



TRIBUNAL DE CUENTAS

Resolución *Sentencia*

Número/Año *4/2022*

Dictada por *Departamento Tercero de Enjuiciamiento*

Título *Sentencia nº4 del año 2022*

Fecha de Resolución *03/06/2022*

Ponente/s *Excmo. Sr. D. Diego Íñiguez Hernández*

Sala de Justicia

Voces

Situación actual *No firme*

Asunto:

(Sentencia dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C102/2021, SECTOR PÚBLICO LOCAL, (E.M. de T. de V., S.A.U. - EMT) V.

Resumen doctrina:

Síntesis:



TRIBUNAL DE CUENTAS

Sentencia Nº 4/2022. dictada en el procedimiento de reintegro por alcance nº C-102/21, SECTOR PÚBLICO LOCAL (E. M. de T. de V., S.A.U. - EMT-) V.

Dada cuenta del Procedimiento de reintegro por alcance nº C-102/2021, Sector Público Local (E. M. de T. de V., S.A.U. - EMT-) V., en el que han intervenido como demandantes la E. M. de T. de V. S.A.U. -EMT-, representada por el Procurador de los Tribunales don Jesús Fernández de las Heras, y el Ministerio Fiscal y, como demandada doña C. Z. R., representada por el Letrado D. Rafael Guía Llobet, Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de V., y de conformidad con los siguientes

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - El presente procedimiento de reintegro por alcance fue turnado a este Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento mediante diligencia de reparto de 25 de mayo de 2021. Trae causa de las actuaciones previas nº 93/20-0, seguidas como consecuencia de una denuncia formulada ante el Ministerio Fiscal, con fecha de registro de entrada de 16 de octubre de 2019, por un Vocal del C. de A. de la E. M. de T. de V., S.A.U. (en lo sucesivo, EMT), sobre presuntas irregularidades en la disposición de fondos públicos pertenecientes a la citada sociedad municipal, que posibilitaron la comisión de un fraude que ha supuesto un perjuicio económico a la sociedad.

Posteriormente, se acumularon a esa denuncia inicial las presentadas por parte de otros dos miembros del C. de A. de la EMT, con fecha de entrada de 19 de diciembre de 2019, y otra posterior del P. de la EMT, con registro de entrada de 15 de enero de 2020, que fueron objeto de acumulación con la inicial, al estimar el Ministerio Fiscal una relación de conexión de los hechos denunciados en todas ellas.

SEGUNDO. - En la liquidación provisional practicada el 24 de febrero de 2021, la delegada instructora consideró que se había producido un perjuicio económico a la sociedad municipal por importe de 4.210.750.49 de euros, en concepto de principal e intereses, como consecuencia de la realización por la EMT de ocho transferencias a favor de una entidad bancaria en H. K., supuestamente para la compra de sociedades chinas, con la correspondiente salida de fondos públicos.

La delegada instructora consideró presunta responsable contable a doña C. Z. R., que, como Directora del Negociado de Administración, tenía atribuida la función de preparar las operaciones bancarias realizadas y posibilitó con su intermediación que se efectuaran las citadas transferencias.

TERCERO. - Por providencia de 1 de junio de 2021 se acordó anunciar mediante edictos los hechos supuestamente motivadores de responsabilidad contable y emplazar al Ministerio Fiscal, al representante procesal de la EMT y a la presunta responsable contable para que comparecieran, personándose en forma en el plazo de nueve días.



TRIBUNAL DE CUENTAS

CUARTO. - Mediante diligencia de ordenación de 16 de julio de 2021 se acordó tener por personados y comparecidos en autos al Ministerio Fiscal, a la EMT y a doña C. Z. R., a través de sus respectivas representaciones procesales; y dar traslado de las actuaciones al representante procesal de la EMT, para que dedujera la correspondiente demanda dentro del plazo de veinte días.

QUINTO. - El 15 de septiembre de 2021 se recibió escrito de don Jesús Fernández de las Heras, Procurador de los Tribunales, que en representación de la EMT interpuso demanda de responsabilidad contable contra doña C. Z. R., como responsable contable de un alcance en los fondos públicos por importe de 4.054.971,98 euros, más sus intereses legales.

SEXTO. - Mediante decreto de 28 de septiembre de 2021, se acordó admitir a trámite la demanda presentada por la representación procesal de la EMT y dar traslado de la misma al Ministerio Fiscal, a fin de que, en el plazo de veinte días, manifestara si se adhería o no a sus pretensiones en todo o en parte y, en su caso, formulara las que estimara procedentes.

SÉPTIMO. - El Ministerio Fiscal presentó con fecha 29 de octubre de 2021 escrito de demanda contra doña C. Z. R., como responsable contable directa de un perjuicio a la EMT de V. cifrado en 4.054.971,98 euros, más sus intereses legales, con expresa petición de condena en costas.

OCTAVO. - Por decreto de 3 de noviembre de 2021 se acordó:

Admitir a trámite la demanda formulada por el Ministerio Fiscal y dar traslado de las demandas presentadas por la representación procesal de la EMT y por el Ministerio Fiscal a la parte demandada, para su contestación en el plazo de veinte días:

Oír, por término común de cinco días, a las partes comparecidas acerca de la determinación de la cuantía del procedimiento.

NOVENO. - Con fecha de 10 de diciembre de 2021 se recibió en el Registro General de este Tribunal escrito del Letrado don Rafael Guía Llobet, en nombre y representación de doña C. Z. R., por el que contestaba a las demandas formuladas por la EMT y por el Ministerio Fiscal.

DÉCIMO. - Por providencia de 14 de diciembre de 2021 se participó a las partes la designación del nuevo Consejero de Cuentas titular del Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento.

UNDÉCIMO. - Mediante Auto de 14 de febrero de 2022 se fijó la cuantía del procedimiento, en CUATRO MILLONES CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON NOVENTA Y OCHO CÉNTIMOS (4.054.971,98 €), más intereses procedentes.

DUODÉCIMO. - Por diligencia de ordenación de 15 de febrero se convocó al Ministerio Fiscal y a las representaciones procesales de la EMT y de doña D^a C. Z. R. a la audiencia previa, regulada en el artículo 414 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC), a celebrar el día 8 de marzo de 2022, a las 10 horas.



