

Rescate y pignoración de planes de pensiones

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil
Consejero académico de GA_P

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Consejera académica de GA_P

Recientemente se ha reconocido legalmente la posibilidad de que el beneficiario de un plan de pensiones rescate los derechos consolidados en el plazo de diez años desde la última aportación. A partir de esta nueva realidad, los derechos derivados del plan pueden construirse como un objeto de derecho susceptible de pignoración.

Uno de los elementos más destacados de la reforma introducida por el Gobierno en los planes de pensiones ha sido la posibilidad de extender el rescate anticipado de las aportaciones efectuadas a todos aquellos planes, independientemente de su naturaleza, que cuenten con una antigüedad de diez años a partir de la entrada en vigor de la norma. Con el Real Decreto 62/2018, de 9 de febrero (BOE de 10 de febrero), se reforma, entre otras normas, el Reglamento de planes y fondos de pensiones (RD 304/2004, de 20 de febrero —BOE de 26 de febrero—, en adelante, Reglamento, y que desarrolla la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones —LPFP—, Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre —BOE de 13 de diciembre—). En concreto, el artículo 9.4 del Reglamento permite que los partícipes de los planes de pensiones puedan disponer anticipadamente del importe, total o parcial, de sus derechos consolidados correspondientes a aportaciones realizadas con, al menos, diez años de antigüedad. Con carácter general, podrán hacerlo los planes del sistema individual y los del sistema asociado y, en el caso de los del sistema de empleo, siempre que lo prevean las especificaciones del plan y con las condiciones o limitaciones que éstas establezcan en su caso.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Con independencia de otras consideraciones que esta reforma suscite y de su impacto profundo en el sistema de previsión colectiva de una sociedad que parece haber perdido la fe en el futuro del sistema público de pensiones, este documento analiza algunos de los efectos que esta nueva posibilidad genera en relación con la pignoración o cesión de los planes de pensiones. Es algo en lo que no parece haberse reparado. La reforma no sólo provee de liquidez al mercado, sino que por una vía indirecta ha creado también una nueva modalidad de *collateral*. Veremos inmediatamente que es ésta una posibilidad que no ha sido considerada por la normativa sectorial, la cual, sin embargo, sí se ha referido ocasionalmente al embargo de los derechos derivados del plan. Como en tantas otras ocasiones, también aquí del embargo a la prenda *valet argumentum*. Pero la prenda o cesión constituye un acontecimiento mucho más interesante que el embargo, porque su admisibilidad abre una nueva posibilidad de financiación de sujetos que no cuentan con otros activos patrimoniales. El embargo, en cambio, no financia al titular del activo gravado, sino que simplemente mejora la condición de su acreedor.

1. Precisar la nomenclatura que empleamos: derechos consolidados, contingencias, prestaciones

El partícipe del plan realiza (o bien terceros por su cuenta, en el sistema de empleo) *aportaciones al fondo*. El conjunto de éstas a lo largo de la fase *pasiva* del plan genera *derechos consolidados*. Los derechos consolidados pueden caracterizarse desde una doble perspectiva: como derechos, en el fondo, estos derechos son titularidades jurídicas reales, modalidades de propiedad, pero son también *expectativas de créditos* futuros, a la espera de que se produzca la contingencia que generará la *prestación a favor del titular* del derecho consolidado, por tanto, un *derecho de crédito futuro y contingente* cuya actualización puede depender de una o más contingencias *certus an*, *incertus an*, *certus quando* o *incertus quando*. Cuando sucedan las contingencias de actualización del crédito se produce entonces lo que se llama la *prestación a cargo del fondo*, la fase activa del sistema para su beneficiario. Con todo, es un crédito futuro y contingente de carácter especial porque su cristalización en manos del acreedor no puede producirse mientras duren los derechos consolidados, sino con la contingencia de prestación. En otras palabras, el acreedor no se puede «subrogar» en el plan ni en el fondo por vía de ejecución de la garantía.

Resumiendo, las prestaciones se causan como consecuencia de las contingencias, y los derechos consolidados, como consecuencia de las aportaciones al fondo. Las prestaciones se causan cuando se generan las contingencias protegidas en los planes de pensiones (en la actualidad, la jubilación, la incapacidad total y permanente o gran invalidez, la muerte del partícipe o beneficiario y la dependencia severa o gran dependencia del partícipe) y podrán percibirse en forma de renta o capital. Por su parte, los derechos consolidados (para los partícipes, en el caso de los beneficiarios, se denominan *derechos económicos*) constituyen la cuota parte que corresponde al partícipe, determinada en función de las aportaciones, rendimientos o gastos, en los planes de aportación definida y, en los planes de prestación definida, la reserva que le corresponda de acuerdo con el sistema actuarial utilizado. Derivan de las aportaciones

realizadas al fondo de pensiones a las que están obligados promotor y partícipe, si bien la titularidad de los recursos patrimoniales afectos a cada plan corresponde únicamente a los partícipes y a los beneficiarios.

