COMISIÓN
EUROPEA

Bruselas, 16.9.2022
COM(2022) 466 final

INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO

Segundo informe sobre la aplicación de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal

1. INTRODUCCIÓN

1.1. Antecedentes

La Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal (la «Directiva PIF») se adoptó el 5 de julio de 2017[1]. Para los Estados miembros vinculados por ella[2], la Directiva PIF sustituye al Convenio relativo a la protección de intereses financieros de las Comunidades Europeas de 1995 y sus Protocolos (el «Convenio PIF»)[3].

La Directiva PIF se adoptó sobre la base del artículo 83, apartado 2, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y, por lo tanto, forma parte de los instrumentos jurídicos del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia. Forma parte, asimismo, de la estrategia global de lucha contra el fraude de la Comisión[4]. Además, existe una estrecha interdependencia entre la defensa de los valores comunes de la Unión Europea (UE) establecidos en el artículo 2 del TUE y la protección de los intereses financieros de la UE. Por ejemplo, para lograr este último objetivo es necesario que las autoridades judiciales lleven a cabo sus tareas de manera independiente, sin interferencias del poder ejecutivo[5].

La Directiva PIF establece las normas comunes mínimas para el Derecho penal de los Estados miembros, con las que se pretende proteger los intereses financieros de la UE mediante la armonización de las definiciones, las sanciones y los plazos de prescripción de determinados delitos que perjudiquen a dichos intereses. La armonización también afecta al ámbito de aplicación de las investigaciones y las acciones judiciales por parte de la Fiscalía Europea[6], cuya competencia material se define por referencia a la Directiva PIF[7], conforme a su aplicación con arreglo a la legislación nacional.

Dado que la Directiva PIF exige a los Estados miembros que tipifiquen los delitos relacionados tanto con los ingresos como con los gastos del presupuesto de la Unión, su transposición no solo afecta a los recursos propios de la UE (derechos aduaneros e IVA), sino también a las políticas

[1] DO L 198 de 28.7.2017, p. 29.
[2] De conformidad con el Protocolo 22 de los Tratados, Dinamarca no participó en la adopción de la Directiva PIF y, por lo tanto, no está vinculada por ella ni sujeta a su aplicación. No obstante, Dinamarca permanece vinculada por el Convenio PIF. Irlanda, por el contrario, ejerció su derecho a participar en la adopción y aplicación de la Directiva PIF con arreglo al Protocolo 21 de los Tratados.
[3] Convenio establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea (TUE), relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas (DO C 316 de 27.11.1995, p. 49).
[4] *Estrategia de lucha contra el fraude de la Comisión: medidas reforzadas para proteger el presupuesto de la UE*, COM(2019) 196 final, de 29 de abril de 2019.
[5] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 27 de mayo de 2019, Minister for Justice and Equality/OG y PI, asuntos acumulados C-508/18 y C-82/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:456; Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 24 de noviembre de 2020, Openbaar Ministerie, asunto C-510/19, ECLI:EU:C:2020:953; Reglamento (UE, Euratom) 2020/2092 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 2020, sobre un régimen general de condicionalidad para la protección del presupuesto de la Unión (DO L 433I de 22.12.2020, p. 1).
[6] Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea (DO L 283 de 31.10.2017, p. 1).
[7] Artículo 22, apartado 1, del Reglamento (UE) 2017/1939.

sustantivas en las que se utiliza el gasto de la UE para la consecución de los objetivos de dichas políticas. Por lo tanto, la correcta transposición de la Directiva no solo es clave para la protección del presupuesto de la Unión, sino también para todas las políticas de la UE en las que se utiliza el dinero de la UE, y es especialmente relevante en el contexto del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia[8].

a. Directiva PIF

Las infracciones penales reguladas por los artículos 3 y 4 de la Directiva PIF («delitos PIF») son las siguientes:

i) fraude, incluido el fraude transfronterizo del impuesto sobre el valor añadido (IVA), que acarrea perjuicios por valor de al menos 10 000 000 EUR[9];
ii) blanqueo de capitales[10];
iii) corrupción activa y pasiva[11]; y
iv) malversación[12].

El artículo 5 de la Directiva PIF obliga a los Estados miembros a que tipifiquen como delito: i) la inducción, la ayuda y la complicidad en cualquiera de estos delitos; ii) la tentativa de cometer fraude y malversación. Los artículos 6 y 9 de la Directiva PIF, además, obligan a los Estados miembros a prever la responsabilidad de las personas jurídicas y las sanciones a estas por cualquiera de las infracciones penales cometidas en su propio beneficio:

i) por personas que tengan una posición directiva en la persona jurídica; o
ii) por cualquier persona sometida a la autoridad de las personas que tengan una posición directiva, debido a la falta de vigilancia y control de estas.

Además, el artículo 7 de la Directiva PIF establece las normas mínimas relativas a las sanciones penales aplicables a las personas físicas, en particular sanciones mínimas y máximas de al menos cuatro años cuando las infracciones penales supongan perjuicios o ventajas considerables.

