



Roj: **STSJ M 9380/2013 - ECLI: ES:TSJM:2013:9380**

Id Cendoj: **28079340042013100195**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **09/04/2013**

Nº de Recurso: **19/2013**

Nº de Resolución: **190/2013**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

SALA DE LO SOCIAL-SECCIÓN 4ª- (C/ GENERAL MARTÍNEZ CAMPOS, 27)

N.I.G: 28079 4 0048908 /2011, **MODELO:** 46050

DEMANDA nº 19/2013

Materia: Impugnación de resolución administrativa sancionadora

Demandante: **FREMAP**, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61

Demandado: SECRETARIA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL (Ministerio de Empleo y Seguridad Social) J.S.

Sentencia número: 190/2013

Ilmas. Sras.

Dª MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES

Dª MARÍA DEL CARMEN PRIETO FERNÁNDEZ

Dª CONCEPCIÓN MORALES VALLEZ

En MADRID a 9 de Abril de 2013, habiendo visto las presentes actuaciones la Sección 4ª de la Sala de lo Social de este Tribunal Superior de Justicia, compuesta por las Ilmas. Sras. citadas, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE

EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la demanda registrada bajo el nº **19/2013** interpuesta por el Sr. Letrado D. Ángel Vallejo Orte en nombre y representación de **FREMAP**, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61, contra la SECRETARIA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL (Ministerio de Empleo y Seguridad Social) sobre Impugnación de resolución administrativa sancionadora, ha sido Magistrado-Ponente la Ilma. Sra. Dª MARÍA LUZ GARCÍA PAREDES.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- En fecha 30 de enero de 2013 se presentó escrito de demanda en el Registro de este Tribunal Superior de Justicia por el Sr. Letrado D. Ángel Vallejo Orte en nombre y representación de la Mutua **FREMAP**, con entrada en esta Sección de Sala el 31 de enero de 2013.

SEGUNDO.- Por Decreto de la Secretaria Judicial, de fecha 4 de febrero de 2013, se admitió a trámite la mencionada demanda y se señaló para el acto del juicio el día 14 de marzo de 2013.

En el acto de juicio comparecieron ambas partes, ratificándose la parte demandante en su escrito de demanda y oponiéndose la parte demandada; proponiéndose por ambas partes como medio de prueba, documental; siendo reconocida respectivamente por las partes, declarándose pertinentes por SSª y elevándose las conclusiones a definitivas, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación de estos autos se han observado todas las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- JUNTAS ASESORAS.

El art. 27 de los Estatutos de la Mutua demandante regula la Junta Asesora Empresarial, cuya finalidad es la de prestar asesoramiento y consejo a la Junta Directiva sobre materias o decisiones que, por su especial importancia sean sometidas a su consideración.

Se componen de 30 miembros designados por aquellas de entre las empresas asociadas, cuyo nombramiento será por dos años. Se reunirán cuantas veces lo considere necesario la Junta Directiva y, al menos, una vez al año dentro de los cuatro primeros meses, para recibir información y dé su parecer sobre los resultados y aspectos más relevantes de la actividad de la Entidad durante el ejercicio anterior.

La Junta Directiva podrá designar Juntas Asesoras Regionales, cuya composición y funciones, limitadas a su ámbito territorial, serán las mismas que corresponden a la Junta Asesora Nacional de acuerdos con los Estatutos.

B. En el año 2008 se convocaron Juntas Asesoras Nacionales y Regionales en Castilla-León, Cataluña, Extremadura, Galicia, Baleares, Levante, Norte, Canarias, Asturias, Cantabria, Murcia, Castilla La Mancha, Andalucía, siendo abonado por la asistencia a las mismas un importe de 93.871,35 euros, a razón de 558,5 euros por sesión.

C. En el año 2009 se convocaron Juntas Asesoras Regionales en Castilla-León, Cataluña, Extremadura, Galicia, Baleares, Madrid, Valencia, Aragón, Canarias, Asturias, Cantabria, Murcia, Castilla La Mancha, Andalucía, siendo abonado por la asistencia a las mismas un importe de 116.679.69 euros.

D. En el año 2010 no se han retribuido las asistencias a las Juntas Asesoras.

SEGUNDO.- EXTINCCIONES DE CONTRATOS.

