

Las mutuas no deberían ser entidades de Derecho Público.  
Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala  
Contencioso-Administrativo), de 1 de junio de 2016

---

“Mutuas” should not be public law Entities. Commentary on the  
decision of the Supreme Court (Administrative Litigation  
Chamber) of 1 June 2016

JORDI GARCÍA VIÑA

*CATEDRÁTICO DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL. UNIVERSIDAD DE BARCELONA*

**Resumen**

Las Mutuas, para seguir prestando los servicios de gran calidad que ofrecen, necesitan: 1. Plena autonomía gestora y de gobierno, especialmente en lo que se refiere a la libre competencia, para mejorar los servicios que ofrecen a los empresarios y a los trabajadores y ser más eficaces, con lo que se consigue mayor retorno a la sociedad. 2. Los verdaderos protagonistas deben ser los empresarios asociados, por lo que es necesario incentivar su participación, introduciendo elementos de transparencia y buen gobierno y clarificando las reglas de gestión del patrimonio histórico. 3. Aspectos económicos, especialmente en relación a los resultados económicos, excedentes, fondos de contingencias profesionales y regeneración del patrimonio histórico.

**Abstract**

Las “mutuas”, to continue providing high quality services they offer, need: 1. Full management and government autonomy, especially with regards to competition, to improve the services offered to employers and workers and be more effective, bringing greater benefit to society. 2. The real protagonists should be associated employers, so it is necessary to encourage their participation, introducing elements of transparency and responsible governance and clarifying the rules of management of “patrimonio histórico”. 3. Economic aspects, especially in relation to economic performance, surplus, professional contingencies funds and regeneration of “patrimonio histórico”.

**Palabras clave**

Mutuas, Público, Privado, Empresas

**Keywords**

Mutuas, Public, Private, Companies

**1. ANTECEDENTES DE HECHO**

Esta sentencia resuelve un recurso de casación interpuesto por FREMAP, Mutua de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, número 61, contra la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 2 de julio de 2014, que había estimado parcialmente el recurso presentado frente a la Resolución de 8 de junio de 2012, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, por la que se ordenaba a FREMAP el cumplimiento de los criterios sustentados por la Intervención General de la Seguridad Social en relación a la auditoría practicada sobre las operaciones del ejercicio económico de 2006. Esta resolución exigía el reintegro a la Seguridad Social, con cargo a su patrimonio histórico, del importe de 8.450.682,42 euros correspondientes a retribuciones indebidas a colaboradores en la administración complementaria de la directa, además de otros importes por conceptos distintos, no cuestionados.

La sentencia de la Audiencia Nacional, de 2 de julio de 2014, en relación a las retribuciones indebidas a colaboradores que realizan gestiones administrativas distintas de la

cumplimentación y presentación de documentos de cotización, principal cuestión jurídica discutida, utilizando los mismos criterios que en la sentencia de la propia sala de 27 de octubre de 2010, establece la siguiente argumentación.

La Orden de 18 de enero de 1995 por la que se desarrollan las normas de cotización a la Seguridad Social, Desempleo, Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional, contenidas en la Ley 41/1994, de 30 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1995, estableció el límite del 2 % a la contraprestación a satisfacer por los servicios de administración complementaria gestionados por terceros; límite que la DA cuarta 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, conservó, salvo para la contraprestación relativa a la gestión de incapacidad temporal, que se estableció en un 1 %.

Posteriormente, el Real Decreto 2023/1998, de 25 de septiembre, estableció la obligatoria incorporación al sistema de remisión electrónica de datos (RED), de quienes en nombre de los sujetos responsables gestionen los documentos de cotización, y determinando que la incorporación a este sistema será determinante para la percepción de la correspondiente contraprestación. Además, reguló la competencia del 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 que gestionen documentos de cotización en representación del sujeto responsable.

Por dicha razón, la Orden de 26 de mayo de 1999 por la que se desarrolla el Reglamento General de Recaudación de los Recursos del Sistema de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto 1637/1995, de 6 de octubre, al precisar la incidencia de la incorporación al sistema RED sobre la contraprestación de servicios de gestión administrativa por parte de terceros estableció el límite de la contraprestación a satisfacer a quienes quedaron obligados a incorporarse al sistema RED, esto es, los que gestionen documentos de cotización, señalando el límite en el 3 %, si cumplen con la obligación de incorporarse al sistema, o en el 1 %, si no cumplen con dicha obligación.

