

LA NECESIDAD DE UN PROCEDIMIENTO PARA COMBATIR EL FRAUDE (A propósito de las actuaciones de la Oficina europea de lucha contra el fraude, OLAF)*

MERCEDES FUERTES
Catedrática de Derecho Administrativo
Universidad de León

I. ORIGEN.—II. LAS DIFÍCILES FRONTERAS.—III. ÁMBITO DE ACTUACIÓN.—IV. CONFIGURACIÓN DE LA OLAF.—V. ALGUNAS LUCES Y SOMBRAS.—VI. LAS PREVISIONES TRAS LA REFORMA.—VII. DE LA IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS.—BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN

La arquitectura de la Unión Europea se ha construido con la argamasa de la solidaridad, de cuantiosos fondos europeos que se distribuyen a través de las políticas comunitarias. De ahí que sea imprescindible proteger los intereses financieros de la Unión y luchar contra la corrupción u otras actividades ilegales. La Comisión Europea creó entre sus propios servicios en 1999 la Oficina europea de lucha contra el fraude, con responsabilidad para realizar investigaciones administrativas contra el fraude. Varias evaluaciones e informes han destacado algunas de sus carencias y defectos. Este estudio analiza los problemas que se advierten en la actuación de esta Oficina y reclama la regulación de unos trámites de actuación claros que respeten los derechos fundamentales de los afectados y unas garantías procedimentales mínimas.

Palabras clave: OLAF; lucha contra el fraude; Unión Europea; procedimiento administrativo; derechos fundamentales.

ABSTRACT

The Union institutions attach great importance to the protection of the financial interests of the Union and to the fight against fraud, corruption and any other illegal activity affecting those interests. The Commission established the European Anti-Fraud Office among its own services in 1999 with responsibility for conducting administrative fraud investigations. Evaluations and reports have highlighted faults and shortcomings. This study discusses the problems that can be seen in the performance of this Office and calls for the regulation of some clear action procedures which respect the fundamental rights of those affected and a minimum procedural guarantees.

Key words: OLAF; fraud; European Union; administrative procedure; fundamental rights of persons.

* Artículo escrito en homenaje al Profesor Luis COSCULLUELA.

La arquitectura de la Unión Europea se ha construido con la argamasa de la solidaridad. Es cierto que se alzaron vigas necesarias para sustentar el mercado común y que se han proyectado muchas actuaciones públicas para anudar infraestructuras y levantar un edificio sólido que proteja los derechos y vivencias de los ciudadanos europeos. Pero hay que insistir en que han sido y son los cuantiosos fondos agrícolas, los fondos estructurales, los de desarrollo y de cohesión, los fondos de solidaridad...; en fin, ha sido la aportación de considerables recursos económicos el cemento que permite asentar esta Comunidad de Derecho. Por ello, siempre ha preocupado que no se desviarán los dineros, que las cuantiosas ayudas satisficieran su fin, sin distracciones, que su otorgamiento fuera ajustado y razonable, que no existieran irregularidades en la obtención ni en el uso para evitar frustrar tantos esfuerzos y malograr tan pocos recursos.

Siendo extensas las necesidades de las políticas comunitarias y escasos los medios económicos, la voluntad de llevar una buena administración y corregir las actuaciones que pudieran afectar a los intereses financieros comunitarios eran ideas primigenias en los Tratados¹ y pronto encontraron el merecido eco en documentos, comunicaciones, informes, planes de actuación o acuerdos para defender los intereses financieros, protocolos contra la corrupción, convenios para luchar contra el blanqueo de capitales... El desarrollo del Derecho comunitario ha ido generando sucesivas previsiones para tratar de atajar cualquier atisbo de corrupción o desviación de los fondos públicos².

Los Tratados vigentes insisten en el deber de la Unión y en el de los Estados de «*combatir el fraude y cualquier otra actividad ilegal que*

¹ Los Tratados constitutivos acogían dentro del capítulo relativo a las disposiciones financieras el deber de comprobar la legalidad y regularidad de los ingresos y gastos, así como garantizar la buena gestión financiera. Es realmente el Tratado de Ámsterdam, a través de la nueva redacción del artículo 209A del Tratado de Roma, el que incorpora la explícita referencia a la «lucha contra el fraude» que debían atender tanto las instituciones europeas como los Estados miembros. Se subrayaba con ello esa protección de los «intereses financieros» de la Unión con independencia de la concreta actuación o política comunitaria afectada. Esto es, que no derivaba de la unión aduanera o de la política agraria, sino que era un objetivo central del Derecho comunitario. Idea que recoge también la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de noviembre de 1999 (asunto C-209/97).

² Documentos relevantes fueron las Conclusiones del Consejo de 11 de julio de 1994, de 26 de julio de 1995 o de 27 de septiembre de 1996; así como el Reglamento 2988/95, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, en el que se subrayaba, junto a los controles a realizar por los Estados miembros, la supervisión a la que debía atender la Comisión Europea (art. 9); o el Reglamento 2185/96, de 11 de noviembre de 1996, relativo a los controles y verificaciones *in situ* que realiza la Comisión para la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas contra los fraudes e irregularidades. Sobre algunas primeras actuaciones pueden leerse J. M. TERRADILLOS BASOCO, *Protección de los intereses financieros de la Comunidad Europea*, Trotta, Madrid, 2001; o A. GARCÍA URETA, *La potestad inspectora en el Derecho comunitario*, Iustel, Madrid, 2008, en especial págs. 305 y ss.

perjudique los intereses de la Unión» y amparan medidas concretas para disuadir la comisión de ilegalidades y proteger los intereses de la Unión: todas aquellas ya existentes en los Estados miembros, una estrecha colaboración con las instituciones comunitarias, así como aquellas otras que puedan arbitrarse por el Parlamento y el Consejo (arts. 310.6 y 325 TFUE).

El escaso presupuesto con el que cuenta la Unión Europea hace que el cuidado de la correcta gestión de los intereses económicos sea esencial. Además, en estos tiempos turbulentos en los que tan cómodamente se levantan los vientos de las descalificaciones o se agitan movimientos antieuropeos, conviene extremar el cuidado por el buen hacer para evitar daños a la imagen de la Unión Europea, en la que tantos intereses sociales y económicos están ya anudados. De ahí la importancia de las sucesivas propuestas formuladas para luchar contra el fraude³. Iniciativas cuya trascendencia han ido consolidando unas prácticas y que pueden servir también de modelo para combatir la corrupción en el seno de todos los Estados miembros. Porque parece que ninguno está exento de esta lacra. Así se desprende de los sucesivos informes del Grupo de Trabajo del Consejo Europeo contra la Corrupción, GRECO, como también de otro reciente informe de la Comisión Europea que ha analizado la lucha contra la corrupción en los Estados miembros, resaltando los sectores económicos donde se advierten más prácticas ilegales⁴.

Pues bien, dentro de las últimas reformas ocupa un lugar primordial la del régimen de actuación de la OLAF, acróstico de su denominación *Office de Lutte Anti-Fraude*.

Cuenta esta Oficina con cierta trayectoria de éxitos notables: la persecución de fraudes en el pago del IVA o de las rentas de aduana, la lucha contra el contrabando de tabaco... Sin embargo, no hay que ignorar que algunas actuaciones han merecido duras críticas. De ahí mi llamada de atención para conocer su actuación y las novedades que incorpora la nueva regulación.

³ Entre otras que han ido encauzando los sucesivos pasos, cabe recordar varias Comunicaciones de la Comisión Europea: programa de trabajo 1998-1999 (COM 1998, 278); por un enfoque estratégico global en la lucha contra el fraude (COM 2000, 358); el Plan de acción 2001-2003 de lucha contra el fraude (COM 2001, 254); el Plan de acción 2004-2005 de lucha contra el fraude (COM 2004, 544); una propuesta dinámica amparada en el análisis de las operaciones (COM 2007, 806); protección de los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal y de las investigaciones administrativas; una política integrada para salvaguardar el dinero de los contribuyentes (COM 2011, 293); lucha contra la corrupción en la Unión Europea (COM 2011, 308); la estrategia de lucha contra el fraude (COM 2011, 376), que insiste en la colaboración y actuación conjunta, en programas preventivos, en las prioridades en la investigación; el programa Hércules para la promoción de acciones en el ámbito de la protección de los intereses financieros de la Unión (COM 2011, 914), y un largo etcétera.

⁴ Me refiero al Informe de lucha contra la corrupción en la Unión Europea (COM 2014, 38).

I. ORIGEN

Se cita de manera reiterada que fue la dimisión de la Comisión Santer la que impulsó la creación de una Oficina específica para combatir la corrupción⁵. Pero hay que saber que ya desde finales de los años ochenta actuaba dentro de la Secretaría General de la Comisión Europea una «unidad coordinadora de lucha contra el fraude» con el fin de impulsar investigaciones, así como coordinar las actuaciones que se realizaban por distintas Direcciones Generales de la Comisión. Como con facilidad puede comprenderse, esta dependencia fue ampliando sus competencias de manera progresiva, a la vez que se incorporaban unidades de investigación precedentes de otras Direcciones como las de Presupuestos o de Agricultura⁶. Los avances en tantas políticas europeas —en la agraria, las inversiones para las infraestructuras, los fondos de cohesión, etc.— incrementaban la necesidad de controlar la correcta aplicación de los dineros europeos. Aunque tampoco hay que desconocer que su actividad cosechaba reticencias, tanto en los Estados miembros como en las investigaciones internas en el seno de la Comisión.

Una notable convulsión originó un demoledor Informe del Tribunal de Cuentas —lleva por número 8/1998— que subrayó graves deficiencias en la organización de esa unidad. Entre otras, por ejemplo, se afirmaba que el análisis de las actuaciones no permitía advertir ninguna clara previsión o estrategia sobre las investigaciones que se realizaban; que se carecía de una adecuada base de datos para localizar los expedientes o la información que dicha unidad poseía; que sus procedimientos de actuación estaban plagados de notables vicios; que la mayoría del personal que trabajaba en dicha unidad tenía un vínculo temporal, con los inconvenientes que eso suponía de continuidad de las actuaciones o la variabilidad de criterios; y, sobre todo, las dificultades y obstáculos que levantaban a sus actuaciones tanto en los Estados miembros como en las investigaciones internas en el seno de la Comisión⁷.

⁵ Angelica TOPAN, «The reputation of the Commission Santer: the impact of “trust” and “reputation”», *European Integration Online Papers*, 5/2002.

⁶ En este sentido pueden verse el Reglamento 2988/95 del Consejo, de 18 de diciembre de 1995, relativo a la protección de los sistemas financieros de las Comunidades; o el Reglamento 2185/96 del Consejo, de 11 de noviembre de 1996, relativo a los controles y verificaciones *in situ* que realizó la Comisión para la protección de los intereses financieros contra fraudes e irregularidades.

⁷ Informe especial núm. 8/1998, sobre los servicios de la Comisión encargados de combatir el fraude, en especial la «Unidad de coordinación de la lucha contra el fraude», publicado en el *Diario Oficial* C-230, de 22 de julio de 1998.