D. Carlos Miguel comenzó a prestar servicios para la Mutua demandante el 1 de julio de 1972. El día 28 de julio de 2008, cuando ocupaba un puesto como Director de Prevención, con un coste salarial de 126.549,32 euros anuales, es despedido por "disminución continuada y voluntaria del rendimiento pactado".

El 14 de agosto de 2008 se celebra el acto de conciliación, previo a la vía judicial, en donde la Mutua reconoce la improcedencia del **despido** y ofrece la cantidad de 436.307,98 euros, siendo 420.000 euros correspondientes a la indemnización.

El trabajador percibe desde el 15 de agosto de 2008 prestación por desempleo hasta el 1 de febrero de 2010 en que pasa a situación de jubilación.

B. D. Víctor Manuel fue contratado por la Mutua el 28 de enero de 2008, como Director de Comunicación, con un salario de 100.000 euros anuales como fijo y 15.000 euros anuales como variable. En el contrato se reconoce su antigüedad en una anterior empresa que data de abril de 1998.

El 28 de julio de 2008, tras seis meses de servicios, es despedido por "disminución continuada y voluntaria del rendimiento pactado". Se impugna en vía judicial dictándose sentencia en la que se condena a la Mutua al abono de 154.635,94 euros como indemnización por **despido** improcedentes, más los salarios de tramitación lo que sumado alcanzaba la cifra de 233.155,30 euros.

C. Dª Concepción es contratada por la Mutua el 23 de junio de 2008, como Directora de Grandes Clientes, con un sueldo de 124.400 euros como fijo y 15.000 euros de variable.



El 21 de noviembre de 2008, tras cinco meses de servicios, se le comunica el **despido** por "disminución continuada y voluntaria del rendimiento pactado" reconociendo en el mismo momento la improcedencia del **despido** y ofreciendo a la trabajadora la cantidad de 7.375,42 euros como indemnización y 33.572,90 euros como liquidación en la que se incluyen 31.000 euros en concepto de indemnización por falta de preaviso que se pactó en el contrato.

TERCERO.- El 22 de noviembre de 2011 se incoó expediente de sanción frente a la Mutua, con base en el acta de infracción en materia de Seguridad Social que proponía como sanción un importe de 25.001 euros por no aplicación del patrimonio al fin social, al abonar indebido de cantidades en concepto de asistencia a reuniones de los órganos de la Mutua, y uso indebido de los fondos de la Seguridad Social, al abonar indemnizaciones por **despido** con base en actuaciones inadecuadas.

CUARTO.- El 1 de junio de 2012 es notificado a la Mutua la resolución de 28 de mayo de 2012, de la Dirección General de Ordenación del a Seguridad Social, en la que se confirma el Acta de Infracción, contra la que se interpuso recurso de alzada ante el Secretario de Estado de Seguridad Social sin que, transcurridos tres meses para resolver, se hubiera dictado resolución expresa.

QUINTO.- La parte actora planteó demanda en impugnación de la resolución administrativa que, por silencio administrativo, viene a desestimar el recurso de alzada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos probados de la presente resolución son hechos conformes sobre los que las partes no han cuestionado la realidad de su existencia sino el alcance jurídico que a los mismos se debe otorgar en relación con la decisión administrativa que, dictada en expediente de sanción, ha venido a imponer a la Mutua demandante las sanciones objeto del proceso y que la parte actora solicita se dejen sin efecto o, en su caso, se minore su importe.

Según criterio jurisprudencial, "*...Teniendo en cuenta que la potestad sancionadora de la Administración goza de análoga naturaleza que la potestad penal, se sigue de ello que en el ámbito de la responsabilidad administrativa no basta con que la conducta reúna las notas de antijuridicidad y tipicidad, sino que, además, es necesaria la nota de culpabilidad, pues nadie puede ser condenado o sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados a título de dolo o culpa (Sala del artículo 61 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1990)*" (STS, Sala 3ª, de Sentencia de 14 de julio de 1.998, Recurso 1981/1994).

