



TRIBUNAL DE CUENTAS

Resolución *SENTENCIA*

Número/Año *3/2024*

Dictada por *DEPARTAMENTO SEGUNDO DE ENJUICIAMIENTO*

Título *Sentencia nº 3 del año 2024*

Fecha de Resolución *04/04/2024*

Ponente/s *EXCMA. SRA. DOÑA ELENA HERNÁNDEZ SALGUERO*

Situación actual *NO FIRME*

Asunto:

En el procedimiento de reintegro por alcance núm. B-167/2021; ADMÓN. SEGURIDAD SOCIAL (Informe de Fiscalización sobre gestión y control de pagos efectuados al personal de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Ej. 2017. "Mutua Intercomarca") MADRID



SENTENCIA NÚM. 3/2024

En Madrid, a cuatro de abril de dos mil veinticuatro.

En el procedimiento de reintegro por alcance número B-167/21, Sector Público de la Seguridad Social (Informe de Fiscalización sobre gestión y control de pagos efectuados al personal de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Ej. 2017. “Mutua Intercomarcal”), Madrid, en el que han intervenido, como demandantes, la TESORERÍA GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL, representada y defendida por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, y el MINISTERIO FISCAL; y, como demandados, MUTUA INTERCOMARCAL, representada y defendida por el Letrado don G.; y DON E., representado por el Procurador de los Tribunales don F. y defendido por el Letrado don J., se pronuncia la presente Sentencia, de conformidad con los siguientes:

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Se recibieron en este Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento las Actuaciones Previas n.º 129/2020, seguidas como consecuencia de presuntas responsabilidades contables que fueron puestas de manifiesto por el Ministerio Fiscal con fundamento en el “Informe de Fiscalización sobre gestión y control de pagos efectuados al personal de las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social. Ej. 2017”, en el que se hacía referencia a ciertas presuntas irregularidades referentes a gastos de personal de la entidad “Mutua Intercomarcal” -en adelante, MI.

En dichas Actuaciones Previas, se dictó el Acta de Liquidación Provisional de fecha 29 de julio de 2021, en la que se declaró, previa y provisionalmente, la existencia de un alcance en los fondos públicos de la Seguridad Social, por un importe total de 48.920,24 euros, que se desglosaba en los siguientes conceptos:

Concepto	Importe
<i>Acción Social (compra de lotes de Navidad, relojes, vinos)</i>	22.650,96 €
<i>Previsión Social complementaria</i>	24.631,85 €
<i>Exceso en el pago de Indemnizaciones por extinción del contrato de trabajo</i>	1.638,13 €
TOTAL	48.920,94 €

SEGUNDO. Mediante Providencia de fecha 28 de octubre de 2021, dictada ex artículos 68 y 73.1 de la Ley 7/88, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas -en adelante, LFTCU-, se dispuso anunciar los hechos supuestamente motivadores de responsabilidad contable mediante edictos que habrían de publicarse en los periódicos oficiales correspondientes; asimismo, se



TRIBUNAL DE CUENTAS

emplazó a la Tesorería General de la Seguridad Social, al Ministerio Fiscal, a la entidad MI y a don E. a fin de que comparecieran en autos, personándose en forma dentro del plazo común de nueve días.

Los referidos edictos se publicaron en el Boletín Oficial del Estado (12 de noviembre de 2021), en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid (17 de noviembre de 2021) y en el tablón de anuncios del Tribunal de Cuentas. Asimismo, se personaron en autos el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, y el Ministerio Fiscal, ambos el día 4 de noviembre de 2021; posteriormente, con fecha 17 de noviembre de 2021, la entidad MI, representada por el Letrado don G.; finalmente, el día 23 de noviembre de 2021, se personó don E., representado por el Procurador de los Tribunales don F.

TERCERO. Por Diligencia de Ordenación de 18 de diciembre de 2021, se puso en conocimiento de las partes el nombramiento de la Excm. Sra. Consejera doña Elena Hernández Salguero como nueva Consejera del Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento. Posteriormente, mediante Diligencia de Ordenación de 15 de febrero de 2021, se tuvo por personados a todos los comparecidos que se han referido en el anterior antecedente, poniendo las actuaciones a disposición de la Tesorería General de la Seguridad Social -en adelante, TGSS-, y confiriéndole un plazo de veinte días para que dedujese, en su caso, la correspondiente demanda.

CUARTO. Con fecha 28 de febrero de 2022, la TGSS formuló demanda contra la MI y don E., siendo la pretensión deducida que se declarase a los codemandados como responsables contables directos y solidarios de un alcance causado a los fondos públicos de la Seguridad Social en el ejercicio 2017, por un importe total de 104.649,22 euros, y se les condenase al reintegro del importe del alcance con sus correspondientes intereses legales y al pago de las costas procesales.

QUINTO. Por medio de Decreto de 27 de abril de 2022, se admitió la demanda de la TGSS; se dio traslado al Ministerio Fiscal, por plazo de veinte días, para que se adhiriese a la misma o, en su caso, dedujese demanda; asimismo, se dio traslado del escrito de demanda a los codemandados, con advertencia de que el emplazamiento para contestar a la demanda se realizaría mediante resolución posterior, una vez cumplimentado el precitado trámite por el Ministerio Fiscal.

SEXTO. Con fecha 6 de mayo de 2022, el Ministerio Fiscal presentó escrito de demanda contra MI y don E., siendo la pretensión deducida que se declarase a los codemandados como responsables contables directos y solidarios de un alcance a los fondos públicos de la Seguridad Social en el ejercicio 2017, por un importe total de 48.920,94 euros, y se les condenase al reintegro del importe del alcance con los correspondientes intereses legales.

SÉPTIMO. Por Decreto de 12 de mayo de 2022, se admitió la demanda del Ministerio Fiscal, y se dio traslado de la misma a los codemandados para que en el plazo de veinte días pudieran contestar tanto a la demanda del Ministerio Público como a la demanda de la TGSS. Además, se dio audiencia durante el plazo de cinco días a las partes para que pudieran alegar sobre la cuantía del procedimiento.

OCTAVO. Los escritos de contestación de los codemandados fueron presentados por sus representaciones procesales en las siguientes fechas: el día 2 de junio de 2022, el escrito de contestación a la demanda de la MI; y el día 8 de junio de 2022, el escrito de contestación a la demanda de don E.



TRIBUNAL DE CUENTAS

NOVENO. Por medio de Auto de 11 de julio de 2022, se fijó la cuantía del procedimiento en la cantidad de CIENTO CUATRO MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y NUEVE EUROS CON VENTIDOS CÉNTIMOS (104.649,22 €), acordando seguir los trámites previstos para el juicio ordinario en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

DÉCIMO. Por Diligencia de Ordenación de 12 de julio de 2022, se señaló el día 22 de septiembre de 2022 para la celebración del acto de la audiencia previa.

En dicha fecha, tuvo lugar la celebración de la misma, con la ausencia justificada del representante procesal de la MI, quien solicitó expresamente que no se suspendiese el acto. Durante el desarrollo del mismo, los demandantes se ratificaron en las pretensiones contenidas en sus escritos de demanda, si bien el Letrado de la Administración de la Seguridad Social precisó que el objeto del proceso contable era distinto de la reclamación que se seguía en vía administrativa contra la entidad mutual. Asimismo, los letrados de los codemandados se ratificaron en el contenido de los correspondientes escritos de contestación a las demandas.

Posteriormente, las partes realizaron la proposición de la prueba, admitiéndose los medios de prueba que el tribunal estimó útiles y pertinentes, y desarrollándose todo ello conforme a lo que resulta de la grabación del acto obrante en las actuaciones.

UNDÉCIMO. Mediante Diligencia de Ordenación de 11 de noviembre de 2022, se dio traslado a las partes de la prueba documental que se admitió en la audiencia previa, una vez que ésta hubo sido remitida a este tribunal por la Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social -en adelante, DGOSS; asimismo, se les citó para la celebración del acto del juicio, quedando fijado para el día 12 de enero de 2023 en la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas.

DUODÉCIMO. Habiendo acreditado el Letrado de don E. que tenía fijado con anterioridad otro señalamiento para el día en que se había fijado el acto del juicio, por Diligencia de Ordenación de 21 de diciembre de 2022, se acordó la suspensión del señalamiento y, dado que la única prueba solicitada por las partes era la documental, y que ya se les había remitido mediante la anterior Diligencia de Ordenación de 11 de noviembre de 2022, se acordó que el presente procedimiento de reintegro por alcance finalizase mediante el trámite de conclusiones escritas, a cuyo efecto se confirió al Letrado de la Administración de la Seguridad Social y al Ministerio Fiscal el plazo común de diez días para que pudieran presentar sus escritos conclusiones.

DECIMOTERCERO. Una vez presentados los escritos de conclusiones por los demandantes, mediante Diligencia de Ordenación de 6 de febrero de 2023, se dio traslado de los mismos a las representaciones procesales de MI y de don E., por idéntico plazo común de diez días, a efectos de que pudiesen presentar sus escritos de conclusiones, que fueron presentados y constan incorporados a las actuaciones.

II. HECHOS PROBADOS

PRIMERO. Por acuerdo de la Junta Directiva de 15 de julio de 2010, se nombró Director Gerente de la MI a don E., quien al día siguiente firmó un contrato de alta dirección con la citada entidad mutual. En dicho contrato se establecía una remuneración anual total de 131.775 euros brutos.



TRIBUNAL DE CUENTAS

SEGUNDO. Mediante Ley 35/2014, de 26 de diciembre, se modificó 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.

En particular, por lo que a la presente causa contable interesa, la precitada Ley 35/2014, de 26 de diciembre, modificó el régimen de las retribuciones de los Directores Gerentes y del personal de las mutuas con funciones ejecutivas, estableciendo ciertos límites a las mismas y distinguiendo entre las retribuciones básicas y las complementarias. Concretamente, la cuantía exacta de dichas retribuciones se hacía depender de la previa clasificación de la entidad mutual de que se tratase. En este sentido, mediante la Orden Comunicada del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de 2 de enero de 2015, se aprobó la clasificación de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, de conformidad con la citada Ley 35/2014, de 26 de diciembre.

