



Roj: **SAN 3294/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:3294**

Id Cendoj: **28079230042016100310**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **15/06/2016**

Nº de Recurso: **450/2013**

Nº de Resolución: **345/2016**

Procedimiento: **PROCEDIMIENTO ORDINARIO**

Ponente: **SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Contencioso-Administrativo

SECCIÓN CUARTA

Núm. de Recurso: 0000450 / 2013

Tipo de Recurso: PROCEDIMIENTO ORDINARIO

Núm. Registro General: 05920/2013

Demandante: FREMAP MUTUA DE ACCIDENTES DE TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Nº 61

Demandado: MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Abogado Del Estado

Ponente Ilmo. Sr.: D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

SENTENCIA Nº:

Ilma. Sra. Presidente:

D^a. MARÍA ASUNCIÓN SALVO TAMBO

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. SANTOS GANDARILLAS MARTOS

D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA

D^a. ANA MARTÍN VALERO

Madrid, a quince de junio de dos mil dieciséis.

Vistos los autos del recurso contencioso administrativo nº **450/2013** que ante esta Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional ha promovido el Procurador D. Adolfo Morales Hernández-San Juan, en nombre y representación de **FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61** frente a la Administración General del Estado, representada por el Sr. Abogado del Estado, contra la desestimación presunta del recurso de reposición que la misma había ejercitado frente a la resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de fecha 23 de abril de 2013, dimanante de la auditoría practicada a dicha recurrente sobre operaciones y estados financieros correspondientes al ejercicio económico de **2007**.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. D. SANTOS HONORIO DE CASTRO GARCIA, quien expresa el parecer de la Sala

La cuantía del recurso se ha fijado en 13.983.521,95 euros.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el recurrente expresado se interpuso recurso contencioso administrativo, mediante escrito presentado en fecha 23 de diciembre de 2013, contra la resolución antes mencionada, acordándose su admisión por Decreto de fecha 14 de enero de 2014, y con reclamación del expediente administrativo.

SEGUNDO.- En el momento procesal oportuno, la parte actora formalizó demanda, mediante escrito presentado el 30 de julio de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y fundamentos oportunos, terminó suplicando: "(...) que, teniendo por presentado este escrito, con los documentos al mismo acompañados y preceptivas copias, con devolución del expediente administrativo al efecto confiado, lo admita, dándole el trámite oportuno, tenga por deducida demanda contra la desestimación presunta del Recurso de Reposición interpuesto por **FREMAP** contra a la Resolución dictada por la Secretaría de Estado de la Seguridad Social el día 23 de abril de 2013, y, previo los demás trámites procedimentales, dicte Sentencia por la que se estime el recurso deducido por esta parte, y se declare la disconformidad con el ordenamiento jurídico de la Resolución objeto de impugnación y se acuerde dejar sin efecto la misma en los siguientes términos:

- a) Se acuerde dejar sin efecto el reintegro del importe de 284.642,83 euros, abonados como compensaciones por la asistencia a órganos de gobierno, o, subsidiariamente, se acuerde modificar dicho importe, fijándolo en la cantidad máxima de 194.836,86 euros.
- b) Se acuerde dejar sin efecto el reintegro del importe de 8.104.710,64 euros correspondientes a retribuciones a colaboradores en la administración complementaria de la directa.
- c) Se acuerde anular y dejar sin efecto los ajustes a los que se hace referencia en el Fundamento de Derecho de Orden Material III de este escrito de demanda, reduciendo el importe objeto de reintegro correspondiente a gastos sin soporte documental suficiente o que no corresponden al ámbito de gestión de una mutua en su actividad colaboradora de la Seguridad Social a la cantidad máxima de 2.319.177,64 euros.
- d) Se acuerde anular y dejar sin efecto el reintegro acordado relativo al "renting" de los equipos informáticos en los importes y por las partidas indicadas en el Fundamento de Derecho de Orden Material IV, fijándolo en la cantidad máxima de 120.985,24 euros.
- e) Se acuerde modificar el importe objeto de reintegro por la realización de actividades de recuperación profesional, fijándolo en la cantidad máxima de 167.274,62 euros.
- f) Se acuerde dejar sin efecto el reintegro del importe de 516.348 euros, por el abono de una indemnización por despido.
- g) Se acuerde modificar el importe objeto de reintegro por suministro de botiquines a empresas autoaseguradoras, fijándolo en la cantidad máxima de 394.782,15 euros; así como dejar sin efecto el reintegro del importe abonado por suministro de botiquines en lo que afecta a empresas no identificadas por la mutua y empresas sin trabajadores en la cantidad de 363.685,61 euros, fijándolo, por tanto, el importe máximo a reintegrar por suministro de botiquines en la cantidad de 394.782,15 euros.
- h) Se acuerde dejar sin efecto el reintegro de 3.005,07 euros abonados por la sanción impuesta por la Comunidad de Madrid, declarando correctamente imputado dicho gastos con cargo a las reservas estatutarias de mi representada.



i) Se acuerde anular y dejar sin efecto el reintegro acordado por importe de 3.080.275,28 euros; o, subsidiariamente, se acuerde modificar dicho importe de acuerdo con lo establecido en el Fundamento de Derecho de Orden Material IX de la demanda, aplicando las tarifas vigentes, anulando, asimismo, el ajuste respecto de aquellas asistencias que no procedían ser facturadas.

Todo ello con condena en costas a la parte demandada, en razón a las cuestiones alegadas y lo demás procedente en derecho."

TERCERO.- El Sr. Abogado del Estado contestó a la demanda mediante escrito presentado el 29 de septiembre de 2014, en el cual, tras alegar los hechos y los fundamentos jurídicos que estimó aplicables, terminó suplicando que previos los trámites legales, se dicte sentencia por la que se desestime el recurso y confirme las resoluciones impugnadas por ser conforme a Derecho.

CUARTO.- Solicitado el recibimiento a prueba del recurso, la Sala dictó auto acordando la admisión y práctica de la totalidad de la propuestas con el resultado obrante en autos, tras lo cual siguió el trámite de conclusiones y evacuado por las partes, se dictó providencia señalando para votación y fallo de este recurso el día 3 de febrero de 2016, y con suspensión del plazo para dictar sentencia se acordó continuar la deliberación el 30 de marzo de 2016, prolongándose la misma hasta el día 8 de junio de 2016 en el que se deliberó y votó, habiéndose observado en la tramitación las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La parte recurrente de este proceso, **FREMAP** Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61, interpone recurso contencioso administrativo contra la desestimación presunta del recurso de reposición que la misma había ejercitado frente a la resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de fecha 23 de abril de 2013, dimanante de la auditoría practicada a dicha recurrente sobre operaciones y estados financieros correspondientes al ejercicio económico de **2007** y por la que se acuerda, entre otros, el reintegro a las cuentas de la Seguridad Social con cargo a su patrimonio histórico en el importe de 17.103.876,22 euros como consecuencia de la realización de gastos no asumibles y por la infravaloración de los derechos de cobro, que se consideran imputados indebidamente a la Seguridad Social.

La citada demandante basa sustancialmente su recurso en la consideración de que son improcedentes los ajustes propuestos en el informe de auditoría, refiriéndose la impugnación a una serie de partidas que suman un total de 13.941.443,13 €; no objetándose, por tanto, la cifra de 2.877.790,26 que comprende los siguientes conceptos: 114.737,44 € por retribuciones abonadas a personal cedido a centros concertados, 49.093,03 y 2.319.177,64 € por gastos sin soporte documental suficiente o que no se corresponden con el ámbito de la gestión de una mutua en su actividad colaboradora con la Seguridad Social, y 394.782,15 € por la entrega de botiquines a empresas autoaseguradoras.

Las alegaciones que se vierten en la demanda respecto a los concretos ajustes objeto de cuestión serán analizados en los subsiguientes fundamentos de derecho, las que son combatidas por el Abogado del Estado en la representación que ostenta de la Administración demandada, interesando la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Compensaciones derivadas de la asistencia a órganos de gobierno sin cobertura legal y cuyo importe asciende a 284.642,83 €.

Respecto a esta partida se aduce, en el escrito rector del proceso, que estas compensaciones practicadas tienen su amparo en el art. 20.1.3º, apartado d) del Reglamento de Colaboración, así como en el artículo 31 de los Estatutos de **FREMAP** vigentes en el ejercicio auditado, bien que no se hubiera fijado el importe procedente hasta la Orden TIN/246/2010, de 4 de febrero. En este sentido se advierte que el argumento de que el ajuste practicado por dicho concepto carece de cobertura legal se desvanece, ello toda vez que en el propio apartado "II.- Condiciones Generales" del Informe definitivo se indica que dichos Estatutos, aprobados por el Ministerio de Trabajo e Inmigración, confieren cobertura legal a dichas compensaciones, habiéndose eludido además en la contestación a la demanda efectuar alguna alegación referida a este argumento. Y subsidiariamente se postula, en relación a este mismo concepto, que cuando menos se debería admitir como debidamente imputadas las compensaciones abonadas a los miembros de la Junta Directiva y de la Comisión de Prestaciones Especiales " hasta el máximo previsto en la Orden TIN/246, de 4 de febrero, reduciendo el importe de ajuste a la cantidad de 194.836, 86 euros ", significando que dicho criterio ha sido aplicado por la Secretaría de Estado a los ejercicios 2008 y 2009 (documentos 3 a 6 de la demanda).

Pues bien, esta Sala y Sección tiene declarado -recientemente en la sentencia del pasado 7 de octubre de 2015 pronunciada en el recurso 462/2014 en relación otra auditoría, que a su vez se hace eco de la de 26 de marzo de 2014 en el rec. 96/2013 -, que el reintegro en estos casos tiene como fundamento el artículo 20.1 3º del



Reglamento de Colaboración , respecto del que nos hemos pronunciado en el sentido de estimar procedente dicho reintegro a la Seguridad Social, con cargo al patrimonio privativo de la entidad, del importe del pago efectuado por compensaciones a los directivos de las mutuas por asistencias a la Junta Directiva, puesto que de acuerdo con el artículo 20.1 3º del Real Decreto 1993/1995 de 7 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, la asunción de tal gasto por la Seguridad Social depende de que la previsión del precepto invocado sea desarrollado normativamente, lo que no se había efectuado en el ejercicio auditado, que es el correspondiente al año **2007**.

En efecto, el artículo 20.1.3º d) del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre , establece que: " *En los estatutos de las Mutuas, que deberán recoger expresamente su sometimiento al presente Reglamento y demás normativa de aplicación, se consignará necesariamente: ...3.º Régimen económico- administrativo, expresando: ...d) La prohibición de que los asociados que desempeñen cargos directivos perciban cualquier clase de retribución por su gestión, con excepción de la compensación que por la asistencia a las reuniones de la Junta Directiva perciban sus miembros, así como de las compensaciones que correspondan a los miembros de los órganos de participación a que se refiere el artículo 32, todo ello en los términos que establezca el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social* ".

De dicho precepto se colige, pues, la posibilidad de compensar a los miembros de la Junta Directiva por asistir a sus reuniones y a las de la comisión de control y seguimiento, pero ello " *en los términos que establezca el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social* ", esto es, hace depender su aplicación de que se produzca el necesario desarrollo normativo. Y sucede que en el ejercicio **2007** auditado ese desarrollo sólo había tenido lugar para las Comisiones de Seguimiento y Control a través de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 2 de agosto de 1995 y la Resolución de 14 de noviembre de 1995 de la Secretaría General para la Seguridad Social; no siendo hasta que se dicta la Orden TIN 246/2010, de 4 de febrero, cuando efectivamente se realiza ese desarrollo normativo fijándose las compensaciones a satisfacer a los miembros de la junta directiva y de la comisión de prestaciones especiales de las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social por su asistencia a las reuniones de dichos órganos.

En este mismo sentido se ha pronunciado también esta Sección en Sentencias de 7 de diciembre de 2011 (recurso nº 457/2010) y de 8 de febrero de 2012 (recurso nº 55/2011), que precisamente se refieren a auditorías practicadas en el ejercicio de **2007**.

Así las cosas, a tenor de lo que se acaba de exponer, procede desestimar este motivo del recurso, lo que ha de ser así incluso en cuanto a la petición subsidiaria que asimismo se formula, pues y al igual se decía en la sentencia ya mencionada de 7 de octubre de 2015 , la circunstancia de que una vez fijadas las compensaciones a percibir partir de 2010 la Administración las haya defraudado de la cuantía a reintegrar de las satisfechas indebidamente en los ejercicios 2008 y 2009, no resta fuerza a lo ya argumentado, por más que evidencie una aplicación comprensiva de la normativa por parte de la Administración cuando tiene en cuenta prematuramente el régimen de compensaciones desarrollado en 2010 a un periodo en el que el derecho a su percepción carecía, como se ha visto, de la concreción normativa necesaria para hacerla exigible.

TERCERO.- Retribuciones indebidas a colaboradores en la administración complementaria de la directa, cuyo ajuste asciende a 8.104.710,64 € .

En este punto las alegaciones de la demanda se refieren concretamente a los siguientes aspectos: 1º) ausencia de motivación y la corrección de la fórmula de cálculo utilizada; 2º) las retribuciones devengadas y no pagadas; 3º) las retribuciones a colaboradores al 2%; 4º) la efectiva realización de las gestiones objeto de retribución; 5º) respecto al pago de 180.829,14 €, ausencia de justificación del ajuste; y 6º) incorrecta consideración de colaboradores como mediadores de seguros. Analizaremos a continuación de manera separada cada una de estas cuestiones.

CUARTO.- AUSENCIA DE MOTIVACIÓN.

Sobre este punto, respecto a los importes pagados a colaboradores por cuantías de 7.535.868,24 y 180.829,24 €, se aduce que la resolución recurrida adolece de la debida motivación, ya que ni en ella ni en el Informe Adicional Provisional y en el Adicional Definitivo se contempla la relación de colaboradores afectados, incluyéndose tan sólo la cuantía objeto del ajuste sin que conste una explicación del motivo de la inclusión en cada uno de los casos; sucediendo además que en el fichero remitido se ofrece una cuantía diferente, mas sin que el informe explicativo denominado COLABORADORES **2007** VMT arroje ninguna luz sobre esta cuestión. En este mismo sentido se advierte, en el escrito de conclusiones de la actora, que la Abogacía del Estado ha reconocido en el escrito de contestación a la demanda (página 10, tercer párrafo) que el fichero aportado tiene " *errores materiales, de hecho o aritméticos* ".



Pues bien, con ser en parte ciertas tales alegaciones, y como viene diciendo esta Sala con ocasión de responder a problemas semejantes, no podrán sin embargo las mismas tener el efecto pretendido en orden a conseguir la anulación de la resolución recurrida, ya que implican a la postre una inversión de la carga de la prueba que ha sido rechazada por el Tribunal Supremo, habiendo declarado concretamente que no es la Administración la que tiene el deber de acreditar que la Mutua no ha justificado debidamente el destino de los fondos que gestiona, sino que le corresponde a ésta justificar el debido uso de los mismos y enervar las conclusiones del informe de auditoría mediante la oportuna incorporación de los justificantes correspondientes, dado el valor reforzado que tiene ese informe.

Así en la Sentencia de 29 de mayo de 2015 (rec. 2299/2013) se declara que: <<En la sentencia de 13 de noviembre de 2012 (recurso de casación núm. 5749/2011) ya afirmamos, en relación con la auditoría efectuada a la misma Mutua respecto de otro ejercicio, que "las auditorías que realiza la Intervención General de la Seguridad Social en cumplimiento de lo que ordenan los artículos 71.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y 39 y concordantes del Real Decreto 706/1997 de 16 de mayo , y sus informes de control financiero, provisionales y definitivos, constituyen, en el proceso al que se traen, prueba documental, que puede y debe ser valorada, y que, además, goza de un valor reforzado, tanto por la especial cualificación técnica del órgano de control, como por el procedimiento contradictorio a que ha de someter su actuación, tal y como es de ver en el artículo 34.6 de dicho Real Decreto " .

Por eso esa misma sentencia señala a continuación (fundamento jurídico octavo): " era a la actora a la que correspondía la carga de acreditar la justificación que se echa en falta", añadiendo que ello es así "por ser ella la que con mayor facilidad dispone de la prueba (artículo 217.6 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), por ser la justificación un hecho positivo, y negativo el contrario, y porque ostenta la condición de gestora de fondos públicos de los que es titular la Tesorería General de la Seguridad Social (a saber, los que proceden de las cuotas de la Seguridad Social que obtiene como colaboradora del sistema, los cuales, como disponen los artículos 68.4 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y 3.1 del Reglamento de Colaboración que aprobó el Real Decreto 1993/1995, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de ésta) " .

Y en el fundamento indicado, la sentencia de 13 de noviembre de 2012 añade: " siendo así que (la Mutua), como tal gestora de fondos públicos, asume las obligaciones de custodia de los mismos, de su aplicación a sus específicos fines, y de rendición de cuentas a la Administración titular, queda sometida al deber de justificar su inversión y al de responder por ellos en tanto no se produzca el descargo, bien bajo la forma de justificantes adecuados, bien bajo la del reintegro de lo no justificado " .

Asiste la razón al Abogado del Estado, por tanto, cuando afirma que la sentencia recurrida no se atempera al correcto reparto de la carga de la prueba al privar al informe de auditoría del valor reforzado que hemos dicho que tiene y al hacer recaer sobre la Administración el deber de acreditar que la Mutua no ha justificado debidamente el destino de los fondos que gestionaba. Dicho de otra forma, los artículos 71.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y 39 y concordantes del Real Decreto 706/1997, de 16 de mayo imponen a la Mutua una obligación de justificar el debido uso de aquellos fondos, máxime cuando es ella misma la que dispone (o ha de disponer) de los soportes documentales correspondientes, siendo así que el fundamento de derecho segundo de la sentencia recurrida (y los posteriores que se amparan en el mismo) ha invertido ese régimen de distribución de la carga de la prueba. En definitiva, era la demandante en la instancia la que tenía que enervar las conclusiones del informe de auditoría mediante la oportuna incorporación de los justificantes correspondientes >>.

