art. 11):

- 1) El indicador de riesgo y las alertas sobre la liquidez y la complejidad serán representados gráficamente utilizando las figuras de los apartados 1, 5 y 6 del anexo.
- 2) La utilización de estas figuras deberá cumplir los siguientes requisitos mínimos:
  - a) Las figuras se colocarán en la parte superior de la primera hoja de las comunicaciones publicitarias o de la información sobre el producto financiero cuando éstas se proporcionen por escrito o en un medio que permita su reproducción.
  - b) El tamaño de las figuras y de los textos tendrá que ser adecuado al tamaño del documento para asegurar que sean claramente visibles y legibles para el cliente o cliente potencial.
  - c) Los colores utilizados para cada clase del indicador de riesgo atenderán a lo establecido en el apartado 2 del anexo.
- 3) La correspondencia de los productos financieros con una clase determinada del indicador de riesgo se representará gráficamente mediante un pentágono orientado hacia la derecha y de color negro que apuntará al pentágono de color de su clase correspondiente, de conformidad con la figura incluida en el apartado 1 del anexo de la orden ministerial.
- 4) No obstante, las entidades podrán sustituir la figura del apartado 1 del anexo por la figura apartado 3 del anexo, en cuyo caso, la correspondencia de los productos financieros con una clase determinada del indicador de riesgo previsto en el apartado 1 del anexo se representará gráficamente mediante la indicación numérica de la clase a la que pertenece el producto financiero en la parte del numerador de la fracción, permaneciendo el denominador siempre constante en el número 6. En este supuesto, los colores utilizados para el indicador de riesgo atenderán a lo establecido en el apartado 4 del anexo y la figura del apartado 3 del anexo se acompañará de la leyenda: «Este número es indicativo de riesgo del producto, siendo 1/6 indicativo del menor riesgo y 6/6 del mayor riesgo».

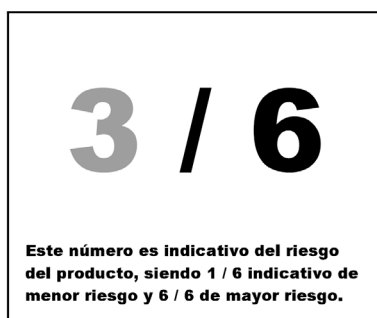
- 5) Cuando el soporte utilizado para proporcionar la información sobre el producto financiero o el utilizado en las comunicaciones publicitarias no permita la reproducción de las figuras del indicador de riesgo y de las alertas, se informará de ellas al cliente o cliente potencial mediante la descripción del número de clases que componen la escala de riesgos, el número y color de la asignada al producto financiero conforme al apartado 3 y las alertas sobre la liquidez y complejidad correspondientes. En las comunicaciones publicitarias sólo será precisa su inclusión cuando lleven información concreta sobre sus características y riesgos.

#### ANEXO<sup>8</sup>

1. Figura que ha de representar el indicador de riesgo:



2. La correspondencia del producto con una clase determinada del indicador del riesgo se representará de la siguiente forma:



[...]

<sup>8</sup> No se reproducen los números 2 y 4 del anexo por referirse a los parámetros RGB de los colores.

5. Las entidades deberán marcar con una X las opciones que correspondan:

“ ☐ El compromiso de devolución del capital (o, en su caso, del xx% del capital) solo es a vencimiento y la venta anticipada puede provocar pérdidas”.

“ ☐ El capital garantizado sólo es a vencimiento y la movilización o el ejercicio del derecho de rescate implica una penalización que puede provocar pérdidas”.

“ ☐ ☐ La venta o cancelación anticipada no es posible o puede implicar pérdidas relevantes”.

“ ☐ ☐ El reembolso, rescate o la devolución anticipada de una parte o de todo el principal invertido están sujetos a comisiones o penalizaciones”.

“ ☐ ☐ El reembolso, rescate o la devolución anticipada de una parte o de todo el principal están sujetos a un plazo de preaviso mínimo relevante.”

“ ☐ ☐ El cobro de la prestación o el ejercicio del derecho de rescate sólo es posible en caso de acaecimiento de alguna de las contingencias o supuestos excepcionales de liquidez regulados en la normativa de planes y fondos de pensiones”.

“ ☐ ☐ El valor del derecho de rescate o movilización depende del valor de mercado de los activos asignados y puede provocar pérdidas relevantes.”

“ ☐ ☐ “El valor de los derechos de movilización, de las prestaciones y de los supuestos excepcionales de liquidez depende del valor de mercado de los activos del fondo de pensiones y puede provocar pérdidas relevantes”.

6. La alerta sobre la complejidad adoptará la siguiente forma:

**Producto financiero que no es sencillo y puede ser difícil de comprender.**

Cuando el producto financiero se oferte o contrate por correo, catálogo, internet, venta telefónica o cualesquiera otros medios a distancia, el indicador de riesgo y las alertas sobre la liquidez y la complejidad deberán facilitarse al cliente o potencial cliente antes de contratarlo, de conformidad con lo establecido en el artículo 7 de la Ley 22/2007, de 11 de julio, sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores. Las entidades deberán estar en condiciones de acreditar que, antes de contratar un producto financiero a distancia, el cliente potencial ha recibido el indicador de riesgo y, en su caso, las alertas sobre la liquidez y la complejidad (art. 12).

### 3. Reflexiones finales sobre las obligaciones de información a las que están sujetos los distintos tipos de productos de seguro, especialmente los productos de inversión basados en seguros

**Primera.** La comercialización de los productos de inversión basados en seguros está sometida a una normativa general en materia de obligaciones de información a los tomadores de seguros que se contiene fundamentalmente en los artículos 96 de la Ley de Ordenación, Supervisión y Solvencia de las Entidades Aseguradoras y Reaseguradoras (LOSSEAR) y 122 a 124 del Real Decreto 1060/2015, que la complementa; en los artículos 6, 42 y 43 de La Ley 26/2006, de mediación de seguros y reaseguros privados, y en los artículos 17 a 25 de la Directiva (UE) 2016/97, sobre la distribución de seguros (que habrá de incorporarse al ordenamiento jurídico español antes del 28 de febrero del 2018), la cual resulta aplicable a todas las modalidades y tipos de seguros, y también en los artículos 26 y 27 del Real Decreto Ley 1/2002, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y en los artículos 100 y 101 del Real Decreto 304/2004, que la desarrolla con respecto a los partícipes de los planes y fondos de pensiones.

