

LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE TRAS EL TRATADO DE AMSTERDAM: UN PROCESO INACABADO

Por NICOLÁS NAVARRO BATISTA (*)

1. INTRODUCCIÓN

La protección de los intereses financieros de la Comunidad es uno de los temas que mayor atención ha despertado en los últimos años en los medios comunitarios y en la opinión pública en general. La necesidad de articular medidas en este ámbito responde, en última instancia, a las singularidades del proceso de integración europea, tanto en materia de ingresos como de gastos. En lo que respecta a los ingresos, la voluntad de atribuirle la autonomía financiera necesaria para el desarrollo de sus funciones se ha reflejado, esencialmente, en la percepción de derechos de aduana y exacciones agrícolas, como recursos propios tradicionales, y en otros recursos (un porcentaje del IVA y el cuarto recurso, basado en el PNB) (1). En materia de gastos, el proceso de integración ha propiciado que las Comunidades desarrollen una actividad marcadamente intervencionista en diversos sectores: la Política Agraria Común (PAC), las medidas estructurales, la cooperación al desarrollo, etc. (2).

(*) Profesor Titular de Derecho Internacional Público de la Universidad de Salamanca. Este trabajo forma parte de un proyecto de investigación más amplio financiado por la Junta de Castilla y León para el período 1996-1998.

(1) El IVA y el cuarto recurso no son percibidos directamente por cuenta de las Comunidades por lo que el problema se plantea en términos distintos, como veremos posteriormente.

(2) Este conjunto de actividades ha elevado el volumen del presupuesto a 84.000 millones de ecus. El núcleo central de los gastos se concentra en la PAC y en los fondos estructurales, que alcanzan los 67.000 millones de ecus (el 82 % del presu-

Este marco previo nos permite calibrar la importancia de los recursos en juego y la correlativa relevancia que adquiere la protección de sus intereses financieros. Las formas de atentar contra el presupuesto comunitario son variadas, en la misma medida en que son diversas las modalidades de intervención de la Comunidad. Permítanme mencionar algunos casos reales para ilustrar mejor el tema (3).

El régimen de tránsito, un mecanismo articulado para facilitar el comercio internacional, puede originar una pérdida de ingresos si las mercancías se ponen en libre circulación eludiendo la aduana de destino o falsificando los visados de aduana con sellos robados o falsificados (4). El Sistema de Preferencias Generalizadas, un instrumento de apoyo a los países en desarrollo, también puede ser utilizado por los defraudadores para eludir o reducir el pago de los derechos de aduana correspondientes (5).

En materia de gastos, el fraude también reviste varias modalidades: falsas descripciones del contenido, peso o calidad de un producto, a fin de percibir una restitución a la exportación, la presentación de dos solicitudes de prima por la retirada definitiva de los mismos barcos de pesca, la declaración de un volumen de rebaño que supera entre un 10 y un 40 % al realmente existente, la utilización de fondos asignados al desarrollo de la economía rural para acondicionar una casa de vacaciones del propietario,... (6). Permítanme mencionar un último caso en el que se cuestionan

puesto). El resto se atribuye a una serie de gastos directamente gestionados por la Comisión (investigación y desarrollo, ayuda exterior,...) y a los gastos administrativos. Estos datos han sido extraídos del Informe de la Comisión sobre la lucha contra el fraude durante 1997, COM (1998) 276 final, Bruselas, 6.5.98, p. 5.

(3) Sobre las variadas formas del fraude y su funcionamiento puede consultarse a SIMONE, Wh.: *Protection of the Financial Interests of the European Communities: The Fight against Fraud and Corruption*, Kluwer, The Hague, 1998, pp. 50-53, 77-78 y 91-94.

(4) Vid. el documento Fraude en el procedimiento de tránsito, soluciones previstas y perspectivas para el futuro, COM (95) 108 final, Bruselas, 29.3.95, p. 5.

(5) Así ocurre cuando se descubre que las gambas de Surinam en realidad son importadas por barcos que pertenecen mayoritariamente a operadores coreanos o japoneses. Vid. el Informe de la Comisión relativo a la lucha contra el fraude durante 1997 cit., punto 2.2.1.1.

(6) Todos estos casos han sido extraídos, respectivamente, de los siguientes documentos: el Informe especial del Tribunal de Cuentas nº 2/92 sobre la fiscalización de las restituciones a la exportación abonadas a una muestra de empresas importantes del sector lácteo, C 101/92, punto 3.1; el Informe del Tribunal de Cuentas relativo al ejercicio de 1990, punto 1.71; el Informe de la Comisión sobre la lucha

simultáneamente los ingresos y gastos de la Comunidad. Una misma empresa importa en la Comunidad carne de vacuno de calidad de Sudamérica, declarándola como vísceras para evitar las exacciones a la importación, y a su vez exporta vísceras de vacuno declarándolas como carne de calidad, para obtener restituciones a la exportación (7).

La imaginación es fértil y las posibilidades de vulnerar los recursos financieros de la Comunidad, considerables. Pero, en todo caso, nos encontramos ante infracciones (actos u omisiones) en virtud de las cuales se perjudica al presupuesto comunitario, bien reduciendo o suprimiendo los ingresos, o bien mediante la realización de un gasto indebido. Me adhiero así a la definición de irregularidad recogida en la normativa comunitaria, más amplia que la de fraude, que implica una actuación deliberada o intencionada con el fin de conseguir ese propósito (8).

Con independencia del volumen estimado de fraude, empresa difícil de cuantificar, conviene detenerse brevemente en las causas que propician el fraude pues; a partir de ellas, podremos comprender mejor los mecanismos que se han instaurado para luchar contra el fraude (9). La compleji-

contra el fraude durante 1990, SEC (91) 456 final, Bruselas, 20.3.91, pp. 27 y 32; el Informe de la Comisión relativo a la lucha contra el fraude durante 1997 cit., punto 2.2.2 y el Informe del Tribunal de Cuentas relativo al ejercicio de 1995, C 340/96, punto 7.45, p. 197.

(7) Este caso se recoge en el Informe del Tribunal de Cuentas relativo al ejercicio de 1987, C 316/88; punto 4.34.

(8) El concepto de irregularidad se encuentra recogido en el art. 1.2 del Reglamento (CE, Euratom) n.º 2988/95 del Consejo, de 18.12.95, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, L 312/95, p. 1. El concepto de fraude, por el contrario, aparece definido en el art. 1 del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, adoptado por un acto del Consejo de 26.7.95, C 316/95, p. 48. Esta distinción entre ambas figuras es considerada por algunos autores de escasa utilidad práctica porque los comportamientos irregulares y fraudulentos se encuentran fuertemente entrelazados. Así lo señala ANGIOLI, A.: «La Cour de Comptes et la protection des finances communautaires», en el Seminario organizado por la Comisión en Bruselas los días 27, 28 y 29 de noviembre de 1989: *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté*, OPOCE, Luxembourg, 1990, p. 337.

(9) Durante algún tiempo, determinadas fuentes establecieron un volumen de fraude aproximado al 10 % del presupuesto. El propio Parlamento Europeo (PE) se hizo eco de esta cifra en la Resolución de 13.4.89 sobre la prevención y la lucha contra el fraude en perjuicio del presupuesto comunitario en la Europa de 1992, C 120/89, p. 279; considerando A. Este porcentaje fue rechazado por la Comisión, que cuestionó la fiabilidad de los estudios, pero con posterioridad ha admitido que las

dad y ambigüedad de la legislación comunitaria son dos factores apuntados por el Tribunal de Cuentas (10). También se ha señalado que los Estados miembros carecían de interés y de voluntad política para controlar los casos de fraude, quizá por considerarlo ajeno a sus preocupaciones (11). Este factor «psicológico» se une a la escasez de medios personales, materiales (presupuestarios, informáticos,...) y técnicos, en un momento en el que la integración avanza en la consolidación de nuevas políticas y culmina la consecución de un mercado interior que, por propia definición, implica la supresión de los controles en las fronteras intracomunitarias (12). En fin, la existencia de redes de delincuencia organizadas es ya una constante y, en ocasiones, cuenta con la corrupción de funcionarios públicos (13).

Todos estos factores ponen de relieve la necesidad de articular una política comunitaria de lucha contra el fraude y las irregularidades. Al

irregularidades en la PAC ocasionan perjuicios económicos que fluctúan entre el 10 y el 15 % del volumen global de esas ayudas. Vid. el Informe de la Comisión sobre la intensificación de la lucha contra los fraudes que se producen en detrimento del presupuesto comunitario, COM (87) 572 final, Bruselas, 20.11.87, punto 8 y el Informe para la vista de la sentencia del TJCE de 27.10.92, *Alemania c. Comisión*, as. C-240/90, *Rec.* p. I-5423 ss., en concreto, p. I-5394.

(10) Vid. el punto 0.6 del Informe del Tribunal de Cuentas relativo al ejercicio de 1993, C 327/94.

(11) En este sentido se pronuncian SHERLOCK, A., HARDIN, Ch.: «Controlling Fraud within the European Community», *ELR* 1991, p. 25; RUIMSCHOTEL, D.: «The EC Budget: Ten Per Cent Fraud? A Policy Analysis Approach», *JCMS* 1994-3, pp. 330-331.

(12) El Tribunal de Cuentas ha subrayado que el incremento de las actividades comunitarias no ha ido acompañado en la Comunidad y en los Estados miembros de un desarrollo proporcional de los sistemas de gestión, financiación y control. Vid. el Informe relativo al ejercicio de 1993 cit., punto 0.1, p. 5.

(13) Es revelador que el Tribunal de Cuentas haya logrado identificar un reducido número de grandes empresas que se benefician de la mayor parte de las restituciones a la exportación y que operan en varios Estados miembros (Informe especial del Tribunal de Cuentas n.º 2/90 sobre la gestión y el control de las restituciones a la exportación, C 133/90, punto 4.3). No obstante, en otros sectores del presupuesto, como el FEOGA-G, el fraude se realiza por una multitud de pequeños defraudadores (productores o agricultores, cooperativas, exportadores,...). Así lo señala, entre otros, el Informe de la Comisión relativo a la lucha contra el fraude en el ejercicio de 1993, COM (94) 94 final, Bruselas, 23.4.94, p. 33. En cuanto a la corrupción, una investigación especial de la Comisión descubrió la implicación de funcionarios griegos en un fraude relativo a las restituciones a la exportación de Albania y Bulgaria. Vid. el Informe del Tribunal de Cuentas relativo al ejercicio de 1996, C 348/97, punto 3.94, p. 86.

margen de la propia credibilidad de la construcción europea, de la incidencia económica del fraude o de la necesidad de contar con una gestión sana y eficaz de los recursos comunitarios, también debe subrayarse que el fraude repercute sensiblemente en varias políticas comunitarias. Cuando se importan productos chinos que contienen clorofluorocarbono, no sólo se realiza una acción fraudulenta sino que se atenta contra la política medioambiental comunitaria y se produce una competencia desleal con los productores comunitarios, que se ven sometidos a un mayor coste en la elaboración de sus productos (14).

La magnitud de los factores que concurren en el fraude exige la actuación coordinada de todas las instancias implicadas. El primer nivel de responsabilidad se sitúa, ciertamente, en los Estados miembros; en un sistema descentralizado como el comunitario, son ellos los que gestionan la mayor parte del presupuesto, y los que disponen de los medios personales y materiales necesarios para acometer una tarea de esa magnitud. Naturalmente, también las instituciones de la Comunidad tienen que desempeñar su papel. La Comisión porque, al margen de ser la guardiana de los Tratados, es la responsable de la ejecución del presupuesto, cuya aprobación (descargo) obtiene del PE (arts. 205 y 207 TCE). Este último y el Consejo también tienen parte de responsabilidad, en tanto que copartícipes de la autoridad presupuestaria y legislativa. El Tribunal de Cuentas, por su parte, desempeña una labor de fiscalización importante y ha tenido una influencia considerable en la lucha contra el fraude, como comprobaremos a lo largo de este estudio (15).

Ahora bien, ambas instancias, la Comunidad y los Estados miembros,

(14) Este caso es mencionado por el Informe de la Comisión relativo a la lucha contra el fraude en el ejercicio de 1997 cit., punto 2.2.1.4.

(15) Como se ha advertido, la función del Tribunal de Cuentas no consiste en descubrir los fraudes o irregularidades concretos sino en poner de manifiesto las debilidades estructurales del sistema. Vid. KOK, Ch.: «The Court of Auditors of the European Communities: 'The other European Court in Luxembourg'», *CMLR* 1989, p. 363. La mera lectura de los informes del Tribunal de Cuentas muestra la amplitud de sus cometidos, llegando incluso a realizar valoraciones sobre los mecanismos y fondos comunitarios utilizados y su adecuación a los objetivos que persigue una determinada política o acción comunitaria. Su lectura es, en todo caso, indispensable para tener una visión menos idílica del funcionamiento del sistema comunitario. Sobre el papel de esta institución vid., además del citado anteriormente, a HARDEN, I., WHITE, F., DONNELLY, K.: «The Court of Auditors and Financial Control and Accountability in the European Communities», *European Public Law* 1995-4, pp. 599 ss.; ANGIOLI, A., *op. cit.*, pp. 338-344.

no deben actuar de manera aislada sino en estrecha conexión; en esta materia desempeña un papel de primera magnitud el deber de cooperación leal, en sus múltiples facetas. En fin, la dimensión internacional del fraude también exige contar con la cooperación de terceros Estados.

2. EL MARCO JURÍDICO GENERAL DE LA LUCHA CONTRA EL FRAUDE

2.1. EL DEBER DE COOPERACIÓN LEAL

El deber de cooperación leal, un principio estructural básico en un sistema que, como el comunitario, es descentralizado, conlleva repercusiones importantes en la lucha contra el fraude (16). El pronunciamiento más relevante en esta materia se produjo en el asunto del *maíz griego* (17). Los hechos que motivaron el pronunciamiento del Tribunal se referían a varios cargamentos de maíz originarios de Yugoslavia, que se importaron a Bélgica en régimen de libre circulación bajo la falsa apariencia de productos griegos eludiendo, por tanto, el pago de las exacciones agrícolas correspondientes. Ante la gravedad de los hechos, que implicaban a funcionarios griegos de alto nivel, la Comisión interpuso un recurso por incumplimiento alegando que Grecia había infringido el deber de cooperación leal por no haber iniciado procedimientos disciplinarios y penales contra las personas que habían participado en el fraude.