Este régimen se mantuvo posteriormente en el Real Decreto 1415/2004, de 11 de junio, por el que se aprueba el Reglamento General de Recaudación de la Seguridad Social, así como en la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, que lo desarrolla.

Finalmente, 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, deroga la regulación contenida en la Orden de 2005 y exige la incorporación al sistema para percibir la correspondiente contraprestación.

## **2. HECHOS PROBADOS**

El informe de auditoría, origen del conflicto jurídico analizado por la sentencia, establece que se debe considerar como no asumible por el Sistema de la Seguridad Social el importe de 8.287.840.15 euros, abonado por FREMAP en el ejercicio de 2006 ya que en este ejercicio auditado FREMAP ha registrado el devengo de las retribuciones a abonar a los

colaboradores que realizan otro tipo de gestiones de índole administrativa distintas de la cumplimentación y presentación de documentos de cotización; importe equivalente al 2 % de las cuotas gestionadas por los mismos. De la misma manera, tampoco se ha facilitado por la Mutua ningún tipo de documentación soporte que permita comprobar el adecuado devengo del 1 % que les correspondería de acreditarse la realización de las gestiones establecidas para ello.

Tras ese informe provisional se reclamó a FREMAP la justificación de las gestiones realizadas por esos colaboradores, sin aportar la Mutua ninguna documentación asegurando que las gestiones se realizaban por correo electrónico, llamadas telefónicas y otro tipo de gestiones que no aporta, justificándose en aplicación del principio de economía y simplificación administrativa.

Ante esa falta de justificación por la Mutua, elevado informe definitivo de auditoría en los mismos términos, se dictó la Resolución de 8 de junio de 2012, de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social por la que se ordenaba a FREMAP, el cumplimiento de los criterios sustentados por la Intervención General de la Seguridad Social, en relación con la auditoría practicada sobre las operaciones del ejercicio 2006, con reintegro, con cargo a su patrimonio histórico, del importe de 8.450.682,42 euros correspondientes a retribuciones indebidas a colaboradores en la administración complementaria de la directa, además de otros importes por conceptos distintos, no cuestionados.

### **3. OBJETO PRINCIPAL DE LA CONTROVERSIA**

El objeto principal de la controversia se puede resumir en las siguientes dos posiciones.

- Para la Administración, la Orden TAS/1562/2005, de 25 de mayo, 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 %. Este porcentaje también debía aplicarse en el caso de los colaboradores que realizan otro tipo de gestiones de índole administrativa distintas de la cumplimentación y presentación de documentos de cotización (a estas personas FREMAP había abonado el 2 % de las cuotas aportadas por aquellos asociados respecto de los que realizaban gestiones).
- Para FREMAP, esta Orden 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 inalterado hasta la Orden TAS/3859/2007, de 27 de diciembre. Por lo tanto, era factible la retribución del 2 % siempre que se estuviesen realizando gestiones administrativas por el colaborador.

Además, FREMAP entiende que la sentencia de la Audiencia Nacional habría ido más lejos que la Resolución administrativa impugnada, ya que pese a aceptar que con la prueba pericial se había demostrado la realización de gestiones administrativas por cuenta de las empresas que dichos colaboradores tenían asignados, distintas de la presentación de los documentos de cotización, no había reconocido ni tan siquiera el procedente devengo y

abono de al menos el 1 % de las cuotas de los asociados respecto a los que realizaban gestiones; teniendo en cuenta que este mínimo porcentaje de retribución se admitía por la propia Administración en el informe de auditoría y por ende en la Resolución.

#### **4. RÉGIMEN DE RETRIBUCIÓN DE LOS COLABORADORES QUE NO UTILIZAN EL SISTEMA RED**

Esta sentencia, citando sentencias del propio Tribunal Supremo, como la de 4 de mayo de 2009, 24 de julio de 2012, 16 de octubre de 2012 o 21 de diciembre de 2012, así como reiterando doctrina de la Audiencia Nacional, como la sentencia de 27 de octubre de 2010 o la propia frente a la que se presenta el recurso, determina claramente que no existe duda alguna de que el régimen de retribución a los colaboradores que no utilizan el sistema RED es, como máximo, del 1 % de las cuotas recaudadas por contingencias profesionales, y así resulta de la evolución de las distintas Órdenes Ministeriales.