Asimismo, el artículo 11 de la Directiva PIF obliga a los Estados miembros a:

i) establecer su competencia sobre las infracciones penales cuando la infracción penal se haya cometido total o parcialmente en su territorio o cuando el infractor sea uno de sus nacionales, y cuando el infractor esté sujeto al Estatuto de los funcionarios en el momento de cometerse la infracción[13]; y

[8] Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (DO L 57 de 18.2.2021, p. 17).
[9] Artículo 3 de la Directiva PIF.
[10] Artículo 4, apartado 1, de la Directiva PIF.
[11] Artículo 4, apartado 2, de la Directiva PIF.
[12] Artículo 4, apartado 3, de la Directiva PIF.
[13] Con arreglo al artículo 11, apartado 2, de la Directiva PIF, los Estados miembros podrán abstenerse de aplicar esta norma, o podrán aplicarla solo en casos y condiciones específicos, e informarán a la Comisión en caso de que adopten esta medida.

ii) evitar que el ejercicio de la jurisdicción relativa a los delitos PIF cometidos en el extranjero por sus nacionales esté sujeto a determinadas condiciones[14].

Además, el artículo 12 de la Directiva PIF obliga a los Estados miembros a:

i) establecer plazos de prescripción durante un período suficiente a partir de la comisión de delitos PIF de modo que se puedan perseguir de manera eficaz, con plazos de prescripción mínimos aplicables a tales delitos que sean punibles con una pena máxima de al menos cuatro años de prisión; y
ii) adoptar las medidas necesarias para hacer posible que las penas se ejecuten[15].

Por último, la Directiva PIF se propone facilitar la recuperación de los fondos de la UE[16] utilizados indebidamente mediante el Derecho penal[17].

b. Transposición, en concreto de los procedimientos por incumplimiento

El plazo de transposición de la Directiva al Derecho nacional expiró el 6 de julio de 2019. Con arreglo al artículo 18, apartado 1, de la Directiva PIF, la Comisión debía presentar un primer informe de aplicación al Parlamento Europeo y al Consejo dos años después de que se cumpliera el plazo de transposición. El correspondiente informe se adoptó en septiembre de 2021[18]. El informe concluía que todos los Estados miembros habían transpuesto las principales disposiciones de la Directiva PIF. Sin embargo, también ponía de relieve la necesidad de mejorar la transposición de la Directiva, en particular para garantizar una transposición coherente de las definiciones de las infracciones penales y de la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas, así como de las sanciones a estas. Por último, el informe señalaba la necesidad de transponer correctamente las disposiciones relativas al ejercicio de la jurisdicción y a la prescripción.

Por lo que se refiere a las infracciones penales, con respecto al fraude se identificaron, entre otros problemas de conformidad, el ámbito de aplicación más limitado de la legislación nacional. Además, en varios Estados miembros se requiere un aspecto adicional —el «incumplimiento de los deberes»—, tanto en la corrupción activa como en la pasiva. Este aspecto adicional reduce significativamente el ámbito de aplicación de las definiciones de corrupción de la Directiva PIF y hace depender su enjuiciamiento de la prueba de tal incumplimiento del deber. Asimismo, con

[14] Artículo 11 de la Directiva PIF.
[15] Artículo 12 de la Directiva PIF.
[16] Artículo 13 de la Directiva PIF. En este sentido, el número de irregularidades notificadas como fraudulentas (que incluye casos de sospecha de fraude y de fraude demostrado) y los importes asociados no son un indicador directo del nivel de fraude que afecta al presupuesto de la UE. Son, sobre todo, una indicación del nivel de detección y notificación de posibles fraudes por parte de los Estados miembros y los organismos de la UE. En 2020, se notificaron 1 056 irregularidades como fraudulentas, por un importe de aproximadamente 374 000 000 EUR [Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo, 32.º informe anual sobre la protección de los intereses financieros de la Unión Europea y la lucha contra el fraude (2020), COM(2021) 578 final, de 20 de septiembre de 2021, p. 33 y 34].
[17] Artículo 13 de la Directiva PIF.
[18] Informe de la Comisión al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, COM(2021) 536 final, de 6 de septiembre de 2021.

respecto a la malversación, los problemas de conformidad se relacionaron con una transposición más limitada de este delito o con una falta de transposición total.

En lo que respecta a la responsabilidad de las personas jurídicas y a las sanciones a estas, los problemas de conformidad se relacionaron con:

- la falta de transposición del artículo 6, apartado 1, relativo a las infracciones penales cometidas por personas que tienen una posición directiva en la persona jurídica;
- la consideración solo de los actos delictivos de las personas cuando se cometen dentro del ámbito de aplicación de las actividades de la persona jurídica; y
- la exclusión de la responsabilidad de las personas jurídicas para determinados delitos principales.

En lo referente al artículo 9, la Comisión hizo hincapié en que la responsabilidad de las personas jurídicas no debía depender de una sentencia condenatoria firme de una persona física, como ocurre en un Estado miembro, ya que esto socava la posibilidad de imponer sanciones «efectivas, proporcionadas y disuasorias» a las personas jurídicas.

Con respecto a las penas aplicables a las personas físicas, se identificaron problemas de conformidad en una cuarta parte de los Estados miembros. La legislación de varios Estados miembros contiene disposiciones que permiten a las personas físicas eludir su responsabilidad penal o la imposición de sanciones si denuncian el delito o reparan los perjuicios causados a los intereses financieros de la Unión en diversas fases antes o durante el procedimiento penal. Estas disposiciones podrían dar lugar a que las sanciones no fueran eficaces ni disuasorias. Otros problemas de conformidad estaban relacionados con la falta de cumplimiento en las legislaciones nacionales del mínimo de cuatro años para las sanciones.