Ambas llamadas de atención, las denuncias a la Comisión y el citado Informe del Tribunal de Cuentas, fueron determinantes para la aparición de esta nueva Oficina, que crea el propio Jacques Santer mediante la Decisión 1999/352, de 28 de abril, con el fin de combatir la corrupción, las actuaciones ilegales, así como aquellas otras calificadas como dañinas o fraudulentas para los intereses comunitarios. Su inicial trabazón se completó con varios acuerdos de las instituciones comunitarias que fijaron las pautas mínimas de información, asistencia y cooperación con la nueva Oficina.

Las facultades de organización interna, además del explícito mandato de proteger los intereses financieros europeos en los Tratados, eran suficientes títulos para la creación de este nuevo organismo administrativo⁸. En los documentos previos se insistía en que se respetaba el principio de subsidiariedad. Los Estados mantenían sus competencias para perseguir la corrupción y los fraudes y podrían adoptar las medidas que estimaran convenientes. Lo que no minoraba los importantes motivos para la existencia de una específica dependencia en la Comisión Europea. Es fácil imaginar las muestras de tensión en la defensa de las competencias de los Estados para conservar mecanismos de control. Pero una cosa es esa resistencia a reconocer competencias a las instituciones europeas para el control de actuaciones nacionales y otra que ello pudiera calificarse como una quiebra del principio de subsidiariedad. Los controles externos son indispensables. Máxime cuando tras las investigaciones afloran tantas actuaciones ilegales y fraudulentas.

Razones para configurar una dependencia específica eran visibles. Por un lado, resultaba indispensable controlar la ejecución del presupuesto europeo, el cuidado de los recursos económicos, los intereses financieros de la Unión Europea. Por otro, parecía conveniente facilitar que otros funcionarios distintos a los de los Estados que llevan a cabo las actuaciones de ejecución, de concesión de las ayudas, de otorgamiento de las subvenciones y fondos, otros funcionarios alejados de las influencias territoriales, verificaran la pulcritud de las actuaciones. La experiencia confirma que resulta muy conveniente ofrecer a los ciudadanos la posibilidad de denunciar abusos y fraudes en otra ventanilla administrativa distinta de la controlada por las autoridades nacionales, porque ésta puede ser más cercana a los vínculos clientelares. Es la lejanía y separación de la órbita de la autoridad que directamente otorga la subvención o adjudica el contrato una garantía para que una supervisión sea más objetiva y neutral.

⁸ Así se disponía en los artículos 162 del Tratado CE (que con las reformas de los Tratados pasó a ser el 218), 16 del Tratado CECA y 131 del Tratado CEEA.

Hoy día, el predominio de relaciones económicas y financieras que saltan las tradicionales fronteras nacionales, con sociedades y filiales domiciliadas en distintos países europeos, con unos fluidos cauces de pago, hace más necesaria la existencia de esta Oficina europea, que tiene su sede en Bruselas⁹.

Esa primera presión para mantener la supervisión a las autoridades nacionales frente a la investigación de la OLAF no es la única existente. Existen otras tensiones en el seno de las propias instituciones europeas. Recelos o fricciones que aparecen en el curso de una investigación que afecta a otro organismo europeo y, además, los conflictos se han multiplicado porque otras dependencias europeas también quieren acotar unas propias funciones de lucha contra el fraude de manera separada e ignorando a la OLAF.

II. LAS DIFÍCILES FRONTERAS

Y es que no sólo la OLAF lucha contra el fraude. Tiene encomendada la persecución de actuaciones ilegales: la Oficina de Investigación y Disciplina de la Comisión Europea, el Servicio de Auditoría Interna, Eurojust, Europol o la Red judicial europea... Se ha tratado de acotar las funciones que tiene cada institución para evitar la duplicidad, la coincidencia o el solapamiento de las actuaciones. Por ejemplo, la Oficina de Investigación y Disciplina de la Comisión Europea debe supervisar únicamente las conductas que afectan a sus autoridades y personal, que tienen carácter profesional y que pueden incidir en la reputación de la institución. Lo mismo ocurre con el Servicio de Auditoría Interna de la propia Comisión, que supervisa la legalidad de todos los contratos y otras ejecuciones presupuestarias. Mediante protocolos se ha tratado de delimitar los contornos de esos controles, diferenciando aquellas investigaciones de irregularidades o ilegalidades que puedan suponer un fraude financiero¹⁰.

Igualmente, se han suscitado disputas entre la OLAF y algunas Direcciones Generales de la Comisión Europea. Tal ha sido el caso de las de Política Agraria o de Control Financiero, que en ocasiones han reclamado, con el imán de su competencia sustantiva, el control de la co-

⁹ Muchos documentos de las instituciones europeas recuerdan el siguiente dato: aunque sólo un 10 por ciento de las investigaciones realizadas por la OLAF derivan de la delincuencia organizada transfronteriza, dichos casos representan más del 40 por ciento de impacto financiero para los intereses económicos de la Unión Europea.

¹⁰ Así lo recuerda, por ejemplo, A. GARCÍA URETA, quien cita los acuerdos con el Servicio de auditoría interna, de 25 de julio de 2001, en la pág. 312 de su libro *La potestad inspectora...*, cit.

rrecta aplicación de las ayudas agrarias o de la supervisión de la ejecución presupuestaria o, al menos, más información en la consecuencia de los procedimientos por ellas denunciados¹¹.

Para evitar la multiplicación de actuaciones duplicadas, retrasos o estorbos entre dependencias de la propia Comisión Europea, debiera reconocerse la *vis atractiva* hacia la OLAF de aquellos expedientes en los que se advirtieran indicios de apariencias, engaños, simulaciones, incumplimientos de condiciones y otras ilegalidades. A mi juicio, la supervisión inicial debía corresponder a las Direcciones Generales de la Comisión, pero ante la advertencia de un indicio de irregularidad con posible fraude económico debería trasladarse la investigación a la OLAF¹².

Sin embargo, no es éste el criterio que se ha impuesto en la última reforma. Se ha reconocido la preferente actuación de la OLAF. Porque tanto si se ha iniciado una investigación interna en el seno de las instituciones y organismos de la Unión como si meramente se está valorando iniciarla a raíz de las denuncias presentadas, se impide a los organismos afectados cualquier «investigación paralela sobre los mismos hechos» salvo que se adopte un explícito acuerdo con la OLAF (art. 5.3 del Reglamento). Sólo cuando la OLAF ha desistido de investigar podrá ese organismo proseguir y adoptar las medidas que considere adecuadas.

Parece prudente esperar a comprobar los resultados de esta preferencia. Son tantas las denuncias que se presentan en la OLAF que quizás hubiera sido conveniente utilizar en sectores específicos como la política agraria o la ejecución del presupuesto el filtro de la actuación de la Dirección General correspondiente.

También Europol y Eurojust, que canalizan de manera respectiva la cooperación policial y judicial de los Estados miembros en la delincuencia organizada transfronteriza, pueden incidir en la persecución de delitos que perjudiquen los intereses financieros de la Unión. Existen propuestas de fusionar estos organismos ante la necesidad de la OLAF de incrementar la colaboración de los agentes nacionales¹³. Deberá

¹¹ George KRATSAS, «A case for OLAF: the place and role of the Anti-fraud office in the European Union context», *European Public Law*, 2012, pág. 87.

¹² En todo caso, hay que recordar que la OLAF no tiene facultades para requerir actuaciones a esas Direcciones ni a ningún órgano de la Comisión. Así lo recordó el Tribunal de Primera Instancia (Sala Tercera) en su Auto de 2 de diciembre de 2003 (asunto T-334/02), en el que ante las reiteradas peticiones de una empresa griega que reclamaba la apertura de investigaciones, a alguna de las cuales la OLAF contestó que se dirigiera al Defensor del Pueblo o a la Dirección de Agricultura, el Tribunal afirmó que, en virtud de la independencia de la OLAF con respecto a la Comisión, carecía de competencia para informar de las actuaciones de la Comisión ni tampoco para obligar a ésta.

¹³ Recoge G. KRATSAS en su artículo citado, «A case for OLAF...», pág. 95, esa opinión de P. KENDALL.

abordarse una reforma cuando se culmine la creación de la futura Fiscalía de la Unión Europea¹⁴. Lo que merece un comentario.

La creación de este nuevo órgano, al que se le encomendarán la investigación y persecución de las actuaciones delictivas contra los intereses de la Unión Europea y que podrán culminar con su personación ante los Tribunales competentes, está muy avanzada. Es cierto que varios Estados miembros se oponen y quizás, en este ámbito, no resulte fácil impulsar el mecanismo de cooperación reforzada. Sin embargo, trámite a trámite, se sigue discutiendo su creación, que ya ha superado una primera votación en el Parlamento Europeo¹⁵.

Recordemos que la OLAF sólo es una Oficina de investigación cuyos informes han de remitirse a las instituciones europeas o a las autoridades de los Estados miembros para que procedan en consecuencia contra los casos de corrupción detectados. Pero hay que saber que, en ocasiones, las actuaciones de las autoridades nacionales se ralentizan o se diluye la exigencia de responsabilidades. Es cierto que los informes de la OLAF no son concluyentes ni pueden impulsar una conducta concreta. Constituyen meras recomendaciones u opiniones carentes de efectos jurídicos obligatorios (art. 11 del Reglamento)¹⁶. Pero de ahí a que queden sepultados por la falta de voluntad de las autoridades nacionales hay una gran distancia porque, no olvidemos, tienen el mismo valor probatorio que los documentos de los inspectores nacionales.

La creación de esa Fiscalía europea, a la que se atribuirá la batuta de tantas investigaciones y que podrá ella misma personarse ante los Tribunales nacionales, debería conducir, a mi juicio, a la integración de la OLAF en su seno.

No generan conflictos ni duplicidades otras instituciones que coinciden en el deber de supervisar el presupuesto comunitario. Me refiero al Tribunal de Cuentas o al Parlamento Europeo, que tienen encomendadas funciones de control pero cuya actuación no es idéntica a la investigación de la OLAF. Esos controles son necesarios, sobre todo, porque cuentan con distinta legitimación y finalidad: la máxima legiti-

¹⁴ La propuesta de regulación de esa Fiscalía se contiene en el documento de la Comisión Europea de 17 de julio de 2013 (COM 2013, 534). El Reglamento que regula la actividad de la OLAF anuncia ya la necesidad de su reforma cuando se establezca la Fiscalía europea (considerando núm. 50).

¹⁵ La propuesta de Reglamento de creación de la Fiscalía europea se formalizó por la Comisión en su documento COM 2013, 534, y el pasado 14 de marzo de 2014 recibió el apoyo mayoritario del Parlamento Europeo (referencia P7 TA 2014, 234).