A lo anterior, que como se ha dicho lleva al rechazo de este argumento, han de añadirse cuatro consideraciones más que abundan en la misma conclusión:

1ª) En el informe provisional de auditoría de cuentas del ejercicio **2007** se expresan las razones por las que no procede incluir determinadas retribuciones: en síntesis que de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional 2ª de la Orden TAS 1562/2005 no procede retribuir a los colaboradores que no se hubiesen incorporado e hicieren efectivo el sistema Red, habiendo registrado **FREMAP** el devengo de retribuciones de colaboradores que realizan otro tipo de gestiones de índole administrativo distintas a la cumplimentación y presentación de documentos de cotización, por importe de 7.535.868,24 € equivalente al 2% de las cuotas gestionadas; que tampoco ha facilitado la Mutua ningún tipo de documentación soporte que permita comprobar el adecuado devengo del 1% que le correspondería de acreditarse la realización de las gestiones establecidas para ello; y que asimismo se ha comprobado, como resultado de los procedimientos establecidos en la auditoría informática efectuada en colaboración con la firma Deloitte, la existencia de pagos indebidos a colaboradores por importe de 180.829,14 €.

2ª) Que aun cuando la Administración demandada reconoce que no se incluyó como Anexo el informe el detalle " probablemente por su tamaño ", es lo cierto que cabe razonablemente presumir que la recurrente tuvo



conocimiento del mismo toda vez que en sus alegaciones efectúa un desglose el importe objeto de reintegro en dos conceptos, lo que como bien se aduce en la contestación a la demanda no hubiera sido posible si no se hubiese contado con el fichero; sucediendo algo parecido con la partida de 180.829,14 €, respecto de la cual se manifiesta que " *analizadas las diferencias, esta Mutua llega a la conclusión de que los criterios empleados en la simulación son diferentes a los empleados por el equipo auditor* ".

3ª) Que consideraciones similares a las del informe Provisional Adicional se recogen en el informe de Auditoría de Cuentas.

4ª) Que tras solicitarse el complemento del expediente administrativo se aportó el Fichero con el detalle, en el que, reconociendo la Administración demandada que contiene " *errores materiales, de hecho o aritméticos* " al no incluirse la totalidad de los colaboradores retribuidos al 2%, de modo que en lugar de referirse a 17.902 colaboradores se toman exclusivamente 11.120 y en vez de ajustar 8.436.180 se solicita un reintegro inferior por importe de 7.535.838,24 €, por lo cual supone, en cualquier caso, un beneficio para la parte recurrente.

QUINTO.- RETRIBUCIONES DEVENGADAS Y NO PAGADAS.

Los alegatos de la demanda sobre este aspecto se refieren a la cifra de 8.436.180 € -que según lo antes expuesto y a tenor de lo expresado en el escrito de contestación a la demanda es la cifra de la que parte la Administración para practicar el ajuste de 7.535.838,24 € relativo a la administración complementaria de la directa (colaboradores), según se expresa en las páginas 61 y 116 del Informe definitivo de auditoría; señalándose que se ha aplicado el principio del devengo en lugar del principio de PAGO o CAJA, remitiéndose a estos efectos a la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de noviembre de 2012, en la que se establece que lo relevante a los efectos de valorar la procedencia del ajuste es el abono de un gasto con cargo al presupuesto de la Seguridad Social y no su devengo. Además se apoya en el informe pericial emitido en el curso del proceso por el perito Sr. Bernardo, quien tras analizar los balances de sumas y saldos, facturas, justificantes y asientos de pato relativos a los colaboradores, llega a afirmar en la página 6 de su informe que " *...la Administración ha aplicado el principio del DEVENGO en lugar del principio de PAGO o CAJA* ".

La Administración demandada no niega, en su escrito de contestación, la aplicación de la doctrina que se cita, pero se opone a este motivo en base a que ha de ser la parte recurrente quien acredite el importe realmente abonado a cada colaborador del total devengado por cada tipo de retribución.

Pues bien, es cierto que la STS de 13 de noviembre de 2012 (Rec. 5749/2011) señala que " *lo relevante al enjuiciar una resolución como la que fue impugnada en el proceso, ...[es cuando] se dispone su abono con cargo al Presupuesto de la Seguridad Social, pues es ésta disposición, si es indebida, lo que se corrige posteriormente con los reintegros que se ordenan* ".

Ahora bien, ello no puede llevar a la Sala a acoger este motivo ya que, si se centra bien la cuestión suscitada, lo verdaderamente relevante no sería tanto un problema de devengo, sino determinar la partida exigible en un determinado ejercicio presupuestario, siendo que en este caso el punto de partida del ajuste deriva de la imputación indebida efectuada por la Mutua al Patrimonio de la Seguridad Social de una serie de gastos que se consideran improcedentes en la resolución recurrida. Esto es, y haciendo abstracción de si se aplicó o no el principio del devengo, lo que realmente sucede es que la propia Mutua imputó una serie de gastos, que se corrige en el informe de auditoría, de manera que para que pudiera tener éxito la pretensión respecto a este motivo imputación debería haberse acreditado, principalmente a través del informe pericial, que tales imputaciones practicadas fueron correctas, y si no se acredita procederá el ajuste de la totalidad de su importe, pues todo el fue imputado.

Por tanto deberán acogerse alegaciones de la Administración demandada cuando aduce que ha de ser la parte recurrente quien acredite el importe realmente abonado a cada colaborador del total devengado por cada tipo de retribución.

Por otra parte, y mayor abundamiento, ha de significarse que en la sentencia de 2 de julio de 2014 (recurso 3520/2012) dictada por esta Sección, en un recurso promovido también por **FREMAP** respecto a un ejercicio anterior, se consideró insuficiente la prueba pericial practicada en relación también a la aplicación del principio del devengo, si bien en ese caso la desestimación se justificó en que se consideró incorrecta la técnica utilizada por el perito.

SEXTO.- CORRECTA RETRIBUCIÓN AL 2% DE LAS CUOTAS.

En relación a este aspecto se cuestiona el ajuste practicado que deriva del apartado V.9.- Cumplimiento de Legalidad del Informe de Auditoría (página 61), en que se estima que el pago de la contraprestación a los colaboradores debe limitarse a la retribución del 1% de las cuotas a empresas asociadas, en vez del 2%



abonado por la entidad al haberse realizado otro tipo de gestiones, considerándose por la parte recurrente, por el contrario, que el porcentaje de la retribución del 2% es ajustado a derecho, por las razones que indica.

Ahora bien, la propia demandante manifiesta que conoce los pronunciamientos de la Sala contrarios a su tesis, citando incluso la sentencia de esta Sección de 2 de julio de 2014 dictada en el recurso 3520/2012, volviendo a reiterar en el escrito rector de este proceso los argumentos que ya esgrimiera en dicho recurso toda vez que ha interpuesto recurso de casación contra la misma sin que el Tribunal Supremo se haya pronunciado todavía.

Así las cosas, y al no existir, a juicio de esta Sala, razones para modificar el criterio, no cabe ahora sino reiterar los argumentos contenidos en los fundamentos jurídicos cuarto y siguientes de dicha sentencia, que son los que tratan de dicha cuestión:

*"CUARTO.- Entrando en la cuestión de fondo, la primera cuestión que debemos analizar es si el pago a los colaboradores se debería haber limitado al 1% como pretende la Administración o, por el contrario, al 2% como pretende **FREMAP**. En efecto, la Administración sostiene que según la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, dictada en desarrollo del Real Decreto 1415/2004, no procede retribuir a los colaboradores que no se hubiesen incorporado e hicieren uso efectivo del sistema RED, en más del 1% sobre las cuotas de accidente de trabajo y enfermedades profesionales gestionadas por los mismos.*

*La tesis de **FREMAP**, por el contrario, es que procede la retribución del 2% en aplicación de lo establecido en el Real Decreto 1993/1995, en relación con la Disposición Vigésimo Cuarta de la Orden de 18 de enero de 1995. Sin que lo anterior quede desvirtuado por lo establecido en la Orden TAS/1562/2005. Como lo demuestra, en opinión del recurrente, el hecho de que la Disposición Vigésimo Cuarta de la Orden de 18 de enero de 1995 fue derogada posteriormente, por la Orden Tas/3859/2007, de 27 de diciembre.*

La Orden de 2 de abril de 1984, establecía en su art. 2 que "Las Mutuas Patronales podrán seguir utilizando como complemento de su administración directa, los servicios de terceros para la tramitación de los convenios de asociación, partes de accidentes o cualesquiera otra gestión de índole administrativa, computándose sus retribuciones dentro del margen que para gastos de administración tenga autorizado, sin que los gastos ocasionados tanto a nivel global como individual puedan superar en el régimen general el 4 por 100 y en el régimen especial agrario el 10 por 100 de las cuotas recaudadas en cada provincia".

Posteriormente, la Disposición Adicional Vigésimo Cuarta de la Orden de 18 de enero de 1995, dando nueva redacción a la Orden de 2 de abril de 1984, estableció que "la utilización por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, como complemento de su administración directa, de los servicios de terceros para gestiones de índole administrativa distintas de las de mediación o captación de empresas, se realizará teniendo en cuenta que los gastos derivados, cualquiera que sea su naturaleza, no podrán superar el 3 por 100 de las cuotas aportadas por aquellos asociados respecto de los que las gestiones se realizan, excepto en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, en el que dicho límite será del 7 por 100". Añadiendo que: "Los porcentajes a que se refiere el número 2 del artículo 2 de la Orden de 2 de abril de 1984, sobre colaboración en la gestión de la Seguridad Social de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, en la redacción dada por el número 1 de esta disposición adicional serán, a partir del 1 de enero de 1996, el 2 por 100, con carácter general, y el 5 por 100, en el Régimen Especial Agrario".

Más adelante, la Disposición Adicional Cuarta del RD 1993/1995, de 7 de diciembre, de Reglamento General de Colaboración en la Gestión de la Seguridad Social, establece que "el importe máximo a satisfacer por las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social como contraprestación de los servicios de terceros para gestiones de índole administrativa, a que se refiere el apartado 1 del artículo 5 de este Reglamento, inicialmente será el establecido en el apartado 2 de la disposición adicional vigésima cuarta de la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 18 de enero de 1995".

La Disposición Adicional Segunda de la Orden TAS/1562/2005, estableció que: "La contraprestación establecida en la disposición adicional cuarta del Reglamento sobre Colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, aprobado por el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, será la convenida entre la Mutua y el tercero que le preste los servicios por gestiones de índole administrativa a que se refiere el apartado 1 del artículo 5 del citado Reglamento, si bien con el límite máximo del 3 por 100 de las cuotas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales pagadas por las empresas asociadas a las Mutuas cuyas gestiones realicen los profesionales colegiados y demás personas físicas o jurídicas a que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional quinta del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, siempre que los mismos se hubieren incorporado e hicieren uso efectivo del Sistema RED en los plazos y condiciones que establezca la Tesorería General de la Seguridad Social y hubieran solicitado la liquidación de las cotizaciones mediante el sistema de domiciliación en cuenta o de pago electrónico, en aquellos supuestos en que la Tesorería General de la Seguridad Social los tenga establecido". Añadiendo que "durante el periodo en que no se hubiesen incorporado ni hecho uso efectivo del Sistema RED, ni hubieren solicitado la aplicación de los sistemas de pago



antes señalados en los plazos y condiciones establecidos, la contraprestación a percibir será como máximo del 1 por 100 de las referidas cuotas".

Por último, la Orden TAS/3859/2007, deroga de forma expresa la Disposición Adicional Vigésimo Cuarta de la Orden de 18 de enero de 1995. Estableciendo el art. 1.2 de la nueva Orden que "la prestación de los servicios a que se refiere este artículo dará lugar al percibo de una contraprestación, cuya cuantía, incluidos los impuestos que en su caso procedan, será del 3 por 100 de las cuotas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales pagadas por las empresas asociadas a las mutuas respecto de las que realicen gestiones los profesionales colegiados y demás personas físicas o jurídicas en el ejercicio de la actividad a que se refiere el apartado 1 de la disposición adicional quinta del Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, siempre que los mismos se hubieren incorporado e hicieren uso efectivo del Sistema RED".

La anterior descripción permite comprender las posiciones de las partes. Para la Administración la Orden TAS/1562/2005, permitía retribuir la colaboración hasta un 3% si los colaboradores se hubiesen incorporado al sistema RED; de no hacerlo la retribución sólo podría alcanzar el 1%. Por el contrario, para la Mutua la Orden TAS/1562/2005 no suponía, en ningún caso, la minoración de los porcentajes a abonar a aquellos que continuaban llevando a cabo gestiones administrativas para la Mutua, diferentes de la tramitación de los citados documentos de cotización, permaneciendo su régimen alterado hasta la Orden TAS/3859/2007. Por lo tanto, era factible la retribución del 2% siempre que se estuviesen realizando "gestiones administrativas" por el colaborador.

Antes de analizar en detalle la cuestión, la Sala quiere precisar que la Resolución de 24 de junio de 2003, lógicamente, no puede resolver el problema de autos, pues se refiere a un supuesto anterior a la publicación de la Orden TAS/1562/2005. Siendo el problema de autos precisamente determinar el alcance de la indicada Orden. En cuanto a las STS que se citan de 4 de mayo de 2009 (Rec. 1307/2007) y 24 de julio de 2011 (Rec. 289/2011), las mismas no dicen que la Mutua, en contra de lo que pretende, tenga razón, pues lo que sostienen dichas sentencias es que "aun aceptando la pervivencia excepcional de ese supuesto 2% con carácter general respecto de la contraprestación de otros servicios de índole administrativa [lo que hacen las sentencias a los meros efectos dialécticos], diferentes de los que se realizan utilizando el sistema Red o no, los mismos no quedaron acreditados en este caso, y de ese modo no se pudo aceptar la pretensión esgrimida". Es decir, confirman las sentencias recurridas por entender que no quedo probada la realización exclusiva de "gestiones administrativas".

QUINTO.- Centrándonos en la cuestión jurídica, lo cierto es que esta Sala ya se ha pronunciado sobre el tema, procediendo que mantengamos el mismo criterio por razones de coherencia y seguridad jurídica y, sin perjuicio, de lo que luego añadiremos.

En efecto, en nuestra SAN (4ª) de 27 de octubre de 2010 (Rec. 195/200) -el recurso de casación contra la misma fue inadmitido por Auto de 20 de octubre de 2011 (Rec. 289/2011)-, razonamos que:

"Como puso de manifiesto la Sentencia de esta misma Sala y Sección de 24 de enero de 2007 (Rec. 47/2006) - confirmada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2009 (Rec. 1307/2007) -, la OM 18 enero 1995 estableció el límite del 2% a la contraprestación a satisfacer por los servicios de administración complementaria gestionados por terceros; límite que la disposición adicional cuarta del Reglamento aprobado por Real Decreto 1993/1995 conservó, salvo para la contraprestación relativa a la gestión de incapacidad temporal (1%). Posteriormente, el Real Decreto 2032/1998 modificó el Reglamento General de Recaudación, estableciendo en un primer apartado la obligatoria incorporación al sistema de remisión electrónica de datos, de quienes en nombre de los sujetos responsables gestionen los documentos de cotización, y estableciendo en el apartado siguiente que la incorporación a dicho sistema "será determinante" para la percepción de la contraprestación referida en la disposición adicional cuarta del precedente Real Decreto 1993/1995, apoderando al Ministerio de Trabajo para establecer la percepción de un porcentaje mínimo de dicha contraprestación en el caso de que no se incorporen al sistema las personas señaladas en el apartado anterior, es decir, las que gestionen documentos de cotización en representación del sujeto responsable. Por dicha razón, la OM 26 mayo 1999, al precisar la incidencia de la incorporación al sistema RED sobre la contraprestación de servicios de gestión administrativa por parte de terceros contemplada en el Real Decreto 1993/1995 (art. 5.1 y disposición adicional cuarta), vino a establecer el límite de la contraprestación a satisfacer a quienes desde el Real Decreto 2032/1998 quedaron obligados a incorporarse al sistema RED -esto es, los que gestionen documentos de cotización-, señalando en este caso aquel límite en el 3% -si cumplen con la obligación de incorporarse al sistema-, ó en el 1% -si no cumplen con dicha obligación-. Este régimen se mantiene posteriormente en el RD 1415/2004, de 11 de junio y Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, de modo que los porcentajes máximos previstos son el 3% de las cuotas recaudadas por contingencias profesionales, cuando los datos se transmiten por el colaborador en el Sistema RED, y el 1%, cuando el tercero utiliza la presentación física de documentos... En consecuencia, en el caso de autos, no siendo discutido que esos 506 colaboradores no transmitían datos por el sistema RED, la retribución por las gestiones de índole administrativa que realizaban no puede exceder del 1%



tal y como apreció la Administración". Añadiéndose, por cierto, que "a ello no obsta la resolución de la Dirección General de Régimen Jurídico de la Seguridad Social aportada por la parte recurrente con la demanda, por la que se anula al acta de infracción 4/03 puesto que dicha anulación se produjo por no especificarse en el acta que requisitos habrían incumplido los colaboradores de la entidad para que su retribución no pudiera alcanzar el 2% de las cuotas (...) ni hay constancia de que, o bien tengan la condición de Graduados sociales, o bien hayan participado en la confección y presentación de documentos de cotización que (...) serían los únicos supuestos en los que la inclusión en el sistema RED podría haber tenido consecuencias a efectos retributivos".

