nº 12 (3er Trimestre 2017)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

El control del gasto de las mutuas según los informes de auditoría, una cuestión interpretativa. Comentario a la Sentencia de la Audiencia Nacional (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, Sentencia número 3/2017 de 23 de noviembre)

The control of mutual expenditure according to the audit reports, an interpretative question. Commentary on the national high court´s sentence (administrative litigation chamber section 4º, decision number 3/2017 november 23rd)

CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO
ABOGADO EJERCIENTE
DEPARTAMENTO DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA UNIVERSIDAD DE GRANADA

Resumen

Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, son sometidas al control que cada año es realizado por la Intervención General de la Seguridad Social (IGSS). El informe de auditoría, fruto de esta labor, expresa una opinión profesional sobre los estados contables de la Mutua Colaboradora a partir de los datos que ésta ofrece.

Un informe de auditoría sobre FREMAP en el ejercicio de 2008, fue recurrido por esta Mutua Colaboradora ante la Audiencia Nacional. Este documento, exigía una serie de reintegros a la Seguridad Social, por presuntas tarifas indebidamente imputadas como consecuencia de la realización de gastos no asumibles, por diferentes conceptos tales como pagos y retribuciones abonadas indebidamente a colaboradores, empresarios y miembros de la Junta Directiva, así como actividades que no pueden incluirse en la gestión colaboradora de la Seguridad Social desarrollada por las Mutuas. Finalmente, la Audiencia concedió parcialmente la pretensión de FREMAP.

Palabras clave

Gasto; Auditoria; Pagos; Empresas

Abstract

Spanish Benefit Societies, associated with the Social Security, annually are submitted to the control by General Intervention of the National Health Service (IGSS). As a result of those efforts, the report of audit, clearly expresses a professional opinion about the accounting statements of each Mutual Associated, according the information this one offers.

One of these reports about FREMAP on the exercise of 2008, was appealed to the National High Court by this mutual asocited entity.

This document demanded a series of refunds to the National Health Service for supposed rates, unduly imputed as a consequence of expenses not asumibles for different concepts, for example payments and fee paid unduly to collaborators, businessmen and members of the Board of directors, as well as activities that cannot be included in the collaborating system of the National Health Service developed by these Mutual ones. Finally, the National High Court granted partially the pretension of FREMAP.

Keywords

Expenditure; Audit; Payments; Societies

Fecha Recepción: 26-5-2017 – Fecha Revisión: 16-6-2017 – Fecha Aceptación: 30-6-2017
Pags. 187-200

1. CONTEXTO Y PLANTEAMIENTO DE LA CONTROVERSIA

Esta sentencia, resuelve un recurso contencioso administrativo ante la Audiencia Nacional parcialmente estimado que promovido por FREMAP, Mutua de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social nº 61, frente a la Administración General del Estado contra la presunta desestimación del recurso de reposición formulado frente a la resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social de 18 de junio de 2013. En la misma, se requirió a la citada Mutua la adopción de medidas y actuaciones derivadas de lo puesto de manifiesto en el informe de auditoría elaborado por la Intervención General de la Seguridad Social sobre el citado ejercicio de 2008.

2. OBJETOS PRINCIPALES DEL RECURSO

La citada resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social, origen del conflicto jurídico, exige a la Mutua con cargo a su patrimonio histórico, una serie de reintegros a la Seguridad Social, por tarifas que considera indebidamente imputadas como consecuencia de la realización de gastos no asumibles, dichas tarifas vienen dadas por diferentes conceptos:

1) Asistencia sanitaria prestada a colectivo no protegido por la Mutua sin haber sido facturada o por debajo de las tarifas de aplicación, del que se exige un reintegro por aplicación indebida de tarifas correspondiente al menor ingreso producido al patrimonio de la Seguridad Social por importe de 4.835.374,38 euros, junto con otros reintegros de 417.116,74 euros y 1.258.252,25 euros, detallados en los puntos I.1.b) y I.3, del citado informe.

2) Pago al personal de la Mutua de un incentivo a la vinculación para la captación de empresas del que se exige un reintegro derivado de este presunto pago ilegal por importe de 2.929.455,25 euros

3) Retribuciones abonadas indebidamente a colaboradores en la administración complementaria de la directa, del que se exige el reintegro del importe de 2.587.203,85 euros

4) Compensaciones por la asistencia a órganos de gobierno sin cobertura legal, del que se exige el reintegro de la cantidad de 218.371,35 euros abonados por tal concepto, a los miembros de los órganos de gobierno por la asistencia a reuniones; así como, de forma subsidiaria, el reintegro del importe de 47.200 euros, conforme a lo indicado en el Fundamento de Derecho de orden Material III del escrito de demanda presentado por FREMAP.

5) Exceso de compensaciones abonado a los miembros de la Junta Directiva por asistencia a sus reuniones, del que se exige el reintegro acordado de la cantidad de 110.370 euros

6) Actividades que no pueden incluirse en la gestión colaboradora de la Seguridad Social desarrollada por las Mutuas, del que se exige un reintegro 48.937,59 euros

3. INFRAVALORACIÓN DE LOS INGRESOS POR ASISTENCIA SANITARIA

El primer concepto que se cuestiona en la demanda se refiere al menor ingreso producido al patrimonio de la Seguridad Social gestionado por la Mutua como consecuencia de asistencia sanitaria no facturada.

