BASE DE DATOS DE Norma CEF.-
Referencia: NFJ065951

AUDIENCIA PROVINCIAL DE PAMPLONA/IRUÑA
Auto 102/2017, de 7 de marzo de 2017
Sección 1.ª
Rec. n.º 105/2017

SUMARIO:

Delito contra la Hacienda pública. Sujetos responsables. *Responsabilidad penal de las personas jurídicas.* No es posible concluir la «no imputación» que acordó el Juzgado a quo, ya que no puede olvidarse que nos encontramos ante una obligación tributaria esencial, como es el pago de un impuesto ordinario, cuya ausencia o constatación de pago y cumplimiento de obligaciones fiscales es fácilmente constatable y controlable, por lo que, *a priori,* se revela una ausencia de un debido control sobre una obligación ordinaria de naturaleza tributaria, que impide concluir en base a la ausencia de indicios de responsabilidad criminal por la existencia de unas medidas adecuadas de control. Ciertamente existe un dato que como califica la juez *a quo* es *«más relevante»:* el de que anualmente el Departamento de Economía y Hacienda, órgano externo independiente de club, hacía constar que *«comprobados los datos»* el club se encontraba *«al corriente de sus obligaciones fiscales» ,* pero este dato por sí solo no puede llevar a considerar la concurrencia (relacionada con los requisitos reglamentarios de control exigidos por la L. F. Profesional) de un mecanismo del control respecto del propio cumplimiento de las obligaciones fiscales, pues no se revela que el mismo tuviera su origen en un debido control, previo conocimiento de todos los datos valorables a tales efectos. Finalmente, el hecho de que las cantidades presuntamente defraudadas se han puesto de manifiesto como consecuencia de la auditoría llevada a cabo por parte del club, en base a la obligación contenida en la Disposición Adicional Única de la Ley Foral 26/2014 (Reestructuración de la deuda del Club Atlético Osasuna con la Comunidad Foral de Navarra) y que como se indica en la querella se refiere a las diferencias de cantidades consignadas en los libros del club y reflejadas en las declaraciones de IVA y la falta de declaración del IVA de taquillas, abonos, palcos y *boxes,* no determina la eliminación de la responsabilidad criminal pues no es un mecanismo de control establecido *ex ante* sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias, sino *ex post,* lo que en su caso podría considerarse afectante a las circunstancias de atenuación de la responsabilidad a que se refiere el art. 31 bis 4 CP, vigente en el momento de cometer los hechos. [Vid., en sentido contrario, auto del Juzgado de Instrucción n.º 3 de Pamplona/Iruña, de 17 de enero de 2017, recurso nº 397/2016 (NFJ065841), que se revoca y se deja sin efecto por este auto].

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 10/1995 (CP), arts. 31 bis y 286 bis.

PONENTE:

Don José Julián Huarte Lázaro.

SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

c/ San Roque, 4 - 2ª Planta

Pamplona/Iruña

Teléfono: 848.42.41.02

Fax.: 848.42.41.31

APE92

Diligencias Previas 0000397/2016 - 02 Jdo. Instrucción Nº 3 de Pamplona/Iruña

Proc.: APELACIÓN AUTOS INSTRUCCIÓN

Nº: 0000105/2017

Pieza: Otros incidentes - 00 NIG: 3120143220160000994

Resolución: Auto 000102/2017

Sección: A

AUTO

Ilmos/as. Sres/as.

Presidenta

Dª. ESTHER ERICE MARTINEZ

Magistrado/a

D. JOSE JULIAN HUARTE LAZARO (Ponente)
Dª. BEGOÑA ARGAL LARA

En Pamplona/Iruña, a 7 de marzo del 2017.

Visto por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra, constituida por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as que al margen se expresan, en grado de apelación el Rollo Penal nº 105/2017 , derivado de las Diligencias Previas nº 397/2016 del Juzgado de Instrucción Nº 3 de Pamplona/Iruña: siendo parte apelante: el MINISTERIO FISCAL y parte apelada: "CLUB ATLETICO OSASUNA" , representado por el Procurador D. JAIME UBILLOS MINONDO y asistido del Letrado D. MIGUEL EZCURDIA HUERTA. Sobre: no imputación de persona jurídica en delito contra la hacienda pública.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE JULIAN HUARTE LAZARO.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

El Juzgado de Instrucción Nº 3 de Pamplona/Iruña en las Diligencias Previas nº 397/2016 dictó Auto con fecha 17 de enero de 2017 , cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"No ha lugar a imputar al Club Atlético Osasuna por el delito fiscal que se está investigando...".