A lo anterior cabe añadir que en contra de lo sostenido por la recurrente la Orden TAS/3859/2007 confirma la anterior conclusión. En efecto, lo que hizo la Orden TAS/1562/2005, fue establecer un régimen transitorio. En este línea la Orden solo permitía la retribución del 3% a quienes se hubiesen incorporado al sistema RED, no obstante, transitoriamente, se permitía la retribución del 1% respecto de aquellos que no se hubiesen incorporado al sistema. De esta forma, se establecía un periodo razonable para la incorporación y, al propio tiempo, se fomentaba la incorporación al sistema, pues en caso de no incorporarse al mismo la retribución sería del 1%. La Orden TAS/3859/2007, considera superado el periodo transitorio y exige la incorporación al sistema para percibir la correspondiente contraprestación. Sin que en la misma se distinga en razón de las funciones realizadas por el colaborador, distinción que tampoco existía en la Orden TAS/1562/2005.

Existía, por lo tanto, una derogación tácita de la retribución del 2% por la Orden TAS/1562/2005 y la Orden TAS/3859/2007, lo que está haciendo es derogar el sistema transitorio de retribución del 1% establecida en la Orden de 2005, confirmando la derogación tácita del 2% ya realizada por la Orden TAS/1562/2005."

SÉPTIMO.- EFECTIVA REALIZACIÓN DE LAS GESTIONES OBJETO DE RETRIBUCIÓN .

Se refiere en este punto la entidad actora **al abono a los colaboradores del 1%** restante de las cuotas gestionadas por los mismos, respecto de las que se considera que no se ha acreditado la realización por su parte de las gestiones administrativas, lo cual es negado en la demanda. A este respecto se cuestiona el contenido del escrito remitido a esta Sala por la Intervención General de la Seguridad Social a los efectos de completar el expediente administrativo, al que se adjunta "...copia de la petición efectuada por la auditoría el 16/06/2008 sobre actividades realizadas por colaboradores que percibieron el 2% y que no fue respondida por la mutua ", incluyéndose en el CD aportado una copia de la indicada petición que no contiene ninguna firma que acredite su entrega y/o recepción de tal documento por la recurrente; aportándose para acreditar que tal afirmación no es cierta, como documento nº 12 de la demanda, el documento original de dicha petición que fue contestada el 11 de julio de 2008 por **Fremap**, constando la recepción de la documentación entregada al mismo miembro del Equipo Auditor, en la que se encontraba la justificación documental de las actuaciones efectuadas por la mayoría de los colaboradores incluidos en la muestra seleccionada. Se estima por ello que el ajuste al patrimonio histórico deviene indebido al no acreditarse las argumentaciones del informe de auditoría, de tal modo que procedería al menos el abono del 1% de las cuotas de las empresas cuyas gestiones realizaban los mismos, de conformidad con la Disposición Adicional Segunda, último párrafo, de la Orden TAS/3859/2005, relativa a la incidencia de la incorporación al Sistema RED en la contraprestación de las Mutuas a los servicios de gestión administrativa por parte de terceros.

A estas alegaciones opone la Administración demandada, dicho resumidamente, que en el Informe adicional de Auditoría de Cuentas se " *hace hincapié en que el mismo (el ajuste) viene determinado por el hecho de que la Mutua no ha aportado justificación alguna de que los colaboradores afectados realicen gestión alguna* ", advirtiendo que la documentación que aporta se refiere, como ella misma reconoce, a " *la mayoría de los colaboradores* " de la muestra, con lo que la justificación no es completa además de que adolece de la necesaria justificación de la actividad realizada; y advirtiendo además que resulta de aplicación la Disposición Adicional Segunda de la Orden TAS/1562/2005, en que se establecen los porcentajes del 3% o el 1% en función de que se utilice el sistema RED, pero que en todo caso no se acredita con la referida documentación aportada que existiera la presentación física de documentos de cotización por parte de colaboradores.

Pues bien, la Sala en este punto considera que asiste la razón a la parte recurrente, ya que si el motivo de este ajuste consiste en que no fue cumplimentada por la Mutua un requerimiento formulado sobre dicho aspecto, lo que efectivamente no ha sido así como indudablemente se deduce del documento nº 12 adjuntado a la demanda cuya autenticidad como tal no ha sido cuestionada por la demanda, es claro que se enerva el argumento de la denegación.

Además la acreditación de este extremo queda corroborada a través del informe pericial emitido por el perito judicial Sr. Bernardo , que indica en la página 9 de su informe lo siguiente:

"...En recaudación, podemos ver las fechas de liquidación y "recaudación", así como la "Entidad Recaudadora" que se un dato oficial y los 4 primeros dígitos de la entidad financiera en la que se ingresaron las cuotas sociales tanto para el accidente de trabajo (AT), como incapacidad temporal (IT). Todo ello significa que las empresas



han cotizado e ingresado sus cotizaciones en **2007**, mientras que los expedientes de los partes de accidente de trabajo identificaban el CIF/NIF de las empresas por colaborador y asignadas a cada colaborador".

Lo entendió también así esta Sala en la sentencia ya mencionada de fecha 2 de julio de 2014 promovida por la misma mutua respecto a otro ejercicio fiscal anterior, en la que en relación a un argumento muy similar señalábamos: " *Ciertamente, la Sala entiende que la extrapolación efectuada por el perito, como razona la Sra. Abogada del Estado, es discutible. Pero incluso aceptando los criterios sostenidos por la Abogacía del Estado, lo cierto es que queda acreditada la realización por los colaboradores de gestiones administrativas por cuenta de las empresas que tenían asignadas, distintas de la presentación de los documentos de cotización.* "

Así las cosas, la consecuencia de ello ha de ser que habrá de estimarse este aspecto de la pretensión deducida, anulándose el ajuste practicado con el fin de que la Administración demandada calcule la retribución de los colaboradores al 1% -que es en definitiva lo que se solicita-, en función de la documentación efectivamente aportada por la parte recurrente.

OCTAVO.- PAGO DE 180.829,14 EUROS. AUSENCIA DE JUSTIFICACIÓN DEL AJUSTE .

Se refiere dicha partida al pago indebido a colaboradores comprobado como consecuencia de los procedimientos realizados en la auditoría de tipo informático, aduciendo en el escrito rector que no se ha facilitado ninguna información acerca de la causa por la que, según la Intervención General de la Seguridad Social, esos pagos merecen tal consideración; ausencia de cálculo que resulta asimismo a la vista del fichero "Excel" denominado colaboradores que se ha aportado.

Pero tales alegaciones se desvanecen si resulta, como se aduce en la contestación a la demanda y no es rebatido en el escrito de conclusiones de la actora, que en las alegaciones que vierte al Informe adicional adujo sobre este motivo que " *analizados por los Mutua los parámetros utilizados en las pruebas de simulación, se ha podido concluir que los criterios empleados son diferentes a los utilizados al calcular la retribución* "; lo que significa que dicha parte tuvo conocimiento de tales parámetros cuando efectuó tales alegaciones.

NOVENO.- INCORRECTA CONSIDERACIÓN DE COLABORADORES COMO MEDIADORES DE SEGUROS .

En lo que hace a las retribuciones satisfechas a colaboradores, a que se refiere el **apartado IV.9 del Informe de Auditoría** en el punto relativo al Cumplimiento de la Legalidad, las alegaciones de la demanda descansan en los siguientes ejes argumentales: 1º) que el artículo 5.1 del Reglamento de Colaboración de las Mutuas no establece qué tipo de profesionales han de desarrollar la actividad complementaria ni señala ninguna incompatibilidad objetiva, por lo que la Mutua podrá concertar la gestión de tales actividades administrativas a cualquier profesional habilitado; 2º) que el informe no recoge ningún caso en que se hayan efectuado abonos a algún colaborador por la captación de empresas, pues sólo señala que se abonó la cuantía indicada a aquellos colaboradores que tenían la condición de mediadores de seguros; 3º) que se ha comprobado la condición de mediadores de seguros mediante una consulta al CNAE (Clasificación Nacional de Actividades Económicas) realizada en el mes de septiembre de 2008 -así figura en las pantallas del SILCON que se incluyen en el CD remitido por la Intervención General-, que es distinto al ejercicio auditado, siendo así una prueba inadecuada e insuficiente toda vez que dicho registro constituye una mera declaración a la Tesorería General de la Seguridad Social a los efectos de declaración el riesgo profesional, pero que no significa que estos profesionales pasen a ostentar la condición legal de mediadores de seguros; 4º) que para conocer qué profesionales tienen esa condición lo relevante sería atender al hecho de la inscripción en el registro administrativo de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, cuya exigencia deriva de lo establecido en el artículo 52 de la Ley 26/2006, de 17 de julio , de mediación de seguros y reaseguros privados, lo que ahora importa porque consultado el Punto Único de información de mediadores de dicha Dirección se comprueba que determinados colaboradores que se incluyen en el Anexo V del informe de auditoría no ostentan en el ejercicio **2007** la reiterada condición, aportando para acreditar tal extremo el documento número 13; y 5º) que incluso ostentando la condición de mediadores de seguros, y de acuerdo con el criterio de la sentencia de la Audiencia Nacional de 16 de octubre de 2013 , si resulta que se encontraban autorizados tales mediadores para transmitir por el Sistema RED y actuaron como gestores administrativos, los pagos se ajustan entonces a la normativa, aportando en este caso, como documento nº 14, la información obtenida por el Sistema RED respecto a varios colaboradores (Encarnación Vinuesa Agencia de Seguros, S.L., Carlos Antonio y Aureliano), en que se puede comprobar que cuentan con la correspondiente autorización para operar en dicho sistema y que transmitían las cotizaciones de diversas empresas asociadas a **Fremap** con anterioridad al ejercicio **2007**.

Pues bien, esta Sala ha tratado en varias sentencias la cuestión relativa a los pagos efectuados por las Mutuas en concepto de colaboración por administración complementaria a la directa por parte de personas o entidades que ostentan la condición legal de mediadores de seguros privados. Así, entre otras tantas, en las sentencias de fechas 7 de noviembre de **2007** (recurso nº 311/2006), 3 de junio de 2009 (recurso nº 322/2008), 21 de julio de 2009 (recurso nº 241/2009), 27 de octubre de 2010 (rec. 195/2010) y 10 de octubre



de 2011 (recurso nº 100/2010); en las que tras analizar la normativa aplicable (Orden de 2 de abril de 1984, de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras en resolución de 29 de octubre de 1992, Orden de 18 de enero de 1995 y Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre), se llega a la conclusión de que la exclusión que la normativa recoge viene dada por un criterio objetivo, cual es que los colaboradores realicen actividades dirigidas a la mediación o captación de empresas asociadas o trabajadores adheridos.

De este modo, si los colaboradores se encontraban autorizados para transmitir por el sistema RED y actuaron como gestores administrativos, se ha dicho que los pagos efectuados por la Mutua a los mismos se ajustan a la normativa vigente, que permite la utilización por estas entidades, como complemento de su administración directa, de los servicios de terceros para gestiones de índole administrativa distintas de las de mediación o captación de empresas, y que pueden ser imputados al patrimonio de la Seguridad Social. Por el contrario, si aún dados de alta en el sistema RED, realizaron actividades de mediación o captación, su colaboración está prohibida por la normativa expuesta, al considerarse una operación de lucro mercantil, debiendo reintegrar la Mutua las cantidades abonadas en tal concepto y cargadas al patrimonio de la Seguridad Social.

También hemos declarado (Sentencia de 16 de octubre de 2013 -rec. 3348/2012 -) que el hecho de estar o no inscritos en el Registro Público establecido en el art. 52 de la Ley 26/2006 , no es determinante a los efectos de establecer si la actuación de los colaboradores puede ser asumida por la Seguridad Social, pues el artículo 3.2 de dicha Ley prevé la no aplicación de la misma a personas que realizan la actividad de mediación de seguros cuando concurren determinadas circunstancias (en este sentido, STS de 13 de noviembre de 2012 -rec 5749/2011 -).

Y se ha admitido, como prueba de la realización de actividades de mediación, la inclusión de los colaboradores en el Fichero General de Afiliación con la Seguridad Social (Sentencias de 7 de noviembre de 2012 -rec. 107/2011 - y 23 de diciembre de 2014 -rec. 227/2014 - entre otras), mientras no quede desvirtuado por otro medio, puesto que en estos casos es el propio colaborador el que, en su solicitud de alta como trabajador autónomo, declaró que realizaba dicha actividad.

Este criterio ha sido confirmado por el Tribunal Supremo (Sentencias de 24 de julio de 2012 -rec. 289/2011 -, 16 de octubre de 2012 -rec. 4794/2011 - y 13 de noviembre de 2012 -rec. 7516/2012 -).

En el caso que ahora nos ocupa tenemos que la Administración afirma, con base en los Registros informáticos de la Tesorería General de la Seguridad Social, que determinados colaboradores tenían la condición legal de mediadores de seguros, que por ley desarrollan funciones de mediación o captación prohibidas por el artículo 5 del Reglamento de colaboración. Y sucede que la Mutua aquí recurrente **no justificó en la vía administrativa** cuales eran las concretas funciones desarrolladas por dichos colaboradores, y en particular que se tratara exclusivamente de funciones de índole administrativa permitidas por el artículo 5 del Reglamento de Colaboración . Y en cualquier caso tampoco podría reputarse acreditado con la aportación junto a la demanda de los documentos números 13 y 14, pues en el primero sólo se justifica que determinados colaboradores que se incluyen en el Anexo V del informe de auditoría no están inscritos en el registro administrativo de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, que ya se ha dicho no es un dato que sea decisivo; y, en el segundo, se aporta la información obtenida por el Sistema RED respecto a varios colaboradores en la que se comprueba la existencia de la autorización para operar en dicho sistema y que transmitían las cotizaciones de diversas empresas asociadas a **Fremap** con anterioridad al ejercicio **2007**, cuando lo relevante a estos efectos es que los mismos no realizasen actividades de mediación.

Por otra parte, según el criterio de la jurisprudencia a que se refiere la actora el fundamento para excluir estos gastos sería el carácter mercantil de las operaciones desarrolladas por los mediadores de seguros, ya que contravendría el artículo 5 del Reglamento de colaboración, pero que no impide la admisión de estos gastos si los colaboradores se encuentran autorizados para transmitir por el sistema RED y actúan como gestores administrativos, en cuyo caso los pagos se ajustarían a la normativa y pueden ser imputados al patrimonio de la Seguridad Social; mas lo relevante, en cualquier caso, es que no realicen actividades de mediación y captación, que es en definitiva la causa que motiva el ajuste, con independencia de que también realizaron las actividades de gestión respecto a las cotizaciones, como así se expresó en la sentencia de 16/10/2013 citada por el actor.

De este modo, en fin, es a la actora a quien incumbe la carga de demostrar, ya en la vía administrativa, no sólo que el colaborador cuyo gasto se cuestiona operaba a través del Sistema RED, sino que no realizó actividades de mediación, pues como se dijo en la ya mencionada sentencia de 2 de julio de 2014 : " *Una vez que consta -no se niega- que... los colaboradores son agentes de seguros, lo procedente con arreglo a las máximas de la experiencia y salvo prueba en contrario es entender que realizan actividades de mediación*

DÉCIMO.- INEXISTENCIA DE LAS INCIDENCIAS INDICADAS COMO CAUSAS DE LOS AJUSTES .



En concreto las incidencias a que se refiere la demanda son las siguientes:

a) Los otros colaboradores incluidos en el Anexo V en que la causa de la incidencia es " Baja por carecer de trabajadores " . Son las entidades Prestaciones Sociales S.L., Asesoramiento y Gestión de Prevención S.L. y Servicio Integral Multisectorial de Empresas S.L., con unos importes abonados respectivamente de 9.103,04, 52,30 y 14.914,17 euros; respecto de los que se considera que dicha circunstancia no puede motivar el ajuste puesto que no se justifica ningún incumplimiento normativo, pues aun cuando un colaborador pudiera no tener trabajadores por cuenta ajena ello no es óbice para que pueda desarrollar su actividad con los propios socios de la empresa, sobre todo en entidades de reducido tamaño.

b) El importe de 16.615,45 € abonado a la entidad Jonadia Services S.L., cuya incidencia detectada consiste en que "No cuenta con CCC" . Se señala en la demanda que el hecho de que una asesoría/gestoría no cuente con un código de cuenta de cotización, esto es que no cuente con trabajadores por cuenta ajena, no implica que no pueda llevar a cabo los trabajos encomendados, pudiendo desempeñarlos, al igual que antes, mediante los propios socios de la empresa.

La respuesta que procede a estos dos ajustes ha de ser negativa en base al criterio ya sostenido por esta Sala en anteriores sentencias, en las que se argumentaba que sin el Código de Cuenta de Cotización no pueden conocerse las cotizaciones sociales, no pudiéndose admitir dicho concepto ya que estas empresas, que carecen de dicho Código, no tienen empleados y, por tanto, difícilmente podrán prestar el servicio por el que han sido retribuidas (SAN 4ª, de 26 de marzo de 2014 -rec. 96/2013). Criterio que ha sido reiterado en la más reciente de 16 de diciembre de 2015 (recurso nº 568/2014).

c) Los pagos efectuados a Aureliano por importe de 2.632,36 €, respecto del que se señala como incidencia en el Anexo V " Baja pase situación de pensionista " . Se dice a este respecto en el escrito rector que la normativa aplicable en el ejercicio auditado no establecía ninguna prohibición para que los pensionistas de la Seguridad Social pudieran ostentar la condición de colaboradores, ya que no es hasta la promulgación de la Orden TIN/221/2008, de 15 de diciembre, que modificó la TAS/3859/2007, de 27 de noviembre, cuando se establece que no podrán éstos prestar servicios de administración complementaria de la directa si tienen incompatibilidad con el trabajo por cuenta propia o ajena (Disposición adicional Cuarta 2.a) de dicha Orden); remitiéndose al criterio de la sentencia de esta Sala de 21 de septiembre de 2011 dictada en el recurso 116/2010 .

