

La nueva directiva de lucha penal contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión Europea

Jesús Almarcha Jaime

Abogados de GA_P

Juan Ferreras Estrada

Gestión del Conocimiento de GA_P

La Unión Europea aprobó recientemente una directiva cuyo propósito es luchar, en el ámbito penal, contra el fraude que afecte a sus intereses financieros. Se trata de una norma de mínimos que otorga un amplio margen a los Estados miembros para desarrollarla en la transposición (antes del 6 de julio del 2019). Se determina, entre otras cosas, el concepto común de fraude y de otras infracciones (blanqueo de capitales, corrupción y malversación), cometidas por personas físicas o jurídicas, que afecten a los intereses financieros de la Unión Europea.

1. Introducción

La Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio del 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal se encuentra en vigor desde el pasado 17 de agosto. Debe ser traspuesta a los ordenamientos nacionales antes del 6 de julio del 2019.

Esta directiva sustituye al Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas de 26 de julio de 1995, incluidos los Protocolos de 27 de septiembre de 1996, de 29 de noviembre de 1996 y de 19 de junio de 1997.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

Con esta directiva se pretende establecer una serie de normas mínimas para definir las infracciones penales y las sanciones relativas a la lucha contra el fraude y otras actividades ilegales que afectan a los intereses financieros de la Unión. Se trata de una directiva de mínimos que deja opción a los Estados de adoptar o mantener normas más estrictas.

2. Principales aspectos

2.1. Conceptos

Por *intereses financieros de la Unión* se entienden «todos los ingresos, gastos y activos cubiertos por, adquiridos a través de, o adeudados» al presupuesto de la Unión Europea o los presupuestos (propios o gestionados directa o indirectamente) de las instituciones, órganos y organismos de la Unión.

Por otro lado, la directiva establece qué hay que entender por *fraude* contra los intereses de la Unión Europea según el tipo de contrato y el tipo de ingresos del que emane dicho fraude:

Tipo de contratos	Tipo de acción u omisión	Diferencias
Gastos de contratos públicos y no públicos	Uso o presentación de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos para malversar o retener infundadamente los fondos o activos del presupuesto de la Unión Europea o los administrados por ésta o en su nombre.	<p>Para los gastos de contratos públicos se considera que al menos se producirá el fraude cuando se cometa con ánimo de lucro ilegítimo por el autor a su favor o a favor de otra persona y ello cause una pérdida a los intereses financieros de la Unión Europea.</p> <p>El uso indebido de fondos en contratos públicos también debe perjudicar los intereses financieros de la Unión.</p>
	Incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información para malversar o retener infundadamente los fondos o activos del presupuesto de la Unión Europea o los administrados por ésta o en su nombre.	
	Uso indebido de fondos o activos para fines distintos de los que motivaron su concesión inicial.	

Tipo de ingresos	Tipo de acción u omisión	Diferencias
Ingresos no procedentes del IVA	Uso o presentación de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos para disminuir ilegalmente los recursos del presupuesto de la Unión Europea o los administrados por ésta o en su nombre.	Para los casos de ingresos procedentes del IVA, se requiere que la acción u omisión se cometa en una trama fraudulenta transfronteriza y suponga un perjuicio de más de diez millones de euros.
	Incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información para disminuir ilegalmente los recursos del presupuesto de la Unión Europea o los administrados por ésta o en su nombre.	
	Uso indebido de un beneficio obtenido ilegalmente para disminuir ilegalmente los recursos del presupuesto de la Unión Europea o los administrados por ésta o en su nombre.	
Ingresos procedentes del IVA	Uso o presentación de declaraciones o documentos relativos al IVA falsos, inexactos o incompletos para disminuir los recursos del presupuesto de la Unión Europea.	
	Incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información relativa al IVA para disminuir los recursos del presupuesto de la Unión Europea.	
	Presentación de declaraciones del IVA correctas para disimular fraudulentamente el incumplimiento de pago o la creación ilícita de un derecho de devolución del IVA.	

También se recogen *otras infracciones penales*:

- Blanqueo de capitales
- Corrupción
 - ▶ *Activa*: se produce cuando una persona ofrece, promete o concede, a un funcionario, directa o indirectamente cualquier ventaja o beneficio para él o para un tercero a cambio de que actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de su función, de modo que cause o pueda causar un perjuicio a los intereses financieros de la Unión.
 - ▶ *Pasiva*: se produce cuando un funcionario, directa o indirectamente, pide o recibe a su favor o al de un tercero un beneficio o ventaja por parte de alguien a cambio de que actúe o se abstenga de actuar en el ejercicio de su función, causando o pudiendo causar un perjuicio a los intereses financieros de la Unión.
- Malversación

Se produce cuando se encomienda intencionadamente a un funcionario que gestione directa o indirectamente fondos o activos, que comprometa o desembolse fondos o que se apropie o utilice activos contra los fines previstos, perjudicando los intereses financieros de la Unión.