¹⁶ Aspecto tratado, por ejemplo, en el Auto del Tribunal de Primera Instancia de 13 de julio de 2004 (asunto T-29/03), sobre las denuncias de fraude en la venta de aceite de oliva en España, que no continuaron en sucesivas actuaciones.

mación democrática del Parlamento o la mayor legitimación competencial por su especialidad del Tribunal de Cuentas¹⁷.

La Comisión del Parlamento Europeo de Control del Presupuesto ha de analizar la ejecución del presupuesto de la Unión, si los recursos se han gastado según los objetivos establecidos, de conformidad con la legislación europea¹⁸. Un control parlamentario necesario y que es común en la estructura de todos los Estados de Derecho. Lo mismo cabe advertir de una propia singularidad de la competencia del órgano especializado en la fiscalización presupuestaria, el Tribunal de Cuentas (arts. 285 y ss. TFUE). Estas instituciones tienen distintos tiempos a la hora de analizar la ejecución del presupuesto en su conjunto, de manera global, sin perjuicio de señalar las deficiencias o irregularidades que adviertan. Por el contrario, la OLAF tiene la encomienda de perseguir actuaciones concretas, singulares, específicas, en las que se intuya que ha habido un fraude, un perjuicio para los intereses europeos.

Conviene ya analizar cuál es ese núcleo imantado que atrae para sí la investigación ante tanta institución u organismo que debe proteger los intereses financieros europeos.

III. ÁMBITO DE ACTUACIÓN

Las primeras palabras del Reglamento de actuación de la OLAF marcan con claridad el objetivo y funciones de esta Oficina: la investigación para «intensificar la lucha contra el fraude, la corrupción y cualquier otra actividad ilegal que vaya en detrimento de los intereses financieros de la Unión». El fraude, la corrupción, las actividades ilegales o la protección de intereses financieros son términos que se reiteran con frecuencia. Son los componentes de la amalgama de ese imán que atrae la atención de la OLAF y justifica su intervención.

La delimitación semántica de estos vocablos se recoge en muchos documentos europeos. Lo que resuelve una importante dificultad, cual sería atender a la diferente interpretación que existe en los distintos ordenamientos nacionales, puesto que las ilegalidades, irregularidades, fraudes, las desviaciones de poder, sobornos, abusos de posición u otras

¹⁷ El mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha recordado que «la función de investigación asignada a la OLAF difiere de misiones de control general como las que incumben, en particular, al Tribunal de Cuentas...» (sentencia de 10 de julio de 2003, asunto C-11/00).

¹⁸ Cuyo tradicional acróstico identificativo ha sido modificado hace un par de años: COCOBU se ha cambiado por CONT, probablemente por las asociaciones que podrían realizarse. Sus competencias se describen en el Anexo VII del Reglamento del Parlamento Europeo.

actividades perseguibles se definen de manera diversa, porque son fruto de una tradición jurídica propia, de sucesivas reformas adoptadas al hilo de los problemas de corrupción en sectores concretos.

Así, por ejemplo, se entiende que existe una «irregularidad» cuando se infringe el Derecho de la Unión de tal modo que se perjudica el presupuesto comunitario, ya derive de «*la disminución o la supresión de ingresos procedentes de recursos propios percibidos directamente por cuenta de las Comunidades*», ya de gastos indebidos. Y se insiste en considerar fraude o corrupción cuando esas actuaciones ilegales supongan un detrimento de los intereses financieros de la Unión. En resumen, aunque la reforma del Reglamento de la OLAF ha subrayado la necesidad de luchar contra el fraude, la corrupción y cualquier actividad ilegal, lo cierto es que el eje central sobre el que gira la justificación de sus actividades no es meramente incumplir el ordenamiento comunitario, sino la protección de los «intereses financieros», que derivará del menoscabo de los fondos europeos, de la «lesión económica» que originan conductas irregulares o ilegales¹⁹.

Las investigaciones pueden dirigirse sobre las actuaciones de cualquier persona, empresa, administración, organismo o institución..., sea europeo o nacional. Las personas, asociaciones, sociedades... que se benefician de fondos comunitarios están sometidas a esta supervisión, además de los mecanismos de control propios de cada Estado miembro. Ya lo apunté *supra*: que existan esos controles nacionales no excluye la posibilidad de una supervisión europea. Conviene admitir un doble control para evitar errores o descuidos, así como el riesgo de que la cercanía o relación con las autoridades nacionales implique cierta relajación en la lucha contra el fraude. Incluso sin que exista el reproche del clientelismo o la corrupción. Sirva recordar como ejemplo que la devolución de fondos por las empresas perjudica los contratos públicos y, en consecuencia, las políticas nacionales.

Y, por supuesto, están bajo la lupa de la OLAF todas las instituciones y organismos de la Unión. Lo que no ha estado exento de conflictos. No sólo por la estrecha relación entre las autoridades y funciona-

¹⁹ Las definiciones se contienen en el artículo 2 del Reglamento de la OLAF, que se remite al Reglamento 2988/1995, de protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas. Hay que tener en cuenta también el Convenio relativo a la protección de los intereses de las Comunidades Europeas, de 26 de julio de 1995; así como el Convenio relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea, de 26 de mayo de 1997, que precisan de manera más extensa el ámbito de la corrupción, activa y pasiva, incluyendo todas aquellas actuaciones intencionadas de los funcionarios a través de las que reciban o den ventajas e infrinjan sus deberes oficiales; o situaciones calificadas de fraudulentas, como la presentación de documentación o declaraciones falsas, el desvío de fondos, incumplimiento de obligaciones que generen gastos en los presupuestos comunitarios, etc.

rios de la Comisión, sino también porque algunas instituciones europeas han invocado su elevado rango o independencia para tratar de quedar fuera de la investigación de esta más pequeña Oficina inserta dentro de la Comisión.

Así lo pretendió el Banco Central Europeo mediante la Decisión 1999/726, de 7 de octubre de 1999, sobre prevención del fraude. Creaba un propio Comité de lucha contra el fraude en el seno de su Dirección General de Auditoría Interna, a la que se atribuía unas competencias que se declaraban «exclusivas». Tal decisión fue impugnada por la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia declaró su invalidez en la sentencia de 10 de julio de 2003 (asunto C-11/00).

Conviene recordar brevemente algunas de las consideraciones que el Tribunal recoge en este pronunciamiento, que giran ante la obvia pero tan olvidada idea de que el Derecho de la Unión vincula a todas sus instituciones, aun cuando presuman de contar con un estatuto jurídico especial que les reconoce «independencia» para el buen ejercicio de sus funciones.

El Tribunal de Justicia subrayó que el Banco Central Europeo no podía quedar fuera del ámbito de investigación de la OLAF. Las expresiones de los Tratados relativas a la lucha contra el fraude debían extenderse a todo el universo de sucesivos organismos europeos, sin que la redacción inicial permitiera congelar el ámbito de control a sólo las instituciones entonces mencionadas. Del mismo modo, la expresión relativa a los «intereses financieros de la Comunidad» incluía la preocupación por la buena administración de las cantidades consignadas en los presupuestos, pero también cualquier «ingreso o gasto» relacionado con las políticas de la Unión Europea.

La defensa del Banco Central Europeo llegó a plantear incluso la incompetencia de la Comisión para establecer nuevos mecanismos de lucha contra el fraude, que, en su opinión, debía circunscribirse a mejorar sólo los medios establecidos por los Estados. Interpretación que rechazó de plano el Tribunal de Justicia al entender que los Tratados no sólo reconocían la responsabilidad de combatir el fraude a los Estados, sino también a las instituciones comunitarias. No podía interpretarse que tales artículos contuvieran un límite a las facultades combativas de la Comisión. En fin, interesa también recordar que se rechazó de manera contundente la argumentación del Banco Central Europeo de que podría menoscabarse su «independencia» si se permitía una investigación a la OLAF. Sorprendente alegación que trataba de confundir, como bien se puso de manifiesto en el proceso, el régimen singular del Banco, el estatuto especial de sus miembros, sus incompatibilidades y medidas para garantizar su independencia, y que, como cualquier ins-

titución, estaba sometido al Derecho de la Unión. De ahí el control del propio Tribunal de Justicia ante el que actuaba, o a la fiscalización del Tribunal de Cuentas... Como ya había declarado el mismo Tribunal con relación al Banco Europeo de Inversiones, el hecho de tener una autonomía funcional e institucional no puede conducir a la dañina idea de desvincularlo de las normas europeas²⁰. En modo alguno se deteriora la posición del Banco y su independencia, que está circunscrita únicamente al ejercicio de sus funciones, y, además, en caso de denuncias o sospechas, éstas se despejarían mejor con una investigación externa del organismo encargado de luchar contra el fraude que mediante una investigación interna.

Relevante sentencia que, girando sobre la elemental idea de la vinculación de toda institución europea al Derecho de la Unión, permite reconvenir a tantos organismos, entidades o autoridades que se creen «singulares» e «independientes». La «independencia» se circunscribe a la prohibición de recibir instrucciones o influencias del poder político o económico. Esto es, la defensa de que su actuación sea correcta, imparcial y objetiva, pero nunca supone entender su configuración como un eslabón separado y autónomo del resto de la organización y del Derecho de la Unión que le permita estar exento de controles externos. Otra cosa supondría una quiebra del Derecho, y la Unión Europea ha de consolidarse como una coherente Comunidad jurídica.

También han existido roces con el Parlamento Europeo. Desde el primer momento, tras el necesario acuerdo de esta institución en 1999²¹, hubo un fuerte debate y varios parlamentarios recurrieron, llegando hasta la formulación de un recurso de casación ante el Pleno del Tribunal de Justicia. La sentencia de 30 de marzo de 2004 (asunto C-167/02) confirmó el criterio expuesto por la Sala que había conocido del primer recurso. La desestimación se fundó, por un lado, en la falta de legitimación de los diputados y, por otro, en que la Decisión no afectaba al derecho a la tutela judicial efectiva. Se imponían obligaciones a los diputados —informar de los hechos que pudieran permitir presumir la existencia de fraude o corrupción, cooperar con la Oficina, etc.—, pero todas esas obligaciones debían atenderlas por ser proporcionadas y adecuadas para garantizar una investigación, luchar contra el fraude y proteger los intereses de la Unión. Además, si en el seno de una inves-

²⁰ Pueden verse en este sentido las sentencias de 3 de marzo de 1988 (C-85/86) y de 2 de diciembre de 1992 (C-370/89).

²¹ El Parlamento aprobó el día 18 de noviembre de 1999 una Decisión sobre las modificaciones de su Reglamento, que derivaba del Acuerdo interinstitucional de 25 de mayo de 1999 entre el Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión de las Comunidades Europeas, relativo a las investigaciones internas efectuadas por la Oficina europea de lucha contra el fraude. Eso es lo que impugnaron más de setenta diputados.

tigación un diputado tiene la firme convicción de que no ha de cumplir esas obligaciones o que no ha de atender a los requerimientos de la OLAF, siempre puede impugnar esos concretos actos que considere lesivos. Porque toda actuación es objeto de control jurisdiccional.