**Segunda.** La comercialización de productos de inversión basados en seguros, que, como hemos visto con anterioridad, son aquellos que ofrecen un valor de rendimiento o rescate que está expuesto a las fluctuaciones del mercado, tiene que cumplir dos cosas: 1) las obligaciones de información previstas en el Reglamento 1286/2014, que consisten en la elaboración de un documento de datos fundamentales sobre el producto que tendrá la consideración de información precontractual, cuyo contenido se determina en el citado reglamento, así como también en el Reglamento Delegado 2017/653 que lo complementa; y 2) las obligaciones específicas establecidas en la Directiva 2016/97, que sintéticamente son las siguientes: a) adopción de medidas para prevenir el conflicto de intereses; b) información sobre la adecuación del producto, y c) análisis de la idoneidad y adecuación de los clientes<sup>9</sup>. No se aplican a estos productos las obligaciones de información de la Orden ECC/2316/2014.

Hay que tener en cuenta a este respecto que el reglamento lleva a cabo una especie de delimitación negativa de su ámbito de aplicación, puesto que excluye de él: a) los productos de seguro distintos del seguro de vida; b) los contratos de seguros de vida en los que las prestaciones previstas en el contrato sean pagaderas únicamente en caso de fallecimiento o de invalidez

---

<sup>9</sup> Estas últimas obligaciones se aplicarán a los productos de inversión basados en seguros siempre que no contengan: a) seguros distintos del seguro de vida; b) seguros de vida en los que las prestaciones previstas en el contrato sean pagaderas únicamente en caso de fallecimiento o situaciones de invalidez provocadas por accidente, enfermedad o discapacidad; c) productos de pensión que tengan reconocida como finalidad primaria la de proveer al inversor de unos ingresos por jubilación y que den derecho a determinadas prestaciones; d) regímenes de pensiones profesionales reconocidos oficialmente que entren en el ámbito de aplicación de la Directiva 2003/41/CE o de la Directiva 2009/138/CE, y e) productos de pensión personales en los que se exija al empleador una contribución financiera y en los que ni el empleador ni el empleado tengan posibilidad de elegir el producto o su proveedor (art. 2.1, «Definiciones», núm. 17).

producida por accidente, enfermedad o afección; c) los productos de pensión que tengan como finalidad primaria la de proveer al inversor de unos ingresos por jubilación y le den derecho a determinados beneficios; d) los regímenes de pensiones de empleo reconocidos oficialmente incluidos en el ámbito de aplicación de las Directivas 2003/41/CE y 2009/138/CE, y e) los productos de pensión individuales en los que se exija al empleador una contribución financiera y en los que ni éste ni el empleado tengan posibilidad de elegir el producto o su proveedor.

**Tercera.** La comercialización de los seguros de vida con finalidad de ahorro —incluidos los planes de previsión asegurados y los planes de pensiones individuales y asociados— queda sujeta a las obligaciones de información y clasificación establecidas en la Orden ECC/2316/2015. Estas obligaciones son fundamentalmente las siguientes: a) facilitar un indicador de riesgo que será elaborado y presentado gráficamente clasificando los productos en seis clases en función del riesgo que comportan; b) facilitar una alerta de liquidez respecto a las limitaciones de ésta y los riesgos de venta anticipada, que también se representará gráficamente, y c) agregar, en su caso, una alerta sobre la complejidad del producto.

Hay que tener en cuenta, sin embargo, que la citada orden ministerial excluye de su ámbito de aplicación los siguientes productos: a) los productos de inversión minorista basados en seguros sujetos al Reglamento (UE) núm. 1286/2014; b) los seguros colectivos que instrumentan compromisos por pensiones; c) los planes de previsión social empresarial; d) los contratos de seguros concertados por los planes de pensiones para la cobertura de riesgos y prestaciones del plan, y e) las modalidades de seguros de vida previstas en la Orden ECC/2329/2014 de 12 de diciembre<sup>10</sup>.

**Cuarta.** La complejidad de la normativa y la técnica utilizada para identificar los productos mediante el sistema negativo de las exclusiones ha generado una serie de dudas y cuestiones en torno a la aplicación de la normativa relativa a las obligaciones de información que hay que cumplir cuando se comercializan productos financieros o de inversión basados en seguros, particularmente en relación con los planes de pensiones y los seguros de vida con la finalidad de ahorro. La Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones ha tratado de aclararlas en los términos que se recogen a continuación:

- Determinación de la normativa aplicable:
  - 1) Los planes de previsión asegurados con independencia de si ofrecen o no un valor de movilización o disposición anticipada que esté expuesto, en todo o en parte, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado están incluidos en el ámbito de aplicación de la orden ministerial al no estar sujetos al reglamento.

---

<sup>10</sup> Seguros de vida en los que el tomador asume el riesgo de la inversión y haya que dotar provisión matemática con las excepciones de los contratos temporales que incluyan únicamente prestaciones en caso de fallecimiento o invalidez u otras garantías complementarias de riesgo y de las rentas vitalicias y temporales sin contraseguro.

- 2) Los productos tales como los PIAS, SIALP y rentas vitalicias o temporales con contra-seguro se incluirán en el ámbito de aplicación del reglamento o se excluirán de él en función de si su valor de rescate o su valor al vencimiento están expuestos total o parcialmente a las fluctuaciones del mercado.
- 3) Los seguros de vida con finalidad de ahorro que ofrecen un valor de vencimiento o de rescate que no está expuesto, en todo o en parte, directa o indirectamente a las fluctuaciones del mercado están excluidos de la aplicación del reglamento y quedan sujetos a las obligaciones de información de la orden ministerial. *A sensu contrario*, los seguros de vida con finalidad de ahorro que ofrecen un valor de vencimiento o de rescate que está expuesto, en todo o en parte, directa o indirectamente, a las fluctuaciones del mercado, se hallan sujetos al reglamento y excluidos de la orden ministerial.

En este sentido el reglamento resultará de aplicación a las siguientes modalidades de seguro: seguros *unit linked* o *index linked* y seguros en los que el valor de rescate o movilización está vinculado al valor de mercado de los activos afectos. Por el contrario, se aplicará la orden ministerial a los seguros con participación en beneficios y a los seguros en los que el tipo de interés garantizado haya sido fijado para un periodo no superior al año, si se determina el valor de rescate en función de la provisión de seguros de vida y se garantiza la devolución de las primas pagadas, por no estar en este caso expuestos a las fluctuaciones del mercado.