En la citada sentencia esta Sala ha afirmado que *"en relación con los pensionistas, también le asiste la razón a la parte recurrente cuando afirma que la percepción de la pensión de jubilación puede ser compatible con el ejercicio de una actividad profesional en determinados casos (art. 165 LGSS). -....[no procediendo] el reintegro que se solicita a la Mutua actora, sin perjuicio de las consecuencias que la supuesta incompatibilidad entre la pensión de jubilación y la actividad de colaboración llevada a cabo por los pensionistas pueda tener en el ámbito de la pensión de jubilación para el pensionista que hubiera incurrido en dicha incompatibilidad"* .

Esta misma fundamentación también fue recogida en la reiterada sentencia de sentencia de 2 de julio de 2014 (recurso 3520/2012), en la que además se tuvo en cuenta que la Abogacía del Estado, al igual que ahora sucede, no se había opuesto a la estimación de éste motivo.

Y, por último, el mismo criterio se mantuvo en la sentencia más reciente de 20 de mayo de 2013 (rec. 624/2011), en la que se decía:

"En este punto debe accederse a la pretensión de la actora, conforme ya hemos hecho en casos semejantes, ya que durante el ejercicio 2007 no existía ninguna norma que prohibiera o impidiese la colaboración en la gestión complementaria por parte de pensionistas. Hemos razonado que "no es de aplicación al ejercicio auditado por razones temporales, la regulación introducida por la Orden TIN/221/2009, de 10 de febrero, que modifica la Orden TAS/3859/2007, de 27 de diciembre, por la que se regula la contraprestación a satisfacer por las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social por los servicios de administración complementaria de la directa, (que) ha venido a introducir en la misma una Disposición Adicional Cuarta, regulando la habilitación e incompatibilidades de los colaboradores que desarrollan una administración complementaria a la directa, disponiendo al efecto que:

"1. Para poder desarrollar los servicios de administración complementaria de la directa que se regulan en esta orden, los profesionales colegiados y demás personas físicas o jurídicas que pretendan llevarlo a cabo habrán de acreditar la preceptiva alta en el Impuesto de Actividades Económicas.

2. No podrán desarrollar los servicios a los que se refiere el apartado anterior quienes se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:



- a) Ser pensionistas de cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social que tengan establecida la incompatibilidad con el trabajo por cuenta propia o ajena.
- b) Ser empleados al servicio de cualquier Administración Pública.
- c) Mantener con la mutua cualquier tipo de relación laboral, mercantil o de prestación de servicios, a excepción de los servicios de administración complementaria de la directa.
- d) Ostentar la condición legal de mediadores de seguros privados o ser auxiliares externos de los mismos.
- e) Ser empleados de cualquiera de los anteriores y prestar sus servicios de administración complementaria por cuenta de los mismos, salvo prueba en contrario" (Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 21 Septiembre 2011, rec. 116/2010 y las que en ella se citan). El motivo debe estimarse y anular el reintegro que por importe de 4.870,87 euros se solicita por este concepto (colaboradores que son pensionistas)."

Procede por lo tanto acoger este motivo del recurso, y en consecuencia ha de dejarse sin efecto el ajuste practicado por los pagos efectuados a Aureliano por importe de 2.632,36 €.

UNDÉCIMO.- Otro capítulo que es objeto de impugnación se refiere a los **gastos sin soporte documental suficiente o que no se corresponden con el ámbito de gestión de una mutua en su actividad colaboradora de la Seguridad Social, por el que se practica el ajuste por importe de 3.404.107,37 €** .

Analizaremos a continuación, por razones de orden, cada una las cuestiones que se plantean en la demanda en relación a dicho capítulo.

CUESTIÓN PREVIA: EL CITADO IMPORTE ES ERRÓNEO .

Mantiene la parte recurrente que el citado importe incluido en la Resolución de la Secretaría de Estado es erróneo, ya que no coincide con el indicado por la Intervención General de la Seguridad Social en su Informe definitivo que sirve de base a la misma y sobre el que mostró su conformidad mediante Oficio de 8 de marzo de 2013, que fue aportado como documento cuatro del expediente administrativo y que obra al folio 552, debiendo figurar el de 3.355.107,37 euros, que se consigna en el apartado " V.1.2 cumplimiento de legalidad " (página 118), coincidente con el indicado en el apartado " IV.9 Gastos Corrientes " (página 64) y "Anexo VII. Resumen importes a reintegrar con fondos ajenos a la gestión de la Seguridad Social".

Más esta alegación no podrá ser atendida si se atiende a las explicaciones dadas en la contestación a la demanda, en la que se advierte que la cifra resulta de sumar a los 3.355.014,37 euros correspondiente a los gastos corrientes -cuyo detalle se incluye en el Anexos VI y VII con el resumen de los gastos no asumibles- la cifra de 49.093,03 por gastos de personal -cuyo detalle está en el Anexo I-.

Además de ello, deberá analizarse cada partida de manera separada, siendo entonces cuando se determinaría la corrección o no del respectivo ajuste practicado, cuestionándose con carácter general el motivo recogido en las Conclusiones del Informe Definitivo, apartado " V.1.2. Cumplimiento de legalidad " (página 118), en que se indica que dichos gastos no son asumibles " como consecuencia de corresponder a gastos no justificados en la gestión propia de la Seguridad Social, o no haberse entregado soporte justificativo suficiente del gasto incurrido, o suponer concesión de beneficios económicos a favor de empresarios o terceros (expresamente prohibido en el artículo 5 del Reglamento de Colaboración), o suponer incumplimiento de las condiciones estipuladas en los conciertos ". Así y siguiendo el orden de la Intervención en la tabla contenida en el Anexo VI del informe, se cuestiona el motivo del ajuste practicado (contenido en el apartado de Observaciones), lo que será analizado de manera separada para cada partida.

A) PESCADERÍAS CORUÑESAS (54.153,43 €).

El motivo del ajuste en este caso es el siguiente: " Suministro de pescados y mariscos de lujo (Caviar, angula...) "; aduciéndose en la demanda, para combatirlo, que todas y cada una de las facturas que obran en el expediente administrativo corresponden a productos suministrados al Hospital de **FREMAP** en Majadahonda, sin que exista base legal para el ajuste acordado, ello con independencia de las consideraciones sobre la categoría de los productos vertidas por el equipo auditor.

Ahora bien, tales alegaciones, que además debieron efectuarse en la vía administrativo, en cualquier caso no desvirtúan el motivo del ajuste, pues no se llega a justificar cual fue el concreto destino de los productos, por más que se facilitaran al Hospital que se indica, pues se obvia el hecho de que se trataba de productos de lujo, siendo difícilmente creíble que se destinaran a los pacientes internados en el mismo.

B) SERVICIOS DE MEDICINA PREVENTIVA, S.A. (4.981,88 €).



El motivo por el que no se considera asumible es " *At sin baja sin DELTA de empresa* "; y para combatirlo se aduce que no procede el ajuste en la totalidad del importe de las facturas aportadas, ya que existen los correspondientes partes de accidente de trabajo tramitado por el sistema delta en relación a determinadas facturas cuya suma asciende a 4.505,69 euros, aportando para justificar este extremo el documento número 15.

Pero como aduce el Abogado del Estado en la contestación a la demanda, dicho concepto no puede ser admitido por la simple razón de que tales documentos no fueron aportados en la vía administrativa, lo que en principio no cabe en este tipo de procedimientos a tenor del criterio sostenido por esta Sala en la sentencia del 26 de marzo de 2014 .

C) CENTRO MÉDICO DE CHEQUEOS MAPFRE (8.423, 94 €).

El motivo de este ajuste es el " *Insuficiente soporte documental deltas* ", aduciéndose que el mismo queda desvanecido respecto a la factura NUM000 por importe de 1.142,82 euros.

Argumento éste que ha de ser acogido, no tanto porque se haya aportado el parte de accidente de trabajo como documento número 16 -pues sólo con ello no sería suficiente conforme al criterio señalando respecto a la necesidad de aportar la justificación en la vía administrativa-, sino por la existencia, no cuestionada en la contestación a la demanda, de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 6 de Bilbao de 24 de febrero de 2005 , en la cual que se reconoce el derecho del trabajador a continuar con la asistencia sanitaria que se le estaba prestando. Por lo tanto el ajuste practicado por este concepto habrá de reducirse a 7.281,12 euros.

D) COMUNICACIÓN, EVENTO, S.L. (44.962 €) .

La causa de este ajuste es " *Gastos de locomoción, estancia... para la asistencia a Jornadas, por insuficiente soporte documental* ". Y se argumenta en la demanda que este gasto, que aparece en la factura nº NUM001 de 6 de febrero de 2007, se refiere a la organización de unas jornadas organizadas en el mes de enero de ese año, habiéndose aportado los documentos justificativos pertinentes como Anexo 13 del escrito de alegaciones al Informe de Cuentas y que se volvieron a aportar como anexo 35 en las efectuadas al Informe Adicional Provisional, constando en la factura el detalle de cada concepto, con su justificante, el programa de las jornadas, el acuerdo de la Junta de Gobierno Local del ayuntamiento de Cádiz para colaborar en el evento, así como el detalle de los ponentes y de cada uno de los asistentes, siendo relevante que el evento versaba sobre las prestaciones gestionadas por la parte recurrente.

Y también ha de estimarse este particular de la demanda por los propios argumentos expresados, siendo de señalar que el Abogado del Estado no discute estos argumentos en su escrito de contestación a la demanda.

Por otra parte, significaremos que en la sentencia de 16 de diciembre de 2015 (recurso 568/2014) se aceptó un argumento muy similar respecto a una partida análoga, razonándose:

" La Mutua alegó que se trataba de la facturación de unos gastos relativos a la celebración de unas jornadas en las instalaciones del Gremio para trabajadores de la entidad sobre accidentes de trabajo en la territorial de Cataluña. Y que junto con la factura se adjuntaba un documento con el programa de sesiones, así como el nombre y apellidos de cada uno de los asistentes. Tales alegaciones son rechazadas en el informe definitivo de auditoría, señalando que durante la realización de los trabajos, el único documento que se aportó fue la correspondiente factura sin ningún otro documento adicional que permitiera verificar los extremos indicados en sus alegaciones por la Entidad, y que tampoco los había remitido acompañando a las mismas. La actora reitera estas mismas alegaciones en la demanda, y señala que con el recurso de reposición se acompañó la factura y el soporte documental. La resolución que resuelve el recurso de reposición no se pronuncia sobre este concepto, pero examinado el expediente administrativo, y en concreto la documentación acompañada por la Mutua con el recurso de reposición se observa que, efectivamente, junto con la factura se aportó otro documento en el que se indicaba el objeto de las jornadas, los temas tratados, las fechas en que se desarrolló y la relación de asistentes. Por tanto, ha de considerarse justificado el gasto, estimando el recurso en este punto."

E) SMART, S.L. (402.549,62 €).

El ajuste practicado se motiva en que " *No se acredita en el R de asistencias la intervención de los anestesiólogos, no pertenecen a SMART, y prestan servicios en el Servicio Andaluz de Salud* ". Y se cuestiona su exclusión en base a los siguientes argumentos que se señalan en la demanda: la vulneración del régimen de incompatibilidades por el hecho de que tales profesionales trabajen en un Servicio público de salud es ajeno a la recurrente; respecto a que algunos no pertenecen a SMART, que no existe normativa alguna que prohíba que lo servicios se presten mediante subcontratación, sin que existiera ninguna prohibición en este sentido en el convenio suscrito por dicha entidad con la Mutua, y habiéndose aportado además en fase de alegaciones a los Informes de Cuentas Anuales (anexo 10) y al Adicional a mismo (anexo 34), el certificado de dicha



entidad acerca de los especialistas que colaboran con ellos en la prestación de servicios de la especialidad, que asimismo adjunta como documento nº 17; y en cuanto a la falta de acreditación en el R de asistencias su intervención, aporta como documento nº 18 el Libro de Registro de Quirófanos donde constan todas las intervenciones quirúrgicas realizadas en el Hospital **Fremap** de Sevilla durante el ejercicio **2007**, que coinciden con el certificado emitido por SMART., advirtiendo que el equipo tenía a su disposición todos estos datos durante la realización de la auditoría.

Pero aún admitiendo, como simple hipótesis, que la parte actora pudiera tener razón en los dos primeros argumentos, en cualquier caso no puede prescindirse de que seguiría concurriendo el inconveniente de que no se acreditaron en su momento todos los elementos que permitirían el abono de este concepto con cargo al presupuesto de la Seguridad Social, lo que en todo caso debió verificarse en fase de alegaciones en la vía administrativa; en particular debió probarse entonces la intervención efectiva de los anesthesiólogos, que además debió de serlo para el colectivo protegido, sin que pueda aceptarse, por tanto, que se acredite este aspecto mediante la aportación al proceso del referido documento nº 18 que contiene el Libro de Registro de Quirófanos, conforme al criterio reiteradamente señalado sostenido por esta Sala en anteriores sentencias.

F) LABORATORIO ECHEVARNE (135.694,86 €) .

En este caso se discrepa del motivo concreto del ajuste, que es el " *Insuficiente soporte documental deltas en un 73%* ", porcentaje que se considera arbitrario y que no puede ser objeto de comprobación por la parte recurrente, remitiéndose a las alegaciones efectuadas al Informe Provisional en que se aportó como Anexo 12 la documentación acreditativa cuya supuesta ausencia justificó el ajuste, así como al posterior recurso de reposición, de donde resulta que la mayoría de las facturas abonadas a este proveedor corresponden a analíticas llevadas a cabo como preoperatorio en intervenciones quirúrgicas del Hospital de Barcelona y cuyo abono, por tanto, está justificado.

Pero tales alegaciones no pueden tener una suerte estimatoria, ya que, y como aduce el Abogado del Estado en el escrito de contestación a la demanda, sucede que no se aportaron en la vía administrativa ni en esta jurisdiccional -nada se argumenta sobre ello en la demanda-, los partes de accidentes de trabajo que, en su caso, justificaría la realización de este gasto en cuanto sería el hecho causante de tales prestaciones.

Por otra parte, ha de significarse que la utilización de la técnica del muestreo ha sido admitida por el Tribunal Supremo de fecha 13 de noviembre 2012 dictada en el recurso 5749/2011 , en la que se lee:

"...para tener como medio de prueba inadecuado el de los muestreos, en un proceso que versa sólo sobre el reintegro de fondos públicos y que arranca de los resultados de una auditoría, en la que aquellos son técnica apta para, mediante su proyección, basar o sustentar la conclusión, debe, quien lo sostiene, ofrecer un análisis que así lo acredite, en el que no basta la mera cita del número de casos seleccionados (en este caso, más bien, meramente ofrecidos), sino, más allá de ello, la puesta de relieve de una duda fundada de su representatividad, derivada, no tanto de ese número, sino, además, de la utilización de un criterio de selección que estadísticamente haya de tenerse por incorrecto, por no ser, dado el objeto, contenido o naturaleza del todo, el que permita proyectar los resultados de aquellos a éste.

Amén de todo lo anterior, dada aquella afirmación tan genérica y rotunda de que determinados hechos relevantes no se han acreditado por ningún medio de prueba admisible en Derecho, debemos recordar, aunque ello sea evidente, que las auditorías que realiza la Intervención General de la Seguridad Social en cumplimiento de lo que ordenan los artículos 71.2 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social y 39 y concordantes del Real Decreto 706/1997, de 16 de mayo , y sus informes de control financiero, provisionales y definitivos, constituyen, en el proceso al que se traen, prueba documental, que puede y debe ser valorada, y que, además, goza de un valor reforzado, tanto por la especial cualificación técnica del órgano de control, como por el procedimiento contradictorio a que ha de someter su actuación, tal y como es de ver en el art. 34.6 de dicho Real Decreto ...

Por último, dado que el motivo incluye la queja de que en base a aquellos muestreos se exigen "reintegros del 100% en los conceptos que se manejan"... , y dado que aquel art. 217.2 de la LEC que cita como infringido forma parte de la regulación de la "carga de la prueba", debemos añadir: De un lado, que el motivo no nos da pie para poder analizar si es la cifra de ..., o una menor, la que debiera reintegrarse por causa de una insuficiente justificación de las actuaciones de control y seguimiento de la ITCC, pues en él no se desciende al detalle de identificar, si fuera así, qué actuaciones facturadas no pecarían de esa insuficiencia. Y, de otro, que era a la actora a la que correspondía la carga de acreditar la justificación que se echa en falta. Es así: Por ser ella la que con mayor facilidad dispone de la prueba (art. 217.6 LEC). Por ser la justificación un "hecho positivo", y negativo el contrario. Y porque ostenta la condición de gestora de fondos públicos de los que es titular la Tesorería General de la Seguridad Social (a saber, los que proceden de las cuotas de la Seguridad Social que obtiene como colaboradora del sistema, los cuales, como disponen los artículos 68.4 del Texto Refundido de la



Ley General de la Seguridad Social y 3.1 del Reglamento de Colaboración que aprobó el Real Decreto 1993/1995, forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de ésta); siendo así que, como tal gestora de fondos públicos, asume las obligaciones de custodia de los mismos, de su aplicación a sus específicos fines, y de rendición de cuentas a la Administración titular, quedando sometida al deber de justificar su inversión y al de responder por ellos en tanto no se produzca el descargo, bien bajo la forma de justificantes adecuados, bien bajo la del reintegro de lo no justificado."

Es verdad que la citada sentencia admite que el muestreo pueda resultar una técnica inadecuada, mas para ello, así lo advierte la misma, es preciso que quien mantiene su inaplicabilidad ofrezca un análisis contradictorio que ponga de relieve una duda fundada de su representatividad derivada sobre todo de la utilización de un criterio de selección que estadísticamente haya de tenerse por incorrecto, sin que sea por tanto aceptable el argumento de la actora consistente en que no vale dicho método porque no pudo desplegar prueba alguna para enervarlo, pues si el motivo ha sido la falta de aportación de los partes de accidentes, fácilmente pudo acreditar, siempre en la vía administrativa, que las analíticas se referían a contingencias cubiertas mediante la aportación de los mismos.

G) ANESMAP S.L. (361.491,12 €) .