Segundo.

El citado auto fue recurrido en apelación por el MINISTERIO FISCAL quien solicitó que, con revocación del Auto recurrido, se dicte nueva resolución por la que, dejando sin efecto el mismo, se acuerde que dicha entidad debe ser imputada.

Tercero.

Dado traslado del recurso interpuesto, por la representación procesal del apelado, "Club Atlético Osasuna", se presentó escrito solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

Cuarto.

Se remitieron los autos a la Audiencia Provincial de Navarra para conocimiento del recurso de apelación, en donde, previo reparto, correspondió a esta Sección Primera incoándose el Rollo Penal nº 105/2017, en el que se designó Ponente al Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE JULIAN HUARTE LAZARO, señalándose el día 7 de marzo de 2017 para deliberación y resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

El Juzgado de instrucción a quo en el Auto de fecha 17 de enero de 2017 , objeto del presente recurso de apelación, acordó no haber lugar a imputar al Club Atlético Osasuna por el delito fiscal que se estaba investigando.

La Juez a quo consideró, frente a la pretensión tanto de la Hacienda Tributaria de Navarra (originariamente) y del Ministerio Fiscal, de que se imputara al C. A. Osasuna como persona jurídica por haber incurrido en responsabilidad penal por el presunto delito fiscal (derivado por el impago de las deudas tributarias correspondientes a los ejercicios fiscales de 2011, 2012 y 2013 por las defraudaciones tributarias llevadas a cabo en concepto de IVA), que no era procedente tal pretensión, para lo cual partió "necesariamente", se dice, de lo resuelto por esta Audiencia Provincial de Navarra, Sección Primera en el Auto de 22 de marzo de 2016 .

Partiendo de esa resolución afirmó, en primer lugar, que la redacción dada al artículo 31 bis por la LO 1/2015 no podía considerarse más beneficiosa frente a la redacción vigente al momento de ocurrir los hechos dado al indicado precepto por la LO 5/2010, estimando que debía partirse del precepto vigente en el momento de ocurrir los hechos, es decir la redacción dada por esta última ley orgánica y conforme a ello analizó si existían o no medidas de control adecuadas para la evitación de conductas delictivas como la analizada de delito fiscal, ausencia de la que surgiría la responsabilidad, medidas de control que no aparecían concretadas en la redacción originaria del indicado artículo.

Estimó que los criterios contemplados en el Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial eran de plena aplicación al examen de la presente causa y concluyó que el C. A. Osasuna disponía de los dos sistemas de control previstos en los estatutos vigentes al momento de ocurrir los hechos, Gerencia y Comisión Económica, así como un control externo impuesto por la normativa deportiva que contemplaba la obligación de presentar anualmente las cuentas auditadas, afirmando igualmente que " de la falta de control no podría deducirse sin más de la comisión de un presunto ilícito penal cometido sin conocimiento de todos los miembros de la junta directiva e incluso con ocultación ".

Así tomó en consideración el Reglamento de Control Económico de la L. F. Profesional, y en concreto el artículo 18 que exigía a los clubs demostrar que a fecha 31 de diciembre no existían deudas pendientes de pago, y en cumplimiento de esta previsión el C. A. Osasuna fue presentando, como constaba en autos, certificaciones emitidas por el Departamento de Economía y Hacienda del Gobierno de Navarra en que se hacía constar expresamente que comprobados los datos existentes en los ficheros del Departamento resultaba que el C. A. Osasuna estaba al corriente de sus obligaciones tributarias.

Asimismo concluyó que el C. A. Osasuna disponía de las medidas de control según los estatutos como era la Asamblea General Ordinaria, la Gerencia, la Comisión Económica, la llevanza de libros de contabilidad, todo ello junto con el control económico derivado del Reglamento de Control de la L. F. Profesional.

A partir de esta consideración examinó "si la falta del debido funcionamiento de estos mecanismos de control y previsión permiten atribuir a Osasuna responsabilidad penal por la Comisión del delito contra la hacienda pública" .

