

Planes de pensiones de empleo con fondos extranjeros

Lourdes López Cumbre

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Cantabria

Consejera académica de Gómez-Acebo & Pombo

1. Obligación de nombrar un representante con residencia en España

1.1. La legislación española sobre planes y fondos de pensiones establece que los fondos de pensiones domiciliados en otros Estados miembros que pretendan desarrollar en España planes de pensiones de empleo sujetos a la legislación española (esto es, planes en los que el promotor es el empleador y los partícipes los trabajadores) vendrán obligados a designar a un representante, persona física con residencia habitual en España o persona jurídica en ella establecida (art. 46 RDLeg. 1/2002, de 29 de noviembre —BOE de 13 de diciembre—, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Planes y Fondos de Pensiones—en adelante, LPFP—). Estos representantes estarán facultados para atender las reclamaciones que presenten las comisiones de control, los partícipes y los beneficiarios; representar al fondo ante las autoridades judiciales y administrativas españolas y también a efectos de las obligaciones tributarias contraídas por las actividades realizadas en territorio español.

Del mismo modo, el artículo 86 del Real Decreto Legislativo 6/2004, de 29 de octubre (BOE de 5 de noviembre), por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión del Seguro Privado (LOSSP), dispone que las entidades aseguradoras domiciliadas en otro Estado miembro que pretendan operar en España en régimen de libre prestación de servicios estarán asimismo obligadas a designar un

representante a efectos de las obligaciones tributarias a que se refiere esta ley por las actividades que lleven a cabo en territorio español. Tal representante deberá cumplir, en nombre de la entidad aseguradora, la obligación de retener e ingresar los importes correspondientes a las operaciones efectuadas en España, así como la de proporcionar la información oportuna a la Administración tributaria.

1.2. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) acaba de declarar esta obligación contraria al artículo 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En este sentido, la Sentencia del TJUE de 11 de diciembre del 2014 (as. C-678/11, Comisión contra el Reino de España) cuestiona la adecuación de ambos preceptos (junto con otros de naturaleza fiscal y tributaria) al Derecho de la Unión Europea. La Comisión entiende que esta obligación constituye tanto una restricción de la libre prestación de servicios por parte de las personas y empresas que residan en Estados miembros distintos del Reino de España y deseen ofrecer servicios de representación fiscal a entidades o personas físicas que operen en España, como una carga adicional a esos fondos de pensiones y entidades aseguradoras.

España considera, bien al contrario, que dicha obligación se halla justificada por la necesidad de un control fiscal eficaz y por la lucha contra el fraude fiscal. Alega además que las medidas controvertidas no van más allá de lo necesario para alcanzar

estos objetivos de interés general y entiende que, tratándose de contribuyentes no residentes, la intensidad del control y el grado de efectividad de las actuaciones de lucha contra el fraude fiscal son notoriamente superiores cuando existe un interlocutor inmediato, como un representante fiscal. A su juicio, no se alcanzan eficazmente esos objetivos recurriendo a la asistencia mutua de las autoridades de los diferentes Estados miembros a efectos de intercambio de información y de cobro de créditos regulada en las Directivas 1977\799 y 2008\55, respectivamente. Por lo demás, la obligación de practicar la retención correspondiente no es más que un reflejo de la obligación de retener que recae sobre los rendimientos del trabajo. Y, así, mientras que las entidades gestoras de los fondos de pensiones domiciliados en España practican ellas mismas esta retención, la necesidad de que los fondos de pensiones y entidades aseguradoras domiciliadas en otros Estados miembros designen un representante fiscal con residencia en España para efectuar, entre otras tareas, dicha retención se justifica por la complejidad de su cálculo. De no existir obligación de retener en el caso de esas entidades no residentes, estas últimas disfrutarían de una ventaja financiera con respecto a las entidades domiciliadas en España, lo que conculcaría el principio de igualdad de trato y afectaría al buen funcionamiento del mercado interior.

2. Obligación contraria al Derecho de la Unión Europea por vulnerar la libre prestación de servicios

2.1. Resulta evidente que la obligación en cuestión hace que la prestación de servicios por parte de las entidades a personas residentes en España sea más difícil y menos atractiva que la prestación de servicios similares a esas mismas personas por parte de entidades domiciliadas en España que no estén sujetas a dicha obligación. Sin embargo, la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de la Unión Europea considera que las medidas nacionales que pueden obstaculizar o hacer

menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho de la Unión Europea son, no obstante, admisibles a condición de que persigan un objetivo de interés general, sean adecuadas para garantizar su obtención y no vayan más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo que persiguen.

España no consigue demostrar, sin embargo, que las obligaciones de información, de retención y de ingreso a cuenta del impuesto no puedan cumplirse utilizando medios menos lesivos que la designación de un representante fiscal con residencia en España. De hecho, la Comisión considera que tales obligaciones podrían ser asumidas por los propios fondos de pensiones y entidades aseguradoras no residentes sin que se vieran obligadas a soportar el coste que supone la designación de un representante fiscal con residencia en España.

2.2. Conviene precisar que al menos uno de los preceptos mencionados (el art. 86 LOSSP) fue modificado por la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (*BOE* de 5 de marzo), precisamente para eliminar no tanto la obligación de designar un representante como la necesidad de que éste tuviera residencia en España. Por lo tanto, y en relación con esta normativa —no con la que se refiere a los planes y fondos de pensiones—, las obligaciones se mantienen (designación de un representante que practique la retención o ingreso a cuenta correspondiente e informe a la Administración tributaria de las operaciones que se lleven a cabo en España), pero ya no se exige que dicho representante resida en España. Sin embargo, en el artículo 46 LPFP sí permanece dicho requisito, considerando que los representantes en España de los fondos de planes de pensiones (de empleo, y sólo de los de empleo) de otros Estados miembros deberán ser persona física con residencia habitual en España o persona jurídica establecida en nuestro país, aspecto este que habrá de ser modificado en atención al pronunciamiento analizado.

Para más información consulte nuestra web www.gomezacebo-pombo.com, o dirijase al siguiente e-mail de contacto: info@gomezacebo-pombo.com.

Barcelona | Bilbao | Madrid | Valencia | Vigo | Bruselas | Lisboa | Londres | Nueva York