TRIBUNAL DE CUENTAS

DECIMOTERCERO. - En la fecha señalada se celebró la audiencia, cuyo desarrollo quedó grabado. Se constató en ella la imposibilidad de acuerdo entre las partes y la discrepancia sobre los hechos discutidos. Tras la admisión parcial de las pruebas propuestas por las partes (documental, interrogatorio de partes, testifical y testifical-pericial), en los términos que constan en la grabación de la audiencia, se acordó que los interrogatorios de los testigos se realizasen por videoconferencia y se convocó a las partes a la vista del juicio el día 26 de abril de 2022, a las 10:00 h.

DECIMOCUARTO. - Mediante diligencia de ordenación de 16 de marzo de 2022, se acordó: 1º) Unir a los autos la documentación obrante en las diligencias preliminares, actuaciones previas y en el procedimiento de reintegro por alcance; 2º) Requerir, a la EMT, a la Agencia Española de Protección de Datos y a la Secretaria de la Sala de Justicia de este Tribunal la remisión a este Departamento de la documentación admitida como prueba en la audiencia previa; 3º) Citar a doña C. Z. R. y al P. de la EMT para el interrogatorio de partes que se realizaría en el juicio; 4º) Librar exhorto al servicio de videoconferencia del Decanato de los Juzgados de V., solicitando auxilio judicial, para el interrogatorio de los testigos a través de videoconferencia, y 5º) Citar, para que comparecieran en el juicio convocado, a los tres testigos-peritos admitidos.

DECIMOQUINTO. – En la vista del juicio celebrada el día previsto se practicaron presencialmente las pruebas de interrogatorio de partes y de los testigos-peritos y, mediante videoconferencia, la de los testigos. A continuación, las partes expusieron sus conclusiones y se declaró el pleito concluso y visto para sentencia.

El desarrollo de la vista fue registrado en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen.

DECIMOSEXTO. - Por diligencia de 27 de abril del año en curso se elevaron los autos al Consejero de Cuentas, para sentencia.

DECIMOSÉPTIMO. - Se han observado las prescripciones legales en vigor.

II HECHOS PROBADOS

PRIMERO. - Durante el mes de septiembre de 2019, la EMT fue víctima de una estafa, por importe de 4.054.971,98 de euros, por suplantación de la personalidad de un abogado de la sociedad D., con la que tenía una relación de servicio, y del P. del C. de A. de la EMT. Los estafadores se dirigieron a doña C. Z. R., empleada de la EMT, para obtener una colaboración que permitió la realización de ocho transferencias bancarias a favor de dos supuestas empresas extranjeras, sin relación comercial alguna con la sociedad municipal.

En concreto, el día 3 de septiembre de 2019, la Sra. Z. recibió un correo electrónico de un supuesto abogado de la sociedad D., que le anunciaba una operación de compra en C., de la que estaba al tanto la Comisión Nacional del Mercado de Valores. A continuación, recibió los siguientes llamadas y correos:



TRIBUNAL DE CUENTAS

-Una llamada del pretendido abogado, explicándole los detalles de la operación.

-Un correo del mismo sujeto, remitiéndole un “documento de confidencialidad” que la Sra. Z. suscribió.

-Un correo supuestamente enviado por el P. del C. de A. de la EMT, que preguntaba a la Sra. Z. si había recibido el correo del abogado de la sociedad D..

-Un correo del supuesto abogado de la sociedad D., con la imagen corporativa de la Consultora, con los detalles de la operación, que ascendía a un montante de 11.400.000 €.

La Sra. Z. remitió, a su vez, al supuesto abogado de la sociedad D. documentos en los que aparecían las firmas de los apoderados de la EMT de V. en su entidad bancaria, C., sus documentos nacionales de identidad y ejemplares de órdenes de pago dirigidas al banco sin firmar. Lo hizo en el breve plazo de apenas tres horas. De esta manera, la Sra. Z. facilitó los elementos necesarios para que se elaboraran las órdenes de pago falsas que culminaron con el primer abono de 347.419,07 euros, conforme consta en el informe del testigo-perito don J. C. G. G., aportado como prueba documental por la defensa de la Sra. Z..

SEGUNDO. - El pago a los proveedores de la EMT se llevaba a cabo desde 2018 a través de transferencias, por medio de un sistema que requería la preparación de los pagos mediante la banca en línea de la entidad C.. Se requería que los pagos fueran autorizados de manera electrónica y mancomunada por el G. y por la D. de G.. Para el abono de las nóminas se seguía un sistema especial, mediante la presentación material en la entidad bancaria, en ese caso B., de las cartas de pago ya firmadas.

En el momento de las actuaciones, la autorización electrónica y mancomunada para los pagos recaía en el G. de la EMT y la D. del A. de G.. A doña C. Z. R., como Directora de Negociado de Administración, solamente le correspondía la preparación material de los pagos y la subida de los correspondientes ficheros a la plataforma de la banca en línea.

El estudio y análisis de posibles compras o adquisiciones por la EMT se efectuaba por el P. del C. de A., en colaboración con el G., único empleado con el que aquel mantenía un contacto regular profesional y laboral.

TERCERO. - El 3 de septiembre de 2019, en ausencia de sus superiores jerárquicos con competencia para la ordenación de pagos, el G. (que se encontraba de vacaciones) y la D. del A. de G. (de baja por lactancia) se produjeron los hechos siguientes:

Una persona desconocida contactó por teléfono con doña C. Z. R., diciendo actuar en nombre de un abogado de la sociedad D., le informó de una supuesta adquisición de dos empresas chinas y le pidió información sobre quiénes eran las personas autorizadas en la EMT para aprobar pagos, mediante la banca en línea. En la conversación, le encareció la necesidad de guardar confidencialidad.



TRIBUNAL DE CUENTAS

Posteriormente, doña C. Z. R. recibió dos correos electrónicos, procedentes de cuentas creadas a nombre del supuesto abogado de la sociedad D., que le remitía las instrucciones para realizar la operación y un acuerdo de confidencialidad, con arreglo al cual debería abstenerse de comunicación alguna al respecto con sus superiores. Pretendía actuar en nombre del P. de la EMT, confirmaba la operación de compraventa y reiteraba la necesidad de guardar confidencialidad sobre el asunto.

