

SENTENCIA N° 447

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCION OCTAVA

Almos. Sres.

Presidente.

Dña. Inés Huerta Garicano

Magistrados

D. Miguel Angel Vegas Valiente

D. Gregorio del Portillo García

28 ABR 2010

En la Villa de Madrid a veintidós de abril de dos mil diez.

VISTO por la Sala, constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen, los Autos de los recursos contencioso-administrativos acumulados n° 750/08 y 249/09, interpuestos -en escritos presentados, respectivamente, los días 17 de octubre de 2008 y 26 de marzo de 2009- por la Procuradora Dña. M^a José Bueno Ramírez, actuando en nombre y representación de "AGRUPACION MUTUAL ASEGURADORA MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA (AMA), contra la inicial desestimación presunta (posterior Resolución desestimatoria expresa del Excmo. Secretario de Estado de 10 de octubre del citado 2008) del recurso de alzada deducido frente a dos de las medidas de control especial (Tercera y Quinta) adoptadas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en su Resolución de 12 de junio y ampliado a la Resolución del Excmo. Sr. Secretario de Estado del Ministerio de Economía de 1 de diciembre del mismo año, confirmatoria en alzada de la de la precitada Dirección General de 28 de julio por la que se ratificaba en las decisiones adoptadas en su Resolución de 12 de junio (R° 750/08), y, contra la desestimación presunta (ampliado a la desestimación expresa por

R° 750/08 y 249/09
Registro General 14765/08 y 2628/09

Resolución del Excmo. Sr. Secretario de Estado de Economía de 23 de marzo de 2009) del recurso de alzada interpuesto frente a la de la tan citada Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de 13 de noviembre de 2008 que denegaba la solicitud de levantamiento de la medida de control adoptada en las ya citadas Resoluciones objeto del R° 750/08 y reiteraba el requerimiento en ellas efectuado (R° 249/09).

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Interpuestos los recursos y seguidos los trámites prevenidos por la Ley, se emplazó a la parte demandante para que formalizara las demandas, lo que verificó mediante escritos en los que postuló una sentencia por la que se anulasen las Resoluciones impugnadas y se indemnice a la actora por los daños y perjuicios causados por la actuación recurrida. Ambos recursos fueron acumulados por Auto de 22 de octubre de 2009.

SEGUNDO: El Abogado del Estado instó la inadmisibilidad de ambos recursos por falta de representación (art. 69.b) en relación con el art. 45.2.d) LJCA, o, subsidiariamente. Su desestimación.

TERCERO: Habiéndose recibido el proceso a prueba y formulados los escritos de conclusiones, quedaron las actuaciones pendientes de señalamiento.

CUARTO: Para deliberación, votación y fallo del presente recurso se señaló la audiencia del día 20 de abril de 2010, teniendo lugar.

QUINTO: En la tramitación del presente proceso se han observado las prescripciones legales, habiendo quedado fijada la cuantía del pleito en indeterminada.

VISTOS los preceptos legales citados por las partes, concordantes y de general aplicación.

Siendo Ponente la Magistrada de la Sección Iltma. Sra. Dña. Inés Huerta Garicano.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Conviene, desde el primer momento, dada la multiplicidad de Resoluciones impugnadas, muchas reiteración de las primaras ya recurridas, centrar las decisiones administrativas que aquí se impugnan y cuya anulación se pretende. Para ello realizaremos un relación circunstanciada de las Resoluciones recurridas, para después concretar lo que, en definitiva, se está impugnando:

- 1) Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de **12 de junio de 2008** (confirmada en alzada por la de 10 de octubre de 2008), en el particular que acuerda, entre otras, las siguientes medidas de control especial: **“TERCERO: Adoptar la medida de control especial prevista en el art. 39.2.d) del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, consistente en prohibir a la entidadque, sin autorización previa de la Dirección General..., pueda realizar actos de gestión y disposición de sus activos que no deriven directamente de obligaciones contraídas por contrato de seguro, distribuir dividendos, derramas activas y retornos, así como prohibir que pueda asumir nuevas**

*deudas, conceder préstamos o prestar avales o garantías.....***QUINTO:**
Adoptar la medida de control especial prevista en el art. 39.2.d) del Texto Refundido....., consistente en ordenar al Presidente de la entidad.....proceda a la lectura completa de la presente resolución.....al Consejo de Administración y en la próxima Asamblea General a celebrar en un plazo no superior a DOS MESES desde la notificación de esta resolución” (folios 34 a 102 de los autos).

- 2) Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de **28 de julio de 2008** (confirmada en alzada por la de 1 de diciembre del mismo año), en el particular que ratifica la medida de control especial prevista en el art. 39.2.d) del Texto Refundido que, como apartado TERCERO –y que se acaba de transcribir- se adoptó en la precitada Resolución de 12 de junio (folios 234 a 278 de los autos).
- 3) Resolución de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones de **13 de noviembre de 2008** (confirmada en alzada por la de 23 de marzo de 2009), por la que se desestima la solicitud de levantamiento de la medida de control especial del art. 39.2.d) del Texto Refundido y se reitera el requerimiento efectuado en el apartado CUARTO de la Resolución de 12 de junio de 2008 (“*Requerir a la entidad para que, en el plazo de UN MES, remita escrito comprensivo de las actuaciones realizadas al objeto de superar las irregularidades descritas en las letras A) a H) anteriores y en concreto en lo referente a la restitución de las cantidades percibidas indebidamente*”), folios 474 a 477 y 666 a 684 de los autos.