Esta argumentación es asumida por el Tribunal, que recuerda al Estado incumplidor que, en ausencia de disposiciones comunitarias que prevean sanciones, «...el artículo 5 del Tratado exige de los Estados miembros la adopción de todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance

(16) Sobre el deber de cooperación leal vid. BLANQUET, M.: *L'article 5 du traité CEE. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, LGDJ, Paris, 1994; CONSTANTINESCO, V.: «L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire», en Liber amicorum P. PESCATORE: *Du droit international au droit de l'intégration*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987, pp. 97 ss.; DUE, O.: «Article 5 du traité CEE. Une disposition du caractère fédéral?», *RAE* 1991, Vol. II, Book 1, pp. 15 ss.; TEMPLE LANG, J.: «Community Constitutional Law: article 5 EEC treaty», *CMLR* 1990, pp. 645 ss.

(17) *Sentencia del TJCE de 21.9.89, Comisión c. Grecia*, as. 68/88, *Rec.* pp. 2979 ss.

y la eficacia del Derecho comunitario. Para ello, aun conservando la elección de las sanciones, los Estados miembros deben procurar, en particular, que las infracciones del Derecho comunitario sean sancionadas en condiciones análogas de fondo y de procedimiento a las aplicables a las infracciones del Derecho nacional cuando tengan una índole y una importancia similares y que, en todo caso, confieran un *carácter efectivo, proporcionado y disuasorio a la sanción*» (18).

De este pronunciamiento se derivan dos obligaciones para los Estados, que la doctrina resume en los principios de asimilación y de eficacia (19). El principio de *asimilación* indica que los Estados están obligados a actuar contra los atentados a los intereses financieros de la Comunidad de la misma manera que cuando se encuentran comprometidos sus propios recursos financieros (20). Exige, por tanto, un trato análogo para los intereses financieros de la Comunidad, de forma que los Estados empleen los mismos medios que dedican a la protección de sus propios recursos (21). Ahora bien, no se trata únicamente de prever sanciones simila-

(18) *Ibidem*, FJ 23 y 24.

(19) Así lo señala, entre otros, DELMAS-MARTY, M.: «Union Européene et droit pénal», *CDE* 1997-5/6, pp. 607 ss., en particular, p. 612.

(20) Por ello algún autor también lo denomina criterio de equivalencia. En este sentido vid. ANABOLI-ALEGRE, P.: «Les sanctions douanières dans la perspective du marché intérieur», *RMC* 1991, n.º 351, pp. 729 ss.

(21) El principio de asimilación evita, por tanto, que los intereses comunitarios resulten discriminados respecto a los nacionales. En este sentido, FERRÉ OLIVÉ, J. C.: «Derecho Penal y competencias de las Comunidades Europeas», *Cuadernos de Política Criminal* 1992, n.º 48, p. 822. La doctrina se dedicó en su momento a examinar la existencia de tipos penales adecuados para proteger los intereses financieros de las Comunidades, constatándose grandes diferencias entre los ordenamientos jurídicos y, en algunos casos, la imposibilidad de ser utilizados con tal fin. Entre otros, vid. DANNECKER, G.: «Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità Europea», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* 1991, pp. 964-972; CARACCIOLI, I.: «La protection des ressources propres de la Communauté et l'évolution du droit pénal fiscal en Europe», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* 1994, pp. 185 ss.; MEZZETTI, E.: *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione Europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati Membri*, CEDAM, Padova, 1994; HANDOLL, J.: «La protection des intérêts communautaires devant les tribunaux nationaux», en *La protection juridique...*, op. cit., pp. 97 ss.

En España, alguna Audiencia Provincial admitió el carácter público de las subvenciones comunitarias, aplicando en consecuencia el artículo 350 del antiguo Código penal. En este sentido, vid. DOLZ LAGO, M. J.: «La actuación del Ministerio

res para supuestos análogos; no es meramente una obligación normativa; la obligación alcanza incluso a la diligencia con la que deben aplicarse esas sanciones (22). En un sistema descentralizado, el Derecho comunitario se sirve del derecho interno para asegurar que las infracciones a aquél sean sancionadas de manera adecuada (23).

No es casual que el deber de cooperación leal sea el instrumento jurídico de las obligaciones de los Estados miembros en esta materia. En 1976 la Comisión presentó un proyecto de reforma de los Tratados relativo a la protección penal de los intereses financieros de la Comunidad, que también se basaba en una adición al art. 5 TCEE por la que se hacía explícito que la cooperación leal también comprendía la protección de los intereses financieros de la Comunidad y, entre otras técnicas, utilizaba el principio de asimilación (24).

Fiscal ante los fraudes a las subvenciones comunitarias (en especial, las agrarias)», *Actualidad Penal* 1995, n.º XL, Marginal 748. En cuanto a los tipos penales eventualmente aplicables a la protección de los intereses financieros en el antiguo Código Penal español vid. BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La protección de los intereses financieros de la Comunidad Económica Europea en el Derecho Penal español», *Cuadernos de Política Criminal* 1990, n.º 41, p. 245 ss. La situación en el Código Penal actual es analizada, entre otros, por JAÉN VALLEJO, M.: «Fraude de subvenciones y fraudes comunitarios», en la obra dirigida por BACIGALUPO ZAPATER, E.: *Empresa y delito en el nuevo Código Penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1997, pp. 106-110.

(22) Vid. el FJ 25 del as. 68/88 cit.

(23) En realidad, el fallo del Tribunal en este asunto no era sino la consecuencia del desarrollo jurisprudencial sobre las obligaciones que derivan del deber de cooperación leal. En un primer momento, el Tribunal subrayó que los Estados estaban facultados para elegir las sanciones, incluso penales, que les parecieran apropiadas para responder a la violación de las normas comunitarias, cuando no se hubiesen previsto sanciones a nivel comunitario (sentencia del TJCE de 2.2.77, *Amsterdam Bulb*, as. 50/76, *Rec.* p. 145 ss., en particular, FJ 31 a 33). El paso siguiente, natural, era concebir esa facultad como una obligación de los Estados miembros hacia la Comunidad. Varios años antes de que el Tribunal se pronunciara específicamente sobre esta cuestión, FORNASSIER, basándose en la jurisprudencia sobre el art. 5 TCEE, afirmaba no sólo la facultad, sino la obligación de los Estados miembros de aprobar y aplicar normas nacionales para proteger los intereses financieros de la Comunidad. Vid. FORNASSIER, R.: «Le pouvoir répressif des Communautés Européennes et la protection de leurs intérêts financiers», *RMC* 1982, n.º 259, pp. 398 ss., especialmente, p. 405.

(24) Vid. los arts. 1.2 y 14 del proyecto de Tratado presentado por la Comisión el 10.8.76, por el que se modifican los tratados constitutivos de las Comunidades a fin de adoptar una regulación común sobre la protección penal de los intere-

Por la índole del caso, el pronunciamiento del Tribunal se refiere únicamente a la obligación de establecer sanciones, pero conviene advertir que la cooperación leal tiene un sentido mucho más amplio. La lucha contra el fraude implica que los Estados cooperen con la Comisión en la realización de los controles que ésta lleve a cabo con el fin de investigar los

ses financieros de las Comunidades así como sobre la persecución de las infracciones a las disposiciones de dichos tratados, C 222/76, p. 2. Sobre las causas que han impedido que este proyecto tuviera éxito vid. TASCHNER, H. Cl.: «L'étendue de la protection des intérêts financiers de la Communauté: sanctions pénales et administratives. L'évolution possible du droit communautaire», en *La protection juridique...*, *op. cit.*, pp. 214-215.

Un estudio encargado por la Comisión pone de relieve que existe una tendencia a tipificar de manera explícita el fraude que afecta a los intereses financieros de la Comunidad. Vid. el Documento de síntesis del análisis comparado de los informes de los Estados miembros relativos a las medidas adoptadas al nivel nacional para luchar contra el despilfarro y la malversación de recursos comunitarios, COM (95) 556 final, Bruselas, 8.12.95, en particular, punto 1, p. A-7.

También se emplea en alguno de los instrumentos convencionales adoptados al amparo de la cooperación judicial en asuntos de interior y de justicia. No obstante, la mayoría de los convenios adoptados últimamente dan un paso más allá, estableciendo una armonización parcial del derecho penal de los Estados miembros. La asimilación es empleada, por ejemplo, en el Protocolo sobre la corrupción, que exige que se sancionen las infracciones cometidas por los miembros de la Comisión, del Parlamento Europeo, del Tribunal de Cuentas o del Tribunal de Justicia, de manera idéntica a lo previsto en su legislación nacional con respecto a la corrupción de los ministros de sus gobiernos, los miembros elegidos de las Cámaras de representantes o los miembros de sus máximos órganos jurisdiccionales o de sus tribunales de cuentas. Vid. el Acto del Consejo de 27.9.96 por el que se establece un Protocolo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, C 313/96, p. 1. Sin embargo, el principal instrumento convencional en esta materia escoge la vía de la armonización parcial del derecho penal de los Estados miembros, con definiciones comunes, aunque dejando un margen de apreciación a los Estados miembros. Éste es el enfoque que adopta el Convenio relativo a la protección de los intereses financieros cit. La armonización se impone porque la asimilación garantiza la igualdad de trato, pero no la uniformidad. Para la Comisión, la armonización es precisa porque la heterogeneidad de las sanciones penales conduce a la creación de zonas de menor represión y al desvío de operaciones económicas a Estados miembros con sanciones menos severas. Vid. la página A-9 del documento COM (95) 556 cit. El Consejo también justifica la adopción de normas penales *mínimas* porque las lagunas e incompatibilidades de las disposiciones penales nacionales pueden obstaculizar la represión del fraude. Vid. el informe explicativo del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, C 191/97, p. 1 ss., en concreto, p. 13.

casos en que pueden haberse cometido infracciones a la normativa (25). De igual modo, concierne a otros aspectos de la lucha contra las irregularidades como, por ejemplo, la obligación de información (*infra*, punto 3.2).

Pero el deber de cooperación leal no sólo exige de los Estados un tratamiento igualitario sino que impone una obligación de eficacia que consiste, siguiendo al Tribunal, en adoptar todas las medidas apropiadas para asegurar el alcance y eficacia del Derecho comunitario, en particular, mediante sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias (26). La relevancia de esta obligación de eficacia es innegable y tiene consecuencias inmediatas en las sanciones que adopten los Estados, por lo que volveré más adelante sobre esta cuestión. En todo caso, resulta claro que puede limitar la discrecionalidad de la que goza el legislador en virtud de la mera asimilación (27). Como señala LABAYLE, mientras el principio de asimilación impone una obligación de medio clásica, respetuosa de la autonomía institucional y procedimental de los Estados, el de eficacia impone un complemento, una obligación de resultado que exige que la represión nacional sea efectiva (28).

(25) Por ello se hace referencia al deber de cooperación leal en el considerando 10 y en el art. 4 del Reglamento (CE, EURATOM) n.º 2185/96 del Consejo, de 11.11.96, relativo a los controles y verificaciones *in situ* que realiza la Comisión con objeto de comprobar la existencia de fraudes e irregularidades perjudiciales para los intereses financieros de las Comunidades, L 292/96, p. 2.

(26) El carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de las sanciones también constituye una constante en la jurisprudencia del Tribunal. Vid. VILA COSTA, Bl.: «Régimen jurídico de las sanciones por infracción a las normas comunitarias», *RIE* 1991-3, pp. 833-834. Esta obligación de eficacia es reiterada en otros asuntos posteriores. Vid., por ejemplo, el FJ 17 de la sentencia del TJCE de 10.7.90, *Hansen*, as. C-326/88, *Rec.* p. I-2930.

(27) Así lo señala TIEDEMANN, Kl.: «Diritto Comunitario e Diritto Penale», *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia* 1993, p. 216. La ausencia de carácter disuasorio ha permitido a la Comisión contribuir a la reforma de un proyecto de decreto francés en el que se preveía una cuantía tan reducida en las multas que podía hacer atractivo el incumplimiento del Reglamento comunitario. Este ejemplo es mencionado por BIGAY, J: «Droit communautaire et Droit pénal», *RTDE* 1972, p. 733.

(28) LABAYLE, H.: «La protection des intérêts financiers de la Communauté», *Europe*, mars 1995, pp. 1 ss., en particular, p. 3.

2.2. LA INCORPORACIÓN A LOS TRATADOS: EL TUE Y LAS NOVEDADES APORTADAS POR EL TRATADO DE AMSTERDAM

La revisión del Tratado acordada en Maastricht se dirige a «constitucionalizar» la jurisprudencia del Tribunal de Justicia mediante la incorporación del art. 209 A TCE, en el que se hace referencia al principio de asimilación y a la necesidad de coordinar la acción de los Estados entre sí y entre éstos y la Comisión, conforme al deber de cooperación leal. Esta codificación de la jurisprudencia se realiza, no obstante, en términos ambiguos ya que si, por un lado, amplía el alcance de las obligaciones de los Estados, por otro, es más parco en su definición.

En efecto, el TUE contiene términos más amplios que la jurisprudencia porque obliga a los Estados a adoptar «medidas» en la lucha contra el fraude, no sólo sanciones. Las acciones posibles y necesarias en materia de protección de los intereses financieros desbordan el aspecto represivo-disuasorio de las sanciones y engloba otras actuaciones como la realización de investigaciones y controles. Este enfoque es reafirmado por el Tratado de Amsterdam (nuevo art. 280 TCE), que incluye las medidas de prevención, incorporando así otras acciones que se han desarrollado en los últimos años, como la simplificación de la legislación (*infra*, apartado 3.1).

Por otro lado, el art. 209 A es restrictivo. En primer lugar, porque elude mencionar la obligación de resultado a la que hice referencia anteriormente. Esta insuficiencia es colmada por el Tratado de Amsterdam, que en su primer párrafo menciona el carácter disuasorio y efectivo de la protección que deben conceder los Estados miembros a los intereses financieros de la Comunidad (art. 280.1 TCE). Ciertamente, no se alude al principio de proporcionalidad, pero su ausencia no es especialmente criticable en la medida en que se trata de un principio general del derecho (Protocolo sobre el principio de proporcionalidad y subsidiariedad). En definitiva, el Tratado ha constitucionalizado los dos rasgos básicos resaltados por la sentencia del TJCE: el deber de cooperación leal y la obligación de eficacia.

En segundo lugar, el TUE es restrictivo porque no implica a la Comunidad en la lucha contra el fraude, dejando al margen la función de coordinación que asigna a la Comisión. Es cierto que la jurisprudencia del TJCE se limitaba a prever obligaciones para los Estados, pero únicamente porque los casos sometidos se referían a la ausencia de sanciones establecidas por la instancia comunitaria. La reforma de Amsterdam tiene el mérito

to de avanzar, como no podía ser de otra forma, el interés de la Comunidad (y de los Estados miembros) por articular medidas en este ámbito, medidas que de hecho habían sido aprobadas desde los años 70 en las múltiples facetas que comprende la protección de los intereses financieros.