Pero todavía cabe apurar un concepto, el de *disponibilidad del plan*, que es el derecho a *redimir* (liquidar, «rescatar») el plan antes de que se hubiera producido la contingencia que hace nacer la prestación, el cual nos genera a su vez un concepto derivado: el de *crédito dinerario derivado del rescate*, que es distinto del crédito dinerario en que se cosifica el derecho a la prestación. La ley alude a que en este caso *los derechos se hacen efectivos*, expresión notoriamente impropia.

2. Las prestaciones se abonarán salvo que medie embargo o traba y los derechos consolidados no podrán ser objeto de traba o embargo

Las prestaciones de los planes de pensiones deberán ser abonadas al beneficiario o beneficiarios previstos o designados, salvo que medie embargo, traba judicial o administrativa (o pignoración), en cuyo caso se estará a lo que disponga el mandamiento (o contrato) correspondiente. Sin embargo, la ley dispone que los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones no puedan ser objeto de embargo, traba judicial ni administrativa hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que sean disponibles o efectivos en los supuestos de enfermedad o desempleo de larga duración o por corresponder a aportaciones realizadas con, al menos, diez años de antigüedad. Ante el silencio de la regulación primigenia, la reforma introducida por la Ley 30/1995, de 8 de noviembre (BOE de 9 de noviembre), añadiría la prohibición de que estos derechos consolidados fueran objeto de embargo, traba judicial o administrativa hasta el momento en que se cause la prestación. De hecho, cuando se planteó la inconstitucionalidad de dicha inembargabilidad (STC 88/09), el Tribunal Constitucional alegó que «aunque es indudable que el derecho consolidado de un partícipe en un plan de pensiones puede valorarse en dinero, el partícipe no puede a voluntad ni enajenar ni gravar ni rescatar tal derecho porque la ley lo prohíbe [...] (por lo demás se tiene en cuenta [...] la doble función económica y social que desempeñan: la de complementar el nivel obligatorio y público de protección social y la de favorecer la modernización, desarrollo y estabilidad de los mercados financieros» (FJ 2). En la actualidad, los derechos consolidados del partícipe no podrán ser objeto de embargo o traba «hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o se hagan efectivos en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración o por corresponder a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad», ex artículo 8.8 de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones.

3. La distinción sobre la que se funda la ley es inapropiada

Pero repárese en el matiz necesario. El derecho, titularidad jurídica real sobre el fondo (derecho consolidado), no puede ser embargado como tal; la prestación ya nacida puede ser embargada. Pero el crédito futuro contingente a la prestación, que tiene su arranque en la

fase pasiva del plan, también puede ser embargado. Es decir, en la fase de derecho consolidado puede practicarse la traba, si bien no será efectiva sino sobre el crédito a la prestación cuando ésta nazca o cuando se rescate con anterioridad a la prestación, en su caso. Por tanto, es técnicamente incorrecto sostener que los derechos consolidados no pueden ser objeto de una traba, porque sí pueden serlo como crédito futuro contingente, si bien es cierto que no se puede realizar la vía de apremio sobre los derechos consolidados antes de la fase de prestación o rescate. Es decir, el apremio o ejecución nunca genera subrogación en los derechos consolidados.

Cuando el derecho a las prestaciones del partícipe en un plan de pensiones sea objeto de embargo o traba judicial o administrativa, ésta resultará válida y eficaz. El artículo 22.7 del Reglamento es expreso y dispone que la traba no será ejecutable hasta que se cause el derecho a la prestación o puedan hacerse efectivos o disponibles los citados derechos consolidados. Producidas tales circunstancias, si se hubiera mediado embargo o traba judicial o administrativa, la entidad gestora ordenará el traspaso de los fondos correspondientes a las prestaciones o derechos consolidados a quien proceda, en cumplimiento de la orden de embargo. En caso de que el partícipe o beneficiario sea titular de varios planes de pensiones, serán embargables, en primer lugar, los del sistema individual y asociado y, en último término, los planes del sistema de empleo.