De cuanto acaba de transcribirse es claro que son dos las decisiones de la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones, adoptadas en su primera Resolución de **12 de junio de 2008**, las aquí cuestionadas, concretamente las medidas Tercera y Quinta de su parte dispositiva, recogidas literalmente en los aparto 1) del presente Fundamento de Derecho.

SEGUNDO: Las alegaciones impugnatorias de la actora son, básicamente: 1) Falta de los presupuestos materiales necesarios para la adopción de medidas de control especial, cuya finalidad, según la Exposición de Motivos de la Ley 33/84, de Ordenación de los seguros privados

y en su misma línea la Ley 30/95 y el Texto Refundido de 2004, no es otra que la de constituir un régimen alternativo para evitar que empresas, en especial situación de crisis, puedan deslizarse hacia la insolvencia, circunstancia esencial que no concurría en el supuesto de autos donde la actora, según se recoge en el Acta de 20 de julio de 2007, presentaba un superávit en cobertura de provisiones técnicas por importe de 77.558.481,80 €, con margen de solvencia y garantías. Según la propia Inspección *"El patrimonio neto no comprometido de la entidad al cierre del ejercicio de 2006 excede en 89.960.183,03 € al mínimo legalmente exigible"*. Tal como se desprende de las Cuentas Anuales Individuales, depositadas en el Registro Mercantil de esta Capital, certificadas por el Secretario del Consejo de Administración y comunicadas a la DGS y FP, su resultado neto en el año 2004 ascendió a 14.882.896 €, de los cuales se destinaron 5.882.896 € a reservas voluntarias y 9.000.000 € como retorno a mutualistas. En el año 2005, el resultado neto fue de 20.436.507,43 €, de los que 10.436.507,43 € se destinaron a reservas voluntarias y 10.000.000 como retorno a mutualistas. El resultado neto del año 2006 fue de 21.920.547,42 €, de los que 11.436.507,43 fueron para reservas voluntarias y 8.000.000 para retronó a mutualistas y el resultado neto del año 2007 fue de 17.762.524,60 €, de los cuales se destinaron 9.762.524,60 € a reservas voluntarias y 8.000.000 como retorno a mutualistas; 2) No se dan, pues, los presupuestos habilitadores para la adopción de las medidas en los términos que recoge el art. 39.1º. g) del Texto Refundido: a) No se ha puesto en peligro la solvencia de la entidad; b) No se han puesto en peligro los intereses de los asegurados; c) No existen irregularidades contables que supongan una dificultad para llegar a conocer la verdadera situación patrimonial de la entidad y las que se detectaron fueron subsanadas antes del Acta de 18 de abril de 2008; 3) Falta de proporcionalidad de la medida Tercera, lo que ha llevado a generar desconfianza en un sector especialmente sensible, con pérdida de pólizas por un importe total de 336.203,10 €. Concretamente las pólizas de seguro colectivo de responsabilidad civil profesional del Colegio de Veterinarios de Madrid (50.799,70 €) y de la Orden de los Médicos de Portugal (285.403,40 €), difícilmente recuperables. Igualmente la intervención de la DGS y FP motivó que no se pudiera enajenar la participación de A.M.A. en el Banco Guipuzcoano, lo que ha ocasionado un perjuicio patrimonial que se contabiliza en 5.060.966,76 €, teniendo en cuenta la cotización de las acciones a 23 de mayo de 2008 y a 31 de diciembre del mismo año.

R° 750/08 y 249/09
Registro General 14765/08 y 2628/09

Concluyó postulando la anulación de la Resolución de 18 de junio de 2008 y una indemnización de daños y perjuicios por importe de 4.952.677.10 €

El Abogado del Estado en su contestación de la demanda, y por lo que a este recurso interesa, cita, como soporte fáctico justificativo de las dos medidas cuestionadas (tercera y quinta de las adoptadas por Resolución de la DGS de 12 de junio de 2008): a) que se ha procedido a un reparto de derramas activas a los Colegios en lugar de a los mutualistas, se han abonado a los administradores, en concepto de retribuciones, cuantiosas sumas sin cobertura estatutaria. En algún caso, el exceso cobrado por asistencias alcanza los 421.407,57 €; b) se ha producido la adquisición de vehículos en condiciones extraordinariamente favorables por parte de los administradores, empleados y sus familiares; y, c) se han realizado acuerdos de venta de inversiones estratégicas de forma irregular y pagos a diversos colegios profesionales que constituyen liberalidades a discrecionalidad exclusiva del Presidente de la AMA, recordando que los intereses de los asegurados pasan por una adecuada gestión de la Cía y su patrimonio. Equiparar interés del asegurado a solvencia de la entidad aseguradora es contrario al espíritu del art. 39.1.g) del TRLOSP.