En concreto, por lo que se refiere a la entidad MI, la precitada orden ministerial la clasificó como “Mutua del Grupo 2”, lo que suponía que los límites máximos de las retribuciones anuales de su Director Gerente fueran los siguientes: retribuciones básicas, 80.000 euros; complemento de puesto, 48.000 euros (esto es, el 60 % de la retribución básica máxima); y complemento variable, cuyo establecimiento era de carácter potestativo para la entidad mutual, 32.000 euros (esto es, el 40 % de la retribución básica máxima).

Por medio de la Circular de 28 de julio de 2015, la DGOSS elaboró unos modelos de contratos de alta dirección para los Directores Gerentes y para el personal con funciones ejecutivas de las mutuas, adaptados al contenido de la citada Ley 35/2014, de 26 de diciembre, que remitió a todas las entidades mutuales, a efectos de que adaptaran a dichos modelos los contratos vigentes de su personal directivo y ejecutivo, y de que se observaran dichos modelos en las eventuales contrataciones futuras.

A pesar de la remisión de la citada Circular, el contrato de alta dirección del Director Gerente de la MI, don E., no fue modificado.

TERCERO. Durante el ejercicio 2017, la entidad MI realizó, entre otros, los siguientes pagos:

- Retribuciones al Director Gerente, don E., por un importe total de 135.728,28 euros, desglosadas formalmente en los siguientes conceptos: “salario base anual (60.167,16 euros), mejora voluntaria (30.318,36 euros) y 6 pagas extras percibidas (45.242,76 euros)”.

- Pagos bajo el concepto de “acción social”, por un importe total de 22.650,96 euros, con el siguiente detalle: lotes de Navidad entregados a los trabajadores (19.473,13 euros); relojes para jubilados (2.203,17 euros); entrega de vinos y obsequios de Navidad para trabajadores de los centros de Manresa, Barcelona y de la sede central (974,66 euros).

- Aportaciones al plan de pensiones de la mutua (“previsión social complementaria”). En relación con la nómina del mes de diciembre de 2017 de los trabajadores de la MI, una vez analizadas las correspondientes hojas trimestrales, se ha constatado que, respecto de un grupo de 42 empleados, se registraron unas aportaciones en la cuenta del plan de pensiones de la mutua por una cantidad total de 37.789,91 euros, mientras que las aportaciones detraídas, según sus correspondientes nóminas, ascendían a una suma total superior de 49.833,27 euros. En consecuencia, lo anterior suponía una sobrevaloración del plan de pensiones de la mutua, por un importe de “+12.044,06 euros”, según los datos reflejados en nómina. Asimismo, también se ha



TRIBUNAL DE CUENTAS

detectado, respecto de otro grupo de 46 empleados, que se registraron unas aportaciones en la cuenta del plan de pensiones de la entidad por una cantidad total de 49.315,79 euros, mientras que las aportaciones detráidas, según sus correspondientes nóminas, ascendían a una suma total inferior de 36.315,79 euros. En consecuencia, lo anterior suponía una infravaloración del plan de pensiones de la mutua, por un importe de “-12.587,89 euros”, según los datos reflejados en nómina.

- Pago de una indemnización por extinción de la relación laboral, por un importe total de 73.123 euros, en relación con un trabajador de la mutua que fue contratado el 7 de diciembre de 1998 y despedido con fecha 18 de abril de 2016.

Todos los pagos enunciados anteriormente se realizaron con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social.

CUARTO. Durante el año 2017, don E. continuaba desempeñando el puesto de Director Gerente de la MI, teniendo atribuidas las mismas funciones que en el momento de su nombramiento. Hasta el día 23 de marzo de 2021, mediante la firma de un nuevo contrato, la MI no ha procedido a adaptar el contrato de alta dirección del Sr. E. a lo establecido en la Ley 35/2014, de 26 de diciembre y en la Orden Comunicada del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de 2 de enero de 2015.

QUINTO. Por medio de Resolución de la Secretaría de Estado de la Seguridad Social y Pensiones, de fecha 26 de noviembre de 2020, se requirió a la entidad MI para la realización de diversas actuaciones en orden a subsanar las deficiencias puestas de manifiesto en el Informe de Auditoría realizado por la Intervención General de la Seguridad Social, y para proceder al reintegro a las cuentas de la Seguridad Social, con cargo al patrimonio histórico de la mutua, del importe total de 551.917,97 euros.

No ha resultado probado que el citado expediente de reintegro se refiera a los mismos hechos enjuiciados en la presente causa contable ni tampoco que, con motivo del mismo, la entidad MI haya procedido a realizar algún tipo reintegro, total o parcial, a las cuentas de la Seguridad Social con cargo su patrimonio histórico.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La TGSS ha formulado demanda contra la MI y don E., siendo la pretensión deducida que se declarase a los codemandados como responsables contables directos y solidarios de un alcance causado a los fondos públicos de la Seguridad Social en el ejercicio 2017, por un importe total de 104.649,22 euros, y se les condenase al reintegro del importe del alcance con sus correspondientes intereses legales y al pago de las costas procesales.

En síntesis, la demanda presentada por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social se fundamenta en la existencia de una serie de presuntas irregularidades que, a su juicio, darían lugar a un alcance contable en los fondos públicos de la Seguridad Social, por un importe total de 104.649,22 euros, con el siguiente detalle:

- Pagos no justificados en concepto de “retribuciones del Director Gerente de la mutua”, por un importe total de 55.728,28 euros.



TRIBUNAL DE CUENTAS

- Pagos no justificados en concepto de “acción social”, por un importe total de 22.650,96 euros, con el siguiente detalle: lotes de Navidad entregados a los trabajadores (19.473,13 euros); relojes para jubilados (2.203,17 euros); entrega de vinos y obsequios de Navidad para trabajadores de los centros de Manresa, Barcelona y de la sede central (974,66 euros).

- Pagos no justificados en concepto de “previsión social complementaria” (sobrevaloraciones e infravaloraciones de las cuotas aportadas al plan de pensiones de la mutua), por un importe total de 24.631,85 euros.

- Pagos no justificados en concepto de “indemnizaciones por extinción de contrato de trabajo”, por encima del límite máximo establecido en la normativa laboral vigente, por un importe total de 1.638,13 euros.

Por su parte, el Ministerio Fiscal ha deducido demanda contra la MI y don E., siendo la pretensión deducida que se declarase a los codemandados como responsables contables directos y solidarios de un alcance a los fondos públicos de la Seguridad Social en el ejercicio 2017, por un importe total de 48.920,94 euros, y se les condenase al reintegro del importe del alcance con los correspondientes intereses legales. Esta demanda se fundamenta en la existencia de las mismas presuntas irregularidades que se recogen en la demanda de la TGSS, salvo la presunta irregularidad relativa a las “retribuciones percibidas por el Director Gerente de la mutua”, que no es reclamada por el Ministerio Público.

En cuanto a las representaciones procesales de los codemandados, se han opuesto a las pretensiones de los demandantes esgrimiendo diversos argumentos que, esencialmente, se refieren a la falta de concurrencia de los elementos determinantes de su presunta responsabilidad contable en relación con los hechos a los que se refieren las demandas de la TGSS y del Ministerio Fiscal: en este sentido, los escritos de contestación de ambos codemandados centran sus argumentos en la falta de concurrencia del elemento subjetivo de la responsabilidad contable (dolo o, al menos, culpa grave) y, en consecuencia, también del requisito relativo al necesario nexo causalidad entre su actuación y el presunto daño patrimonial producido en los fondos públicos de la Seguridad Social; y, especialmente, se refieren a la falta de acreditación de la existencia de un alcance o menoscabo producido a los fondos públicos de la Seguridad Social, a cuyo efectos realizan diferentes alegaciones concretas respecto de cada una de las presuntas irregularidades puestas de manifiesto en los escritos de demanda, a las que se hará referencia posteriormente con motivo del análisis concreto de cada una de ellas.

SEGUNDO. A la hora de valorar si concurren en el presente caso todos los elementos determinantes de la presunta responsabilidad contable de los codemandados, debe comenzarse por analizar si se ha producido, o no, un alcance en los caudales públicos de la Seguridad Social.

Como punto de partida, debe hacerse referencia al denominado “concepto amplio de alcance” o de “alcance por el resultado” que ha venido estableciendo reiteradamente la doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en los siguientes términos literales:

“[...] el art. 72.1 de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas dispone que «se entenderá por alcance el saldo deudor injustificado de una cuenta o, en términos generales, la ausencia de numerario o de justificación en las cuentas que deban rendir las personas que tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos». De dicho precepto se desprende, de manera clara, que el alcance viene determinado por el resultado, es decir, por la inexistencia de justificación en



TRIBUNAL DE CUENTAS

una cuenta de fondos públicos, por la ausencia de acreditación del destino dado a los caudales o efectos públicos o, incluso, por la desaparición injustificada de los mismos, siendo, pues, indiferente la clase de cuenta o el concepto en donde aquél luzca.

Precisando, aún más, el concepto de alcance, este Tribunal debe observar la consolidada línea doctrinal, reflejada en la Sentencia recurrida, con cita de la Sentencia de esta Sala de Justicia núm. 16/2009, de 22 de julio (que ha sido seguida, entre otras, por nuestras Sentencias nº 6/2015, de 11 de noviembre, nº 18/2016, de 14 de diciembre, nº 26/2017, de 13 de julio y nº 34/2017, de 28 de noviembre, también citadas) que considera incluido como alcance de los fondos, caudales o efectos de titularidad pública, no sólo los casos de ausencia de numerario en una cuenta o de su justificación, sino que también abarca a aquellos en que resulta imposible la justificación de la inversión o destino dado a los fondos públicos, puesto que no basta la justificación formal, sino que el destino de los fondos empleados debe ser el legalmente previsto [...]” (por todas, v las siguientes Sentencias de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas: núm. 16/2020, de 30 de septiembre; núm. 15/2019, de 27 de septiembre; núm. 14/2019, de 26 de julio; núm. 1/2019, de 20 de marzo; núm. 13/2018, de 10 de octubre).

En esta misma línea, en relación con el concepto de “pagos indebidos”, ya se había pronunciado con anterioridad la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas en el Auto núm. 5/2004, de 3 de marzo, señalando lo siguiente:

“[...] En esta línea el ilícito contable de haberse incurrido en pagos indebidos se ha venido interpretando como un supuesto reconducible al concepto de alcance de fondos públicos, en la medida que serían pagos carentes de justificación por carecer de causa, y por tanto subsumibles en la conducta descrita en el artículo 72.1 de la Ley de 5 de abril de 1988 [...]”.