- 4) Los seguros colectivos de vida con finalidad de ahorro que no instrumenten compromisos por pensiones y en los que el valor de rescate o vencimiento no esté expuesto a las fluctuaciones del mercado quedan incluidos en el ámbito de aplicación de la orden ministerial. Sin embargo, los seguros colectivos de vida con finalidad de ahorro que no instrumenten compromisos por pensiones no estarán sujetos a la orden ministerial cuando el cliente o tomador tenga la consideración de cliente profesional según lo dispuesto en la normativa del mercado de valores.
- Indicador de riesgos:
    - 5) Los planes de pensiones individuales y asociados facilitarán, en sustitución del indicador de riesgos, otro elaborado, calculado y representado conforme a lo establecido para el indicador sintético de riesgo en los apartados 4 y 6 de la norma cuarta de la Circular 2/2013 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
    - 6) Los planes de pensiones garantizados y los planes de pensiones con objetivo concreto de rentabilidad no deben incluirse automáticamente en la categoría 1 del indicador de riesgo, pero deberán facilitar en sustitución del indicador de riesgos otro elaborado, calculado y representado conforme a lo establecido para el indicador sintético de

riesgo en los apartados 4 y 6 de la norma cuarta de la Circular 2/2013 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

- 7) La clasificación del nivel de riesgo de planes de pensiones adscritos a varios fondos de pensiones debe hacerse para el plan en su conjunto, con independencia de que la inversión de su patrimonio se materialice en distintos fondos y del nivel de riesgo de cada uno de ellos.
  - 8) La actualización del indicador de riesgo contenida en la recomendación del CESR 10-673 es aplicable a los planes de pensiones cuando la volatilidad haya cambiado y se haya situado en varios intervalos distintos en los cuatro meses precedentes, y también cuando los cambios obedezcan a una decisión de la gestora sobre la política de inversión o estrategia del fondo. La actualización deberá incluirse en la información trimestral o semestral del artículo 48, apartados 6 y 7 del Reglamento de planes y fondos de pensiones.
  - 9) Los planes de pensiones no deben efectuar un reescalado del indicador de riesgos para adecuarlo a las categorías del artículo 5 de la orden ministerial, sino que deben aplicar una escala del 1 al 7 ordenada de menor a mayor riesgo en los términos del apartado 4 de la norma cuarta de la Circular 2/2013 de la Comisión Nacional del Mercado de Valores.
  - 10) En los planes de pensiones, la representación gráfica del indicador de riesgo debe hacerse utilizando el gráfico que usan las instituciones de inversión colectiva y no el del anexo de la orden ministerial.
  - 11) En los planes de pensiones, el indicador de riesgo debe ir complementado con los textos explicativos sobre el perfil de riesgo y la remuneración, esto es, un texto explicativo del indicador de riesgo y sus limitaciones, así como de los riesgos que revistan una importancia significativa y no estén adecuadamente reflejados en el indicador (riesgo de crédito, de liquidez, de contraparte, etcétera).
  - 12) El indicador de riesgo forma parte del contenido del epígrafe «nivel de riesgo» del plan de pensiones previsto en el documento de datos fundamentales del partícipe del artículo 48.1f del Reglamento de planes y fondos de pensiones.
- Alertas de liquidez:
- 13) A los planes de pensiones garantizados no se les aplica la obligación de incluir una alerta sobre la existencia de un compromiso de devolución de una parte o de todo el principal invertido o depositado al vencimiento.

- 14) A los planes de previsión asegurados se les aplican las alertas de liquidez contenidas en las letras *f* y *g* del artículo 7 de la orden ministerial: «*f*) Carácter no reembolsable del derecho consolidado hasta el acaecimiento de alguna de las contingencias o, en su caso, en los supuestos excepcionales de liquidez o disposición anticipada, conforme a la normativa de planes y fondos de pensiones»; en este supuesto, el contenido de la alerta será éste: *El cobro de la prestación o el ejercicio del derecho de rescate sólo es posible en caso de acaecimiento de alguna de las contingencias o supuestos excepcionales de liquidez regulados en la normativa de planes y fondos de pensiones.* «*g*) En el caso de seguros de vida con finalidad de ahorro, vinculación del derecho de rescate al valor de mercado de los activos asignados»; en este supuesto, el contenido de la alerta será el siguiente: *El valor del derecho de rescate o movilización depende del valor de mercado de los activos asignados y puede provocar pérdidas relevantes.*

- 15) En el caso de seguros de vida con finalidad de ahorro sujetos a la orden ministerial, pero distintos de los planes de pensiones asegurados, se deberá indicar que no resultan de aplicación las alertas de liquidez previstas en las letras *a*, *b*, *c*, *e*, *f*, *g* y *h* del artículo 7 de la citada orden.

En el caso particular de un producto de ahorro donde el capital al vencimiento y los valores de rescate intermedios están garantizados, pero en el que se da la circunstancia de que estos valores de rescate pueden estar en los primeros tiempos por debajo de lo aportado debido a los gastos aplicados, se debe utilizar la alerta prevista en la letra *d* del citado artículo 7 de la orden: *El reembolso, rescate o la devolución anticipada de una parte o de todo el principal invertido están sujetos a comisiones o penalizaciones.*

- 16) En cuanto a la representación gráfica de la alerta, hay que tener en cuenta lo siguiente: *a*) en los planes de pensiones solamente se deberá marcar con una equis la alerta concreta; *b*) la alerta deberá ir en el documento de datos fundamentales del partícipe de los planes individuales y en el boletín de adhesión de los asociados; *c*) la alerta deberá estar situada en la parte superior de la primera hoja del documento de datos fundamentales del partícipe de los planes individuales y también en el boletín de adhesión de los asociados.
- 17) No es necesario que la alerta de liquidez de la letra *f* del artículo 8 de la orden (sobre el momento del cobro de la prestación) se incluya en el documento de datos fundamentales del partícipe, pero deberá figurar, en cambio, en las comunicaciones publicitarias. La alerta de la letra *h* del citado artículo (sobre el derecho de movilización) debe aparecer tanto en el documento de datos fundamentales del partícipe como en las comunicaciones publicitarias.

- 18) La posibilidad de disposición anticipada de derechos correspondientes a aportaciones con una antigüedad de al menos de diez años debe figurar en la letra *f* del artículo 8 de la orden ministerial; si se trata de planes asociados, se incluirá en el boletín de adhesión.
  - 19) Tanto el indicador de riesgo como las alertas de liquidez deben contenerse obligatoriamente en el documento de datos fundamentales del partícipe, con independencia de que consten también en otro documento.
- Inclusión del indicador de riesgo y las alertas de liquidez en las comunicaciones publicitarias:
- 20) El indicador de riesgo y las alertas de liquidez deben insertarse en las comunicaciones publicitarias sobre productos financieros que presenten información concreta sobre sus características y sus riesgos y en la descripción general de la naturaleza y los riesgos del producto financiero que deba facilitarse a los clientes con carácter previo a su adquisición. No tiene la consideración de comunicación publicitaria la información periódica que se envía a los partícipes o se difunde en la web (información trimestral y semestral y certificación anual) ni la información contenida en la web que tiene restringido su acceso al cliente.
  - 21) Los planes de pensiones cuya comercialización se haya cerrado antes de la fecha de entrada en vigor de la Orden ECC/2316/2015 no deben llevar en las comunicaciones publicitarias ni los indicadores de riesgo ni las alertas. Sin embargo, si se modifica la política de inversión del plan de pensiones, se deberá incluir el indicador de riesgo que corresponda en la información contenida en la comunicación previa sobre la modificación de la citada política porque se trata de información relevante para los partícipes.
  - 22) El indicador de riesgo y las alertas de liquidez deberán constar en la nota informativa previa prevista en la normativa de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras.
- Alerta de complejidad
- 23) La alerta de complejidad no es de aplicación a los productos de seguros englobados en el ámbito de aplicación de la orden ministerial al no tener la consideración de productos complejos según lo dispuesto en la normativa del mercado de valores.