Con respecto al establecimiento de la jurisdicción en función del principio de territorialidad, un problema de conformidad concreto se refería al hecho de que algunos Estados miembros imponen la condición de que el enjuiciamiento de los delitos PIF solo pueda iniciarse tras la presentación de una denuncia de la víctima en el lugar donde se haya cometido la infracción penal o exigen la presentación de una denuncia de la parte perjudicada (en caso de que dicha denuncia fuera necesaria para el enjuiciamiento con arreglo a la legislación del país donde se cometió el delito). Un problema de transposición concreto relacionado con la prescripción se refiere a la disposición de un plazo de prescripción inferior a cinco años para la ejecución de una sentencia, tal y como se exige en el artículo 12.

Sin perjuicio de otras medidas que pudieran adoptarse contra otros Estados miembros, hasta la fecha se han enviado cartas de emplazamiento a diecisiete Estados miembros tras la adopción del primer informe de aplicación: a ocho Estados miembros en diciembre de 2021[19]; a otros cinco Estados miembros en febrero de 2022[20]; y a otros cuatro Estados miembros en mayo de 2022[21].

[19] Paquete de procedimientos de infracción de diciembre: puede consultar las principales decisiones en el enlace siguiente: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/inf_21_6201.

[20] Paquete de procedimientos de infracción de febrero: puede consultar las principales decisiones en el enlace siguiente: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/inf_22_601.

[21] Paquete de procedimientos de infracción de mayo: puede consultar las principales decisiones en el enlace siguiente:

Actualmente la Comisión está evaluando las respuestas a las Cartas de emplazamiento recibidas hasta el momento con vistas a la posible adopción de medidas adicionales.

1.2. Ámbito de aplicación y metodología del segundo informe de aplicación

Con arreglo al artículo 18, apartado 4, de la Directiva PIF, la Comisión adopta el presente segundo informe de aplicación al objeto de evaluar, con respecto al objetivo general de reforzar la protección de los intereses financieros de la Unión, si:

a) el umbral del IVA indicado en el artículo 2, apartado 2, es apropiado;

b) las disposiciones relativas a la prescripción referidas en el artículo 12 son lo bastante eficaces;

c) la Directiva PIF trata de manera eficaz los casos de fraude en los contratos públicos.

Con arreglo al artículo 18, apartado 5, de la Directiva PIF, el presente informe evalúa la necesidad de revisar la Directiva PIF, en particular para que incluya una disposición específica sobre el fraude en los contratos públicos.

El presente informe se basa en la información que los Estados miembros facilitaron a la Comisión mediante la notificación de las medidas nacionales que transponían la Directiva PIF, seguida de intercambios sistemáticos con los Estados miembros, en concreto los realizados con motivo de los procedimientos de infracción en curso.

Además, se basa en las estadísticas anuales sobre delitos PIF, en particular sobre la inducción, la ayuda y la complicidad en cualquiera de estos delitos y sobre la tentativa de cometer fraude y malversación, presentadas por los Estados miembros a la Comisión de conformidad con el artículo 18, apartado 2[22]. Estas estadísticas se refieren, en concreto, a:

a) el número de procedimientos penales iniciados, el número de procedimientos archivados, el número de procedimientos que terminen en absolución, el número de procedimientos que terminen en condena y el número de procedimientos en curso; y

b) los importes recuperados tras los procedimientos penales y los perjuicios estimados.

Sin embargo, en el caso de 2021, la Comisión solo recibió estadísticas de alrededor de una tercera parte de los Estados miembros, y únicamente estadísticas incompletas de otra tercera parte de estos. En la mayoría de los Estados miembros, por lo general, las estadísticas no se recogen a nivel central.

Además, las estadísticas presentadas no contemplan todos los delitos y, en muchos casos, se refieren a infracciones penales más generales y no a las concretas que contempla la Directiva PIF. Asimismo, los datos de los Estados miembros no diferencian los delitos en función de si afectan a los intereses financieros de la UE o a los de los Estados miembros.

---

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/inf_22_2548.

[22] Con arreglo al artículo 18, apartado 2, todos los Estados miembros presentarán estas estadísticas, si se dispone de ellas a nivel central en el Estado miembro de que se trate.

Por otra parte, la mayoría de los Estados miembros no dispone de datos diferenciados sobre la ayuda y la complicidad en cualquiera de estos delitos ni sobre la tentativa de cometer fraude o malversación.

Igualmente, los datos relativos a los procedimientos penales iniciados, archivados, que han terminado en absolución, que han terminado en condena y en curso no son uniformes en todos los Estados miembros.

Por último, la información relativa a los importes recuperados y a los perjuicios estimados solo está disponible en un número limitado de Estados miembros.

El Informe Anual de la Fiscalía Europea (2021) ofrece datos relevantes —aunque limitados— sobre los primeros siete meses de actividades operativas de la Fiscalía Europea[23]. Según dicho informe, el 31,8 % de las investigaciones de la Fiscalía Europea se centraron en sospechas de fraude no relacionado con los contratos públicos (313 investigaciones) que consistían en la utilización o la presentación de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos que tenga por efecto la malversación o la retención infundada de fondos o activos del presupuesto de la Unión o de presupuestos administrados por la Unión, o en su nombre. Este tipo de fraude se detecta, sobre todo, en las subvenciones agrícolas y los pagos directos; en los programas de desarrollo rural, marítimo y pesquero; en las infraestructuras; en los programas de desarrollo de recursos humanos; en los fondos de recuperación vinculados a la COVID-19; en los servicios de formación; en la construcción; en la investigación y la innovación; en el desarrollo de infraestructuras locales; en los servicios asistenciales; en la inserción de las personas jóvenes y desempleadas en el mercado laboral; en las infraestructuras hidráulicas; y en el apoyo a pequeñas y medianas empresas. En el caso concreto de las subvenciones agrícolas, la Fiscalía Europea investiga el fraude con base en declaraciones falsas, inexactas o incompletas, en declaraciones falsas sobre el tamaño de la tierra cultivada o la cantidad de ganado («ganado fantasma») y en la actividad de grupos delictivos que presentan documentos falsos relativos a empresas agropecuarias ficticias de todo tipo.