Algunas decisiones judiciales optaron por diferenciar entre los derechos consolidados del partícipe (inembargables) y las prestaciones futuras (susceptibles de embargo o traba), ya del partícipe, ya del beneficiario. Así, mientras los derechos consolidados como tales resultan inembargables, pues solamente pueden hacerse efectivos en los supuestos excepcionales previstos por la normativa aplicable, sin que puedan ser mientras tanto objeto de disposición, la prestación futura derivada de estas aportaciones deberá merecer un trato diferente. Dicha prestación constituye un crédito no realizable en el acto, pero puede ser objeto de embargo o traba conforme lo dispuesto en el artículo 592.2.9.^a de la Ley de Enjuiciamiento Civil (embargo de créditos, derechos y valores realizables a medio o largo plazo). El hecho de encontrarse sometido a un evento futuro como es el cumplimiento de alguna de las contingencias previstas en la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones para que pueda producirse su abono al deudor no constituye óbice para el embargo o traba, puesto que ésta resulta posible sin perjuicio de que su efectividad práctica se difiera al momento de su devengo (Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria de 26 de junio del 2002, Ar. 260146, FJ 2).

4. El rescate anticipado de las aportaciones efectuadas al fondo de pensiones sólo cabe en supuestos excepcionales

La norma originaria (art. 8 de la Ley 8/1987, de 8 de junio, BOE de 9 de junio) sólo preveía la posibilidad de hacer efectivos los derechos consolidados con la incorporación a otros planes. En la actualidad, los partícipes podrán hacer efectivos sus derechos consolidados (las prestaciones se causarán cuando se produzca la contingencia correspondiente —jubilación, incapacidad

total y permanente o gran invalidez, muerte y dependencia severa o gran dependencia del partícipe—), pero únicamente en los supuestos de desempleo de larga duración o enfermedad grave, posibilidad que ahora se amplía con la disposición anticipada del importe de estos derechos consolidados por aportaciones de diez años de antigüedad. En virtud de la nueva reforma, los partícipes de los planes de pensiones del sistema individual y asociado (y los del sistema de empleo si así lo previeran las especificaciones del plan y en los términos previstos en ellas) podrán disponer anticipadamente del importe total o parcial de sus derechos consolidados correspondiente a aportaciones realizadas con, al menos, diez años de antigüedad. Repárese en que es ahora cuando aparece la «oportunidad de negocio», porque al acreedor pignoraticio o embargante se le abre una vía para agredir los derechos económicos del plan antes de que se cause derecho (lejano quizá) a la prestación. Pero *sobre todo* porque ahora las partes pueden hacer previsiones económicas que se fundan en un término *certus an* y *certus quando*: aportaciones con diez años de antigüedad desde el momento en que lo permite la norma.

5. ¿Qué se puede rescatar después de diez años?

Aunque pudiera considerarse que el rescate es para los «planes» tras diez años de antigüedad, no parece que el legislador haya optado por esta vía. Distingue la norma entre «los derechos correspondientes a aportaciones o primas abonadas antes de 1 de enero del 2016 [en cuyo caso] podrán hacerse efectivos a partir de 1 de enero del 2025» (disp. trans. 7.ª LPFP) y la «disposición anticipada de los derechos consolidados del partícipe de un plan de pensiones correspondientes a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad» (art. 8.8 LPFP). Eso significa que todo lo aportado hasta diciembre del 2015 podrá hacerse efectivo a partir del 2025 (y, en ese caso, sí que podría aludirse al rescate de todo el «plan»), pero aquellas aportaciones efectuadas a partir del 2016 podrán ser rescatadas a los diez años (2026), las del 2017 en el 2027 y así sucesivamente. No otra interpretación cabe de los términos precisados por esta norma reglamentaria y, en coherencia con ella, todo lo aportado hasta diciembre del 2015 cumplirá con el requisito de la antigüedad y el resto de las aportaciones irán cumpliendo dicho requisito progresivamente.

Ciertamente, esto puede provocar que, a partir del 2025, se origine una «fuga» masiva de todos los planes, con todas las aportaciones y de todos los derechos consolidados de los partícipes que hayan hecho aportaciones y por la totalidad de éstas antes del 1 de enero del 2016. Distinta hubiera sido la consecuencia si, en estos casos, se hubiera optado por limitar un porcentaje de este tipo de rescate. Pero se ha establecido un rescate ilimitado para dichos supuestos y las consecuencias serán las que el comportamiento de los partícipes refleje en el 2025. Mas el resto de las situaciones deberán regirse por lo que la norma indica, esto es, por rescatar el importe de las aportaciones con diez años de antigüedad. De hecho, y aun cuando, para los supuestos excepcionales de liquidez surgidos por enfermedad o desempleo, el rescate del plan resultará «incompatible con la realización de aportaciones a un plan de pensiones» (salvo a los del sistema de empleo), para el rescate por antigüedad en las aportaciones se prevé que

sea «compatible con la realización de aportaciones a planes de pensiones para contingencias susceptibles de acaecer» (art. 11.5 del Reglamento). De esta forma, el rescate (total o parcial) de los derechos consolidados no impedirá seguir realizando aportaciones a un plan de pensiones, sea el mismo rescatado u otro distinto.