Que la reforma de Amsterdam es oportuna lo demuestra el hecho de que, a partir de su entrada en vigor, la Comunidad dispondrá de una base jurídica específica para fundar el establecimiento de sanciones administrativas, el refuerzo de los controles o la recuperación de ayudas. En efecto, la revisión de Maastricht fue tan parca que cuando se pretendió adoptar dos reglamentos relativos, respectivamente, a la protección general de los intereses financieros de la Comunidad, y a los controles *in situ* que con tal fin puede efectuar la Comisión, fue preciso recurrir al art. 235 TCE, pues el art. 209 A no había supuesto realmente una atribución de competencias (29). El resultado es positivo porque, al margen de establecer una base jurídica específica, selecciona el procedimiento de codecisión, rebajando la unanimidad del Consejo necesaria hasta entonces, y fortalece el papel del PE, sin descuidar el dictamen preceptivo que atribuye al Tribunal de Cuentas, un reconocimiento a la importante labor que está desempeñando.

Sentada esta premisa, conviene advertir que el art. 209 A sólo constituye, en Amsterdam (art. 280 TCE), una base jurídica general en la lucha contra el fraude, como ahora lo constituye el art. 235 TCE (art. 308, en Amsterdam). En efecto, la protección de los intereses financieros se ha estado realizando hasta el momento en virtud de la legislación sectorial. Este tema está estrechamente conectado con el problema de determinar en qué medida la Comunidad dispone de competencias en materia de sanciones.

Hasta el momento, los tratados no atribuyen una competencia expresa a la Comunidad en materia de sanciones, salvo en algunos supuestos bien delimitados (30). A pesar de ello, existía una normativa en el ámbito agrícola, de fondos estructurales y de recursos propios, que tenía por objeto

(29) Vid. los fundamentos jurídicos y los últimos considerandos del Reglamento 2988/95 y 2185/96 citos. La Comisión había señalado la ausencia de una base jurídica específica para la reglamentación antifraude y la inevitable aplicación del art. 235 TCE. Vid. la Fiche thématique n.º 28 sur la lutte contre la fraude au détriment du budget de communautaire, la protection des intérêts financiers de la Communauté et le contrôle des dépenses communautaires, JF/bo/198/96, Luxembourg, 1.2.96, p. 7, puntos 15 y 16.

(30) Por ejemplo, en materia de competencia (art. 87 TCE), aunque este tipo de sanciones no es objeto de análisis en este estudio por no tener como objetivo la protección de los intereses financieros.

luchar contra las irregularidades mediante la realización de investigaciones o controles, la imposición de sanciones o la recuperación de sumas (31). En realidad, la doctrina había resaltado que la facultad de proteger sus intereses financieros se deduce de la propia atribución de competencias. En este sentido, FORNASSIER señala que la facultad de establecer sanciones se deriva del poder normativo que se le ha conferido; es inherente al de aprobar las reglas (32). TESAURO afirma, de igual modo, el carácter complementario e instrumental de la sanción en relación con la norma material, argumento al que se ha sumado la Comisión, que también defiende la ausencia de necesidad de una disposición expresa, en la medida en que el poder de adoptar sanciones deriva de la competencia de la Comunidad para adoptar normas materiales (33).

Por tanto, y a modo de recapitulación, la Comunidad dispone de competencias para adoptar acciones generales contra el fraude basándose en el art. 280 TCE (cuando entre en vigor la reforma de Amsterdam), y medidas específicas con arreglo a las disposiciones sectoriales (34). En defecto de actuación de la Comunidad, o como complemento a la misma, serán los Estados miembros los que, en virtud del deber de cooperación leal, estarán obligados a emplear todos los medios necesarios y por parte

(31) El TJCE había avalado la adopción de sanciones en el ámbito agrícola basándose en los arts. 40.3 y 43.2 TCE. Vid., por ejemplo, el as. 240/90 cit.

(32) Este autor desecha el art. 172 TCE, alegado por ciertos autores, como argumento en el que fundar la competencia sancionadora de la Comunidad porque dicho artículo tiene por objeto atribuir competencia al TJCE para controlar la aplicación de sanciones. Vid. FORNASSIER, R., *loc. cit.*, pp. 404, 406 y 407. Sin embargo, como señala M. WAELBROECK, una interpretación que limitara la jurisdicción del TJCE a las sanciones expresamente previstas por el Tratado (art. 87 TCE), vaciaría de sentido el art. 172 TCE. Por lo tanto, aunque el art. 172 TCE no constituya el fundamento jurídico de la competencia sancionadora de la Comunidad, sí puede implicar la existencia de la misma. Vid. MEGRET, J.: *Le Droit de la Communauté Économique Européen*, Vol. 10, Tome 1, d. de l'Université, Bruxelles, 1983, p. 80.

(33) Vid. TESAURO, G.: «La sanction des infractions au droit communautaire», *RDE* 1992-3, pp. 477 ss., en concreto, p. 503 y la argumentación de la Comisión desarrollada en el informe para la vista del as. C-240/90 cit., Rec. 1992, pp. I-5393 y 5395.

(34) Ciertamente, esto provocará la aplicación de distintos procedimientos decisorios pues, por un lado, se aplicará el procedimiento de codecisión cuando se utilice el art. 280 TCE u otra disposición que lo prevea pero, por otro, el PE sólo participará mediante un dictamen no vinculante cuando la medida afecte a un sector como la PAC. Pero esto es una manifestación de un problema más amplio que no voy a examinar aquí.

de todas las autoridades nacionales (35). Queda excluido el ámbito penal de la lucha contra el fraude, cuyas acciones seguirán bajo la competencia de los Estados, tal como recogen los tratados (36).

3. MEDIDAS ADOPTADAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS INTERESES FINANCIEROS DE LAS COMUNIDADES

Como he señalado anteriormente, la lucha contra el fraude rebasa el mero enfoque represivo-disuasorio de la sanción y comprende otros aspectos como el preventivo, destinado a introducir mejoras en la legislación, el refuerzo de los mecanismos de información y de control, incluida la cooperación con terceros Estados o, finalmente, la recuperación de sumas. A todos estos aspectos dedicaré un examen específico.

(35) Como señala la doctrina, la obligación del art. 5 TCE se extiende a los sistemas de investigación (servicios de inspección, policía) y a la actuación judicial. En este sentido se pronuncia MANGAS MARTÍN, A. en la monografía compartida con LIÑÁN NOGUERAS, D. J.: *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, p. 236.

(36) En efecto, la cooperación penal en esta materia se asigna al pilar intergubernamental. Vid. el art. K.1.5) TUE (Título VI, en el Tratado de Amsterdam). No obstante, es sabido que el Derecho Comunitario influye en numerosos apartados en el derecho penal de los Estados miembros. En la lucha contra el fraude, puede exigir de los Estados la tipificación penal de determinadas infracciones a los intereses financieros, por aplicación del principio de asimilación, o para hacer visible el carácter disuasorio y eficaz de la medida. Entre la numerosa bibliografía sobre las relaciones entre el Derecho Comunitario y el derecho penal vid., entre otros, DELMAS-MARTY, M., *loc. cit.*; TIEDEMANN, K., *loc. cit.*; GRASSO, G.: *Comunità Europee e Diritto Penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati Membri*, Giuffrè, Milano, 1989.

Por otro lado, la reforma de Amsterdam no ha recogido todas las propuestas que se realizaron durante la Conferencia. En particular, la Comisión no ha tenido éxito a la hora de introducir las cuestiones penales y la protección de los intereses económicos (por ejemplo, la falsificación del euro) en el campo de aplicación del art. 280 TCE, ni ha logrado extender su aplicación a los Tratados CECA y EURATOM. En este último aspecto sólo ha conseguido que la Conferencia acordara una Declaración por la que las instituciones de la Comunidad deberán inspirarse en las disposiciones sobre lucha contra el fraude vigentes en el marco del TCE cuando actúen a título del TCECA o del TCEEA (Declaración n.º 41 del Tratado de Amsterdam). Todos estos aspectos los ha señalado FONSECA MORILLO, Fr., en el libro coordinado por él y dirigido por OREJA AGUIRRE, M.: *El Tratado de Amsterdam. Análisis y comentarios*, Volumen I, McGraw-Hill, 1998, pp. 427-428.

3.1. LA ACCIÓN PREVENTIVA

La acción preventiva consiste en adoptar medidas destinadas a eliminar o reducir, en la medida de lo posible, todos aquellos extremos de la legislación que puedan facilitar la comisión de irregularidades. Su principal manifestación consiste en simplificar la normativa comunitaria, pero este objetivo puede lograrse bien actuando desde la fase previa de las propuestas legislativas o bien *a posteriori*, intentando eliminar de la legislación en vigor los elementos que favorecen las irregularidades (37).

Desde esta perspectiva, una de las acciones consiste en someter a un examen del riesgo de fraude a las propuestas que se presenten (38). Esta aproximación se ha estado realizando desde abril de 1990 y se efectúa mediante la inclusión, en las fichas financieras que acompañan las propuestas que tengan incidencia presupuestaria, de una evaluación sobre la vulnerabilidad de la medida proyectada frente al fraude (39). Es lo que FAUCHERAND denomina «sensibilidad al fraude» (40).

La otra vertiente de la estrategia preventiva consiste en simplificar la

(37) Uno de los principales impulsores de la estrategia preventiva ha sido el PE que, en diversas ocasiones, ha llamado la atención sobre la diversidad, complejidad y ambigüedad de la legislación comunitaria, invitando a la Comisión a examinar en profundidad toda la legislación con el fin de suprimirla o simplificarla drásticamente. A esta aproximación se han sumado luego otras instancias. Vid. la Resolución del PE de 13.4.89 cit., puntos 3 y 11, las conclusiones del Ecofin sobre la lucha contra el fraude de 23.11.92 y de 7.6.93, *Bol. CE* 1992-11, punto 1.6.14, p. 112 y *Bol. CE* 1993-6, punto 1.5.12, p. 134 y el Informe del Tribunal de Cuentas sobre el ejercicio de 1995 cit., punto 0.32, p. 9.

(38) Parte de la doctrina resalta que el proceso decisorio favorece la complejidad de la legislación ya que la Comisión se ve obligada a introducir múltiples adiciones a los textos con el fin de obtener una decisión aceptable para la mayoría de los miembros del Consejo. Vid. GOYBET, C.: «La fraude au budget communautaire: mythes et réalités», *RMC* 1995, n.º 388, p. 287.

(39) Vid. el Informe de la Comisión sobre la lucha contra el fraude durante 1990 cit., p. 41 y el Informe de la Comisión sobre la lucha contra el fraude en el ejercicio de 1992, *COM* (93) 141 final, Bruselas, 20.4.93, p. 36. El Consejo también ha apoyado esta iniciativa. Vid. la Declaración del Ecofin de 8.7.91 sobre la lucha contra el fraude en perjuicio del presupuesto de las Comunidades, *Bol. UE* 1991-7/8, p. 122, punto 1.5.11.

(40) FAUCHERAND, P.: «La lutte contre la fraude douanière: un impératif pour l'Union européenne», *Revue du Marché Unique Européen* 1995-1, pp. 75 ss., en concreto, p. 79.

legislación comunitaria en vigor con el fin de eliminar aquellos aspectos que, debido a su diversidad, complejidad o ambigüedad, pueden favorecer la realización de fraudes o dificultar considerablemente el control y la gestión de los recursos. A este respecto, se creó un grupo de expertos (también denominado «Grupo Lachaux») encargado de revisar y de hacer propuestas destinadas a simplificar la legislación agrícola (41). En su labor ha encontrado un firme apoyo en el Tribunal de Cuentas porque la labor de fiscalización que lleva a cabo le permite detectar los puntos oscuros, favorables o permisivos del fraude en cada sector (42). Los progresos en esta materia parecen visibles. Así, con el fin de simplificar las restituciones a la exportación en el sector de la carne de bovino, se procedió a reagrupar a los países de destino en zonas menos numerosas hasta reducir las 254 líneas arancelarias existentes a 164 (43).

3.2. LA RECOPIACIÓN DE INFORMACIÓN Y EL REFUERZO DE LOS SISTEMAS INFORMATIZADOS

Esta acción tiene un carácter marcadamente horizontal porque su utilidad abarca todos los aspectos que conciernen al fraude. El derecho derivado prevé en este sentido la obligación de los Estados miembros de suministrar a la Comisión todos los documentos, informes y demás datos útiles. Se trata así de centralizar la información y de reforzar los sistemas informatizados con el fin de conocer mejor el contexto en el que se de-

(41) Vid. el documento *La lutte contre la fraude. Rapport sur les travaux et les progrès réalisés pour l'anne 1989*, SEC (90) 156 final, Bruselas, 31.1.90, punto 3.1.1.

(42) Un ejemplo lo constituye la investigación efectuada a propósito del tabaco crudo. El Tribunal comprobó que una empresa española de transformación había adquirido 1.750 toneladas de tabaco Burley E comercializándolas como Burley F para recabar más ayudas. Como era imposible establecer diferencias físicas entre las dos clases de tabaco, el Tribunal propuso unificar el régimen de ayudas para ambas variedades. Vid. el Informe especial del Tribunal de Cuentas n.º 8/93 sobre la organización del mercado del tabaco crudo, C 65/94, p. 19, puntos 3.59 y 3.60.

(43) Vid. el punto 3.1.1 del Informe cit. en nota 42. Otra faceta de la simplificación puede consistir en reducir drásticamente los documentos que deben examinar los servicios competentes a fin de que puedan dedicar más tiempo y recursos al control del fraude. Esta orientación se ha aplicado, en particular, al régimen de tránsito comunitario, mediante la supresión de varios documentos que debían presentarse en las fronteras interiores (*ibidem*, p. 51).

senvuelven las irregularidades y explotar esa información, en particular, a la hora de efectuar investigaciones sobre operaciones sospechosas (44).