En definitiva, para determinar si en el supuesto aquí enjuiciado se ha producido un alcance en los fondos públicos de la Seguridad Social habrá que examinar si los concretos pagos realizados por la entidad MI, durante el ejercicio 2017 y con cargo al patrimonio de la Seguridad Social, que se identifican y califican como no justificados en los escritos de demanda de la TGSS y del Ministerio Fiscal podrían entenderse incluidos, o no, en el meritado “concepto amplio de alcance” que de manera consolidada ha establecido la doctrina de la Sala de Justicia en su interpretación del concepto legal recogido en el artículo 72 de la LFTCU; en este sentido, a continuación, se procederá a analizar si dichos concretos pagos habrían supuesto, o no, unos “pagos indebidos o carentes de justificación”.

TERCERO. Pagos en concepto de “retribuciones del Director Gerente de la mutua”, por un importe total de 55.728,28 euros.

En primer lugar, debe advertirse que la reclamación de responsabilidad contable a los codemandados por esta presunta irregularidad sólo se formula en la demanda de la TGSS, pero no en la demanda del Ministerio Fiscal.

El Letrado de la Administración de la Seguridad Social pide que se declare la existencia de un alcance en los fondos públicos de la Seguridad Social, aduciendo que, en relación con el total de las retribuciones que se pagaron al Director Gerente de la MI durante el ejercicio 2017, por un importe de 135.728,28 euros, aun cuando dicho abono estaría amparado por su contrato de alta dirección, una parte se habría pagado indebidamente con cargo al patrimonio de la Seguridad Social, en la concreta cantidad de 55.728,28 euros, que debería haber sido abonada con cargo del



patrimonio histórico de la mutua.

Esencialmente, el demandante fundamenta su pretensión en la falta de aplicación del régimen normativo que estaba vigente en el ejercicio 2017 en relación con las retribuciones que podría percibir el Director Gerente de la MI, don E. En este sentido, se refiere a la regulación contenida en 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. Precisa que, entre otras modificaciones, esta norma vino a introducir una serie de limitaciones en las retribuciones que podrían percibir los Directores Gerentes y el personal de las mutuas con funciones ejecutivas, que debían quedar sujetas a los límites máximos fijados para cada grupo correspondiente por el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades. Igualmente, se refiere a la necesaria aplicación de lo dispuesto en la Orden Comunicada del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, de 2 de enero de 2015, por la que se aprueba la clasificación de las Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, de conformidad con la citada Ley 35/2014, de 26 de diciembre -en adelante, la Orden Comunicada-, y en cuyos apartados noveno y undécimo se disponía expresamente que ningún puesto podría tener asignada una retribución total superior a la que tenía con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre; y que la disposición produciría efectos partir de la fecha de su firma, entendiéndose prorrogada automáticamente para sucesivos ejercicios, salvo que se dictase una nueva orden que la sustituyese o modificase. Finalmente, añade que la Orden Comunicada clasificó a la MI en el “Grupo 2” de las mutuas, lo que conllevaba que el límite máximo anual de las retribuciones básicas que podía percibir su Director Gerente, con cargo al patrimonio de la Seguridad Social, no podía exceder de 80.000 euros.

Por su parte, frente a los anteriores razonamientos contenidos en la demanda de la TGSS, las representaciones procesales de los codemandados se han opuesto realizando, en síntesis, las siguientes alegaciones: que el contrato de alta dirección del Director Gerente de la MI respetaba el límite de la retribución máxima anual que se le podía pagar en el ejercicio 2017, de tal manera que la discrepancia quedaría limitada a la falta de adaptación de su contrato a los conceptos retributivos establecidos por la Orden Comunicada; que esta disposición no podría aplicarse con efectos retroactivos a un contrato del año 2010 y que la Disposición Transitoria Sexta de la Ley 35/2014 no resultaría de aplicación al presente caso porque no hay un exceso de retribuciones anuales, sino una falta de adaptación en su forma de distribución o en los conceptos retributivos; finalmente, que la Circular de la DGOSS, de fecha 28 de julio de 2015, a la que se adjuntaban los modelos de contratos de alta dirección y de personal ejecutivo de las mutuas, no obligaba expresamente a adaptar las cláusulas de los contratos vigentes en ese momento en las mutuas, y que no fue hasta marzo del año 2020 cuando la MI recibió el requerimiento expreso de la DGOSS para adaptar el contrato de alta dirección vigente de su Director Gerente, don E.

Vistas las alegaciones de las partes, en primer lugar, debe analizarse si las retribuciones pagadas en el ejercicio 2017 al Director Gerente de la MI, cuyo contrato de alta dirección se firmó el día 16 de julio de 2010, deberían haberse visto limitadas, o no, por las modificaciones introducidas por la Ley 35/2014, de 26 de diciembre. La cuestión se resuelve claramente conforme al tenor literal de la Disposición Transitoria Sexta de la norma, en la que,



bajo la rúbrica “aplicación de las normas en materia de retribuciones”, se establece lo siguiente: “La eventual diferencia entre las retribuciones actualmente percibidas y las resultantes de la aplicación de lo previsto en el artículo 71.4 de la ley General de la Seguridad Social que pudiera existir a la entrada en vigor de esta ley, será absorbida por terceras partes en los tres ejercicios siguientes”. En efecto, esta previsión legal fue recogida posteriormente tanto en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (v. Disposición Adicional 20ª) como en la Ley de Presupuestos Generales para el año 2017 (v. Disposición Adicional 31ª).

En consecuencia, resulta incontrovertible que las normas sobre retribuciones de los Directores Gerentes y el personal ejecutivo de las mutuas introducidas por la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, eran plenamente aplicables a los contratos de alta dirección celebrados con anterioridad a la entrada en vigor de la misma y, evidentemente, también se aplicaban a la relación laboral existente la MI y su Director Gerente, don E.

Partiendo de la premisa anterior, a continuación, debe analizarse si, efectivamente, la remuneración anual total que se pagó en el año 2017 al Director Gerente de la MI excedió, o no, de los límites establecidos por la citada Ley 35/2014, de 26 de diciembre, tal y como se alega en la demanda de la TGSS.

El artículo 71.4 de la Ley General de la Seguridad Social, en su redacción introducida la Ley 35/2014, de 26 de diciembre -coincide con el actual artículo 88.4 del TRLGSS, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre-, disponía lo siguiente:

“[...] Las retribuciones del Director Gerente y del personal que ejerza funciones ejecutivas en las Mutuas se clasificarán en básicas y complementarias y estarán sujetas a los límites máximos fijados para cada grupo por el Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades [...]

Las retribuciones básicas del Director Gerente y del personal que ejerza funciones ejecutivas incluyen su retribución mínima obligatoria y se fijarán por la Junta Directiva conforme al grupo de clasificación en que resulte catalogada la Mutua.

Las retribuciones complementarias del Director Gerente y del personal que ejerza funciones ejecutivas comprenden un complemento del puesto y un complemento variable que se fijarán por la Junta Directiva de la Mutua.

El complemento del puesto se asignará teniendo en cuenta la situación retributiva del directivo en comparación con puestos similares del mercado de referencia, la estructura organizativa dependiente del puesto, el peso relativo del puesto dentro de la organización y el nivel de responsabilidad.

El complemento variable, que tendrá carácter potestativo, retribuirá la consecución de unos objetivos previamente establecidos por la Junta Directiva de la Mutua de conformidad con los criterios que pueda fijar el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Estos objetivos tendrán carácter anual y deberán estar fundamentados en los resultados del ejercicio generados por la Mutua en la gestión de las diferentes actividades de la Seguridad Social en las que colabora.

En ningún caso, la retribución total puede exceder del doble de la retribución básica y ningún puesto podrá tener una retribución total superior a la que tenía con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre [...]



TRIBUNAL DE CUENTAS

En cuanto a la regulación contenida en el citado Real Decreto 451/2012, de 5 de marzo, por el que se regula el régimen retributivo de los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, debe destacarse que en su artículo 7 se establece lo siguiente:

“1. Las retribuciones a fijar en los contratos mercantiles o de alta dirección se clasifican en básica y complementarias.

2. La retribución básica, que constituye la retribución mínima obligatoria, se fijará por el Ministro de Hacienda y Administraciones Públicas en función del grupo en que se sitúe la entidad, de acuerdo con el artículo 6 de este real decreto.

La retribución básica no podrá exceder, en cómputo anual, de los siguientes importes:

a) Las entidades del grupo 1: 105.000 euros.

b) Las entidades del grupo 2: 80.000 euros.

c) Las entidades del grupo 3: 55.000 euros.

3. Las retribuciones complementarias comprenden un complemento de puesto y, en su caso, un complemento variable.

a) El complemento de puesto, que retribuye las características específicas de las funciones desarrolladas o de los puestos directivos desempeñados, será asignado por quien ejerza el control o supervisión financiera de la entidad, por el accionista o, en su defecto, por el ministerio de adscripción, con arreglo a los siguientes criterios:

1.º Competitividad externa, entendiéndose por tal, la situación retributiva del directivo en comparación con puestos similares del mercado de referencia.

2.º Estructura organizativa dependiente del puesto.

3.º Peso relativo del puesto dentro de la organización.

4.º Nivel de responsabilidad.

El complemento de puesto no podrá superar el porcentaje máximo fijado para el grupo en el que se clasifique la entidad.

b) El complemento variable, que tendrá carácter potestativo, retribuye la consecución de unos objetivos previamente establecidos conforme a parámetros evaluables por quien ejerza el control o supervisión financiera de la entidad, por el accionista o, en su defecto, por el ministerio de adscripción, por lo que su percepción se halla condicionada a la consecución de unos objetivos.

El complemento variable no podrá superar el porcentaje máximo fijado para el grupo en el que se clasifique la entidad.

Finalmente, debe añadirse que la Orden Comunicada clasificó a la MI dentro del “Grupo 2” de las mutuas, lo que supone que la retribución básica anual de su Director Gerente sería, como máximo, de 80.000 euros; y que el complemento de puesto y el complemento variable representarían, respectivamente, como máximo, el 60 y el 40 por ciento de dicha retribución básica.