En el Informe definitivo de auditoría se argumenta que, los ingresos derivados de asistencia sanitaria se encuentran infravalorados como consecuencia de la realización de diferentes actuaciones médicas a colectivo no protegido por la Mutua, sin haber procedido a su facturación durante el ejercicio 2008 o facturándose por debajo del cuadro tarifario general de aplicación, de hecho FREMAP, aplico con carácter general, el Convenio Marco de Asistencias Sanitarias Derivadas de Accidentes de Tráfico para los ejercicios 2008 y 2009 (Convenio UNESPA), además de realizar facturaciones por asistencias prestadas a trabajadores que no se encuentran en situación de baja por contingencias profesionales, no aportando la Mutua documento que acredite el accidente sin baja médica según establece la Orden TAS/2926/2002 (Expedientes 02-FREMAP). Por último, los ingresos por la prestación de asistencia sanitaria durante los ejercicios 2006 y 2007 se encuentran infravalorados. De esta cuantía, 3.080.275,28 €, figuran incluidos en el Informe Adicional al de Auditoría de Cuentas Anuales del ejercicio 2007.

El primer concepto objeto de esta controversia, se refiere al menor ingreso producido al patrimonio de la Seguridad Social gestionado por la Mutua como consecuencia de asistencia sanitaria no facturada. El Informe definitivo de auditoría, establece que durante el ejercicio 2008, los ingresos derivados de asistencia sanitaria como consecuencia de la realización de diferentes actuaciones médicas a colectivo no protegido por la Mutua fueron no facturados o bien establecidos por debajo del cuadro tarifario general establecido.

En este sentido, FREMAP, ha venido aplicando con carácter general, el Convenio Marco de Asistencias Sanitarias Derivadas de Accidentes de Tráfico para los ejercicios 2008 y 2009 (Convenio UNESPA), además de realizar presuntas facturaciones por asistencias prestadas a trabajadores que no se encuentran en situación de baja por contingencias profesionales. Esta última cuestión no ha podido ser probada pues la Mutua para esclarecer esta cuestión no aportó documento alguno que acreditase el accidente sin baja médica, según establece la Orden TAS/2926/2002. Por último, los ingresos por la prestación de asistencia sanitaria durante los ejercicios 2006 y 2007 se encuentran infravalorados. De esta cuantía, 3.080.275,28 €, figuran incluidos en el Informe Adicional al de Auditoría de Cuentas Anuales del ejercicio 2007.

La Mutua, para eludir el reintegro exigido en el informe de auditoría, alegó que la infravaloración de los ingresos debería recalcularse aplicando las tarifas fijadas en la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 4 de enero de 1982, actualizadas conforme al IPC, y que no existía obligación legal de aplicar las tarifas contempladas en el Convenio UNESPA como venía realizando con regularidad.

Una cuestión similar, ya fue planteada por la misma Mutua, en relación con la Auditoría correspondiente al ejercicio 2009, y desestimada por la misma Sala en SAN 4ª de fecha 13 de abril de 2016 (rec. 528/2014), concluyendo que era cierto que la aplicación de este Convenio no era obligatoria, pero es el que venía utilizando la propia Mutua, por lo

que… no puede pretender ahora que se tengan en cuenta las tarifas contempladas en la Orden de 4 de enero de 1982.

Siguiendo esta línea, la Abogacía del Estado señaló que la IGSS había aplicado correctamente las tarifas del Convenio UNESPA, porque es el que aplica la Mutua con carácter general, como resulta la propia documentación aportada por la Mutua en el procedimiento de auditoría. Y que, en todo caso, la Mutua no aplicaba en su proceso de facturación las tarifas de la Orden que ahora invoca a ningún colectivo facturable. Por el contrario, la Mutua declaró ante la Intervención que con independencia de la existencia o no de obligación legal, aplicaba la tarifa UNESPA para todas aquellas asistencias sanitarias prestadas y que fueran facturables, siempre que no correspondiera aplicar las detalladas en determinados puntos. A tenor de lo expuesto, la SAN, 4ª de 15 de junio de 2016 (rec. 450/2013), matizó respecto de la auditoría del ejercicio 2007, que la aplicación de las tarifas del Convenio UNESPA son utilizadas por la Mutua 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, (...)".

En segundo término, en lo referido al importe correspondiente a asistencias sanitarias prestadas a trabajadores protegidos por accidentes de trabajo y facturadas a las aseguradoras responsables, la parte actora pretendía la anulación de la obligación de abonar el reintegro acordado por una supuesta aplicación indebida de tarifas, y por cuanto que la asistencia sanitaria prestada a los trabajadores debía ser asumida por la Mutua, con cargo al patrimonio de la Seguridad Social, sin perjuicio de que posteriormente, haciendo uso de la facultad prevista en el artículo 127.3 TRLGSS, y en beneficio del patrimonio de la Seguridad Social, se procediese a facturar a las compañías de seguro correspondiente las asistencias sanitarias prestadas como consecuencia de los accidentes de trabajo causados por sus asegurados.

