



COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS

Bruselas, 25.10.2004
COM(2004) 709 final

INFORME DE LA COMISIÓN

**La aplicación por los Estados miembros del Convenio relativo a la protección
de intereses financieros de las Comunidades Europeas y sus Protocolos**

Artículo 10 del Convenio

{SEC(2004) 1299}

1. INTRODUCCIÓN

La protección penal de los intereses financieros ha sido una de las grandes prioridades de Comunidad Europea desde la década de 1970, pero los primeros instrumentos adoptados a tal fin fueron el Convenio PIF de 26.7.1995¹, su primer Protocolo de 27.9.1996², el Protocolo TJCE de 11 29. 1996³ y el 2º Protocolo de 19.6.1997⁴ (denominados los instrumentos PIF), que se adoptaron de conformidad con el Título VI del Tratado UE. La finalidad de los instrumentos PIF es establecer una base común para la protección penal de los intereses financieros de la CE. El Convenio PIF, el primer Protocolo y el Protocolo TJCE entraron en vigor el 17.10. 2002 tras su ratificación por los entonces 15 Estados miembros. Está pendiente la ratificación del 2º Protocolo por IT, LU y AT.

Dado que el Consejo todavía no ha adoptado una posición común sobre la propuesta de Directiva relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad con arreglo al artículo 280 del Tratado CE⁵, la Comisión considera que ha llegado el momento de examinar las medidas nacionales de aplicación y de tener en cuenta el impacto de los instrumentos PIF. El propósito del presente informe es comprobar si ya se ha logrado el objetivo de una protección eficaz y equivalente de los intereses financieros de la CE en todos los Estados miembros. La identificación de insuficiencias persistentes en la aplicación de los instrumentos PIF hará avanzar el proceso legislativo de la propuesta de Directiva y, en su caso, contribuirá a la aplicación de los procedimientos de solución de controversias previstos en los instrumentos PIF.

Un informe sobre la aplicación de los instrumentos PIF resulta hoy necesario para hacer balance de los progresos realizados en la protección de los intereses financieros de la CE a través del Derecho penal nacional, aunque no todos los Estados miembros hayan ratificado todos los instrumentos PIF. La adhesión de nuevos Estados miembros abre un nuevo capítulo en el proceso de control de la aplicación, que se deberá tratar por separado.

2. ANTECEDENTES

2.1. Finalidad

El propósito principal del presente informe es evaluar la forma en que los Estados miembros han aplicado los instrumentos PIF. El informe es también el instrumento

¹ Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 31 6, 27.11.1995, p. 49.

² Protocolo del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 313 de 23.10.1996, p. 2.

³ Protocolo relativo a la interpretación, con carácter prejudicial, por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 151 de 20.5.1997, p. 2.

⁴ Segundo Protocolo del Convenio sobre la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, DO C 221 de 19.7.1997, p. 12.

⁵ COM (2001) 272 final, 23.5.2001: DO C 240 E, 28.8.2001, p. 125, modificado por COM (2002) 577 final, 16.10.2002: DO C 71 E, 25.3.2003, p. 1.

adecuado para comprobar la necesidad de proceder a la aplicación del procedimiento de solución de desacuerdos previsto en el artículo 8 del Convenio PIF.

Aunque los instrumentos PIF están dentro del tercer pilar, los objetivos que persiguen pertenecen también al artículo 280 del Tratado CE:

- Las medidas adoptadas con arreglo al apartado 1 del artículo 280 del Tratado CE y a los instrumentos PIF deben tener un efecto disuasorio y ser capaces de ofrecer una protección eficaz de los intereses financieros de la CE en los Estados miembros.
- El apartado 2 del artículo 280 del Tratado CE obliga a los Estados miembros, para combatir el fraude que afecta a los intereses financieros de la CE, a adoptar las mismas medidas que para combatir el fraude que afecta a sus propios intereses financieros. Este principio de asimilación fue considerado implícitamente en el proceso de elaboración de los instrumentos PIF.
- El apartado 3 del artículo 280 del Tratado, al igual que los instrumentos PIF, pretende fomentar la cooperación entre los Estados miembros, así como con la Comisión.
- Los instrumentos PIF son medidas adoptadas en el ámbito de la prevención y la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la CE, con miras a ofrecer una protección eficaz y equivalente en los Estados miembros, tal como requiere el apartado 4 del artículo 280 del Tratado CE. Los instrumentos PIF contribuyen a la plena aplicación del principio de equivalencia.