En todo caso, el Reglamento de actuación de la OLAF recuerda su compatibilidad con el Protocolo de privilegios e inmunidades, así como con el Estatuto del diputado europeo (art. 1), y una Declaración final a este texto, firmada por la Comisión Europea, confirma que «la Oficina ha declarado que actuará en todo momento de conformidad» con dichos Protocolo y Estatuto, «respetando plenamente la libertad y la independencia de los diputados». Del mismo modo, el Reglamento del Parlamento Europeo establece la sujeción a las investigaciones de la OLAF, precisándose en un Anexo las condiciones para su ejercicio y los deberes de los diputados²².

En consecuencia, la OLAF puede investigar a todas las instituciones europeas²³. Al mismo tiempo que esta Oficina está sometida a los controles externos de las instituciones europeas. Especialmente del Parlamento, del Tribunal de Justicia, del Tribunal de Cuentas, del Defensor del Pueblo Europeo. Los controles son recíprocos para conseguir un adecuado equilibrio entre los poderes públicos.

IV. CONFIGURACIÓN DE LA OLAF

Lugar común que se alega como causa de las conflictivas relaciones con otras instituciones comunitarias es la naturaleza jurídica de la OLAF. Configurada como un mero organismo administrativo, ese modesto estatus ha sido invocado como un defecto de origen para su mejor funcionamiento y persecución del fraude.

Es cierto que en la propuesta inicial presentada por la Comisión Europea se le pretendía reconocer personalidad jurídica²⁴. Desapareció esa aspiración durante la tramitación del Reglamento, lo que ha permitido aludir a esa falta de atributo como la causa de algunas disfunciones en el funcionamiento y en los problemas que ha tenido la OLAF.

²² Artículo 12 y Anexo XI, en la versión del Reglamento que he consultado, tras la reforma de 2014.

²³ Entre otros casos que irán apareciendo en las siguientes páginas, sirva ahora el recordatorio, para subrayar la sujeción de toda institución, autoridad, funcionario o agente comunitario, de la investigación que se abrió a un miembro del Tribunal de Cuentas y que fue objeto de conflicto ante el Tribunal de Justicia (sentencia de 12 de septiembre de 2007, asunto T-259/03).

²⁴ Vid. artículo 8 de la propuesta que presentó la Comisión de Reglamento para la creación de la Oficina de lucha contra el fraude, fechada el día 4 de diciembre de 1998 (COM, 1998, 717).

Sin embargo, a mi juicio, hay que abatir el mito de la exigencia de personalidad propia como presupuesto indispensable para el buen funcionamiento de un organismo, como elemento necesario para que el ejercicio de sus competencias sea objetivo, neutral e imparcial. Una correcta actuación, el buen hacer de las funciones encomendadas no depende del reconocimiento de una propia personalidad jurídica, sino de que el personal que presta sus servicios sea ciertamente competente y responsable. No siempre la atribución de una personalidad propia garantiza la independencia. Han pasado ya suficientes años desde la aparición y proliferación de las llamadas «autoridades independientes» y «entes reguladores» para admitir que la personalidad no garantiza en absoluto una actuación independiente del poder político o económico. Hemos vivido las vinculaciones generadas por el nombramiento de sus directivos y su agradecimiento a los partidos políticos que los promovieron o las seducciones de futuros nombramientos en el seno de grandes empresas. El reconocimiento de personalidad jurídica puede encontrar algunas ventajas en su funcionamiento, pero no hay que mantener la ingenuidad sobre los riesgos que conlleva.

Naufragados los primeros intentos de dotar a la OLAF de personalidad jurídica, la Decisión que le dio a luz la configuró como una Oficina administrativa dentro de la propia Comisión Europea. Sustituía a la inicial «unidad» y en su nuevo diseño se establecían algunas técnicas con el deseo de que se reconociera su independiente actuación.

Así, se atribuye a su Director la competencia de iniciar, instruir y concluir los procedimientos de investigación. Es una responsabilidad propia y este órgano directivo no podrá solicitar ni aceptar instrucciones de la Comisión ni de ningún Gobierno, institución u organismo. Es más, si considera que alguna actuación de la Comisión Europea puede cuestionar su independencia, debe informar a un Comité de vigilancia, órgano supervisor al que a continuación me referiré, e incluso puede impugnar y discutir ante los Tribunales de Justicia la actuación de la Comisión (art. 17 del Reglamento).

Es en esa responsabilidad para ejercer sus competencias, en esa ausencia de indicaciones o influencias políticas, donde puede reconocerse una buena dirección en el funcionamiento de la OLAF. Por ello preocupan las informaciones sobre la relación entre la dirección de la OLAF y el Presidente de la Comisión o algunos comisarios. Deberían evitarse al máximo las situaciones que generan apariencias de vinculación entre los intereses del cuerpo de comisarios y la dirección de la OLAF. Del mismo modo que en el ámbito mercantil a los grandes grupos de empresas se les imponen las comúnmente llamadas «murallas chinas» para evitar conflictos de intereses e interdependencias en sus

actuaciones, así deberían respetarse los ámbitos de actuación de la OLAF.

Ello no impide el ejercicio de las diversas facultades disciplinarias y de control sobre la actuación de ese Director por parte de la Comisión Europea, pues a ella se le han atribuido las establecidas en el Estatuto de los funcionarios, con la única previsión de que ha de oírse al Comité de vigilancia (art. 5.2 de la Decisión de creación de la OLAF).

Este Comité es el que tiene encomendado supervisar la actuación neutral e imparcial de la Oficina. Como contrapeso, controlando la actuación del Director y de la OLAF en su conjunto, con el fin de garantizar su correcta actuación, porque hay que controlar al controlador, se ha creado *ad hoc* este Comité de vigilancia. Comité independiente de la Comisión, que está integrado por profesionales de prestigio y al que se le han atribuido relevantes funciones para verificar el adecuado funcionamiento de la OLAF: debe ser informado de las actividades de investigación, de si los procedimientos se alargan, atender al cumplimiento de las garantías procedimentales, analizar la actuación para informar sobre sus recursos y necesidades... Un control que permite comprobar la independencia de la OLAF de los influjos de la Comisión Europea, pero, a la vez, como cara de esa misma moneda, supervisa su adecuada actuación.

Es por ello la OLAF un órgano peculiar dentro de la Comisión, muy distinto a las Direcciones y otros órganos que componen la compleja estructura de la Comisión Europea. Es un órgano singular, con funciones acotadas, con responsabilidad en el ejercicio de sus funciones, que queda fuera de la dependencia jerárquica de la propia Comisión Europea, porque es otro órgano colegiado *ad hoc*, el Comité de vigilancia, el que primero ha de velar por el buen funcionamiento de la OLAF.

La designación de todos estos cargos sigue un procedimiento específico.

El Director debe surgir del acuerdo entre el Parlamento, el Consejo y la Comisión, tras considerar el informe del Comité de vigilancia sobre los candidatos que se hubieran presentado a la convocatoria pública realizada por la Comisión (art. 17 del Reglamento).

El nuevo Reglamento prevé que la convocatoria para la designación del nuevo Director ha de realizarse, como muy tarde, seis meses antes de que finalice el mandato. Y es que hemos vivido la experiencia de situaciones irregulares ante la falta de atención de las antiguas previsiones por la propia Comisión Europea. Las dificultades en el nombramiento de un nuevo Director condujeron a la designación de un Director Adjunto, cargo inexistente en la Decisión de creación de la OLAF, sin consultar con el Parlamento y el Consejo, que presidió du-

rante años la Oficina. Ese puesto no ha sido recogido en la reforma del Reglamento, que reitera la posible delegación de funciones en algún miembro de la OLAF, con clara precisión de los límites y condiciones en su ejercicio (art. 17.6 del Reglamento).

Superados los trámites de selección, el nombramiento se extiende durante siete años. A mi juicio, un periodo de tiempo demasiado dilatado. Es cierto que se repite casi como lugar común la necesidad de establecer unos largos mandatos, superiores a los de los gobiernos, con el fin de garantizar la estabilidad de los organismos, que no han de depender jerárquicamente de los cambios políticos, y así romper cualquier cordón umbilical por coincidir en el tiempo las renovaciones de los gobiernos y de los organismos reguladores. Sin embargo, si bien esa idea es plausible, creo que hay que considerar los inconvenientes que originan los prolongados mandatos en cargos tan delicados. Tal es el caso de la persecución de los fraudes y la corrupción. Considero que hay un cierto riesgo en el hecho de mantener durante siete años un cargo con tanta responsabilidad y prácticamente inamovible. Por el contrario, llevar al ánimo de ese Director que su puesto es más acotado —por ejemplo, sólo tres años, sin posibilidad de renovación y con un posterior análisis de su gestión— puede evitar que se consolide el consentimiento a prácticas irregulares; así como la tensión que cada nombramiento origina al tener que manifestar el nuevo Director renovados bríos. ¿Es necesario recordar el consejo de los padres fundadores de los Estados Unidos de América?: insistieron en la conveniencia de establecer controles y contrapesos en el ejercicio de los poderes públicos, como si llegaran a ejercerlos «demonios».

El Director ha de fijar cada año un plan de actuación precisando las prioridades en la investigación²⁵. También se le ha atribuido la adopción de los procedimientos de actuación, así como instrumentos que garanticen el control interno. Con posterioridad incidiré en esta relevante cuestión. Únicamente ahora conviene recordar con leves brochazos que es el Director quien decide el inicio o no de una investigación, quien ejerce la jefatura del personal de la Oficina²⁶, quien mantiene la relación con las otras instituciones europeas, a las que ha de informar de la actuación de la Oficina, así como su relación con el Comité de vigilancia.

²⁵ La falta de prioridades en la investigación fue una de las críticas que el Tribunal de Cuentas europeo destacó en su Informe de 2005, por lo que suponía de cierta desorganización o defectuosa utilización de los recursos disponibles. Desde el año 2010 se fijan ya las estrategias y prioridades y se introdujeron también sistemas de control internos, así como unos criterios «mínimos» y «elementos de evidencia» para impulsar las investigaciones.

²⁶ La Comisión Europea incluyó también como compromiso en la aprobación del Reglamento de actuación de la OLAF la Declaración de que «tenía la intención de mantener» las competencias del Director relativas a la contratación.

Este Comité está integrado por cinco «personalidades» designadas, tras el acuerdo del Parlamento, el Consejo y la Comisión, entre personas «externas» a las instituciones, independientes y que tengan una suficiente cualificación según la normativa de su país para el ejercicio de las funciones propias de la OLAF. Esto es, fiscales, magistrados, así como otros funcionarios expertos en la investigación y lucha contra el fraude.

El nombramiento se extiende durante cinco años, sin posibilidad de una prórroga más allá del tiempo necesario para proceder a la sustitución. Además, con el fin de garantizar cierta continuidad en los criterios de actuación, se ha previsto la renovación parcial, de tres y dos vocales, de manera alternativa²⁷. El estatuto jurídico de estos cargos se completa con la insistencia de mantener la independencia, porque no pueden solicitar ni recibir instrucciones de las instituciones europeas o de los Estados miembros. Independencia que quizás haya también motivado que estos cargos no sean retribuidos. Únicamente percibirán los vocales una dieta y la compensación por los gastos que les genera el desempeño de sus funciones.