Para ello tuvo en consideración los siguientes medios de investigación, las declaraciones realizadas en fase de instrucción de los Sres. Ángel Jesús y Andrés ("... El auditor al realizar el análisis de las cuentas emitió unos anexos previos al informe definitivo que se sometió a la consideración del Presidente y en su caso vicepresidente, ni siquiera de la junta directiva, anexos en que supuestamente se hacía constar la necesidad de declarar el IVA de las taquillas y palcos, si bien siendo rechazada esta petición no se hacia referencia alguna en el informe de auditoría definitivo a ello, estos anexos carecían de publicidad y por tanto no eran conocidos por ejemplo por la Comisión económica... o por la Asamblea General...); así como de los integrantes de la Comisión Económica ("coincidieron afirmar que no se les facilitaba la reuniones con la junta directiva, no se les facilitaba la documentación que solicitaban, sus propuestas eran desoídas y ni siquiera eran contestadas, y en todo caso, dado que las cuentas que se les facilitaba eran las auditadas, partían la consideración de que la auditor y había realizado la correspondiente comprobación de las mismas").

Y finalmente se refirió al dato que califica como "más relevante", de que anualmente el Departamento de Economía y Hacienda, órgano externo independiente de Osasuna hacía constar que "comprobados los datos" el club se encontraba "al corriente de sus obligaciones fiscales" , sin olvidar que las cantidades presuntamente defraudadas se han puesto de manifiesto como consecuencia de la auditoría llevada a cabo por parte del C. A. Osasuna en base a la obligación contenida en la Disposición Adicional Única de la Ley Foral 26/2014 de 2 de diciembre por la que se aprobaba la reestructuración de la deuda del C. A. Osasuna con la Comunidad Foral de Navarra y que como se indica en la querella se refiere a las diferencias de cantidades consignadas en los libros del club y reflejadas en las declaraciones de IVA y la falta de declaración del IVA de taquillas, abonos, palcos y boxes.

De todo ello concluyó que como no se trataba de operaciones de ingeniería financiera imposibles de detectar sino que han aflorado en el estudio de los libros del club por lo que "si se estaban formulando las cuentas conforme las exigencias de la Liga de Fútbol Profesional, eran debidamente auditadas y el Departamento de Economía y Hacienda emitió anualmente un certificado en que hacía constar que comprobados los datos Osasuna estaba al corriente de sus obligaciones fiscales" , no era imputable a Osasuna como persona jurídica el hecho "de que por parte de alguno o algunos de los directivos sería elegido supuestamente dejar de declarar determinadas cantidades de IVA ", sin que el mero hecho de que sujeto pasivo del impuesto sea el club "implique que exista una transferencia de responsabilidad penal de la conducta llevada a cabo por la persona personas físicas que lo han dirigido, sino que debe comprobarse que se ha incurrido en algún tipo de responsabilidad penal" , que excluye, a la vista de lo resuelto en el auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial a que se refiere anteriormente.

Segundo.

Frente a la indicada resolución se alza el recurso de apelación directo interpuesto por el Ministerio Fiscal, para que se considere al C. A. Osasuna como persona jurídica investigado por los delitos contra la Hacienda Tributaria de Navarra objeto de instrucción.

En síntesis, el Ministerio Fiscal considera que resulta de aplicación el artículo 31 bis del Código Penal vigente en su redacción dada por la LO 1/2015 de 30 de marzo, ya que sin perjuicio del Auto dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Navarra de fecha 22 de marzo de 2016 , no se podía obviar el contenido de la sentencia dictada por el Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 , que si bien no realiza un pronunciamiento expreso sobre dicho particular, sí que fundamenta su argumentación con referencia expresa la relación actual del artículo 31 bis a pesar de que los hechos son anteriores a la indicada Ley Orgánica 1/ 2015 , además de que con la relación actual se aclara legalmente y de forma efectiva que la responsabilidad de las personas jurídicas no es una responsabilidad objetiva, y cuando la nueva redacción sirve para establecer al menos con carácter general los criterios de interpretación de cuales son los instrumentos de control que excluye la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ya que la relación anterior del artículo 31 bis del Código Penal nada dice sobre dicho particular ; estimando que ninguno de los instrumentos descritos por la instructora en el auto objeto de recurso son susceptibles de configurarse como modelo de organización y gestión que incluyan medidas de vigilancia y control a que se refiere el artículo 31 bis vigente del Código Penal .

En todo caso afirma que si se considerase de aplicación la redacción dada por el artículo 31 bis del Código Penal vigente el momento de ocurrir los hechos, tampoco podría configurarse la Asamblea General como un

instrumento efectivo de vigilancia y control, como tampoco los libros de cuentas, ni la Gerencia ni la Comisión Económica, ni tampoco las medidas de control exigidas por la L. F. Profesional al no instalarlos directamente el club, y porque además la presentación de cuentas ante la L. F. Profesional y la auditoría anual que presentaba el club ante ésta, resultaron instrumentos absolutamente inútiles ya que las cuentas se podían remitir sin que constara que no se estaba declarando y abonando el impuesto IVA.