La Sala de lo contencioso de la Audiencia Nacional, estimó en este punto la pretensión de la Mutua, pero en cuanto a tarificación, debía hacerse conforme a las tarifas generales que venían siendo aplicadas por la misma (tarifas UNESPA), no siendo admisible la reclamación de tarifas inferiores, en beneficio de determinadas empresas y en perjuicio del patrimonio de la Seguridad Social.

En tercer lugar, en cuanto al montante correspondiente a asistencias sanitarias no facturadas, y que la intervención regularizó aplicando las tarifas del convenio UNESPA, la Mutua volvió a ver rechazada su pretensión en base a los mismos argumentos expuestos respecto de los ajustes anteriores, pues las tarifas del Convenio UNESPA sean obligatorias legalmente o no, vienen siendo aplicadas ininterrumpidamente por la propia Mutua, con carácter general, sin que se haya dado una explicación razonable de porque se aplican esas tarifas en la mayoría de los casos, mientras que en otros pretende la aplicación de las contenidas en la referida Orden de 4 de enero de 1982.

En cuarto lugar, discute el reintegro de la cantidad correspondiente a asistencias sanitarias de los ejercicios 2006 y 2007, donde entiende improcedente la inclusión en la cuantificación de la infravaloración de ingresos por asistencia sanitaria de un importe distinto a aquel que se fijó en el Informe Definitivo Adicional al de Auditoría de Cuentas del ejercicio 2007, en el que la Intervención reflejaba el importe que, a su entender, alcanzaba la infravaloración, conforme a los datos que sirvieron al equipo auditor para su cálculo.

En efecto, en dicho procedimiento se impugnaba la resolución correspondiente a la auditoría del ejercicio 2007. La parte actora, alegó que en el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2007 se fijó como infravaloración de los ingresos por la prestación de asistencia sanitaria durante los ejercicios 2006 y 2007, un importe de 3.080.275,28 €, y en el informe de auditoría correspondiente al ejercicio 2008 se eleva la infravaloración por este mismo concepto y ejercicios a la cantidad de 4.338.527,53 €, sin que pueda deducirse del informe a qué obedece esa diferencia. Manifiesta la Abogacía del Estado que se trata de asistencias distintas de las anteriores, pero lo cierto es que no concreta ni justifica de qué asistencias se trata, y, como se ha dicho, tampoco esto aparece especificado en el informe. Es cierto que la fijación de esa cuantía en el ejercicio 2007 no impediría que, si con ocasión de la auditoría del ejercicio siguiente se descubren otras asistencias sanitarias infravaloradas en aquellos ejercicios, pudieran regularizarse, pero debe quedar justificado que realmente se trata de asistencias distintas.

En consecuencia, se procedió estimar este motivo anulando el reintegro reclamado por este concepto por importe de 1.258.252,25 €.

4. LOS INCENTIVOS DE VINCULACIÓN PARA LA CAPTACIÓN DE EMPRESAS

Este aspecto viene referido al reintegro del importe correspondiente al pago efectuado al personal de la Mutua de un incentivo de vinculación para la captación de empresas.

El Informe de Auditoría de las Cuentas Anuales, objeto del conflicto jurídico indicaba por parte de la Mutua un incumpliendo el artículo 5 del Reglamento sobre colaboración imputando indebidamente al Patrimonio de la Seguridad Social, el coste del personal contratado para el desarrollo de actividades comerciales. Dicho personal ascendía a 230 gestores externos a los que se les pagaba un Incentivo de Vinculación. Las funciones de este personal consistían en la mediación y captación de empresas para la asociación a FREMAP incluso para el grupo MAPFRE, así como el mantenimiento de las empresas asociadas y trabajadores autónomos adheridos. Asimismo, FREMAP abonó el mencionado incentivo de vinculación al resto de empleados de plantilla, distintos de los ya mencionados comerciales, que captasen igualmente empresas. El importe en este caso ascendía a 594.953,15 €, siendo el importe no asumible por el Sistema de Seguridad Social de 10.935.181,61 €" Este referido incentivo, denominado "incentivo de vinculación" ascendió en el ejercicio 2008 a 2.929.455,25 €. Siendo un 79,69 % cobrado por los gestores externos".

La Mutua alegó que el importe abonado por este concepto correspondía a gestiones desarrolladas por el personal de la Mutua distintas a la captación de empresas, lo que no vulneraba el artículo 5 del Reglamento de colaboración, pues éste no impide la realización de actividades de gestión externa tales como la atención personalizada de sus empresas mutualistas. Respecto al "incentivo de vinculación" la Mutua alegó que no retribuía una actividad comercial efectuada por la misma, sino la prestación de un servicio a los asociados y sus trabajadores, generando como valor añadido la inmediatez y prontitud en la solución de problemas.