El artículo 10 del Convenio PIF exige a los Estados miembros que comuniquen a la Comisión los textos que incorporen los instrumentos PIF a sus respectivos Derechos internos, de modo que el presente informe también sirve para difundir la información así recibida⁶.

2.2. Método

El informe se centrará en los 15 Estados miembros antes de la adhesión de 1.5. 2004. También se tratará en detalle de las disposiciones de los instrumentos PIF relacionadas con el Derecho penal y el Derecho procesal. El informe no tiene en cuenta las disposiciones que no requieren aplicación, como por ejemplo las de cooperación y protección de datos.

El examen de la aplicación del 2º Protocolo está justificado porque la mayoría de los Estados miembros lo ha ratificado. Han pasado siete años desde su adopción. AT y LU están preparando propuestas legislativas para aplicar las disposiciones sobre la responsabilidad de las personas jurídicas. IT ya ha adoptado la mayoría de las medidas de aplicación correspondientes. Los elementos principales como la confiscación y el blanqueo de dinero, están estrechamente relacionados con el *acervo* existente.

⁶ El punto 4.1.1 del Informe anual 2002 sobre la protección de intereses financieros de las Comunidades, COM (2003) 445 final, 4.12.2003, anuncia un análisis de la manera en que los Estados miembros cumplirán sus obligaciones previstas en los instrumentos PIF.

Para la evaluación de la aplicación de los instrumentos PIF, es preciso tener en cuenta los mismos criterios de evaluación tal como se han establecido ya para evaluar la aplicación de directivas del primer pilar y de decisiones marco del tercer pilar.

Sin embargo, los criterios de evaluación son, en primer lugar, las disposiciones de los propios instrumentos PIF. Para evaluar el nivel de protección penal de los intereses financieros de la CE que se ha logrado a través de medidas nacionales, es necesario comprobar la aplicación de cada artículo en cada Estado miembro mediante un análisis jurídico comparativo. A continuación figura un resumen de la evaluación. La evaluación detallada figura en el documento de trabajo de la Comisión relacionado con el presente informe.

3. EVALUACIÓN

3.1. Infracciones penales

El fraude que afecta a los intereses financieros de las CE (artículos 1 y 2 del Convenio PIF)

El propósito primordial del Convenio PIF era superar las lagunas e incompatibilidades en lo que respecta al fraude que afecta a los intereses financieros de la CE.

Mediante el principio de equivalencia (también contenido dentro del apartado 4 del artículo 280 del Tratado CE), la tipificación penal del comportamiento fraudulento se ha aproximado en el conjunto de la UE.

Sin embargo, en lo que respecta al fraude en materia de gasto comunitario, sólo DK, EL, ES e IE pueden considerarse que cumplen totalmente la normativa. Por su parte, las normas de IT y NL parecen evitar las diferencias y lagunas que permitirían la impunidad del fraude en materia de gasto. Las normas de BE, DE, LU, AT, PT, FI y SE no encajan totalmente con la definición de fraude, ya que exigen elementos adicionales para algunas formas de fraude. En FR y RU puede existir el riesgo de que no se penalicen determinadas formas de fraude relacionado con el gasto comunitario. En FR, por ejemplo, el fraude consistente en la ocultación de información debería estudiarse mejor, mientras que la legislación de UK puede crear una situación de inseguridad grave en materia de desvío de fondos.