En el caso de las retribuciones percibidas por el Director Gerente de la MI durante el ejercicio 2017, se constata que no se incrementaron como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre. Efectivamente, la retribución total percibida por el Director Gerente en el año 2017 ascendió a 135.728,28 euros; conforme se recoge en la documentación aportada



TRIBUNAL DE CUENTAS

por la propia MI durante las actuaciones fiscalizadoras, dicha retribución total se desglosaba formalmente en los siguientes conceptos: “salario base anual (60.167,16 euros), mejora voluntaria (30.318,36 euros) y 6 pagas extras percibidas (45.242,76 euros)”. Por lo tanto, el importe total de las percepciones permanecía por debajo del límite legal máximo consistente en el doble de la retribución básica (160.000 euros, actualizaciones aparte).

En esencia, el Letrado de la Administración de la Seguridad Social sostiene que, al no haber adaptado a lo dispuesto en la Ley 35/2014, de 26 de diciembre el contenido del contrato de alta dirección de don E., de fecha 16 de julio de 2010, diferenciando entre las retribuciones básicas y las complementarias, debe concluirse que el exceso de retribuciones que habría percibido el Director Gerente durante el ejercicio 2017, respecto del límite legal máximo fijado para las retribuciones básicas -esto es, las percepciones por encima de los 80.000 euros anuales- habría de considerarse un alcance a los fondos públicos de la Seguridad Social, cifrando dicho exceso en la cantidad concreta de 55.728,28 euros.

La pretensión del demandante sólo puede ser estimada parcialmente, en atención a las siguientes consideraciones:

1) Conforme a lo establecido en la Ley 35/2014, de 26 de diciembre (Disposición Transitoria Sexta), y en la Orden Comunicada (apartado undécimo), resulta claro que la MI sí estaba obligada a adaptar el contrato de alta dirección de su Director Gerente para el ejercicio 2017. Mediante la Ley 35/2014, el legislador pretendía establecer una serie de limitaciones en las retribuciones que podía percibir el personal directivo y ejecutivo de las mutuas; limitaciones estas que no sólo eran cuantitativas sino también cualitativas, de tal manera que las retribuciones debían estructurarse en básicas y complementarias, debiendo cumplir una serie de requisitos para su fijación.

2) La anterior obligación venía impuesta a la MI para el ejercicio 2017, en primer lugar, por el tenor literal de la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, y de la Orden Comunicada, de 2 de enero de 2015.

Pero además de lo anterior, tal y como se recoge en mediante oficio remitido a este tribunal con fecha 3 de octubre de 2022, atendiendo la prueba documental admitida en la audiencia previa a propuesta de la representación procesal de don E., la DGOSS ha certificado lo siguiente:

“que se han remitido a la entidad -Mutua Intercomarcal- las siguientes comunicaciones respecto a la necesidad de adaptar el contrato de alta dirección suscrito con D. E. el 16 de julio de 2010, a las distintas modificaciones normativas que han tenido lugar desde su suscripción:

mediante la Circular de 28 de julio de 2015 de esta Dirección General (DOCUMENTO 6), se remitieron los modelos de contratos de alta dirección para su adaptación y utilización por parte de las Mutuas tras la modificación operada por la Ley 35/2014, del TRLGSS en relación con el régimen jurídico de las citadas Mutuas. Dicha modificación regula la relación jurídica que vincula a los altos cargos y empleados de las mutuas, su régimen retributivo y las incompatibilidades. No existe constancia en esta Dirección General de que la Mutua Intercomarcal remitiese en ese momento el contrato del Director Gerente adaptado a las modificaciones introducidas por la Ley 35/2014 [...]”.

3) No obstante, aun cuando las retribuciones del Sr. E. no se hubieran estructurado formalmente en el ejercicio 2017 en “básicas y complementarias”, en relación con el denominado “complemento de puesto”, debe partirse de la caracterización cualitativa que del mismo se



recogía en la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, disponiendo que “se asignará teniendo en cuenta la situación retributiva del directivo en comparación con puestos similares del mercado de referencia, la estructura organizativa dependiente del puesto, el peso relativo del puesto dentro de la organización y el nivel de responsabilidad”.

Pues bien, a la vista de la documentación obrante en las actuaciones, puede concluirse claramente que, en el ejercicio 2017, las funciones que tenía atribuidas el Director Gerente de la MI eran claramente subsumibles en las anteriores previsiones legales, a efectos de haber podido establecer un “complemento de puesto” para estructurar sus retribuciones anuales.

Por lo anterior, al estar clasificada la MI en el Grupo 2 de las mutuas, el “complemento de puesto” que se podría haber establecido en las retribuciones del Director Gerente para el ejercicio 2017 no podría haber excedido de 48.000 euros (el 60 por ciento de la retribución básica correspondiente al Grupo 2); cantidad esta que, en todo caso, al igual que el límite máximo de las retribuciones básicas (80.000 euros), debe considerarse como un pago justificado con cargo al patrimonio de la Seguridad Social.

4) Por el contrario, no pueden aplicarse análogos razonamientos en relación con el denominado “complemento variable” que, de acuerdo con la Ley 35/2014, de 26 de diciembre, tiene carácter potestativo y retribuye “la consecución de unos objetivos previamente establecidos por la Junta Directiva de la Mutua de conformidad con los criterios que pueda fijar el Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Estos objetivos tendrán carácter anual y deberán estar fundamentados en los resultados del ejercicio generados por la Mutua en la gestión de las diferentes actividades de la Seguridad Social en las que colabora”.

Pues bien, a la vista de la documentación obrante en las actuaciones, en ningún caso ha resultado acreditado que la Junta Directiva de la MI hubiera establecido previamente esos objetivos, de conformidad con los criterios que pudiera fijar el Ministerio del ramo, que ha de retribuir esta clase de complemento retributivo.

Por lo tanto, no habiendo resultado probado que la MI hubiera podido establecer un “complemento variable” para estructurar las retribuciones anuales que percibió su Director Gerente en el ejercicio 2017, debe considerarse como pago no justificado con cargo al patrimonio de la Seguridad Social la cifra resultante de la diferencia entre las retribuciones totales percibidas en dicho año y el límite legal máximo anual para las retribuciones básicas y el complemento de puesto en el caso de un Director Gerente de una mutua clasificada en el Grupo 2. Dicho pago no justificado debería haberse satisfecho con cargo al patrimonio histórico de la mutua, conforme a lo pactado en la relación laboral existente entre la MI y don E., pero no con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social.

No obstante, para efectuar la anterior operación deben también tenerse en cuenta las actualizaciones salariales contenidas en las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para los años 2016 (Ley 48/2015, de 29 de octubre; v. disposición adicional 20ª) y 2017 (Ley 3/2017, de 27 de junio; v. disposición adicional 31ª). En ambos casos, se preveía un posible incremento de las retribuciones en un 1% en cada ejercicio presupuestario. Por lo tanto, si aplicamos la actualización correspondiente a ambos ejercicios presupuestarios, resulta que el límite máximo que podría haber percibido en concepto de retribuciones básicas y complemento de puesto don E. ascendería a un importe total de 130.572,80 euros (81.608 euros, por retribuciones básicas; y



48.964,80 euros, por complemento de puesto).

En definitiva, por todos los razonamientos expuestos en el presente fundamento, debe concluirse que se han producido unos pagos no justificados en concepto de “retribuciones del Director Gerente de la mutua”, con cargo al patrimonio de la Seguridad Social y por un importe total de 5.155,48 euros, que se corresponde con el resultado de restar a la cantidad total de las retribuciones percibidas por don E. durante el ejercicio 2017 (135.728,28 euros), el importe máximo legal que podría haber percibido con cargo al patrimonio de la Seguridad Social (130.572,80 euros).

CUARTO. Pagos en concepto de “acción social”, por un importe total de 22.650,96 euros.

Tanto el Letrado de la Administración de la Seguridad Social como el Ministerio Fiscal alegan en sus escritos de demanda que la realización de los pagos efectuados durante el ejercicio 2017 en concepto de “acción social”, por un importe total de 22.650,96 euros (19.473,13 euros, por lotes de navidad entregados a los empleados; 2.203,17 euros, correspondientes a relojes para jubilados; y 974,66 euros, por la entrega de vinos y obsequios de Navidad para trabajadores de los centros de Manresa, Barcelona y de la sede central), sólo podrían ser satisfechos con cargo al patrimonio de la Seguridad Social si estuvieran amparados por lo dispuesto en convenios colectivos autorizados por el Ministerio de Hacienda, conforme se preveía para el año 2017 en el artículo 34 de la Ley 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para ese año. Precisan que, si bien serían lícitos los beneficios u obsequios para los empleados que se hubieran establecido por contrato individual de trabajo o estuvieran amparados en acciones de mera liberalidad de la mutua, en todo caso, deberían ser pagados con cargo al patrimonio histórico de la mutua, y no con cargo al patrimonio de la Seguridad Social.

Frente a las anteriores alegaciones de los demandantes, las representaciones procesales de los codemandados se oponen sosteniendo, esencialmente, que estos pagos realizados en concepto de “acción social” se vienen efectuando ininterrumpidamente desde el año 1991, de tal manera que constituyen una “condición más beneficiosa”, por lo que no pueden suprimirse de forma unilateral. En apoyo de sus pretensiones, se remiten la jurisprudencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, citando concretamente la Sentencia de fecha 12 de julio de 2018 y la Sentencia n.º 517/2021, de 11 de mayo de 2021. Finalmente, añaden que, en todo caso, estos pagos sí podrían hacerse con cargo al patrimonio histórico de la mutua, precisando que así lo habría hecho ya la MI en el procedimiento de auditoría de cuentas tramitado paralelamente por la Intervención General de la Seguridad Social; por ello, concluyen que, si se estima la demanda en este punto, se estaría vulnerando el principio del non bis in idem.

Comenzando por esta última alegación de los codemandados, debe advertirse que, de la totalidad de la documentación obrante en las actuaciones no puede deducirse, en ningún caso, que los hechos objeto del expediente administrativo de reintegro que se sigue contra la mutua (v. Hecho Probado Quinto de la presente resolución) coincidan con los hechos enjuiciados en el presente procedimiento de reintegro por alcance n.º B-167/21;

ni tampoco que se haya procedido al correspondiente pago, total o parcial, durante la tramitación de dicho procedimiento administrativo; por lo tanto, esta alegación debe ser desestimada.