El Comité establecerá las reglas de funcionamiento y elegirá a su Presidente. Otras pocas previsiones se concretan. Se exige que, al menos, mantenga dos reuniones anuales y que presente como mínimo un informe cada año sobre el funcionamiento de la OLAF. En particular, el Reglamento menciona como contenidos de esa supervisión evaluar la independencia de la actuación, las garantías en los procedimientos seguidos y la duración de las investigaciones. Y ello se debe a que en los últimos años la mayoría de las denuncias y quejas contra la actuación de la OLAF se han centrado en las violaciones a las garantías procedimentales.

Así, por ejemplo, algunos de los informes publicados por el Comité de vigilancia han subrayado los riesgos en el funcionamiento de la Oficina al contar con escaso personal o su dependencia de la Comisión Europea y del Director. Pero, sobre todo, se han resaltado las quebras a lo que deben ser las mínimas garantías en cualquier procedimiento de investigación. Esto es, una mínima información a las personas cuya actuación se investiga o al propio Comité de vigilancia, que ha de controlar su comportamiento; así como las dificultades de los vocales de este Comité para acceder a la información que posee la OLAF, frente a la información facilitada al Presidente de la Comisión,

²⁷ Y para evitar cualquier interrupción en su composición, las instituciones europeas se han comprometido a que cuando nombre a los nuevos miembros del Comité también designarán a aquellos que entrarán en funciones en la siguiente sustitución parcial (Declaración final al Reglamento de actuaciones de investigación de la OLAF).

a las autoridades nacionales o filtraciones a los medios de comunicación antes de concluir la investigación, mientras se le negaba explícitamente el acceso a esa información al Comité²⁸. *Infra* recordaré algunos de los casos más llamativos porque en este momento quisiera todavía apuntar otros aspectos sobre el personal de esta Oficina. Porque también en los informes de este Comité se ha indicado que la contratación del personal debería ser independiente de los procedimientos establecidos para las instituciones europeas, dando más facultades al Director.

Esta idea merece algunos comentarios.

En primer lugar, porque deberían tenerse en cuenta los riesgos que siempre existen cuando se otorga a una autoridad tal posibilidad, pues puede desbocar en la progresiva elefantiasis del organismo, en aumentar el clientelismo o en urdir peligrosos vínculos con otras organizaciones o interesados. La selección de personal ha de estar claramente formalizada y realizarse mediante procedimientos públicos que garanticen el reconocimiento de los méritos y capacidades. En este sentido, considero que los actuales procedimientos de selección de las instituciones europeas no son los más adecuados a los efectos de configurar la Oficina de lucha contra el fraude porque, dejando a un lado el examen de las habilidades lingüísticas, los test psicotécnicos no ofrecen resultados sobre el conocimiento del Derecho, además de haber sido duramente criticados por los especialistas y desechados ya en muchos países como procedimiento de selección. Y la prueba que trata de advertir las condiciones para llevar una reunión o negociación no parece que sea la más apropiada para advertir el conocimiento de cómo impulsar una investigación. Más conveniente sería que los aspirantes a la función pública europea tengan unos saberes mínimos jurídicos y sobre la historia de la Unión.

Pero otros riesgos son más preocupantes. Porque, en segundo lugar, deberían evitarse los conflictos de intereses derivados de las relaciones existentes entre el personal de las instituciones europeas. Los vínculos que normalmente se crean por las largas relaciones al trabajar en las mismas dependencias, tanto de compañerismo como su contrario, deberían hacer reconsiderar la procedencia del personal que ha de llevar las investigaciones en la OLAF y, así, evitar que queden diluidas las responsabilidades o que se aplique un celo excesivo. Es cierto que ese personal está sometido al Estatuto de funcionario comunitario, por lo

²⁸ Estas expresiones aparecen en los Informes de actividad de los años 2011, 2012 y 2013 del Comité de vigilancia. Estos textos, junto a otros muchos documentos de este Comité, están disponibles en la página web http://ec.europa.eu/anti_fraud/about_us/reports/supervisory_reports/index_en.htm.

que ha de ser cuidadoso en la «independencia» de su actuación, esto es, su objetividad e imparcialidad, de tal modo que debe advertir de los posibles conflictos de intereses para no participar en una investigación. Sin embargo, los conflictos existen, e incluso han llegado a los Tribunales²⁹.

Por ello, sería preferible que especialistas en la investigación —caso de fiscales, inspectores, policías judiciales y similares— fueran quienes investigaran las denuncias que afectaran a las autoridades y funcionarios europeos. Así se nutre Eurojust y también esa misma idea es la que se recoge en la creación de la Fiscalía europea³⁰. Se ofrecería mayor neutralidad y objetividad a esas investigaciones. A mi entender, resultaría más adecuado establecer un sistema mixto de selección, separando luego también la atribución de las investigaciones. Quedaría sólo como competencia de los funcionarios comunitarios la investigación de las denuncias que afectaran ya a las actuaciones en los Estados.

V. ALGUNAS LUCES Y SOMBRAS

Las sucesivas memorias de la OLAF, así como otras muchas páginas que difunden información, presumen de algunas de las investigaciones con el fin de demostrar la eficacia de su actuación: controles aduaneros obligaron a restituir fondos europeos o recuperaron derechos de aduana por exceso de los cupos establecidos; se ha luchado contra el fraude en el IVA; se ha combatido el contrabando de tabaco; se lucha contra el blanqueo de capitales; se persigue a quienes actúan en nombre de las instituciones europeas e interfieren en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos; se han impedido situaciones de doble facturación; se ha evitado la distracción de fondos para la investigación... En fin, el Informe anual que presentó la Comisión Europea sobre la defensa de los intereses financieros de la Unión y la lucha contra el fraude en el año 2012 resume, entre otros datos, que se noti-

²⁹ Por ejemplo, las sentencias del Tribunal de primera instancia de 6 de abril de 2006 (asuntos C-432/04 y T-309/03) acreditaron los conflictos de intereses de uno de los funcionarios de la OLAF que había trabajado en la Dirección General de Control Financiero precisamente en los años que ahora también investigaba. Lo que condujo al Tribunal, tras el correspondiente examen de los sucesivos trámites, a declarar «violación grave y manifiesta del principio de imparcialidad» en el informe de la OLAF.

³⁰ La Decisión 2002/187, que creó Eurojust, establece que son los fiscales, jueces o funcionarios de policía con competencias equivalentes los representantes designados. La propuesta de Reglamento para la creación de la Fiscalía europea (COM, 2013, 534) también establece que el Fiscal europeo será designado tras una convocatoria pública abierta a profesionales que poseen la calificación necesaria para ocupar un alto cargo judicial, y los fiscales delegados que se designen también serán fiscales al admitirse que puedan seguir manteniendo su fiscalía nacional.

ficaron más de 13.000 irregularidades que afectaban a casi 3.400 millones de euros, y que la OLAF abrió más de 400 investigaciones por considerar actuaciones fraudulentas y recomendó la recuperación de casi 300 millones de euros.

Sin embargo, también esta Oficina ha sido protagonista de informaciones confusas, de quejas y reclamaciones por sus actuaciones. Ya he apuntado algunas denuncias recogidas en los informes del Comité de vigilancia: quiebras en los derechos de defensa de las personas investigadas, a las que se les negaba información; irregularidades en la práctica de pruebas; prolongación de sus actuaciones, sin que se supiera hasta dónde y cuándo podrían llegar... Y todo ello a pesar de que desde el primer Reglamento, que regulaba esas actuaciones de investigación de la OLAF, se ordenaba el pleno respeto a los derechos fundamentales de las personas concernidas por una investigación (considerando 10 y art. 4.b); derechos que también debían respetarse en la información que se difundiera (art. 12).

No obstante, las violaciones de ese respeto a las garantías y derechos de las personas se han sucedido, como lo muestran los problemas que surgieron por la difusión de algunas investigaciones en los medios de comunicación europeos, así como los recursos que se presentaron ante los Tribunales. Recuerdo ahora sólo algunos conflictos judiciales, porque esas impugnaciones permitieron a los Tribunales de Justicia precisar el régimen de actuación de la OLAF, ante la vulneración de reglas básicas del procedimiento y las garantías de defensa.

Así ocurrió con el conflicto originado por las informaciones a finales de los años noventa sobre un llamado «cartel de funcionarios» en el seno de la Oficina de ayuda humanitaria. Aun cuando unas primeras investigaciones por posibles irregularidades se habían archivado, nuevos informes y la difusión de noticias originaron que la OLAF reabriera la investigación. Uno de los funcionarios afectados recurrió ante los Tribunales de Justicia solicitando medidas cautelares con el fin de paralizar esas informaciones, así como que se le diera traslado de los documentos para su conocimiento. Mediante sendos Autos, los Tribunales desestimaron sus peticiones. Sin embargo, al resolver el recurso de casación, el Tribunal de Justicia recordó el deber de informar de manera inmediata a todo funcionario si la investigación le implicaba de manera personal, así como el principio básico de actuación de que no pueden formularse conclusiones sin que el interesado haya sido oído sobre los hechos que le afectaban (Auto de 8 de abril de 2003, C-471/02).

Gran resonancia tuvo también el caso de las actuaciones que se siguieron contra un periodista alemán que había publicado dos artículos sobre posibles actuaciones de corrupción en las instituciones

europas con apoyo en documentos que procedían de la propia OLAF. Insinuaciones por parte de la Comisión Europea de que había sobornado a funcionarios para obtener dicha información, así como la entrada en su domicilio y en su despacho de la policía belga, generaron gran contestación y actuaciones judiciales que dieron distinto resultado. Por un lado, el Tribunal belga archivó su recurso; por su parte, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desestimó la petición de anulación de las actuaciones, así como la petición de una indemnización por responsabilidad patrimonial (sentencia de 4 de octubre de 2006, asunto T-193/04), mientras que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos condenó al Gobierno belga a satisfacer una indemnización por daños morales (sentencia de 27 de noviembre de 2007). También el Defensor del Pueblo Europeo se pronunció de manera muy crítica sobre este conflicto en su Informe del año 2005, lo que llevó incluso a que la propia OLAF tuviera que solicitar la modificación de sus declaraciones publicadas, que habían sido calificadas de algo tendenciosas, distorsionadas y nada imparciales. Varias expresiones se corrigieron.

Mucha repercusión tuvo igualmente el conflicto que afectó a funcionarios de Eurostat a raíz de una investigación por posible malversación de fondos y otras irregularidades. Sin que los funcionarios investigados tuvieran ninguna noticia, se remitieron informes a las autoridades de Francia y Luxemburgo que dieron lugar a la apertura de procesos penales. Estas informaciones se filtraron a la prensa, según luego quedó acreditado; de ahí que esos funcionarios pidieran información a la OLAF, solicitaran aclaraciones a la Comisión y recurrieran ante el Tribunal de Justicia su desamparo.