TERCERO: En el escrito de interposición del recurso –tramite en el que queda definitivamente identificado el acto impugnado, salvo ulteriores ampliaciones- la actora identifica como Resolución recurrida (las posteriores a las que se amplió el recurso no son más que ratificaciones o reiteración de la primera) la de la DGS de 12 de junio de 2008, concreta y exclusivamente sus apartados TERCERO y QUINTO en los que se adoptan dos medidas de control especial al amparo del art. 39.2.d) del TRLOSP:

“TERCERO: Adoptar la medida de control especial prevista en el art. 39.2.d) del Texto Refundido de la Ley de Ordenación y Supervisión de los Seguros Privados, consistente en prohibir a la entidadque, sin autorización previa de la Dirección General..., pueda realizar actos de gestión y disposición de sus activos que no deriven directamente de obligaciones contraídas por contrato de seguro, distribuir dividendos, derramas activas y retornos, así como

R° 750/08 y 249/09
Registro General 14765/08 y 2628/09

prohibir que pueda asumir nuevas deudas, conceder préstamos o prestar avales o garantías.....QUINTO: Adoptar la medida de control especial prevista en el art. 39.2.d) del Texto Refundido....., consistente en ordenar al Presidente de la entidad.....proceda a la lectura completa de la presente resolución.....al Consejo de Administración y en la próxima Asamblea General a celebrar en un plazo no superior a DOS MESES desde la notificación de esta resolución”.

Las situaciones que motivan su adopción y que, a juicio de la Administración, además de ser calificadas de prácticas contrarias al buen gobierno las Entidades Aseguradoras, constituyen deficiencias significativas en el control interno de la entidad que vulneran la legislación específica del sector contenida en el art. 73.1 del tan citado Texto Refundido, desarrollado por los arts. 110 y 110.bis del Reglamento de Supervisión de Seguros Privados, son: **A)** Enajenación de vehículos robados recuperados (una vez se ha indemnizado al asegurado y siempre que éste no opte por la devolución de la indemnización y el reintegro del vehículo recuperado) a personal, miembros del Consejo de Administración y sus familiares al 50% de su valor (la actora, en su demanda, pone de manifiesto que la enajenación de tales vehículos representa el 0,012 % de la cifra neta de negocio y en fase probatoria aportó relación de vehículos enajenados durante 2008 (once) y en el primer semestre de 2009 (seis); **B)** El Presidente de la entidad era Consejero externo independiente del Banco Guipuzcoano desde febrero de 2006, habiendo utilizado el nombre y patrimonio de la Mutua en su propio beneficio; **C)** Siendo el cargo de Consejero no retribuido (hasta la modificación de los Estatutos operada por Acuerdo de su Asamblea de 1 de junio de 2007), el importe de las compensaciones percibidas por los Consejeros totalizaron en el año 2006 la cantidad de 880.597,14 €. Igualmente se han retribuido asistencias al Consejo y a ex Consejeros con cantidades que no corresponden a dichas asistencias, habiéndose cuantificado el exceso en 2.521.214,99 € durante los ejercicios 2006 y 2007. En el ejercicio de 2007, la entidad contabilizó, dentro de las cuentas de gastos relativas al Consejo de Administración, un total de 1.273.813,23 €, sin embargo en el apartado 8 de la Memoria, bajo el epígrafe “Otra información, Remuneraciones al Consejo de Administración”, consta que en el ejercicio de 2007, las retribuciones devengadas por los miembros anteriores y actuales del Consejo de Administración de la Mutua, de acuerdo con las compensaciones establecidas por la Asamblea General en reunión de 1 de junio de 2007,

R° 750/08 y 249/09
Registro General 14765/08 y 2628/09

en concepto de desplazamiento, estancia y asistencia, ascendió a 1.032 miles de €, de donde además se infiere que la información que suministra la Memoria es inexacta; **D)** El sistema de delegación de voto establecido en los Estatutos de AMA no recoge un protocolo de buen gobierno en el seno de la aseguradora, mediante la previsión, vía estatutaria, de un deber de abstención en el ejercicio del derecho de voto correspondiente a mutualistas representados y a los propios, respecto de todos aquellos puntos del orden del día en los que el titular de los derechos se encuentra en conflicto de intereses; **E)** Según la información suministrada por AMA, cuando, por la Asamblea General de Mutualistas y de conformidad con el art. 9.2.e) del TRLOSSP, se produce una derrama activa o retorno, el cheque de la derrama, en el caso de los seguros colectivos, se entrega a la institución tomadora de la póliza (Colegios profesionales...) en lugar de al asegurado; **F)** Se considera, también, contrario a las prácticas de buen gobierno, el hecho de que estatutariamente se permita la permanencia ilimitada en el Consejo de Administración, con hasta 10 años de permanencia en el cargo, y el hecho de que se permita que Consejeros cesados acudan a las sesiones de este órgano, sin atribución ni vinculación contractual; **G)** El sistema retributivo de los administradores de AMA, consistente en el resultado de multiplicar dos factores: el importe de la dieta fija y el nº de reuniones del órgano de administración y sus comisiones, de carácter variable, unido al acuerdo de la Asamblea de 1 de junio de 2007 en relación con la subida del importe de la dieta por asistencia de 600 a 1.200 € (a pesar de que la retribución se haya constatado que alcanza los 2.400 y 3.600 € por Consejo, según qué miembro), hace que la cuantificación de la remuneración, en última instancia, dependa de la decisión del propio órgano de administración.