El contenido de la información es muy amplio: las causas más habituales de irregularidad, los nuevos métodos empleados, las carencias y lagunas que se hayan observado en la normativa, las sanciones infligidas o los problemas presentados a la hora de recuperar los recursos comunitarios, etc. Tomemos como ejemplo la PAC. Inicialmente, los Estados estaban obligados a suministrar únicamente datos generales sobre las medidas adoptadas en materia de control y de recuperación de ayudas. Las sucesivas modificaciones introducidas han consistido, esencialmente, en exigir una información más pormenorizada sobre los procedimientos administrativos o judiciales incoados (fecha y fuente de la primera información, personas físicas o jurídicas implicadas,...) y en reforzar los datos sobre las irregularidades con efectos transnacionales o que impliquen la utilización de un nuevo método de fraude (45). En el ámbito de los fondos estructurales se ha producido

(44) La Comisión cuenta, además, con una línea de teléfono gratuita en la que se puede facilitar información sobre presuntos casos de fraude. En ocasiones, también se premia a los informantes que suministren datos, aunque este mecanismo se ha empleado hasta el momento con mesura, en concreto, sólo se han remunerado tres casos durante el período 1995-1997. Vid. el punto 3.37 del Informe especial n.º 8/98 del Tribunal de Cuentas sobre los servicios de la Comisión encargados de combatir el fraude, en especial la «Unidad de coordinación de la lucha contra el fraude» (UCLAF), C 230/98, p. 14.

(45) La reglamentación original en materia de información sobre las irregularidades cometidas en el ámbito de la PAC se halla recogida en el art. 8.1 del Reglamento (CEE) n.º 729/70 del Consejo, de 21.4.70, sobre la financiación de la Política Agrícola Común, L 94/70, *EE* 03/03, p. 220. A partir de aquí se ha aprobado otro Reglamento [vid. los arts. 3, 4 y 5 del Reglamento (CEE) n.º 283/72, L 36/72, *EE* 03/05, p. 161], derogado por el art. 3 del Reglamento (CE) 595/91 del Consejo, de 4.3.91, relativo a las irregularidades y a la recuperación de las sumas indebidamente pagadas en el marco de la financiación de la política agraria común, así como a la organización de un sistema de información en este ámbito, y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n.º 283/72, L 67/91, p. 11. Es preciso aclarar que, en ocasiones, determinadas informaciones están sujetas a la aprobación de la autoridad judicial, en particular, cuando el caso se halla sometido al secreto de las instrucciones. Por otro lado, y al margen de esta obligación general, a veces la información puede reforzarse mediante la aprobación de Reglamentos que prevean el incremento de controles en un determinado sector. Vid., por ejemplo, los arts. 3 y 8 de l Reglamento (CEE) n.º 2048/89 del Consejo, de 19.6.89, por el que se establecen las normas generales relativas a los controles en el sector vitivinícola, L 202/89, p. 32.

En el ámbito de los recursos propios, la información también ha progresado en términos parecidos, obligando a los Estados a suministrar a la Comisión los datos

una evolución paralela (46). Lo mismo puede afirmarse a propósito de la asistencia aduanera donde, además, se ha creado un Sistema de Información Aduanero (SIA), un banco central de datos que resulta accesible a terminales situadas en todos los Estados miembros y a la Comisión (47). El desarrollo de los sistemas informatizados es, precisamente, uno de los elementos clave en los que insiste la Comisión en los últimos años, como medio eficaz e indispensable para la represión del fraude (48).

A pesar de todos estos esfuerzos, la situación actual dista de ser satisfactoria. Al margen de los casos en que la información se transmite demasiado tarde, la Comisión lamenta en varias ocasiones la falta de colaboración de los Estados miembros y tiene la impresión de que sólo comunican parte

con que cuenten sobre el tipo de fraude o irregularidad descubierta, su importe, el método, etc. Vid. el art. 5.d) del Reglamento (Euratom, CE) n.º 1335/96 del Consejo, de 8.7.96, L 175/96, p. 3.

(46) Vid. los arts. 1, 4 y 5 del Reglamento (CE) n.º 1681/94 de la Comisión, de 11.7.94, relativo a las irregularidades y a la recuperación de las sumas indebidamente abonadas en el marco de la financiación de las políticas estructurales así como a la organización de un sistema de información en esta materia, L 178/94, p. 43 y los arts. 3 y ss. del Reglamento (CE) n.º 1831/94 de la Comisión, de 26.7.94, relativo a las irregularidades y a la recuperación de las sumas indebidamente abonadas en el marco de la financiación del Fondo de Cohesión, así como a la organización de un sistema de información en este ámbito, L 191/94, p. 9.

(47) Vid. el art. 14 del Reglamento (CEE) n.º 1468/81, L 144/81, EE 02/08, p. 250, el nuevo art. 14 *bis* introducido por el Reglamento (CEE) n.º 945/87, L 90/87, p. 3 y, finalmente, los arts. 23-41 del Reglamento (CE) n.º 515/97 del Consejo, de 13.3.97, relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria, L 82/97, p. 1. El SIA también será utilizado en el marco de la cooperación intergubernamental cuando entre en vigor el Convenio de 26.7.95 relativo a la utilización de la tecnología de la información a efectos aduaneros, C 316/95, p. 34 (arts. 2 y ss.).

(48) Además del SIA, que tiene la ventaja de conectar a muchas terminales y de facilitar la traducción inmediata y automática de los mensajes en la lengua del destinatario, en el ámbito aduanero también se encuentra el SCENT (*System of Customs Enforcement Network*), que favorece la rapidez y seguridad de las comunicaciones a través de un sistema de mensajería electrónica que envía los mensajes codificados y los descodifica cuando llegan al destinatario. Vid. FAUCHERAND, P., *loc. cit.* pp. 89-90. Al margen de ellos, existen otros sistemas informatizados de carácter especializado como el IRENE (Irrégularités, Enquêtes, Exploitation) y el DAF (Documentation Antifraude). Sobre esta cuestión vid. el Informe de la Comisión sobre la lucha contra el fraude durante 1992 cit., pp. 36-37, punto 4.

de los casos en que se detectan irregularidades (49). Esto ha originado que los sistemas informatizados implantados con tal fin sean incompletos e incluso que algunos sean abandonados por falta de colaboración (50).

3.3. EL PROGRESIVO REFUERZO DE LOS MECANISMOS DE CONTROL E INVESTIGACIÓN

3.3.1. *El control efectuado por los Estados miembros*

Pocas líneas comunes pueden avanzarse sobre el control que llevan a cabo los Estados miembros en esta materia. Ciertamente, los Estados tienen la obligación de controlar la regularidad y veracidad de las operaciones financiadas con recursos financieros comunitarios pero en esta cuestión también se ha optado por una aproximación sectorial, quizá con el fin de adaptar los controles a las peculiaridades de cada política o acción comunitaria (51). La regla general la constituye, por tanto, la ausencia de uniformidad. Cada sector y, en ocasiones, reglas específicas dentro de ellos, regulan de manera más o menos pormenorizada los mecanismos de control que deben aplicar los Estados miembros. Por ello, en este apartado me limitaré a realizar consideraciones generales que permitan poner de relieve los progresos alcanzados y los principales problemas que se han detectado.

La línea general que puede apreciarse es la de un refuerzo progresivo de los distintos aspectos que atañen al control, a medida que la Comisión o el Tribunal de Cuentas detectaban deficiencias estructurales. Ambas instituciones han puesto de relieve en diversas ocasiones carencias que afectaban a los sistemas de control estatales: la escasez de personal cualifica-

(49) Además, la Comisión considera que la normativa comunitaria sobre esta cuestión carece de uniformidad y es muy diversificada en cuanto a la calidad de la información, su alcance o los destinatarios posibles de la información. En este sentido vid. el Informe anual de la Comisión sobre 1992 cit., p. 10. El desarrollo de los sistemas informáticos tropieza con dificultades derivadas del secreto fiscal. Así lo señalan SHERLOCK, A., HARDIN, Ch., *loc. cit.*, p. 27.

(50) Así ha ocurrido con el DAF, según precisa el Informe del Tribunal de Cuentas n.º 8/98 cit., pp. 13-15.

(51) Así lo establece el Reglamento relativo a la protección de intereses financieros, que remite a la legislación sectorial en lo que respecta a la naturaleza y frecuencia de los controles. Vid. el considerando 3 y el art. 8 del Reglamento 2988/95 cit.

do o de medios materiales (balanzas de peso, etc.), la superposición de las competencias de control en varias instancias dentro de un mismo Estado miembro, el incumplimiento del número mínimo de controles que exige la legislación comunitaria... (52).

Para verificar en qué medida ha evolucionado este tema, me parece oportuno centrar la atención en uno de los sectores más importantes del presupuesto: el FEOGA-Garantía (53). La legislación original es muy parca en sus disposiciones y se limita básicamente a prever un control de los documentos comerciales de las empresas que, por su importancia financiera, sean las más representativas del sector. Los siguientes pasos que se dan fortalecen los métodos de control, la frecuencia y las condiciones en que se realizan. Por un lado, se refuerzan las obligaciones de las empresas, que deberán conservar su documentación comercial durante tres años, y ponerla a disposición de los agentes de control (incluidos los datos almacenados informáticamente). Por otro lado, se les exige suministrar todos los documentos pertinentes, aunque dicha empresa (o filiales) se halle en un Estado distinto a aquél del que recibió los fondos del FEOGA-G o incluso fuera del territorio de la Comunidad.

Los criterios de control también experimentan un cambio porque los Estados deben elaborar sus programas de control utilizando técnicas de análisis de riesgo. Con ello se atienden las peticiones del Tribunal de Cuentas, que había detectado que los controles físicos de los Estados no respondían a criterios rigurosos como la fiabilidad de las empresas o las cantidades en juego (54). En fin, también son objeto de atención las ins-

(52) Así lo señalan los siguientes estudios: el Informe del Tribunal de Cuentas relativo al ejercicio 1987 cit., pp. 18, 69, 75 y 76, el Informe especial n.º 2/90 cit., p. 5 y el Rapport concernant les activités du corps d'agents spécifiques de la Commission pour le contrôle des produits viti-vinicoles (1er mai 1991-30 avril 1992), SEC (92) 2014 final, Bruxelles, le 5 novembre 1992, p. 7.

(53) La legislación que voy a analizar en los párrafos siguientes está constituida por las siguientes normas: Directiva 77/435/CEE del Consejo, de 27.6.77, L 172/77, p. 17 (EE 03/12, p. 230), derogada por el Reglamento (CEE) n.º 4045/89 del Consejo, de 21.12.89, L 388/89, p. 19, modificado por el Reglamento (CE) n.º 3094/94 del Consejo, de 12.12.94..., relativo a los controles, por los Estados miembros, de las operaciones comprendidas en el sistema de financiación por el Fondo Europeo de Orientación y Garantía Agraria, sección Garantía, L 328/94, p. 1.

(54) Así lo señala el Informe del Tribunal de Cuentas relativo al ejercicio de 1987 cit., p. 69. También la Comisión había subrayado la necesidad de utilizar los análisis de riesgo y un control selectivo de las empresas. Vid. el Informe de la Comisión sobre la lucha contra el fraude durante 1992 cit., pp. 28-29, punto 2.1.

tancias de control. Las sucesivas modificaciones imponen a los Estados la obligación de crear cuerpos específicos de agentes encargados del control, que tengan la formación y la independencia necesarias para desempeñar correctamente sus funciones (55). Para estimular el cumplimiento de estos compromisos, la Comunidad contribuye a sufragar los gastos de personal, de formación o de material suplementarios (56). Este esfuerzo normativo y financiero parece dar sus frutos ya que varios Estados han creado progresivamente unidades específicas para luchar contra el fraude en los ámbitos aduanero, fiscal o general (57).

Otra llamativa aportación la constituye la denominada «lista negra» (58). Este instrumento insta una vigilancia más estricta sobre los operadores que, beneficiándose de los recursos del FEOGA-G, gozan de escasa fiabilidad. El sistema consiste básicamente en el intercambio de comunicación sobre esos operadores entre los Estados y la Comisión, en reforzar la severidad de los controles y en adoptar sanciones que van desde la suspensión temporal hasta la exclusión del beneficio o ventaja (59). Lamentablemente, el sistema es, hasta el momento, más llamativo que eficaz, porque los Estados han efectuado pocas comunicaciones y no se han adoptado medidas sobre los operadores en cuestión (60).

(55) Así se atendía la preocupación expresada por el Tribunal de Cuentas, que en alguna ocasión había constatado que, por ejemplo en Alemania, los funcionarios que concedían las ayudas también se ocupaban del control, por lo que carecían de la independencia necesaria para desempeñar su tarea con rigor. Vid. el Informe del Tribunal de Cuentas relativo al ejercicio 1993 cit., punto 2.114, p. 61.

(56) Vid los considerandos 10 y 11 y los arts. 11 y 13-15 del Reglamento 4045/89 cit.

(57) Así lo señala el punto 3.1 del Informe de la Comisión sobre la lucha contra el fraude durante 1997 cit., p. 34.

(58) Se trata del Reglamento (CEE) n.º 1469/95 del Consejo, de 22.6.95, relativo a las medidas que deben adoptarse en relación con determinados beneficiarios de operaciones financiadas por la sección Garantía del FEOGA, L 145/95, p. 1. Vid. EPPE, Fr.: «La «liste noire», nouvel instrument dans la lutte anti-fraude en matière de subventions agricoles», *RMC* 1996, n.º 403, pp 725 ss.

(59) Para determinar la falta de fiabilidad del operador es preciso que exista una resolución definitiva, administrativa o judicial, que constata la comisión de una irregularidad o, al menos, que haya sido recriminado por alguna de esas instancias basándose en hechos concretos. El sistema está rodeado de varias garantías generales como el derecho de audiencia y el principio de proporcionalidad. Vid. los 1, 3 y 4 del Reglamento 1469/95 cit.

(60) Vid. el Informe al Parlamento Europeo y al Consejo sobre la aplicación del Reglamento n.º 1469/95 (lista negra), *COM* (97) 417 final, Bruselas, 25.7.97,

En otros sectores importantes, como los fondos estructurales, la normativa está menos desarrollada y se limita a establecer criterios generales sobre los sistemas de gestión y control de los Estados, aunque la evolución también tiende a precisar y reforzar sus obligaciones (61).

3.3.2. *El control que lleva a cabo la Comisión. La cooperación de los Estados miembros*

Si la legislación sobre los controles de los Estados miembros carece de uniformidad, otro tanto puede afirmarse respecto a la Comisión, porque también hay que remitirse a la normativa sectorial (62). No obstante, de manera progresiva se han delineado unos principios que han alcanzado cierta generalidad. Los elementos básicos están recogidos en el Reglamento 2185/96, marco jurídico global elaborado a partir de las directrices que se habían ido consolidando en la legislación sectorial. Como punto de partida conviene señalar que, en materia de control, la Comisión actúa a través de dos mecanismos: impulsando la realización de controles por parte de los Estados o llevando a cabo ella misma, con la colaboración de los Estados, controles *in situ*.

Respecto a la primera función, la Comisión dispone de la facultad de

p. 2. La Comisión también ha revelado que a finales de 1997 sólo se habían comunicado una docena de operadores no fiables. Así lo señala el punto 3.3 del Informe sobre la lucha contra el fraude durante 1997 cit.