Igualmente, se ha dicho, con base en el artículo 25.1 de la Constitución, que nadie puede ser condenado o sancionado sino por hechos que le puedan ser imputados a título de dolo o culpa (principio de culpabilidad), y que podrán ser sancionados por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas que resulten responsables de los mismos aun a título de simple inobservancia, conforme dispone el art 130 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (SSTS, Sala 3ª, de 9 de julio de 1.998, 30 de octubre de 2009, en materia de régimen sancionador administrativo), es decir, al menos se exige culpa leve, imprescindible para que la realización de la conducta tipificada en la norma conduzca a la imposición de la sanción correspondiente.

Por su parte, la doctrina judicial viene diciendo que "*Es, por tanto, la culpa levísima, y no la negligencia leve, el criterio básico determinante de la responsabilidad subjetiva en el ámbito del derecho administrativo sancionador. Y ello, sin perjuicio de que, en determinados ámbitos administrativos (por ejemplo, en el campo de la infracción tributaria, por prescripción del artículo 77.1 de la LGT, quede excluida la culpa levísima y sólo sean sancionables, en cuanto constitutivas de infracción, las acciones u omisiones tipificadas en las normas en las que, al menos, no se haya puesto la diligencia media)*" (STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 26 de junio de 2009, R. 1199/2006).

Además y para el caso que nos ocupa, según criterio judicial "*Las mutuas están sujetas a la dirección y tutela de la Administración demandada. El ejercicio de tal potestad exige delimitar y precisar para el caso de control financiero, hasta dónde es suficiente la emisión recomendaciones o de actos de gravamen encaminados a corregir irregularidades o deficiencias en la contabilidad, gestión y administración y cuándo - en lo que aquí interesa- además, puede ejercerse la potestad sancionadora. Como manifestación que es tal potestad del poder represivo del Estado, no basta con la existencia de una irregularidad objetiva y probada, sino que debe razonarse la concurrencia de unas circunstancias que justifiquen que se añada a la regularización puramente económica el castigo, lo que exige indagar y precisar unos estándares normativos. Del Reglamento sobre Colaboración se deduce que ese criterio o estándar es el de "gravedad" (cf. artículo 59), concepto también indeterminado que exige una segunda concreción para apreciar el elemento culpabilístico. Tratándose entidades sujetas a una relación de sujeción especial por razón de su fin social y por estar sujetas a tutela, cabe presumir de las*



mismas un perfecto conocimiento de la normativa que regula su función colaboradora. Por tanto, como no basta para sancionar la constancia objetiva de una irregularidad ni la simple discrepancia en la interpretación de una norma o de un criterio contable, habrá gravedad tanto por la cuantía del perjuicio como por tratarse de irregularidades manifiestas o que han motivado reiterados ajustes, que vayan contra criterios consolidados de la propia Administración y confirmados por los tribunales o que haya motivado advertencias de Tribunal de Cuentas (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de Octubre del 2012, Recurso: 372/2012).

SEGUNDO.- Entrando a resolver la primera de las infracciones apreciadas debemos confirmar la decisión administrativa por las razones que seguidamente pasamos a exponer.

Como bien se reconoce por la parte actora, las Juntas Asesoras, Nacional y Regionales, no están contempladas en la Ley General de la Seguridad Social (artículos 68 a 76) ni en el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre , por el que se aprueba el Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidente de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, como órganos de gobierno y participación de las Entidades Colaboradoras. Así en el artículo 36, en relación con el artículo 20.1.1ª f) del citado Reglamento dispone que "Los órganos colegiados de gobierno de las Mutuas serán la Junta general y la Junta directiva", que deberán constar en los Estatutos, tal y como dispone el artículo 20.1 f) al decir que en ellos se consignará necesariamente, en cuanto a su régimen jurídico, el siguiente extremo: " f) *Normas de gobierno y funcionamiento interior de la entidad, detallando el número de miembros que han de componer sus Juntas directivas; así como las atribuciones, régimen de incompatibilidades, nombramiento, remoción y sustitución de aquéllos y del Director Gerente; las facultades reservadas a las Juntas generales; los requisitos que han de observarse en la convocatoria de las Juntas directivas y generales, según revistan carácter ordinario o extraordinario, las formas de representación y las condiciones exigidas para la validez de los acuerdos*". Y en cuanto al régimen económico-administrativo el siguiente, según su apartado 3 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*".