El motivo de este ajuste es el siguiente: *" Sólo un facultativo pertenece a ANESMAP, y acredita la prestación real del servicio. Los demás constan en el R centros sanitarios públicos y no se verifica actuación alguna "*.

Respecto a dicho ajuste en la demanda se llama la atención de que no se cuestiona la existencia del contrato ni el importe facturado en cada mensualidad, constando en cualquier caso en el expediente administrativo -dentro del primer envío del complemento del mismo en la carpeta denominada " FACTURAS ", un PDF denominado " 26 ANESMAP S.L. "- la existencia de dicho contrato, cuyo objeto es la prestación del servicio de anestesia, reanimación y medicina intensiva en el Hospital **FREMAP** de Barcelona, así como la resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social autorizando el correspondiente concierto; añadiendo que asimismo consta la documentación aportada como Anexo 9 del escrito de alegaciones al Informe Provisional y como Anexo 33 de las alegaciones al Informe Adicional Provisional, según acredita el segundo envío del complemento del expediente, en el que aparece la escritura de constitución de la sociedad y los distintos títulos de Médico especialista.

En este punto se reproducen similares argumentos que los aducidos respecto a SMART, por lo que habrán de ser rechazado en base a las mismas razones entonces expuestas; más en particular, en este caso, porque es preciso que se hubiese acreditado que además de la intervención del facultativo cuya intervención se ha reputado justificada también los otros habían prestado efectivamente el servicio en una actuación derivada de un accidente de trabajo, exigencia que puede deducirse de la motivación contenida en la resolución impugnada. Y se reitera también que no es suficiente para acreditar tales extremos la documentación aportada en la vía administrativa, con lo que no podrá aceptarse la aportación al proceso mediante los documentos números 18 y 19 consistente en el Libro de Registro de Quirófanos del referido Hospital, conforme al criterio antes expuesto.

H) SERVICIOS MÉDICOS MEDICAT (16.807,56 €) .

En este caso el motivo del ajuste es que *" No se indica al sustituido, no se aportan deltas, no se pueden acreditar las horas facturadas "*; y se aduce que el mismo es improcedente toda vez que en el primer envío del complemento del expediente administrativo consta la carpeta denominada "29 SERVICIOS MEDICOS MEDICAT S.L.", en la que aparece el concierto correspondiente suscrito y la Resolución de la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social de 14 de julio de 1999 autorizándolo, añadiéndose que las facturas aportadas se corresponden a servicios efectivamente prestados en los días y por el enfermero que se indica, sin que pueda haber duda tanto de ello como de que lo fue en ejecución del mencionado concierto.

En la contestación a la demanda se reconoce que en la facturas se detalla el concepto facturado (*"suplencias, guardias y festivos efectuados por ..., correspondientes al mes de ...días..."*); pero se advierte que **FREMAP** no aportó el personal de la Mutua que se sustituye y que no quedaba acreditada la participación efectiva en el puerto de Barcelona ni que la asistencia derivase de accidente de trabajo. Y en las conclusiones de la actora se insiste en cambio en que no procede el ajuste porque los servicios prestados alcanzan a la totalidad de la asistencia prestada en el centro asistencial del Puerto de Barcelona, a lo que no se ha puesto ningún reparo, debiendo serlo también, por tanto, cuando la asistencia se presta a través de profesionales dependientes de una empresa con la que se ha suscrito un convenio.

Ahora bien, en esas alegaciones de la actora nada se dice acerca del motivo consistente en que *" no se aportan deltas "*, siendo así que sería preciso que se acreditase el hecho de que la asistencia deriva de accidente de trabajo.

**I) AREA MAIL (5.382 €) .**

El motivo del ajuste en ese caso es " *Franqueo y otros gastos dirigidos a colaboradores* ". Se aduce, para rebatirlo, que consta en el expediente administrativo (PDF denominado " 32 AREA MAIL ") la documentación justificativa del importe abonado, que corresponde al envío de una notificación a las empresas mutualistas, autónomos y colaboradores de la recurrente para informarles de la nueva tarifa de cotización por accidente de trabajo y enfermedades profesionales introducida en la Ley 42/2006 de Presupuestos Generales del Estado, señalándose que la exclusión de este gasto respecto a los colaboradores carece de fundamento alguno, ya que el objeto de la comunicación afecta al ámbito de actuación de la mutua en que se pone en conocimiento de todos ellos la modificación legislativa para la prestación de servicios de gestión complementaria de la directa.

Y tales alegaciones han de ser aceptadas por cuanto dado el objeto de la notificación, referido a la información de una modificación legislativa sobre la prestación de servicios por los colaboradores, no resulta razonable excluir su coste, siendo muy elocuente a este respecto que el Abogado del Estado no ha mostrado oposición a esta petición.

Por otra parte significaremos que en la sentencia de esta Sala de 21 de enero de 2015 recaída en el recurso 298/2013 fue aceptado un gasto análogo con el siguiente argumento: " *Por lo que se refiere al libro... y con cartas introductorias firmadas por el Presidente y Director de la Mutua, que está dedicado a la actividad de prevención prevista en el artículo 68.2.b) la Ley General de la Seguridad Social ... Este gasto si ha de ser aceptado.* "

J) CARDIPLUS (13.176,00 €) .

El motivo del ajuste en este caso es " *Asistencia a trabajadores de autoaseguradoras* ". Y se señala en el escrito rector que el mismo se corresponde a las facturas abonadas por el control y seguimiento de los procesos de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes de los trabajadores de la empresa HEINKEN ESPAÑA, S.A., cuyas facturas y justificantes se han aportado en el segundo envío del expediente administrativo, considerándose que no procede dicho ajuste porque la incapacidad temporal no deriva de contingencias profesionales sino comunes, aportando como documento nº 20 de la demanda la información de la base de datos de la Tesorería General de la Seguridad Social relativa a esa empresa donde consta la cobertura de dicha contingencia, siendo que conforme a los artículos 80.1 y 82 del Reglamento de Colaboración corresponde a las Mutuas de accidentes llevar a cabo el control y seguimiento de dichos procesos.

Ha de tenerse en cuenta que conforme a lo que dispone el artículo 82 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, las actuaciones sanitarias de urgencia de las Mutuas pueden tener lugar: " *Cuando, transcurridos más de quince días a partir de la baja en el trabajo, la situación de incapacidad se prolongase a consecuencia de la demora en la práctica de las pruebas diagnósticas o en la aplicación de tratamientos médicos o quirúrgicos prescritos por el Servicio de Salud correspondiente, los servicios médicos de las Mutuas podrán llevar a cabo dichas pruebas o tratamientos, previo consentimiento informado del trabajador y con la conformidad de la autoridad sanitaria del Servicio de Salud correspondiente, una vez comprobada la adecuación y calidad de los mismos y en los términos y condiciones que se establezcan en los acuerdos y convenios a que se refiere el artículo 83.2* ".

Por lo tanto es preciso que se cumplan tales requisitos (transcurso de quince días desde la baja, consentimiento informado del trabajador y autorización del Servicio Público de Salud), cuya exigencia deriva de la misma motivación expresada, que por tanto no ha sido modificada en la contestación a la demanda.

Por otra parte, significaremos además que un criterio negativo para admitir este tipo de gastos ha sido mantenido por esta Sala en la sentencia de 26 de diciembre de **2007** dictada en el recurso 321/06 , en la que se decía:

"*Pasamos a la cuestión de fondo, reiteradamente tratada por esta Sala al conocer la impugnación de otras Auditorias practicadas a Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales, como es la realización por parte de Pregevesa Salud Laboral de reconocimientos médicos a trabajadores de empresas autoaseguradoras... que la Administración no ha considerado asumible por el Sistema de la Seguridad Social..., de modo que han de ser reintegrados.*

La resolución impugnada, acogiendo el Informe Adicional...señala que: "...se pone de manifiesto que se ha detectado la realización... de reconocimientos médicos a trabajadores de empresas autoaseguradoras, supone un incumplimiento de la legalidad, y como tal debe ser puesto de manifiesto en el informe adicional para su corrección, ya que la Entidad ha incurrido en gastos que, según su naturaleza, no se consideran asumibles por el patrimonio de la Seguridad Social, por no derivar de la gestión de las contingencias de accidentes de trabajo y enfermedad profesionales o de la gestión de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes,



que constituyen el objeto social de la Mutua.- Dicha actuación supone un incumplimiento de lo establecido en el artículo 2 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesionales de la Seguridad Social, así como el artículo 59.1 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria al destinarse créditos para gastos con finalidad distinta a la especificada para la que fueron autorizados por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, del que forman parte los presupuestos de las Mutuas, por lo que, consecuentemente, dichos gastos deben ser reintegrados al Patrimonio de la Seguridad Social por la recurrente con fondos ajenos al Sistema".

La Sala acoge la fundamentación de la resolución impugnada, acorde con el criterio que viene manteniendo ante cuestiones análogas con motivo de la impugnación en otras auditorías, y así en sentencia de 21 de mayo de 2003, referido a igual supuesto, considerábamos no asumibles por el Sistema de la Seguridad Social, gastos en reconocimientos médicos a trabajadores con riesgo de enfermedad profesional, por cuanto respecto a los reconocimientos médicos por la exposición a riesgos ionizantes, conforme establece el artículo 196, de la LGSS su práctica es una obligación que corre a cargo del empresario, tanto de los reconocimientos previos antes de cubrir un puesto, como de los reconocimientos periódicos. Del mismo modo, en sentencia de 28 de enero de 2004.

En la sentencia de 24 de enero de **2007**, recaída en el recurso 47/06 transcribíamos en su Fundamento Primero:

"(...) 2. Discrepa con ello la parte demandante del criterio expresado por esta Sección en sentencia de 29 octubre 2003 (Rec. Cont. Admvo. 413/02), que fue seguido después en la de 19 noviembre 2003 (Rec. Cont. Admvo. 777/02), y que ya fuera expuesto en la de 19 marzo 2003 (Rec. Cont.-Admvo. 565/2001), F. J. Quinto, a cuyo tenor:

QUINTO.- Se impugna el asiento número 3 que se refiere a gastos por importe de ... pesetas, que se consideran subvenciones a empresas autoaseguradoras de Incapacidad Temporal por reconocimientos médicos efectuados a sus trabajadores y que deberían ser asumidos por ellas mismas.

Aduce la demandante desconocer a qué empresas autoaseguradoras se refiere la propuesta de reclasificación y el importe correspondiente a cada una de ellas lo que le causa indefensión, y en cualquier caso señala, se trata de una actuación preventiva que no hace sino redundar en beneficio del Sistema de S.S. por lo que debe entenderse ajustada a derecho.

Frente a dicho alegato hay que señalar como hace la resolución recurrida, en relación con lo expuesto en la nota 20 de la auditoría "asistencia médica con medios ajenos", que el importe objeto de ajuste se ha obtenido de las muestras analizadas en el curso de la auditoría, conociéndose por la Mutua el detalle de las partidas concretas que las integran, por lo que no cabe alegar desconocimiento, máxime cuando las observaciones y propuestas por este mismo concepto se han puesto de relieve en auditorías de ejercicios anteriores.

En cuanto al fondo, **dichos gastos deben ser soportados directamente y a su costo por las propias empresas autoaseguradoras de incapacidad temporal, como ya ha señalado la Sala en las sentencias recaídas en los recursos citados**, ya que en estos supuestos resulta que estas empresas que realizan los reconocimientos médicos a sus empleados tienen como contrapartida la exención de ingresar en sus cotizaciones sociales la parte de prima correspondiente a las prestaciones de asistencia sanitaria y económica derivadas de incapacidad temporal mientras que la Mutua solo asume la cotización correspondiente a incapacidad, muerte y supervivencia, por lo que si estos gastos se imputan a la Seguridad Social por medio de la Mutua recurrente, se produciría una duplicidad y una situación de desigualdad respecto a las empresas que si cotizan por incapacidad temporal".

3. El criterio expresado en la sentencia anotada, de 19 marzo 2003, ha sido confirmado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en sentencia de 08 junio 2005, F. J. Tercero, a cuyo tenor:

"TERCERO.- Resta por considerar el motivo aducido en cuarto lugar, referido al ajuste por importe de ..., que la Sala de instancia considera que se refieren a subvenciones acordadas a favor de empresas autoaseguradoras de Incapacidad Temporal, correspondientes a reconocimientos médicos efectuados a sus trabajadores y que debían de haber sido sufragadas por dichas empresas, no con cargo a los fondos de la Seguridad Social.

El planteamiento inicial de la Mutua demandante partía de una doble consideración: el desconocimiento de las empresas a que se refería la nota de ajuste de la Intervención, así como el carácter preventivo que ha de otorgarse a los reconocimientos médicos efectuados por las autoaseguradoras de Incapacidad Temporal (IT) con el consiguiente efecto beneficioso que ello supone con respecto a los riesgos de Incapacidad, Muerte y Supervivencia (IMS) que la Mutua ha de sufragar. Esta última consecuencia vendría a justificar las subvenciones otorgadas.

La Sala de instancia ha declarado correcto el ajuste indicado, aceptando el razonamiento del Abogado del Estado en cuanto a la impropiedad de que tales subvenciones se financiasen con fondos pertenecientes a la Seguridad



Social, desde el momento en que los gastos correspondientes a dichos reconocimientos han de ser sufragados por las mismas empresas autoaseguradoras, a las cuales se les otorga en contrapartida la exención de ingresar en sus cotizaciones sociales la parte de la prima correspondiente a las prestaciones de asistencia sanitaria y económica derivadas de la incapacidad temporal.

Frente a esa resolución ... reproduce en sustancia la argumentación ya esgrimida, alegando al amparo del apartado d) del artículo 88.1 de la Ley de la Jurisdicción la vulneración de los artículos 2, 7 y 12.2 del RD 1509/76, de los artículos 54 y 55 del Reglamento de los Servicios Médicos de Empresa, Disposición Derogatoria de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, Transitoria Tercera de la Orden de 22 de abril de 1997 y el contenido de las Sentencias de esta misma Sala de 10 de julio de 1998 y 3 de marzo de 1999.

Semejante despliegue normativo se efectúa con la finalidad de dar apoyo a su tesis, ya expuesta en la instancia, de los beneficiosos efectos de los reconocimientos médicos de carácter preventivo, que constituyen uno de los principios informadores de la Seguridad Social, ensalzando la labor asistencial competencia de los Servicios Médicos de Empresa en el diagnóstico y tratamiento de las enfermedades profesionales y la prevención de los accidentes laborales, con el beneficioso efecto que ello implica con relación a posibles incapacidades o decesos. También se refiere a la necesidad de que el lesionado reciba asistencia sanitaria de inmediato, como ya expresaba el Texto Refundido de 22 de junio de 1956 y disposiciones posteriores. Por otra parte, la inmediata asistencia médica del trabajador tiene su repercusión en las favorables consecuencias económicas que ello ha de ocasionar con referencia a los supuestos de Incapacidad, Muerte o Supervivencia cuya cobertura viene atribuida a las Mutuas Laborales. Consecuentemente, sigue sosteniendo la procedencia de sufragar con los fondos de la Seguridad Social los reconocimientos médicos efectuados por las empresas autoaseguradoras de Incapacidad Temporal a que se refería la nota de ajuste contable.

Todo el discurso en que consiste el motivo parece olvidar lo dispuesto taxativamente en el artículo 77 de la Ley de Seguridad Social cuando fija en el sexto párrafo del apartado 1 la compensación económica que con cargo a los fondos propios de la misma se otorga a tales empresas, estableciendo al efecto un coeficiente reductor en las cuotas a satisfacer a la Seguridad Social, y que es la razón por la cual no se considera procedente imputar a los fondos de esta naturaleza el importe de subvención alguna a dichas empresas, que han de sufragar sus propios gastos y recibir por ello la compensación mencionada. El resto de los razonamientos alegados constituyen únicamente la expresión de un discurso que puede reflejar la convicción de quien los alega, pero que no reflejan las vulneraciones que se aducen.

No quiere ello decir que sea ajeno al mutualismo laboral la prevención de riesgos o enfermedades profesionales, sino que el uso de los fondos propios de la Seguridad Social ha de ajustarse a los baremos de utilización legalmente previstos, sin que quede al arbitrio de las Mutuas adjudicarles el destino que crean conveniente. Por vía de ejemplo bastará con recordar que el artículo 12.2 del antiguo RD 1509, que se invoca por la recurrente en el motivo, sometía a la previa autorización de la Subsecretaría el establecimiento de los centros de prevención, dejando así claramente establecida la imposibilidad de hacerlo por libre voluntad de las Mutuas.

Lo mismo ocurre en lo que se refiere a las dos Sentencias de este Tribunal que se invocan en apoyo del motivo. En la de 10 de julio de 1998 se reconoce la posibilidad de imputar los consiguientes gastos a los fondos de la Seguridad Social cuando se trate de atenciones médicas urgentes realizadas por la Mutua. Y, en el mismo sentido, la de 3 de marzo de 1999 considera correcto el gasto efectuado con la finalidad de atender a la inmediata asistencia sanitaria del trabajador. En ambos casos se trata de excepciones lógicas, derivadas de la urgencia con que ha de proveerse a la salud del trabajador, que es a lo que asimismo parece referirse a lo largo de su exposición la parte recurrente; mas no hemos de olvidar que subsiste incólume el razonamiento de la Sala de instancia cuando considera impropio el otorgamiento de subvenciones para reconocimientos médicos inespecíficos a favor de empresas autoaseguradoras, a las cuales ya la Ley de Seguridad Social vigente otorga una compensación económica por esa dedicación".