Respecto del resto de los razonamientos vertidos por las partes, es necesario distinguir dos cuestiones diferentes: por un lado, la validez o legalidad de los pagos; y, por otro lado, si los pagos



pueden realizarse con cargo al patrimonio de la Seguridad Social.

Como punto de inicio, debe partirse de la regulación legal general de las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social -en adelante, MCSS-, que se contiene en los artículos 80 y ss. del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre -en adelante, TRLGSS. Conforme al apartado primero de dicho precepto, las MCSS son asociaciones privadas de empresarios constituidas mediante autorización del Ministerio de Empleo y Seguridad Social e inscripción en el registro especial dependiente de éste, que tienen por finalidad colaborar en la gestión de la Seguridad Social, bajo la dirección y tutela de aquél, sin ánimo de lucro y asumiendo sus asociados responsabilidad mancomunada en los supuestos y con el alcance establecidos en la TRLGSS. Estas entidades, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 4 del mismo artículo, "(...) forman parte del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de la naturaleza privada de la entidad". Esta integración de las MCSS en el sector público se establece también en diversas normas sectoriales: así, en el ámbito presupuestario, el artículo 2.2 h) de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria; o, en materia de contratación pública, el artículo 3.1 f) de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Sentado su carácter de entidades del sector público, el artículo 80.2 de la TRLGSS recoge, sin carácter de *numerus clausus*, las actividades que pueden desempeñar las MCSS en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social, esto es, en la gestión de las prestaciones asistenciales y económicas que tienen derecho a percibir los trabajadores, excluyéndose en el apartado tercero del indicado precepto determinadas actividades del ejercicio de la referida función pública de colaboración: "la colaboración de las

mutuas en la gestión de la Seguridad Social no podrá servir de fundamento a operaciones de lucro mercantil ni comprenderá actividades de captación de empresas asociadas o de trabajadores adheridos. Tampoco podrá dar lugar a la concesión de beneficios de ninguna clase a favor de los empresarios asociados, ni a la sustitución de estos en las obligaciones que les correspondan por su condición de empresarios".

Pues bien, para analizar la cuestión de los pagos indebidos o no justificados que hubiera podido realizar una MCSS con cargo al patrimonio de la Seguridad Social, debe partirse de la jurisprudencia consolidada por las Salas de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y del Tribunal Supremo, que han conocido de las impugnaciones de las correspondientes resoluciones dictadas por el órgano administrativo competente en materia de Seguridad Social, por las que se acordaban que la Mutua de que se trataba reintegrase los pagos indebidos o no justificados que hubieran realizado con cargo al patrimonio de la Seguridad Social.

La Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 19 de febrero de 2020 (recurso n.º 457/2017), se pronuncia en los siguientes términos literales:

"[...] Esta Sala ya se ha pronunciado en otros supuestos análogos en el sentido de rechazar que puedan imputarse al patrimonio de la Seguridad Social conceptos no previstos en el Convenio Colectivo del sector. Igualmente hemos reiterado que, sin cuestionar la política de las Entidades



TRIBUNAL DE CUENTAS

en la extinción de las relaciones laborales de sus empleados con gran antigüedad en la empresa, así como de su libertad para instrumentar los compromisos por pensiones según el Convenio Colectivo del sector, lo cierto es que ello no puede significar que el gasto sea imputable al patrimonio de la Seguridad Social cuando el pacto celebrado, como en el presente caso acontece, no se atiende al Convenio en vigor. La Mutua es libre de celebrar estos acuerdos, pero no de imputar las consecuencias económicas de los mismos a la Seguridad Social cuando suponen una actuación al margen de la normativa aplicable [...].”

En este mismo sentido, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 5 de febrero de 2014 (recurso n.º 95/2013) ya se pronunciaba de la siguiente manera:

"[...] Tales alegaciones no desvirtúan la procedencia de la causa de reintegro apreciada por la Administración. Esta Sala ya se ha pronunciado en otros supuestos análogos en el sentido de rechazar que pueda imputarse al patrimonio de la Seguridad Social conceptos no previstos en el convenio colectivo del sector, como son en este caso, los gastos derivados de la contratación de seguros a favor de trabajadores o directivos cuando los mismos no están contemplados en el correspondiente contrato de trabajo y en el convenio colectivo del sector, que implican mejoras o liberalidades que no pueden incluirse en los gastos de administración a que se refiere el artículo 24 RD 1993/1995, como gastos de personal afectos a la actividad de colaboración, ni por tanto, ser imputadas al patrimonio de la Seguridad Social. Sentencias de: 30 mayo de 2012 (rec. 240/2010); 25 de junio de 2008 (rec. 120/2007); 18 enero de 2006 (rec. 97/2005); 18 de julio de 2012 (rec. 613/2011); 19 de diciembre de 2012 (rec. 1958/2011); 29 de mayo de 2013 (rec. 3535/2012); 2 de octubre de 2013 (rec. 106/2013). Igualmente, Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Sección 4ª de 10 Julio 2000 (rec. 6223/1994) [...].”

O, finalmente, la Sentencia de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, de fecha 29 de mayo de 2013 (recurso n.º 3535/2012), en la que se afirmaba lo siguiente:

"[...] Admite pues, que la referida paga extra no está incluida en el convenio colectivo del sector y, por tanto, aunque la Mutua tenga obligación de abonársela a los trabajadores en virtud de los compromisos individuales asumidos con ellos, no existe base legal para que ello se impute al patrimonio de la Seguridad Social, y por tanto no puede incluirse en los gastos de administración a que se refiere el artículo 24 RD 1993/1995, como gastos de personal afectos a la actividad de colaboración. En virtud de todo lo expuesto, se desestima el presente recurso contencioso administrativo [...].”

Además de lo anterior, debe añadirse que en la citada Sentencia n.º 517/2021, de 11 de mayo, dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que la propia representación procesal del Sr. E. invoca y transcribe en apoyo de sus pretensiones, se establece que, aun cuando la realización de esta clase de prestaciones en metálico o en especie a los empleados de las mutuas pudieran considerarse como algo natural

y no anómalo a pesar de no estar reguladas en un convenio colectivo, y, por tanto, no ser constitutivas de infracción administrativa, ello no implica que las mismas se estuvieran abonando de forma debida:

"[...] El envío de un ramo de flores cuando nace un hijo de quien trabaja para la empresa, el abono del coste del desplazamiento semanal al hogar familiar, la celebración navideña con la plantilla o



el suministro del almuerzo a quienes prestan servicios con determinado régimen horario aparecen como contraprestaciones naturales en determinados casos

Por lo tanto, el que una empleadora satisfaga ese u otro tipo de prestaciones, en metálico o en especie, no puede considerarse anómalo por el hecho de que se haga al margen de lo previsto en convenio colectivo. Cosa distinta es que, dada la pertenencia de la Mutua al sector público (véase el Fundamento Tercero) se estén abonando cuantías de forma indebida”

Por lo tanto, esta Sentencia de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo puede servir de fundamento para excluir las sanciones administrativas por la realización de esta clase de hechos, pero no sirve para excluir la responsabilidad contable en la que incurren las personas que autorizan, ordenan o permiten este tipo de pagos; precisamente, conforme a la doctrina resultante de las sentencias del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional anteriormente citadas anteriormente, para poder cargar al patrimonio de la Seguridad Social esta clase de gastos se exige como requisito sine qua non que su regulación se haya recogido previamente en una Ley, norma reglamentaria, o en el convenio colectivo del sector.

En el supuesto de autos, de acuerdo con la documental obrante en las actuaciones (v. certificación de fecha 27 de enero de 2021, aportada por la MI en fase actuaciones previas junto con su escrito de alegaciones de esa misma fecha; apartado a.3.3), ha resultado acreditado que todos los pagos realizados en concepto de “acción social”, por un importe total de 22.650,96 euros, fueron efectuados con cargo al patrimonio de la Seguridad Social. Asimismo, también ha resultado probado que la entrega de obsequios a los trabajadores de la mutua con motivo de su jubilación estaba regulada en el denominado “Reglamento Interno de la Mutua”, aprobado por la Junta Directiva el día 13 de mayo de 2008 y firmado con el Comité de Empresa. Por el contrario, en cuanto a las entregas de lotes o de vinos a los empleados con motivo de la festividad de la Navidad no estaba regulada en ningún acuerdo de empresa o pacto individual, ni mucho menos en un precepto legal, reglamentario o del convenio colectivo del sector.

A la vista de todos los razonamientos anteriores y los hechos que han resultado acreditados, esta Consejera no discute la legalidad o validez de los referidos pagos realizados en concepto de “acción social” durante el ejercicio 2017 (correspondientes a entregas de relojes por jubilación; o a entregas de lotes de regalos o de vinos por la festividad de la Navidad), por un importe total de 22.650,96 euros; pero cuestión muy distinta es que, desde el punto de vista de la responsabilidad contable, esas entregas de regalos u obsequios pudieran pagarse con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social -en lugar de con cargo al patrimonio histórico de la mutua; lo que conlleva, en definitiva, que se tenga por acreditada la existencia de un alcance a los fondos públicos de la Seguridad Social, por el citado importe total de 22.650,96 euros, en que se cifran los pagos realizados en este concepto durante el ejercicio 2017.

En definitiva, por todos los razonamientos expuestos en el presente fundamento, debe concluirse que se han producido unos pagos no justificados concepto de “acción social”, con cargo al patrimonio de la Seguridad Social y por un por un importe total de 22.650,96 euros.

QUINTO. Pagos en concepto de “previsión social complementaria” (sobreevaluaciones e infravaloraciones de las cuotas aportadas al plan de pensiones de la mutua), por un importe total de 24.631,85 euros.



TRIBUNAL DE CUENTAS

En los escritos de demanda de la TGSS y del Ministerio Fiscal se aduce que “se han detectado errores en la nómina del mes de diciembre de 2017 que ocasionan diferencias entre los importes por trabajador correspondientes al Plan de Pensiones consignados en la nómina dentro del concepto “cuotas del partícipe” (asignados bien mediante deducción en nómina bien como acción social) y las aportaciones reales realizadas al Plan de Pensiones. Estas diferencias han supuesto tanto sobrevaloraciones como infravaloraciones en las aportaciones efectuadas por importes, respectivamente, de 12.044,06 euros en 42 trabajadores y 12.587,79 euros en 46 trabajadores”. Y se añade que las cantidades aportadas por el promotor al plan de pensiones de la MI lo son con cargo al patrimonio de la Seguridad Social y que no consta que la entidad mutual haya realizado la correspondiente regularización ni haya comunicado estas incidencias a los trabajadores afectados. Por lo anterior, a juicio de los demandantes, se habría producido un presunto alcance a los fondos públicos de la Seguridad Social, por un importe total de 24.631,85 euros, al entender que en ambos casos - tanto en el de las sobrevaloraciones como en el de las infravaloraciones - se estaría incumpliendo con la finalidad pública de los fondos propios de la Seguridad Social aportados al plan de pensiones de la mutua.