Hay que tener en cuenta, que aunque no los utilice expresamente, la Audiencia Nacional también había utilizado como argumentos que la Orden de 2005 no distinguía en razón de las funciones realizadas por el colaborador y que había establecido “un régimen transitorio”, 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 %”, por lo que había derogado tácitamente la retribución del 2 % establecida en 1995.

De la misma manera, en relación a la Orden de 2007 expresa que manteniendo la no distinción de las funciones realizadas por el colaborador, como ya sucedía en la norma de 2005, “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”.

#### **5. ACREDITACIÓN DE REALIZACIÓN DE GESTIONES ADMINISTRATIVAS**

El Tribunal Supremo entiende que, a pesar de determinadas afirmaciones de la Audiencia Nacional, era totalmente legal la retribución del 1 % a los colaboradores de la Mutua FREMAP que realizan otro tipo de gestiones de índole administrativa distintas de la cumplimentación y presentación de documentos de cotización.

Estas gestiones pueden dar lugar a la correspondiente compensación, ya que según el art. 5.1 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, que excluye de la consideración de operación de lucro mercantil, 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, sin introducir restricción alguna a las gestiones más allá de la explícita de no ser gestiones de mediación y captación de empresas.

Por esta razón, entiende, estarían incluidas entre esas otras gestiones, como las relativas a accidentes de trabajo e incapacidad temporal por contingencia común, entre otras.

De la misma manera, asegura que la Orden de 2007 mantiene el mismo esquema puesto que, sobre aplicación a terceros que no utilicen el Sistema RED, admite que cuando los profesionales y demás personas no se hallen incorporados o no hagan uso efectivo del Sistema RED, los servicios de gestión administrativa que lleven a cabo podrán dar lugar,

únicamente hasta el 31 de diciembre de 2008, a la contraprestación prevista en dicho artículo, si bien con el límite máximo, incluidos los impuestos que en su caso procedan, del 1 % de las cuotas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales pagadas por las empresas asociadas a las Mutuas respecto de las que aquéllos realicen gestiones.

De donde resulta evidente, concluye, que también en esta Orden se sigue admitiendo la retribución máxima del 1 % para todos los colaboradores que realicen los servicios de gestión administrativa, sin distinguir entre los mismos, ni requerir inexcusablemente que incluyan entre dichos servicios que, al menos, se cumplimenten y presenten documentos de cotización en representación de los sujetos responsables del cumplimiento de la obligación de cotizar.

## **6. RETRIBUCIONES DEVENGADAS O PAGADAS**

En cuanto a la determinación de si las cantidades devengadas por los colaboradores de administración complementaria habían sido efectivamente pagadas, y a la cuestión de que el reintegro procedería tan sólo sobre las cantidades efectivamente abonadas a aquellos cuya retribución se considera improcedente, denominados en la contabilidad de la Mutua recurrente Cartera tipo E, la sentencia de la Audiencia Nacional concluye que es la Mutua la que debe acreditar que parte de los 9.094.064,25 euros corresponde a las Claves C y D.

Entiende la Audiencia Nacional que la técnica utilizada por el perito que elude analizar la contabilidad y documentación de la empresa para lo que fue expresamente autorizado y sin impugnación de las partes, no es adecuada. No siendo razonable pretender que ante la insuficiencia del fichero aportado, se impute parte de los costes originados al sistema de Seguridad Social, ya que la causante de la situación de falta de claridad es la Mutua y dispone o debe disponer de elementos contables suficientes para acreditar con exactitud, de existir, la cantidad divergente entre "importes devengados" y gastos.

El Tribunal Supremo, admitiendo la doctrina de la Audiencia Nacional y siguiendo su propia opinión emitida, entre otras, en la sentencia de 13 de noviembre de 2012, establece que es la forma en que la Mutua lleva su contabilidad, lo que hace imposible determinar que parte de las retribuciones devengadas por los distintos tipos de colaboradores habían sido efectivamente pagadas.