Reparemos también en que los plazos del rescate solucionan un posible problema de *azar moral* que de otra forma se presentaría. Imaginemos que la prenda de los derechos del plan se concierta en el 2015. El acreedor sabe que, llegado el caso, podrá apropiarse por ejecución del valor de rescate de todas las aportaciones hechas hasta esa fecha. No podrá «interesarse», pero tampoco tendrá que ocuparse de ellas, por las que se hagan (si se hacen) del 2016 en adelante, pues éstas no pueden «hacerse efectivas» en el primer acto de rescate. Con todo, siempre queda la posibilidad de que en la prenda se atribuya al acreedor el derecho a rescatar en decenios sucesivos; pero en ese caso tiene que contar que el titular del plan seguramente no hará más aportaciones «bajo la sombra del rescate ajeno».

6. El rescate y la prenda

La posibilidad de rescate del plan, que ha sido abierta sólo últimamente sin condicionarla a enfermedad o desempleo, nos plantea, pues, el reto de intentar sustantivizar el propio derecho de rescate del plan como un objeto susceptible de tráfico patrimonial. En efecto, podríamos especular con la posibilidad de embargar o pignorar el derecho de rescate como activo independiente del embargo o prenda de los derechos consolidados. Con todo, no será necesaria esta segmentación del derecho. La traba sobre *los derechos derivados del plan* (antes de que surja la fase de prestación) comprenderá también el derecho de rescate como derecho potestativo de configuración jurídica, que es una de las facultades del haz de derechos que constituyen los derechos consolidados. Pero es importante que el derecho de prenda lo especifique, pues no se trata de un simple adminículo. Y si el acreedor no pactara el ejercicio en nombre propio, el artículo 1869 II del Código Civil sólo lo legitimaría por sustitución, sin que pudiera apropiarse los fondos al no actuar por cuenta propia.

7. El momento de ejecución de la prenda de una prestación no depende de la voluntad del titular

Vamos a representarnos ahora las distintas contingencias que causan el derecho a la prestación: jubilación o muerte u otra contingencia prevista. Distinto es el caso de las contingencias que causan el derecho de rescate: enfermedad grave, desempleo de larga duración, transcurso de diez años. Tomamos el supuesto estelar de la jubilación. Reparemos en que la prestación no depende en este caso de la voluntad del titular. En efecto. En tal supuesto, la ejecución no se demorará hasta que se *obtenga* la prestación, sino hasta que ésta «se cause», por lo que habrá que esperar a que el titular se jubile. En condiciones normales, esta opción resulta voluntaria y, una vez que se cumplen los requisitos objetivos, el pensionista puede retrasar la solicitud de su pensión tanto tiempo como quiera. Pero con un embargo o traba de por medio bastará con

que «se cause el derecho» a la prestación. Así lo establece el artículo 8.10 de la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones cuando retrasa el embargo de los derechos consolidados «hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación» y no hasta que «se cause» esta última (en cuyo caso, prevalecería la voluntad del titular). En estos términos se han venido pronunciando algunas decisiones judiciales, que consideran que, cuando existen embargos judiciales sobre derechos a favor del beneficiario de un plan de pensiones, la aseguradora, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 621 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, debió proceder a retenerlos y a ingresarlos en la cuenta de consignaciones del juzgado en el momento del devengo, pues ya habían quedado afectos a las respectivas ejecuciones, aunque el titular, hallándose ya jubilado, hubiera optado por no solicitar el cobro del derecho correspondiente (Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 9 de junio del 2014, Ar. 185122, FJ 3).