El fraude en los gastos relacionados con los contratos públicos representó el 11,2 % de las investigaciones de la Fiscalía Europea (110 casos). El fraude se cometió, por lo general, mediante la utilización o presentación de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos. Este tipo de fraude se detectó, sobre todo, en las subvenciones a las infraestructuras de construcción, residuos y aguas residuales; en tecnologías (residuos verdes y reciclaje); y en programas de desarrollo de recursos humanos.

Dada la escasa información disponible, es difícil evaluar la idoneidad y eficacia de las disposiciones de la Directiva PIF, así como la necesidad de revisarla sobre esa base. La Comisión insta a los Estados miembros a recopilar y presentar los datos en el plazo debido, de acuerdo con los requisitos previstos en el artículo 18, apartado 2, de la Directiva PIF.

[23] Cabe señalar que, durante la redacción del presente informe, veintidós Estados miembros participan en el procedimiento de cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea, si bien la Directiva PIF es vinculante para veintiséis Estados miembros.

La información obtenida de los Estados miembros y otras fuentes para el primer informe de transposición se complementó con una investigación externa adicional. Esta investigación consistió en:

- un análisis más profundo de la transposición por parte de los Estados miembros de los artículos de la Directiva PIF relativos al umbral del IVA, el fraude en los contratos públicos y la prescripción;
- la recopilación de datos adicionales sobre procedimientos penales relevantes y su resolución; y
- entrevistas con partes interesadas fundamentales, en particular profesionales de ámbito nacional y de la UE.

2. ASPECTOS ESPECÍFICOS DE LA EVALUACIÓN CON ARREGLO AL ARTÍCULO 18, APARTADO 4, DE LA DIRECTIVA PIF

2.1. Umbral del IVA (artículo 2, apartado 2)

En el artículo 2, apartado 2, se establece un umbral de aplicación de la Directiva a los ingresos procedentes de los recursos propios del IVA. La Directiva PIF solo se aplica en caso de infracciones graves que atenten contra el sistema común del IVA. Los delitos que atenten contra el sistema común del IVA se considerarán graves cuando:

1. se refieran a las acciones u omisiones fraudulentas intencionadas que contempla el artículo 3, apartado 2, letra d), de la Directiva PIF[24];
2. estén relacionados con el territorio de dos o más Estados miembros de la Unión; y
3. supongan un perjuicio total de 10 000 000 EUR como mínimo.

Este concepto está destinado principalmente a detectar el fraude «carrusel», el fraude a través de operadores que desaparecen y el fraude cometido en el marco de una organización delictiva, que representan graves amenazas para el sistema común del IVA y, por consiguiente, para el presupuesto de la Unión.

Perjuicio

Los criterios de los Estados miembros en relación con el importe del perjuicio causado por el fraude transfronterizo en materia de IVA pueden clasificarse de la siguiente manera:

- Estados miembros que exigen un perjuicio cuyo valor sea al menos de 10 000 000 EUR;
- Estados miembros que exigen un umbral inferior a 10 000 000 EUR;

[24] Artículo 3, apartado 2, letra d), de la Directiva PIF: «d) en materia de ingresos procedentes de los recursos propios del IVA, cualquier acción u omisión cometida en una trama fraudulenta transfronteriza en relación con: i) el uso o la presentación de declaraciones o documentos relativos al IVA falsos, inexactos o incompletos, que tenga por efecto la disminución de los recursos del presupuesto de la Unión; ii) el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información relativa al IVA, que tenga el mismo efecto; o iii) la presentación de declaraciones del IVA correctas con el fin de disimular de forma fraudulenta el incumplimiento de pago o la creación ilícita de un derecho a la devolución del IVA».

- Estados miembros que no definen el umbral financiero.

Dado el umbral de 10 000 000 EUR, la Directiva PIF no contempla una cantidad significativa de actividades fraudulentas que afectan al territorio de dos o más Estados miembros, cuyo perjuicio total, sin embargo, es inferior a 10 000 000 EUR (por ejemplo, la mayoría de los casos de contrabando de tabaco y de «lavado» de gasóleo).

El umbral es uno de los factores más importantes que afecta a las actividades de la Fiscalía Europea relacionadas con casos de fraude en el ámbito del IVA. En concreto, de forma recurrente surgen dudas sobre el cálculo del perjuicio total, en función de las diferentes interpretaciones por parte de los Estados miembros del método de aplicación (particularmente, si deben agregarse los perjuicios producidos en varios Estados miembros), y sobre el número mínimo de países implicados (si son necesarios al menos dos Estados miembros que participen en la Fiscalía Europea o bien son suficientes dos Estados miembros que no participen necesariamente en ella).

Además, los Estados miembros con economías más pequeñas presentan un mayor número de casos cuyos perjuicios no alcanzan el umbral de 10 000 000 EUR. Esto podría dar lugar a un desequilibrio entre los Estados miembros en cuanto al número de casos en que la Fiscalía Europea tiene competencia para investigar.