Ricardo Alonso Soto

## Análisis jurisprudencial

### Muerte del beneficiario del seguro de vida antes que el tomador y derecho de representación hereditaria de los nietos

En las pólizas suscritas por la tomadora, ésta no designó de forma genérica a sus hijos como beneficiarios, sino que los designó de manera concreta identificando a cada uno de ellos con sus nombres y apellidos, aunque éstos figuren entre paréntesis. Tratándose de un supuesto de premoriencia de la beneficiaria respecto de la tomadora, los hijos de aquélla no adquieren la condición de beneficiarios por derecho de representación de su madre sobre las cantidades que le podrían haber correspondido a ésta en las pólizas de seguro, por cuanto dichas cantidades no se integraron en el patrimonio de su abuela, de la que son herederos por derecho de representación.

Además, ha de tenerse en cuenta que, tras fallecer uno de los beneficiarios, la tomadora no modificó dicha designación para incluir a sus nietos, sino que mantuvo a sus hijos en su condición de tales. La entrega de la parte correspondiente a la beneficiaria fallecida a sus hijos sería contraria a la voluntad expuesta por la tomadora de las pólizas.

Deben aplicarse las reglas específicas de distribución del capital que contiene la normativa de seguros y no las relativas a la sucesión *ab intestato*. En consecuencia, la parte correspondiente a la beneficiaria fallecida no debe entregarse a sus hijos, sino que acrecerá a los demás beneficiarios.

La doctrina de la sentencia es correcta desde el punto de vista sucesorio. Como el capital del seguro no se integra en el patrimonio hereditario del tomador fallecido, de nada les sirve a los nietos representar a sus padres en la herencia de la abuela, porque ello no les permitiría acceder a esta indemnización. Otra cosa distinta es que estos nietos no puedan reclamar a la aseguradora conforme a las reglas del Derecho contractual, en el entendido de que cuando la póliza se refiere a «hijos» quiera decir ‘descendientes’ y que la mención individualizada de los asegurados (que se hace entre paréntesis) sólo hubiera de valer *demonstrationem causa* y no como selección contractual de los asegurados. No parece que la póliza diera pie a esta ampliación interpretativa, al faltar una designación «genérica» (art. 85 de la Ley de Contrato de Seguro o LCS). Pero obsérvese que, si todos los hijos hubieran premuerto a la tomadora, los nietos heredarían por representación en la herencia de la abuela y por este medio conseguirían participar en la indemnización del seguro (art. 84 III LCS).

Ángel Carrasco Perera

## Análisis tributario

**El Tribunal de Justicia de la Unión Europea elimina la exención del impuesto sobre el valor añadido respecto de los servicios prestados por agrupaciones de interés económico cuyos miembros realicen actividades en el ámbito financiero o asegurador**

### 1. El criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en dos sentencias de 21 de septiembre del 2017 (ass. C-326/15 y C-605/15), examina la procedencia de aplicar la exención del impuesto sobre el valor añadido respecto de los servicios que las agrupaciones de interés económico presten a sus miembros, en el caso de que éstos lleven a cabo su actividad en los ámbitos financiero y asegurador. A esos efectos, las sentencias resuelven sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas por el Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo letón (en relación con el sector financiero) y por el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo polaco (respecto del sector asegurador), y lo hacen sobre criterios sustancialmente idénticos.

En ambos casos el litigio tiene por objeto central la interpretación del artículo 132, apartado 1, letra f, de la Directiva 2006/112/CE del Consejo, de 28 de noviembre del 2006, relativa al sistema común del impuesto sobre el valor añadido, que establece la exención de las prestaciones de servicios efectuadas por grupos autónomos de personas que ejercen una actividad exenta, o para la cual no tengan la cualidad de sujeto pasivo, con objeto de proporcionar a sus miembros los servicios directamente necesarios para el ejercicio de esa actividad, con la condición de que esta exención no sea susceptible de provocar distorsiones de la competencia.

Pues bien, en el asunto C-605/15, que tomaremos como referencia para este comentario, la entidad afectada forma parte de un grupo que ejerce su actividad en el ámbito de los servicios de seguros y de protección de las pensiones en Europa. El grupo, en el marco de un proceso de reestructuración, pretende crear una serie de centros de servicios compartidos en varios Estados miembros para que éstos presten los servicios directamente necesarios para el ejercicio de la actividad aseguradora por las entidades de dicho grupo, en particular servicios en el ámbito de los recursos humanos, servicios financieros y contables, servicios informáticos, servicios administrativos, servicios de atención al cliente y servicios vinculados a la elaboración de nuevos productos. Todo esto pretende hacerse constituyendo una agrupación europea de interés económico (AEIE) que no obtendrá beneficios de su actividad, de conformidad con el artículo 3 del Reglamento núm. 2137/85, y cuyos miembros serán exclusivamente sociedades del grupo.

En este contexto la entidad considera que la actividad de la agrupación podría disfrutar de una exención del impuesto sobre el valor añadido sobre la base de lo dispuesto en el artículo 43.1, número 21, de la Ley polaca del Impuesto sobre el Valor Añadido —transposición del

mencionado precepto de la Directiva 2006/112—, estimando así que sus miembros domiciliados en Polonia (sociedades que ejercen una actividad económica en el sector de los seguros) debían estar exentos de la obligación de facturar y de declarar el citado impuesto adeudado sobre los gastos repercutidos por la agrupación.

Por el contrario, la Administración polaca consideró errónea tal postura al entender que no se cumplía el requisito al que está supeditada la exención, el cual consiste en que no se obstaculice la competencia, toda vez que la aplicación de una exención a una agrupación autónoma de personas coloca a ésta en una posición privilegiada en el mercado con respecto a otras entidades que llevan a cabo las mismas operaciones.

Interpuesto recurso por parte de la entidad aseguradora ante el Tribunal de lo Contencioso-Administrativo pertinente, éste declaró que en el supuesto planteado sí cabía aplicar la exención, resolución que fue objeto de recurso de casación por parte del Ministro de Hacienda polaco ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, que decidió suspender el procedimiento y plantear la cuestión ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Pues bien, el análisis del tribunal europeo se centra en interpretar si la exención prevista en el artículo 132, apartado 1, letra *f*, de la Directiva 2006/112, puede aplicarse a los servicios prestados por una agrupación autónoma de personas cuyos miembros ejercen una actividad económica en el sector de los seguros, extremo que en principio señala que no puede descartarse, ya que, a tenor del artículo 135, apartado 1, letra *a*, de dicha directiva, las operaciones de seguro están exentas —al igual que las letras *d* y *e*, de tal directiva dejan exentos los servicios financieros, disposiciones invocadas a idénticos efectos por el tribunal en el asunto C-326/15—.