No obstante, según declaró la Mutua en el trámite de alegaciones, el incentivo de vinculación retribuía la captación y mantenimiento de empresas o trabajadores, pero

justificando que esta actividad se hacía junto con las de asesoramiento a las mismas, y de esta manera beneficiarlas.

Esta declaración se presentaba confusa pues en parte describía una conducta lícita ya que la "labor asesora", efectivamente no vulneraba el artículo 5 del Reglamento de Colaboración siendo esta hipótesis reforzada más tarde por la SAN 4ª de 13 de abril de 2016 (rec. 528/2014), argumentando que: "…no es óbice el hecho de que de manera adicional realicen actividades de asesoramiento, pues las retribuciones abonadas por estas funciones no han sido consideradas como no asumibles por el patrimonio de la Seguridad Social; únicamente se ha considerado como no imputable el mencionado incentivo de vinculación".

No obstante, de manera acertada, la STS de 15 de diciembre de 2003 (rec. 2243/2001) daba la razón al informe de auditoría que alegaba que la primera conducta descrita, es decir el pago del incentivo de vinculación del gestor externo si obedecía a la captación y mantenimiento de empresas, una actividad prohibida por el artículo 5 del Reglamento de Colaboración.

Dicha sentencia argumentaba que "(...) se prohíbe la imputación de gasto alguno a la Seguridad Social por las actividades dirigidas a la mediación y captación de empresas para la asociación a las Mutuas, bien se realicen por empleados de la propia entidad o por terceros, incluidos los incentivos que según la recurrente debieran considerarse de mantenimiento y que han de entenderse comprendidos en el indicado concepto de mediación (Cfr. SSTS 8 de marzo, 22 de noviembre de 2000, 2 y 18 de septiembre y 9 de noviembre de 2002 y 2 de julio y 13 de octubre de 2003) ".

5. REINTEGROS POR RETRIBUCIONES A LOS COLABORADORES EN LA ADMINISTRACIÓN COMPLEMENTARIA A LA DIRECTA

Pasamos a analizar cada uno de ellos.

5.1. PAGOS A MEDIADORES DE SEGUROS

En lo referido a los pagos a mediadores de seguros, se alega en la demanda que el artículo 5.1 del Reglamento de colaboración no establece que tipo de profesionales han de desarrollar la actividad de administración complementaria, ni señala ninguna incompatibilidad objetiva, pudiendo la Mutua encomendar la gestión de tareas de índole administrativa a cualquier profesional que se encuentre cualificado para ello

La Sala, ha tratado esta cuestión y tras analizar la normativa aplicable (Orden de 2 de abril de 1984, 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) llega a la conclusión alcanzada en las sentencias del Tribunal Supremo, Sala III, Sección Cuarta, de 13 de noviembre de 2012 (rec. cas. núm. 5749/2011) y de 16 de octubre de 2012 (rec. cas. núm. 4794/2011), en las que, la exclusión que la normativa recoge viene dada por un criterio objetivo, cual es el que los colaboradores realicen actividades dirigidas a la mediación o captación de empresas asociadas o trabajadores adheridos. Puesto que consta 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. No habiéndose articulado

prueba al efecto por la Mutua, la Audiencia procedió confirmar la decisión de la Administración, y anuló el reintegro de 97.123,26 € correspondiente a los colaboradores que se relacionaban en la demanda, ajustados por tener la condición legal de mediadores de seguros.

5.2. EMPRESAS QUE HAN COBRADO A LA MUTUA POR LA GESTIÓN DE SUS PROPIAS CUOTAS O LAS DE SU GRUPO, NO COBRANDO COMO EMPRESAS DE MÁS DE 500 TRABAJADORES

En segundo término, y en cuanto a las empresas que han cobrado por la gestión de las cuotas de su grupo, no cobrando como empresas de más de 500 trabajadores, el motivo fue desestimado. En principio, la Mutua recurrió también en relación con las cantidades abonadas por devengos de ejercicios anteriores a 2008, estos colaboradores llevaban a cabo la elaboración y trasmisión de modelos de cotización de las empresas que gestionaban, así como otros trámites administrativos al margen de las relaciones societarias con dichas empresas, sin que la normativa vigente con anterioridad al año 2008 impidiera su retribución, pues se trataba de asesores con personalidad jurídica independiente de las empresas gestionadas.

El cambio de situación vino dado con la entrada en vigor de la Orden TAS/3859/2007, de 27 de diciembre, modificada por la Orden TAS/401/2008, de 15 de febrero, y posteriormente por la Orden TIN/221/2009, de 10 de febrero, que supuso una nueva regulación de la contraprestación a satisfacer por las Mutuas por los servicios de administración complementaria de la directa. En este sentido y de manera innovadora, la norma efectúa una distinción entre la contraprestación a satisfacer en su artículo 1º a los colaboradores profesionales y en su artículo 2º a las empresas que gestionando sus propias cuotas actúen como colaboradores.