Asimismo, existe una significativa cantidad de actividad fraudulenta en materia de IVA que afecta al territorio de dos o más Estados miembros, pero cuyo perjuicio total es inferior a 10 000 000 EUR. El umbral tampoco es disuasorio, ya que la Fiscalía Europea solo se ocupa del fraude en el ámbito del IVA a gran escala, lo que podría permitir a los autores de los delitos la búsqueda de las jurisdicciones más laxas para eludir el control tanto de las autoridades nacionales como de la Fiscalía Europea.

Además, las autoridades competentes en materia de investigación no suelen tener una visión completa de la naturaleza de la actividad criminal en la fase inicial de la investigación (es decir, si se trata de un fraude «carrusel» y, por lo tanto, está relacionado con el territorio de dos o más Estados miembros) ni del importe de los perjuicios ocasionados. El hecho de esperar a que se alcance el umbral de 10 000 000 EUR puede tener un efecto negativo en la investigación. Por último, el umbral podría generar falta de claridad sobre si deben ser las autoridades nacionales o la Fiscalía Europea las que se hagan cargo de un caso de fraude en el ámbito del IVA y sobre cuándo habría que remitir el caso a la Fiscalía Europea.

La mayoría de los Estados miembros que aplican un umbral financiero adoptan un enfoque acumulativo, de conformidad con el considerando 4 de la Directiva PIF[25], que tiene en cuenta el perjuicio global causado en varios Estados miembros por el mismo mecanismo de fraude en el ámbito del IVA. Sin embargo, las autoridades de algunos Estados miembros solo calculan los perjuicios por Estado miembro.

[25] Directiva PIF, considerando 4: «El concepto de perjuicio total se refiere al perjuicio estimado que cause la totalidad de la trama fraudulenta, tanto a los intereses financieros de los Estados miembros afectados como a los de la Unión, excluidos intereses y sanciones».

No obstante, la Comisión no dispone actualmente de información ni de datos suficientes que le permitan formarse una opinión definitiva sobre este asunto, el cual se reconsiderará en el futuro.

2.2. Prescripción (artículo 12)

Con arreglo al artículo 12, apartado 1, de la Directiva PIF, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer un plazo de prescripción que posibilite la investigación, el enjuiciamiento, el juicio oral y la resolución judicial de las infracciones penales a que se refieren los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva PIF durante un período suficiente a partir de la comisión de esas infracciones, de modo que estos se puedan perseguir de manera eficaz.

En el caso de los delitos punibles con una sanción máxima de al menos cuatro años de privación de libertad, el plazo de prescripción será de, al menos, cinco años a partir del momento en que se cometió la infracción (artículo 12, apartado 2). El artículo 12, apartado 3, permite a los Estados miembros fijar un plazo de prescripción inferior a cinco años pero no inferior a tres años, siempre y cuando ese período pueda interrumpirse o suspenderse por determinados actos. El término «determinados actos» deja un amplio margen de interpretación. Por consiguiente, los Estados miembros pueden adoptar plazos de prescripción más cortos (en cualquier caso, no inferiores a tres años) en relación con los delitos para los que la Directiva PIF exige una sanción máxima de al menos cuatro años de privación de libertad, siempre que prevea causas de interrupción y suspensión. La Directiva también prevé plazos de prescripción para ejecutar las resoluciones penales tras una sentencia condenatoria por una infracción penal contemplada en los artículos 3, 4 y 5 (artículo 12, apartado 4).

A fin de evaluar si las disposiciones sobre prescripción son «lo bastante eficaces», en primer lugar es necesario comprender el significado de este concepto. A partir de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, se puede deducir que el plazo de prescripción debería ser lo bastante largo para garantizar el cumplimiento efectivo y disuasorio en los casos relacionados con delitos PIF[26]. También debe tenerse en cuenta que, dada su naturaleza, los plazos de prescripción deben conjugar la eficacia con el derecho fundamental a, entre otras cosas, un juicio justo. El considerando 28 de la Directiva PIF lo señala expresamente al afirmar que «tiene por objeto garantizar el pleno respeto de estos derechos y principios, y debe aplicarse en consecuencia». Evidentemente, lo que exige el artículo 18, apartado 4, no es una evaluación de si la prescripción en sí misma es lo bastante eficaz, sino de si las disposiciones relativas a la prescripción son lo bastante eficaces.

En consecuencia, la pregunta «¿las disposiciones relativas a la prescripción referidas en el artículo 12 son lo bastante eficaces?» podría reformularse como «¿las disposiciones relativas a la prescripción referidas en el artículo 12 son lo bastante eficaces para garantizar la investigación, el enjuiciamiento, el juicio oral y la resolución adecuados de los delitos contemplados en los artículos 3, 4 y 5 de la Directiva PIF?». Si la respuesta fuera que en algunos Estados miembros

[26] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 8 de septiembre de 2015, Taricco y otros, C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, apartados 49 a 58; y sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 5 de diciembre de 2017, M. A. S. y M. B., C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936, apartados 39, 41, 59 y 62.

hay menos probabilidades de que los delitos PIF se investiguen, se enjuicien, se sometan a juicio oral y se castiguen que en otros debido a la aplicación de plazos de prescripción, podría interpretarse como un indicio de que las disposiciones no son lo bastante eficaces.

Sin embargo, los Estados miembros solo estaban obligados a transponer la Directiva PIF tres años antes de la redacción del presente informe, lo que constituye un período inferior a los plazos de prescripción previstos en el artículo 12 de la Directiva PIF. Por consiguiente, en este momento es difícil saber hasta qué punto las disposiciones sobre prescripción de la Directiva PIF han ejercido un efecto real.