Por otro lado, se entiende por *funcionario* todo aquel que desempeñe una función oficial en la Unión, en los Estados o en terceros países, y también abarca a aquellos particulares que tengan asignada o ejerzan una función de servicio público en relación con los fondos de la Unión, aunque no ostenten cargo oficial.

2.2. Responsabilidad y sanciones

La directiva obliga a los Estados miembros a garantizar que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones penales que, en su beneficio o provecho, a título individual o como parte de un órgano de la persona jurídica, cometa cualquier persona que tenga una posición directiva dentro de la persona jurídica basada en un poder de representación de la persona jurídica, una autoridad para tomar decisiones en nombre de dicha persona jurídica, o bien una autoridad para ejercer un control dentro de la persona jurídica.

Las personas jurídicas también serán responsables cuando se haya producido una falta de vigilancia o control de las personas infractoras bajo su autoridad, sin perjuicio de la propia responsabilidad de las personas físicas infractoras. Incluye además, una lista no taxativa de sanciones para las personas jurídicas:

Persona	Sanción
Persona jurídica	<p>Deben estar sujetas a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, incluidas las multas de carácter penal o administrativo y otras sanciones como:</p> <ul style="list-style-type: none"> — Exclusión del disfrute de ventajas o ayudas públicas. — Exclusión temporal o permanente de los procedimientos de contratación pública. — Inhabilitación temporal o permanente para el ejercicio de actividades comerciales. — Intervención judicial; cierre temporal o permanente del establecimiento que se haya utilizado para cometer la infracción penal. — Disolución judicial.

Para el caso de las personas físicas, la directiva establece las siguientes sanciones en función del tipo de infracción:

Persona	Tipo de infracción	Sanción
Persona física	Fraude	<ul style="list-style-type: none"> — En el caso de los fraudes en materia de ingresos procedentes del IVA se presume que existen daños y perjuicios o ventajas considerables en todo caso y deberá por tanto ser punible con una pena máxima de al menos cuatro años. [No aplicable a blanqueo de capitales, corrupción activa y pasiva ni malversación.]
	Blanqueo de capitales, corrupción activa y pasiva, y malversación	<ul style="list-style-type: none"> — La sanción es compatible con el ejercicio de poderes disciplinarios por las autoridades competentes contra los funcionarios públicos. — Deberán ser punibles con una pena máxima que prevea privación de libertad. — Además, deberán ser punibles con una pena máxima de al menos cuatro años cuando supongan daños y perjuicios o ventajas considerables, que se presumen cuando supongan más de 100 000 euros. — Podrán establecerse sanciones no penales cuando supongan unos daños y perjuicios o ventajas inferiores a 10 000 euros.

2.3. Competencia para enjuiciar las infracciones

Los Estados establecerán su competencia sobre las infracciones penales recogidas en la directiva cuando la infracción penal se haya cometido total o parcialmente en su territorio o el infractor sea uno de sus nacionales. Cuando un Estado haya extendido su jurisdicción fuera de su territorio, deberá informar a la Comisión en caso de que a) el infractor tenga residencia habitual en su territorio, b) la infracción se haya cometido por cuenta de una persona jurídica establecida en su territorio, o c) el infractor sea uno de sus funcionarios actuando en el desempeño de sus funciones.

Ningún Estado podrá poner como condición para enjuiciar las infracciones de uno de sus nacionales en otro Estado miembro una denuncia previa en el Estado de comisión de la infracción o una comunicación previa por parte de dicho Estado. De hecho, si no quiere aplicar todas o alguna de las normas de competencia de la directiva, el Estado deberá informar a la Comisión.

Cada Estado establecerá su competencia respecto de las infracciones cuando el infractor esté sujeto al Estatuto de los funcionarios en el momento de cometerse la infracción, aunque informarán a la Comisión cuando se abstengan de aplicar total o parcialmente sus normas de competencia.

2.4. Otros elementos importantes

- *Formas de participación*: además de la autoría, deberán ser punibles la inducción, la complicidad y la tentativa en relación con cualquiera de las infracciones previstas en la directiva.
- *Circunstancia agravante*: cometer el delito en el seno de una organización delictiva supondrá una circunstancia agravante.
- *Prescripción*: cuando corresponda una pena máxima de al menos cuatro años de prisión, el plazo de prescripción deberá ser de al menos cinco años, salvo que se garantice la posibilidad de interrupción o suspensión por determinados actos, en cuyo caso la prescripción mínima podrá ser de tres años.