En virtud de esas instrucciones y sin realizar otras comprobaciones, doña C. Z. R. remitió a los presuntos estafadores documentos de la EMT que les facilitaban muestras de las firmas del G. (un escrito dirigido al Ayuntamiento en el que constaba su firma) y de la D. del A. de G. (una factura con la firma de conformidad), así como sus documentos nacionales de identidad escaneados.

Igualmente, elaboró y les proporcionó un borrador de carta de ordenación de transferencia de pago de una factura correspondiente a la supuesta operación.

A continuación, utilizando los datos proporcionados por doña C. Z. R., los estafadores reenviaron un documento supuestamente original de la carta de ordenación de transferencia de pago, con las firmas falsificadas del G. y de la D. del A. de G., que la Sra. Z. remitió a la entidad bancaria C. para que procediera al pago de la primera factura, por valor de 334.419,07 euros, con destino a una cuenta del B. de C. en H. K., de titularidad de una supuesta sociedad extranjera.

A pesar de que no correspondía a la práctica bancaria establecida por la EMT con la entidad bancaria C., la entidad financiera tramitó manualmente la transferencia.

CUARTO. - El mismo modo de operar se repitió los días 6, 9, 11, 13, 17, 18 y 20 de septiembre de 2019, con un total de ocho transferencias, por importe conjunto de 4.040.898,22 de euros, con destino a cuentas del B. de C. en H. K., a favor de dos supuestas sociedades extranjeras, domiciliadas en C., con las que la EMT no mantenía ningún tipo de relación comercial.

Todas las transferencias se realizaron sin que la Sra. Z. comunicara los hechos a sus superiores. Pese a los permisos de que éstos disfrutaban, hubiera podido hacerlo, ya que la D. del A. de G. mantenía una correspondencia directa y continua con ella sobre la firma de transferencias y remesas de facturas, a través de correos electrónicos y de mensajes de guasap.

QUINTO. - El 23 de septiembre de 2019 fue ordenada una novena transferencia. En esta ocasión, la entidad bancaria C. informó al G. de la EMT, que ordenó la paralización de la operación. El día 27 de septiembre de 2019 se celebró un C. de A. de la sociedad con carácter extraordinario y urgente, en el que se informó sobre los hechos y se acordó denunciarlos ante la Policía Nacional, lo que dio lugar a las Diligencias Previas número 1764/19 del Juzgado de Instrucción número 18 de V..

SEXTO. - En ningún momento la demandada puso la operación que se estaba llevando a cabo en conocimiento de persona alguna empleada de la EMT, ni del G. o de la D. del A. de G., cuyas firmas estaban siendo indebidamente utilizadas. Tampoco informó de los pagos realizados, a



pesar de que era consciente de que el procedimiento que se estaba siguiendo no era el establecido por la EMT para el pago a proveedores.

La supuesta cláusula de confidencialidad, que llevó a la demandada a no proporcionar información alguna a sus superiores jerárquicos sobre las operaciones realizadas, nunca se ha utilizado por los trabajadores de la EMT en el desarrollo de sus funciones.

III FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - De conformidad con lo dispuesto en el artículo 25.b) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas (LOTcu), expresamente desarrollado por los artículos 52.1.a) y 53.1 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento y Organización del Tribunal de Cuentas (LFTCu), compete a los Consejeros de Cuentas la resolución de los procedimientos de reintegro por alcance en primera instancia. Se procedió al reparto de este procedimiento al Departamento Tercero de la Sección de Enjuiciamiento el 25 de mayo de 2021.

SEGUNDO. - La demanda de la representación procesal de la EMT califica los hechos declarados probados como un supuesto de responsabilidad contable por alcance, por importe de 4.054.971,98 de euros, atribuible a doña C. Z. R., por concurrir todos los requisitos derivados del artículo 49 de la LFTCu. Así:

El elemento personal exige que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos.

Doña C. Z. R. intervenía en la disposición de los depósitos de la EMT en la cuenta bancaria en la que se ha producido el daño, por lo que tenía la consideración de gestora de fondos públicos, al participar en la administración, custodia y manejo de éstos en la empresa y haber resultado perjudicados los fondos a su disposición con ocasión del ejercicio de sus funciones.

Así lo estimó la delegada instructora en el acta de liquidación provisional, al establecer que la demandada tenía una labor “in vigilando” sobre los fondos públicos, con funciones de preparación de las transferencias de pago y de los ficheros que se elevaban a la banca en línea para que fueran autorizados por el G. y la D. del A. de G..

Elemento objetivo requiere una vulneración de la normativa presupuestaria y contable del sector público.

La Sra. Z., alterando el procedimiento de pago establecido en la sociedad, ordenó entre los días 3 y 20 de septiembre de 2019 ocho transferencias bancarias a dos cuentas de sociedades domiciliadas en C., sin tener a su disposición las cartas de pago originales, en virtud de facturas falsas y sin informar de estas actuaciones a sus superiores. Como consecuencia, fueron autorizadas transferencias de importes elevados a favor de dos empresas con las que la EMT no tenía ningún tipo de relación comercial.



TRIBUNAL DE CUENTAS

Si hubiera respetado el procedimiento fijado por la EMT para la realización de transferencias, la demandada se hubiera limitado a preparar el fichero para la tramitación electrónica del pago a través de la banca en línea, previa autorización, mediante sus firmas digitales mancomunadas, del G. y de la D. del A. de G..

El elemento subjetivo exige que la actuación se realice mediando dolo, culpa o negligencia grave.

La actuación de doña C. Z. R., que ha generado un cuantioso daño a los fondos públicos, resulta al menos gravemente negligente, por las siguientes razones:

Alteró de manera voluntaria y consciente el procedimiento de pagos establecido por la EMT, lo que dio lugar a que éstos se realizaran sin la autorización de las personas que debían hacerlo. Asimismo, a pesar de que las transferencias debían realizarse a través de la banca en línea, la demandada remitió a C. las cartas de pago escaneadas, sin disponer de las originales.