CUARTO: En el expediente administrativo y por lo que aquí interesa consta: **1)** En procedimiento de Inspección (Acta del Servicio de Inspección levantada el 20 de julio de 2007), concluido mediante Resolución de la DGS de 30 de noviembre de 2007, se ponía de manifiesto que AMA, al cierre del ejercicio de 2006, presentaba un resultado de 9.930.440,50 €, con un superávit en la cobertura de provisiones técnicas de 77.559.481,80 €. Su patrimonio propio no comprometido excedía en 89.960.183,03 € al mínimo legalmente exigido. Se apreciaron irregularidades contables, a cuya subsanación fue requerida, siendo cumplimentado el 28 de

diciembre del mismo año, extremo acreditado ante la DGS mediante entrega de copia legalizada de los asientos contables practicados en el Libro Diario. Igualmente se detectaron disfunciones injustificadas en el control interno de la Entidad a cuya subsanación, en el plazo de tres meses, fue también requerida, sin que remitiera la memoria de actuaciones relativas a la participación de AMA en el Banco Guipuzcoano y al régimen de retribuciones de los Miembros del Consejo. Por último, extremo también incumplido, se la requirió a que informara a la Asamblea General de Mutualistas sobre el contenido de dicha Resolución de 30 de noviembre de 2007; 2) A 31 de diciembre del citado 2007 AMA contaba con 265.017 mutualistas, con un incremento del 2,73% respecto de 2006; 3) El objeto fundamental de su actividad aseguradora los constituyen pólizas colectivas de RC, responsabilidad profesional y asistencia letrada de colectivos sanitarios (Colegios de Médicos, Farmacéuticos, Veterinarios...); 4) La participación de AMA en el Banco Guipuzcoano era del 1,461 % del capital social del Banco y el 1,463 % del capital con derecho a voto (según certificación del Secretario del Consejo de Administración del Banco Guipuzcoano, emitida el 10 de octubre de 2008 y aportada por la actora, "...para tener la condición de Consejero Dominical, la participación social no deberá ser inferior al 1,5 %...Previsión Sanitaria Nacional Agrupación Mutual Aseguradora, accionista del Banco Guipuzcoano, S.A. en ningún momento ha llegado a alcanzar el 1,5 % de participación en el capital del Banco. Que Don Diego Murillo Carrasco fue nombrado Consejero del Banco, a título personal, en la Junta General del 25 de febrero de 2006, comunicándose a la C.N.M.V. su condición de Consejero Independiente a través del Informe Anual de Gobierno Corporativo correspondiente al año 2006. Que en los años transcurridos en el ejercicio de su cargo, D...ha tenido siempre la condición de Consejero Independiente..."); 5) En el ejercicio de 2007, consta que la actora contabilizó, en servicios, subvenciones y premios para los Colegios Profesionales, la cantidad de 2.642.074,29 € y en gastos por relaciones públicas y eventos la cifra de 465.694,05 €; 6) Según certificación del Director General de AMA de 7 de noviembre de 2008 (aportado por la demandante) la Orden dos Médicos tenía contratada póliza de seguro colectivo de Responsabilidad civil profesional desde el 1 de enero de 2007. Para el período de cobertura 1/1/08 a 1/1/09, el importe de la Prima total anual ascendía a 285.403,40 €. En escrito de 9 de octubre de 2009 comunicó el cese de dicha póliza a partir del 1 de enero de 2009. En escrito de 29 de septiembre de 2008, la Organización

Colegial de Enfermería de Teruel ponía en conocimiento de AMA su decisión de no renovar el Convenio de Colaboración suscrito el 1 de diciembre de 2007.