(61) Vid. el art. 23.1 del Reglamento (CEE) n.º 4253/88 del Consejo, de 19.12.88, por el que se aprueban las disposiciones de aplicación del Reglamento (CEE) n.º 2052/88, en lo relativo, por una parte, a la coordinación de las intervenciones de los Fondos estructurales y, por otra, de éstas con las del Banco Europeo de Inversiones y con las de los demás instrumentos financieros existentes, L 374/88, p. 1 y los arts. 2 y 3 del Reglamento (CE) n.º 2064/97 de la Comisión, de 15.10.97, por el que se establecen las disposiciones de aplicación del Reglamento 4253/88, L 290/97, p. 1.

(62) El art. 9.2 del Reglamento 2988/95 cit. subraya que la Comisión podrá llevar a cabo controles y verificaciones *in situ* en las condiciones previstas en las normativas sectoriales. Por su parte, el art. 1 del Reglamento 2185/96 cit., aunque afirma su aplicabilidad al conjunto de los sectores de actividad de las Comunidades (CE y EURATOM), deja a salvo lo dispuesto por la normativa sectorial. En cualquier caso, la realización de estos controles por parte de la Comisión despertó reticencias en ciertos Estados miembros por la multiplicidad de los controles, invocándose al respecto el principio de subsidiariedad. Así lo señala, basándose en un informe de la delegación de la Asamblea Nacional francesa, SIMONE, Wh., *op. cit.*, p. 59.

ordenar la verificación de la conformidad de las prácticas administrativas con las normas comunitarias, la existencia de los justificantes necesarios y la concordancia con los ingresos y gastos de las Comunidades, así como el examen de las condiciones en las que se realizan las operaciones financieras. Esta facultad general, prevista en el Reglamento sobre la protección de intereses financieros, no es más que una copia literal de la normativa sectorial adoptada bastantes años atrás en el marco de la PAC y de los recursos propios (63).

Mayor relevancia presenta la segunda función, en la que es la propia Comisión la que realiza el control, o como ocurre con mayor frecuencia, asociándose y actuando de manera conjunta con los Estados. A modo de presentación, pueden mencionarse varios principios generales que enmarcan el contexto general en el que interviene la Comisión, concretamente, los principios de complementariedad (o subsidiariedad), eficacia, cooperación leal e igualdad de trato de los agentes de la Comisión (con muchos matices, como comprobaremos posteriormente).

El *principio de complementariedad* se aplica a la hora de determinar las circunstancias que permiten a la Comisión la realización de controles *in situ*. Como señala esta misma institución, su papel no consiste en reemplazar los controles de los Estados miembros, que son los que cuentan con los medios materiales y las prerrogativas necesarias, sino que reside esencialmente en vigilar, impulsar, coordinar y reforzar la acción que llevan a cabo los mismos (64). Esta orientación se manifiesta claramente cuando se enumeran los supuestos en los que la Comisión puede efectuar los controles: cuando se trate de irregularidades graves, con efectos transnacionales o en las que puedan estar implicados operadores económicos que actúen en varios Estados miembros, cuando sea preciso reforzar los controles en un Estado miembro y, finalmente, cuando sea el propio Estado el que lo solicite (65). En cierta medida, se está haciendo una velada alusión al principio de subsidiariedad, como lo indica el hecho de que se

(63) Vid. el art. 9.1 del Reglamento 2185/96 cit., el art. 9.2 del Reglamento 729/70 cit. y, en materia de recursos propios, el art. 18.2 del Reglamento 1552/89. En otras ocasiones, la redacción parece presentar un carácter menos vinculante, como ocurre en los fondos estructurales, en los que la Comisión sólo puede solicitar la inclusión, en los programas de control de los Estados, de una categoría particular de empresas, y únicamente en casos excepcionales. Vid. el art. 10 del Reglamento 4253/88 cit.

(64) Así lo señala el punto 20 del Informe de la Comisión cit. en nota 9.

(65) Vid. el art. 2 del Reglamento 2185/96 cit.

incluya a las irregularidades transnacionales o con implicación de varios Estados miembros. Más explícito resulta el considerando 7, cuando advierte que la aplicación del Reglamento se supedita a que los objetivos perseguidos no puedan realizarse plenamente mediante la actuación individual de los Estados y se ejecuten mejor a escala comunitaria.

La complementariedad también está conectada con la *eficacia* de los controles. El Reglamento intenta evitar la duplicidad de los controles que lleve a cabo la Comisión, situación que puede originarse por su simultaneidad con controles previstos en la legislación sectorial o nacional. Para evitarlo, se atribuye a la Comisión una función de coordinación, recogiendo así la experiencia habida en los fondos estructurales (66).

El principio de *colaboración leal* también preside la actuación de la Comisión y de los Estados miembros y se manifiesta de diversas formas. Así, cuando la Comisión coordine los controles, deberá hacerlo en estrecha colaboración con los Estados miembros, informándoles con tiempo suficiente para que puedan prestarle la ayuda necesaria. De igual modo, los Estados deben adoptar todas las medidas necesarias para obligar a los operadores económicos a que permitan el acceso de los inspectores de la Comisión a los locales, terrenos, medios de transporte y demás lugares de uso profesional (67).

En la práctica, la Comisión prefiere recurrir a la coordinación de acciones conjuntas. Esta función, que es esencial cuando la Comisión se asocia a un Estado miembro en una investigación determinada, también se contempla en la normativa cuando, por la índole de la cuestión, se precisa la colaboración entre varios Estados miembros (68). Pero su relevancia destaca sobremanera cuando se atiende a los datos concretos. Al parecer, aunque la cooperación entre la Comisión y los Estados miembros se

(66) Vid. los arts. 23.3 del Reglamento 4253/88 cit. y 2 del Reglamento 2185/96 cit.

(67) Vid. los arts. 4, 5 y 9 del Reglamento 2185/96 cit. Ambas previsiones también estaban recogidas en la legislación anterior. Vid. el art. 9.2 del Reglamento 729/70 (PAC), el art. 32.2 del Reglamento 4253/88 (Fondos estructurales), el art. 6 del Reglamento 2048/89 (sector vitivinícola) y el art. 6 del Reglamento (CEE) n.º 1116/88 de la Comisión, de 20.4.88, relativo a las modalidades de ejecución de las decisiones de ayuda para proyectos relativos a acciones comunitarias para la mejora y adaptación de las estructuras del sector de la pesca y de la acuicultura y de acondicionamiento de la franja costera, L 112/88, p. 1.

(68) Así lo recoge, por ejemplo, el art. 1.13) del Reglamento 3094/97 cit. (FEOGA-G) y el art. 11 del Reglamento 2048/89 cit. (sector vitivinícola).

ciñe únicamente al 3 % del total de las investigaciones sobre irregularidades representan, sin embargo, más de la mitad de los importes globales del fraude descubierto. Este dato muestra la importancia de estrechar los vínculos entre ambas instancias (69).

Finalmente, señalaba al comienzo de este apartado que la normativa establece, con matices, un tratamiento idéntico de los agentes de la Comisión en relación con los inspectores nacionales (70). Esta orientación se manifiesta tanto en los medios que pueden ejercer como en lo que concierne al valor probatorio de sus informes. En efecto, el Derecho Comunitario atribuye a los inspectores de la Comisión la facultad de acceder, en las mismas condiciones que los inspectores nacionales, a toda la información y documentación sobre las operaciones y le confiere el derecho a utilizar los mismos medios materiales de control (71). Por otro lado, sus informes constituyen medios de prueba ante los procedimientos administrativos o judiciales, en los mismos términos y condiciones que los informes elaborados por los inspectores administrativos nacionales (72). El objetivo de esta previsión es remover los obstáculos que el derecho nacional pueda establecer sobre la transmisión de la información o el valor probatorio de los informes de los agentes de la Comisión.

Ahora bien, esta igualdad sólo es relativa porque está supeditada al cumplimiento y respeto de la legislación nacional (73). Este límite gene-

(69) Datos extraídos del Informe de la Comisión sobre la lucha contra el fraude durante 1997 cit., puntos 3.2 y 5.1.

(70) Es lo que algún autor denomina principio de equiparación. Vid. MARTÍN NIETO, A.: *Fraudes comunitarios (Derecho Penal Económico europeo)*, Praxis, Barcelona, 1996, p. 24.

(71) El derecho de acceder a los documentos de las empresas supone recoger la jurisprudencia del TJCE en materia de derecho de la competencia, según señala MARTÍN NIETO, A., *ibidem*, pp. 25-26.

(72) Así lo señalan los arts. 7 y 8.3 del Reglamento 2185/96 cit. Esa igualdad de acceso a la documentación también se preveía con anterioridad, por ejemplo, en el art. 18.3 del Reglamento (CE, EURATOM) n.º 1552/89 del Consejo, de 29.5.89, por el que se aplica la Decisión 88/376/CEE, Euratom relativa al sistema de recursos propios de las Comunidades, L 155/89, p. 1.

(73) Vid. los arts. 6 y 7 del Reglamento 2185/96 cit. El Tribunal de Cuentas ha puesto de relieve la complejidad de este mecanismo, en la medida en que la UCLAF ha de cumplir con una normativa dispar, en función de la legislación de cada Estado miembro y de los órganos con los que se relacione. Esta situación podría agravarse con la futura ampliación. Vid. el Informe especial n.º 8/98 cit., puntos 3.21 y 3.22.

ral no se explica convenientemente en el Reglamento sobre controles *in situ* pero sí cabe deducir algunas claves de la legislación sectorial. En varios Reglamentos la igualdad de trato se exceptúa en algunos casos, de forma que los inspectores de la Comisión no pueden ejercer los mismos poderes de control que los agentes nacionales, tienen prohibido realizar visitas a domicilio y no pueden participar en el interrogatorio formal de personas, en el marco de la ley penal de los Estados miembros (74). Sin embargo, deberá ponerse a disposición de los inspectores de la Comisión toda la información que se reúna a través de esos medios.

Por último, conviene señalar que en algunos casos muy concretos, la Comisión también ha procedido a crear cuerpos especializados de investigación (75), aunque su experiencia ha tenido aspectos positivos y negativos (76).

(74) Así lo señala el art. 6 del Reglamento 595/91 (PAC) cit. y el art. 1.18) del Reglamento 3094/94 cit. (FEOGA-G).

(75) La doctrina ha hecho referencia a la diversificación de los controles que se realizan en la política de lucha contra las irregularidades y las investigaciones especiales que, con carácter más sistemático, ha efectuado la Comisión a partir de 1975 (sobre todo, en sectores sensibles como la crema de leche y las carnes de vacuno y de cerdo). Vid. FLAESCH-MOUGIN, C.: «La CEE et la lutte contre les fraudes au detriment du budget communautaire», *CDE* 1983, pp. 393 ss., en concreto, p. 404.

(76) Una de las ocasiones más llamativas fue la creación de un cuerpo para reforzar los controles en el sector vitivinícola y hacer frente a las numerosas irregularidades que se habían manifestado en ese sector (vid. los considerandos 2 y 4 del Reglamento 2048/89 cit.). Aunque los resultados de esta experiencia han sido, en general, buenos, también debe advertirse su limitada eficacia. El principal problema que se ha planteado es que la Comisión ha tenido que recurrir a la contratación de agentes auxiliares, de carácter temporal, a la hora de formar ese cuerpo. Esto ha originado que la Comisión se replantee el enfoque y anuncie que, en caso de no encontrar una solución que le permita formar un cuerpo permanente de funcionarios especializados, deberá renunciar a seguir esta orientación en el futuro. Así lo señala informe de la Comisión sobre esta experiencia cit. en nota 52, p. 4. El Tribunal de Cuentas apoya las pretensiones formuladas por la Comisión, aludiendo a la discontinuidad que provoca el hecho de que la mitad del personal contratado por la UCLAF tenga carácter temporal. Vid. los puntos 1.4 y 3.2 a 3.4 del Informe especial n.º 8/98 cit.

3.3.3. *La colaboración entre los Estados miembros en materia de control*

En este apartado voy a centrarme en la colaboración entre los Estados miembros en orden a proteger los intereses financieros de la Comunidad que concierne, fundamentalmente, a tres ámbitos: los impuestos directos e indirectos, las operaciones del FEOGA-G y la asistencia aduanera. Tres sectores distintos en los que existe, una vez más, una normativa propia.

El fundamento jurídico de la ayuda mutua también reside en el deber de cooperación leal que, en otra de sus muchas facetas, puede implicar que los Estados miembros colaboren entre sí con el fin de proteger los intereses comunitarios (77). El mismo art. 209 A TCE hace referencia a la necesidad de que los Estados coordinen sus acciones, aunque esta previsión también se encontraba recogida en alguna norma sectorial (78). Pero, más allá de lo jurídico, es la propia realidad la que impone la asistencia mutua. En efecto, como señala la legislación aplicable, la colaboración entre los Estados viene impulsada por la dimensión transnacional del fraude, por la estructura internacional del comercio agrícola, por el hecho de que las empresas están establecidas en distintos Estados miembros o porque la colaboración bilateral es incapaz de hacer frente al fraude (79).

(77) De hecho, la doctrina ha interpretado el pronunciamiento del TJCE en el asunto *Matteucci* en el sentido de que los Estados miembros, en sus relaciones mutuas, deben tener en cuenta el interés comunitario. Así lo señala, por ejemplo, DURAND, Cl.-Fr. en MEGRET, J.: *Le Droit de la Communauté Économique Européenne*, vol. I, 2.^a ed., Ed. de l'Université, Bruxelles, 1992, pp. 40-41.

(78) «Conviene intensificar la colaboración de las administraciones fiscales en interés de la Comunidad». Vid. el considerando 4 de la Directiva 77/799/CEE del Consejo, de 19.12.77, relativa a la asistencia mutua entre las autoridades competentes de los Estados miembros en el ámbito de los impuestos directos, L 366/77, p. 15 (EE 09/01, p. 94). Inicialmente restringida a los impuestos directos, ha sido modificada en dos ocasiones para incluir también al IVA y a los impuestos indirectos sobre el tabaco, las bebidas alcohólicas y los hidrocarburos. Vid. las Directivas 79/1070/CEE del Consejo, de 6.12.79, L 331/79, p. 8 (EE 09/01, p. 114) y 92/12/CEE del Consejo, de 15.2.92, L 76/92, p. 1. También en este ámbito se ha reforzado la cooperación entre los Estados miembros con el fin de facilitar el intercambio de información. Vid. el Reglamento (CEE) n.º 218/92 del Consejo, de 27.1.92, sobre cooperación administrativa en materia de impuestos indirectos (IVA), L 24/92, p. 1.