Es cierto que aquellas Juntas están previstas en los Estatutos de la Mutua pero ni son órganos reglamentarios ni ello implica, en principio, que su régimen retributivo tenga cobertura legal o reglamentaria de tipo alguno. Reglamentariamente solo se admiten las compensaciones por la asistencia a las reuniones en caso de que lo sean por acudir a la Junta Directiva pero no está prevista que a nivel estatutario pueda contemplarse un régimen de compensación económica respecto de otros órganos que no son de gobierno.

El hecho de que los asociados con cargos **directivos** no tenga retribución de clase alguna por su gestión, salvo la compensación por asistir a las reuniones de la Junta Directiva, ciertamente supone una excepción que afecta al régimen retributivo lo que significa, necesariamente, que solo aquellas reuniones deban ser compensadas cuando se asisten a las mismas. Similares términos se contemplan en el mismo preceptos respecto de las otras Comisiones que, como órganos de participación se recogen en el artículo 32 del Reglamento, de manera que, en principio, la norma solo parece regular en esos concretos términos el régimen de compensación para los órganos de gobierno y de participación pero no para otros.

Es cierto que ni legal ni reglamentariamente está prohibida la creación de otros órganos en las Mutuas. Y de hecho en este caso no se cuestiona la válida constitución de las mismas sino su régimen de compensación por asistir a sus reuniones y no cabe entender que las previsiones de régimen organizativo que contemplen los estatutos puedan tener igual trato, sin que a ello se oponga el hecho de que los Estatutos de las Mutuas deban ser aprobados por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, tal y como dispone el artículo 18, en relación con el artículo 20.2 del citado Reglamento, ya que ello tampoco implica que esa aprobación tenga el efecto de regulación que la parte pretende extraer de aquel acto de aprobación que solo se extiende a lo que los referidos Estatutos indican y no a un régimen de compensación que no tiene previsión específica ni siquiera en la propia regulación de sus Estatutos.

Y ello porque no debe olvidarse que el objeto de la constitución de estas Entidades es el de colaborar, bajo la dirección y tutela de dicho Ministerio, en la gestión singularizada con la Seguridad Social ingresos, forman parte sus ingresos del patrimonio de la Seguridad Social y están afectados al cumplimiento de los fines de ésta, teniendo el carácter de recursos de la Seguridad Social lo que aquéllas obtengan por los servicios, instalaciones, etc. Lo que implica que cualquier régimen económico de compensación debe someterse a las reglas legales y reglamentarias y derivar de los órganos de gobierno y participación que en ellas se establecen y no de otros ajenos.



Basta con lo anteriormente expuesto para entender que la actuación de la Mutua demandante, al abonar unos conceptos que no tienen cobertura normativa ha generado un perjuicio real y efectivo en el patrimonio del a Seguridad Social, vulnerando incurrido en una conducta que vulnera el artículo 20.1.3.d) del Reglamento.

En este sentido, además, se ha venido emitiendo doctrina reiterada de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, " *Basta estar así a las Sentencias de 24 de enero de 2001 , 25 de septiembre de 2002 , 5 y 23 de julio de 2003 (recursos 1152/1999 , 685/200 , 380 y 399/2002 , respectivamente) entre otras, para deducir un criterio constante y uniforme que confirma el de la Administración y cuyo conocimiento y acatamiento es exigible a la actora*" (SAN, Sala de lo Contencioso- Administrativo, de 24 de Octubre del 2012, Recurso: 372/2012).

El artículo 20.1 del Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social (LISOS):. " *Son infracciones en materia de Seguridad Social las acciones y omisiones de los distintos sujetos responsables a que se refiere el artículo 2.2 de la presente Ley , contrarias a las disposiciones legales y reglamentarias que regulan el sistema de la Seguridad Social, tipificadas y sancionadas como tales en la presente Ley .*

Por su parte el tipo aplicado se encuentra en el artículo 29.6 de la LISOS que considera infracción muy grave " *Ejercer la colaboración en la gestión con ánimo de lucro; no aplicar el patrimonio estrictamente al fin social de la entidad;.....* ".

TERCERO.- La otra actuación de la Mutua objeto de sanción se centra en la gestión de las extinciones de contratos de tres trabajadores que pasamos seguidamente a analizar.