En el Informe pericial aportado por la demandante –ratificado judicialmente, en una larga sesión en la que respondió a numerosas preguntas, formuladas por las dos partes y por este Magistrado Ponente, sesión que quedó grabada en el CD obrante en autos- el Perito releja en sus Conclusiones: *“Esta pericia considera que las medidas de control especial adoptadas..., no se sustentan en hechos financieros y patrimoniales que son los que verdaderamente pueden afectar a las obligaciones presentes y futuras, puesto que, como se reconoce por los Inspectores actuantes, la suficiencia patrimonial de la Entidad está asegurada”*. Dentro del apartado de Prácticas contrarias al Buen Gobierno –que son las que han motivado las dos medidas impugnadas-, bajo el epígrafe *“Adquisición de vehículos siniestrados”* (pgs. 10 y 11 del Informe), se recoge: *“De los 41 vehículos siniestrados analizados, durante el período 2004 al 2008, se constata lo siguiente: 11 de ellos se vendieron a empleados, lo que representa un 27% del total; 6 de ellos, un 15% del total, se vendieron a Familiares de empleados; 11 unidades están pendientes de vender, lo que representa un 27% del total; 3 vehículos, un 7% del total, se vendieron a mutualistas; y 3 unidades se los adjudica directamente AMA, 4 unidades de las recuperadas han ido directamente al desguace, un 10% del total, 2 unidades vendidas a miembros del Consejo y 1 al Presidente de la entidad. Considerar como prácticas contrarias al Buen Gobierno Corporativo, el hecho de adquirir un vehículo siniestrado por debajo del importe de la indemnización, cuando el valor venal del mismo es muy inferior a la misma, sin considerar la depreciación que sufren estos bienes como consecuencia del siniestro, es cuanto menos, desproporcionado, puesto que el conjunto de todas estas operaciones representa el 0,10% de las primas netas emitidas. Cantidad insignificante, máxime cuando el mayor número de adquisiciones –el 61%-, ha ido destinado a la propia Mutua y a sus empleados, familiares y mutualistas y desde la adopción de las medidas, el 27% está pendiente, acumulando una media de 542 días”*. En cuanto al vehículo comprado por el presidente, esta operación representa el 0.012% de la cifra neta de negocios....”. Y en las pgs. 39 y 40 se dice, en relación a estas operaciones que, analizadas todas ellas, *“el resultado bruto de la enajenación en relación a las indemnizaciones liquidadas, fue negativo, tomando como base la indemnización liquidada por el*

R° 750/08 y 249/09
Registro General 14765/08 y 2628/09

siniestro y por ingreso el importe de la venta de los vehículos. Los Inspectores en sus estimaciones, no consideran ni la pérdida de valor que sufren estos vehículos por el paso del tiempo, ni la depreciación por el origen del siniestro, y, adoptan como base de cálculo, la diferencia entre el importe pagado de la indemnización y el importe recuperado por la venta, sin considerar la pérdida de valor de estos bienes....Analizadas las normas internas para estos siniestros de otras compañías de seguros, se constata que: -La Mutua Madrileña, no vende coches a sus empleados. -AXA sortea entre empleados y familiares tomando como referencia valorativa el recogido en la revista GANVAM aplicándose un descuento del 20% al 18% en la primera subasta de empleados, un 25% en la 2ª subasta. -La mutua Pelayo tiene publicada en su intranet las condiciones, sorteándose entre los empleados y familiares interesados.

En el apartado "Compensaciones Económicas al Consejo" (pgs. 12 y 13 del Informe) se dice: *"El art. 130 de la Ley de Sociedades Anónimas, establece que la retribución de los administradores deberá ser fijada en los estatutos y así lo recoge el art. 26.2 de los Estatutos de AMA. Son los mutualistas los únicos que pueden mediante la censura de la gestión social, o mediante la acción impugnatoria adecuada, oponerse a la percepción de tales compensaciones. En todas las Juntas Generales, los mutualistas, refrendaron las compensaciones para gastos y dietas percibidas por los miembros del Consejo de Administración, al aprobar todos los años la gestión social y las cuentas anuales".* Para el Perito, la Administración ha incluido en el apartado retribuciones, partidas que no tienen este carácter, sino que se subsumen en el concepto de gastos (de comida de Consejeros, billetes de avión, atenciones a terceros por el Consejo, atenciones corporativas como flores para difuntos, organización de la Asamblea de mutualistas, alquileres de equipo de grabación, elaboración e impresión del informe anual, gastos notariales...), ya que fiscalmente no tienen consideración de retribuciones, sino de gastos generados como consecuencia de su labor de Consejeros, son gastos por cuenta de terceros (Resolución 1120/2001 de la Dirección General de Tributos de 7 de junio). Partiendo de esta interpretación, entiende que el montante correspondiente a retribuciones asciende a 1.009.731 €

Bajo el epígrafe “Derramas a Mutualistas” (participación económica de los mutualistas en el resultado final de cada ejercicio), pgs. 16 a 18 del Informe, recuerda el Perito que *“según la legislación los resultados positivos de las mutuas, una vez constituidas las garantías financieras exigidas por las normas, se destinarán en primer término a la restitución de las aportaciones realizadas para constituir el Fondo Mutual, y el sobrante podrá distribuirse entre los socios o incrementar las reservas patrimoniales. Si los resultados fuesen negativos, serán absorbidos por derramas pasivas o aportaciones obligatorias. Según el ordenamiento español, si las mutuas son a prima fija, los socios en principio, no responden de las deudas sociales, salvo que los estatutos establezcan tal responsabilidad, en cuyo caso esta no podrá superar el importe anual de la prima que corresponda al socio en el ejercicio económico que haya dado origen a la deuda social. Si dichas entidades son a prima variable, los socios responden en todo caso de las deudas sociales, siendo tal responsabilidad mancomunada y proporcional a los respectivos capitales asegurados y limitados al importe de los mismos..”*.