(79) Vid. el considerando 3 de la Directiva 77/799/CEE cit. y el considerando 8 del Reglamento 4045/89 cit. (FEOGA-G).

Los mecanismos de cooperación divergen de unos sectores a otros aunque, naturalmente, también existen puntos comunes. En el ámbito de la fiscalidad directa e indirecta, la normativa es muy rudimentaria y esboza levemente el deber de los Estados de intercambiar las informaciones necesarias y la posibilidad de que inicien investigaciones tendentes a la obtención de esa información. No se detalla la información ni se pormenorizan los controles en una Directiva que, por lo demás, permanece inmutable desde hace más de veinte años, salvo en lo que respecta a su ámbito de aplicación. Ciertamente, nos encontramos ante un caso especial, pues el IVA no constituye un recurso percibido por cuenta de la Comunidad, pero parte de la doctrina no encuentra plenamente justificada esta distinción con los recursos propios tradicionales (80).

Más exigente es la legislación aplicable al FEOGA-G. El Derecho comunitario establece la obligación de los Estados miembros de iniciar, a instancia de otro, las investigaciones necesarias mediante el principal instrumento utilizado en este ámbito, es decir, el control de los documentos comerciales de las empresas beneficiarias del Fondo. Las circunstancias que hacen surgir la obligación de asistencia han evolucionado y ya no abarca solamente el supuesto de que la empresa esté establecida en un Estado miembro distinto al que solicita el control, sino también al hecho de que la documentación necesaria se encuentre en otro Estado miembro. Además, se ha reforzado la obligación de información y se han establecido plazos concretos y máximos en los que se debe responder a la solicitud de control (81).

En el ámbito aduanero, la colaboración administrativa responde a trazos específicos. Como señala FAUCHERAND, la liberalización de los intercambios internacionales exige la eliminación de los obstáculos y la reducción de los costes, por lo que los métodos de control deben adaptarse y ser tan eficaces como sea posible (82). La legislación aplicable potencia la asistencia mutua entre los Estados en orden a garantizar la correcta aplicación de las regulaciones aduanera y agrícola. En su origen, se regulaba fundamentalmente en acuerdos bilaterales y en el Convenio de Nápoles de 1967, instrumento en el que se va a inspirar la normativa comunita-

(80) FLAESCH-MOUGIN, C., *loc. cit.*, p. 429.

(81) Vid. los arts. 7 de la Directiva 77/435/CEE y del Reglamento 4045/89, que deroga a la anterior, así como el art. 1.13) del Reglamento 3094/94 *cits*.

(82) FAUCHERAND, P., *loc. cit.*, p. 79.

ria (83). Éste es precisamente uno de sus principales logros, el haber conseguido integrar en el marco comunitario relaciones que hasta entonces se desarrollaban en un marco bilateral o multilateral, pero en todo caso intergubernamental (84).

El Derecho Comunitario distingue entre la asistencia espontánea de los Estados y la que se produce a instancia de otro Estado miembro. Es ésta última la que nos interesa más porque, al margen de facilitar el intercambio de información y documentación, incluye la posibilidad de realizar labores de vigilancia especial sobre personas, mercancías, movimientos de mercancías o medios de transporte. Quizá lo más llamativo sea la amplitud con la que se conciben ambas posibilidades porque no se precisa justificar en exceso la solicitud de asistencia sino que basta con que afecte a operaciones, personas o mercancías de las que «razonablemente» quepa prever que tienen por objeto cometer irregularidades (85).

Sentadas las líneas generales, cabe observar que el principal instrumento de colaboración entre los Estados consiste en la obligación de realizar investigaciones a instancia de cualquier otro Estado miembro. El control

(83) La doctrina señala que se ha producido una comunitarización del Convenio de Nápoles. En este sentido, FLAESCH-MOUGIN, C., *loc. cit.*, p. 427. Sobre el origen y la evolución de la asistencia aduanera vid. JACQUEMART, C.: «L'entraide douanière entre les États membres», *RMC* 1977, pp. 300 ss. El texto del Convenio de Nápoles puede consultarse en el *BOE* n.º 206, de 29.8.89. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que será derogado cuando entre en vigor el Convenio de 18.12.97 relativo a la asistencia mutua y a la cooperación entre las administraciones aduaneras, C 24/98, p. 2 (también denominado Convenio de Nápoles II).

(84) En este sentido, FAUCHERAND, P., *loc. cit.*, p. 85.

(85) El primer Reglamento en la materia lo constituyó el Reglamento 1468/81 del Consejo cit., enmendado por el Reglamento n.º 945/87 cit., ambos sustituidos por el Reglamento (CE) n.º 515/97 cit. Obviamente, la legislación comunitaria no se inmiscuye en la cooperación penal en materia aduanera, pero también en esta materia se han producido avances. Recientemente se ha adoptado un Convenio que, partiendo de la regulación comunitaria, va más allá e insta mecanismos de cooperación transfronteriza para operaciones en las que se encuentren implicados el tráfico de drogas, armas o explosivos, residuos de naturaleza peligrosa (incluidos los nucleares), elusión de obligaciones fiscales, etc. Esta forma de cooperación incluye nuevas figuras como la persecución con cruce de fronteras, la vigilancia transfronteriza, las investigaciones encubiertas, las entregas vigiladas o la formación de equipos comunes de investigación especial. No es momento de detenernos en esta cuestión pero sí conviene adelantar que la mayoría de estas novedades se ha introducido con carácter facultativo, ya que los Estados pueden escoger no vincularse por estas nuevas formas de colaboración. Vid. el Título IV del Convenio Nápoles II cit.

lo realizan, por tanto, los agentes del Estado miembro requerido. Es cierto que en algunos casos se prevé la presencia de agentes del Estado solicitante, pero esta posibilidad se supedita al mutuo acuerdo y ni siquiera en todos los sectores, pues el FEOGA-G no la contempla (86).

Junto a la ausencia de uniformidad, el otro rasgo común de la asistencia mutua es la pobreza de los resultados que ha obtenido en la práctica. Diversos informes muestran que los Estados, aunque han fortalecido su cooperación, no acaban de lograr un funcionamiento fluido y eficaz. En el ámbito de la fiscalidad, la Comisión ha destacado la reducida tasa de utilización de los mecanismos y la escasez de los intercambios de informaciones, en parte, porque subsisten obstáculos como el secreto fiscal y la protección de los datos (87). En materia aduanera la situación también dista de ser satisfactoria. Casi todos los informes muestran que funciona de manera irregular, con diferencias importantes entre los Estados, y que se producen retrasos prolongados, de varios años, en la respuesta a las solicitudes de asistencia (88). Al parecer, una de las principales deficiencias reside en la falta de plazos máximos para responder a las solicitudes, poniendo así en peligro el desarrollo de las acciones judiciales (89).

(86) Tampoco existe una regulación uniforme sobre el alcance de la intervención de los agentes del Estado miembro solicitante. En lo que respecta a la fiscalidad, se contempla únicamente su presencia. En el ámbito de la asistencia aduanera se regulan de manera más detallada sus competencias: el agente tiene derecho a acceder a los locales y documentos pero no puede realizar visitas a domicilio ni participar en los interrogatorios efectuados con arreglo a la legislación penal. Esta regulación acerca el estatus de los agentes del Estado miembro solicitante al de los agentes de la Comisión, como vimos en el apartado anterior, aunque la presencia de aquéllos siempre requiere el consentimiento mutuo. Vid. el considerando 6 y el art. 7 de la Directiva 77/799/CEE cit. (impuestos directos e indirectos), y el art. 9 del Reglamento 515/97/CE cit. (asistencia aduanera).

(87) Vid. el Informe de la Comisión sobre la lucha contra el fraude durante 1997 cit., p. 41.

(88) Vid. el punto 15 del Informe de la Comisión cit. en nota 9 y los ejemplos relatados por el Tribunal de Cuentas en su informe relativo al ejercicio de 1993 cit., punto 1.28, p. 24.

(89) Así lo señala, basándose en los datos aportados por los Estados miembros, el Informe *COM (95) 556 final* cit., pp. 86-88. Debo mencionar brevemente que la Comunidad ha lanzado el programa Aduana 2.000, un conjunto de medidas que pretende fortalecer la cooperación aduanera entre los Estados miembros de manera que pueda funcionar «eficaz y eficientemente como lo haría una única administración». La coordinación con la Comisión, el desarrollo de las técnicas de análisis de riesgo, la creación de equipos comunes para el análisis y seguimiento o la for-

Para finalizar, debo hacer una breve referencia al Tratado de Amsterdam, que crea una base jurídica específica para desarrollar la colaboración aduanera (art. 135 TCE, nuevo Título X). Su principal novedad reside en que, cuando entre en vigor, ya no será preciso recurrir al art. 308 TCE (antiguo art. 235 TCE), facilitándose el proceso de toma de decisiones mediante la mayoría cualificada del Consejo. Quizás esto permita realizar avances en la materia, aunque el obstáculo básico no parece encontrarse en la legislación sino en la falta de rigor de los Estados miembros a la hora de cumplir sus compromisos (90).

3.3.4. *La colaboración de terceros Estados: las misiones comunitarias de investigación.*

Las innumerables relaciones económicas internacionales que mantiene la Comunidad exigen una actuación decidida a la hora de proteger sus intereses financieros en esta vertiente ya que las formas en que puede verse perjudicado el presupuesto son variadas (91). La dimensión transnacional del fraude también exige en este caso la colaboración de los Estados miembros y de la Comisión pero, sobre todo, la de los terceros países (92).

mación de personal cualificado en los Estados miembros y en terceros Estados son algunas de las medidas previstas en esta acción. Vid. la Decisión 210/97 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20.12.96, por la que se adopta un programa de acción para la aduana en la Comunidad («Aduana 2000»), L 33/97, p. 24.

(90) Naturalmente, las cuestiones penales siguen al margen de esta disposición, permaneciendo en el marco del tercer pilar. Vid. MARIÑO MÉNDEZ, F., en OREJA AGUIRRE, M. (dir.), *op. cit.*, p. 273.

(91) Los países en desarrollo cuyas exportaciones se benefician de una exoneración total o parcial de los derechos de aduana son a menudo utilizados por los defraudadores para pagar menos derechos de aduana. Así lo señala GOYBET, C., *loc. cit.*, p. 282. De hecho, el Sistema de Preferencias Generalizadas es un instrumento que cuenta con abundantes ejemplos, tal como ponen de manifiesto los informes de la Comisión: gambas de Islandia que en realidad proceden de otros países, productos textiles de origen chino con falsos certificados aparentemente expedidos en Bangladesh, conservas de pescado tailandesas importadas bajo la apariencia de bonito, televisores turcos con componentes originarios coreanos, falsas declaraciones de tabaco en aviones contratados por las fuerzas armadas ucranianas, etc. Estos casos han sido extraídos del Informe de la Comisión sobre la lucha contra el fraude durante 1992, punto 2.1, del relativo a 1993, pp. 34-35, y del relativo a 1997, punto 2.1.1.

(92) FAUCHERAND subraya, en este sentido, que el sistema de preferencias generalizadas parte de la condición de que el beneficiario colabore con las autoridades

La condición jurídica previa para la cooperación aduanera y administrativa con los terceros Estados reside en los diferentes acuerdos internacionales que celebra la Comunidad. Esta asistencia se contempla bien en protocolos a los acuerdos, bien en cláusulas específicas que se incorporan a los acuerdos de cooperación económica y comercial o bien en acuerdos relativos a la cooperación aduanera. La normativa comunitaria se hace eco de esta exigencia al requerir el compromiso jurídico del tercer Estado (93).

El objetivo del sistema consiste en facilitar las investigaciones sobre las operaciones consideradas fraudulentas y recopilar la información necesaria para disponer de los elementos de prueba pertinentes. Esta asistencia se desarrolla, normalmente, mediante la formación de misiones comunitarias de investigación, compuestas de agentes de la Comisión y de los Estados miembros afectados, que acuden al Estado tercero para llevar a cabo investigaciones. El deber de cooperación leal también rige esta actuación ya que se hace una referencia expresa a que la Comisión debe proceder en coordinación y en estrecha colaboración con los Estados miembros (94).

Aparentemente, este mecanismo de lucha contra las irregularidades funciona de manera satisfactoria, aunque en algunos casos se ha subrayado la existencia de dificultades políticas, administrativas, jurídicas o económicas para llevar a cabo las misiones de investigación. Interesa destacar que algunos informes toman nota del incumplimiento o de la falta de colaboración de los terceros Estados y advierten de las implicaciones que

des competentes de la Comunidad en materia de control *a posteriori* de los certificados de origen preferencial, coopere con las investigaciones y acepte misiones de cooperación administrativa. También señala que el Convenio de Lomé prevé mecanismos muy próximos a los del sistema de preferencias generalizadas. Vid. FAUCHERAND, P., *loc. cit.*, p. 87.

(93) Actualmente, resulta de aplicación el art. 20 del Reglamento (CE) n.º 515/97 cit., pero éste no hace más que recoger de manera prácticamente idéntica lo dispuesto previamente por el art. 15 *ter* del Reglamento 945/87 cit.

(94) Ésta es la forma habitual de desarrollar la asistencia aduanera con terceros Estados, pero también cabe la posibilidad de que la misión se componga únicamente de funcionarios de un Estado miembro. Se trata de aquellos casos en que puede resultar más apropiado actuar basándose en acuerdos bilaterales del Estado miembro con el tercer Estado. En este caso, el deber de cooperación leal cobra aun más protagonismo ya que la misión se realizaría «en interés comunitario» y con la aprobación previa de la Comisión. Vid. el art. 20.2.c) del Reglamento 515/97 cit.

podría conllevar (la retirada de los beneficios otorgados o su suspensión, como ya ha ocurrido en algún caso) (95).

3.4. LAS SANCIONES DE CARÁCTER ADMINISTRATIVO

El marco jurídico general de la competencia sancionadora de carácter administrativo de la Comunidad se encuentra recogido en el Reglamento sobre protección de los intereses financieros aunque, como ya he advertido, la legislación sectorial establece sus propias medidas. La orientación básica del Reglamento consiste en recoger principios generales de sobra conocidos. Tras referirse al carácter efectivo, proporcionado y disuasorio de las sanciones, contiene otras reglas habituales en los derechos internos: el principio de legalidad, pues toda sanción administrativa debe estar previamente establecida en un acto comunitario, y el de retroactividad de las disposiciones más favorables (96).