Ante esta situación, que no puede ser entendida como algo que pertenezca al núcleo de la pericia, como hizo el perito judicial al aplicar el art. 1174 del Código Civil, como criterio de imputación de pagos, sino en relación a la forma de distribuir la carga de la prueba, hay que resolver con base en el principio de facilidad probatoria, regulado en el art. 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

En conclusión, es la Mutua la que corre con la carga de probar el uso correcto de los fondos públicos de los que es gestora.

## **7. ACREDITACIÓN DE LAS GESTIONES ADMINISTRATIVAS REALIZADAS POR LOS COLABORADORES**

La sentencia se plantea si la Mutua ha acreditado debidamente las gestiones administrativas realizadas por los colaboradores de la denominada cartera tipo E, es decir,

aquellos que realizan otro tipo de gestiones de índole administrativa distintas de la cumplimentación y presentación de documentos de cotización.

Para analizar este motivo, el Tribunal Supremo entiende que es preciso recordar que le corresponde a la Mutua acreditar el uso correcto de los fondos públicos, según disponen los artículos 15 y 16 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.

Este fue precisamente, según el propio Tribunal, el incumplimiento, que detectado por la auditoría, sustenta la decisión administrativa de reintegro en cuanto a estos colaboradores, y así, en el informe de auditoría se justifica que “la procedencia del ajuste viene determinado por el hecho de que la Mutua no haya aportado justificación alguna de que los colaboradores afectados realicen las gestiones por las que supuestamente se les retribuye, extremo éste confirmado por la Mutua en sus alegaciones y que pretende justificar en aplicación del principio de economía y simplificación administrativa”.

Entiende el Tribunal que se pretende justificar por la Mutua con el informe pericial la realización de gestiones por los colaboradores a que se refiere el reparo, pero esto es algo que se debió justificar y acreditar ante la Administración, en el curso de la auditoría. Cuando fue requerida, se limitó a dar unas explicaciones genéricas y vagas que suponen el incumplimiento de la obligación de acreditar lo requerido.

Por tanto, es manifiesto el incumplimiento de la Mutua de la obligación de puesta a disposición de la Administración de la información y documentación acreditativa de documentación que demostrara la efectividad de la gestión en 2006 por los colaboradores a que se refiere el reparo, aquellos que realizan gestiones administrativas sin cumplimentación y remisión de los boletines de cotización. Y este incumplimiento no se puede sustituir ahora con la prueba pericial que se practicó en el proceso, que no tiene por objeto constatar si fue suficientemente representativa de las gestiones realizadas la acreditación del reparo que en el procedimiento de auditoría se hiciera por la Mutua, sino que sea el perito quien examinando los datos que le facilite la Mutua, si están acreditadas las gestiones realizadas.

A mayor abundamiento, concluye el Tribunal Supremo antes de desestimar la petición de la Mutua, el perito desarrolla su labor sobre la base de una documentación absolutamente insuficiente, ya que no examina los soportes documentales acreditativos de las gestiones realizadas, que es lo que debió aportarse en el expediente sino una base de datos propiedad de la Mutua, que sólo refleja una serie de datos de obligada constancia respecto a las contingencias profesionales, pero nada acredita sobre quién realiza las gestiones, de manera que la conclusión de que fueran realizadas por los colaboradores a que se refiere el reparo carece del soporte documental exigido.

## **8. INFORME ANUAL DE CUENTAS**

Sostiene la Mutua la nulidad de la Resolución administrativa alegando que en el Informe Anual de Cuentas del ejercicio 2006, la Administración no efectuó objeción alguna, por lo que entiende que los reparos suscitados dos años después son nulos de pleno derecho, al infringirse el art 34.2 del Real Decreto 706/1997, de 16 de mayo, por el que se desarrolla el régimen de control interno ejercido por la Intervención General de la Seguridad Social.

En cambio, el Tribunal Supremo entiende que el control financiero tiene por objeto comprobar que la gestión económico-financiera de la Mutua se adecua a los principios de legalidad, economía, eficiencia y eficacia, así como promover la mejora de las técnicas y procedimientos de gestión económico-financiera, a través de las propuestas que se deduzcan de los resultados del mismo, siendo los informes que puede realizar provisionales y definitivos.