Por su parte, las representaciones procesales de los codemandados se han opuesto a las pretensiones de los demandantes alegando esencialmente que, en relación con estos hechos, no ha resultado acreditada la existencia de saldo deudor alguno -“las cuantías infradotadas y supradotadas prácticamente dejan un saldo de empate” (sic.); que, en todo caso, de existir un presunto quebranto sería subsanable mediante la regularización de estas aportaciones en ejercicios futuros, dado que no se trataría de derechos consolidados, sino de meras expectativas de derechos no materializados en su gran mayoría; que estaríamos ante un mero error material en la gestión por parte de la mutua, pero en ningún caso ante una actuación que pudiera ser calificada como dolosa o gravemente negligente.

En primer lugar, debe advertirse que, conforme a la documentación obrante en las actuaciones (v. sendas certificaciones de fecha 27 de enero de 2021, aportadas por la MI en fase actuaciones previas junto con su escrito de alegaciones de esa misma fecha; apartados

a.4.2 y a.4.6), ha resultado acreditado que todas las cantidades aportadas al plan de pensiones de la entidad mutual lo fueron con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social y que, a fecha de la certificación expedida por la propia mutua (27 de enero de 2021), persistía la falta de regularización de las referidas sobrevaloraciones (42 trabajadores) e infravaloraciones (46 trabajadores) de las aportaciones al plan de pensiones de la mutua, que fueron detectadas en la nómina del mes de diciembre de 2017.

Por otro lado, a la hora de analizar si se ha producido, o no, un alcance a los fondos públicos de la Seguridad Social como consecuencia de estos hechos resulta necesario diferenciar el supuesto de la sobrevaloración de las cuotas aportadas al plan de pensiones de la mutua, y el caso de la infravaloración de las mismas:

A) Sobrevaloración de las cuotas aportadas al plan de pensiones de la MI. En relación con la nómina del mes de diciembre de 2017 de los trabajadores de la MI, una vez analizadas las correspondientes hojas trimestrales, se ha constatado que, respecto de un grupo de 42 empleados, se registraron unas aportaciones en la cuenta del plan de pensiones de la mutua por una cantidad total de 37.789,91 euros, mientras que las aportaciones detraídas, según sus



TRIBUNAL DE CUENTAS

correspondientes nóminas, ascendían a una suma total superior de 49.833,27 euros. En consecuencia, lo anterior suponía una sobrevaloración del plan de pensiones de la mutua, por un importe de "+12.044,06 euros", según los datos reflejados en nómina.

La anterior situación retributiva de los referidos 42 trabajadores de la MI, que no consta que haya sido regularizada por la mutua, no daría lugar a responsabilidad contable, con independencia de las responsabilidades de otra naturaleza que pudieran derivarse de dicha falta de regularización. En efecto, desde el punto de vista de la responsabilidad contable, no puede entenderse que en este caso haya resultado probada la existencia de un menoscabo a los fondos públicos de la Seguridad Social, ya que ha resultado acreditado que el importe total de los 37.789,91 euros correspondiente a las aportaciones realizadas a la cuenta del plan de pensiones de la mutua durante el trimestre, que se efectuó con cargo al patrimonio de la Seguridad Social, sí consta detraído o reflejado en las nóminas de los referidos 42 trabajadores como aportaciones del promotor al plan de pensiones, con independencia de que este concepto retributivo estuviera sobrevalorado en las nóminas de diciembre de 2017 de dicho grupo trabajadores, en un importe total de 12.044,06 euros.

B) Infravaloración de las cuotas aportadas al plan de pensiones de la MI. En relación con la nómina del mes de diciembre de 2017 de los trabajadores de la MI, una vez analizadas las correspondientes hojas trimestrales, se ha constatado que, respecto de un grupo de 46 empleados, se registraron unas aportaciones en la cuenta del plan de pensiones de la mutua por una cantidad total de 49.315,79 euros, mientras que las aportaciones detraídas, según sus correspondientes nóminas, ascendían a una suma total inferior de 36.315,79 euros. En consecuencia, lo anterior suponía una infravaloración del plan de pensiones de la mutua, por un importe de "-12.587,89 euros", según datos reflejados en la nómina.

En relación con la situación retributiva de estos 46 trabajadores de la MI, que tampoco consta que haya sido regularizada por la mutua, debe alcanzarse una

conclusión diferente a la del supuesto anterior. En efecto, a la vista de la totalidad de la documentación obrante en las actuaciones, debe concluirse que no ha resultado probado que el importe total de los 49.315,79 euros correspondiente a las aportaciones realizadas a la cuenta del plan de pensiones de la mutua durante el trimestre, que se efectuó con cargo al patrimonio de la Seguridad Social, constase detraído o reflejado en las nóminas de los referidos 46 trabajadores como aportaciones del promotor al plan de pensiones. Por el contrario, consta acreditado que, en las nóminas de diciembre de 2017 de esos 46 empleados de la MI, sólo se detrajo por el referido concepto retributivo la cantidad total de 36.315,79 euros. En consecuencia, debe concluirse que el importe resultante de la diferencia entre ambas cantidades, que se cifra en 12.587,89 euros, tendría la consideración de un pago indebido o no justificado con cargo a los fondos públicos, al no haberse acreditado que se hubieran destinado a alguna de las finalidades incluidas en la función pública de las mutuas consistente en la colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

En definitiva, por todos los razonamientos expuestos en el presente fundamento, debe concluirse que se han producido unos pagos no justificados concepto de "previsión social complementaria" (por infravaloraciones de las cuotas aportadas al plan de pensiones de la mutua), con cargo al patrimonio de la Seguridad Social y por un importe total de 12.587,89 euros.



SEXTO. Pagos en concepto de “indemnizaciones por extinción de contrato de trabajo”, por encima del límite máximo establecido en la normativa laboral vigente, por un importe total de 1.638,13 euros.

En relación con esta presunta irregularidad, alegan los demandantes que el trabajador despedido por la MI fue contratado el 7 de diciembre de 1998 y despedido con fecha 18 de abril de 2016. Por lo tanto, al haberle abonado una indemnización de 73.123 euros, en lugar de la indemnización máxima permitida de 71.484,87 euros, que se correspondería el tope legal indemnizatorio de 720 días de salario, se habría causado un daño a los fondos públicos de la Seguridad Social que se cifra en la cantidad de 1.638,13 euros, resultante de la diferencia entre ambas cantidades indemnizatorias.

Frente a las anteriores alegaciones, en los escritos de contestación de los codemandados se formula oposición aduciendo que el motivo por el que la MI procedió a pagar la indemnización extintiva por importe de 73.123 euros fue, precisamente, “[...] ahorrar fondos públicos, ahorrando honorarios profesionales e intereses moratorios sobre las indemnizaciones fijadas en procesos judiciales con escasa capacidad de defensa, al tratarse de extinciones de relaciones laborales fundamentadas en decisiones empresariales que la normativa laboral establece como indemnizatorias. Existía partida presupuestaria para proceder a abonar las citadas indemnizaciones, entendiéndose en este caso no existe dolo o culpa grave, ni actitud poco diligente dada la escasa cuantía señalada, que no asciende ni al 1% de las cantidades abonadas y reconocidas por los citados conceptos en el citado ejercicio”.

Las alegaciones de los codemandados deben ser desestimadas. Como ya se ha advertido anteriormente, los fondos públicos de la Seguridad Social que gestionan las mutuas tienen carácter finalista (artículo 84.1 del TRLGSS), pues únicamente pueden ir dirigidos a los fines de colaboración que señala el artículo 80.2 de la TRLGSS, entre los que también se incluyen el pago de los llamados gastos de administración (artículo 84.4 de la TRLGSS). Junto a esa finalidad general de colaboración, que supone una verdadera limitación a la capacidad de las mutuas para disponer del patrimonio de la Seguridad Social, la Ley también establece limitaciones específicas en materia de retribuciones e indemnizaciones que puede percibir el personal de las mutuas. Concretamente, y por lo que ahora interesa, el artículo 88.6 de la TRLGSS dispone lo siguiente:

“Con cargo a los recursos públicos, las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social no podrán satisfacer indemnizaciones por extinción de la relación laboral con su personal, cualquiera que sea la forma de dicha relación y la causa de su extinción, que superen las establecidas en las disposiciones legales y reglamentarias reguladoras de dicha relación.”

En consecuencia, resulta incontrovertible que en el supuesto de autos la MI pagó al trabajador despedido de referencia una indemnización por una cantidad que excedía del límite de los 720 días de salario que fijaba la Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, y que dicho exceso en la indemnización pagada se cifra en la cantidad de 1.638,13 euros, punto este en el que no hay controversia alguna entre las partes. Es más, en relación con este pago, debe advertirse que en el escrito de alegaciones de fecha 27 de enero de 2021, que la propia MI presentó en fase actuaciones previas, reconoció que se había realizado por error, manifestando lo siguiente: “[...] Se trató de un error en el cálculo de la indemnización de importe total de 1.638,20€. La plantilla



que utilizamos contenía un error en la fórmula. A la vista de la incidencia, comparamos con la herramienta de cálculo del CGPJ y detectamos la incidencia [...]”.

En definitiva, por todos los razonamientos expuestos en el presente fundamento, debe concluirse que se han producido unos pagos no justificados concepto de “indemnizaciones por extinción de contrato de trabajo”, con cargo al patrimonio de la Seguridad Social y por un por un importe total de 1.638,13 euros.