La DGS, sin cuestionar, se dice en el Informe, que las corporaciones profesionales puedan ser en el ámbito estatutario mutualistas (art. 8 de los Estatutos de AMA), en lo que discrepa es respecto de quien es el “dominus negoti” de las pólizas suscritas. *“El art. 7 de la LCS –dice el Perito-, establece que los derechos que se deriven del contrato de seguros corresponde a los asegurados y se considera asegurado el pagador de la póliza, aunque existan beneficiarios distintos. En este sentido es práctica habitual en las corporaciones profesionales que sean estas, los tomadores de las pólizas que posteriormente repercuten al igual que el resto de los gastos colegiales, mediante las cuotas fijas a los colegiados. La cuestión que se suscita es quien es realmente el dominus negoti de las pólizas, en tal sentido la propia DGSFP establece que tiene tal consideración, los tomadores de las pólizas y solo éstos, los que tienen derecho apercibir derramas activas únicamente, si las primas las abonan con cargo a su patrimonio....., cuando por parte de AMA, se entregó una base de datos informática donde se recogían los recibos emitidos por cada póliza suscrita, las domiciliaciones bancarias de cada uno, y pudieron comprobar los titulares de las cuentas bancarias, que no eran otros que los colegios profesionales.....A mayor abundamiento, esta pericia....ha solicitado, previa autorización de AMA, la realización de pruebas selectivas de muestreo y ha enviado a 15*

colegios, escritos solicitando si las pólizas suscritas y las primas liquidadas lo eran con cargo a su patrimonio colegial y si durante los ejercicios 2005, 2006 y 2007, han recibido derramas activassolo han contestado 10 de ellos, todos han contestado que los recibos de las primas lo pagan con cargo a su patrimonio propio, que recibieron derramas activas durante 2005 y 2006..” (todos los Colegios que contestaron aparecen identificados en la pag. 59 del Informe.

En el apartado “Análisis Inversión en Bco. Gupuzcoano” (pgas. 51 a 56 del Informe pericial), se refleja la inversión total realizada en el Banco durante dos años (entre el 29 de julio de 2005 y el 11 de junio de 2007) en valores mobiliarios que ascendía a 20.149.980,30 €, lo que supone un 1,461% del capital total del Banco. El importe total de los dividendos brutos percibidos por dicha inversión ascendió a 1.264.931 €, habiéndose alcanzado una rentabilidad total del 6,28 % . *“La inversión realizada ..., a pesar de haberlo sujeto a las provisiones técnicas como bienes aptos sujetos a esta cobertura, pueden perfectamente desinvertirse, puesto que el superávit existente en el valor de los bienes afectos a la cobertura de estas provisiones, son muy superiores al importe mínimo exigido a las provisiones técnicas.....En la fecha de firma del acta de inspección del 18 de abril de 2008, el valor en bolsa de esta inversión era de 22.752.932,80 € (la cotización de ese día fue de 10,40 €), lo que generaba una plusvalía de 2.602.952,50 €, con una rentabilidad bruta del 12,92 €, si se hubiera vendido la totalidad de las acciones. El 23 de mayo de 2008, el Consejo de Administración adoptó el acuerdo de venta parcial de estas acciones por el exceso del 5% de las provisiones técnicas a cubrir (límite estimado por la Inspección, cuando a juicio de la actora y de la Pericia, ese límite sería del 10%), . En esos momentos si se hubieran vendido el exceso hasta alcanzar el 5% del límite establecido por el Consejo, la inversión hubiera generado una plusvalía total de 1.246.782 €. El 6,19 € de la inversión”.*

Como Conclusión Final (pg. 22 del Informe), el Perito afirma: *“AMA según la cuenta Técnica del Seguro No Vida obtiene una beneficio del 16% de las primas netas emitidas, cuenta también con un bajo índice de siniestralidad en la cartera, con superávit en la cobertura de las provisiones técnicas, con Margen de Solvencia muy superior al mínimo legal, casi un 300 %, con Patrimonio Neto no Comprometido muy superior al mínimo exigido y con Fondo de Garantía superior al mínimo legalmente establecido. Por lo tanto la solvencia presente y futura de la*

entidad está plenamente asegurada. No cabe duda que con estos índices económicos, financieros y patrimoniales, la salvaguardia de los intereses de los asegurados, del personal, de los terceros, del sistema asegurador y la sociedad en general, está plenamente asegurada, AMA, cuenta con solvencia suficiente para afrontar sus obligaciones presentes y futuras, y concurren las garantías financieras, técnicas, actuariales, profesionales y sobre cumplimiento de las normas de contrato de seguro recogido en las normas del sector...”