Según el Tribunal, el precepto aludido se limita a establecer que el informe elaborado tendrá carácter provisional y se remitirá por el órgano que haya efectuado el control, al gestor directo de la actividad controlada para que, en el plazo máximo de quince días desde la recepción del informe, formule las alegaciones que estime oportunas o manifieste su conformidad, añadiendo que en el caso de existir deficiencias admitidas por dicho órgano gestor, éste indicará las medidas necesarias y el calendario previsto para solucionarlas. Por lo tanto, del mismo no se alcanza la vinculación impositiva en ulteriores actuaciones de control financiero.

Finalmente, concluye que el denominado control financiero es más amplio que la realización de la auditoría anual de cuentas. Así, el control financiero comprende la realización de la auditoría anual de cuentas, pero, además, debe verificar la situación y funcionamiento de su gestión en el aspecto económico financiero para verificar que se acomodan a los principios de buena gestión financiera y a las disposiciones y directrices que las rijan, así como la verificación de la eficacia y eficiencia; de aquí la necesaria elaboración de los informes provisionales y definitivos.

## **9. RETRIBUCIONES ABONADAS A AGENTES DE SEGUROS**

El informe de la auditoría determina que la Mutua ha abonado retribuciones a 25 colaboradores que son agentes de seguros, por lo que entiende que deben considerarse no asumibles por el Sistema de Seguridad Social.

En relación a esta cuestión, el Tribunal Supremo, en aplicación del art. 5 del Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, y reiterando sentencias del propio Tribunal, entre las que cabe destacar la de 16 de octubre de 2012 y 13 de noviembre de 2012, entiende que la exclusión que la normativa recoge viene dada, no tanto por un criterio subjetivo, sino por un objetivo, cual es el que los colaboradores realicen actividades dirigidas a la mediación o captación de empresas asociadas o trabajadores adheridos.

Puesto que consta, según el Tribunal, que 25 de 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.

## **10. RETRIBUCIONES A COLABORADORES PENSIONISTAS**

Finalmente, respecto a los dos colaboradores pensionistas de invalidez absoluta permanente, y reiterando su jurisprudencia recogida en la sentencia de 21 de septiembre de 2011, entiende que la percepción de la pensión de jubilación puede ser compatible con el ejercicio de una actividad profesional en determinados casos, por lo que no procede el reintegro.

## 11. CONCLUSIONES

El actual régimen jurídico de las mutuas, regulado en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, cuyas principales modificaciones provienen de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social en relación con el régimen jurídico de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, y a la espera de desarrollo reglamentario, soluciona cuestiones como las planteadas en esta sentencia, sino que va claramente en contra del incremento de la calidad en la prestación de servicios por parte de las mutuas.

No hay que olvidar que más de 1.500.000 empresas en España, en la que prestan servicios más de doce millones de trabajadores, están protegidas por las mutuas. Además, las empresas, a través de las mutuas, pagan anualmente rentas sustitutivas o prestaciones especiales a casi 3.000.000 de trabajadores cuando no han podido acudir al trabajo o ante situaciones de especial necesidad, por importe de más de 4.800 millones de euros y se realizan casi 17 millones de actos médicos anuales.

Asimismo, las empresas destinan más de 11.300 millones de euros al año cubrir las obligaciones frente a los accidentes y enfermedades laborales y no laborales. Así mismo, cada año se ahorran más de 10.600 millones de euros a la Seguridad Social y a las empresas, consiguiendo grados de competitividad, sin menoscabo alguno de los derechos de los Trabajadores. Finalmente, a través de las mutuas, en los últimos 10 años, las empresas han contribuido a dotar los Fondos de la Seguridad Social con casi 19.300 millones de euros, que se está destinando al pago de pensiones.

Por estas razones, incrementar al máximo el grado de intervencionismo de la Administración en unas asociaciones privadas de empresarios, convirtiéndolas, de hecho, en públicas, no es una buena solución, ya que para modelo público la Administración ya tiene al Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Además, seguir utilizando el patrimonio histórico de las mutuas para realizar los correspondientes ajustes puede suponer, especialmente después de la última reforma, puede tener como consecuencia la necesidad de derramas entre las empresas asociadas a las mutuas, a pesar de todas las aportaciones que han venido haciendo a la Seguridad Social con cargo a la gestión de las mutuas. No tiene sentido atribuir toda la responsabilidad a las empresas, a pesar de que los empresarios no tienen margen de decisión alguno sobre las mutuas.