En una larga sentencia, va acogiendo el Tribunal el resumen de este enmarañado conflicto para destacar algunas violaciones de las mínimas reglas de buena actuación administrativa por parte de la Comisión Europea y de la OLAF: remitir información a las autoridades de los Estados miembros sin haber dado la más mínima noticia del expediente a los funcionarios investigados; no dar noticia al Comité de vigilancia; filtrar documentos a los medios de comunicación; o publicar información y realizar declaraciones que quebraban la presunción de inocencia e incumplían el deber de confidencialidad. En palabras de la sentencia: *«no puede considerarse que la Comisión lo haya hecho con toda la discreción y toda la reserva requeridas, respetando el justo equilibrio entre los intereses de los demandantes y los de la institución. En efecto, con la publicidad que decidió dar al asunto Eurostat, al asociar a los demandantes con las malversaciones, no se mantuvo dentro de los límites de lo que estaba justificado por el interés del servicio»* (apartado 311).

Recuerda el Tribunal que cualquier persona que es objeto de una investigación debe ser informada, así como debe dársele la oportunidad de ser oída sobre aquellos hechos que le afectan. Es cierto que la normativa admite un margen de apreciación para valorar si mantener el secreto absoluto de las investigaciones, pero esa medida no puede minorar los derechos básicos de las personas investigadas. Al final, la sentencia condena al pago de una cantidad por dichas infracciones.

Otros recursos han apuntado a las violaciones de los derechos de defensa de toda persona investigada. Ya he aludido a las quebras de imparcialidad por no evitar los conflictos de intereses de los investigadores que habían trabajado en otras Direcciones en la Comisión Europea³¹. También numerosos Informes del Defensor del Pueblo resaltan deficiencias, irregularidades y vulneraciones de los derechos de defensa. Y últimamente hemos conocido el recurso interpuesto por el ex Comisario Dalli, a quien el Presidente de la Comisión Europea cesó tras una investigación realizada por la OLAF. Según el ex Comisario, sin las mínimas garantías y sin que se le diera la posibilidad de defenderse.

Las denuncias se suceden y centran en los mismos aspectos: las denegaciones de acceso a la información, la falta de información sobre los posibles plazos de la investigación, o sobre las declaraciones que trascendían y el deber de confidencialidad³². Procede por ello ya atender a las modificaciones que ha introducido la reforma del Reglamento, aprobada el pasado mes de septiembre.

VI. LAS PREVISIONES TRAS LA REFORMA

Varios considerandos previos aluden y repiten el necesario respeto a los derechos fundamentales de las personas afectadas por la investigación, así como al necesario equilibrio que debe mantenerse entre la difusión de información y el respeto a la confidencialidad y la protección de los datos personales. Pero es fundamentalmente un solo artículo el que, bajo la rúbrica de garantías procedimentales, regula estos aspectos que ahora nos interesan. Como su regulación es algo desordenada, he preferido reordenar las garantías bajo el criterio de su interés temporal.

Porque, lógicamente, lo primero que habría que recordar es que toda persona afectada por una investigación ha de ser informada de manera inmediata (apartado 3). Lejos han quedado los tiempos oscuros en

³¹ Como los conflictos que resuelven las sentencias del Tribunal de primera instancia, que tienen fecha de 6 de abril de 2006 (asunto T-309/03), a los que ya aludí *supra*.

³² Varias son las llamadas de atención en los Informes del Defensor del Pueblo de los años 2011 y 2012 en este sentido.

que las personas eran objeto de seguimiento reservado. El ejercicio de las investigaciones no puede ser secreto en una sociedad democrática, donde todo el poder debe estar bajo el adecuado control y la actuación pública debe tender hacia la transparencia. Por todas las referencias normativas, recuerdo que el artículo 6 del Convenio de Derechos Humanos establece que toda persona tiene el derecho «*a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y de manera detallada, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él*».

Es cierto que, como en tantos ordenamientos europeos, se prevé que dicha comunicación «inmediata» pueda suspenderse ante la circunstancia de que su conocimiento pueda perjudicar el desarrollo de la investigación. Esto es, pueden realizarse actuaciones reservadas o «secretas» porque se justifique que dar noticia a los afectados podría originar interferencias que obstaculizaran la investigación, manipularan declaraciones de terceros, destruyeran pruebas. Por ello, tal medida excepcional que suspende garantías fundamentales ha de atender a las circunstancias concretas, exige una adecuada justificación, debe ser proporcional y ha de levantarse en el menor tiempo posible. Satisfecho el fin de obtener algunos datos, esas actuaciones reservadas no deben prolongarse por más tiempo del que resulte estrictamente indispensable. Los ordenamientos de los Estados miembros ofrecen suficientes precisiones para que la OLAF actuara adecuadamente. Es conocida la regulación del Derecho español contenida en el artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, así como la doctrina de los Tribunales³³. De ahí mi convicción de que sería más beneficioso y eficaz que el personal de la OLAF proviniera de los Estados miembros. Especialistas como inspectores o fiscales, que conocen ya las previsiones de los Derechos nacionales, que tienen ya bastante pensados y analizados estos conflictos. El Derecho europeo debería aprovechar el «acervo» de los Derechos nacionales y no tratar de iniciar caminos ya recorridos.

Establece este Reglamento más abajo, porque se encuentra como párrafo final en otro apartado, una previsión relativa a las investigaciones que afectan a funcionarios de las instituciones europeas. Hay que saber que el Estatuto de los funcionarios recoge en un anexo el régimen disciplinario, y precisa que para diferir la información de la existencia de la investigación al funcionario afectado deberá contarse con la autorización del superior; en expresión del Estatuto, «de la autoridad competente para el nombramiento». Pues bien, si dicha autoridad no responde a esa petición en el plazo de un mes, se entenderá que está de acuerdo

³³ Sirva la referencia a las relevantes sentencias del Constitucional de 31 de enero de 1985 o de 4 de octubre de 1988, o la del Supremo de 22 de abril de 2003.

con diferir la información. Plazo muy largo, a mi juicio, el de un mes, en el que mientras tanto se están realizando actuaciones reservadas.

Recuerda también el Reglamento de manera explícita el derecho de la persona afectada a ser oída en cualquier momento de la investigación (apartado 2). Derecho fundamental y básico que se concretará en la presentación de alegaciones y pruebas en cualquier momento, aunque poco más se establece al respecto. Sólo se han precisado algunas formas de la comparecencia a instancia de la OLAF, la denominada «invitación a una entrevista». Esta citación deberá advertirse con un tiempo mínimo de antelación, diez días, que sólo ante razones de urgencia podrá reducirse a veinticuatro horas y, en principio, de acuerdo de la persona afectada. En la comunicación deberán recordarse todos los derechos que asisten al interesado. La comparecencia quedará reflejada en un acta, que se le facilitará para que realice las observaciones que estime oportunas.

A mi entender, peca esta regulación de parquedad porque, conociendo tantas actuaciones previas que han generado vivas polémicas y conflictos³⁴, debería haberse aprovechado la oportunidad para insistir, por ejemplo, en que los interesados tendrán a su disposición el expediente de investigación para contradecir aquellos aspectos de los que disientan.

Es cierto que el artículo siguiente, al atender a la confidencialidad, establece algunas previsiones sobre el carácter de «secreto profesional» de los datos obtenidos en las investigaciones internas, así como la necesaria garantía a la protección de datos. Pero si bien estas cautelas han de tenerse en cuenta a la hora de difundir información, no deben regir para las personas investigadas. Conocer la identidad, por ejemplo, del instructor, del denunciante, de otros posibles afectados, del contenido de las declaraciones que hayan realizado testigos... todos son elementos que deben facilitarse a los investigados para garantizar sus derechos de defensa. El principio de contradicción y la mínima igualdad de armas para la defensa son garantías básicas para una investigación que se reclame limpia y justa, como ha reconocido el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (entre otras, sentencia de 19 de junio de 2001).

Los Tribunales de la Unión Europea han atendido a estos problemas exigiendo la existencia de un interés público predominante para limitar la información (sentencia de 9 de junio de 2010, asunto T-237/05), una motivación suficiente que justificara el rechazo (sentencia de 25 de abril de 2005, asunto T-110/03), además del riguroso examen de la do-

³⁴ Entre otros muchos, recientemente, las investigaciones que se abrieron a raíz de la denuncia de las relaciones de un comisario con empresas relacionadas con las actividades tabacaleras no se facilitaron ni al mismo comisario europeo.

cumentación cuyo acceso se restringe (sentencias de 13 de abril de 2005, asunto T-2/03, o 19 de enero de 2010, asunto T-355/04)³⁵.

Diferentes son las previsiones sobre las citaciones a los testigos. Se ha establecido únicamente que deben convocarse con al menos veinticuatro horas. Tiempo ciertamente breve. Se precisa además que si, en medio de su comparecencia, los investigadores cambian de criterio y consideran que deben ser investigados, ésta se suspende y no podrán utilizarse contra ellos declaraciones previas salvo que se les haya dado la posibilidad de realizar observaciones a las mismas.

Estas previsiones no regirán, según el Reglamento, cuando se realicen controles *in situ*. No obstante, ello no puede interpretarse en el sentido de una libre actuación sin respetar las mínimas garantías derivadas de los derechos fundamentales: los requisitos y garantías previos a la entrada en el domicilio y en las oficinas; las autorizaciones judiciales para recoger documentación o material informático; las declaraciones que realicen a las personas...

También se ha precisado el derecho de presentar observaciones a toda la investigación antes de que la OLAF redacte las conclusiones finales. A pesar de que no estén redactadas esas conclusiones, los interesados han de conocer con detalle los hechos y la calificación de las posibles irregularidades, como cabe deducir del contenido que describe el artículo 11 para el informe final.

La comunicación para realizar este último trámite debe ofrecer un plazo mínimo de diez días, salvo razones de urgencia, que deberán motivarse, y, lógicamente, deberá ofrecer otro plazo razonable para el examen de la documentación y la oportuna defensa. Nada se dice sobre ese plazo mínimo, tan relevante, a diferencia del criterio tradicional del Derecho español, que sólo permite la reducción a la mitad. Esas observaciones podrán realizarse mediante una comparecencia o por escrito.

En caso de que, tras las actuaciones de investigación, se concluya que no han existido irregularidades o pruebas contra un interesado, deberá comunicarse ese hecho en el plazo máximo de diez días hábiles (art. 11.7). Plazo también algo extenso en un mundo de ágiles comunicaciones.

Los derechos y garantías de los afectados no concluyen con estas escasas previsiones del artículo 9. Porque también hay que cuidar su posición jurídica, su presunción de inocencia, la protección de sus datos personales, en la información que se facilite sobre las investigaciones.

³⁵ Entre las últimas sentencias que analizan la denegación del acceso a la documentación, que se considera adecuada, sirva la cita de la del Tribunal General de 21 de mayo de 2014 (asunto T-447/11).