4. Queda con ello desprovisto de fundamento el motivo de impugnación relativo al reintegro dispuesto por la Administración demandada en razón del importe de los reconocimientos médicos efectuados por la entidad demandante, con cargo a la Seguridad Social, a trabajadores dependientes de empresas asociadas a la misma y que colaboraban en la gestión de la Seguridad Social asumiendo a su cargo las prestaciones de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales (arts. 67.1 y 77.1 a), Ley General de la Seguridad Social). Pues aunque transitoriamente, hasta 31 de diciembre de 2001, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales podían seguir desarrollando reconocimientos médicos para la prevención de dichas contingencias profesionales (disposición transitoria quinta, OM 29 enero 2001 y, en relación con la misma, sentencia de esta Sección de 29 mayo 2003, Rec. Cont. Admvo. 191/00; art. 68.2, Ley General de la Seguridad Social), sin embargo, los reconocimientos médicos de los trabajadores dependientes de empresas autoaseguradoras de incapacidad temporal no pueden ser gestionados por las citadas Mutuas, como aseguradoras del riesgo de invalidez, muerte y supervivencia derivado de accidente de trabajo y enfermedades profesionales, en base a las mencionadas



normas y a la disposición transitoria tercera de la OM de 22 abril 1997 -dictada en desarrollo de la Ley 31/1995, de Prevención de Riesgos Laborales , y, más inmediatamente, del Real Decreto 39/1997-, porque como se pone de manifiesto en la apuntada sentencia del Tribunal Supremo, ello supone "olvidar lo dispuesto taxativamente en el artículo 77 de la Ley de Seguridad Social cuando fija en el sexto párrafo del apartado 1 la compensación económica que con cargo a los fondos propios de la misma se otorga a tales empresas, estableciendo al efecto un coeficiente reductor en las cuotas a satisfacer a la Seguridad Social, y que es la razón por la cual no se considera procedente imputar a los fondos de esta naturaleza el importe de subvención alguna a dichas empresas, que han de sufragar sus propios gastos y recibir por ello la compensación mencionada".

En efecto, conforme al art. 77 de la Ley General de la Seguridad Social : "1. Las empresas, individualmente consideradas y en relación con su propio personal, podrán colaborar en la gestión de la Seguridad Social exclusivamente en alguna o algunas de las formas siguientes: a) Asumiendo directamente el pago, a su cargo, de las prestaciones por incapacidad laboral transitoria derivada de accidente de trabajo y enfermedad profesional y las prestaciones de asistencia sanitaria y recuperación profesional, incluido el subsidio consiguiente que corresponda durante la indicada situación (...) d) Asumiendo directamente el pago, a su cargo, de las prestaciones económicas por incapacidad laboral transitoria derivada de enfermedad común o accidente no laboral, en las condiciones que establezca el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. Las empresas que se acojan a esta forma de colaboración tendrán derecho a reducir la cuota a la Seguridad Social, mediante la aplicación del coeficiente que, a tal efecto, fije el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social".

DUODÉCIMO.- "Renting" de equipos informáticos no asignados a personal en activo de la mutua o que no aparecen en el inventario, por cuantía de 265.996,19 € .

En este punto la exclusión practicada se justifica en el hecho de que los pagos efectuados a empresas de renting se corresponden con unos ordenadores respecto de los que no queda acreditado su uso para el desarrollo de la actividad colaboradora con la Seguridad Social.

La parte demandante combate la exclusión de estos gastos en base a las tres siguientes afirmaciones:

a) **FREMAP tenía la posesión de los ordenadores que constan en el inventario durante el ejercicio 2007**, no habiéndose verificado por el Equipo Auditor la disposición de los equipos afectados por el ajuste, habiendo indicado además esta observación en su informe cuando se alude a la necesidad de comprobar el uso y ubicación de los equipos informáticos, informe que al obrar en el expediente no puede calificarse como "documento de uso interno", por cuanto es uno de los que han servido de base para dictar la resolución recurrida y por tanto para conformar la voluntad administrativa.

b) **Ausencia de justificación de los ajustes acordados, y ello por lo siguiente :**

1º) Respecto a los **55 equipos informáticos** en que la causa del ajuste es la existencia de " **usuario no corporativo**" (documento nº 21 de la demanda) y cuyo importe asciende a 16.526,97 euros, se aduce que en la columna "Tipo" de las conclusiones aparecen reflejados como ordenadores y no servidores, aduciéndose en el escrito de conclusiones que en la demanda se ha padecido un error al no disponerse de los equipos debido a la extinción de los contratos de renting, careciendo entonces de medios para demostrarlo, mas significando que la no indicación del usuario no supone ninguna vulneración de la normativa aplicable.

2º) En cuanto a los **258 equipos** que motivan el ajuste de 75.141,44 euros por causa de que **no consta el número de empleado** , y en la misma línea que en el supuesto anterior, que tampoco supone vulneración de la normativa aplicable.

3º) **Respecto a los 245 equipos en que se carece de datos identificativos del usuario** , cuyo ajuste asciende a 80.881,70 €, se aduce que no puede admitirse para justificar el ajuste que cada equipo debiera tener asignado un usuario, sobre todo cuando dicha carencia responde a motivos de eficacia y ahorro para el sistema de la Seguridad Social, advirtiendo además que el equipo auditor, pese a lo consignado en las observaciones del informe, no comprobó la ubicación y uso de tales equipos, aun cuando aceptase el inventario presentado sin cuestionar los datos reflejados en el mismo. Se añade en el escrito de conclusiones que carece de sentido la afirmación de la Administración consistente en que la recurrente debió haber sido capaz de identificar a algunos de los empleados, ya que la falta de identificación de un empleado concreto no puede significar que el equipo no se destinase a la actuaciones propias de la entidad colaboradora de la Seguridad Social.

4º) En lo que hace a los **equipos que fueron utilizados por el personal de la Mutua y que posteriormente pasaron a la sociedad de prevención** -o incluso algunos siguieron siendo utilizados por personas que nunca dejaron de ser empleados de **FREMAP**-, se aduce que se trata de equipos que no debieron reasignarse a otros empleados ya que disponían ya de sus equipos, sin que pudiera deshacerse de ellos al estar vigente los contratos de renting.



Pues bien, y contestando ya a estas alegaciones, lo primero es poner de manifiesto, con carácter general, que la información referida a este concepto de reintegro aparece recogida, como se advierte en la contestación a la demanda, tanto en el informe adicional provisional como en el definitivo (Anexos I y II), no siendo otra cosa las llamadas que se hacen a la necesidad de comprobar el uso por el personal que simples "comentarios o recordatorios" efectuados por el equipo de auditoría para posteriores comprobaciones, que en cualquier caso ha sido aclarada en las actuaciones posteriores, siendo así que es a la parte recurrente a quien corresponde la carga de acreditar la afección de los equipos que ha sido puesta en cuestión, siendo esta precisamente la manera de destruir la presunción de validez de la que goza el acto recurrido ex artículo 57.1 de la Ley 30/1992 .

Más en particular, y en lo que hace a la primera de las partidas señaladas -55 equipos informáticos en que la causa del ajuste es la existencia de "usuario no corporativo", nótese que en la demanda se señala que " *son servidores que dan soporte al sistema informático de mi representada, y que, por tanto, no pueden ser asignados a un usuario concreto* ", lo que no puede ser aceptado pues como advierte la Administración demandada resulta que ninguno de los equipos fue identificado como tales servidores sino como " *Ordenador sobremesa* " y " *Ordenador Portátil* ". No obstante la actora, como se ha dicho, en su escrito de conclusiones manifiesta que en la columna "Tipo" aparecen reflejados como ordenadores y no servidores como consecuencia de un error que reconoce le es imputable; pero tal alegación supone una mutatio no permitida de las alegaciones vertidas en la demanda, amén que tampoco se indica algún elemento probatorio que demostraría la existencia de ese error.

En cuanto a los 258 equipos cuyo ajuste asciende a 75.141,44 euros, hay que distinguir:

a) Respecto a 62 equipos (16.656,29 €) la Administración demandada reconoce en la contestación a la demanda que son utilizados por **FREMAP** y que aun no constando el número de empleado sí figura la identidad del mismo; y de otros 40 (11.511,81 €) se manifiesta que eran utilizado por personal externo de Full on net y Acenture que realizaban trabajos para la mutua. Por lo tanto en este punto no debe haber inconveniente en estimar la demanda, siendo llamativo que incluso en la contestación a la demanda se sugiere la posibilidad de reducir el importe del reintegro en el importe de 28.168,10 €.

b) En cambio en cuanto a los demás equipos informáticos no hay que hacer ninguna corrección, pues en tales casos debió la mutua enervar los datos tomados por la Administración identificando el personal al que le estaban asignados los equipos, lo que no ha hecho.

Respecto a los a los 245 equipos cuyo ajuste asciende a 80.881,70 €, de los que asimismo se carece de los datos identificativos del usuario, tampoco cabe asumir las alegaciones de la actora, pues si se trataba de elementos de utilización conjunta, una vez que se cuestiona en el control practicado debieron identificarse sus usuarios.

Y el mismo argumento sirve para rechazar la pretensión respecto a los equipos utilizado por el personal traspasado a la sociedad de prevención, ya que también aquí la mutua debería haber identificado al personal al que, en su caso, le fueron atribuidos tales equipos durante el resto del año, siendo una vez más la falta de prueba que pecha sobre la demandante la que hace que tengamos que rechazar el argumento. Lo que también sucede en cuanto a la alegación consistente en que los equipos no pudieron asignarse de nuevo a otros empleados al disponer éstos de sus equipos, lo que también carece de debido soporte probatorio.

DÉCIMO TERCERO.- Realización de actividades de recuperación profesional que han dejado de tener cobertura legal: 568.841,42 € .

Por el concepto indicado solicita la recurrente que el ajuste practicado se reduzca en 401.566,80 €, correspondientes a las acciones formativas desarrolladas en el ejercicio **2007**, de manera que el reintegro deberá alcanzar como máximo el importe de 167.274,62 €, apoyando su petición en los siguientes argumentos: 1º) el criterio de la sentencia de esta Sala y Sección de 27 de enero de 2010 dictada en el recurso 341/2008 , que permite distinguir los supuestos en función de que hubiera o no un proceso de rehabilitación física concomitante a la actividad de recuperación profesional; 2º) que este criterio fue asumido en la propia Resolución de la Secretaría de Estado de 23 de abril de 2013, en cuyo apartado quinto se indica, como medida que ha de observar la recurrente, la " *28ª Limitar las actividades de recuperación profesional que la muta viene desarrollando únicamente a aquellas para las que tenga cobertura legal* "; 3º) que se prueba este extremo mediante el documento incluido en la carpeta denominada "APARTADO E) READAPTACIÓN PROFESIONAL" que obra en el complemento del expediente administrativo (que se incluyen dentro de la carpeta " *Becarios 2006-2007-Coste- AF.xls* "), donde resulta que los beneficiarios son becarios de la Fundación Mapfre, así como el archivo denominado " *Accidentados AF_2007 IGSS.xls* " referido a trabajadores de empresas asociadas a **FREMAP** que habían resultado lesionados como consecuencia de un accidente de trabajo, prestándoseles por ello un tratamiento sanitario y rehabilitador coincidente con el inicio del correspondiente curso de readaptación profesional, como parte integrante de la acción protectora de la Seguridad Social; 4º) en este mismo sentido, como quiera que en el documento que contiene el cuadro de los cursos sólo aparecen las fechas de inicio



y finalización de los cursos, se aporta como documento nº 30 el mismo cuadro desglosando el número de días que corresponden a cada año, que en **2007** son un total de 8.488; 5º) teniendo en cuenta el coste total del servicio que aparece en el archivo denominado " *Costes de Readaptación_2007_IGSS_entregado Mutua* " (que aporta como documento nº 31), resulta que ascendiendo el " *COSTE TOTAL DEL SERVICIO* " que aparece en el cuadro resumen a la cifra de 871.307,32, habrá de dividirse la misma por el número total de acciones formativas del año **2007**, lo que hace un coste por día lectivo de 102,65 euros; 6º) en el documento nº 31 se destacan en color amarillo los accidentados beneficiarios de los cursos de recuperación profesional que recibían tratamiento de rehabilitación física concomitante con indicación del número de acciones formativas que se desarrollan en ese curso, resultando un total de 3.912 acciones formativas, que multiplicado por el coste individual de cada acción formativa (102,65 €) da un resultado de 401.566, 80 euros; y 7º) se aporta asimismo, como documento 32, un certificado emitido por el Director Médico relativo a cada uno de los trabajadores que recibieron tratamiento físico rehabilitador concomitante al curso de recuperación.

Pues bien, en relación a esta cuestión ha de advertirse ya que esta Sala se ha pronunciado en varias de sus sentencias en el sentido de desestimar pretensiones análogas a la ahora ejercitada. Así, entre otras, en la sentencia de esta Sección de fecha 17 de noviembre de 2011 dictada en el Recurso 170/2010, se decía:

*" En cuanto al reintegro de los **gastos derivados de la recuperación profesional de los trabajadores** (...), debemos confirmar lo acordado por la Administración demandada, pues tal como hemos indicado en sentencia de fecha 27 de enero de 2010, recurso 34/2008, los art. 153 a 159 de la Ley General de la Seguridad Social (RDL 1/2004, de 20 de junio), que regulaban dichas prestaciones fueron derogados por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, aun cuando marginalmente se mantenga en otros preceptos de dicho texto legal, como el art.38.b / o 68.2.b /, sobre el ámbito de actuación de las mutuas, o en normativa preconstitucional y anterior a dicha Ley 52/2003, por lo que no pueden imputarse tales gastos a la Seguridad Social. "*

Ahora bien, la recurrente se remite a la sentencia de 27 de enero de 2010 recaída en el recurso 341/2008 que fue promovido por ella misma, en la que se hace la distinción en los supuestos de actividades de recuperación profesional en función de que hubiera o no un proceso de rehabilitación física concomitante a la actividad de recuperación profesional, debiendo, pues, traerse a colación los fundamentos jurídicos de dicha resolución, y en particular el cuarto y quinto que rezan:

*" CUARTO.- (...) En el informe definitivo de auditoría de las cuentas anuales de **FREMAP**, Anexo referido a la gestión del patrimonio Histórico, indica en su Punto III.1.3 "Errores o incumplimientos de los principios por normas contables": La ley 52/2003 de 10 de diciembre, que entró en vigor el 1 de enero de 2004, derogó los artículos 153 a 159 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20 de junio, dejando sin cobertura legal determinadas actividades de recuperación profesional que la Mutua viene realizando. En consonancia con lo anterior, se consideran no asumibles por la gestión del Patrimonio de la Seguridad Social, tanto los gastos como los ingresos correspondientes a los siguientes colectivos:*

-Becarios procedentes de la Fundación MAPFRE Medicina

-Accidentados de trabajo que han desarrollado curso de rehabilitación profesional sin que existiera un proceso de rehabilitación física concomitante.

*De acuerdo con lo anterior, los gastos e ingresos no asumibles han sido evaluados en las cuantías de 1.059.473,88 euros y 325.662,90 euros, respectivamente, por lo que el Patrimonio Histórico de **Fremap** debe reintegrar a la gestión del Patrimonio de la Seguridad Social el importe resultante de 733.810,98 euros". (...)*

Frente a lo argumentado por la actora, la razón de imputarlos al Patrimonio Histórico es clara, se debe a la derogación de los artículos 153 a 159 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, en aplicación de la Disposición Derogatoria Única de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. Estos artículos aparecen agrupados en las tres Secciones que formaban el Capítulo VI destinado a "Recuperación" de modo que no son asumibles por el Patrimonio de la Seguridad Social tanto los gastos como los ingresos incurridos en las actividades de recuperación profesional, relativos a los indicados colectivos, becarios procedentes de la Fundación MAPFRE Medicina y a los accidentados de trabajo que han desarrollado cursos de rehabilitación profesional sin que existiera un proceso de rehabilitación física concomitante, consecuencia todo ello de la aplicación de un texto legal que no suscita dudas de constitucionalidad a la Sala, ni tampoco lo postula la parte.

Resulta irrelevante, por lo dicho, el argumento sustentado en que en regularizaciones practicadas en sucesivas Auditorías anuales efectuadas con anterioridad no se incluyera esta materia, pues no estamos ante un cambio de criterio sino ante la aplicación obligada de la Ley.

Conviene recordar que, en todo caso, el hecho de que en ejercicios anteriores la Administración no haya realizado objeción alguna al criterio adoptado por la Mutua recurrente no lleva implícito, sin más, que se haya desvanecido la potestad de la Administración demandada para ejercitar sus facultades de comprobación por parte de la Intervención General de la Seguridad Social, de modo que no supone vulneración de los principios de seguridad jurídica o de interdicción de la arbitrariedad recogidos en el art. 9.3 de la CE, pues tal tolerancia administrativa no puede conllevar la inaplicación del principio de legalidad que rige la actuación administrativa (STS 7.5.2004 y 14.7.2004), fuera de los casos excepcionales en que la Jurisprudencia del Tribunal Supremo ha podido dar alguna relevancia a dicha tolerancia.

QUINTO En el escrito de demanda oponía la parte que no se justificaban los cálculos y cantidades que correspondían a los dos indicados colectivos, y solicitó como medio de prueba que la Administración aportara los documentos del trabajo efectuado al respecto, que ha sido admitida y cumplimentada por la Administración. Nada hay que oponer a que la Administración haya acompañado a la documentación el informe de 11 páginas, que constituye una explicación del procedimiento seguido en el cálculo, facilitando de este modo la posibilidad de oponerse de contrario, así como el rechazo de documentos aportados y sistema seguido, que podía haber llevado a cabo la demandante, incluso plantearse la conveniencia de proponer una pericial que razonadamente justificara sus discrepancias, ya que no es posible la mera negación cuando ya el informe de la Auditoría habían tratado y dado respuesta razonada a la cuestión, y no había sido objeto de comentario en el trámite de alegaciones, ni en el de audiencia (...)" .

Cumple advertir que el Tribunal Supremo en sentencia de fecha 29 de mayo de 2012 inadmitió el recurso de casación 1221/2010 que había sido interpuesto contra la anterior.