Con anterioridad a la entrada en vigor de la citada normativa, el artículo 5 del Reglamento sobre colaboración, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre, impedía la retribución por la gestión de las cuotas de su propia empresa, agrupación de empresas o empresa vinculada pues tan solo se podían remunerar los servicios de terceros para gestiones de índole administrativa distintas de la mediación o captación de empresas, no concurriendo en las propias empresas, agrupaciones o vinculadas dicha consideración de terceros, figura de intermediación que se pretende remunerar .

En contraste con lo afirmado, el artículo 2º de la nueva Orden, si permite que las propias empresas gestionen sus cuotas. Esto es, un colaborador debe ser siempre un tercero ajeno a la empresa cuyas cuotas se gestionan, (la única excepción que realiza la Orden es la incluida en el artículo 2, previo cumplimiento de unos requisitos). Al tratarse de retribuciones devengadas en el ejercicio 2007, el colaborador debe ser ajeno a las empresas cuyas cuotas se gestionen, de conformidad con lo establecido en el artículo 5 del Reglamento de Colaboración. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo declaró que no cabía retribuir a las empresas o grupos de empresas que gestionasen sus propias cuotas, (STS de 13 de noviembre de 2012 -rec. 5749/2011) pues "la empresa o grupo de empresas asociado a la Mutua, que percibe de ésta una retribución por la gestión de sus propias cuotas, obtiene así un beneficio económico, consistente en no retribuir con sus propios fondos esa gestión en lo que corresponde a su labor interna, proscrito en el art. 5.2 del Reglamento sobre

colaboración de las Mutuas que aprobó el Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre. (STS de 16 de abril de 2013 -rec. 1278/2012). El Tribunal Supremo terminó añadiendo en la citada sentencia que ese pronunciamiento estimatorio, no debía ser obstaculizado por la redacción del artículo 2 de la Orden TAS/3859/2007, de 27 de diciembre, modificada por la Orden TIN/221/2009, de 10 de febrero debido a dos razones:

En primer lugar, porque el art 2.1 sólo permite que las empresas asociadas (de más de 250 trabajadores) sean retribuidas por los servicios de gestión administrativa que presten a la Mutua.

En segundo, porque para ello exige su art. 2.2 la concurrencia de determinados requisitos, figurando entre estos la celebración de un contrato escrito con la correspondiente Mutua en el que conste la especificación de los servicios concretos en que se materializa su colaboración. Y, ya, por último, porque aquella Orden de 2007 no estaba vigente en el ejercicio económicos anteriores.

5.3. LA NO APORTACIÓN POR PARTE DE LA MUTUA DE UN SOPORTE DOCUMENTAL QUE PERMITA EVIDENCIAR LA EFECTIVA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Mutua justificó que dada la inexistencia de normativa o instrucciones del Ministerio de Trabajo e Inmigración durante el ejercicio 2008 y anteriores, no tenía establecido un registro unificado de las gestiones encomendadas a sus colaboradores, y consideraba que debía reducirse el importe reclamado, al menos, en lo que respecta a las retribuciones abonadas a ciertos colaboradores de los cuales acompañaba en la demanda copia de los contratos suscritos con los mismos en el año 2008, así como las cotizaciones de las empresas gestionadas por estos colaboradores a través del sistema RED en el año 2008, y un listado de cotizaciones trasmitido por el sistema RED del año 2007 del colaborador Gestión Administrativa y Financiera, S.L

El motivo fue desestimado por la Sala, pues siguiendo la línea argumental de la SAN, 4ª de 16 de diciembre de 2015 (rec 568/2014, entre otras), la Mutua además del contrato, debería haber acreditado la efectiva prestación del servicio por parte de estos colaboradores. En este sentido, los pagos cuestionados no podían ser aceptados como tales al no resultar justificada la colaboración realizada en dicho ejercicio, puesto que no se ha aportado la documentación acreditativa de los servicios prestados.

No obstante, en 7 de estos colaboradores que tramitaban servicios a través del sistema Red, si se pudo demostrar que fueron retribuidos sobre el total cartera con el 3 % y el 0,25 % adicional en 2008, y se les ha pagado un total de 115.074,48 euros por el concepto "Colaborador Red para AT"; y considera que al ser realizado a través del sistema red debería ser admitido como gasto. En este punto, la Audiencia si estimó parcialmente este motivo al haber quedado justificada en relación con estos colaboradores, la efectiva prestación de los servicios mediante la tramitación efectiva a través del sistema Red, en las cuantías comprobadas por el perito, y que ascendieron en total a 115.074,48 €.

5.4. DESEMBOLSOS EFECTUADOS A COLABORADORES EN EL EJERCICIO 2008 RELATIVO A GESTIONES DEL EJERCICIO 1996 A 2006, SIN QUE SE HAYA ENTREGADO SOPORTE JUSTIFICATIVO

De manera similar al caso anterior, el motivo fue desestimado por las mismas razones que el supuesto anterior al no haberse acreditado efectiva prestación del servicio de colaboración para la Mutua en dicho ejercicio, puesto que no se había aportado documentación justificativa de los servicios prestados. En este sentido, la Audiencia anuló parcialmente en el importe de 115.074,48 €, el reintegro que se solicitaba por pagos efectuados a colaboradores respecto de los que la Mutua no había aportado documental que permita evidenciar la efectiva prestación del servicio, correspondiente a los 7 colaboradores que tramitaron a través del sistema Red.