Por ello concluye que los instrumentos de control a que se refiere el Juzgado a quo no sólo no funcionaron sino que no existieron, ya que durante cuatro años dichas conductas existieron, se produjeron en dos juntas diferentes y a pesar de que parece que era conocido por los órganos de gestión de la entidad nada se hizo para evitar las defraudaciones fiscales investigadas.

Por último en relación con el certificado emitido por la Hacienda Foral de que el C. A. Osasuna estaba al corriente de sus obligaciones tributarias en nada afecta a las defraudaciones que aquí se instruyen y ello porque no es sino posteriormente cuando se detectan la existencia de unas cantidades que no sólo no fueron abonadas por el club, sino que han sido ocultados a la Hacienda Foral, cuando además se desconoce si el club fue objeto de algún tipo de investigación anterior, sobre qué tributos y sobre qué años.

Tercero.

Para el correcto análisis de la cuestión sometida a debate de la Sala, se partirá de la argumentación que esta misma Sala hizo en el Auto de fecha 22 de marzo de 2.016 nº 91 /2.016 , en lo que afecta a la responsabilidad penal de una persona jurídica.

En la indicada resolución hicimos las siguientes afirmaciones:

"Para la exigencia de responsabilidad penal a una persona jurídica el artículo 31 bis del C. Penal en su redacción dada por la LO 5/2010 de 22 de junio, establece que " las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometido a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el apartado anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso".

La introducción de este precepto implicó la superación del principio "societas delinquere non potest", e implica que una persona jurídica puede ser objeto de responsabilidad penal autónoma y por tanto esté en el proceso penal como sujeto del pasivo del mismo.

Esta es la normativa que debe guiarnos a examinar la cuestión sometida a debate.

Ello se dice porque el indicado artículo 286 bis así como el artículo 31 bis han sufrido modificaciones con la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015 , sin que a priori pueda en todo caso considerarse que la nueva regulación resulte más beneficiosa en cuanto a la conducta sancionada, pues el artículo 31 bis, en lo que ahora nos afecta ha sustituido la expresión, "y en su provecho", por la de "y en su beneficio directo o indirecto", y cuando además en el artículo 31 bis originario no se contemplaban expresamente, a diferencia de lo que hace el artículo 31 bis en su redacción dada por la Ley Orgánica 1/2015 , las cuestiones relativas a modelos de organización y gestión que incluyesen medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión, la existencia de órgano en la persona jurídica con poderes autónomos iniciativa y control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisión, ni el cumplimiento de requisitos específicos como los recogidos en el apartado quinto del nuevo artículo 31 bis como son los relativos a identificación de actividades en que pueden ser cometidos delitos, establecimiento de protocolos, modelos de gestión, obligación de información de posibles riesgos e incumplimientos, sistemas disciplinarios y verificación periódica de modelos de gestión, pues tan sólo el antiguo artículo 31 bis hacia referencia en su apartado cuarto y en relación con circunstancia de atenuación a medidas eficaces para prevenir y descubrir delitos que pudieran cometerse.

En fecha reciente el TS ha dictado la Sentencia de fecha 29 de febrero de 2.016 nº 154/2.016 , en la que se analiza expresamente la responsabilidad de la personas jurídicas en relación con el artículo 31 bis del C. Penal, en su redacción originaria de la LO 5 / 2.010.

En la indicada resolución del TS establece que los dos primeros requisitos previstos en el indicado precepto (como en la actualmente vigente tras la reforma operada por la LO 1 / 2.015) son: la comisión de uno de los delitos

integrantes del catálogo de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comete...y que la personas físicas autoras del delito son integrantes de la persona jurídica...como administradores de hecho o de derecho.

Partiendo de estos requisitos y para completar, el "análisis de la necesaria acreditación de los diferentes requisitos exigidos para sustentar debidamente una conclusión condenatoria para la persona jurídica...(a fin de cumplir con las funciones nomofiláctica y de unificación doctrinal, tratándose de materia tan novedosa y compleja, y por tanto precisada en el momento presente de una dotación, dirigida a los órganos de instrucción y enjuiciamiento, de criterios válidos en la interpretación del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas "), se afirma en síntesis lo siguiente:

Se toma en consideración la doctrina establecida en STS núm. 514/15 de 2 de septiembre de 2.015 "...parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal...".