QUINTO: Previsión Social Sanitaria, Agrupación Mutual Aseguradora (AMA), Mutua de Seguros a prima fija, se constituyó el 17 de diciembre de 1965, cuenta con 326 empleados distribuidos entre su sede central (167 empleados) y sus delegaciones territoriales en España y Portugal, con 73 oficinas abiertas en España, dependiendo toda esta estructura del Consejo de Administración integrado por Presidente, Vicepresidente, Secretario y 12 Vocales que –desde la modificación estatutaria aprobada en junio de 1967- cesarán en su totalidad cada cinco años, pudiendo ser reelegidos indefinidamente. El Grupo, en 2007, estaba compuesto por la dominante y por “AMA, Sociedad Sanitaria de Agencia de Seguros, S.L.” y “AMA Servicios, S.L.”. El capital de ambas sociedades pertenece al 100% de la dominante AMA seguros. Está auditada por “Deloitte”, estando autorizada para operar en los ramos de Accidentes, Vehículos terrestres, Vehículos marítimos, lacustres y fluviales, incendios y elementos naturales, otros daños a bienes, responsabilidad civil vehículos terrestres y marítimos, responsabilidad civil en general, pérdidas pecuniarias diversas, defensa jurídica y asistencia.

Es una entidad aseguradora privada, sin ánimo de lucro que tiene por objeto la cobertura a sus socios, personas físicas o jurídicas, de los riesgos asegurados, mediante una prima fija pagadera al comienzo del período de riesgo (art. 9 TRLOSSP) y que desarrolla una actividad regulada y supervisada por la Administración, teniendo por base el sistema de autorización administrativa de vinculo permanente. Las medidas de supervisión, medidas de control especial (arts. 30 y 39 bis de la Ley del Seguro privado), suponen el ejercicio de una potestad exorbitante de intervención de la Administración para lo que es imprescindible una habilitación legal, que se den los supuestos de hecho respecto de los que la Ley faculta para el ejercicio de dicha potestad y

que la medida adoptada sea proporcionada, es decir, que las consecuencias negativas que la medida pueda implicar a la entidad no sean superiores a los perjuicios que con ellas se pretendan evitar.

En el supuesto de autos, ciñiéndonos a las dos medidas recurridas, éstas se adoptan en aplicación del apartado g) del art. 39.1.g) de la Ley y dada la dicción del precepto y en la medida que la solvencia de la actora nunca ha sido cuestionada, no existe peligro o riesgo en orden al puntual cumplimiento de sus obligaciones y que las irregularidades contables detectadas en la Resolución de noviembre de 2007 fueron puntualmente subsanadas en el plazo otorgado al efecto, solo existiría habilitación legal al efecto cuando las situaciones de hecho con base en las cuales se adoptaron las medidas concernidas "*pongan en peligro los intereses de los asegurados*", sin que pueda olvidarse, al efecto, que AMA –mutua de seguros a prima fija- es una entidad privada sin ánimo de lucro en la que los tomadores/asegurados son mutualistas y, consiguientemente, forman parte de aquélla, aprobando –o reprobando- en la Asamblea General la gestión de la entidad y sus cuentas.

Por tanto, ocupan una posición privilegiada respecto de los asegurados de Sociedades Aseguradoras, permitiéndoles ejercer directamente –con voz y voto- un control de la gestión. Esto implica, a nuestro juicio, que la protección de sus intereses –siempre que, obviamente, la solvencia no esté en entredicho, como aquí acaece- mediante la adopción de medidas que supongan el uso de una potestad de intervención sobre actividades privadas sea imprescindible dada la gravedad, desde la perspectiva de tales intereses, de los hechos constatados.

Dicho cuanto antecede, los hechos que han motivado las medidas son comportamientos por parte de los órganos de gestión de la Mutua que la DGS considera contrarios a las normas de buen gobierno y que implican debilidad del control interno. Tales hechos (que han sido recogidos en el Fundamento de Derecho Tercero), en opinión del Tribunal, en unos casos son bastante irrelevantes (venta de vehículos robados recuperados después del pago de la indemnización) y sin incidencia en el volumen de negocio de AMA. Otros han sido erróneamente interpretados (derramas a mutualistas) por la Administración y los otros dos: compensaciones económicas a los

R° 750/08 y 249/09
Registro General 14765/08 y 2628/09

miembros del Consejo de Administración (aprobadas por los mutualistas en las Asambleas Generales anuales) y operaciones con el Banco Guipuzcoano, opinables y susceptibles, como se infiere del Informe Pericial aportado por la actora y no cuestionado de contrario, de interpretaciones diversas.

Ninguno de ellos, entendemos, reviste la suficiente entidad ni implica riesgo actual para los intereses de los mutualistas que justifiquen la media Tercera de la parte dispositiva de la Resolución de 12 de junio de 2008: *“prohibir a la entidadque, sin autorización previa de la Dirección General..., pueda realizar actos de gestión y disposición de sus activos que no deriven directamente de obligaciones contraídas por contrato de seguro, distribuir dividendos, derramas activas y retornos, así como prohibir que pueda asumir nuevas deudas, conceder préstamos o prestar avales o garantías.....”*, siendo, en todo caso, desproporcionada, en razón de que los perjuicios potenciales que a la imagen y confianza de la Compañía pueden generar son, desde luego, muy superiores, a la entidad de los intereses que, en estos casos concretos, se pretende salvaguardar.