El **despido** del Sr. Carlos Miguel tiene como peculiaridades las relativas a la antigüedad del trabajador, momento en que se produce, dos años antes de la jubilación y derecho a una prestación por desempleo durante esos dos años previos a la misma. A ello se une la causa del **despido** y los derechos económicos que esa decisión empresarial ha provocado. Una mínima gestión de esta relación contractual, en términos económicos, pone de manifiesto que si un trabajador con el salario del Sr. Carlos Miguel de 126.549,32, se encuentra en esa situación genérica que se describe, se podría mantener por dos años con un coste de 253.098,64 euros, cesándolo al momento de cumplir la edad. Esto no ha sucedido sino que la Mutua ha procedido a su **despido** por causa totalmente genérica en su imputación y sin la menor descripción de la causa (no hay que olvidar que estaba despidiendo al Director de Prevención con antigüedad y experiencia que debía conocer suficientemente la entidad), facilitando la salida de la empresa con abono de unas cantidades totalmente desproporcionadas, de 436.307,98 euros, siendo 420.000 euros correspondientes a la indemnización, en relación con lo que le hubiera costado mantener al trabajador, incluso en caso de que de haberse acudido al acto de juicio readmitiéndolo en su puesto de trabajo. A lo que, además, se suma el abono de la prestación por desempleo que se ha generado con esa decisión empresarial que, desde un punto de vista de gestión empresarial, resulta incomprensible, provocando un derecho de una prestación por dos años, coincidiendo en toda la sucesión de circunstancias el cumplimiento de los plazos máximos de derecho prestacional y cuantía indemnizatorias.

Tampoco se puede entender que se haya infringido lo dispuesto en el artículo 135 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , no solo porque en orden a esta denuncia que la parte refleja en su escrito de demanda no se justifica en modo alguna esa infracción sino porque no se constata en qué modo se le ha privado de la seguridad jurídica.

La falta de toda justificación de esa decisión de **despido**, con los efectos económicos que la misma ha generado de forma innecesaria supone una indebida gestión de los fondos de la Seguridad Social que pone de manifiesto una falta de la diligencia que le es exigible jurídicamente, dado el carácter de Entidad Colaboradora de la Seguridad Social, infringiendo el artículo 76.3 de la Ley General de la Seguridad Social .

Como recuerda la doctrina judicial " *Ciertamente 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 esto añádase 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 concurra 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)" (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de Octubre del 2012, Recurso: 372/2012).*



La misma sentencia sigue diciendo que " Esa libertad ha dado lugar a abusos tal y como advirtió el Tribunal de Cuentas en su Informe de Fiscalización sobre los procedimientos de contratación de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, de 23 de marzo de 2009. A tal informe siguieron las resoluciones que más abajo se citan, el Informe de auditoría del ejercicio 2008 y, en definitiva, los actos aquí impugnados . Pues bien, el Tribunal de Cuentas detectó la práctica -que califica de "generalizada"- de acudir sistemáticamente al **despido** improcedente y, además, de personas cercanas a la jubilación, lo que no se compadece -afirma- con frecuencia con la causa real de la resolución de la relación laboral, ni con el principio de economía que debe presidir la gestión del gasto público...".

Por último, tampoco estamos ante el supuesto que se resuelve en la sentencia de la Sala 3ª del Tribunal Supremo, de 13 de enero de 2000 , por cuanto que aquí no se está enjuiciando la adecuación en derecho de las cantidades abonadas por **despido** improcedente sino la decisión empresarial adoptada sin la más mínima consistencia fáctica de la conducta incumplidora del trabajador en un momento en el que el coste del **despido**, muy superior al doble de lo que esa decisión con reconocimiento de improcedencia, sin haber tan siquiera optado por la readmisión del trabajador, ha supuesto para el patrimonio de la Seguridad Social.

CUARTO.- En relación con la decisión extintiva de la relación laboral del Sr. Victor Manuel por el contrario, no llegamos a similar conclusión porque, aunque tampoco se encuentra justificación alguna a la causa por la que se adopta la decisión empresarial de prescindir de los servicios de aquél, lo cierto es que en esa decisión no se advierte que haya tenido una repercusión en el patrimonio de la Entidad demandante con indebida gestión de los fondos.