El principio de proporcionalidad es el que permite establecer una distinción entre las «medidas» y las «sanciones administrativas», pues estas últimas sólo son aplicables cuando concurra la intencionalidad (o la negligencia) del beneficiario. De esta manera se gradúa la reacción en función del nivel de responsabilidad del autor. Las «medidas» sólo permiten exigir la devolución de la cantidad defraudada, incluyendo en su caso los intereses, o la pérdida total o parcial de la garantía constituida para obtener la ventaja. Las sanciones comprenden, por contra, un amplio abanico de posibilidades que exceden la mera devolución para hacer presente su efecto represivo-disuasorio: la multa administrativa, el pago de una canti-

(95) Vid. el informe relativo a 1992, p. 17, con respecto a Tailandia; el informe relativo a 1993, p. 36 y el informe correspondiente a 1997, p. 15, respecto a las autoridades ucranianas.

(96) Algún autor opina que la aplicación del procedimiento de codecisión y la consiguiente participación del PE en el nuevo art. 280 TCE, podrían solucionar los problemas que, desde la perspectiva penal, se atribuyen a la falta de respeto al principio de legalidad a la hora de establecer sanciones comunitarias. En este sentido vid. NIETO MARTÍN, A, *op. cit.*, pp. 81-82. Esta posición es discutible desde una concepción del principio de legalidad trasladada al ámbito comunitario: basta indicar en este momento que, por un lado, el art. 280 TCE sólo establece un marco general, por lo que la legislación sectorial, que no siempre prevé el procedimiento de codecisión, seguirá siendo aplicable y, por otro lado, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia enmarca el poder sancionador dentro de las medidas de ejecución, como comprobaremos a continuación.

dad superior a las sumas eludidas o indebidamente percibidas, la privación total o parcial de una ventaja, la exclusión o retirada del beneficio durante un período posterior, ... (97).

La selección de la sanción apropiada es una materia que corresponde determinar a la legislación sectorial, por lo que la diversidad vuelve a ser la nota dominante. Esta disparidad puede ser la respuesta a la necesidad de adoptar una aproximación flexible, pero no siempre está justificada. No se entiende cuál es la razón por la que en los fondos estructurales sólo se prevé la devolución de lo indebidamente percibido, mientras que en las restituciones a la exportación la sanción se gradúa desde la devolución hasta el abono del doble de la diferencia entre lo obtenido y lo aplicable (98).

Que la disparidad es la nota dominante lo pone de relieve el Reglamento relativo a la protección de los intereses financieros, que no establece una lista taxativa de sanciones administrativas, sino un *numerus apertus*, mediante una cláusula residual que permite a la Comunidad adoptar «otras sanciones de carácter exclusivamente económico, de naturaleza y alcance equivalentes...» [art. 5.1.g)] (99). El carácter *exclusivamente*

(97) Vid. los arts. 4 y 5 del Reglamento 2988/95 cit. El Consejo no se mostró receptivo a las enmiendas que aprobó el PE y que, entre otras cuestiones, se dirigían a prever como sanción la retirada definitiva del beneficio o ventaja. Vid. el dictamen del PE de 30.11.95 sobre la orientación común del Consejo, C 339/95, p. 61.

Esta distinción entre medidas y sanciones parece corresponderse con un estudio comparado sobre los reglamentos y directivas, que afirmaba que el término sanción o multa sólo se utilizaba cuando la obligación consistía en algo más que una simple restitución. Este estudio es mencionado por VERVAELE, J. A. E.: «Poderes sancionadores de/y en la Comunidad Europea. ¿Hacia un sistema de sanciones administrativas europeas?», *Revista Vasca de Administración Pública* 1993, n.º 37, p. 182.

(98) Vid. el art. 24 del Reglamento 4253/88 cit. y el art. 1.1) del Reglamento (CE) n.º 2945/94 de la Comisión, de 2.12.94, por el que se modifica el Reglamento (CEE) n.º 3665/87 por el que se establecen las modalidades de aplicación del régimen de restituciones a la exportación para los productos agrícolas en lo que respecta a la recuperación de los importes indebidamente pagados y a las sanciones, L 3190/94, p. 57.

(99) La diversidad de sanciones también se contempla en la jurisprudencia del TJCE. En varias sentencias se ha pronunciado sobre la validez de distintas sanciones: la pérdida parcial o total de una fianza por incumplimiento de los plazos estipulados, la pérdida del derecho a la ayuda o a la prima por el no respeto de los plazos, el reembolso parcial de las restituciones a la exportación, etc. Vid. las siguientes sentencias: de 17.12.70, *Internationale Handelsgesellschaft*, as. 11-70, *Rec.* p. 1134; de 18.11.87, *Maizena*, as. 137785, *Rec.* p. 4603; de 27.11.91, *Italtrade SpA*,

económico indica muy bien los límites que rodean al poder sancionador de la Comunidad y conecta, ineludiblemente, con el complejo problema de la distinción entre las sanciones penales y las administrativas (100). En efecto, la distinción entre ambos tipos de sanciones no siempre resulta sencilla porque el derecho comparado ofrece distintas alternativas a la hora de establecer sanciones administrativas, aun limitándonos al reducido contexto de la Unión (101).

Particulares problemas ha planteado esta cuestión en Alemania. Al parecer, en este país los rasgos distintivos residen en que las sanciones administrativas, a diferencia de las penales, no implican la reprobación de la persona en cuestión ni pueden comportar una pena privativa de libertad (102).

as. C-199/90, *Rec.* p. I-5561; de 2.5.90, *Overhausener*, as. C-357/88, *Rec.* p. I-1680; de 17.7.97, *National Farmer's Union*, as. C-345/95, *Rec.* p. I-4590; de 5.2.87, *Plange*, as. 288/85, *Rec.* p. I-621.

(100) La naturaleza penal o administrativa de las distintas sanciones no es contemplada de la misma manera por los ordenamientos jurídicos nacionales. Pueden consultarse a este respecto los distintos informes nacionales presentados al XIV Congreso de la Association Internationale de Droit Pénale en la *Revue Internationale de Droit Penal* 1988, n.º 59. DELMAS-MARTY, basándose en esos informes, concluye que la disparidad es la nota dominante ya que no existe homogeneidad en la aproximación de los ordenamientos nacionales hacia este tema. Vid. DELMAS-MARTY, M.: «Differentiation des Systèmes Juridiques de Sanctions à Dominante Pénale ou Administrative», *ibidem*, pp. 27 ss. En este sentido, algún autor propugna la elaboración de una teoría general del derecho sancionador, con independencia del sector al que se adscriba (administrativo, laboral,...). Vid. RUIZ VADILLO, E.: «La relación entre los ordenamientos penales de los Estados miembros y el Derecho propio de la Comunidad», *Noticias de la Unión Europea* 1994, n.º 117, p. 28.

(101) Algunos Estados miembros gozan de un sistema de sanciones administrativas bien delineado (Alemania, Italia y Portugal); otros conocen las infracciones administrativas pero de manera dispersa y variada (España, Francia, Bélgica, Holanda y Grecia); en fin, otros Estados remiten siempre al juez, por lo que no contemplan un sistema de sanciones adoptadas por las autoridades administrativas. Estos datos han sido recogidos de un Informe de síntesis elaborado por la Comisión. Vid. el *Étude sur les systèmes de sanctions administratives et penales des États membres ainsi que sur les principes généraux du système des sanctions communautaires*, SEC (93) 1172, Bruxelles, 16.7.93, p. 3.

(102) La doctrina reconoce que las sanciones penales en Alemania se reservan a la culpa moral, un elemento de reprobación del que carecen las sanciones administrativas. Vid. WEIGEND, Th., *Revue Internationale de Droit Pénal* 1988, n.º 59, pp. 67 ss., en particular, pp. 86 y 91. Esta distinción ha originado que la administración alemana considere la abrumadora mayoría de fraudes como no intencionales o dolosos, a fin de evitar los problemas vinculados a la dificultad de probar la in-

Ahora bien, ¿qué ocurre cuando la legislación comunitaria establece una sanción, como la exclusión de ayudas para el beneficiario, conectada al carácter deliberado de la irregularidad? Éste es uno de los núcleos esenciales de la argumentación desarrollada por Alemania para impugnar la validez de un reglamento de la Comisión. Alemania consideraba que la exclusión de ayudas constituía una sanción que implicaba la expresión de un juicio negativo sobre el operador, por lo que la sanción tenía naturaleza penal y quedaba al margen de la competencia de la Comunidad. Sin embargo, el Tribunal descartó la naturaleza penal por estimar que la exclusión no presentaba ninguna diferencia con otras sanciones pues, en cualquier caso, la persona afectada sufre una pérdida económica (103). En resumen, el Tribunal se limita a hacer hincapié en el efecto (económico) de la sanción, eludiendo los motivos que sirven de base para aplicarla. Esto explica que el Reglamento general limite la cláusula residual de otras sanciones administrativas a las que tengan carácter exclusivamente económico.

Aclarada la competencia de la Comunidad, otro espinoso asunto lo ha constituido el de la institución competente para establecer las sanciones. En efecto, algunos Estados miembros han defendido la tesis de que el poder sancionador debía quedar enteramente en manos del Consejo y, de hecho, esta tesis ha impedido durante cierto tiempo que el Consejo actuara con más vigor a la hora de avanzar en la lucha contra el fraude (104). El tema también ha sido resuelto por el TJCE descartando las alegaciones presentadas por Alemania (parcialmente basadas en el principio de legalidad) y afirmando que el establecimiento de sanciones no forma parte de los elementos esenciales que deben constar en la legislación de base, por lo que

tencionalidad y actuar con mayor rapidez ya que, además, los autores del fraude aceptan habitualmente las sanciones administrativas para evitar el proceso penal. Todos estos extremos los pone de relieve TIEDEMANN, Kl.: «La protection pénale des intérêts financiers de la Communauté», en *La protection juridique...*, op. cit., pp. 150-151.

(103) Vid. los FJ 17 y 25 y el Informe para la vista del as. C-240/90 cit. Por otro lado, en materia de sanciones el Tribunal de Justicia se ha pronunciado en varias ocasiones sobre el elemento de la culpa y el principio de proporcionalidad. Vid., por ejemplo, los FJ 6, 7, 11 y 14 del as. *Plange* cit., y los FJ 53 a 55 del as. *National Farmer's Union* cit.

(104) Vid. las reflexiones que realiza la Comisión en el punto 4.1 del Informe sobre la lucha contra el fraude durante 1989 y en el relativo a 1990 cit., pp. 53-54.

la Comisión tiene competencia para establecerlas a través de su poder de ejecución (105).

3.5. LA RECUPERACIÓN DE LAS SUMAS

Si la colaboración leal afecta a todos los aspectos relativos a la protección de los intereses financieros, con mayor razón aún a la fase de recuperación de las sumas que se han obtenido o utilizado indebidamente o que no se han percibido de manera regular. Ésta es una obligación general recogida en todos los textos comunitarios pertinentes y está asociada al principio de asimilación (en última instancia, al deber de cooperación leal) porque, como ha señalado el Tribunal de Justicia, «las autoridades nacionales deben proceder con la misma diligencia que utilizan para la aplicación de las respectivas legislaciones nacionales» (106). Por esta razón, es el Derecho de los Estados miembros el que rige los procedimientos relativos a la aplicación de las medidas y sanciones comunitarias (107).

Con el fin de estimular la diligencia de los Estados miembros, en ocasiones el Derecho Comunitario sanciona su falta de interés poniendo a su cargo el monto de los recursos no recuperados (108). Por motivos idénti-

(105) Vid. los FJ 30, 31 y 37 a 39 del as. C-240/90 cit. y el FJ 7 del as. *Overhausener* cit. De esta forma, el Tribunal aclara que la sanción forma parte esencial del poder de ejecución de las normas. En este sentido, vid. BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Sanciones administrativas o penales de la C. E. por irregularidades y fraudes contra el presupuesto comunitario», *GJ de la CEE* 1992, B-75, p. 8.

(106) Vid. el FJ 25 del as. 68/88 cit.

(107) Vid. el art. 2.4 del Reglamento 2988/95 cit.

(108) En el ámbito de la PAC, las sumas no recuperadas se asignarán a la Comunidad, salvo que sean imputables a los Estados por irregularidades o negligencias cometidas por sus administraciones. En los Fondos estructurales, se parte del principio de la responsabilidad subsidiaria del Estado por el reembolso de las cantidades indebidamente abonadas, salvo que el Estado miembro, el intermediario o el promotor, demuestren que no les es imputable el abuso o negligencia. En fin, en el marco de los recursos propios, el Estado debe demostrar que no ha podido recuperar los derechos por fuerza mayor o por causas ajenas a su responsabilidad. Vid. el art. 8 del Reglamento 729/70, el art. 23 del Reglamento 4253/88 y el art. 17.2 del Reglamento 1552/89 cits. En cualquier caso, el hecho de poner a su cargo los importes no recuperados constituye una de las causas que explican el incumplimiento de los Estados, según señala NIETO MARTÍN, A., *op. cit.*, p. 20.

cos, la legislación intenta potenciar el esfuerzo de los Estados mediante una cláusula en virtud de la cual la Comisión puede comprometerse a reembolsar total o parcialmente los costes que generen los procedimientos cuando sea ella la que pida al Estado miembro que inicie o continúe un procedimiento (109).

La participación de la Comisión también puede consistir en poner a disposición de los tribunales la documentación que posea o incluso en que sus funcionarios actúen como testigos en calidad de expertos (110). Más interesante resulta la posibilidad de que la Comisión se constituya como parte en los procedimientos que se desarrollan en los Estados, con el fin de proteger los intereses financieros de las Comunidades (111). La doctrina había previsto esta situación basándose en el art. 211 TCE, en virtud del cual la Comisión podrá comparecer en juicio para representar a la Comunidad (112). En cualquier caso, esta posibilidad ya se ha plasmado en varias ocasiones, sobre todo, mediante su constitución como parte ci-

(109) En algunos casos, el Estado debe incluso informar previamente a la Comisión cuando quiera abandonar un procedimiento, aunque «en la medida de lo posible». Vid. el art. 7 del Reglamento 595/91 cit. (PAC), los arts. 5 y 7 del Reglamento 1681/94 (Fondos estructurales), y el art. 7 del Reglamento 1831/94 cit. (Fondo de Cohesión).

(110) En estos casos, el deber de cooperación leal exige a las instituciones de las Comunidades que cooperen con las autoridades de los Estados miembros, por ejemplo, transmitiéndoles los informes de investigación de sus funcionarios. Vid. el Auto de 13.7.90, *Zwartveld*, as. C-2/88, *Rec.* p. I-3365.