Se excedió, de manera consciente y voluntaria, de las funciones que tenía atribuidas, pues tan sólo le correspondía preparar los pagos.

Persistió en su actuación de manera consciente y con intencionalidad, desde el 3 de septiembre hasta el 23 de septiembre de 2019, aunque la entidad bancaria solicitó los originales de las órdenes de pago. Esta petición no le causó alarma.

Incumplió de manera consciente y voluntaria los deberes de custodia y confidencialidad propios de su relación laboral con la EMT, remitiendo a los presuntos estafadores la documentación que les permitió falsificar las firmas del G. y de la D. del A. de G.. También, les remitió una copia de los documentos nacionales de identidad de ambos responsables de la empresa pública.

El elemento material requiere que el menoscabo sea efectivo, individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente.

Los hechos generadores de la responsabilidad contable, esto es, la realización de ocho transferencias entre los días 3 y 20 de septiembre de 2019 al B. de C. en H. K., obviando los procedimientos establecidos por la EMT para el pago, han causado un daño efectivo, individualizado y evaluable económicamente a los fondos públicos, por importe de 4.040.898,22 €. Deben sumarse las comisiones que la EMT debió abonar como consecuencia de las transferencias fraudulentas, que ascendieron a 14.073,76 €.

El elemento causal requiere que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

La intervención de la Sra. Z. R, alterando los procedimientos de pago, revelando información de la empresa y de sus empleados, fueron causa directa del desvío de los fondos públicos. Sin su conducta irregular en la gestión de los fondos no se hubiera producido el daño a los caudales públicos de la EMT.



TRIBUNAL DE CUENTAS

TERCERO. - Los hechos y fundamentos de Derecho en que basa su demanda el Ministerio Fiscal coinciden sustancialmente con los de la interpuesta por la EMT. El Ministerio Fiscal atribuye la responsabilidad contable por alcance a la demandada, que, en su condición de responsable del Negociado de Administración de la EMT, tenía atribuida en los protocolos de pago de la entidad solamente la función de preparar las transferencias de pago. Debía preparar los ficheros con todos los datos necesarios para su realización, a través de la banca en línea, previa la autorización del G. y de la D. del A. de G..

Sin embargo, se excedió en el ejercicio de sus funciones y, sin informar en ningún momento a sus superiores, facilitó a un tercero la información necesaria para que tuviera lugar la sustracción de los fondos y remitió los documentos de pago fraudulentos a la entidad bancaria, que procedió a su abono. Actuó con omisión de los más elementales deberes de diligencia y propició con su actuación el perjuicio a la EMT de V..

Su responsabilidad contable de carácter directo resulta de lo dispuesto en el artículo 42.1 de la LOTCu, que establece que son responsables directos “quienes hayan ejecutado, forzado o inducido a ejecutar o cooperado en la ejecución de los hechos o participado con posterioridad para ocultarlos o impedir su persecución”. En el caso de autos, la demandada es autora material de los hechos determinantes de la responsabilidad contable.

Procede la imposición de las costas a la demandada de conformidad con lo establecido en el artículo 71.4.g) de la LFTCu, en conexión con el artículo 394 de la LEC.

CUARTO. - La defensa de la demandada opone la inexistencia de responsabilidad alguna en las actuaciones, porque a su juicio no concurren los requisitos establecidos en el artículo 49 de la LFTCu, por los siguientes motivos:

De las propias demandas se deduce que doña C. Z. no podía adoptar la decisión sobre los pagos. Únicamente se encargaba de preparar materialmente la documentación previa a la decisión de las personas competentes para ordenarlos, que eran sus superiores jerárquicos. Llevaba realizando esas funciones desde hacía muchos años. Lo hizo en este caso en la creencia de que eran órdenes legítimas y válidas, sin capacidad de discernir que se trataba de un fraude.

Sus funciones no comprendían la custodia, intervención o administración de los fondos públicos de la mercantil. Tampoco tenía poder decisorio sobre los caudales de la EMT, ni capacidad de disponer de ellos. Se limitaba a preparar documentación contable, pero no le correspondía la decisión de los pagos de las facturas. Solamente enviaba al banco lo que sus superiores ordenaban para el pago.

No ha infringido norma presupuestaria o contable alguna, porque no existían procedimientos establecidos, regulados: protocolizados de forma concreta y exclusiva. Los pagos se hacían de distintos modos, unas veces por envío de facturas al banco, y otras mediante pago electrónico, con firmas del mismo carácter, por parte de los responsables.



TRIBUNAL DE CUENTAS

Nada en la actuación de la Sra. Z. puede considerarse negligencia grave, y menos aún dolo.

No hubo dolo, porque exigiría que hubiera actuado de manera deliberada, con intencionalidad y conociendo las consecuencias que pudieran traer consigo dichos actos. La EMT fue víctima de un fraude a través de internet, la llamada “estafa del CEO,” que produce gran daño económico y se basa en la buena fe del empleado, que cree que sigue las órdenes de un superior jerárquico. Ningún dolo puede concurrir en el trabajador que desconoce que está siendo la herramienta de unos delincuentes para dañar a la empresa.

Respecto a la negligencia o falta grave de diligencia debida, la defensa de la demandada razona su inexistencia en que:

La demandada consultó el organigrama de la sociedad D. y comprobó que el nombre de la primera persona que contactó con ella figuraba en él como coordinadora de proyectos de consultoría y asesoramiento financiero.

Conforme a las comunicaciones del supuesto empleado de la sociedad D., a partir del 3 de septiembre, la Sra. Z. tenía que ponerse a su orden para, siguiendo la instrucción parte del P. de la EMT, una supuesta adquisición de una empresa en C.. La EMT no solo gestionaba el servicio de autobuses de la ciudad de V., sino que tras la llegada del nuevo P. de la entidad se estaba abriendo a actividades muy diferentes, como la gestión de parkings públicos en la ciudad. En la sociedad se hablaba de compras de autobuses en C., por lo que se daban condiciones para que doña C. Z. no sospechara que era víctima de un fraude.