8. Tampoco depende de la voluntad del titular el momento de ejecución de la prenda sobre el «rescate» de un derecho consolidado

Procedemos ahora a considerar la actualización del derecho de rescate, cuya virtualidad consiste en que ya no podrá producirse en el futuro el derecho de prestación. La ley deja sin especificar un extremo importantísimo. Tanto en el rescate por enfermedad o desempleo como en el rescate por transcurso del mero tiempo, parece a primera vista que, a diferencia del crédito a la prestación, el derecho de rescate es de ejercicio potestativo por su titular, que puede ejercitarlo o no, aunque los derechos consolidados, como crédito futuro contingente, hayan sido ya embargados o pignorados. En otras palabras, que se podría predicar su naturaleza de derecho intransferible a tercero del que no cabría ejercicio subrogatorio en méritos de lo dispuesto en el artículo 1111 del Código Civil. La cuestión no se plantea en este extremo en términos distintos para las diferentes contingencias que permiten el rescate, aunque es notorio que las dos primeras constituyen contingencias del tipo *incertus an* y la última es cierta en todo escenario. Decimos esto porque —con una lejana analogía con el Derecho sucesorio— se podría dar pie para pensar que en los derechos contingentes de la primera categoría no hay nada en la titularidad del plan que pueda ser embargado o pignorado, pero en la segunda sí, al depender la contingencia de un término cierto. Sin embargo, creemos que no es así, y en los tres casos de contingencias de rescate la relación, personalísima o no, del titular con el rescate debe ser tratada de la misma manera.

9. Rescate e intransferibilidad

Cuando se ha planteado en los tribunales la cuestión recién expuesta, la respuesta más común ha sido que el rescate constituía un derecho del titular del plan y que, por tanto, corresponde a su voluntad ejercerlo o no. Por esa razón, «en ningún modo, el acreedor puede sustituir el derecho al contratante en cuanto que éste se otorga a aquél» (Auto de la Audiencia Provincial de Vizcaya de 21 de febrero del 2006, Ar. 155092, FJ 3). Por lo tanto, sólo si el beneficiario opta por el «rescate» y se liquidan los derechos consolidados, procedería ejecutar el embargo,

y no será así en caso contrario. Pero la reforma del 2018 parece descansar en presupuesto distinto. A diferencia de referencias anteriores a la posibilidad de «hacer efectivos» los derechos consolidados, ahora la Ley de Regulación de Planes y Fondos de Pensiones alude a que la prohibición de embargo o traba se extiende hasta el momento en que dichos derechos «sean disponibles». E, incluso, el Reglamento indica que dicha prohibición se extenderá hasta que los derechos consolidados «puedan ser disponibles o efectivos», invirtiendo los términos cuando, en el mismo artículo 22.7, admite que el embargo o traba resultarán válidos y eficaces cuando dichos derechos «puedan hacerse efectivos o disponibles». El momento es importante pues, como se ha señalado, producidas tales circunstancias, «la entidad gestora ordenará el traspaso de los fondos correspondientes a las prestaciones o derechos consolidados a quien proceda, en cumplimiento de la orden de embargo». A diferencia de la tesis judicial expuesta, partidaria de hacer prevalecer la soberanía del titular en relación con el rescate, el legislador parece haber optado por expropiar el derecho potestativo cuando media una traba o embargo. Y, así, del mismo modo que ya el embargo no se hará efectivo cuando se *obtenga* la prestación, sino cuando «se cause el derecho a la misma», en el caso de posible rescate anticipado el acreedor podría recurrir al apremio cuando los derechos sean disponibles o puedan hacerse efectivos.

10. La posibilidad de ceder a un tercero o pignorar el derecho de rescate

Consideramos, en efecto, que el derecho de rescate puede ser embargado y pignorado, y que, al menos en el caso de la pignoración (o la cesión plena del crédito), el acreedor pignoraticio puede hacerse ceder el derecho de provocar el rescate mediante el ejercicio en nombre y cuenta propia del derecho a liquidar anticipadamente el plan. De no ser así, la prenda de los derechos económicos derivados del plan no tendría ningún valor, ya que obviamente el titular no ejercitaría nunca el rescate si el producto de éste hubiera de ir a manos del acreedor. Es cierto que una propuesta semejante supondrá en la praxis que la arquitectura convencional del modelo de jubilación puede hacer aguas de manera más intensa de lo que hubiera podido sospecharse al admitir el rescate por transcurso del tiempo, con el perentorio riesgo que este intercambio puede causar a las expectativas que el sistema quiere crear de una jubilación digna y no depauperada. Pero no creemos que esta consideración pueda resultar hoy decisiva, o, en cualquier caso, debe serlo sólo para el legislador, que se ha tirado a una aventura sin red con la liquidación anticipada de los planes de pensiones. Si dentro de diez años un partícipe de un plan de pensiones puede liquidar sus aportaciones para hacer un viaje de fábula al Caribe, también será admisible que pida hoy al banco un préstamo personal para este viaje y lo amortice en el futuro cuando se liquide su derecho si el acreedor no tiene otra forma de cobrar su crédito.