...Lo que no admite duda visto el texto legal (art. 31 bis del C. Penal especialmente tras la Reforma de la LO 1 / 2015) es el hecho de que el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad", en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización. Así la determinación del actuar de la persona jurídica, relevante a los efectos de la afirmación de su responsabilidad penal (incluido el supuesto del anterior art. 31 bis. 1. parr. 1º del C. Penal y hoy de forma definitiva a tenor del art. 31 bis. 1 a) y 2 del C. Penal , tras la reforma operada por la LO 1 /2.015), ha de establecerse a partir del análisis acerca de si el delito cometido por la persona física en el seno de aquella "ha sido posible, o facilitado, por la ausencia de una cultura de respeto al derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa e independiente de cada una de las personas físicas que la integran, que habría de manifestarse en alguna clase de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de sus directivos y subordinados jerárquicos, tendentes a la evitación de la comisión por éstos de los delitos enumerados en el Libro II...", pues "... a nuestro juicio" la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia misma de la infracción...", no debiendo confundirse las circunstancia de exención de la responsabilidad, con "el núcleo básico de la responsabilidad de la persona jurídica, cuya acreditación por ello habrá de corresponder a la acusación, en caso de no tomar la iniciativa la propia persona jurídica de la búsqueda inmediata de la exención corriendo con la carga de su acreditación como tal eximente".

Se indica expresamente que el "núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica" no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma, independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas "compliances" o "modelos de cumplimiento, exigidos para laaplicación de la eximente..." y así se concluye que "el análisis de la responsabilidad propia de la persona jurídica, manifestada en la existencia de instrumentos adecuados y eficaces de prevención del delito, es esencial para concluir en su condena y , por ende, si la acusación se ha de ver lógicamente obligada, para sentar los requisitos fácticos necesarios en orden a calificar a la persona jurídica como responsable, a afirmar la inexistencia de tales controles, no tendría sentido dispensarla de la acreditación de semejante extremo esencial para la prosperidad de su pretensión".

En cuanto al concepto de provecho, como requisito exigido para la declaración de la responsabilidad penal de la persona jurídica (en la actual redacción del artículo 31 bis, "beneficio directo o indirecto "), se dice que "habrá de resolverse de forma casuística..." , indicando que convendría dejar claro desde ahora que ese término de "provecho" (o "beneficio), " hace alusión a cualquier clase de ventaja, incluso de simple expectativa o referida a aspectos tales como la mejora de posición respecto de otros competidores, etc., provechosa para el lucro o para la mera subsistencia de la persona jurídica...", recogiendo el criterio de la Fiscalía (Circular 1/2016) "... la sustitución de la expresión...conserva la naturaleza objetiva de la acción..." , y recogiendo que la circular 1 / 2.011 estudiaba esta cuestión y optaba por interpretar "...conforme a parámetros objetivos, sin exigir la efectiva constatación del beneficio, como una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho valorando esta como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de los factores externos que pudieran determinar que finalmente la utilidad no llegara a producirse...La nueva expresión legal "en beneficio directo o indirecto, mantiene la naturaleza objetiva que ya tenía la suprimida "en provecho", como acción tendente a conseguir un beneficio, sin necesidad de que este se produzca, resultando suficiente que la actuación de la persona física se dirija de manera directa o indirecta a beneficiar a la entidad. Incluso cuando la persona física haya actuado en su

propio beneficio o interés o en el de terceros ajenos a la persona jurídica también se cumplirá la exigencia típica, siempre que el beneficio pueda alcanzar a ésta, debiendo valorarse la idoneidad de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella", afirmándose por el TS que "una interpretación distinta a la expuesta conduciría a la práctica imposibilidad de aplicación del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica".

Y concluye en relación con esta cuestión que los Tribunales en cada supuesto concreto se encuentran obligados a " matizar sus decisiones en esta materia, buscando la existencia de una verdadera relación entre el delito cometido y la obtención de la ventaja, provecho o beneficio, directo o indirecto, y huyendo de posiciones maximalistas e igualmente rechazables, tanto las que sostienen que siempre existirá un provecho para la persona jurídica, aunque sólo fuere por el ahorro económico que le supone la inexistencia de adecuados mecanismos de control, como de aquellas otras, en exceso restrictivas, que pueden llegar a negar tales beneficios, en numerosos casos, por el perjuicio que en definitiva un posible daño reputacional y cumplimiento último de las penas pecuniarias e interdictivas, a la postre impuestas... causan a la propia persona jurídica" .