Sabido es que la información y publicidad son instrumentos necesarios para el adecuado control de la Administración de Justicia y, en cierta medida también, de sus fases previas de investigación e instrucción³⁶. La difusión de información, las actuaciones «transparentes» en los organismos públicos se impulsan como medio de control externo y satisfacción de los derechos y libertades de información. Ocultar todas las actuaciones resulta impropio de una actuación que debe ser controlada y, sobre todo, generaría el riesgo de que una sospecha o filtración multiplicara rumores y especulaciones. De ahí la procedencia de facilitar alguna información, pero siempre manteniendo firmemente las riendas de la prudencia y la mesura para evitar que un desbocamiento genere más daños a las personas afectadas o a las instituciones en las que prestan servicios. La OLAF debe ofrecer información de manera neutral e imparcial, y esa divulgación ha de respetar siempre la presunción de inocencia, los derechos de los afectados, la protección de datos personales o la confidencialidad de algunos documentos (art. 10.5)³⁷.

Es éste un asunto ciertamente complejo y espinoso, pues son muchos los derechos afectados y más los riesgos que pueden aventar perjuicios para los afectados por las investigaciones.

En este sentido, importantes matices acoge la sentencia del Tribunal de la Función Pública de 2 de mayo de 2007 (asunto F-23/05). La semilla del conflicto se había esparcido por las auditorías realizadas, que apuntaban posibles irregularidades en la asignación de subvenciones a proyectos ficticios o manipulaciones en la adjudicación de contratos por parte de algunas delegaciones europeas de los servicios de prensa y comunicación. A petición de esa Dirección General de la Comisión Europea y sin comunicar ninguna información ni auditoría a esas delegaciones, la OLAF inició una investigación. De manera simultánea, la citada autoridad comunitaria adoptó varias medidas cautelares con la justificación de que no se interfiriera en la investigación. Tales fueron el cambio de destino de algunos funcionarios o la prohibición de que volvieran a sus despachos. Además, la Comisión ofreció una rueda de prensa en la que informó de dicha investigación de la OLAF, de la que se hicieron eco los medios de comunicación, identificando ya a los funcionarios afectados.

Meses después, la Comisión repuso a algunos de los funcionarios

³⁶ Afirmaciones relevantes contiene la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de noviembre de 2007 sobre la necesidad de la publicidad como medio para preservar la confianza en la justicia.

³⁷ La sentencia del Tribunal de primera instancia de 12 de septiembre de 2007 (asunto T-259/03) insiste en la necesidad de que la OLAF adopte las medidas necesarias para evitar filtraciones que pueden violar la protección de datos.

afectados en sus destinos iniciales. Sin embargo, uno de ellos, quien además había solicitado de manera reiterada la excedencia, en lugar del cambio de destino, no se incorporó ya a su puesto de trabajo por motivos de enfermedad. Es más, en el informe final de la OLAF se eximía a ese concreto funcionario de responsabilidad alguna, e incluso se recogía la indefensión en la que había estado al no facilitarle sus superiores determinada información sobre los datos con los que contaba o las auditorías realizadas. De ahí que presentara peticiones sobre la declaración de enfermedad profesional y una indemnización por los daños y perjuicios sufridos. Y es en ese recurso donde aparece, entre otras alegaciones, la denuncia de la actuación de la Comisión por la rueda de prensa, al entender que había quebrado la obligación de confidencialidad de la investigación.

A juicio del Tribunal, los amplios términos a través de los cuales se establece el principio de confidencialidad de las investigaciones de la OLAF han de interpretarse en cada situación y en su propio contexto. Es más, respetando, como precisa el mismo precepto, los derechos y libertades fundamentales. Por tanto, la confidencialidad debe dirigirse a garantizar el buen curso de las investigaciones, a que no haya interferencias perturbadoras; pero sobre todo a proteger la presunción de inocencia, los derechos de defensa y el honor y reputación de las personas investigadas, lo que requiere conductas prudentes y discretas. No obstante, en el caso concreto, al haberse adoptado unas medidas cautelares como el cambio de destino de funcionarios adscritos a los servicios de prensa y comunicación, si no se hubiera facilitado información alguna se hubieran disparado los rumores o especulaciones, que hubieran causado mayores perjuicios. Analizada la situación, el Tribunal concluyó que la Comisión había actuado de manera irregular porque una información con inexactitudes y calificada de «excepcional» originó más preguntas de los periodistas. Ello condujo a quebrar la confidencialidad mínima, que afectó a los derechos y la reputación de los funcionarios. Máxime cuando después no se dio la misma difusión al informe final de la OLAF que eximía de responsabilidad al recurrente. En palabras del Tribunal: *«la Comisión no tuvo suficientemente en cuenta los intereses del demandante en relación con los de la institución y no redujo al mínimo estricto el perjuicio causado a éste por la apertura de la investigación. Por tanto, la Comisión infringió el deber de asistencia y protección que le incumbe respecto a sus agentes»*.

La necesidad de limitar la información con el fin de evitar riesgos de difamación y proteger la reputación de las personas investigadas son aspectos en los que también ha insistido el Tribunal de Justicia en la sentencia de 12 de septiembre de 2007 (asunto T-259/03).

Las declaraciones de confidencialidad y reserva no pueden alcanzar a los hechos o sucesos, sino sólo a algunas actuaciones de investigación que realmente no deban ser difundidas por el riesgo de afectar a otro interés jurídico superior. Los periodistas pueden informar sobre datos que han obtenido legítimamente fuera de las actuaciones de investigación³⁸.

Es este aspecto de la información pública por los medios de comunicación el más espinoso, porque la misma apertura de una investigación «por fraude» traslada ya unas pringosas notas negativas, lejos de la asepsia de lo que podría ser una actuación de mera verificación o control. Además, existe el riesgo de que contiendas políticas o entre empresarios del mismo sector o el interés informativo por atraer audiencia pueden malear lo que debe mantenerse en un término de una mera información oficial.

En muchos países europeos están proliferando las oficinas o gabinetes de prensa en las dependencias de los Tribunales o las Fiscalías para fijar un marco uniforme en la información, que garantice los derechos de los ciudadanos y encauce los correctos términos jurídicos de expresión de los periodistas. Avanzar en una buena información, sin luces de espectáculo ni tintes de escándalo, resulta urgente.

También en las comunicaciones que la OLAF remita a las instituciones comunitarias, a la Comisión, al Parlamento, al Consejo o al Tribunal de Cuentas, ha de cuidar del respeto a la protección de datos y a la confidencialidad (arts. 16 y 17.4).

Hasta aquí las escasas previsiones del Reglamento, que permite su complemento a través de «guías», directrices, orientaciones y otros procedimientos de control que puede acordar el Director de la OLAF. Aspecto que merece otro apartado.

VII. DE LA IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS

Debería corregirse esa práctica de fijar todas las actuaciones y trámites procedimentales en «guías» diseñadas por el Director de la OLAF. Ofrecen cierta complejidad las inspecciones que realiza esta Oficina, muy distintas de otras aparentemente más sencillas como son, por ejemplo, las frecuentes visitas a tantos establecimientos para verificar el cumplimiento de la normativa, como la seguridad, la salubridad de

³⁸ Doctrina básica sobre la libertad de expresión de los periodistas en las informaciones judiciales recoge la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de abril de 2008.

los alimentos...³⁹ Las inspecciones de la OLAF se dirigen a comprobar si se han lesionado los intereses económicos de la Unión Europea, si se han realizado fraudes o corruptelas, requieren del examen de documentos jurídicos y contables, de la supervisión de procedimientos de contratación o de otorgamiento de subvenciones, del análisis de relaciones para advertir si se han producido ventajas o beneficios ilegales, de pruebas variadas, etc. Todas esas actuaciones han de estar claramente encauzadas y, por ello, han de seguir un camino bien marcado por un procedimiento administrativo.

Con frecuencia, la historia pasada nos enseña que los conflictos no son nuevos. Conviene recordar las palabras contenidas en la Exposición de Motivos de la primera Ley de Procedimiento Administrativo española, de 1889, al señalar que no merecía calificarse como procedimiento *«el heterogéneo, incompleto y vicioso, que si por excepción establecen las leyes y reglamentos con relación a determinados ramos de la Administración, es, por lo general fruto de precedentes y obra de la rutina, sin fijeza, sin garantía y sin sanción. Los males que semejante Estado de cosas originan son bien notorios. Pendiente la tramitación de los expedientes del libre arbitrio de los funcionarios, aquéllos marchan con vertiginosa rapidez o se estancan, y su terminación se facilita o se dificulta, según cuadre a las miras de los patronos con que cuentan los interesados»*.

Un procedimiento de inspección tan intrincado ha de estar formalizado para ofrecer seguridad jurídica. Sorprende que haya que tener que insistir en que el procedimiento administrativo, y más cuando se pueden seguir consecuencias sancionadoras, es una garantía esencial para los ciudadanos y para la correcta actuación administrativa. Es a través de los trámites formalizados donde se asegura el respeto a los derechos de los ciudadanos: su derecho de información, de acceso a la documentación, los derechos de defensa; así como se puede comprobar la legalidad de la actuación pública. Supervisando el procedimiento puede controlarse el buen comportamiento de la OLAF por el Comité de vigilancia u otras instituciones, incluidos los Tribunales.

Ya he recordado que las actuaciones de esta Oficina no pueden quedar al margen del control judicial. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha señalado, entre otras, en su sentencia de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-314/11P) que cualesquiera decisiones de las institu-

³⁹ Explican varios autores las grandes diferencias existentes en las actuaciones inspectoras y sus correspondientes exigencias. Sirva la remisión a las obras de J. BERMEJO VERA, «La Administración inspectora», *RAP*, núm. 147, 1998, págs. 39 y ss.; M. REBOLLO y M. IZQUIERDO, *Manual de la inspección de consumo*, Madrid, 1998, pág. 61; A. GARCÍA URETA, *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006, pág. 134, y S. FERNÁNDEZ RAMOS, *La actividad administrativa de inspección*, Ed. Comares, Granada, 2002, págs. 110 y ss.

ciones europeas pueden ser objeto de recurso siempre que produzcan efectos frente a terceros. En este caso, las dos sentencias, tanto la procedente del Tribunal de primera instancia como la del Tribunal que resuelve la casación, anularon las actuaciones de la OLAF que habían conducido a negar los derechos básicos de ser informados y de audiencia a afectados por el llamado sistema de alerta rápida⁴⁰.

Establecer mecanismos de control de la actuación, como es la existencia de un procedimiento formalizado, facilita el análisis de la responsabilidad de las conductas públicas y evita la proliferación de peticiones de indemnización por investigaciones irregulares⁴¹.