Resulta incierto que desconociera los deberes de custodia documental o actuara sin la mínima diligencia. No se ofrece demostración alguna de tales afirmaciones, ni se indica qué normas concretas son las incumplidas por la Sra. Z., la cual se atuvo en todo momento a lo que aparecían como órdenes legítimas y auténticas de su superior jerárquico.

La Sra. Z. no tenía firma en el banco y no podía ordenar los pagos. Se limitó a realizar su trabajo, que fue la preparación de la documentación y el envío de la misma a la entidad financiera. La responsabilidad o negligencia, de existir, fue del banco, que sí había acordado una operativa bancaria con la EMT y la incumplió. La Sra. Z. se limitó a enviar la documentación recibida al banco. Fue éste quien ordenó el pago con dicha documentación.

Que las facturas estuvieran mal emitidas es un juicio de valor que hace la demanda a posteriori, sin explicar por qué habría debido considerar en aquel momento la Sra. Z. que estaban mal emitidas. Eran facturas corrientes, que no llevaron a sospecha ni a doña C. Z., ni a la entidad bancaria.

La propia entidad emitió un correo con fecha de 20 de septiembre de 2019 que decía: “A pesar de no disponer de la documentación, no se encuentran indicios de actividades sospechosas. Toda la actividad analizada guarda relación con el sector de actividad de nuestro cliente”. Por tanto, si existió una negligencia, fue por parte de la entidad financiera y no por la Sra. Z., que se limitó a enviar las órdenes recibidas al banco, sin tomar decisión alguna sobre el pago.



TRIBUNAL DE CUENTAS

La demandada reconoce que se causó daño efectivo a los fondos de la EMT. Pero niega el nexo causal con la concreta actuación de la Sra. Z. que, en ningún momento dispuso de los mismos. El nexo derivó de la actuación negligente de la entidad bancaria y, subsidiariamente, de la conducta también negligente de la D. del A. de G., la cual había fue advertida por la Sra. Z. de que la entidad bancaria había comunicado irregularidades en sus firmas, pero no hizo comprobación alguna.

QUINTO. – Es preciso resolver en primer lugar sobre la falta de legitimación pasiva que alega la defensa de la demandada.

La representación de la demandada alega la inexistencia de legitimación pasiva, pues aquella no tenía la capacidad de disposición de fondos de la entidad, que correspondía a sus superiores jerárquicos. Su función se limitaba a preparar materialmente la documentación previa para que los pagos fueran ordenados por aquéllos.

La sentencia 6/2022, de 11 de mayo, de la Sala de este Tribunal, establece que “la extensión subjetiva de la responsabilidad contable comprende, de acuerdo con una interpretación sistemática de los artículos 15.1 y 2.b) y 38.1 de la LOTCu, a quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen bienes, caudales o efectos públicos”. Es preciso, sin embargo, tener en cuenta que, como ha establecido la STS de 1 de diciembre de 2000, en “la expresión <<que tengan a su cargo>> se abarca tanto aquellos supuestos en los que al funcionario está atribuida la tenencia material y directa de los caudales públicos, como aquellos otros en los que tiene competencia para adoptar decisiones que se traduzcan en disposición sobre los mismos, y significa no sólo responsabilizarse de su custodia material, sino también ostentar capacidad de disposición e inversión de tal manera que los caudales no puedan salir del organismo oficial sin la decisión del funcionario.

En consecuencia, no sólo incurren en responsabilidad contable los ordenadores de pagos por los perjuicios que se ocasionen a los caudales o fondos públicos, sino todos aquellos que tengan a su cargo el manejo o disposición de dichos caudales. Es decir, todos los que intervengan, en sentido amplio, en la ejecución de la actuación que origine el daño, que tengan participación en las decisiones del gasto, involucración en la actividad económico-financiera de la entidad o funciones directivas cuando como consecuencia del ejercicio de aquellas se haya originado ese perjuicio. La condición de enjuiciable contable no sólo se puede predicar respecto a los ordenadores del pago ni contra los que realizan su realización material: basta con tener alguna capacidad de decisión en la actuación que genere el daño”.

El 3 de septiembre de 2019, en ausencia del G. de la EMT y de la D. del A. de G., únicos autorizados para ordenar pagos a cargo de la sociedad, doña C. Z. R., sin previa consulta a aquellos, facilitó a los defraudadores información sobre la competencia de aquellos y sus DNI escaneados, así como documentos en los que aparecían sus firmas, con los que pudieron elaborar una orden o carta de pago fraudulenta que, posteriormente, la propia Sra. Z. remitió a la entidad bancaria, C., para que procediera a su abono.



TRIBUNAL DE CUENTAS

Con esta actuación, realizada por su cuenta y decisión, sin autorización del G. y de la D. del A. de G., la Sra. Z. asumió indebidamente las funciones de éstos, dando lugar al inicio de un procedimiento de pago que no le correspondía funcionalmente y que culminó con la puesta de la carta de pago falsificada a la disposición de la entidad bancaria. Esta última actuación sí se incardinaba en el ámbito de sus competencias. Este proceder se mantuvo hasta el 23 de septiembre de 2019.

No existe falta de legitimación pasiva, en consecuencia. Como ha puesto de manifiesto el Ministerio Fiscal, con su conducta, extralimitando sus funciones, la demandada dio lugar a que los fondos perjudicados quedaran a su disposición.

SEXTO. – Las partes no discrepan sobre el cuantioso perjuicio causado como consecuencia de un fraude en los fondos de la EMT. Procede resolver si los hechos fueron susceptibles de generar la responsabilidad contable por alcance de doña C. Z. R., como afirman los demandantes, o si faltan los elementos constitutivos para su exigibilidad, como sostiene la defensa de la demandada.

No compete, en cambio, a este Tribunal, de acuerdo con el artículo 16 de la LOTCu, y la doctrina uniforme de la Sala de Justicia del Tribunal de Cuentas, (entre otras, Sentencia 10/2005, de 14 de julio) conocer de otros aspectos ajenos a esta jurisdicción, como la certificación penal de la operativa fraudulenta llevada a cabo por terceras personas o la actuación de la entidad financiera.