En este caso se trata de la decisión extintiva de una relación laboral de escasos seis meses de vigencia en un puesto, además, que no es ordinario sino de reconocida responsabilidad, Director de Comunicación, con un salario de 100.000 euros anuales como fijo y 15.000 euros anuales como variable. Es cierto que en ese contrato se reconoce su antigüedad en una anterior empresa que data de abril de 1998 y que, claramente podría entenderse que tal pacto no parece proteger intereses patrimoniales de la Seguridad Social pero lo cierto es que ningún efecto ha tenido al haberse negado el mismo en la sentencia que resolvió el proceso de **despido** por el que actuó el trabajador, precisamente en la confianza que aquella cláusula le había dado en orden a los derechos económicos que su salida de la Mutua podría tener. Salvo esa circunstancia sin repercusión alguna, no existe otra que permita apreciar una actuación indebida al respecto de la Mutua que, si bien y al igual que en el caso del anterior trabajador, no actuó en defensa de la procedencia de su decisión en vía judicial y aunque haya sido extinguida la relación laboral con escasos seis meses, lo cierto es que no es ilógico ni irrazonable dar por concluido la relación de la que la Mutua no podía responder económicamente con un coste inferior al que finalmente tuvo afrontar, dentro de lo que marca la norma y le impusieron en vía judicial.

El hecho de que no se pactara periodo de prueba no es elemento que pueda determinar ese menor coste de salida de la empresa ya que esa previsión legal no obliga a todo el que suscribe un contrato de trabajo ni es necesaria en todo caso, a pesar de que la previsión legal alcance a técnicos titulados. Además, en este caso al trabajador se le contrataba como Director de Comunicación y, en principio, la renuncia al periodo de prueba, sin mayores datos que pusieran de manifiesto que una cauta contratación hubiera justificado tal cláusula, no permite entender que tenía una finalidad torticera.

QUINTO.- La decisión de **despido** de la Sra. Concepción se centra, al igual que en los anteriores, en la improcedencia del **despido** y la causa invocada, así como en la indemnización por falta de preaviso que ha tenido que ser abona a la misma en las condiciones de contratación que en ella concurren.

En este supuesto hay que tener en consideración que las partes pactaron que la decisión de la empresa de extinguir el contrato se haría con un preaviso de tres meses en cuyo caso, y salvo que se justifique el **despido** como procedente, tendrá la trabajadora derecho a percibir la indemnización de **despido** improcedente. Con esta cláusula y con escasos cinco meses de servicios como Directora de Grandes Clientes, la empresa adopta una decisión extintiva por iguales causas genéricas que las de los anteriores trabajadores sin que tenga el alcance que se le ha dado en el expediente sancionador.

En efecto, en este caso, aunque hay una circunstancia distinta que lo separa del Sr. Victor Manuel , entendemos que no se han utilizado indebidamente los fondos de la Seguridad Social ni entendemos que aquella extinción se adoptase de forma irrazonable o no velando por los intereses económicos de la Seguridad Social.

Es cierto que no se ha justificado en modo alguno la causa del **despido** pero ello no ha beneficiado más allá de lo legalmente admisible a la trabajadora que ha recibido la indemnización legal en derecho. La única circunstancia que podría haber provocado otro efecto es la relativa a la falta de preaviso pero ello, aunque ciertamente ha generado un derecho indemnizatorio muy superior a la propia indemnización legal por **despido** improcedente, no es más que consecuencia del propio contrato que, cualquiera que hubiera sido el momento



en que se hubiese acordado la extinción improcedente el incumplimiento de la empresa hubiera generado el derecho de la trabajadora a ser indemnizada por aquel concepto. Las cláusulas se establecen para cumplirlas pero si ello no se realiza no significa que ese incumplimiento, a falta de otras circunstancias, haya sido provocado de propósito para mejorar la salida de la trabajadora de la empresa, en detrimento de los fondos de la Seguridad Social, ya que, en todo caso, a la misma se le ha privado, en principio y a falta de prueba en contrario, de ese derecho pactado que le ha sido compensado en los términos estipulados.