SÉPTIMO. Una vez puesta de manifiesto la existencia de un alcance a los fondos públicos de la Seguridad Social, que se cifra en la cantidad total de 42.032,46 euros, resultante de la suma de las cuatro categorías de pagos no justificados que se han analizado en los fundamentos de derecho tercero a sexto de la presente resolución (5.155,48 euros en concepto de “retribuciones del Director Gerente”; 22.650,96 euros en concepto de “acción social”; 12.587,89 euros en concepto de “previsión social complementaria”, por infravaloraciones de las cuotas aportadas al plan de pensiones de la mutua; y 1.638,13 en concepto de “indemnizaciones por extinción de contrato de trabajo”, por encima del límite máximo establecido en la normativa laboral vigente), resta ahora analizar si en la conducta de los codemandados concurren los demás requisitos exigidos por la legislación vigente para que puedan ser declarados responsables contables y responder de esta forma de los perjuicios patrimoniales producidos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 38, párrafo primero, de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas -en adelante, LOTCU- y en el artículo 49.1 de la LFTCU, en relación la doctrina emanada de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todas, v. Sentencias de 29 de diciembre de 2004; 13 de marzo de 2005; 26 de marzo de 2005; 18 de noviembre de 2010; o 1 de marzo de 2011).

A) En primer lugar, debe examinarse si concurre en los codemandados el presupuesto de la legitimación pasiva ad causam, esto es, si concurre en ellos la condición de “gestores de fondos públicos o cuentadantes respecto a los mismos”. En este sentido, debe partirse de la reiterada doctrina de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas (por todas, v. Sentencia n.º 16/2019, de 2 de octubre; y Sentencia n.º 8/2020, de 6 de julio), que viene pronunciándose en los siguientes términos literales:

“[...] Por lo que se refiere a la regulación legal del concepto de legitimado pasivo, hay que recordar que es el artículo 55.2 de la LFTCu, el que lo define. Dicho artículo dice textualmente que: «se considerarán legitimados pasivamente los presuntos responsables directos o subsidiarios, sus causahabientes y cuantas personas se consideren perjudicadas por el proceso». Quiere ello decir que la definición legal de legitimado pasivo es, de nuevo, anudada por la Ley al concepto de ostentar las condiciones subjetivas precisas para poder ser declarado responsable contable directo o subsidiario.

Por ello, para que alguien pueda ser merecedor de reproche contable debe tener condición, sea o no funcionario, de gestor de fondos públicos y, consecuentemente, de cuentadante respecto a los mismos, pues, no en vano, la jurisdicción de este Tribunal, como dice el artículo 15.1 de la Ley Orgánica 2/82, de 12 de mayo, «...se ejerce respecto de las cuentas que deban rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos».

Pero, además, serán necesarios los restantes requisitos de la responsabilidad contable, esto es:



TRIBUNAL DE CUENTAS

menoscabo, actitud subjetiva de dolo, culpa o negligencia graves, y violación de norma presupuestaria o contable [...]

Como ha puesto de manifiesto esta Sala de Justicia, de manera reiterada (Sentencias de 18 de abril de 1986, de 10 de julio y 9 de septiembre de 1987, de 29 de julio de 1992, de 28 de febrero de 2001, 14 de septiembre de 2004 y de 30 de septiembre de 2009), la extensión subjetiva de la responsabilidad contable abarca, de acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos 38.1, 15.1 y 2.b) de la aludida Ley Orgánica del Tribunal, no a cualquier persona, sino, solamente, a «quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos», ya que, de lo contrario, la responsabilidad contable incluiría, en términos generales, la responsabilidad civil de terceros frente a la Administración Pública, con la consiguiente invasión en la esfera de competencia de otros Órganos jurisdiccionales.

Pero es que, además, dicha tesis aparece corroborada por los artículos 39 y siguientes de la propia Ley Orgánica anteriormente repetida, en cuanto que recogen como circunstancias modificativas de la responsabilidad contable, conductas típicas de quienes tengan a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; así, las alusiones a la obediencia debida (artículo 39.1), al retraso en la rendición, justificación o examen de las cuentas (artículo 39.2), a la falta de medios o esfuerzo a exigir a los funcionarios (artículo 40) [...]

Y la misma doctrina mantenida por esta Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, ha sido expuesta reiteradamente por el Tribunal Supremo. Así, dicho Alto Tribunal, en su Sentencia de 8 de noviembre de 2006, vino a reiterar que la extensión subjetiva de la responsabilidad contable no puede alcanzar a cualquier persona que pertenezca al esquema organizativo de una Administración Pública pues, de admitir esa extensión, se produciría, como ya se ha apuntado, una invasión en la esfera de competencia de otros Órdenes jurisdiccionales al encontrarnos ante la sustanciación de la responsabilidad civil de terceros frente a esa Administración Pública [...]

Junto a lo anterior, la Sala de Justicia vincula la condición de gestor de fondos públicos y cuentadante, de manera general, con la realización concreta de una actividad gestora de bienes y derechos de titularidad pública que tenga su fundamento “en un vínculo jurídico funcional, laboral o administrativo” con el ente titular de los fondos públicos de que se trate (S. 15/2009, de 22 de julio; 13/2008, de 20 de octubre; 27/2004, de 13 de diciembre). En este sentido cabe destacar la Sentencia nº 14/2018, de 10 de octubre, que afirmaba lo siguiente:

“[...] la condición de legitimado pasivo no puede desprenderse del mero hecho objetivo de ocupar un determinado cargo o puesto de trabajo, sino de que, como consecuencia del mismo, se hayan desarrollado funciones de gestión económico- financiera que hayan afectado a los concretos fondos públicos presuntamente menoscabados...” por cuanto “... No debe olvidarse que esta Sala tiene dicho, en Sentencia 25/1993 de 22 de julio, que el hecho de ostentar un cargo objetivamente relevante en la gestión económico-financiera de una administración o entidad del Sector Público, no implica que se pueda reclamar responsabilidad contable a un directivo que no haya participado en los hechos enjuiciados [...]”.

Aplicando la citada doctrina jurisprudencial a los dos sujetos codemandados en el presente proceso contable, cabe realizar las siguientes consideraciones:

A1) En relación con don E., ostentaba el cargo de Director Gerente de la MI durante el período temporal al que se refieren los hechos enjuiciados.



TRIBUNAL DE CUENTAS

Con carácter general, el Director Gerente de la MI tenía atribuidas las siguientes funciones durante el ejercicio 2017 (v. escritura de elevación a público del acuerdo de nombramiento de la Junta directiva, de fecha 15 de julio de 2010, obrante a los folios 68 y 69 de las Actuaciones previas; así como el certificado remitido por la MI con fecha 23 de marzo de 2021, obrante al folio 77 de las Actuaciones Previas):

- La dirección técnica, sanitaria, económica y administrativa de la mutua (letra A).
- La facultad de despedir empleados sujetos a legislación laboral (letra B).
- Llevar la contabilidad (letra C).
- Formular y presentar a la Junta Directiva, a la Comisión Delegada y a la Junta General los estados demostrativos de cobros y pagos (letra D).
- Formalizar los balances y cuentas de resultados anuales (letra F).
- Librar cheques y demás documentos de crédito en general, también letras de cambio con firma mancomunada a partir de 151.000 euros (letras H y LL).
- Competencia para ordenar pagos (letras i) y j).

A2) Por otro lado, debe analizarse igualmente la posible condición de “gestor de fondos públicos o cuentadante respecto a los mismos” de la propia entidad MI, en relación con los hechos determinantes de alcance contable a los fondos públicos de la Seguridad Social, toda vez que los demandantes también han pedido que se condene a la mutua como responsable contable directa.

Con carácter general, debe recordarse que, en relación con la apreciación de la posible concurrencia de los requisitos determinantes de responsabilidad contable en las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ya ha establecido una doctrina consolidada que, a su vez, se ha visto refrendada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, pudiendo citarse, por todas, la Sentencia de la Sección 2ª de la Sala de lo Contencioso-Administrativo, de fecha de 6 octubre 2004, en la que se afirma lo siguiente:

“[...] De un lado resulta incuestionable que la recurrente FREMAP ostenta la condición de gestora de fondos públicos.

[...] Estos acontecimientos no hacen sino exhibir grave culpa «in vigilando» y grave culpa «in operando» en el desenvolvimiento de las actuaciones de FREMAP.

Resulta, a la vista de lo anterior, suficientemente acreditada la concurrencia de negligencia grave en los hechos analizados, existiendo, por tanto, el elemento configurador subjetivo de la responsabilidad contable [...]”.

También resulta ilustrativo el pronunciamiento contenido en la Sentencia n.º 2/2014, de 3 de abril, dictada por este Departamento Segundo de la Sección de Enjuiciamiento, en cuanto se remite a su vez a distintos pronunciamientos de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas:

“[...] La jurisprudencia de la Sala de Justicia de este Tribunal ha considerado que las Mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales son sujetos aptos para ser declarados responsables contables pues son entidades con personalidad jurídica propia que tienen encomendada la gestión del patrimonio de la Seguridad Social para atender los fines de ésta a través de su colaboración en la gestión (Sentencias de la Sala de Justicia número 16/2013, de 6 de junio y 19/2013, de 17 de septiembre) y son, en consecuencia, gestores de fondos públicos,



tal y como afirmaba ya la Sentencia 10/1999, de 30 de julio [...]”.

En relación con la precitada doctrina, debe advertirse que la atribución normativa de la gestión del patrimonio de la Seguridad Social de las MCSS se recoge en los artículos 80, 92 y 93 de la TRLGSS, así como en el artículo 3.1 del Reglamento sobre colaboración de las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto 1993/1995, de 7 de diciembre.

Por todo lo anterior, aplicando los anteriores fundamentos jurisprudenciales y normativos al supuesto aquí enjuiciado, debe concluirse que la entidad MI también ostentaba la condición de “gestor de fondos públicos o cuentadante respecto a los mismos”, en relación con los hechos determinantes de alcance contable al patrimonio de la Seguridad Social que se han analizado en los fundamentos tercero a sexto de la presente resolución.

A la vista de la prueba documental obrante en las actuaciones, en relación con los hechos enjuiciados, no hay lugar a duda sobre la condición de gestores de fondos públicos de los codemandados, don E. y la MI, a los que ambos demandantes imputan la producción del resultado lesivo al patrimonio de la Seguridad Social en concepto de responsables contables directos y solidarios, sin que las representaciones procesales de dichos codemandados hayan cuestionado su participación en la producción del mismo.