La situación general del fraude en materia de ingresos de la CE es mejor, ya que DE, ES, IT, NL, AT, PT y FI han cumplido el Convenio PIF. El alcance de la protección penal en materia de recursos propios de IVA no está suficientemente claro en DK, EL, FR, IE y LU. Será preciso efectuar un nuevo análisis de la práctica legal de los tribunales, pero parece necesario introducir modificaciones en la legislación que aborden las posibles diferencias en determinadas formas de fraude en SE y UK, en relación con el uso indebido de fondos obtenidos legalmente, y en BE en relación con el factor de engaño en la legislación aduanera. Por último, parece que en UK sólo está penalizado el fraude dirigido contra sus propias autoridades y que el fraude en materia de IVA y derechos de aduana exige unos elementos subjetivos adicionales, a saber, "haber participado deliberadamente en maniobras dirigidas a la

evasión fraudulenta o en la preparación de las mismas”. En BE, FR y AT, la pena prevista para ciertas formas de fraude fiscal no parece proporcionada ni disuasoria, y las penas privativas de libertad resultan insuficientes.

La falta permanente de una definición común en los Estados miembros de lo que constituye el fraude contra los intereses financieros de la CE puede dificultar aún más la lucha contra el fraude transfronterizo y la cooperación a nivel comunitario.

En DK, EL, ES, IT, IE, NL y SE parece haber una tipificación penal de la elaboración intencionada de declaraciones y documentos falsos, inexactos o incompletos, tal como requiere el apartado 3 del artículo 1 del Convenio PIF. En la fase actual, no pueden extraerse conclusiones definitivas sobre los demás Estados miembros.

Corrupción (artículos 2 a 5 del primer Protocolo)

Generalmente, la aplicación en materia de corrupción activa y pasiva ha progresado, debido también a las obligaciones similares que otros Convenios internacionales imponen a los Estados miembros. Todos los Estados miembros parecen haber adoptado medidas en materia de infracciones de corrupción. Ahora bien, en DE, EL, IE, AT y SE el alcance específico de estas medidas puede ser restrictivo. ES, SE y UK no han presentado argumentos convincentes para que estas disposiciones en materia de infracción sean también aplicables a los funcionarios comunitarios. En BE, DK, ES, NL y PT, en lo que respecta a los miembros de las Comunidades Europeas, su asimilación plena parece depender de la interpretación de las normas vigentes por la jurisprudencia.

Blanqueo de dinero (artículo 2 del 2º Protocolo)

En los Estados miembros, el grado de cumplimiento del 2º Protocolo, en lo que respecta al blanqueo de dinero, es bastante positivo. BE, DK, ES, FR, IE, IT, NL, PT, FI y UK parecen cumplirlo totalmente. ES sólo lo cumple en lo que respecta al fraude “grave”. En cuanto a SE, no es seguro que el fraude fiscal y el fraude aduanero estén reconocidos como delitos principales. En LU, el fraude es un delito principal sólo si lo comete una organización delictiva. En DE y EN, el fraude fiscal, a menos que se lleve a cabo de manera organizada, no se reconoce como delito principal. En EL, el fraude en materia de IVA no se considera un delito principal.

3.2. Conceptos generales de Derecho penal

Responsabilidad penal de los jefes de empresa (artículo 3 del Convenio PIF)

El artículo 3 del Convenio PIF establece la responsabilidad penal de los jefes de empresa en casos de fraude, corrupción o blanqueo de dinero que afecte a los intereses financieros de la CE, por una persona sometida a su autoridad por cuenta de la empresa.

Sólo NL parece reconocer expresamente la responsabilidad penal de los jefes de empresa. El alcance y la aplicación de la responsabilidad penal de los jefes de empresa no están claros en BE, DK, DE, IT, LU, AT y SE, donde las normas generales en materia de participación se han utilizado como argumento para negar la

necesidad de normas específicas. No se conoce con seguridad el impacto pleno de las normas de participación. Se requieren más explicaciones, por ejemplo a través de la jurisprudencia reiterada (FR), para determinar si el resultado previsto en el artículo 3 del Convenio PIF se ha garantizado efectivamente. IE no parece haber reconocido la responsabilidad penal de los jefes de empresa y exige que haya “dolo” en todos los casos.