Mas también hay que tener en cuenta también la sentencia posterior de 2 de enero de 2011, que cita la Administración demandada en su escrito de contestación a la demanda y que es muy clarificadora sobre la cuestión ahora tratada, en la que se lee:

"La parte actora pretende que tales talleres deben enmarcarse dentro de la acción recuperadora, que se integra como parte de las prestaciones de la seguridad social (artículo 68 y ss LGSS). Sin embargo, el planteamiento no puede ser considerado, al objeto de poder incluir el gasto reparado en la gestión de la acción colaboradora de la seguridad social. Es cierto que las mutuas pueden establecer servicios recuperadores, destinados a la cobertura de las prestaciones incluidas en la acción protectora de la seguridad social, previa conformidad del Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales (artículo 12 del Rto. de Colaboración) y con el informe del organismo que gestiona la asistencia sanitaria en la Comunidad Autónoma. Estos servicios recuperadores se encuentran directamente vinculados a la prestación sanitaria (artículo 12.1 y 12.3 del Reglamento de Colaboración), y en este caso, estamos en presencia de actividades de formación destinadas al colectivo cubierto por la mutua y otros .

(...)

Los Artículos 153 a 159 de la Ley General de la seguridad social que contemplaban las prestaciones recuperadoras, incluidas las formativas (recuperación profesional), quedaron derogados por la letra d) de la disposición derogatoria única de la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de seguridad social (B.O.E. 11 diciembre), resultando reforzada la posición de la Administración al entender que las actuaciones llevadas a cabo deben incluirse en el marco de la formación, lo que excede de la competencia de la mutua en su actividad de colaboración (En este mismo sentido, Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª, Sentencia de 27 Enero 2010, rec. 341/2008)".

Así las cosas, y pese a reconocer que la cuestión planteada es poliédrica a la vista de los distintos pronunciamientos existentes, esta Sala y Sección ha de concluir acogiendo la tesis de la Administración demandada por las tres siguientes razones:

1ª) La improcedencia de asumir los gastos por recuperación profesional es una consecuencia que deriva de la derogación de los artículos 153 a 159 del TRLGSS.

2ª) La parte recurrente, al margen de citar la sentencia citada de 27 enero de 2010 , no menciona ningún precepto en el que se pudiera apoyar la tesis que sostiene.

3ª) Los fundamentos de la sentencia de 2 de enero de 2011 , cuyos fundamentos jurídicos que tratan de la cuestión debatida acaban de ser transcritos en una recta interpretación, como enseguida veremos, no resultan contradictorios con los de la anterior.

4ª) Que incluso partiéndose de la tesis propugnada por la parte recurrente, debería demostrarse en todo caso la conexión cierta entre el proceso rehabilitador y la actividad formativa de que se trate, en el sentido de que ésta no sólo ha de ser concomitante sino que además ha de estar estrechamente ligada al proceso rehabilitador, al que en todo caso ha de coadyuvar. Y estos extremos no aparecen cumplidamente acreditados, ya que



la documental aportada no demuestra la existencia de esa estrecha vinculación entre ambas actividades en el sentido de que la recuperación profesional resultase necesaria para el proceso de rehabilitación. Esta es, a juicio de esta Sala, la solución que proporciona incluso la sentencia en que se apoya la recurrente si se interpreta adecuadamente, pues lo que dice la misma es que no son asumibles los gastos como los ingresos incurridos en las actividades de recuperación profesional relativos a " *los accidentados de trabajo que han desarrollado cursos de rehabilitación profesional sin que existiera un proceso de rehabilitación física concomitante* ", sin llegar a establecer las consecuencias para el caso en que existiera esa rehabilitación física concomitante.

DÉCIMO CUARTO.- Abono de indemnizaciones por causa de despido: 516.348,00 €.

Sobre esta cuestión la actora hace las siguientes consideraciones con la intención de demostrar la improcedencia de ese ajuste: que la indemnización acordada se acomoda a lo establecido en el apartado 3 del artículo 76 de la Ley General de la Seguridad Social, siendo la única limitación aplicable la que el propio precepto recoge; que la Mutua puede pactar con el trabajador la indemnización por despido improcedente; que al trabajador se le ha abonado una indemnización inferior a la establecida legalmente para un despido improcedente; y que la tramitación de la incapacidad permanente del trabajador afectado es ajena a la relación laboral.

Y bien, en relación a cuestiones similares también se ha pronunciado esta Sala en muchas de sus sentencias, como en la de fecha 21 de enero de 2015 dictada en el recurso 298/2013, en la que se señala:

"SEGUNDO.- (...) El motivo del reintegro que se solicita, según se indica en los Informes del equipo auditor, es que se han abonado indemnizaciones de 45 días por año trabajado por despido declarado improcedente por la Mutua cuando, según el artículo 56.1 ET ese tipo de despido se declara por sentencia. Se pone de manifiesto que, analizados los expedientes personales de los 17 empleados, se observa que en las cartas de despido se motiva el mismo en la reordenación del personal del departamento en el que prestaba servicios cada empleado, lo cual ha de ser considerado como extinción del contrato por causas objetivas según el artículo 52 b) del Estatuto de los Trabajadores, en el cual se establece que, cuando exista la necesidad objetivamente acreditada de amortizar puestos de trabajo, por alguna de las causas previstas en el artículo 51.1 de la Ley (causas económicas, técnicas, organizativas o de producción), la extinción del contrato obedece a causas objetivas. Y el artículo 53 ET dispone que simultáneamente a la entrega de la comunicación escrita, se debe poner a disposición del trabajador la indemnización de veinte días por año de servicio, con un máximo de doce mensualidades.

La parte actora discrepa de dicha consideración y alega que ha extinguido los 17 contratos de trabajo por despido improcedente sin vulnerar lo establecido en el artículo 76.3 TRLGSS, pues las indemnizaciones satisfechas no han superado en ningún caso la indemnización de 45 días de salario por año de servicio, hasta un máximo de 42 mensualidades.

TERCERO.- Tales alegaciones no desvirtúan la procedencia de la causa de reintegro apreciada por la Administración.

El artículo 76.3 TRLGSS, dispone que: "Con cargo a recursos públicos, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad social no podrán satisfacer indemnizaciones por extinción de la relación laboral con su personal, cualesquiera que sean la forma de dicha relación y la causa de su extinción, que superen las establecidas para la relación laboral común regulada en el Estatuto de los Trabajadores".

La discrepancia reside en la indemnización procedente en este caso de las establecidas en el Estatuto de los Trabajadores, si la contemplada para el supuesto de despido improcedente, que fue la abonada por la Mutua; o la establecida para el supuesto de despido objetivo, que es la aplicada por la Administración.

Y a tales efectos, frente al hecho indiscutido que en las cartas de despido constaba como causa del mismo la reorganización del departamento, lo que sería un supuesto de despido objetivo, no puede oponerse las alegaciones de la actora de que el despido era improcedente, pues no se expresan los motivos por los que se consideró así en los 17 casos.

Esa Sala ha tenido ocasión de examinar un ajuste análogo en relación con las auditorías de otros ejercicios seguidas en relación con la misma Mutua (Sentencia de 15 de febrero de 2012 -rec.342/2010 -). Hechos por los que incluso fue sancionada en el ejercicio a que se refiere la presente auditoría, lo que fue confirmado por la Sentencia de esta Sala y Sección de 24 de octubre de 2012 (rec. 372/2012). En efecto, se indica en la sentencia que uno de los hechos sancionados por la resolución impugnada "trae por causa que en el informe provisional de auditoría de 21 de septiembre de 2010 (ejercicio 2008) se propusiese el reintegro de 17 de los 20 despidos (folio 319 y 320 del expediente), auditoría respecto de la que se ignora si se ha ordenado el reintegro de lo indebidamente imputado al patrimonio de la Seguridad Social". Y se declara que "Lo cierto es que el acto originario razona cómo lo que son más bien extinciones de relaciones laborales mutuamente acordadas,



deberían calificarse, al menos, como despidos por circunstancias objetivas pero se pactaron como despidos improcedentes; se razona la estructura del fraude consistente en acudir sistemáticamente a esos despidos basados en razones de reorganización sin la debida justificación, luego ficticios y referidos a trabajadores próximos a la jubilación, despidos que no se impugnan; y se razona el perjuicio causado a la Seguridad Social".

Así, se ha considerado que se admite que las mutuas indemnicen según el procedimiento y conceptos que estimen pertinentes, lo que no excluye que se rechace que el coste de esa libertad se impute al patrimonio de la Seguridad Social (Sentencias del Tribunal Supremo, Sala 3ª, Sección 4ª, de 3 de diciembre de 1999 y 15 de diciembre de 2003, recursos 3095/1993 y 2243/2001 , respectivamente). A lo que hay que añadir que esta Sala confirma el criterio según el cual las mutuas tienen la carga de justificar las indemnizaciones superiores o distintas a las que procederían según el mínimo deducible del ET siempre y cuando concorra la causa del despido (cf Sentencias 6 de junio de 2001 y 2 de abril de 2004 , recursos 602/2000 y 830/2003, respectivamente), necesidad que ya venía declarada por el Tribunal Supremo (cf . Sentencia Sala 3ª, Sección 4ª de 3 de marzo de 1999, recurso 3095/1993).

CUARTO.- Subsidiariamente, advierte que existe un error material en el importe ajustado. Señala que el coste de las extinciones de los contratos por causas objetivas habrían supuesto 908.124,00 € (837.006 € correspondientes a 20 días por año y 71.117 € por un mes de preaviso), por lo que el ajuste debería reducirse a 663.433,76 € ó 694.097,04 €. Aporta un cuadro explicativo de las indemnizaciones satisfechas y la indemnización que correspondería a 20 días por año más el mes de preaviso, que ya fue aportado con el recurso de reposición, pero sin documentación que avalara esos cálculos. Ahora, en vía jurisdiccional, presenta también un cuadro resumen en la que se relacionan los trabajadores afectados, con indicación de la indemnización pagada a cada uno y sus datos específicos (antigüedad, sueldo bruto anual, diario, indemnizaciones y topes; así como documentación acreditativa de los datos expuestos en el cuadro (nóminas y certificados de retenciones).

Ello no puede ser admitido, pues la Intervención realizó los cálculos en base a la documentación facilitada por la Mutua durante el procedimiento de auditoría, y si consideraba que eran erróneos, debería haber aportado los documentos acreditativos del mismo en vía administrativa a fin de que fueran valorados por la Administración, y determinara si procedía o no revisar esos cálculos.

Al no haberlo hecho así, esta Sala no puede entrar a valorar los mismos, teniendo en cuenta el carácter revisor de esta jurisdicción."

No obstante lo anterior, ha de advertiré que un criterio estimatorio respecto a las indemnizaciones derivadas de haberse pactado por mutuo acuerdo el despido improcedente fue acogido en la anterior sentencia de esta Sección de 26 de octubre de 2011 dictada en el recurso 152/2010 , en cuyo fundamento de derecho décimo segundo se decía: "También respecto de gastos de personal se estima la demanda respecto del ajuste de 176.204, 77 euros por indemnizaciones derivadas de haberse pactado por mutuo acuerdo el despido como improcedente, pues es doctrina del Tribunal Supremo reconocer una ámbito de autonomía de gestión a las Mutuas, sin que se cuestione la posibilidad de pactar el despido como improcedente. En este punto, y en los siguientes, lo que se plantea es la infracción del artículo 76. 3 LGSS cuando el importe de la indemnización excede de los límites legales, ciñéndose a tal extremo lo ajustable (cf. STS, Sección 4ª, de 3 de marzo de 1999, recurso 3095/1993 o SAN, Sección 4ª de 6 de junio de 2001, recurso 602/2000 y 29 de Junio del 2005, recurso 52/2004).

Pero la propia sentencia, en su fundamento décimo cuarto, trata en sentido desestimatorio el supuesto del despido de un trabajador que estaba próximo a su jubilación, señalando: "Se desestima la demanda respecto del ajuste de 134.098,54 euros de indemnización por despido unos meses antes de la jubilación, pues en este caso no obra el contrato ni consta la causa del despido, ni la razón por la que no se esperó a la jubilación. En cuanto a lo alegado por la actora sobre la inexistencia de jubilación forzosa, esta Sala, Sección 4ª, en Sentencia de 8 de noviembre de 2000 (recurso 1062/1999), confirmó el ajuste referido a la indemnización de un trabajador de 67 años despedido cuando por convenio se pactó que a los 65 años podía optar por la jubilación o decidirlo la empresa."

Así las cosas, ha de reconocerse, tanto conforme a lo dispuesto en el artículo 76.3 del TRLGSS como a lo razonado en la anterior sentencia, que la Mutua puede efectivamente pactar con el trabajador la indemnización por despido improcedente, mas sin poder cargar a los recursos públicos las indemnizaciones por extinción de la relación laboral con su personal, cualesquiera que sean la forma de dicha relación y la causa de su extinción, que superen las establecidas para la relación laboral común. Ahora bien, sucede en nuestro supuesto que la existencia del despido es coetánea a la tramitación de un expediente por incapacidad permanente del trabajador afectado, siendo difícil de creer, si se acude a las presunciones ad hominem, que la Mutua no tuviera conocimiento de dicha circunstancia si se repara en el hecho de que tenía la misma cubierta la prestación de incapacidad temporal por contingencia común, aunque la resolución de la pensión se le comunicase con posterioridad al despido; y debiendo además tenerse en cuenta que existía un alta con informe propuesta que



se entrega al trabajador el 2 de octubre de **2007**, esto es un día antes de que el despido tuviera lugar, teniendo dicho trabajador la obligación de entregar el parte de alta dentro de las 24 horas siguientes.

En este sentido significaremos que este supuesto es análogo al de la sentencia transcrita referida al despido de un trabajador próximo a la edad de jubilación, sin que pueda comprenderse la razón por la que la Mutua no esperó a la finalización del expediente para no tener que realizar el despido.

Por tales razones, en definitiva, habrá de desestimarse este particular de la demanda, pese a que la indemnización pactada fuera inferior a la establecida legalmente pues no pueden obviarse las circunstancias que acaban de ser apuntadas.

DÉCIMO QUINTO.- Entrega de botiquines a empresas autoaseguradoras, empresas no identificadas por la mutua y empresas sin trabajadores: el importe de 761.211,98 euros .

En relación a este concepto la explicación se encuentra en el apartado V.1.2.- Cumplimiento de la legalidad (página 113 del informe definitivo, en el que se expresa que el actor "*incumple lo dispuesto en los artículos 1 y 2 de la Orden TAS/2947/2007 de 8 de octubre, al haber facilitado botiquines a empresas autoaseguradoras; además, en los ficheros facilitados por la Mutua figuran entregas sin identificación de la empresa beneficiaria y otras realizadas a empresas que constan en el registro de la Mutua con cero trabajadores. Dicho incumplimiento es causa de que haya de ser considerado no asumible por el Sistema de la Seguridad Social de, al menos, 761.211,98 €, que deberá ser resarcido con fondos ajenos a dicha Gestión*".

En la demanda respecto a este concepto se distinguen las siguientes partidas:

a) **Botiquines a empresas autoaseguradoras por importe de 397.526,37 euros** ; impugnándose el ajuste sólo en cuanto la cifra fijada no se corresponde con la suma de los mismos que consta en el detalle archivo Excel denominado "*contraste con autoaseguradoras, fichero coincidente con SI*", dentro del "APARTADO C) BOTIQUINES, del que se le dio traslado mediante diligencia de ordenación de 23 de mayo de 2014, que sería el que debería ser objeto de reintegro y que asciende a 394.782,15 euros.

b) **Botiquines suministrados a las empresas que carecían de trabajadores por 266.624,12 euros** ; respecto de los que se aduce que no consta en el expediente administrativo ni en los sucesivos complementos el detalle de los importes objeto de ajuste, pudiéndose haber debido el error al hecho de que el equipo auditor había cruzado datos de afiliación no coincidentes en el momento del suministro, en que las concretas empresas contarían con trabajadores dados de alta que sin embargo no lo estaban cuando se llevaron a cabo las actuaciones de auditoría.

c) Y **los botiquines en que no consta la identificación de las empresas beneficiarias** ; señalándose que dicha carencia de identificación sólo podía responder al hecho de que el suministro se hiciera en mano por el personal de la Mutua pero recibándose previamente en los centros asistenciales, así como a errores de imputación contabilizándose como armarios-dotaciones cuando realmente se trata de suministros de material de farmacia o parafarmacia del propio centro asistencial; mas al carecerse de la información detallada del ajuste no se tiene la posibilidad de acreditar tal alegación respecto a cada uno de los botiquines, cuyo ajuste practicado asciende a 97.061,98 euros.

Pues bien, en la sentencia de fecha 16 de diciembre de 2015 dictada en el recurso contencioso-administrativo nº 568/2014 se trató de una problemática análoga, razonándose en su fundamento jurídico décimo lo que sigue:

" Se impugna también el ajuste relativo a la entrega por la Mutua de botiquines a empresas auto-aseguradoras, al infringir lo dispuesto en los artículos 5 y 8 de la Orden de 25 de noviembre de 1966, por la que se regula la colaboración de las empresas en la gestión de la Seguridad social, modificada por la Orden de 20 de abril de 1998.

En relación con este ajuste, señala la Mutua que en el informe de auditoría no se ha tenido en cuenta que las dos empresas auto-aseguradoras a que se refiere... cuentan con varias patronales, y no todas son auto-aseguradoras, por lo que éstas sí tienen derecho a que les sea suministrado por MAZ los correspondientes botiquines.

La Abogacía del Estado señala que en relación con estos botiquines suministrados a empresas auto-aseguradoras por importe de 1.105,22 €, se corresponde exclusivamente con los botiquines suministrados a 4 de los CCCs de la empresa EXIDE TECHNOLOGIES, S.A, que son colaboradores en la gestión de la asistencia sanitaria de conformidad con lo establecido en el artículo 77.1 del RRLGSS, la cual es reconocida por la Mutua: 13/393275, 19/1980545, 28/395353 y 50/81228.