Además, como se ha mencionado anteriormente, los Estados miembros solo han facilitado datos estadísticos limitados de conformidad con el artículo 18, apartado 2. Por lo tanto, en este momento no se puede comparar el número de procedimientos penales iniciados, archivados, que han terminado en absolución y que han terminado en condena de los Estados miembros ni vincular estas conclusiones a la duración de los plazos de prescripción en los Estados miembros.

En consecuencia, esta evaluación se basa principalmente en la situación jurídica de los Estados miembros (a partir de las medidas nacionales que transponen las disposiciones sobre prescripción) y en la situación práctica de los Estados miembros.

A este respecto, podría estimarse conveniente alargar los plazos de prescripción, pues se dedica mucho tiempo a las investigaciones de los delitos PIF. Algunos delitos pueden tardar años en ser detectados y su investigación puede requerir significativos esfuerzos debido a su carácter transfronterizo.

No obstante, dado que los plazos de prescripción previstos en la Directiva PIF se fijaron, en cualquier caso, en el límite inferior de los plazos de prescripción previstos para delitos similares en el ámbito nacional, el efecto de la Directiva PIF en materia de prescripción sobre las legislaciones nacionales ha sido relativamente pequeño.

Esto no indica que las disposiciones pertinentes de la Directiva PIF sean en sí mismas ineficaces. Al menos, las disposiciones de la Directiva garantizan un cierto nivel mínimo, ofreciendo así seguridad jurídica, al prevenir que un Estado miembro reduzca posteriormente los plazos de prescripción.

2.3. Fraude en los contratos públicos [artículo 3, apartado 2, letra b)]

En el artículo 3 de la Directiva PIF, se establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que el fraude que afecte a los intereses financieros de la Unión constituye una infracción penal cuando se cometa intencionadamente. A tal efecto, se establecen cuatro categorías de conductas que se considerarán fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión. Estas cuatro categorías se refieren a acciones u omisiones relativas a:

i) los gastos no relacionados con los contratos públicos [artículo 3, apartado 2, letra a)];
ii) los gastos relacionados con los contratos públicos [artículo 3, apartado 2, letra b)];

iii) los ingresos distintos de los procedentes de los recursos propios del IVA [artículo 3, apartado 2, letra c)]; y

iv) los ingresos procedentes de los recursos propios del IVA [artículo 3, apartado 2, letra d)].

a. Concepto de «gastos relativos a los contratos públicos»

Sin embargo, el concepto de «gastos relativos a los contratos públicos» no se define con mayor detalle en el artículo 3, apartado 2, letra b), de la Directiva PIF. El considerando 6 sí establece lo siguiente: «A efectos de la presente Directiva, se entenderá por gastos relativos a los contratos públicos los gastos relacionados con los contratos públicos definidos en el artículo 101, apartado 1, del Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo». La investigación externa llevada a cabo para la Comisión ha constatado, en varios ejemplos, que esto ha provocado una interpretación incorrecta de la ley, en el sentido de que se excluyen del ámbito de aplicación del artículo 3, apartado 2, letra b), las situaciones de ámbito nacional en que los fondos de la UE los asignan organismos o Administraciones públicas nacionales que suscriben contratos con operadores nacionales privados.

Dado que el Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 ya no está en vigor, la referencia a este debe interpretarse como «definidos en el artículo 2, punto 51, del Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046[27]». Del artículo 2, punto 51, del Reglamento (EU, Euratom) 2018/1046 se desprende que los gastos relativos a los contratos públicos comprenden cualquier gasto relacionado con contratos públicos, como los contratos inmobiliarios, los contratos de suministro, los contratos de obras o los contratos de servicios, entre los operadores económicos y el órgano de contratación de la UE.

Teniendo en cuenta las disposiciones del artículo 325 del TFUE, tal como las interpreta el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, y en particular el significado de la expresión «toda actividad ilegal»[28] (que, dada la importancia de la protección de los intereses financieros de la Unión, no puede interpretarse de forma restrictiva), debe considerarse que el fraude en los contratos públicos cometidos por las autoridades nacionales y que afecta a los intereses financieros de la Unión entra en el ámbito de aplicación de la Directiva PIF.

b. Efecto del requisito que reza «al menos cuando se cometan con ánimo de lucro ilegítimo para el autor u otra persona, causando una pérdida para los intereses financieros de la Unión»

[27] Reglamento (UE, Euratom) 2018/1046 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de julio de 2018, sobre las normas financieras aplicables al presupuesto general de la Unión, por el que se modifican los Reglamentos (UE) n.º 1296/2013, (UE) n.º 1301/2013, (UE) n.º 1303/2013, (UE) n.º 1304/2013, (UE) n.º 1309/2013, (UE) n.º 1316/2013, (UE) n.º 223/2014 y (UE) n.º 283/2014 y la Decisión n.º 541/2014/UE y por el que se deroga el Reglamento (UE, Euratom) n.º 966/2012 PE/13/2018/REV/1, DO L 193 de 30.7.2018, p. 1.

[28] Tribunal de Justicia de la Unión Europea, sentencia de 21 de diciembre de 2021, Euro Box Promotion y otros, asuntos acumulados C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 y C-840/19, EU:C:2021:1034, apartado 184.