⁴⁰ La citada sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de diciembre de 2012 (asunto C-314/11P) resolvió el recurso de casación interpuesto contra un Auto del Tribunal de primera instancia que había desestimado la excepción de inadmisibilidad formulada por la Comisión en el recurso presentado por una empresa griega. La compañía griega había recurrido unas decisiones de la OLAF relativas a su inclusión en el sistema de alerta rápida. Conviene advertir que la Decisión de la Comisión de 16 de diciembre de 2008 (2008/969 CE) ha establecido unos instrumentos de información institucional como medio de proteger los intereses financieros de la Unión Europea, identificar los posibles riesgos y la incorporación de un sistema de alertas graduadas y su registro, lo que, según las circunstancias, puede generar la adopción de unos compromisos o vigilancia específicos. Pues bien, al hilo de una investigación sobre la ejecución de proyectos europeos financiados, realizó algunas alertas rápidas con relación a la citada empresa, lo que supuso que, a pesar de haberse ya firmado los términos de la concesión de una subvención comunitaria, se suspendía su ejecución mientras no cumpliera una nueva exigencia, a saber, fijar una cuenta bloqueada a la que transferir su parte de ayuda al no poder disponer del resto de las cantidades. Sin perjuicio de cumplir esta nueva condición, la empresa recurrió ante el Tribunal de Justicia los actos de la OLAF, que fueron anulados. El recurso de casación presentado por la Comisión fue desestimado. El núcleo central del debate en ambos procesos era la recurribilidad de esas actuaciones de la OLAF, que se consideraban internas. Pero, como recordaron los Tribunales, cualesquiera decisiones de las instituciones europeas pueden ser objeto de recurso siempre que produzcan efectos frente a terceros, máxime cuando la Decisión de la Comisión no reconocía ningún derecho de ser informados ni de audiencia a los afectados por ese sistema de alerta.

⁴¹ Son muchas las sentencias que resuelven peticiones de responsabilidad por actuaciones de la OLAF. Entre las últimas, la sentencia de 28 de febrero de 2013 (asunto C-460/09P), en la que se resuelven los recursos de casación planteados por varias empresas italianas y también por la Comisión Europea. El conflicto se había originado porque la antecesora de la OLAF había solicitado a la Administración italiana que iniciara un procedimiento de «recuperación de las restituciones por exportación de productos agrícolas» contra esas empresas porque no se habían realizado de manera correcta las declaraciones aduaneras de comercialización. La Hacienda italiana concretó en casi tres millones de euros el reintegro y, tras procedimientos administrativos, causas penales y juicios civiles, los Tribunales declararon el archivo de la causa penal y la falta de responsabilidad de la OLAF por prescripción. Además, la Comisión había excluido esas cantidades de los efectos que genera la liquidación del Feoga. Por ello, las empresas italianas acuden a los Tribunales europeos para reclamar una indemnización a las instituciones. Varios son los conceptos que invocan (los seguros de caución contratados, los gastos de asesoramiento, el lucro cesante, los daños morales). En primera instancia, el Tribunal inadmite casi todos los conceptos por prescripción y, con relación a los seguros, se afirma que no existía relación de causalidad. Recurrido el Auto en casación, el Tribunal lo desestima. Por un lado, por falta de buen fundamento de esos conceptos y, por otro, porque no entiende que existiera una relación directa entre la actuación de la OLAF y los daños originados por ese contrato de seguro, ya que podían haber anticipado el reintegro. Disiento de este criterio porque la diferencia es que si hubieran anticipado las cantidades el quebranto hubiera sido mayor.

Resulta esencial, por ello, la formalización de un procedimiento administrativo. No es suficiente la confección de una «guía» por el Director de la OLAF. Esas previsiones tienen la naturaleza de unas meras instrucciones de actuación, similares a las tradicionales circulares u órdenes de servicio de nuestro Derecho público, mediante las cuales los superiores orientan el comportamiento de una dependencia. Carecen de la suficiente fuerza vinculante para garantizar la posición jurídica de los ciudadanos afectados por una investigación. Su incumplimiento por un funcionario puede derivar en responsabilidad disciplinaria, pero no son el instrumento jurídico adecuado para que puedan invocarse por los ciudadanos.

Que se difunda esa guía en la página web de la OLAF no le otorga mayor valor. Esa publicidad es correcta en este mundo de permanente interconexión en que vivimos, pero no satisface la legitimidad ni por ello la fuerza vinculante del acuerdo.

El procedimiento de investigación debe ser aprobado por un órgano con suficiente legitimidad democrática, y no por el Director de la OLAF. Aunque éste sea un profesional especializado, no tiene la potestad suficiente para arbitrar los trámites que garanticen los derechos de los ciudadanos. Podrá establecer instrucciones, circulares de actuación interna, así como orientaciones o directrices en los términos que acoge el Reglamento. Pero eso es algo ya distinto. Lo propio de la gestión interna de la Oficina, del establecimiento de criterios de actuación que no menoscaben la posición de los investigados.

Como es bien sabido, carecemos por el momento de una legislación que establezca el procedimiento básico de actuación administrativa de las instituciones europeas. La suficiente habilitación contenida en el artículo 298 del Tratado no se ha satisfecho y todavía se discute su desarrollo⁴². De ahí que, ante la necesidad de garantizar los derechos de los ciudadanos en estas investigaciones, debería promoverse la aprobación de un Reglamento específico o la modificación del Reglamento existente para incluir una regulación del procedimiento de investigación de la OLAF.

⁴² Muchos son los trabajos que analizan e impulsan la aprobación de un Reglamento que regule un procedimiento administrativo básico para las instituciones europeas. Sobre su necesidad me he pronunciado ya en «La importancia de lo sencillo (sobre una Ley de procedimiento administrativo para las instituciones comunitarias)», *REDA*, núm. 155, págs. 43 y ss. Entre los últimos artículos, pueden leerse los recogidos en los libros colectivos *Un procedimiento administrativo para Europa*, coordinado por M. FUERTES, Ed. Thomson-Reuters, Pamplona, 2012, así como *Procedimiento administrativo europeo*, dirigido por J. E. SORIANO GARCÍA, Ed. Thomson- Reuters, 2012. El Parlamento Europeo ha aprobado una Resolución, el 15 de enero de 2013, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre una Ley de Procedimiento Administrativo de la Unión Europea.

Es cierto que resulta compleja y cansina la culminación de nuevas disposiciones por el Parlamento y el Consejo de Ministros. Pero, como bien sabemos, el Tratado prevé la posible delegación normativa que permite habilitar a la Comisión Europea para la aprobación de Reglamentos delegados. Ésa sería otra opción para salvar las lagunas existentes.

Personalmente, me sorprende mucho que, en el Reglamento vigente, el Parlamento y el Consejo hayan autorizado al Director de la OLAF la aprobación de guías, orientaciones y directrices, cuando en otros sectores se ha limitado el establecimiento de la delegación legislativa. Tal es el caso, por ejemplo, de la ordenación financiera, donde están muy restringidas las delegaciones a la Comisión Europea y es muy limitada la participación de la autoridad europea de supervisión bursátil en la elaboración de la misma⁴³.

En esa nueva disposición que precisara el procedimiento habría que acotar las decisiones del Director a la hora de abrir las investigaciones. Una cosa es que se recuerde, como hace el Reglamento, que el Director debe ser independiente, que no puede recibir instrucciones de ninguna institución europea, con el fin de que su actuación responda a una verdadera persecución del fraude sin interferencias políticas o económicas; y otra muy distinta es que su actuación no esté enmarcada desde fuera y que sea él quien decida qué se investiga y cómo se investiga y actúa. Mucho hemos retrocedido o ignorado pautas ya consolidadas en los Derechos nacionales. Porque no se puede reconocer a un Director la libertad para decidir si se actúa efectivamente o no. Carece de discrecionalidad alguna para iniciar una investigación. Esas decisiones son regladas. La inspección es una potestad de observancia o ejercicio inexcusable por las Administraciones. Con relación a las medidas que ha de adoptar, no cuenta con margen de discrecionalidad, debe proponer o adoptar lo que en cada caso corresponda⁴⁴.

Cosa distinta a la facultad de iniciar una investigación es la aprobación de los planes de actuación, como existen en tantas dependencias administrativas. Éstos deberán encontrar una justificación y enmarcarse también entre criterios establecidos por las instituciones europeas. Y es que debería corregirse la decisión adoptada por el Director de fijar

⁴³ Como explico en mi artículo «Las paradojas de Zenón y la Autoridad europea de supervisión bursátil», en *RDBB*, núm. 135/2014, págs. 167-199.

⁴⁴ El Tribunal Constitucional ha declarado en varias ocasiones que la actividad inspectora «es una actuación que se concreta en una serie de típicas medidas de ejecución estrictamente regladas y dirigidas a hacer efectiva la aplicación de la legislación vigente» (entre otras, sentencias 54/1999 y 196/1997).

umbrales para impulsar investigaciones y que conducen a que no se persegan muchas ilegalidades⁴⁵.

Del mismo modo habrían de fijarse los criterios para limitar el acceso a la información o los plazos máximos de actuación. Las investigaciones ni pueden alargarse ni deben aparentar estar indefinidamente abiertas.

En fin, urge marcar los pasos que debe seguir la inspección para evitar que no se defraude la persecución del fraude.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMEJO VERA, J.: «La Administración inspectora», *RAP*, núm. 147, 1998, págs. 39 y ss.
- CALDERÓN CUADRADO, M. P.: «El acceso a libros, registros y archivos judiciales (Publicidad de actuaciones concluido el proceso)», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 1872, 2000, págs. 2159 y ss.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *La actividad administrativa de inspección*, Ed. Comares, Granada, 2002.
- GARCÍA URETA, A.: *La potestad inspectora de las Administraciones públicas*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GIL SORIANO, A.: «Un impulso renovado para la Oficina europea de lucha contra el fraude (OLAF)», *Noticias de la Unión Europea*, núm. 332/2012.
- IGLESIAS CANLE, I. C.: «Los límites de la información judicial: secreto de sumario y filtraciones», en *Comunicación y justicia en violencia de género*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- INGHELRAM, J. F.: «Legal and institutional aspects of the European anti-fraud office (OLAF) - An analysis with a look forward to a European public prosecutor's office», *Europa Law Publishing*, 2011.
- «Judicial review of investigative acts of the European anti-fraud office (OLAF): a search for a balance», *Common Market Law Review*, núm. 49/2012, págs. 601 y ss.
- PECES MORATE, J. E.: «Publicidad y secreto sumarial», *Revista del Poder Judicial*, número especial XI: «El poder judicial en el conjunto de poderes del Estado y de la sociedad».
- REBOLLO, M., e IZQUIERDO, M.: *Manual de la inspección de consumo*, Madrid, 1998.
- RIVERO, R.: *El Estado vigilante*, Ed. Tecnos, Madrid, 2000.
- TOPAN, A.: «The reputation of the Commission Santer: the impact of “trust” and “reputation”», *European Integration Online Papers*, 5/2002.

⁴⁵ Así, por ejemplo: un millón de euros en el sector aduanero, 250.000 euros para los fondos agrícolas, 500.000 euros para los fondos estructurales, un millón de euros para FEDER, etc. (cifras que recoge el Informe del Parlamento Europeo de 3 de julio de 2013).