SEXTO.- En cuanto a la petición subsidiaria de que se minore el importe de las sanciones y dado que hemos entendido que, a excepción de la primera sanción, la segunda solo se aprecia en relación con uno de los trabajadores, debemos hacer las siguientes precisiones en relación con esos importes y, en definitiva con el criterio de proporcionalidad entre la gravedad de la infracción y la sanción impuesta.

Según criterio jurisprudencial, "*Dentro de la posible graduación de la sanción en mínima, media o máxima, existe un cierto margen de discrecionalidad en cada uno de los tres grados (STS, Sala 3ª, de 12 de Noviembre de 2.001, R. 3158/1996). E igualmente, que " no cabe pretender con éxito que de la ausencia de algunos de los criterios cuya concurrencia puede servir para agravar la sanción -la existencia de fraude o el incumplimiento de las advertencias previas de la Inspección, por ejemplo- hayamos de deducir que concurre una circunstancia de atenuación de la responsabilidad" (STS, Sala 3ª, de 12 de Noviembre de 2.001, R. 3158/1996 , ya citada) .*

La primera imputación se produce, como ya hemos indicado anteriormente, por infracción del artículo 20.1 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social y artículo 20.1.3ª del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre , calificándola como muy graves, a tenor del artículo 29.6 de la LISOS , en su grado medio, apreciando como criterio de agravación el perjuicio causado al patrimonio de la Seguridad Social -por importe de 210.551,04 euros- en su tramo inferior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 39.2 y 40 de la citada LISOS , en importe de 25.001 euros.

Según el artículo 39.2 de la LISOS , en orden a los criterios de graduación de las sanciones "*Calificadas las infracciones, en la forma dispuesta por esta Ley, las sanciones se graduarán en atención a la negligencia e intencionalidad del sujeto infractor, fraude o connivencia, incumplimiento de las advertencias previas y requerimientos de la Inspección, cifra de negocios de la empresa, número de trabajadores o de beneficiarios afectados en su caso, perjuicio causado y cantidad defraudada, como circunstancias que puedan agravar o atenuar la graduación a aplicar a la infracción cometida.*

El artículo 40 de la LISOS cuantifica "*Las muy graves con multa, en su grado mínimo, de 6.251 a 25.000 euros; en su grado medio de 25.001 a 100.005 euros; y en su grado máximo, de 100.006 euros a 187.515 euros"*

En orden a esta calificación y sanción debemos mantener el criterio administrativo por cuanto que, partiendo de que ha impuesto la sanción en el grado medio y tramo inferior, lo que se aduce de contrario no altera ni tiene incidencia alguna en las circunstancias apreciadas en vía administrativa a la hora de fijar la sanción. Así es, se pretende eliminar el criterio de agravación que afecta al perjuicio en atención al patrimonio gestionado por la Mutua que, aunque se entendiera como equivalente al criterio de graduación relativo a la cifra de negocios de la empresa, no es operativo en esta conducta ya que, precisamente, los recursos económicos con los que se atiende el funcionamiento forman parte del patrimonio de la Seguridad Social y están adscritos a la entidad para la gestión de la actividad que constituye su objeto y por tanto la cifra que se maneje a estos fines no tiene la relevancia que se quiere otorgar porque lo decisivo es la función de colaboración en la gestión de la Seguridad Social que tiene atribuida y la repercusión que la actuación de la entidad ha tenido sobre ese patrimonio público. Es más, lo que se quiere introducir como factor de corrección, ya por agravación o por atenuación, en la norma al referirse a la cifra de negocio lo es en el sentido de atender a "*la capacidad económica del infractor [..que..] constituye uno de los factores que el principio e individualización de la sanción aconseja considerar, si ésta es de carácter económico, para determinar su cuantía" (STS, Sala 3ª, de 10 de diciembre de 2001, R. 5694/1996)*, y no para fijar criterios de proporcionalidad entre el perjuicio y esa cifra de negocio que es lo que parece pretender la parte demandante. La cifra de negocio operaría, en todo caso, como confirma la jurisprudencia, para "*recalcando la necesidad de que sean precisamente las empresas importantes las que extremen el cumplimiento de los deberes de índole laboral" (STS, Sala 3ª, de 12 de noviembre de 2001, R. 3158/1996)*.