Asimismo desde esta jurisprudencia analizamos la responsabilidad de la persona jurídica en relación con el delito imputado el del artículo 286 bis del C. Penal , y afirmamos:

"SEXTO.- ... En este análisis debemos partir de la premisa, no discutida, establecida por el Juzgado a quo a la hora de haber hecho el pronunciamiento de no imputación del C. A. Osasuna, de que " se han constatado indicios de la comisión de uno o varios delitos de corrupción deportiva presuntamente cometidos por varios directivos del Club Atlético Osasuna".

Pues bien si partimos de la existencia de estos indicios, y seguimos la doctrina jurisprudencial antes invocada, concurrían a priori los requisitos objetivos que el artículo 31 bis del C. Penal exige para apreciar la existencia de responsabilidad penal en una persona jurídica, como es la comisión de uno de los delitos integrantes del catálogo de aquellas infracciones susceptibles de generar responsabilidad penal para la persona jurídica en cuyo seno se comete, como es el artículo 286.4 del C. Penal en relación con el artículo 288 del mismo cuerpo legal , así como que la personas físicas autoras del delito son integrantes de la persona jurídica, en tanto en cuanto, a quién se imputa indiciariamente la responsabilidad es a varios directivos del C. A. Osasuna.

Pero ello por sí solo no es suficiente si seguimos la doctrina jurisprudencial antes indicada, pues como se recoge en la sentencia referida, de manera expresa el "núcleo de la responsabilidad de la persona jurídica no es otro que el de la ausencia de las medidas de control adecuadas para la evitación de la comisión de delitos, que evidencien una voluntad seria de reforzar la virtualidad de la norma" , y ello independientemente de aquellos requisitos, más concretados legalmente en forma de las denominadas "compliances" o "modelos de cumplimiento exigidos para la aplicación de la eximente", requisito aquel que debe también concurrir respecto de la responsabilidad exigida en párrafo primero del nº 1 del art. 31.bis del C. Penal .

Que ello es así lo ha ratificado el TS en su sentencia de STS 16 de marzo de 2.016 nº 221/2016 en la que se indica "sea cual fuere el criterio doctrinal mediante el que pretende explicarse la responsabilidad de los entes colectivos, ésta no puede afirmarse a partir de la simple acreditación del hecho delictivo atribuido a la persona física. La persona jurídica no es responsable penalmente de todos y cada uno de los delitos cometidos en el ejercicio de actividades sociales y en su beneficio directo o indirecto por las personas físicas a que se refiere el artículo 31 bis 1 b. Sólo responde cuando se hayan "incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso, los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos", pues "son... dos los sujetos de la imputación, cada uno de ellos responsable de su propio injusto... Nuestro sistema... no puede acoger fórmulas de responsabilidad objetiva... en la que el hecho de uno se trasfiera a la responsabilidad del otro... la pena impuesta a la persona jurídica sólo puede apoyarse en la previa declaración como probado de un hecho delictivo propio".

Para esta Sala, atendiendo a los hechos que indiciariamente se contemplan por el juzgado a quo, y vista la normativa vigente en el momento de cometerse aquellos hechos, es decir resultando vigente el artículo 31 bis del C. Penal en su redacción dada por la LO 5/2.010, debe concluir que no existen indicios suficientes de que el C. A. Osasuna hubiese incurrido de forma dolosa o culposa (culpa "in eligendo", "in vigilando", "in constituendo" e "in instruendo" a la que se hace referencia en el voto particular de la STS 154/2016), como "principios irrenunciables que informa el derecho penal", en la ausencia de medidas de control adecuadas para la evitación de conductas

delictivas como la analizada (corrupción deportiva), que es el prisma desde el que debe analizarse la responsabilidad de la persona jurídica.

Para hacer esa valoración de la adecuación deben tenerse en cuenta dos prismas de especial relevancia.

El primero es que en el artículo 31 bis del C. Penal en su redacción dada por la LO 5/2.010, no describe qué debe entenderse por medidas de control, ni tampoco se invoca ni por el Ministerio Fiscal ni por la L. F. Profesional normativa de rango inferior, que nos permita concluir en la exigencia de determinadas medidas de control, o protocolos de actuación, que siendo exigibles se hubieran omitido por el C. A. Osasuna, una vez entró en vigor la indicada LO 5 /2.010, sin que pueda tomarse en consideración por respeto al principio de legalidad penal, de rango constitucional (artículo 25 de la CE), los requisitos a que se refiere el apartado 5 del artículo 31 bis en su redacción dada por la LO 1 /2.015, respecto de los modelos de organización y gestión, puestos en relación con la causa de exención.