5.5. EMPRESAS QUE SE GESTIONAN A SÍ MISMAS EN 2007

La Mutua consideró improcedente el ajuste de las retribuciones a los 261 colaboradores relacionados en la demanda y por tanto el reintegro al Patrimonio de la Seguridad Social del importe de 11.580, 04 € reclamado. En relación a los mismos durante el ejercicio de 2008, no se produjo ninguna retribución a los citados, por lo que considera improcedente el ajuste de sus retribuciones.

En la prueba pericial practicada en autos, el perito realizó un muestreo sobre 5 de los 261 colaboradores a que se refiere este ajuste, que manifiesta representa el 55,07 % del "total pagado según la IGSS", con la conclusión de que, según ha podido comprobar, en el sistema de gestión de FREMAP, "GUÍA contabilidad", no consta ningún pago realizado a los 5 CIF muestreados. En consecuencia, entiende que al ser esta muestra representativa del 55 %, el resultado se puede extrapolar a la totalidad de la población, y por tanto del ajuste propuesto por la IGSS, 11.580,04 euros no estarían justificados.

Esta pretensión prosperó gracias a la citada técnica del muestreo, una prueba pericial practicada en autos cuya implantación para estos supuestos ha sido admitida por el Tribunal Supremo en Sentencia de fecha 13 de noviembre 2012 dictada en el recurso 5749/2011, en la que razona: "...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 auditoria, 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".

La SAN, 4ª de 15 de junio de 2016 (rec. 450/2013), admite que aunque "el muestreo pueda resultar una técnica inadecuada, (…), 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 (...)". Y en este caso, la Abogacía del Estado

no ha cuestionado en el escrito de conclusiones la técnica utilizada por el perito ni el resultado de la prueba pericial.

Por tanto, la Audiencia Nacional procedió a estimar este motivo y anuló el reintegro que se solicita por importe de 11.580,04 € correspondiente a los colaboradores que se relacionan en la demanda, al haber quedado justificado que no recibieron retribuciones en 2008 por parte de la Mutua, en relación con el ajuste relativo a "empresas que se gestionan a sí mismas en 2007".

6. CANTIDADES ABONADAS COMO COMPENSACIONES POR ASISTENCIA A ÓRGANOS DE GOBIERNO SIN COBERTURA LEGAL

El siguiente ajuste versa sobre la asistencia a la Comisión Directiva, la Comisión de auditoría, la Comisión de nombramientos y retribuciones y las Juntas Asesoras Regionales. En este sentido, como declaraba la Mutua, las compensaciones abonadas por este concepto eran legales, pues cumplían en la redacción de sus estatutos con lo establecido en el artículo 20.1.3º d) del Reglamento sobre colaboración de las Mutuas, donde se establece efectivamente la prohibición para los asociados que desempeñen cargos directivos, de percibir 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 del citado Reglamento, contemplando como órganos de participación institucional la Comisión de control y seguimiento y la Comisión de Prestaciones Especiales.

La Audiencia Nacional estimó que la Mutua, podía establecer en sus estatutos los órganos de gobierno y participación que estimase convenientes, pero sólo podría imputar al Patrimonio de la Seguridad social las compensaciones por la asistencia a aquellos a que se refiere el artículo 20 del Reglamento de Colaboración (por todas, SAN, 4ª de 13 de abril de 2016 -rec. 528/2014-). En este sentido, el Tribunal Supremo en Sentencia de 26 de enero de 2016 (rec.4043/2014) han considerado que las dietas pagadas por asistencia a órganos consultivos o de participación no contemplados en el referido precepto no pueden imputarse al Patrimonio de la Seguridad Social, señalando que "El pago de dietas por asistencia a Juntas asesoras regional y a la Junta nacional, se trata de órganos consultivos ajenos a lo que se refiere el art. 20.1. 3º RD 1993/1995, de 7 de diciembre".

En consecuencia, no existiendo derecho al abono de cantidad alguna por la asistencia a otros órganos diferentes, la Audiencia desestimó la pretensión subsidiaria consistente en que se aplique los límites establecidos en la Orden TIN/246/2010.

7. IMPORTE DEL PAGO DE COMPENSACIONES A LOS DIRECTIVOS DE LAS MUTUAS, POR ASISTENCIAS A LA JUNTA DIRECTIVA

La Sala de lo Contencioso reiteradamente declaró en sus SSAN 26 de marzo de 2014 (rec. 96/2013), 7 de octubre de 2015 (rec. 462/2014) y 20 de enero de 2016 (rec. 463/2014), que el reintegro del importe del pago de compensaciones a los directivos de las mutuas, por asistencias a la Junta Directiva a la Seguridad Social tiene como fundamento el artículo 20.1 3 del Reglamento de Colaboración, realizándose el mismo por parte del patrimonio privativo de la entidad, 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 desarrollada normativamente, lo que no se había hecho en el ejercicio auditado de 2009. Del artículo 20.1.3º d), antes citado, claramente se desprende que este precepto establece 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 "en los términos que establezca el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social", esto es, hace depender su aplicación de un desarrollo normativo.