A partir de la interpretación conjunta de los artículos 2.b), 15.1 y 38.1 de la LOTCu, en relación con los artículos 49.1 y 59.1 de la LFTCu, la Sala de Justicia de este Tribunal ha declarado en reiteradas Sentencias (por todas, las sentencias 12/1993, de 25 de febrero; 13/1995, de 6 de noviembre; 13/1997, de 24 de julio; 3/2000, de 25 de febrero; y 7/2000, de 30 de junio) que para que una acción pueda ser constitutiva de responsabilidad de naturaleza contable debe reunir los siguientes requisitos: 1º) Que se trate de una acción u omisión atribuible a una persona que tenga a su cargo el manejo de caudales o efectos públicos; 2º) Que dicha acción u omisión se desprenda de las cuentas que deben rendir quienes recauden, intervengan, administren, custodien, manejen o utilicen caudales o efectos públicos; 3º) Que la expresada acción implique una vulneración de la normativa presupuestaria y contable reguladora del correspondiente sector público; 4º) Que esté marcada por una nota de subjetividad, pues su consecuencia no es sino la producción de un menoscabo en los precitados caudales o efectos públicos por dolo, culpa o negligencia grave; 5º) Que el menoscabo sea efectivo e individualizado con relación a determinados caudales o efectos y evaluable económicamente; y 6º) Que exista una relación de causalidad entre la acción u omisión de referencia y el daño efectivamente producido.

La efectividad del menoscabo producido en los fondos de la EMT resulta indubitado para todas las partes intervinientes. Los fondos eran públicos por la propia naturaleza de la sociedad: la EMT de V. es una sociedad mercantil con capital íntegramente público, que pertenece en su totalidad al Ayuntamiento de V. y cuyo objeto social principal consiste en organizar y prestar los servicios públicos de transporte urbano colectivo, en superficie, de pasajeros, dentro del término municipal de V..



TRIBUNAL DE CUENTAS

Concurre por tanto el elemento imprescindible de daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a bienes o derechos determinados y de titularidad pública, que exige en el artículo 59.1 de la LFTCu.

SÉPTIMO. - La representación de la demandada alega que no se ha infringido norma presupuestaria o contable alguna, ya que no se ha producido vulneración del procedimiento de transferencias establecido por la EMT. Se basa en que no existían mecanismos establecidos, regulados o protocolizados de forma concreta y exclusiva, porque los pagos se hacían de distintos modos: tanto por envío de facturas al banco, como mediante pago electrónico, con firmas electrónicas de los responsables autorizados.

A pesar de posición contraria de la defensa de la demandada, de la prueba testifical celebrada en el juicio se deduce que, aunque no existían unas instrucciones específicas sobre los procedimientos de pago, sí cabe identificar una práctica regular: a partir del año 2018, el abono a los proveedores se llevaba a cabo a través de transferencias, con un sistema que requería la preparación de los pagos mediante la banca en línea de C. y que éstos fueran autorizados, de manera electrónica y mancomunada, por el G. y por la D. de G..

Para el pago de las nóminas de los empleados de la EMT se empleaba un sistema específico, que requería la presentación material de las cartas de pago ya firmadas en la entidad bancaria encargada de aquel, B..

El pago a los proveedores por su parte, conforme al sistema establecido por la EMT a partir de 2018, se llevaba a cabo a través de transferencia. Para su efectividad, tras la preparación de pagos y su elevación a la banca en línea, se requería que estos pagos fueran autorizados, de manera electrónica y mancomunada, por el G. y por la D. de G..

Contraviniéndolo, la Sra. Z. subió a la banca en línea cartas de pago que aparecían firmadas de forma manual por sus superiores jerárquicos, alterando el orden de actuación de los intervinientes en el sistema usual de pagos establecido y practicado en la sociedad. La entidad bancaria ejecutó los pagos correspondientes.

El proceder de la demandada ha causado un saldo deudor injustificado en las cuentas de la EMT, susceptible de ser calificado como alcance en los términos especificados en el artículo 72 de la LFTCu y tipificado como infracción en el artículo de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.

OCTAVO. - En cuanto al requisito subjetivo necesario para que quepa imputar responsabilidad contable, a tenor de lo previsto en el artículo 49.1 de la LFTCu, la representación procesal de la EMT considera que la actuación de doña C. Z. R. resultó dolosa o gravemente negligente. El Ministerio Fiscal considera que dicha actuación se ha llevado a cabo con omisión de los más elementales deberes de diligencia y propiciando con su actuación el perjuicio a la EMT de V., por lo que la considera responsable directa, conforme a lo previsto en el artículo 42.1 de la LOTCu.



TRIBUNAL DE CUENTAS

Por su parte, la defensa de la demandada niega la concurrencia de este requisito subjetivo, tanto en lo que respecta al dolo, inexistente al tratarse de un fraude informático; como a la culpa o negligencia grave, que atribuye, en todo caso, al banco que propició la salida de fondos de la empresa, pues sí existía un protocolo o sistema operativo bancario con la EMT que fue vulnerado.

La Sala de Justicia de este Tribunal, (entre otras, sentencias de 26 de marzo de 1993 y 28 de enero de 2000) ha venido acuñando los conceptos de dolo y negligencia grave. Para que una acción u omisión antijurídica y productora de un daño en los caudales públicos constituya una infracción contable y genere una responsabilidad que pueda ser así calificada, resulta necesario que el gestor de los fondos haya actuado conscientemente de que su comportamiento provocaba o podría provocar un perjuicio a los fondos públicos tenidos bajo su cargo o manejo, sin adoptar las medidas necesarias para evitarlo, ya por desear directamente la producción de ese resultado dañoso -en cuyo caso existe dolo-. O, al menos, por puro descuido o falta de diligencia, no obstante dicha previsibilidad del resultado -en cuyo caso concurre negligencia grave- cuando esa diligencia hubiera obligado a tomar medidas para evitar el resultado dañoso.

La culpa o negligencia grave queda caracterizada en las siguientes sentencias:

STS 192/1004, de 7 de marzo, que considera culposa una conducta que genera un resultado socialmente dañoso y que, por ser contraria a los valores jurídicos exteriorizados, es objeto de reprobación social.