Sin embargo, el tribunal europeo estima que el artículo 132, apartado 1, letra *f*, debe interpretarse atendiendo no sólo a su tenor literal, sino también a su contexto y al objetivo que persigue la norma de la que forma parte. En ese sentido, y por lo que atañe al contexto del citado precepto, el tribunal subraya que éste se integra en el epígrafe de «Exenciones aplicables a ciertas actividades de interés general», de donde cabe deducir que la exención tiene sólo por objeto agrupaciones autónomas de personas cuyos miembros ejerzan actividades de interés general. Además, y por lo que se refiere al objetivo que se persigue con el precepto analizado, el tribunal recuerda que la finalidad de todas las disposiciones del artículo 132 —precepto orientado a eximir del impuesto sobre el valor añadido a determinadas actividades de interés general— se establecen para facilitar el acceso a determinadas prestaciones y el suministro de determinados bienes evitando los costes adicionales que se derivarían en caso de estar sujetas al impuesto en cuestión, por lo que tales prestaciones deben contribuir directamente al ejercicio de las actividades de interés general a las que alude el citado precepto.

Por último —apunta también el tribunal—, es necesario interpretar de manera estricta las exenciones referidas, ya que son excepciones al principio general en virtud del cual el impuesto

sobre el valor añadido se percibe por cada prestación de servicios efectuada a título oneroso por un sujeto pasivo.

Todo lo anterior conduce al tribunal a resolver de manera idéntica en las dos sentencias citadas, estimando que el artículo 132, apartado 1, letra *f*, de la Directiva 2006/112 debe interpretarse en el sentido de que la exención en él mencionada únicamente tiene por objeto las agrupaciones autónomas de personas cuyos miembros ejercen una actividad de interés general prevista en el artículo 132 de tal directiva y que, por lo tanto, los servicios prestados por una agrupación autónoma de personas cuyos miembros ejerzan una actividad económica en el sector de los seguros o en el ámbito de los servicios financieros que no constituyan tal actividad de interés general no disfrutan de dicha exención.

En último lugar, el tribunal recuerda que la interpretación que había efectuado en una sentencia previa (del año 2003) sobre la exención que se preveía en el artículo 132, apartado 1, letra *f*, de la Sexta Directiva del Impuesto sobre el Valor Añadido —que actualmente se corresponde con la recogida en el citado precepto de la Directiva 2006/112— llevó a determinados Estados miembros a no gravar con tal impuesto las prestaciones de servicios efectuadas por agrupaciones autónomas de personas constituidas por entidades tales como las compañías de seguros o las empresas dedicadas a los servicios financieros. Por ese motivo, se advierte de los límites a los que ahora se hayan sometidas las autoridades nacionales, tanto administrativas como judiciales, en el caso de que pretendiesen aplicar de forma retroactiva el criterio interpretativo que ahora ha sostenido el tribunal europeo.

En ese sentido, desde el punto de vista de la Administración, se recuerda que ésta no puede reabrir periodos tributarios prescritos y, respecto de los que no lo están, se precisa —partiendo de la imposibilidad tanto de que una directiva cree obligaciones por sí sola a cargo de un particular como de que una de sus disposiciones pueda ser invocada como tal contra dicha persona— que no se podrá invocar la interpretación que las sentencias comentadas hacen del citado artículo 132, apartado 1, letra *f*, para denegar dicha exención respecto de los servicios prestados por las agrupaciones autónomas de personas constituidas por compañías de seguros o entidades de servicios financieros.

Por último, y en relación con las posibles actuaciones del poder judicial, se advierte que la obligación de los jueces y tribunales de utilizar como referencia el contenido de una directiva cuando interpreta y aplica las normas pertinentes de su Derecho nacional tiene sus límites en los principios generales del Derecho, en particular los de seguridad jurídica e irretroactividad, y no puede servir de base para una interpretación *contra legem* del Derecho interno.

## 2. Comentario final

Como consecuencia de los citados fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en virtud de los cuales únicamente las agrupaciones de interés económico cuyos miembros lleven a cabo

actividades de interés general quedarán exentas del impuesto sobre el valor añadido, parece evidente que las legislaciones internas de Estados miembros como España deberán modificarse y adaptarse a tal criterio. En concreto, la exención prevista a esos efectos en la Ley 37/1992 no permite restringir *per se* su aplicación a los supuestos a los que se ha referido el tribunal europeo en el contexto analizado.

Ahora bien, como cautela ha de advertirse también, a efectos de esa futura modificación legal, acerca de la necesidad de no restringir en exceso la aplicabilidad de la exención. En ese sentido, el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en otra sentencia de idéntica fecha que las comentadas (as. C-616/15), ha declarado que la República Federal de Alemania incumplió las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 132, apartado 1, letra f, de la Directiva 2006/112/CE, al haber establecido en su normativa interna que la exención del impuesto sobre el valor añadido sólo fuera aplicable a las agrupaciones autónomas de personas cuyos miembros ejercieran un número limitado de profesiones, circunscritas al ámbito sanitario.

Pilar Álvarez Barbeito

---

## Insurtech

### Retos legales y regulatorios del uso de la tecnología *blockchain* y los contratos inteligentes en el sector de los seguros

En los últimos años ha crecido sustancialmente el interés por la tecnología *blockchain* y los *smart contracts* y sus posibles aplicaciones al sector financiero y de los seguros. Ya se están planteando algunos desarrollos de esta tecnología que podrían llegar a tener un impacto significativo (incluso disruptivo) en dichos sectores al permitir la entrada de nuevos actores (las llamadas empresas de *fintech* o *insurtech*) y alterar los modelos de negocio existentes o, incluso, generando otros nuevos.

Es conocida la tensión constante entre innovación, por un lado, y regulación, por otro, especialmente en sectores altamente regulados como el de los seguros. Por ello, los aspectos legales y regulatorios son muy relevantes a la hora de evaluar la viabilidad de las aplicaciones de *blockchain* en este sector, y entender los retos que plantean puede ser fundamental para su exitoso desarrollo.

#### Tecnología «*blockchain*» y «*smart contracts*»

La tecnología *blockchain*, también llamada *distributed ledger technology*, consiste en una cadena virtual en la que se van incorporando, en bloques, una serie de registros. Esta «base de datos

virtual» no se mantiene en un solo lugar, sino que se almacena de manera distribuida entre todos los miembros de la cadena (llamados *nodos*). Por este motivo, resulta muy difícil alterar los datos o registros incorporados a una cadena de bloques sin tener el control de todos esos nodos (o al menos de una mayoría).