Es decir existe una indeterminación a priori, cuando menos respecto de uno de los elementos del tipo penal examinado ("el núcleo de responsabilidad de las personas jurídicas"), sobre qué colmaría las exigencias de unas adecuadas medidas de control, sin desconocer que en todo caso C. A. Osasuna dio cumplimiento a la exigencia de auditoria externa que contempla el Reglamento de control Económico de la L. F. Profesional (artículo 13).

Y el segundo prisma, esencial también para valorar esa adecuación de las medidas de control a que se refiere el Tribunal Supremo, es la naturaleza de la entidad, en este caso el C. A. Osasuna.

En el presente caso no debemos olvidar, que según los estatutos vigentes (aprobados el 28 de junio de 1999) en el momento de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, así como cuando se cometieron los hechos imputados, el Club Atlético Osasuna es una asociación deportiva de carácter privado, sin ánimo de lucro, constituida con el objeto de desarrollar la práctica de los deportes y de modo especial el fútbol, que ostentando personalidad jurídica propia y plena capacidad de obrar, se acoge a la legislación sobre el deporte, estando inscrita como asociación en el Instituto Navarro de Deporte y Juventud del Gobierno de Navarra, naturaleza esta que debe evidentemente contemplarse en aquella valoración que realizamos, por muy relevante que sea (y evidente) la trascendencia económica que conlleva desarrollar el objeto social dentro del ámbito de la Liga de Futbol Profesional.

Pues bien, si partimos de estas premisas y tenemos en consideración que los mecanismos de control que en su momento tenía adoptado el Club Atlético Osasuna (en los estatutos antes referidos, y a los que se refiere de forma razonada el Juez a quo), no se han revelado que fueran insuficientes en relación con la actividad desarrollada por el club, salvo a que se refiere a los hechos objeto de investigación en relación con el presunto delito de corrupción deportiva, que se sitúan en el ejercicio 2013/2014, y indiciariamente se acredita que los hechos, que según se recogen en la resolución recurrida presuntamente se cometieron, lo fueron incluso sin conocimiento de todos los miembros de la junta directiva, como afirma juez a quo "o al menos no se ha concretado indicios suficientes de que ello sea así" e incluso se manifiesta que concurrió ocultación en la conducta, habrá de concluirse que no puede afirmarse como requisito para integrar la responsabilidad penal de la persona jurídica que por el C. A. Osasuna se hubiera incurrido en una ausencia de un adecuado control para la evitación de la conducta delictiva analizada (corrupción deportiva), si tenemos en cuenta como antes hemos indicado que la norma referida en el Código Penal en el artículo 31 bis no es específica y no se invoca ninguna otra normativa de rango inferior que revelase un incumplimiento sobre un adecuado sistema de control.

Si a ello unimos además que en todo caso se cumplió por el Club Atlético Osasuna la normativa que impone el Reglamento de Control Económico de la Liga de Fútbol Profesional, habrá de concluirse que no existen indicios de responsabilidad penal en el C. A. Osasuna por la conducta realizada por determinados directivos del mismo, pues en definitiva no puede afirmarse que el club careciese a los efectos de exigencia de responsabilidad penal del artículo 31 bis de unos adecuados mecanismos de control, que siéndoles exigibles para evitar los delitos se hubieran incumplido o evitado su cumplimiento, ni tampoco se ha puesto de manifiesto la existencia de circunstancias que justificase desde un punto de vista razonable el disponer del fortalecimiento de los mecanismos que había funcionado hasta la fecha, y debiendo hacerse no se dispuso esa actuación.

En definitiva no nos encontramos en el presente caso en el supuesto de "inexistencia de cualquier clase de herramientas de control, vigente ya el régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica" , ni total ni con la gravedad que debe concurrir (STS 16 de marzo de 2.016 nº 221/2016 " Sólo responde cuando se hayan "incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad, atendidas las circunstancias del caso ") , como para de ahí poder deducir la responsabilidad de la persona jurídica, máxime si tenemos en cuenta que los hechos imputados cometidos por miembros de la directiva del C. A. Osasuna, son acciones en principio totalmente alejadas de la finalidad yobjeto social del propio club, sin que la falta de control (que es necesaria acreditar su

concurrencia) pueda deducirse sin más de la comisión de un presunto ilícito penal cometidos sin conocimiento de todos los miembros de la Junta Directiva e incluso con ocultación."