El artículo 3, apartado 2, letra b), de la Directiva PIF prevé los siguientes delitos de fraude en los contratos públicos:

1. el uso o la presentación de declaraciones o documentos falsos, inexactos o incompletos, que tenga por efecto la malversación o la retención infundada de fondos o activos del presupuesto de la Unión o de presupuestos administrados por la Unión, o en su nombre;
2. el incumplimiento de una obligación expresa de comunicar una información, que tenga el mismo efecto; o
3. el uso indebido de esos fondos o activos para fines distintos de los que motivaron su concesión inicial y que perjudique los intereses financieros de la Unión.

Cabe destacar que en el artículo 3, apartado 2, letra a), se relacionan delitos similares relacionados con el fraude no relacionado con los contratos públicos. Los delitos contemplados en el artículo 3, apartado 2, letras a) y b), requieren intención (con arreglo al artículo 3, apartado 1) y una acción u omisión. Sin embargo, el artículo 3, apartado 2, letra b), incluye una calificación adicional: «al menos cuando se cometan con ánimo de lucro ilegítimo para el autor u otra persona, causando una pérdida para los intereses financieros de la Unión». La relación de causalidad con una pérdida para los intereses financieros de la Unión es bastante evidente, ya que el objeto de la Directiva es la armonización de la protección penal de dichos intereses financieros y, por lo tanto, el tratamiento de los delitos PIF. En otras palabras, el fraude en los contratos públicos entra en el ámbito de aplicación de la Directiva con la condición de que cause una pérdida a los intereses financieros de la Unión.

Esta exigencia puede elevar significativamente el umbral para enjuiciar casos de fraude en los contratos públicos frente a los casos no relacionados con estos. Sin embargo, también deben tenerse en cuenta las palabras «al menos». Dejaban un margen de discrecionalidad a los Estados miembros en lo referente a la definición de fraude en los contratos públicos.

A este respecto, varios Estados miembros exigen que se demuestre la pérdida para los intereses financieros de la Unión como condición para el enjuiciamiento. Algunos Estados miembros exigen la identificación del ánimo de lucro ilegítimo para el autor u otra persona, pero no incluyen la relación de causalidad con la pérdida. Sin embargo, la mayoría de los Estados miembros tipifican cualquier comisión intencionada de una acción u omisión relacionada con los delitos contemplados en el artículo 3, apartado 2, letra b), o las transponen mediante disposiciones nacionales más generales, de conformidad con la Directiva PIF. Además, un gran número de Estados miembros no hace ninguna distinción entre el interés financiero de la Unión y el nacional.

Por lo tanto, la amplitud de la definición de fraude en los contratos públicos, y, por ello, las exigencias de prueba que deben cumplirse para enjuiciar dichos delitos, varía significativamente entre los Estados miembros. Estas diferencias pueden dar pie a una protección desigual de los intereses de la Unión, en la medida en que ciertas actividades fraudulentas no se investigan ni se enjuician en algunos Estados miembros mientras que en otros sí.

3. CONCLUSIONES

La Directiva PIF se adoptó con la intención de reforzar la protección de los intereses financieros de la Unión. La Directiva aporta valor añadido al establecer: i) normas mínimas comunes para definir las infracciones penales; ii) sanciones para combatir el fraude y otras actividades ilegales que afecten a los intereses financieros de la Unión.

Todos los Estados miembros han transpuesto las principales disposiciones de la Directiva PIF. Sin embargo, es necesario mejorar la transposición de la Directiva, en particular para garantizar una transposición coherente de las definiciones de las infracciones penales y de la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas, así como de las sanciones a estas. Los Estados miembros también deben redoblar sus esfuerzos para transponer correctamente las disposiciones relativas al ejercicio de la jurisdicción y a la prescripción. Esto ha motivado la apertura de procedimientos de infracción contra diecisiete Estados miembros hasta el momento.

El principal objetivo del presente segundo informe de transposición ha sido evaluar si:

a) el umbral del IVA indicado en el artículo 2, apartado 2, es apropiado;

b) las disposiciones relativas a la prescripción referidas en el artículo 12 son lo bastante eficaces;

c) la Directiva PIF trata de manera eficaz los casos de fraude en los contratos públicos.

El presente informe se ha basado principalmente en la información que los Estados miembros facilitaron a la Comisión, en particular estadísticas anuales sobre los Delitos PIF que los Estados miembros presentaron a la Comisión con arreglo al artículo 18, apartado 2. No obstante, como se ha mencionado, las estadísticas presentadas por los Estados miembros actualmente no ofrecen una base probatoria suficiente que permita extraer conclusiones definitivas. Asimismo, únicamente en un número limitado de Estados miembros se dispone de información relativa a los importes recuperados y a los perjuicios estimados. En este contexto, es difícil evaluar la idoneidad y eficacia de las disposiciones de la Directiva PIF, así como la necesidad de revisarla sobre esa base.

La Comisión insta a los Estados miembros a recopilar y presentar los datos en el plazo debido, de acuerdo con los requisitos previstos en el artículo 18, apartado 2, de la Directiva PIF. En caso necesario, la Comisión puede ofrecer más indicaciones sobre cómo deben comunicar las estadísticas los Estados miembros. También podría llevar a cabo un seguimiento con una solicitud a medida a los Estados miembros que no hayan presentado datos completos y exhaustivos de conformidad con el artículo 18, apartado 2.