En año 2009 objeto del periodo auditado, solo había tenido lugar ese desarrollo normativo para las Comisiones de Seguimiento y Control con 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. Un año más tarde, en 2010, y con la Orden TIN 246/2010, de 4 de febrero, se llevó a cabo dicho desarrollo normativo, estableciendo 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.

Todo lo acabado de exponer condujo por parte de la Audiencia, a la desestimación del motivo del recurso sin que la circunstancia de que, fijadas las compensaciones a percibir a partir de 2010, la Administración las haya detraído de la cuantía a reintegrar de las satisfechas indebidamente, reste fuerza a lo argumentado hasta ahora por más que evidencie una aplicación comprensiva de la normativa por parte de la Administración, la cual ha venido a aplicar el régimen de compensaciones desarrollado en 2010 a un periodo en el que el derecho a su percepción carecía de la concreción normativa necesaria para hacerla exigible.

8. ACTIVIDADES QUE NO PUEDEN INCLUIRSE EN LA GESTIÓN COLABORADORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL DESARROLLADA POR LAS MUTUAS

Se cuestiona el ajuste referente a actividades que no pueden incluirse en la gestión colaboradora de la Seguridad Social desarrollada por las Mutuas, y en particular el gasto imputado por compras a Pescaderías Coruñesas y por honorarios profesionales de GMS Management Soluction. El motivo de la controversia, viene dado por el ajuste según el Informe de auditoría de "Gastos imputados" por "Compras de productos alimenticios", por importe de 14.137,59 €, Anexo VII,2, relativos a pescados y mariscos de carácter de lujo en los que no quedó demostrado por la Mutua ni su consumo, ni su suministro a los pacientes del Hospital de Majadahonda.

La intervención señala que "el tipo de producto comprado, así como los precios pagados podían, resultar excesivos y, por tanto, contrarios al uso eficiente de los fondos públicos", En un principio, Fremap abonó a "Pescaderías Coruñesas" 225.925 euros por el suministro de pescado al hospital de Majadahonda, que según información de la Mutua corresponde tanto a comidas suministradas a los pacientes del hospital como a comidas celebradas por los directivos". La Entidad colaboradora alegó, que todas y cada una de las facturas que obraban en el expediente administrativo, correspondían a productos alimenticios 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, en cualquier caso, no desvirtuaron 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. (En este mismo sentido, y ante gasto análogo en el ejercicio 2007, SAN, 4ª de 15 de junio de 2016 - rec. 450/2013)

En el caso de GMS Management Solution, según el informe de auditoría, este gasto, corresponde por importe de 34.800,00 € a "los honorarios de servicios profesionales prestados para asesoramiento estratégico, cuyo objetivo es concretar el modelo estratégico y funcional de colaboración entre FREMAP y Fraternidad Muprespa, sobre el que no se ha aportado contrato de prestación de servicios".

En su defensa, la Mutua señaló que se había acreditado la prestación de este servicio aportando junto con el recurso de reposición, tanto el informe sobre el asesoramiento retribuido, realizado por GMS MANANGEMENT SOLUCTIONS, S.L, acerca de la sistemática que debían llevar a cabo ambas Mutuas para su colaboración, así como la misma acta de la Junta Directiva de 26 de marzo de 2008 en el que se hacía constar el Acuerdo de colaboración suscrito entre ambas Mutas. La Mutua, reconoció que no justificó la contratación del servicio en las actuaciones de auditoría, pues no presentó documentación justificativa hasta el recurso de reposición, en el que además sigue sin justificarse la contratación del servicio. No cuestionando este ajuste en fase de alegaciones.

9. CONCLUSIONES

Con la ley actual, las Mutuas deben pagar las reclamaciones de Empleo con su patrimonio privativo. En algunos casos, si no se cuestionasen los informes de auditoría, y tuviesen las Mutuas que pagar las reclamaciones completas de la Seguridad Social muchas de estas Entidades Colaboradoras no tendrían fondos suficientes y podría tener que recurrir a una derrama entre sus empresas asociadas.

1º- Reclamación por la infravaloración de ingresos por asistencia sanitaria

El Informe definitivo de auditoría que recurrió la Mutua ante la Audiencia Nacional, argumentaba que los ingresos derivados de asistencia sanitaria se encontraban infravalorados tomando como referencia el cuadro tarifario general de aplicación que venía aplicando FREMAP, para los ejercicios 2008 y 2009 (Convenio UNESPA). La Mutua mostró desacuerdo con el cuadro tarifario aplicado, aludiendo que debería utilizarse el que más le beneficiaba y nunca utilizaba, es decir, el establecido en la Orden del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social de 4 de enero de 1982. En definitiva, de la Jurisprudencia vista se desprende que, aunque exista libertad de opción en cuanto a la aplicación de los cuadros tarifarios, la elección de la opción elegida por la propia Mutua, con carácter general convierte por su uso en obligatoria, no pudiéndose aplicar alternativamente se aplican esas tarifas en la mayoría de los casos.