La Comisión constata que los Estados miembros han mostrado cierta renuencia a examinar en profundidad sus sistemas nacionales en lo que respecta al concepto de responsabilidad penal de los jefes de empresa. Hay que agilizar la comunicación, ya que los Estados miembros se limitan a utilizar lo que ya se encuentra en sus normativas nacionales. La Comisión no está convencida de que baste la referencia a las normas internas existentes y cree que siguen existiendo incompatibilidades basadas en el hecho de que la responsabilidad de los que toman las decisiones depende de las circunstancias de cada país en particular. La acción legislativa de los Estados miembros para introducir normas específicas sobre la responsabilidad penal de los jefes de empresa, puede resultar necesaria.

Responsabilidad de las personas jurídicas (artículos 3 y 4 del 2º Protocolo)

Aparte de LU y AT, los Estados miembros reconocen la responsabilidad de las personas jurídicas. Tres de ellos parecen no reconocer la responsabilidad de las personas jurídicas en relación con todas las infracciones previstas en los instrumentos PIF, y omiten, por ejemplo, la corrupción activa y el blanqueo de dinero (PT), el fraude fiscal y el fraude aduanero (FR) o el fraude no considerado “grave” (ES). En el caso de BE, DK, IE, SE y UK, no está claro si reconocen la responsabilidad cuando la falta de supervisión o control ha hecho posible que se cometa la infracción, o cuando la infracción la ha cometido un subordinado.

El análisis muestra que, en lo que respecta a la convergencia del trato dispensado a las empresas y particulares que tienen el mismo comportamiento delictivo, los Estados miembros han realizado progresos considerables. Incluso LU⁷ y AT⁸, que todavía no ha ratificado el 2º Protocolo, parecen dispuestos a aceptar la responsabilidad de las personas jurídicas. La Comisión también constata que el concepto de responsabilidad de las personas jurídicas se ha convertido, entre tanto, en un requisito muy extendido en los instrumentos comunitarios e internacionales recientes.

Confiscación (artículo 5 del 2º Protocolo)

Con respecto a la disposición sobre la confiscación, seguramente los instrumentos internacionales y comunitarios ya existentes que prevén unas medidas similares han contribuido a lograr un resultado positivo. BE, DK, DE, IE, NL, PT y FI parecen cumplir el artículo 5 del 2º Protocolo. Los demás Estados miembros parecen no disponer de medidas para proceder al embargo, la confiscación o la retirada de los

⁷ En la exposición de motivos del proyecto de Ley no. 5262, LU anunciaba un proyecto de ley para introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

⁸ El Ministerio federal de Justicia ha publicado recientemente un proyecto de Ley sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

medios y productos del fraude (UK), de los bienes de valor correspondiente (ES), o haber omitido en esencia el fraude fiscal (EL, SE) u otras formas de fraude (FR).

3.3. Elementos complementarios del procedimiento penal

Competencia (artículo 4 del Convenio PIF y artículo 6 del primer Protocolo)

En general, todos los Estados miembros establecen el principio de competencia territorial para el fraude, la corrupción o el blanqueo de dinero. FR, AT y UK parecen no aplicar una competencia territorial plena en caso de fraude fiscal, participación en el mismo o tentativa cometida parcialmente en su territorio pero que afecta a la autoridad de otro Estado miembro. BE parece no garantizar la competencia para determinadas formas de participación en el fraude o blanqueo de dinero cometidos en el extranjero, mientras que UK parece tener dificultades de procedimiento que hacen prácticamente imposible perseguir las infracciones cometidas en el extranjero; Escocia, por ejemplo, puede carecer de competencia en casos de participación e instigación de este tipo de fraude.

Los Estados miembros han aprovechado la posibilidad que ofrecen los instrumentos PIF para formular reservas sobre la aplicación del principio de la personalidad para establecer la competencia. En consecuencia, las diferencias mantenidas abren la posibilidad de que las infracciones queden impunes y de una consideración inadecuada del carácter transfronterizo de numerosas actividades delictivas que afectan a los intereses financieros de la CE.

'Ne bis in idem' (artículo 7 del Convenio PIF)

Se reconoce generalmente el principio "*ne bis in idem*". En el caso de DK, IT, PT, AT y SE puede afirmarse que su aplicación ha tenido lugar. Debido a la falta de información, en la fase actual no es posible efectuar una evaluación de la situación en los demás Estados miembros.