En muchos casos, los registros que se incorporan a una cadena de bloques son el reflejo de transacciones que han tenido lugar entre partes y pueden llegar a incorporar contratos más o menos complejos. Además, determinadas aplicaciones vinculadas a una cadena de bloques permiten que dichos contratos o algunas de sus cláusulas se ejecuten de manera automática si se cumplen unas condiciones preestablecidas, sin que se requiera ninguna acción humana adicional y sin estar controlados por ninguna de las partes contratantes. Son los denominados *smart contracts* o contratos inteligentes.

De lo anterior se deduce una serie de ventajas en la utilización de esta tecnología para el registro de transacciones que, en un sector como el de los seguros, pueden llegar a tener una virtualidad y un impacto muy significativos. Entre otras, gracias a un sistema de registro distribuido muy difícil de alterar, las partes de una transacción registrada en la cadena de bloques (e incluso los terceros que tengan acceso a ella) pueden confiar en que una transacción ha tenido lugar y tener la seguridad de ello. Además, se automatiza la ejecución de un contrato (o de una parte de él), lo que favorece la confianza de las partes en su cumplimiento.

#### *Contratación electrónica*

Hasta cierto punto, las normas actuales podrían servir para aplicar analógicamente a los *smart contracts* determinados criterios sobre capacidad, perfección, validez y cumplimiento de los contratos aplicables de forma general al comercio electrónico. No obstante, esta nueva tecnología presenta unas características que van mucho más allá de la simple manifestación de voluntades de forma electrónica. Su inmediatez, su naturaleza descentralizada y compartida, su codificación y su capacidad de ejecución automática son sólo algunas de estas características, las cuales pueden suponer un salto cualitativo en la forma de contratación electrónica de seguros y, naturalmente, afectarán a su régimen jurídico.

#### *Transparencia*

Es fundamental que la parte que contrata un seguro conozca y tenga certeza de las condiciones que le son aplicables para que no haya defecto de consentimiento. Por ello, las entidades que operan en el sector de los seguros están sujetas a obligaciones de transparencia e información precontractual, y muy especialmente cuando contratan con consumidores. Los *smart contracts* son en esencia una serie de códigos en lenguaje propio (*scripting*) que permite su incorporación a una cadena de bloques y su ejecución automática. A los efectos de cumplir con las obligaciones de transparencia e información, es importante que dichos contratos estén codificados de una forma equivalente a como lo estaría un texto legal escrito en lenguaje natural para facilitar

una traducción exacta y precisa a dicho lenguaje que posibilite su comprensión por las partes contratantes.

#### *«Know-Your-Client»*

Las entidades que operan en el sector de los seguros están obligadas a seguir unos procedimientos rigurosos de identificación y determinación de la idoneidad de los clientes con los que suscriben contratos. Éste es uno de los desafíos que ya está muy presente en los contratos formalizados a través de internet y, de hecho, se ha avanzado mucho en el desarrollo de sistemas de firma electrónica. No obstante, la suscripción de *smart contracts* presenta complejidades adicionales, como la inalterabilidad de los registros de la cadena de bloques y la ejecución automática de los contratos vinculados a ella, que seguramente harán necesario seguir avanzando en el desarrollo de una identidad digital.

#### *Atribución de responsabilidades*

En el desarrollo y aplicación de una tecnología nueva como la *blockchain* es difícil predecir de forma exhaustiva y prevenir de forma eficaz todos los riesgos o problemas que puedan surgir al utilizarla y, en el caso de los *smart contracts*, de su contratación y posterior ejecución. Pensemos, por ejemplo, en errores en la codificación o en fallos de seguridad. Por ello, un aspecto clave será el determinar cómo se atribuyen responsabilidades cuando dichos riesgos o problemas se materialicen.

#### *Ley aplicable y jurisdicción*

Si bien es cierto que la mayoría de los desarrollos actuales de *blockchain* en sectores regulados como el de los seguros son mayoritariamente de carácter cerrado o privado, no se puede descartar que, a medida que el uso de esta tecnología se extienda, se vaya tendiendo hacia desarrollos de tipo más abierto y público. Esto conllevaría que, como ya ocurre en internet, múltiples jurisdicciones puedan verse involucradas en las transacciones que se registren en una cadena de bloques. Se plantea entonces la cuestión de cuál debería ser la ley aplicable a esas transacciones y la jurisdicción a la que se someten las posibles controversias que puedan surgir, sobre todo cuando hay consumidores implicados.

#### *Confidencialidad y protección de datos personales*

Las entidades que operan en el sector asegurador están sujetas a obligaciones muy estrictas de confidencialidad, así como a las obligaciones generales de protección de datos de carácter personal. Será necesario desarrollar tecnología y fórmulas jurídicas que hagan compatible el carácter abierto y público de la tecnología *blockchain* con el cumplimiento de dichas obligaciones por parte del sector.

\* \* \*

En definitiva, a medida que se extienda el uso de aplicaciones o desarrollos concretos de la tecnología *blockchain* en el sector de los seguros, iremos viendo cómo se van afrontando estos retos y otros que se vayan planteando. En algunos casos es probable que sea necesario adaptar la normativa y la regulación existentes para permitir el desarrollo y uso de una tecnología que, como hemos visto, ofrece ventajas significativas y puede suponer una transformación del sector.

Ferrán Foix Miralles y Juan Ferreras Estrada

---

## Pensiones

### Al «rescate» de los planes de pensiones

1. El abono de la última paga extraordinaria de nuestros pensionistas el 25 de noviembre ha obligado al Gobierno a destinar 7792 millones de euros a tal fin. Un total de 3586 millones se han obtenido del Fondo de Reserva y el resto proviene de un préstamo que el Gobierno concedió a la Seguridad Social (sin intereses y a diez años de devolución) en los últimos Presupuestos Generales. Ya sólo le quedan al Fondo de Reserva 8095 millones (aproximadamente, para una paga extra más). Con carácter general, y siempre recurriendo a las cifras oficiales, la Seguridad Social puede abonar las pensiones con lo que recauda por las cotizaciones, pero, cuando sobreviene un gasto extraordinario, necesita acudir a otras fuentes de financiación como las indicadas.

Conviene precisar que el Fondo de Reserva se creó en épocas de superávit para prever gastos extraordinarios en situaciones de crisis. En concreto, en el año 2000 el fondo se crea con un total de 601 millones de euros, llegando a alcanzar la cifra de 66 815 millones en el 2011, fecha en la que comienza a decrecer. Con efectos distintos. Así, en el 2015 se requirió menos ayuda por parte del fondo como consecuencia de los remanentes de las mutuas colaboradoras y este año se ha necesitado un 14 % menos que el año anterior (si se compara con la misma paga extraordinaria del 2016, un 25 % menos, según los datos aportados por la Seguridad Social). El incremento del número de cotizantes, una mayor recaudación y los efectos de los recortes en las pensiones pueden servir, entre otros elementos, para explicar esta tendencia.