Y frente a esta alegación, la parte actora no ha justificado que el importe reclamado corresponda a patronales que no son auto aseguradoras, pues ella misma reconoce su imposibilidad de identificar las cuantías que



corresponderían a las mismas. Por tanto, se estima que no se han desvirtuado las consideraciones de los informes de auditoría, que se recogen en la resolución impugnada, debiendo desestimarse el motivo."

Pues bien, y respondiendo a estas alegaciones, ha de distinguirse en función de cada uno de los supuestos:

a) En cuanto a los botiquines entregados a empresas autoaseguradoras por importe de 397.526,37 euros, en que no se discute el motivo de reintegro sino tan sólo se discrepa de la cifra fijada, se trata en cualquier caso de un argumento que ha de ser desestimado por cuanto la Mutua no acredita mediante una prueba adecuada la corrección de los cálculos que ella realiza.

b) En lo que hace a los botiquines suministrados a las empresas que carecen de trabajadores por la cifra de 266.624,12 euros, a las afirmaciones de la demanda cabe contrarrestar la explicación dada por la Administración en su escrito de contestación: *"la IGSS sobre la tabla "botiquines" que consta en el expediente administrativo, filtró la columna "CCC" con valor nulo. Dando como resultado una tabla con el importe de 97.061,49 €, tal y como figura en la Resolución de la Secretaría de Estado"*. Por tanto no podrá reprocharse a la actividad administrativa impugnada en este punto una falta de justificación, ya que, y aun cuando ciertamente pudiera no ser todo lo explícita que debiera, sucede que ante la existencia de esos datos tenidos en cuenta le era dable a la recurrente, puesto que se trata de acreditar un gasto por una causa muy concreta (entrega de botiquines), demostrar la justificación de todos y cada uno de los botiquines que pretendía imputar.

c) Por último, en lo que atañe a los botiquines respecto de los que no consta la identificación de las empresas beneficiaria, adviértase que la propia recurrente reconoce implícitamente que dichas carencias en la acreditación de tales beneficiarias se deben a causas a ella imputable, con lo que sus alegaciones acerca de que carecía de la información detallada del ajuste acordado se desvanecen. Por lo tanto también aquí le era factible a la entidad actora demostrar cuáles serían tales entregas de botiquines en las que padeció el error que alega.

DÉCIMO SEXTO.- Sanción de la Comunidad de Madrid por importe de 3.005,07 euros.

En este punto las alegaciones de la demanda, que no tienen oposición en la contestación, se refieren fundamentalmente a la procedencia del pago de la misma con cargo a las reservas estatutarias a tenor de lo previsto en el artículo 66.3 del Reglamento de Colaboración de la Mutuas y el artículo 32 de los Estatutos de la recurrente aprobados por el Ministerio de Empleo.

En el apartado V.1.2 del Informe Definitivo de la Intervención General de la Seguridad Social (página 113) se justifica este ajuste señalando: *"La Consejería de Sanidad y Consumo de la Comunidad de Madrid impuso a **FREMAP** una sanción de 3.005,07 €, como consecuencia de una infracción grave al poner en funcionamiento, sin la autorización sanitaria correspondiente, el centro de Arroyomolinos-Móstoles (Madrid). Dicho importe, imputado indebidamente a las Reservas estatutarias, debe ser reintegrado con fondos ajenos al Sistema de la Seguridad Social"*.

Pues bien, en la sentencia de esta Sala y Sección de 5 de febrero de 2014 dictada en el Recurso 95/2013 se rechazaba un argumento parecido referido asimismo a la imposibilidad de financiar con cargo a los recursos que formen parte del patrimonio de la Seguridad Social el importe de las sanciones impuestas a las Mutuas por infracciones derivadas de su colaboración en la gestión de la Seguridad Social, razonándose lo que sigue:

"...como se pone de manifiesto en la resolución de la Secretaría de Estado de Seguridad Social, no puede admitirse tal cancelación con cargo a reservas voluntarias, pues de conformidad con el apartado 41 del artículo 76 de la LGSS, introducido por la Disposición Final Octava de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2008, el abono del importe de las sanciones impuestas a las Mutuas por infracciones derivadas de su colaboración en la gestión de la Seguridad Social no podrán ser financiadas con cargo a recursos que formen parte del patrimonio de la Seguridad Social."

La parte actora se apoya principalmente en lo dispuesto en el artículo 66.3 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, que en la redacción anterior a la reforma de 17 de noviembre de 2011, que es la resulta ahora aplicable, establecía: *"El exceso de excedentes que resulte de la gestión, una vez cubiertas la provisión y las reservas obligatorias previstas en este Reglamento, será distribuido de la siguiente forma:...*

3. Un 10 por 100 a la constitución de las reservas voluntarias estatutariamente previstas o, en su defecto, a la finalidad señalada en el apartado anterior.

Las reservas voluntarias, en el caso de que no sea necesario aplicarlas para compensar resultados deficitarios o para dotación de la provisión y reservas obligatorias, conforme a lo dispuesto en este Reglamento, se destinarán a las finalidades previstas en los estatutos de cada entidad, debidamente aprobados por el Ministerio de Trabajo



y Asuntos Sociales, pudiendo comprenderse entre dichas finalidades el pago de cualquier tipo de sanción económica que le sea impuesta a la entidad, la compensación de los excesos que puedan producirse sobre el límite máximo establecido para los gastos de administración, la financiación de beneficios otorgados a los accidentados y complementarios de las prestaciones reglamentarias dispensadas por la Mutua, pero que no forman parte de la acción protectora de la Seguridad Social, así como la financiación de acciones específicas en materia de seguridad y salud laboral, respecto de las empresas asociadas. En este último supuesto, las acciones concretas que pretendan llevarse a cabo requerirán de la autorización previa del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. "

En este sentido, es en la Disposición Final Octava de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2008, en la que se establece que el abono del importe de las sanciones impuestas a las Mutuas por infracciones derivadas de su colaboración en la gestión de la Seguridad Social no podrán ser financiadas con cargo a recursos que formen parte del patrimonio de la Seguridad Social, que entró en vigor el 1 de enero de 2008.

Ahora bien, en la sentencia de esta Sala de 3 de febrero de 2016 (Recurso 56/2014) descartábamos la posibilidad de asumir estos gastos con cargo al patrimonio de la Seguridad Social incluso antes de la entrada en vigor de dicha disposición, razonándose en pro de ello:

"El siguiente se refiere al abono de una sanción como consecuencia del levantamiento de un acta por la Inspección de Trabajo y seguridad social. Afirma que se ha realizado una indebida interpretación del artículo 76.4 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la seguridad social (BOE de 29 de junio), que se incorpora por primera vez por la disposición octava de la Ley 51/2007, con efectos a partir de 1 de enero de 2008, cuando los hechos sancionados tuvieron lugar en el 2006. Sostiene que se producido una aplicación retroactiva de la norma.

No hay aplicación retroactiva de la norma en la medida que los hechos fueron sancionados conforme a la legalidad vigente en que los hechos tuvieron lugar. Este extremo no se discute. Lo que pretende la actora es que las consecuencias de su propia falta de diligencia o incumplimiento legal sean soportadas a costa del patrimonio de la seguridad social, y esto resulta inviable antes y después de la reforma que invoca.

Partimos de que la sanción es consecuencia de la responsabilidad personal y directa imputable a su infractor no trasladable, como gasto, al patrimonio de la seguridad social. Las infracciones, malas praxis o incumplimientos de la mutua, que han sido merecedores del correspondiente reproche, no pueden ser trasladadas a un tercero, es el infractor el que debe soportar y padecer las consecuencias de estas acciones u omisiones. Esta idea no es exclusiva de esta disciplina, en el ámbito tributario, las sanciones por infracciones cometidas por una entidad no tienen la condición de gasto deducible en el impuesto sobre sociedades, a la hora de determinar su base imponible.

El que, blanco sobre negro, se recoja expresamente tras la reforma llevada a cabo por la disposición final octava de la Ley 51/2007, de 26 de diciembre de Presupuestos Generales del Estado para 2008 (BOE de 27 de diciembre), en el apartado 4 del artículo 76 del Texto Refundido de la Ley General de la seguridad social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, le da mayor seguridad jurídica, pero no significa que antes no le fueran exigibles a la mutua el cumplimiento y pago, a su costa, de sus propios incumplimientos."

Por todas las razones expresadas en esa sentencia procederá rechazar este motivo.

DÉCIMO SÉPTIMO.- Asistencia sanitaria dispensadas a trabajadores de empresas colaboradoras, no facturada o facturada por importe inferior al que correspondía, por importe de 3.080.275,28 €.

La motivación de este ajuste radica en que se ha producido una infravaloración en el importe indicado, que deberá contabilizarse en la cuenta de ingresos de **FREMAP** a 31 de diciembre de 2008. Con ello no está conforme la parte demandante, quien advierte que dicha partida no aparece reflejada en el Anexo VII del Informe Definitivo denominado "Resumen importes a reintegrar con fondos ajenos a la gestión de la seguridad social", cuya cantidad total asciende a 14.023.600,94 euros correspondiente al resto de partidas reflejadas en la resolución recurrida; aduciendo además que el ajuste acordado vulnera lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 34.6 del Real Decreto 706//1997, por el que se desarrolla el régimen de control interno de la Intervención General de la Seguridad Social.

Y subsidiariamente, para el hipotético supuesto de que sean rechazados los argumentos respecto al total del importe, entiende que deben ser en todo caso minorados por los motivos que ya se adujeran en es el escrito de alegaciones al Informe provisional y posterior recurso de reposición, que son los siguientes:

a) **Asistencias sanitarias prestadas en 2007**. En este sentido se discrepa de que en el importe se comprendan las asistencias prestadas en los años 2006, **2007** y 2008 cuando sólo debió ser objeto de ajuste el ejercicio



auditado -el **2007**- en que el importe de las asistencias asciende a 1.655.180,82 euros, por cuanto podría suponer una duplicidad del importe ajustado y un enriquecimiento injusto del Patrimonio de la Seguridad Social en perjuicio del Histórico de **FREMAP**. Incluso dicho importe sería erróneo pues se realiza el cálculo aplicando las tarifas del Convenio UNESPA que no se consideran aceptables por la Auditoría, debiendo aplicarse las tarifas aprobadas mediante la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 4 de enero de 1982 (documento 35 de la demanda).

b) **Procesos no facturados** . Se alega sobre ello que deberán excluirse los importes de los procesos sanitarios que no pudieron facturarse al tratarse de actos médicos que debe asumir la Mutua como entidad colaboradora de la Seguridad Social, considerando que procede en concreto anular los siguientes ajustes:

- 316.609,45 euros correspondientes a actos médicos de control y seguimiento de los procesos de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, en aquellos supuestos en que las empresas tengan cubierta dicha contingencia con la Mutua actora, en tanto entran dentro de su ámbito de actuación conforme a lo previsto en el artículo 80.1 y 83 del Reglamento de Colaboración .

- 465,83 euros correspondientes a actos médicos relativos a trabajadores autónomos, pues no procede facturar los actos derivados del control y seguimiento de la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes cuando estos tuvieran cubierta dicha contingencia.

- 188 euros por asistencia sanitaria prestada a trabajadores de **FREMAP**, ya que se reconoce el derecho a la misma en el convenio colectivo de aplicación.

En todos los casos se aportan pantallazos de las bases de datos de la Seguridad Social.

c) **Procesos facturados** . Se dice que el reintegro acordado por las asistencias sanitarias facturadas se ha calculado de manera errónea por la Intervención General de la Seguridad Social, pues el equipo auditor realiza el cálculo sobre la diferencia existente entre las tarifas que aplica **FREMAP** y las derivadas del Convenio UNESPA, a pesar de afirmarse que su aplicación no es admitida por la Auditoría; y que de proceder este ajuste habría de hacerse aplicando las tarifas aprobadas mediante la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 4 de enero de 1982 (documento 35 de la demanda).

Ahora bien, ninguna de tales alegaciones son suficientes para altear el ajuste practicado si se atiende a las siguientes consideraciones:

1ª) En el Informe adicional definitivo se expresó, en su página 119, la incidencia señalada, expresándose que: *"En el Informe Definitivo de Auditoría de las Cuentas Anuales de la gestión del Patrimonio de la Seguridad Social, se puso de manifiesto que los ingresos reflejados en la Cuenta del Resultado Económico-Patrimonial de **FREMAP** se encontraban infravalorados como consecuencia de la facturación no emitida por prestación de asistencia sanitaria a trabajadores de empresas que son colaboradoras de la Seguridad Social en virtud de lo establecido en el artículo 77 del Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social . Con posterioridad a la emisión del citado informe se han realizado procedimientos de auditoría relacionados con los servicios prestados a nueve empresas autoaseguradoras, habiéndose podido determinar, según se detalla en el apartado IV.12 "Ingresos" de este informe, que la Mutua ha concedido a dichas empresas un trato de favor que se traduce en que el Sistema de la Seguridad Social ha dejado de ingresar, por este concepto, a 31 de diciembre de 2008, un total de 3.080.275,28 €"* . Incluso la actora hace referencia a esta circunstancia en sus alegaciones al informe de cuentas, por lo que no se le ha irrogado ninguna indefensión.

2ª) Que como bien argumenta la Administración demandada, es lo cierto que el trato de favor dispensado a determinadas empresas ha supuesto una infravaloración de la facturación de la asistencia sanitaria que no puede repercutirse a la Seguridad Social, incluyéndose las obligaciones indebidamente asumidas por el citado Patrimonio, que por tanto deben ser objeto de reintegro.

3ª) En cuanto al hecho de que se incluyen las asistencias prestadas en ejercicios distintos del auditado, señalaremos que el reintegro se corresponde con asistencias prestadas en los ejercicios 2006 y **2007** no facturadas a 31 de diciembre de **2007**, esto es, los estados financieros a 31 de diciembre de **2007** resultan afectados por el hecho de no haberse facturado las asistencias en los años 2006 y **2007**; siendo que este criterio ha sido admitido como correcto en varias sentencias de esta Sala, como es la de fecha 4 de junio de 2003 (Recurso número 605/2001), en la que se argumentaba:

"Efectivamente, como pone de manifiesto la resolución impugnada el mandato de auditoria no solo se circunscribe al ejercicio 1997, sino también a los estados financieros de la entidad a 31 de diciembre de 1997, y es patente que los estados financieros arrojados por la contabilidad a tal fecha no pueden separarse de las operaciones que han conducido a los mismos, correspondan tales operaciones al ejercicio corriente o a los precedentes. Las imputaciones contables de ejercicios precedentes que el informe de auditoría contiene, lo que



significan es la constatación de estados financieros actuales incorrectos con vistas a su corrección, poniendo de manifiesto al propio tiempo, el origen de las deficiencias detectadas y a corregir."

4ª) En lo que hace a la aplicación de las tarifas pertinentes, diremos que la aplicación de las tarifas del Convenio UNESPA simplemente significa que se está utilizando como un criterio razonable de valoración, sin que quepa oponer las previsiones de la Orden de 4 de enero de 1982 por cuanto no las aplicó la Mutua en el proceso de facturación, y sin que tampoco en este proceso haya propuesto un cálculo alternativo que arrojarase una cifra más beneficiosa para ella como consecuencia de la aplicación de tal disposición.

5ª) Por último, respecto a los actos médicos de control y seguimiento de los procesos de ITCC, diremos, para rechazar el argumento, que conforme a lo previsto en el artículo 82 del Reglamento de Colaboración la asistencia sanitaria en estos casos sólo está prevista para las actuaciones sanitarias de urgencia, en que es preciso que se cumplan una serie de requisitos (transcurso de quince días desde la baja, consentimiento informado del trabajador y autorización del Servicio Público de Salud), extremos sobre los que nada se aduce en la demanda.

DÉCIMO OCTAVO.- Procede, pues, estimar parcialmente el recurso, en los términos que se derivan de los anteriores fundamentos jurídicos, debiendo en consecuencia anularse los siguientes ajustes practicados en la resolución recurrida: a) la retribución de los colaboradores al 1%, que se anula con la ordenación a la vez de la retroacción de actuaciones para que la Administración demandada recalculase este ajuste en función de la documentación efectivamente aportada por la parte recurrente; b) el ajuste practicado por los pagos efectuados a Aureliano por importe de 2.632,36 €; c) el correspondiente al CENTRO MÉDICO DE CHEQUEOS MAPFRE por la cifra de 8.423,94 €; d) el ajuste practicado por la causa de " *Insuficiente soporte documental deltas* ", que se reduce en 1.142,82 euros, quedando así en 7.281,12 euros; e) el gasto por el concepto de COMUNICACIÓN, EVENTO, S.L., que asciende a 44.962 €; f) el de AREA MAIL por 5.382 €; y g) el importe de 28.168,10 € correspondiente a 62 equipos informáticos.

DÉCIMO NOVENO.- La estimación parcial de las pretensiones deducidas determina, de conformidad con el artículo 139 de la Ley Jurisdiccional, que no proceda la imposición de las costas causadas en este juicio a ninguna de las partes.

VISTOS los preceptos constitucionales y legales citados y los demás de general y pertinente aplicación;

FALLAMOS

1º.- ESTIMAR PARCIALMENTE el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la representación de **FREMAP**, Mutua de Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales nº 61, contra la resolución impugnada en los presentes autos y expresada en el fundamento jurídico primero, anulándose parcialmente la misma por no ser conforme a Derecho, en los términos declarados en el fundamento de derecho décimo octavo de esta sentencia.

2º.- DESESTIMAR el recurso contencioso-administrativo en cuanto a las demás pretensiones de la demanda.

3º.- No efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas.

Notifíquese la presente resolución a las partes en la forma prevenida por la Ley, haciéndoles saber que contra la misma cabe preparar ante esta Sala, para ante el Tribunal Supremo, recurso de casación ordinario, dentro del plazo de diez días a contar desde el siguiente al de su notificación; debiendo llevarse testimonio de la misma a los autos principales.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior sentencia por el Señor Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia el día de su pronunciamiento, de lo que como Secretario doy fe.