Salvaguarda que queda suficientemente garantizada con la medida Quinta: *“consistente en ordenar al Presidente de la entidad.....proceda a la lectura completa de la presente resolución.....al Consejo de Administración y en la próxima Asamblea General a celebrar en un plazo no superior a DOS MESES desde la notificación de esta resolución”*, cuya adopción consideramos proporcionada y conforme a Derecho, en la medida que con ella se llama la atención de la Asamblea en orden a la necesidad de adoptar medidas encaminadas a un mayor control de la gestión del Consejo y a evitar prácticas contrarias al buen gobierno. Llamada de atención que resulta suficiente (los comportamientos que dan lugar a la adopción de la medida no comprometen ni han comprometido la solvencia, ni el conocimiento de la actuación de la aseguradora), correspondiendo ya a los Mutualistas adoptar las medidas que estimen oportunas, algo que escapa, a nuestro juicio, a la potestad de revisión de la Administración, siempre claro está, insistimos de nuevo, que la solvencia de la Entidad no esté, como así sucede en el caso de autos, comprometida.

Rº 750/08 y 249/09
Registro General 14765/08 y 2628/09

SEXTO: En cuanto a la solicitud de indemnización por los perjuicios que, a juicio de la recurrente, se le han irrogado con la adopción de las medidas y que concreta en la pérdida de una póliza y un convenio con la Organización colegial de Enfermería de Teruel, así como en el retraso, como consecuencia de la intervención, en la venta de acciones del Banco Gupuzcoano, es una cuestión ajena a este pleito y que habrá de ser articulada, en su caso, vía responsabilidad patrimonial, debiendo recordarse que la anulación de una decisión administrativa previa no implica "per se" un derecho a indemnizar.

SEPTIMO: Los razonamientos precedentes llevan a la estimación parcial del recurso, sin que se efectúe pronunciamiento en materia de costas (art. 139.1 LJCA).

FALLAMOS

Que **ESTIMANDO PARCIALMENTE** los recursos contencioso-administrativos acumulados nº 750/08 y 249/09, interpuestos -en escritos presentados, respectivamente, los días 17 de octubre de 2008 y 26 de marzo de 2009- por la Procuradora Dña. Mª José Bueno Ramírez, actuando en nombre y representación de "**AGRUPACION MUTUAL ASEGURADORA MUTUA DE SEGUROS A PRIMA FIJA (AMA)**", contra la inicial desestimación presunta (posterior Resolución desestimatoria expresa del Excmo. Secretario de Estado de 10 de octubre del citado 2008) del recurso de alzada deducido frente a dos de las medidas de control especial (Tercera y Quinta) adoptadas por la Dirección General de Seguros y Fondos de Pensiones en su Resolución de 12 de junio y ampliado a la Resolución del Excmo. Sr. Secretario de Estado del Ministerio de Economía de 1 de diciembre del mismo año, confirmatoria en alzada de la de la precitada Dirección General de 28 de julio por la que se ratificaba en las decisiones adoptadas en su Resolución de 12 de junio (Rº 750/08), y, contra la desestimación presunta (ampliado a la desestimación expresa por Resolución del Excmo. Sr. Secretario de Estado de Economía de 23 de marzo de 2009) del recurso de alzada interpuesto frente a la de la tan citada Dirección General de

R° 750/08 y 249/09
Registro General 14765/08 y 2628/09

Seguros y Fondos de Pensiones de 13 de noviembre de 2008 que denegaba la solicitud de levantamiento de la medida de control adoptada en las ya citadas Resoluciones objeto del R° 750/08 y reiteraba el requerimiento en ellas efectuado (R° 249/09), **ANULAMOS LA MEDIDA DE CONTROL ESPECIAL TERCERA DE LA RESOLUCION DE LA PRECITADA RESOLUCION DE 12 DE JUNIO DE 2008, declarando la conformidad a Derecho de la media Quinta. Sin costas.**

Esta resolución, dada la cuantía del proceso, no es firme y, frente a ella, cabe recurso de casación que habrá de prepararse ante esta Sección, en el plazo de diez días computados desde el siguiente a su notificación, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, que habrá de realizar mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, nº 2582 (Banesto), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, el código y tipo concreto de recurso debe indicarse justamente después de especificar los 16 dígitos de la cuenta expediente (separado por un espacio), bajo apercibimiento de tener por no preparada la casación.

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

Cinco Días

PUBLICACIÓN: En el mismo día de su fecha, fue leída y publicada la anterior sentencia por la Magistrado Ponente Illtma. Sra. Dña. Inés Huerta Garicano, estando celebrando audiencia pública esta Sección, de lo que como Secretario de la misma. Doy fe.