(111) La Comisión ya se había planteado esta posibilidad en 1987. Vid. el punto 23 Informe de la Comisión cit. en nota 9. El Tribunal se ha pronunciado en algunos asuntos en los que se había impugnado el derecho de los Estados a iniciar procedimientos para recuperar las ayudas basándose en que, al tratarse de recursos propios, sólo la Comunidad tendría competencia. Sin embargo, no se planteaba la facultad de la Comunidad ni la interpretación del art. 211 TCE, sino la competencia de los Estados, admitida por el Tribunal. Vid. la sentencia de 4.4.74, *Mertens*, as. acumulados 178 a 180/83, *Rec.* p. 397 y la sentencia de 5.5.77, *Pretore di Cento*, as. 110-76, *Rec.* p. 855. Otros autores, basándose en el último de los asuntos mencionados, afirman por el contrario que el Tribunal considera que los Estados eran los únicos competentes para perseguir y realizar diligencias relativas a la recuperación de los recursos, si bien se declaran partidarios de permitir a la Comisión intervenir en los procesos nacionales con base en una decisión de los Estados de «naturaleza esencialmente política». En este sentido vid. HANDOLL, J., *op. cit.*, p. 105.

(112) BATTISTA GOLETTI, G.: «La Corte dei Conti della Comunità Europea e le tematiche finanziarie», *RDE* 1990-2, p. 287.

vil ante procedimientos penales incoados en Italia por utilización indebida de recursos del FSE (113).

Sin negar la utilidad de las disposiciones comentadas, tampoco puede desconocerse el rotundo fracaso experimentado en su aplicación práctica. Los informes del Tribunal de Cuentas o de la Comisión ponen de manifiesto el ridículo porcentaje de recuperación de las sumas; el fenómeno no es, además, coyuntural puesto que se prolonga hasta nuestros días. En 1994 sólo se había recuperado el 10,7 % del total de sumas debidas a irregularidades constatadas en el ámbito de la agricultura descubiertas en el período 1972-1991. Los datos que aporta la Comisión no difieren sensiblemente. En 1993 afirmaba que la cantidad devuelta no alcanzaba el 10 % de las sumas defraudadas en el ámbito del FEOGA-O. En el sector agrario queda por recuperar el 65 % de los importes constatados desde 1992 (114).

Las causas que originan este escaso rendimiento son apuntadas por ambas instituciones. Algunas son previsibles. En este sentido, se avanza el hecho de que los procedimientos incoados en el ámbito nacional son muy lentos, e influyen consideraciones procedimentales como la prescripción o la insolvencia del deudor. Otros datos apuntan que las redes de delincuencia organizada utilizan a «sociedades-pantalla» y a personas sin recursos (115). Los datos son significativos y revelan la dependencia del

(113) Vid. los Informes cit. de la Comisión relativos a los ejercicios de 1989, p. 19, de 1992, p. 11 y de 1993, p. 38. Vid. asimismo KRÄMER, Ch.: «Costituzione di parte civile della Commissione nei processi penali per frodi ai danni della Comunità Europea», *Diritto Comunitario e Degli Scambi Internazionali* 1993-4, p.793. Sobre las posibilidades y los problemas que puede plantear la constitución de la Comisión como parte en procesos penales vid. MARTÍN NIETO, A., *op. cit.*, pp. 26-29. En el caso español no plantea ningún problema, según señala BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La protección de los intereses financieros...», *loc. cit.*, pp. 258-260.

(114) Estos datos han sido recogidos de los siguientes informes: el Informe especial del Tribunal de Cuentas n.º 7/93 sobre el control de las irregularidades y fraudes en el ámbito de la agricultura (aplicación de los Reglamentos 4045/89 y 595/91 del Consejo), C 53/94, punto 4.27 y los Informes de la Comisión sobre la lucha contra el fraude durante 1992, p. 9 y durante 1997, p. 6.

(115) El Tribunal de Cuentas pone de relieve que un procedimiento penal incoado en España por la realización de declaraciones falsas sobre la superficie de tabaco tardó tanto tiempo en celebrarse que al final no se impusieron sanciones. Todos estos extremos han sido recogidos de los siguientes informes: el Informe del Tribunal de Cuentas relativo al ejercicio de 1996 cit., punto 3.89.c), p. 85; el punto 3.1 del Informe especial n.º 1/94 cit. y el Informe de la Comisión sobre la lucha contra el fraude durante 1992 cit., punto 3.1.

Derecho comunitario del derecho nacional. Como señala LABAYLE, el Derecho comunitario a veces no es más que el reflejo del derecho nacional y, por tanto, tributario de sus deficiencias (116). Sin desconocer la evidencia del argumento, es obvio que esta situación es muy peligrosa para la credibilidad de la construcción comunitaria. Que se cometan irregularidades contra los recursos financieros de la Comunidad es un fenómeno lamentable pero inevitable. Que las irregularidades descubiertas no sean sancionadas con rigor cuestiona seriamente la eficacia del Derecho Comunitario que es lo que, en definitiva, se encuentra en juego en esta materia. Es preciso llamar la atención sobre la necesidad de reforzar los mecanismos de recuperación de las sumas defraudadas porque, con independencia de su aspecto represivo, también asume una dimensión eminentemente disuasoria.

4. CONCLUSIONES

En ocasiones se comprueba que los tratados tardan en reaccionar y recoger la experiencia que ha surgido de la práctica institucional (normativa o jurisprudencial). Esto mismo puede afirmarse a propósito de la lucha contra las irregularidades que perjudican los intereses financieros de las Comunidades. Ha sido preciso esperar al TUE pero, sobre todo, al Tratado de Amsterdam, para contar con una previsión constitucional sobre cuestiones que se han estado acometiendo desde los años 70.

El Tratado de Amsterdam lleva a cabo una reforma (art. 280 TCE) que merece en este concreto aspecto un juicio positivo. Por primera vez en los tratados, se incorpora a la propia Comunidad en el objetivo de la lucha contra el fraude, superando la restrictiva concepción de la reforma de Maastricht, que se había limitado a recoger la jurisprudencia del Tribunal, y de manera parcial. Se cuenta así con una base jurídica específica que permitirá adoptar medidas generales contra las irregularidades que afecten a los recursos financieros (ingresos o gastos) comunitarios, evitando el recurso al art. 235 TCE y la consecución de la unanimidad.

La reforma también es positiva en la medida en que deja aún más claro que la lucha contra el fraude no puede residir únicamente en la política represivo-disuasoria de la sanción administrativa, sino que debe adoptar un enfoque más amplio y manejar otros instrumentos como el preventivo,

(116) Vid. LABAYLE, H., *loc. cit.*, p. 1.

el informativo, el relativo a los controles e inspecciones y la recuperación de las sumas obtenidas o eludidas indebidamente.

Ciertamente, la lucha contra el fraude parte del deber de cooperación leal que teje las relaciones entre la Comunidad y los Estados miembros. Pero desborda este marco previo ya que el fenómeno de las irregularidades es tan complejo que precisa además de la colaboración de terceros Estados, ámbito en el que también se ha desarrollado una cooperación administrativa que, a través de las misiones comunitarias de investigación, está logrando resultados apreciables.

A partir de aquí, el análisis de la normativa comunitaria aplicable y de los informes que, desde la Comisión y el Tribunal de Cuentas, examinan su aplicación, provocan la sensación de un profundo contraste entre la positiva evolución experimentada en el marco normativo y la deficiente experiencia práctica.

En el ámbito normativo, la Comunidad ha optado por un enfoque global que le ha permitido desarrollar todos los aspectos de la lucha contra el fraude. Así, junto a la estrategia preventiva, se ha fortalecido considerablemente la obligación de información que compete a los Estados miembros mediante la centralización de unos datos que deben ser cada vez más pormenorizados y la creación de sistemas informatizados.

En el ámbito de los controles, la evolución también es ampliamente positiva. Las obligaciones de los Estados se han desarrollado a medida que los informes del Tribunal de Cuentas y de la Comisión ponían de relieve sus deficiencias. Merece destacarse en este sentido la mejora en los criterios de control mediante la técnica del análisis de riesgo y diversas medidas destinadas a mejorar la cualificación y garantizar la independencia de los órganos de control estatales. Las competencias de control de la Comisión también han experimentado un avance. Partiendo del principio de subsidiariedad se ha fortalecido su papel de coordinación, se han precisado las condiciones de su intervención y se han equiparado, parcialmente, las competencias de sus agentes a los estatales. La cooperación entre los Estados miembros también ha progresado ampliando las circunstancias que generan la obligación de asistencia y la información que deben aportar.

Esta aproximación normativa global contrasta con la orientación sectorial que predomina en todos los aspectos de la lucha contra el fraude, particularmente, en materia de control. Existen muy pocas directrices que puedan aplicarse con carácter general ya que cada sector, y en ocasiones,

reglas específicas dentro de cada sector, regulan de manera dispersa las competencias de control de los agentes de la Comisión, la presencia, en caso de que se permita, de agentes del Estado miembro que solicita la asistencia, el alcance de su participación,... Esta flexibilidad podría justificarse por la necesidad de adaptar los mecanismos de control en función de diversas circunstancias (incremento del fraude en un determinado sector, incorporación de nuevas medidas o acciones con potencial atractivo para los defraudadores, etc.) pero en ocasiones no parecen existir motivos determinantes. Así ocurre en materia de fiscalidad directa e indirecta, donde las normas son poco precisas, pero también en el marco de los fondos estructurales, donde los Estados parecen poco dispuestos a asumir un mayor control.

Esta falta de uniformidad también es constatable en materia de sanciones. Ciertamente, los mecanismos financieros que utiliza la Comunidad varían mucho de un sector a otro, por lo que la homogeneidad resulta de imposible aplicación en este campo. No obstante, el catálogo de sanciones que recoge el Reglamento general precisa poco los requisitos y condiciones generales para optar por una u otra sanción. Todas estas razones apuntan la necesidad de introducir mayores dosis de claridad y homogeneidad en la normativa destinada a combatir el fraude.

Ahora bien, más allá de lo normativo, también debe resaltarse el alto grado de incumplimiento de las obligaciones de los Estados miembros. En materia informativa, los datos que suministran los Estados son incompletos, poco fiables o no están actualizados. Esto origina que los sistemas informatizados que se han creado para combatir el fraude carezcan en gran medida de utilidad o incluso desaparezcan por la falta de colaboración de los Estados. Otro tanto puede afirmarse de la cooperación entre los Estados miembros en materia de control. La pobreza de los resultados obtenidos es llamativa en una comunidad que, pese a contar con un patrimonio cultural común, no logra desarrollar una colaboración fluida y eficaz entre sus miembros, particularmente en el ámbito fiscal, pero también en el terreno aduanero. La recuperación de las sumas eludidas u obtenidas de manera indebida también es preocupante, aunque este problema se sitúa en un contexto más general que obliga a realizar una seria reflexión en torno al funcionamiento de la administración y de la justicia.

Todas estas reflexiones indican que es preciso continuar la labor emprendida en todos los sectores. No se trata sólo de la conveniencia de garantizar una gestión sana de los recursos comunitarios y de mantener la

credibilidad del proceso de integración, sino también de propiciar un mayor esfuerzo en la lucha contra un fenómeno que afecta, en mayor o menor medida, a las políticas comunitarias (medio ambiente, protección de los consumidores, competencia leal, ...). En todo caso, resulta necesario en una época en la que se impone el recorte de los medios financieros y se generalizan políticas presupuestarias rigurosas tanto en las organizaciones internacionales como en los Estados; imprescindible y urgente cuando la integración se enfrenta a un proceso de ampliación hacia el Este que, con independencia de las repercusiones presupuestarias que conlleve, puede agravar y hacer aún más visible la necesidad de reforzar la cooperación entre los Estados.

RÉSUMÉ

Cette étude examine les différents mécanismes articulés par la Communauté Européenne pour lutter contre le fraude et pour protéger ses intérêts financiers. On y analyse la jurisprudence du Tribunal de Justice sur le principe de coopération loyale, sur l'obligation d'efficacité et sur les sanctions administratives que la Communauté peut adopter, en même temps qu'on y étudie la réforme introduite par le Traité d'Amsterdam (art. 280 TCE).

L'évolution du droit communautaire est très positive. La Communauté Européenne a adopté une approche globale lui permettant de développer tous les aspects de la lutte contre le fraude: l'information, le contrôle, la coopération entre les États, l'assistance des États non-membres de la Communauté, les sanctions administratives et la récupération des aides. C'est ainsi que parallèlement à la stratégie préventive, l'obligation d'information qui relève des États-membres a été améliorée, les méthodes et les organes de contrôle ont été renforcés et les compétences de la Commission ont été précisées. La collaboration avec les États non-membres a expérimenté une avance significative. Le Droit communautaire souffre, cependant, d'un clair manque d'uniformité puisque chaque secteur (la politique agricole, les fonds structurels...) possède des règles spécifiques.

Cette étude met en évidence, d'autre part, la déficiente application des mesures. Dans la pratique, les États n'agissent pas avec la rigueur nécessaire et manquent à leur obligation d'information, ne respectent pas le nombre ou la quantité des contrôles et négligent le devoir de collaboration et d'assistance mutuelle. Pour cette raison, les États devraient encore faire des efforts pour lutter contre le fraude afin d'améliorer la gestion des ressources financières communautaires, d'assurer une correcte mise en oeuvre des politiques communautaires et de mener à bien le prochain élargissement de l'Union Européenne.

ABSTRACT

This study examines the different mechanisms established by the European Community to fight against fraud and to protect its financial interests. It analyzes the jurisprudence of the Court of Justice regarding the principle of loyal cooperation, the obligation to be effective, the administrative sanctions approved by the Community, as well as the reform carried out in accordance with the Treaty of Amsterdam (art. 280 TCE).

The evolution of Community law has been very positive. The European Community has adopted a global approach that has permitted the development of all aspects of the fight against fraud: information, control, cooperation between member States, the assistance of non-member States, administrative sanctions, and the recovery of aid. Thus, together with preventive strategy, measures regarding member states' obligation to inform has improved, the methods and instruments of control have been strengthened, and the competences of the Commission have been more clearly defined. There has also been significant progress in the collaboration of non-member States. Despite this, Community law is still plagued by a striking lack of uniformity since each field (agricultural policy, structural funds, etc.) has its own rules and regulations.

Moreover, this study also clearly indicates that the application of these measures is inadequate. In practice, the States are not strict enough in enforcing rules, are lax as to the quantity or quality of controls, and fail to fulfill their obligations regarding collaboration, information-giving and mutual assistance. Consequently, the States should make a greater effort to fight against fraud in order to improve the management of the Community's economic resources, to guarantee the correct carrying out of Community policy, and to successfully undertake the upcoming enlargement of the European Union.