Cuarto.

Pero es precisamente las afirmaciones que hicimos en la anterior resolución las que en el presente caso sirven para considerar que no es posible en esta inicial fase de instrucción concluir en la no imputación del C. A. Osasuna, que ha realizado la juez a quo.

Y ello se dice porque, como expresamente en la indicada resolución dijimos, no se consideraron inexistentes las medidas de control del club, pero lo fue en relación con la conducta descrita en el delito del artículo 286 bis del C. Penal "... si tenemos en cuenta que los hechos imputados cometidos por miembros de la directiva del C.A. Osasuna, son acciones en principio totalmente alejadas de la finalidad y objeto social del propio club", es decir respecto de conductas y actividades totalmente ajenas a la actividad esperable del club.

En el presente caso por el contrario el delito objeto de imputación es un delito contra la Hacienda Tributaria, artículo 305 del C. Penal en el que el sujeto tributario obligado principal es el propio C. A. Osasuna, es decir se trata de conductas previsibles y exigibles, es decir dentro de un ámbito derivado de la propia actividad del club, en la que por tanto es previsible su existencia y por tanto es exigible su constatación y realidad, y en este sentido no puede afirmarse por más que pudieran existir disfunciones entre la Junta Directiva y la Asamblea General, o no se plasmasen en el informe definitivo de Auditoria todas las advertencias, que el C. A. Osasuna y respecto del cumplimiento de las obligaciones tributarias, obvias en el desarrollo de la actividad del C. A. Osasuna (no obstante la naturaleza del club, a la que nos referimos en el anterior auto), que existieran respecto de ese cumplimiento ordinario de obligaciones tributarias medidas adecuadas de control.

En atención a lo expuesto, y estando contemplado en el artículo 310 bis que el delito contra la Hacienda Pública puede ser responsable una persona jurídica, no es posible concluir en la "no imputación" que acordó el juzgado a quo, ya que no puede olvidarse que nos encontramos ante una obligación tributaria esencial, como es el pago de un impuesto ordinario, cuya ausencia o constatación de pago y cumplimiento de obligaciones fiscales es fácilmente constatable y controlable, por lo que, a priori, se revela una ausencia de un debido control sobre una obligación ordinaria de naturaleza tributaria, que impide concluir en la ausencia de indicios de responsabilidad criminal por la existencia de unas medidas adecuadas de control, cuando nos encontramos en presencia de una obligación tributaria ordinaria, cuyo impago no fue constatado, ni controlado.

Ciertamente existe un dato que como califica la juez a quo "más relevante", de que anualmente el Departamento de Economía y Hacienda, órgano externo independiente de Osasuna, hacía constar que "comprobados los datos" el club se encontraba "al corriente de sus obligaciones fiscales" , pero este dato por sí solo no puede llevar a considerar la concurrencia (relacionada con los requisitos reglamentarios de control exigidos por la L. F. Profesional) de un mecanismo del control respecto del propio cumplimiento de las obligaciones fiscales, pues no se revela que el mismo tuviera su origen en un debido control, previo conocimiento de todos los datos valorables a tales efectos.

Por último el hecho de que las cantidades presuntamente defraudadas se han puesto de manifiesto como consecuencia de la auditoría llevada a cabo por parte del C. A. Osasuna ("en base a la obligación contenida en las disposición adicional única de la Ley Foral 26/2014 2 de diciembre por la que se aprobaba la reestructuración de la deuda del C. A. Osasuna con la Comunidad Foral de Navarra y que como se indica en la querella se refiere a las diferencias de cantidades consignadas en los libros del club y reflejadas en las declaraciones de IVA y la falta de declaración del IVA de taquillas, abonos, palcos y boxes"), ello no determina la eliminación de la responsabilidad criminal pues no es un mecanismo de control establecido ex ante sobre el cumplimiento de obligaciones tributarias, sino ex post, lo que en su caso podría considerarse afectante a las circunstancias de atenuación de la responsabilidad a que se refiere el artículo 31 bis 4 del C. Penal , vigente en el momento de cometer los hechos .

Quinto.

Se declaran de oficio las costas causadas.

Vistos los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

Se estima el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de fecha 17 de enero de 2.017, dictado por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Pamplona / Iruña en las Diligencias Previas nº 397/2.016, que se revoca y se deja sin efecto.

Se declaran de oficio las costas causadas.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia con testimonio de esta resolución.

Así por este nuestro Auto, que es firme , lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.