Sentencia de la Sala de Justicia 2/2007, de 14 de marzo, conforme a la cual: "...que en su actuación no haya desplegado la debida diligencia -culpa o negligencia-, entendiéndose que ésta obliga a tomar las medidas correspondientes para evitar el resultado dañoso, previo un juicio de previsibilidad del mismo, de forma que es negligente quien no prevé debiendo hacerlo, lo que lleva a no evitar dicho daño, o previendo no ha tomado las medidas necesarias y adecuadas para evitar el evento".

Sentencia de la Sala de Justicia 19/2009, de 22 de julio, que estableció "...que la culpa o negligencia consiste, según establece el artículo 1104 del Código Civil, en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas del tiempo y del lugar, habiendo insistido la doctrina de esta Sala... que la posible negligencia no se elimina siquiera con el puntual cumplimiento de las precauciones legales o reglamentarias y de las aconsejadas por la técnica, si todas ellas se revelan insuficientes para la evitación del riesgo, siendo preciso lo que se ha venido denominando como <<agotar la diligencia>>".

De los hechos probados no resulta acreditada la concurrencia de dolo en la actuación de la demandada en el sentido requerido por la doctrina de la Sala de Justicia, que cabe resumir en la previsión y aceptación de ese resultado dañoso, bien para perjudicar a la empresa, bien para obtener un beneficio personal.



TRIBUNAL DE CUENTAS

Sí resulta obligado, en cambio, apreciar a la concurrencia de culpa o negligencia grave en el proceder de la demandada, conforme resulta de la valoración de la prueba practicada con arreglo a la sana crítica. Es así por las razones siguientes:

La demandada no llevó a cabo unas mínimas averiguaciones sobre la veracidad de las personalidades de los terceros que buscaban lograr su cooperación. Ello es especialmente grave cuando una de ellas correspondía al P. del C. de A. de la EMT. No consideró la improbabilidad de que el principal directivo de la sociedad se dirigiera a ella, un cargo directivo medio, para poner en marcha una operación de tal envergadura.

Se sometió a una supuesta cláusula de confidencialidad por la que se obligaba a no informar a sus superiores jerárquicos directos, ni al resto del personal de la EMT, de la operación a realizar, sin plantearse la posible irregularidad de aquella, ya fuera por el nivel de responsabilidades que debería asumir o por la excepcionalidad que representaba su utilización en la forma habitual de proceder de la EMT. Ha quedado acreditado por la prueba testifical que ese género de cláusulas nunca se había aplicado.

Proporcionó documentos con las firmas de sus superiores jerárquicos, los únicos autorizados a los pagos, así como copias escaneadas de sus documentos nacionales de identidad, sin conocimiento y consentimiento de aquéllos. Aparentemente, no le causó extrañeza la solicitud de tales datos, cuando como Directora de Negociado de Administración sabía que el pago a los proveedores se realizaba previa la preparación material de los pagos y la subida de los correspondientes ficheros a la banca en línea, que era su función, anterior a la autorización de los mismos por sus superiores, mediante sus firmas digitales mancomunadas.

Asumió y ejerció, con plena consciencia, funciones que correspondían a otros cargos directivos de la sociedad, sin tener atribuidas las competencias correspondientes.

Su actuación no se limitó a la del día 3 de septiembre de 2019, sino que fue recurrente hasta el día 23 de septiembre. En esta fecha, un aviso de la entidad bancaria sobre la excepcionalidad de las sumas abonadas hasta ese momento sin seguir el procedimiento protocolizado llevó al G. a paralizar la última transferencia ordenada, sin que para facilitar o provocar esa decisión hubiera mediado aviso o voluntad de la demandada.

Una valoración de conjunto de estas actuaciones lleva a concluir que la demandada actuó de forma gravemente negligente, pues no guardó las mínimas cautelas que corresponderían no ya al canon de diligencia cualificado por el carácter público de los fondos gestionados, sino al de un buen padre de familia, en los términos exigidos por el artículo 1104 del Código Civil.

El criterio del buen padre – o la buena madre – de familia remite al de un administrador racional o cuidadoso de los propios recursos, que, a la hora de tomar una decisión relevante, como las de adquirir un bien de consumo duradero, hacer una reparación en su domicilio o incluso tomar una decisión médica, consulta a vecinos, familiares o amigos, busca alguno que sea un experto o haya tenido una experiencia reciente en la materia o se informa en Internet. Se trata de una



conducta cautelosa, pero activa y abierta al criterio de otras personas que merecen confianza: los buenos padre o madre de familia no llevan a cabo actos de disposición relevantes sin comunicárselo a nadie, sino que preguntan, buscan opinión o consejo, contrastan sus dudas con el criterio de otras personas que merecen su confianza, tratan de llegar a una conclusión sobre la razonabilidad del precio y deciden teniéndolo todo en cuenta.

De modo semejante puede caracterizarse la conducta de un funcionario, una funcionaria o cualquier empleado público cuidadoso – la opuesta a una gravemente negligente: la prudencia y el respeto al procedimiento son dos de los rasgos fundamentales que definen el buen hacer profesional de un funcionario. Ante un supuesto difícil, nuevo o que le suscita dudas, un empleado público no ya especial, sino normalmente cuidadoso, consulta informalmente a compañeros o jefes: sobre el procedimiento, la técnica usada, la norma aplicada o el modo de enfocar o resolver la cuestión. En caso de duda, las somete a la consideración del superior que le ha indicado el sentido en que debe producirse el acto o resolución. Y, si continúa teniéndolas, pide a aquel que sus instrucciones sean por escrito, para que consten y sea el superior el que asuma su responsabilidad, incluso a riesgo de incurrir en su disfavor.

La demandada no hizo ninguna de estas cosas. Antes al contrario, de modo opuesto a lo que aconsejan esos criterios de prudencia en la administración y en la conducta profesional, guardó silencio sobre las instrucciones supuestamente recibidas de un superior situado varios grados o escalones por encima de ella, al que no conocía, y a pesar de que su contenido era absolutamente inusual y debía producirse por medio de un procedimiento distinto al establecido - que la demandada hizo aún más extraño transmitiendo documentos que permitieron la falsificación de firmas y órdenes de pago-, con la consecuencia de una serie de ocho transferencias igualmente insólitas por su elevada cuantía y su destino: una cuenta en H. K., a nombre de sociedades extranjeras desconocida para la EMT de V.. La conclusión es que incurrió en una negligencia muy acusada y grave, por lo que ha de estimarse presente el elemento subjetivo preciso para incurrir en responsabilidad contable.