3.4. Evaluación general

A primera vista, el análisis de las medidas nacionales adoptadas en los Estados miembros muestra que ha aumentado el nivel de protección penal efectiva de los intereses financieros de la CE. En cuanto a la definición de las infracciones, los sistemas nacionales se han aproximado entre sí y las penas se han fijado en un nivel suficientemente alto para no entorpecer la asistencia mutua.

El principio de asimilación (también contenido dentro del apartado 2 del artículo 280 del Tratado CE) ha sido reconocido por los Estados miembros. Los instrumentos PIF, en particular, han llevado a los Estados miembros a adoptar, en general, las mismas medidas para combatir el fraude que afecta a los intereses financieros de la CE que las adoptadas para combatir el fraude que afecta a sus propios intereses financieros.

Sin embargo, el análisis de la Comisión llega a la conclusión de que ninguno de los Estados miembros examinados parece haber adoptado todas las medidas necesarias para aplicar completamente los instrumentos PIF. Siguen existiendo diferencias y lagunas legislativas que permiten que las infracciones queden impunes. El conjunto de normas contenido en los instrumentos PIF no puede considerarse por separado, ya

que la aplicación parcial o la no aplicación de un artículo también surte efectos en las medidas que, consideradas independientemente, pueden parecer cumplir los instrumentos PIF. Las considerables diferencias entre los Estados miembros en lo que respecta a las sanciones penales arrojan ciertas dudas sobre la adecuación de las sanciones impuestas a los criterios de eficacia, proporcionalidad y disuasión establecidos por el Tribunal de Justicia⁹.

Dado que aún no se ha logrado completamente el objetivo de la armonización, la Comisión sigue considerando que el nivel de protección no ha aumentado lo suficiente para excluir el riesgo de impunidad o el de no disuadir todos los comportamientos que afectan a los intereses financieros de la CE y deberían tipificarse. Las obligaciones de los Estados miembros, en relación con su compromiso para combatir este tipo de delitos, no se han cumplido plenamente.

La Comisión opina que muchas de las razones por las que presentó la propuesta de Directiva sobre la protección penal de los intereses financieros comunitarios siguen estando justificadas, y considera útil relanzar las negociaciones en el Consejo sobre la propuesta modificada, con vistas a una posición común.

En este contexto, la Comisión constata que los instrumentos PIF elaborados sobre la base de los instrumentos disponibles en virtud del Tratado de Maastricht no responden adecuadamente a la necesidad específica de protección penal de los intereses financieros comunitarios. Por lo tanto, la Comisión examinará más detenidamente los posibles enfoques de las modificaciones subsiguientes del Tratado, tales como la Directiva propuesta con arreglo al artículo 280 del Tratado CE, y los medios previstos en el proyecto de Tratado constitucional, incluida la posibilidad última de crear una Fiscalía Europea para asuntos financieros.

4. RECOMENDACIONES

En consecuencia, por lo tanto se recomienda que el Consejo debe

- invitar a los Estados miembros
 - para intensificar sus esfuerzos para reforzar la legislación criminal nacional para proteger los intereses financieros de las Comunidades, en especial por lo que se refiere a la criminalización completa de la conducta fraudulenta y de la responsabilidad criminal en un contexto corporativo;
 - para reconsiderar sus reservas formuladas al ratificar los instrumentos PIF;
 - (aquéllos que no lo han hecho hasta ahora) aplicar y ratificar el 2º Protocolo sin demora, dado que más de siete años ya han pasado desde su firma;

⁹ En el sentido del asunto 68/88 *Comisión v Grecia* [1989] Rec. 2965.

- tratar como cuestión de prioridad el objetivo de la solicitud completa de los instrumentos PIF a fin de evitar el inicio de los procedimientos conforme al artículo 8 del Convenio PIF;
- trabajar hacia la adopción de una posición común respecto a la propuesta modificada de Directiva relativa a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad con arreglo al artículo 280 del Tratado CE.

Una vez que todos los Estados miembros han notificado su ratificación y/o adhesión de todos los instrumentos PIF, la Comisión espera presentar un informe de seguimiento sobre la aplicación en los nuevos Estados miembros y sobre la aplicación por IT, LU y AT del 2º Protocolo.