Procede subrayar asimismo que el fondo ha mantenido, desde su creación, una rentabilidad media anual del 4,82 %, según los informes remitidos anualmente al Parlamento. Los principales analistas financieros admiten que la rentabilidad ha sido excelente, mucho mejor que la de sus competidores si se hubiera tratado de un plan de pensiones a renta fija (cuya rentabilidad anual media ha oscilado en torno al 2,28 %), pudiendo haber obtenido un valor de liquidez —si no se hubiera dispuesto de las cantidades depositadas en él— de un 102,69 %.

2. No es extraño que, en este contexto, se analicen distintos mecanismos para garantizar la viabilidad del sistema de pensiones. A la espera de conocer las nuevas recomendaciones políticas en el seno del Pacto de Toledo y al margen de otras muchas alternativas, en los últimos días se ha planteado la revitalización de la figura del plan de pensiones.

Ha sido el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad el que ha dado a conocer su intención de modificar el Reglamento de Planes de Pensiones (RD 304/2004, de 20 de febrero, *BOE* de 25 de febrero) y el Reglamento de instrumentación de los compromisos por pensiones de las empresas con los trabajadores y sus beneficiarios (RD 1588/1999, de 15 de octubre, *BOE* de 27 de febrero) en dos sentidos, básicamente: para rebajar las comisiones de gestión de los fondos de pensiones y para, en su caso, ampliar las posibilidades de rescate de las aportaciones tanto en relación con las contingencias cubiertas como con la cuantía de las cantidades depositadas, incluso con carácter ilimitado, pues se plantea que, a los diez años de apertura, se podría rescatar el importe íntegro de dichas cantidades.

Conviene precisar que, en la actualidad, los planes de pensiones (de distinta naturaleza según se trate del sistema de empleo, asociado o individual) protegen determinadas contingencias del partícipe (jubilación, incapacidad permanente, fallecimiento, dependencia severa o gran dependencia). Por su parte, con la normativa en vigor, los derechos consolidados de los partícipes sólo podrán hacerse efectivos en caso de desempleo de larga duración o enfermedad grave (a partir del 2013, también en caso de desahucio por ejecución hipotecaria, de acuerdo con la Ley 1/2013, de 14 de mayo, *BOE* de 15 de mayo, aunque de aplicación hasta mayo del 2017). La ley reconoce la posibilidad de «movilizar» a otros planes de pensiones los derechos consolidados, pero la opción de su rescate se circunscribe a los que señalen las especificaciones del plan y a las previsiones reglamentarias.

3. Y éste es precisamente el escenario actual. El Ministerio de Economía se plantea ampliar las posibilidades de rescate de los planes de pensiones en todo caso, si bien con el límite que la ley sigue previendo, esto es, para aquellas aportaciones con diez años de antigüedad. Para ello la norma proyectada contiene dos artículos —en los que se modifican los dos reglamentos antes indicados—, una disposición final y una disposición transitoria. Sin embargo, no se trata de una norma simple y de fácil comprensión, toda vez que las múltiples referencias a los derechos económicos de los partícipes y a la normativa de inversión incluidas en los reglamentos reformados, así como los aspectos informativos vinculados a la antigüedad de las aportaciones, obligan a revisar un elevado número de preceptos de la normativa en vigor.

A la espera de su aprobación definitiva y dada la complejidad técnica de la norma, las líneas de expresión de esta reforma pueden ser resumidas en dos. Por una parte, se opta por no establecer limitaciones ni condicionantes adicionales para la disponibilidad de los derechos consolidados, considerando que este supuesto de liquidez, en función de la antigüedad de las

aportaciones, supone un incentivo para la contratación de estos productos que puede impulsar el desarrollo de los sistemas de previsión social complementaria. Para ello se intensifican las obligaciones de información a los partícipes y asegurados en cuanto a rentabilidad, movilización y rescate de sus derechos.

Por otro lado, se reducen las comisiones de gestión y depósito que han de percibir las entidades gestoras y depositarias de fondos de pensiones; en el caso de las comisiones de gestión, se sustituye el importe máximo único por una tabla de comisiones máximas en función de las diferentes políticas de inversión de los fondos, promoviendo una reducción mayor en los fondos con orientaciones inversoras más prudentes, normalmente los de renta fija. También se reduce la comisión máxima de depósito para todos los fondos de pensiones. Y, así, en ningún caso las comisiones devengadas por la entidad gestora podrán resultar superiores a un 0,85 % anual en fondo de pensiones de renta fija, a un 1,30 % anual en fondo de pensiones de renta fija mixta y a un 1,50 % anual en el resto de los fondos de pensiones.

Y, dentro de estas grandes líneas, conviene precisar lo siguiente:

- a) los partícipes de los planes de pensiones del sistema individual y asociado podrán disponer anticipadamente del importe, total o parcial, de sus derechos consolidados correspondiente a aportaciones realizadas con, al menos, diez años de antigüedad;
- b) en el caso de los planes del sistema de empleo podrán hacerlo si así lo permite el compromiso y lo prevén las especificaciones del plan y con las condiciones o limitaciones que éstas establezcan en su caso;
- c) las especificaciones de los planes de pensiones también podrán prever el pago anticipado de la prestación correspondiente a la jubilación en caso de que el partícipe, cualquiera que sea su edad, extinga su relación laboral y pase a situación legal de desempleo en los casos previstos en los artículos 49.1g, 51, 52 y 57 del Estatuto de los Trabajadores;
- d) en los supuestos excepcionales de liquidez de enfermedad grave y desempleo de larga duración, de acuerdo con lo previsto en las especificaciones y con las condiciones o limitaciones que éstas establezcan, los derechos consolidados podrán hacerse efectivos mediante un pago o en pagos sucesivos, en tanto se mantengan dichas situaciones debidamente acreditadas;
- e) con periodicidad anual, la entidad gestora del fondo de pensiones remitirá a cada partícipe de los planes individuales una certificación sobre el total de las aportaciones efectuadas en el año natural y el valor, al final de aquél, del total de sus derechos consolidados;

- f) los derechos derivados de las aportaciones a planes de pensiones efectuadas hasta el 31 de diciembre del 2015, con los rendimientos que a ellas les corresponden, podrán ser rescatados a partir del 1 de enero del 2025.
4. Pero el mero planteamiento de esta reforma ha suscitado una ardua polémica. Para algunos, como ocurre con la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), las modificaciones proyectadas se antojan insuficientes. Entiende que, pese a la rebaja que quiere impulsar el Gobierno, el coste de gestión de los planes de pensiones en España es muy alto. Por lo demás, considera que la posibilidad de rescatar las aportaciones del plan de pensiones desvirtúa el objetivo de este tipo de instrumentos, ya que convierte el plan de pensiones en un plan de ahorro. Critica asimismo la aplicación del factor de sostenibilidad —cálculo de la pensión de jubilación en función de la esperanza de vida— que empezará a ser efectivo en España en el 2019 y advierte del riesgo de regresividad, ya que está demostrado que la población con renta más baja vive menos años que la que obtiene rentas más altas. Por esta razón, países como Francia prefieren ligar el acceso a la pensión no tanto a la esperanza de vida como a una contribución durante periodos de tiempo más largos. En España, el número de años que se consideran para calcular la pensión es de veinte años —en el 2022 serán veinticinco—, mientras que en otros países de la Unión Europea se tiene en cuenta toda la vida laboral.