NOVENO. - El nexo causal resulta indubitable: sin la cooperación de la demandada, con la aportación de datos y documentación respecto a los superiores competentes para la ordenación de los pagos, hubiera resultado imposible la salida de fondos de la EMT a favor de las cuentas de unas supuestas sociedades extranjeras sin vinculación comercial alguna con la sociedad municipal y, el consecuente menoscabo en sus fondos.

Ha de considerarse la alegación de la demandada sobre la responsabilidad de la D. del A. de G. de la EMT, su superiora jerárquica. La Sra. Z. le había remitido el 6 de septiembre de 2019 un correo comunicándole un aviso de la entidad bancaria C., que apreciaba diferencias entre su firma y la que constaba en la copia de su documento nacional de identidad de la que aquella disponía. La D. del A. de G. no se puso en contacto con el banco para aclararlo. La defensa de la demandada sostiene que si lo hubiera hecho, se hubiera evitado el giro de una parte de las transferencias por cuya cuantía se le imputa la responsabilidad contable. Se trata, sin embargo, de una previsión hipotética. Y, en todo caso, en la jurisdicción contable rige el principio



TRIBUNAL DE CUENTAS

dispositivo o de justicia rogada, contenido en el artículo 60.1 de la LFTCu, que supone que corresponde a las partes el derecho de acción y la disposición sobre la pretensión, de manera que el órgano jurisdiccional está sometido a las pretensiones de las partes. En el presente procedimiento, la D. del A. de G. no ha sido demandada por la representación de la EMT, ni por el Ministerio Fiscal. Tampoco la defensa de la demandada ha suscitado la existencia de un litisconsorcio pasivo necesario.

En lo que se refiere a la eventual responsabilidad u omisión de un deber de cuidado debido por la entidad bancaria C., que ha puesto de manifiesto la defensa de la demandada, pues aquella realizó los pagos pese a la peculiaridad del procedimiento y a las dudas que hubieran podido suscitar las firmas falsificadas por los defraudadores, no corresponde juzgarla a esta jurisdicción contable.

DÉCIMO. - En atención a todo lo expuesto, procede estimar las demandas formuladas por la representación procesal de la EMT y por el Ministerio Fiscal, porque se ha producido un alcance en los fondos públicos de la EMT, por importe de CUATRO MILLONES CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON NOVENTA Y OCHO CENTIMOS (4.054.971,98 €), y en consecuencia, condenar a DÑA. C. Z. R., como responsable contable directa, a tenor de lo establecido en el artículo 38.3 de la LOTCu, al reintegro de dicha cantidad.

Asimismo, debe ser condenada la demandada al pago de los intereses ordinarios exigidos en el artículo 71.4ª. e) de la LFTCu que se calcularán, en fase de ejecución de sentencia, con arreglo a los tipos legalmente establecidos en las correspondientes Leyes de Presupuestos Generales del Estado. Se fija para su cómputo como “dies a quo”, las diferentes fechas en que se produjeron cada una de las salidas de fondos de la EMT, desde el 3 de septiembre al 20 de dicho mes de 2019, y, por tanto, el daño efectivo en los fondos públicos; y como “dies ad quem”, la fecha de esta resolución; todo ello, sin perjuicio del posterior cálculo de los intereses de la mora procesal exigidos en el artículo 576 de la LEC, en función de la fecha del reintegro del principal del alcance.

Por último, en cuanto a las costas procesales causadas en esta instancia, a tenor de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 394 de la LEC, aplicable por mor del artículo

71. 4.ª.g) de la LFTCu, procede su imposición a Dña. C. Z. R., al haberse producido la estimación total de las pretensiones formuladas por los demandantes.

VISTOS los antecedentes de hecho, hechos probados y fundamentos de derecho puestos de manifiesto, EL CONSEJERO DE CUENTAS acuerda el siguiente

IV FALLO

PRIMERO. - Estimar las demandas interpuestas por la representación procesal de la EMT y el Ministerio Fiscal en el procedimiento de reintegro por alcance nº C- 102/2021, Sector Público Local (E. M. de T. de V., S.A.U. – EMT-) V., y en su virtud:



TRIBUNAL DE CUENTAS

1º) Declarar como importe en que se cifra el alcance causado en los fondos de la E. M. de T. de V., S.A.U. -EMT- el de CUATRO MILLONES CINCUENTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y UN EUROS CON NOVENTA Y OCHO CENTIMOS (4.054.971,98 €).

2º) Declarar responsable contable directa de dicho alcance a Dña. C. Z. R..

3º) Condenar a Dña. C. Z. R. al reintegro de la suma en que se cifra su responsabilidad contable.

4º) Condenar, asimismo, a Dña. C. Z. R. al pago de los intereses ordinarios, que se calcularán, en fase de ejecución de Sentencia, conforme a lo dispuesto en el apartado Décimo de los Fundamentos de Derecho de esta resolución, sin perjuicio del posterior cálculo de los intereses de la mora procesal en función de la fecha del reintegro del principal del alcance.

5º) Acordar la contracción de la cantidad en que se ha cifrado el alcance en la cuenta que corresponda de la E. M. de T. de V., S.A.U. -EMT-, a fin de que quede reconocido como derecho a cobrar.

SEGUNDO. - Imponer las costas causadas en esta instancia a Dña. C. Z. R..

Pronúciase esta Sentencia en audiencia pública y notifíquese al Ministerio Fiscal y a las representaciones procesales de la EMT y de Dña. C. Z. R., haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de apelación ante este Consejero de Cuentas, en el plazo de quince días a contar desde su notificación; y para su traslado a la Sala de Justicia, ajustándose su tramitación a lo previsto en el artículo 85 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa, y procediéndose, en otro caso, a la firmeza de la misma.

Lo mandó y firma el Excmo. Sr. Consejero de Cuentas, de lo que doy fe.- La Secretaria (fecha y firmas consignadas según anotación al margen).