Fraude en el ámbito del IVA

Con respecto al umbral del IVA, tal como se establece en el artículo 2, apartado 2, de la Directiva PIF, se tomó en consideración el aspecto de los perjuicios. Se constató que, debido al

umbral de 10 000 000 EUR, la Directiva PIF no contempla una cantidad significativa de las actividades fraudulentas. Además, los Estados miembros con economías más pequeñas presentan un mayor número de casos cuyos perjuicios no alcanzan el umbral de 10 000 000 EUR. Asimismo, existe una significativa cantidad de actividad fraudulenta en materia de IVA que afecta al territorio de dos o más Estados miembros, pero cuyo perjuicio total es inferior a 10 000 000 EUR. Por otra parte, las autoridades competentes en materia de investigación no suelen tener una visión completa de la naturaleza de la actividad criminal en la fase inicial de la investigación. El hecho de esperar a que se alcance el umbral de 10 000 000 EUR puede tener un efecto negativo en la investigación. Por último, el umbral podría generar falta de claridad sobre si deben ser las autoridades nacionales o la Fiscalía Europea las que se hagan cargo de un caso de fraude en el ámbito del IVA y sobre cuándo habría que remitir el caso a la Fiscalía Europea.

Además, mientras que la mayoría de los Estados miembros tiene en cuenta el perjuicio global causado en varios Estados miembros por el mismo mecanismo de fraude en el ámbito del IVA (enfoque acumulativo), de conformidad con el considerando 4 de la Directiva PIF, otros calculan los perjuicios por Estado miembro. Asimismo, entre los Estados miembros que aplican el método acumulativo, algunos solo tienen en cuenta los perjuicios producidos en Estados miembros que se han adherido a la Fiscalía Europea. Estas prácticas son muy difíciles de conciliar con la redacción del considerando 4 de la Directiva PIF.

Los límites expuestos anteriormente respecto al importe y al modo de definir el umbral financiero suscitan dudas sobre si el umbral es lo bastante eficaz y disuasorio para combatir los casos de fraude grave contra el sistema común del IVA. La disminución del umbral y la fijación de criterios alternativos para determinar el carácter grave del delito podrían considerarse en el contexto de una futura revisión de la Directiva PIF.

No obstante, aunque en este momento no se dispone de suficientes datos sobre la aplicación del umbral de 10 000 000 EUR en la práctica que permitan evaluar la idoneidad de dicho importe, en caso necesario deberían ofrecerse indicaciones suficientes sobre el método de cálculo del umbral.

Contratación pública

La Directiva PIF no incluye ninguna definición de gasto relativo a los contratos públicos. Si bien la intención del legislador puede deducirse de otras disposiciones de la Directiva PIF, la actual remisión a otro acto legislativo de la UE en los considerandos podría generar cierto grado de incertidumbre en cuanto al ámbito de aplicación de la definición de fraude en los contratos públicos cuando participan órganos de contratación nacionales que gestionan fondos de la UE.

Por otra parte, como se ha mencionado, la frase introductoria del artículo 3, apartado 2, letra b), establece una cualificación especial para la intención (en comparación con el resto de los delitos PIF) y afirma que el fraude en los contratos públicos se tipificará *al menos* cuando se cometan con ánimo de lucro ilegítimo para el autor u otra persona, causando una pérdida para los intereses financieros de la Unión. El margen de interpretación que se deja a los Estados miembros sobre el componente intencional con los términos «al menos» puede dar pie a

problemas en cuanto a la protección desigual de los intereses de la Unión, ya que ciertas actividades fraudulentas podrían no investigarse o enjuiciarse en algunos Estados miembros (a causa de la falta de intención demostrada), a pesar de investigarse y enjuiciarse en otros.

En el marco de una futura revisión de la Directiva PIF, podría estudiarse la modificación del considerando 6, de modo que aclare que los contratos públicos en los que participan órganos de contratación nacionales que gestionan fondos de la UE también entran en el ámbito de aplicación de la Directiva, y la modificación del artículo 3, apartado 2, letra b), para que refleje el requisito más amplio de intención en el resto de los delitos PIF relativos al fraude, es decir, los «delitos cometidos intencionadamente».

Prescripción

Otros problemas en los casos transfronterizos podrían derivarse de la falta de uniformidad de las normas nacionales aplicables a la prescripción, dando pie a situaciones en que los operadores económicos implicados en la misma actividad fraudulenta podrían beneficiarse de la disparidad de regímenes en función de en qué Estado miembro se enjuiciará su caso. Por lo tanto, con respecto a la prescripción, el requisito mínimo previsto en la Directiva PIF podría no ser suficiente para permitir la investigación, el enjuiciamiento, el juicio oral, la resolución judicial y el cumplimiento de las sanciones de todos los delitos PIF de manera uniforme en todos los Estados miembros.

Sin embargo, no ha transcurrido suficiente tiempo desde la entrada en vigor de la Directiva PIF para que hayan expirado los plazos de prescripción establecidos en el artículo 12 con respecto a un delito previsto en la Directiva PIF.

Además, en este momento no hay pruebas concretas de que en algunos Estados miembros haya menos probabilidades de que los delitos PIF sean investigados, enjuiciados, sometidos a juicio oral y castigados que en otros, debido a que los plazos de prescripción son demasiado cortos.

De conformidad con el artículo 18 de la Directiva PIF, la Comisión seguirá evaluando el cumplimiento por parte de los Estados miembros de la Directiva PIF y adoptará todas las medidas adecuadas para garantizar la conformidad con sus disposiciones en toda la Unión Europea. La Comisión también intensificará su diálogo con las autoridades nacionales sobre los medios para mejorar la recopilación de los datos, de modo que le permita evaluar la aplicación de la Directiva PIF sobre una base mejor fundamentada.