2º- Los incentivos de vinculación para la captación de empresas

Aunque el pago del incentivo de vinculación del gestor externo si obedecía a la captación y mantenimiento de empresas, (siendo una actividad prohibida por el artículo 5 del Reglamento de Colaboración), ello no impide el hecho de que, de manera adicional, la Mutua si contrate gestores para realizar actividades de asesoramiento, siendo finalmente las retribuciones abonadas por estas funciones consideradas como asumibles por el patrimonio de la Seguridad Social.

3º- Reintegros por retribuciones a los colaboradores en la administración complementaria a la directa

A) En lo referido a los pagos a mediadores y no habiéndose articulado prueba al efecto por la Mutua, la Audiencia procedió confirmar la decisión de la Administración, y anuló el reintegro correspondiente a los colaboradores que se relacionaban en la demanda, ajustados por tener la condición legal de mediadores de seguros.

B) Respecto a las empresas que han cobrado a la Mutua por la gestión de sus propias cuotas o las de su grupo, no cabe retribuirlas, pues la empresa o grupo de empresas asociado/s a la Mutua, que percibe/n de ésta una retribución por la gestión de sus propias cuotas, obtiene así un enriquecimiento, consistente en no retribuir con sus propios fondos esa gestión en lo que corresponde a su labor interna, proscrito en el art. 5.2 del Reglamento sobre colaboración de las Mutuas.

C) Aunque la Mutua al no aportase soporte documental que permitiese evidenciar la efectiva prestación de servicios, la Audiencia si estimó parcialmente este motivo al haber quedado justificada en relación con 7 de estos colaboradores, la efectiva prestación de los servicios mediante la tramitación efectiva a través del sistema Red.

D) Respecto a los pagos efectuados a colaboradores en el ejercicio 2008 relativo a gestiones del ejercicio 1996 a 2006, sin que se haya entregado soporte justificativo, el motivo fue desestimado al no haberse acreditado efectiva prestación del servicio de colaboración para la Mutua en dicho ejercicio, puesto que no se había aportado documentación justificativa de los servicios prestados.

E) En cuanto a las Empresas que se gestionan a sí mismas en 2007, esta pretensión prosperó gracias a la citada técnica del muestreo, que sirvió como prueba al haber quedado justificado que no recibieron los colaboradores que se relacionan en la demanda retribuciones en 2008 por parte de la Mutua, en relación con el ajuste relativo a "empresas que se gestionan a sí mismas en 2007. Por tanto, la Audiencia Nacional procedió a estimar este motivo y anuló el reintegro que se solicita

4º- Cantidades abonadas como compensaciones por asistencia a órganos de gobierno sin cobertura legal

La Audiencia Nacional estimó que la Mutua, podía establecer en sus estatutos los órganos de gobierno y participación que estimase convenientes, pero sólo podría imputar al Patrimonio de la Seguridad social aquellas compensaciones por la asistencia referidas en el artículo 20 del Reglamento de Colaboración. En este sentido, el Tribual supremo establece

que las dietas pagadas no contempladas en el referido precepto en ningún caso podrán imputarse al Patrimonio de la Seguridad Social

5º- Importe del pago de compensaciones a los directivos de las mutuas, por asistencias a la Junta Directiva

Aunque la labor de los miembros de la Junta Directiva de esta entidad sin ánimo de lucro carezca de remuneración mensual, sí recibe dietas por asistencia a sus reuniones como compensación. Esta circunstancia está prevista en el art. 20. 13º, apartado d) del Reglamento de Colaboración realizándose el mismo por parte del patrimonio privativo de la entidad. La Audiencia Nacional determinó que, los importes por compensaciones a los miembros de la Junta Directiva por asistir a sus reuniones y a las de la Comisión de control y Seguimiento, deberían de hacerse en los términos que estableciese el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, esto es, hizo en su conclusión final depender su aplicación de un desarrollo normativo, (inexistente durante el ejercicio auditado de 2009). Por esta razón, la Audiencia Nacional entendió que la asunción de tal gasto por la Seguridad Social dependía de una previsión no establecida desestimando el motivo del recurso.

6º- Actividades que no pueden incluirse en la gestión colaboradora de la Seguridad Social desarrollada por las Mutuas

En el ajuste según el Informe de auditoría de "Gastos imputados por "Compras de productos alimenticios", no se llegó a justificar cual fue el destino hospitalario de los productos, siendo difícilmente creíble por parte de la Audiencia que se destinaran a los pacientes internados en el mismo pues se obviaba el hecho de que se trataba de productos de lujo. En caso de los gastos por el asesoramiento retribuido, realizado por GMS Management Solutions, la Mutua, no presentó documentación justificativa y sigue sin justificarse la contratación del servicio, desestimando la Audiencia la pretensión de la Mutua.