Tampoco es admisible hablar de falta de intencionalidad porque, ya actúe como agravante o, en ese caso se solicita que lo sea como atenuante, lo que mide tal circunstancia es el grado de culpabilidad en la comisión de la infracción (desde la culpa leve, mínimo punible, al dolo directo) y en este caso, aunque es correcto y está acreditado que a partir del año 2010 la Mutua ya no abona esas dietas ello no significa que la negligencia o intencionalidad de la Mutua no exista en los periodos en que fueron abonadas y son objeto de sanción con las consideraciones sobre la existencia de criterios consolidados en relación con las compensaciones. Es más, el hecho de que no se abonaran en periodo posterior a 2010, sin tan siquiera justificar la razón de tal decisión o



cambio de criterio, viene a poner de manifiesto la voluntaria y consciente actuación de la Entidad en esos años, sin soporte legal o reglamentario alguno y con consolidado criterio judicial que así lo venía reconociendo.

En definitiva, como refiere la doctrina judicial " *Hay que insistir en que por razón del fin social de las mutuas como colaboradoras en la gestión de la Seguridad Social, por razón del sometimiento a la dirección y tutela de la Administración -lo que integra la idea de relación de sujeción especial-, es por lo que cabe exigirles un conocimiento y fiel cumplimiento de su régimen, luego es proporcionado sancionar en el grado máximo conductas cuya gravedad se plasma en la desatención de criterios consolidados*" (SAN, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 24 de Octubre del 2012, Recurso: 372/2012).

B. Según la decisión administrativa, la segunda imputación lo es por infracción del artículo 68.4 de la Ley General de la Seguridad Social , en relación con el artículo 27.2 de la Ley 47/2003 , y ha sido tipificada y calificada como muy grave en el artículo 29.6, en el grado medio, tramo inferior, en atención a la intencionalidad de la conducta, favoreciendo los intereses de los trabajadores y con perjuicio para el patrimonio de la Seguridad Social, que se ha cifrado 582.011 euros por indemnizaciones y 31.100 por preaviso, como circunstancias agravantes, a tenor del artículo 39.2 de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, con imposición de 25.001 euros, de conformidad con el artículo 40.1 de la citada ley de sanciones.

En atención a lo que hemos dicho anteriormente, sólo lo sucedido en relación con el Sr. Carlos Miguel merece el reproche jurídico que se ha apreciado en vía administrativa lo que significa que, al eliminarse las conductas en relación con las otras extinciones contractuales, la sanción impuesta, que venía cuantificada en atención al perjuicio para el patrimonio de la Seguridad Social, debe rebajarse en sus justos términos y que vendrían determinados, además de la intencionalidad que se aprecia y el favor a los intereses del trabajador que ya se consideró en vía administrativa, por la cifra con la que se puede identificar ahora el perjuicio al patrimonio de la Seguridad Social, aunque solo sea tomando el importe de la indemnización abonada, al margen incluso de la prestación por desempleo que no se hubiese generado de haber mantenido dos años y hasta la jubilación la relación laboral y que también es coste a cargo de la Seguridad Social, por lo que procede reducirla, a criterio de esta Sección, en igual proporción a la rebaja del perjuicio, lo que supone introducir la sanción en el grado mínimo y por un importe de 17.000 euros, al no ofrecerse por la parte demandante otros argumentos en que amparar la minoración de la sanción.

SÉPTIMO.- Contra esta resolución no cabe recurso alguno, tal y como dispone el artículo 206.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

Por lo expuesto, visto los preceptos legales citados y demás de pertinente aplicación, las Ilmas. Sras. Magistradas referenciadas en esta resolución, previos los actos de dación de cuenta por quien fue designado Ponente, y en conjunta deliberación y votación,

FALLAMOS

Que estimando parcialmente la demanda interpuesta por la representación letrada de la MUTUA **FREMAP**, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social nº 61, contra la SECRETARIA DE ESTADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL (Ministerio de Empleo y Seguridad Social), sobre Impugnación de resolución administrativa sancionadora, debemos confirmar y confirmamos las sanciones impuestas a la parte demandante en materia de Seguridad Social, si bien reduciendo el importe de la multa en los términos expuestos en esta resolución.

Notifíquese la presente resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso alguno.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta Sentencia para su unión a los autos principales.

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

PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en por la Ilma. Sra. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.