Por su parte, los bancos, entidades financieras, aseguradoras, etcétera, tampoco manifiestan su conformidad. La previsión de liquidez a diez años y no a un horizonte más lejano como la jubilación reduce considerablemente la vida del producto y acorta sus opciones de inversión. Por lo demás, se oponen frontalmente a la rebaja de las comisiones por gestión y depósito, que se califica de medida intervencionista en un mercado privado que se rige por la competencia en coste y servicios.

Desde una perspectiva institucional, la Seguridad Social destaca en su defensa la generosidad del sistema, incluso en épocas de crisis. A comienzos del 2017, la relación entre pensión inicial y último sueldo (tasa de sustitución) era mayor que la de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, con un 86,6 % para las nuevas pensiones de jubilación en España (un 68,3 % para las actuales) frente al 55,2 % de media en los países miembros de aquella según los últimos datos publicados. Se indica que las nuevas pensiones del régimen general de la Seguridad Social superan el 93 % del salario medio neto. Bien es cierto que, según el Banco de España, se prevé que, si se sigue aplicando una subida del 0,25 % anual a las pensiones y se comienza a recurrir al factor de sostenibilidad, en el año 2060 la tasa de sustitución caerá y se reducirá a un 40 %, siempre que en aquel momento la tasa de empleo se sitúe en torno al 80 % y el paro, al 6 % (hoy, la primera se halla en un 61 % y la segunda, en un 17 %, aproximadamente).

5. Es éste un debate en el que convendría introducir algunas variables. Por ejemplo, y entre otras, que no todos los planes de pensiones son iguales. Los de uso más común son los de empleo

(promotor, empresa; partícipe, trabajador) y los individuales (promotor, banco o entidad financiera; partícipe, persona física), ya sean de prestación definida, de aportación definida o mixtos. Los primeros, ligados a la empresa, siempre han tenido más restricciones (impidiéndose inicialmente su movilización a otro plan de pensiones que no fuera de empleo y obligando, por tanto, a movilizar los derechos consolidados a otro plan de pensiones de otra empresa, suponiendo que el trabajador fuera contratado por otra empresa y que ésta tuviera plan de pensiones). Los segundos, junto con los planes de pensiones asociados, han considerado el rescate anticipado de sus aportaciones con arreglo a lo que establecieran las especificaciones del plan y las previsiones reglamentarias. De flexibilizarse las condiciones de rescate, deberían ser generalizables a todos los planes de pensiones.

Las dificultades financieras del Sistema de la Seguridad Social pueden aconsejar el incentivo y fomento de los planes de pensiones. Así ha sido hasta el momento con una mayor o menor rentabilidad y con una mayor o menor ventaja fiscal a lo largo de los años de vigencia (España tardó en admitir los planes de pensiones por el rechazo sindical, resuelto en la ley reguladora con la participación de los sindicatos en las comisiones de control). Incluso es posible que las nuevas generaciones, atormentadas por el discurso sobre la insuficiencia o desaparición de las pensiones públicas, decidan acudir a estos planes privados (si sus condiciones salariales se lo permiten). O no. Porque, quizá, las generaciones más jóvenes no confíen en ningún tipo de sistema de previsión de riesgos futuros si la sociedad no es capaz de garantizarles un bienestar en el presente, apostando, así, por un gasto o inversión más a corto plazo.

Posiblemente constituya un error contraponer las bondades de unos sobre los perjuicios de otros, en la convicción de que ningún sistema de protección es perfecto. Pero existe también la posibilidad, dentro del ámbito constitucional y legal actual, de establecer mecanismos híbridos en los que la propia Seguridad Social gestione, junto con su sistema público de cotización obligatoria, planes de pensiones individuales de aportación voluntaria. Para que ocurriera lo contrario, esto es, que parte de la gestión de los recursos públicos la llevaran a cabo entidades privadas, con una referencia similar a lo que ocurre en el ámbito de las prestaciones con las mutuas colaboradoras, sería necesario introducir este debate en la futura reforma de la Constitución.

Finalmente, procede precisar que el plan de pensiones forma parte de un sistema de previsión social complementario al sistema público. Esto significa que, aunque basado en una forma de previsión distinta —capitalización frente a reparto—, el plan de pensiones no deja de ser un mecanismo de protección social. Se justifica para completar contingencias —riesgos— del trabajador o de la persona y no como instrumento de ahorro. Para esa finalidad ya existen múltiples modalidades (planes de ahorro de jubilación, hipotecas inversas, fondos de inversión para la jubilación, etcétera) que responden a la voluntad del ahorrador, pero que no tienen una conexión directa con las contingencias del Sistema de la Seguridad Social. Y, si bien es cierto que los instrumentos financieros de ahorro pueden ser tan heterogéneos y plurales como el mercado

permita, la Constitución circunscribe una asistencia y «prestación complementaria libre» al ámbito de la Seguridad Social, ex *artículo* 41 de aquella. De no ser así, carecerá de sentido no sólo su denominación como «planes de pensiones», sino también su propia regulación, autónoma y diferenciada de la de otros planes de previsión.

Lourdes López Cumbre

Para cualquier duda, por favor, póngase en contacto con alguno de los siguientes letrados:

**Pablo Muelas García**

*Socio, Madrid*  
Tel.: (+34) 91 582 91 00  
pmuelas@ga-p.com

**Ángel Varela Varas**

*Socio, Madrid*  
Tel.: (+34) 91 582 91 00  
avarela@ga-p.com

**Fernando Igartua Arregui**

*Socio, Madrid*  
Tel.: (+34) 91 582 91 00  
figartua@ga-p.com

**Santiago Gómez-Acebo Carvajal**

*Socio, Madrid*  
Tel.: (+34) 91 582 91 00  
sga@ga-p.com

**Enrique Ortega Carballo**

*Socio, Madrid*  
Tel.: (+34) 91 582 91 00  
eortega@ga-p.com

**Filipe Santos Barata**

*Asociado senior, Lisboa*  
Tel.: (+351) 21 340 86 00  
fsbarata@ga-p.com

Para más información, consulte nuestra web [www.ga-p.com](http://www.ga-p.com), o diríjase al siguiente e-mail de contacto: [info@ga-p.com](mailto:info@ga-p.com).