B) Asimismo, se aprecia igualmente que en el caso enjuiciado concurre el presupuesto de la necesaria relación de causalidad entre la actuación de los dos codemandados y el daño producido al patrimonio de la Seguridad Social. En este sentido, existe una conexión directa entre la conducta de dichos codemandados, quienes autorizaron, ordenaron o permitieron, durante el ejercicio 2017, la realización de todos los pagos no justificados que se refieren en los fundamentos tercero a sexto de la presente resolución, y el daño producido a los fondos públicos de la Seguridad Social, sin que pueda apreciarse que haya existido ninguna circunstancia que haya producido la ruptura de dicha relación de causalidad.

C) Además, también concurre el requisito relativo a la infracción de la normativa contable y presupuestaria aplicable al sector público por cuanto la actuación de don E. y de la entidad MI ha supuesto una vulneración de lo establecido, con carácter general, en el artículo 176 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria -LGP-, conforme al cual, “las autoridades y demás personal al servicio de las entidades contempladas en el artículo 2 de esta Ley que por dolo o culpa graves adopten resoluciones o realicen actos con infracción de las disposiciones de esta Ley, estarán obligados a indemnizar a la Hacienda Pública estatal o, en su caso, a la respectiva entidad los daños y perjuicios que sean consecuencia de aquellos, con independencia de la responsabilidad penal o disciplinaria que les pueda corresponder”. En relación con la remisión realizada por este precepto, como más arriba se ha señalado, las MCSS y sus centros mancomunados forman parte del sector público institucional estatal en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social. En relación con la remisión realizada por este precepto, el artículo 2.2 h) de la LGP dispone que las Mutuas y sus centros mancomunados forman parte del sector público institucional estatal en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social. Y, en un mismo sentido que el precepto anterior viene a pronunciarse el artículo 80.4 de la TRLGSS, que también integra a las Mutuas en el sector público estatal, en atención la naturaleza de los recursos que gestionan y de la función que realizan de



TRIBUNAL DE CUENTAS

colaboración en la gestión de la Seguridad Social: “Las Mutuas Colaboradoras con la Seguridad Social forman parte del sector público estatal de carácter administrativo, de conformidad con la naturaleza pública de sus funciones y de los recursos económicos que gestionan, sin perjuicio de la naturaleza privada de la entidad”.

D) Finalmente, se aprecia también en la actuación de don E. y en la MI la concurrencia del elemento subjetivo, cuando menos de culpa o negligencia grave. En este sentido, resulta incuestionable que tanto la mutua como su Director Gerente tenían pleno conocimiento de los hechos generadores del alcance causado a los fondos públicos, esto es, de los pagos que fueron soportados de manera indebida o no justificada por el patrimonio de la Seguridad Social en el ejercicio 2017, por un importe total de 42.032,46 euros, y que se concretan en los fundamentos de derecho tercero a sexto de la presente resolución: 5.155,48 euros en concepto de “retribuciones del Director Gerente”; 22.650,96 euros en concepto de “acción social”; 12.587,89 euros en concepto de “previsión social complementaria” por infravaloraciones de las cuotas aportadas al plan de pensiones de la mutua; y 1.638,13 en concepto de “indemnizaciones por extinción de contrato de trabajo”, por encima del límite máximo establecido en la normativa laboral vigente.

Con carácter general, la jurisprudencia de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha establecido que la diligencia exigible al “gestor de fondos públicos” resulta especialmente cualificada como consecuencia de la naturaleza de los bienes y derechos que gestiona (Sentencias 12/2014, de 28 de octubre y 9/03, de 23 de julio, entre otras). Y en un mismo sentido, la Sala de Justicia ha declarado también que en la gestión de fondos públicos debe extremarse la diligencia hasta el punto de llegar a lo que la jurisprudencia del Tribunal Supremo llama “agotamiento de la diligencia”, lo que exige la adopción de todas las medidas jurídicas y técnicas necesarias para la evitación del daño patrimonial a las arcas públicas (Sentencias 12/2014, de 28 de octubre y 4/2006, de 29 de marzo, entre otras).

Con carácter particular, a la hora de analizar la concurrencia del elemento subjetivo en la actuación de una mutua, la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas ha venido estableciendo una reiterada doctrina, pudiendo citarse, por todas, la Sentencia n.º 12, de 28 de octubre de 2014, en la que se resuelve lo siguiente: “[...] En el presente caso resulta ineludible concluir que la Mutua, al provocar que unos fondos públicos de la Seguridad Social fueran aplicados a finalidades distintas de las incluidas en la colaboración con la gestión de la propia Seguridad Social, no actuó de forma ajustada al canon de diligencia que le era exigible y no extremó las cautelas necesarias para evitar el menoscabo patrimonial de las arcas públicas, por lo que incurrió en la negligencia grave prevista en el artículo 49 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas [...]”.

Pues bien, de acuerdo con la precitada doctrina jurisprudencial, resulta que en el supuesto aquí enjuiciado la entidad MI no actuó con la diligencia que le era exigible, en su condición de gestor de fondos públicos o cuentadante respecto a los mismos, a fin de evitar el alcance producido a las arcas públicas de la Seguridad Social, al haber permitido que, durante el ejercicio 2017, se imputaran de manera no justificada al patrimonio de la Seguridad Social unos pagos que, o bien se aplicaron a finalidades distintas a las incluidas en la función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social (en el caso de los pagos de la denominada “acción social”, o el de la “previsión social complementaria” por infravaloraciones de las cuotas aportadas al plan de



pensiones de la mutua), o bien a abonar una parte de las retribuciones del Director Gerente de la mutua y una parte de la indemnización por extinción de la relación laboral de un trabajador despedido, por unas concretas cuantías (5.155,48 euros y 1.638,13 euros, respectivamente) que excedían de los límites legalmente establecidos para ser soportadas con cargo a los fondos públicos de la Seguridad Social.

Asimismo, resulta incuestionable la concurrencia del elemento subjetivo de la responsabilidad contable del Director Gerente de la mutua, don E., quien en su condición de gestor de fondos públicos, o cuentadante respecto a los mismos, tenía atribuidas las concretas funciones de la alta gerencia que se recogen en su acuerdo de nombramiento, y que se encontraban vigentes durante el momento en que tuvieron lugar los hechos aquí enjuiciados. Precisamente, en ejercicio de dichas funciones, y como máximo responsable de la dirección administrativa de la mutua, el Sr. E. era la persona que ostentaba capacidad para autorizar y ordenar los pagos de referencia, y estaba obligado a conocer la diferencia entre los pagos que podían cargarse al patrimonio de la Seguridad Social y aquéllos que debían ser satisfechos con cargo al patrimonio histórico de la MI. En definitiva, tanto la mutua como el Director Gerente tenían -o debían haber tenido- pleno conocimiento de la realización de los pagos de referencia; de su imputación al patrimonio de la Seguridad Social; y de la normativa legal, convencional y estatutaria que resultaba de aplicación a dichos pagos.

Por lo tanto, debe concluirse que, en su condición de gestores de los fondos públicos de la Seguridad Social, ejercieron con negligencia grave, como mínimo, las funciones que tenían legalmente atribuidas, dando lugar y permitiendo, con cargo al patrimonio de la Seguridad Social y por un importe total de 42.032,46 euros, la realización de los pagos no justificados que se concretan en los fundamentos de derecho tercero a sexto de la presente resolución: 5.155,48 euros en concepto de “retribuciones del Director Gerente”; 22.650,96 euros en concepto de “acción social”; 12.587,89 euros en concepto de “previsión social complementaria” por infravaloraciones de las cuotas aportadas al plan de pensiones de la mutua; y 1.638,13 en concepto de “indemnizaciones por extinción de contrato de trabajo”, por encima del límite máximo establecido en la normativa laboral vigente.

Finalmente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LOTCU (“Serán responsables directos quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la comisión de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución”), debe concluirse que tanto don E. como la MI deben ser declarados responsables contables directos del alcance causado a los fondos públicos de la Seguridad Social, ya que la relevancia de la conducta desarrollada por ambos demandados, en relación con los hechos determinantes del alcance producido a los fondos públicos de la Seguridad Social en el supuesto aquí enjuiciado, se ajusta a los perfiles recogidos en el precitado artículo 42.1 de la LOTCU.

OCTAVO.- Por todo lo anterior, debe condenarse a la MI y a don E. como responsables contables directos al reintegro de la cantidad a la que asciende el importe total en el que se ha cifrado el alcance a los fondos públicos de la Seguridad Social, esto es, al reintegro de la cantidad de CUARENTA Y DOS MIL TREINTA Y DOS EUROS CON CUARENTA Y SEIS CÉNTIMOS (42.032,46 €), más los correspondientes intereses legales devengados. Dichos intereses se calcularán año a año, según los tipos legales vigentes en las Leyes Generales de Presupuestos de cada ejercicio



económico.

NOVENO.- Por último, por lo que se refiere al pago de las costas procesales, al haber sido estimadas parcialmente las demandas, procede que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 394.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, cada parte abone las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, al no apreciarse que haya litigado con temeridad ninguna de ellas.

Por todo lo expuesto, VISTOS los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho expresados.

IV.- FALLO

Estimo parcialmente las demandas interpuestas por la Tesorería General de la Seguridad Social y por el Ministerio Fiscal, y, en consecuencia:

PRIMERO.- Declaro como importe total en que se cifra el alcance causado a los fondos públicos de la Seguridad Social, el de CUARENTA Y DOS MIL TREINTA Y DOS EUROS CON CUARENTA Y SEIS CÉNTIMOS (42.032,46 €) .

SEGUNDO.- Declaro responsables contables directos y solidarios del alcance a la MUTUA INTERCOMARCAL y a don E.

TERCERO.- Condeno a la MUTUA INTERCOMARCAL y a don E. a reintegrar a la Seguridad Social la suma en que se cifra el alcance, conforme a lo declarado en el pronunciamiento anterior.

CUARTO.- Condeno a la MUTUA INTERCOMARCAL y a don E. al pago de los intereses, calculados según lo razonado en el fundamento jurídico octavo de esta resolución.

QUINTO.- Acuerdo la contracción de la cantidad en que se ha cifrado la responsabilidad contable en la cuenta que corresponda según las vigentes normas de contabilidad pública.

Sin condena en costas.

Notifíquese a las partes con la advertencia de que contra la referida resolución cabe interponer recurso de apelación, en el plazo de quince días a contar desde el siguiente al de la notificación, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 80 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, en relación con el artículo 85.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa

Así por esta mi Sentencia lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.