



Jdo. Instrucción Nº 2
c/ San Roque, 4 - 3ª Planta
Pamplona/Iruña

Teléfono: 848.42.42.03
Fax.: 848.42.42.14

Sección: A
Procedimiento: **DILIGENCIAS PREVIAS**
Nº Procedimiento: **0001112/2015**

NIG: 3120143220150004171
Resolución:

TX002

AUTO

EL/LA MAGISTRADO-JUEZ
D./D^a. **FERMIN OTAMENDI ZOZAYA.**

En Pamplona/Iruña, a 11 de enero del 2016.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Mediante providencia de 17 de noviembre de 2015 se dio traslado a las partes personadas para que realizaran las alegaciones que tuvieran por convenientes en relación a la posición procesal que debía ostentar el Club Atlético Osasuna en la pieza principal de las presentes actuaciones, evacuándose el traslado conferido por diversas partes mediante los escritos que constan en las diligencias.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La cuestión que se planteó a las partes por este Instructor se fundamenta en el hecho de que, de las diligencias practicadas hasta la fecha, se han constatado indicios de la comisión de uno o varios delitos de corrupción deportiva presuntamente cometidos por varios directivos del Club Atlético Osasuna y por varios jugadores de fútbol (sin que sea necesario en este momento, a los fines de esta resolución, concretar qué personas han participado, presuntamente, en la comisión de dichos delitos), siendo el delito de corrupción deportiva, previsto en el artículo 286 bis. 4) del Código Penal, uno de los que pueden ser cometidos por personas jurídicas, conforme a los artículos 31 bis y 288 del Código Penal. En consecuencia, se hacía necesario determinar si el Club Atlético Osasuna podía tener algún tipo de responsabilidad penal en esos hechos, pues en caso afirmativo debería ostentar, al menos respecto de dichos delitos, la condición de imputado (ahora, investigado), con todas las consecuencias procesales que dicha condición atribuye a quien la ostenta.

SEGUNDO.- No es éste el momento de realizar un estudio doctrinal sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, asunto sobre el que se han escrito innumerables artículos desde que dicha posibilidad, inédita en nuestro ordenamiento, fue introducida en el Código Penal mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, pero sí, obviamente, se hace necesario, antes de resolver la cuestión que se planteó a las partes, realizar una interpretación de dicho precepto legal fin de determinar su alcance, requisitos y presupuestos de aplicación.

Lamentablemente, frente a la profusión de artículos doctrinales sobre la cuestión, nos encontramos con un absoluto vacío jurisprudencial sobre la materia, pues no existe, a fecha de hoy, ni una sola sentencia del Tribunal Supremo que trate sobre el alcance, presupuestos, requisitos y condiciones que son necesarias para la existencia de responsabilidad penal de una persona jurídica. Y dicho vacío no es previsible que se cubra en el futuro pues el artículo 31 bis ha sido recientemente reformado, y además en profundidad, mediante la modificación introducida en el Código Penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por lo que, seguramente, la jurisprudencia que en el futuro pueda generarse se referirá al texto modificado, no al original. Texto original que, por otra parte, ha sido objeto tanto de aplausos como de críticas, justificándose aquellos en el hecho de que, por primera vez en nuestra historia, se acabó en nuestro Código Penal con el inveterado principio penal recogido en el adagio latino *“societas delinquere non potest”*, y éstas, en la confusa y parca regulación de tan importante novedad legal y en el aparente olvido que dicha regulación tenía de principios elementales del Derecho Penal, singularmente el principio de culpabilidad. Parquedad de la regulación que ni siquiera acudiendo a la exposición de motivos de la LO 5/2010 podía suplirse, pues ésta sólo dedicaba a dicha novedad apenas dos frases, mero resumen no interpretativo del texto legal original.

Paradójicamente, la exposición de motivos de la LO 1/2015 es más reveladora de cual fue y sigue siendo la voluntad del legislador a la hora de regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pues en dicha exposición de motivos ya se indica que la reforma *“lleva a cabo una mejora técnica en la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, con la finalidad de delimitar adecuadamente el contenido del «debido control», cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal. Con ello se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial, y se asumen ciertas recomendaciones que en ese sentido habían sido realizadas por algunas organizaciones internacionales. En todo caso, el alcance de las obligaciones que conlleva ese deber de control se condiciona, de modo general, a las dimensiones de la persona jurídica”*.

Estas palabras del legislador de 2015 revelan que con la reforma se han intentado corregir un efecto perverso que la parquedad de la regulación de 2010 estaba generando, al menos a nivel doctrinal (a nivel jurisprudencial ya se ha dicho que no hay pronunciamientos): el aparente olvido del principio de culpabilidad.

TERCERO.- En efecto, respetar el principio de culpabilidad es esencial en cualquier interpretación que se haga del artículo 31 bis del Código Penal, no solo por venir exigido por los artículos 5 y 10 del Código Penal (que no han sido modificados en ninguna de las dos ocasiones en las que el legislador ha regulado la responsabilidad penal de las personas jurídicas) sino también por los más elementales principios del derecho

penal democrático, que proscribiera cualquier tipo de derecho penal de autor y de responsabilidad por el resultado. Por ello, toda responsabilidad penal de una persona jurídica debe estar basada en el dolo o la culpa, lo que resulta ciertamente difícil de trasladar a un ente colectivo que carece de los resortes subjetivos de intencionalidad o previsibilidad sobre los que descansa la culpabilidad, los cuales únicamente pueden existir en la persona física a través de la cual actúa la persona jurídica. Pero la dificultad de apreciar dicho elemento del delito en una persona jurídica no puede, sin más, llevarnos a la conclusión de que, respecto de ellas, no es necesaria su concurrencia. Máxime si tenemos en cuenta que el principio de culpabilidad tiene alcance constitucional, tal y como ha reconocido el Tribunal Constitucional en numerosas resoluciones. Así, la STC 59/2008, de 14 de mayo dice: *“la Constitución española consagra, sin duda, el principio de culpabilidad como principio estructural básico del derecho penal (STC 150/1991, de 4 de julio, FJ 4 a); también SSTC 44/1987, de 9 de abril, FJ 2, 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2) como derivación de la dignidad de la persona (STC 150/1991, FJ 4 B), y... ello comporta que la responsabilidad penal es personal, por los hechos y subjetiva: que solo cabe imponer una pena al autor del delito por la comisión del mismo en el uso de su autonomía personal. La pena solo puede imponerse al sujeto responsable del ilícito penal (STC 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; también, SSTC 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 B); no sería constitucionalmente legítimo un derecho penal de autor, que determinara las penas en atención a la personalidad del reo y no según la culpabilidad de éste en la comisión de los hechos (STC 150/1991, FJ 4 A); y no cabe la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del sujeto sancionado, a si concurría dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia (SSTC 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 A; 164/2005, de 20 de junio, FJ 6), al elemento subjetivo de la culpa (STC 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2). De igual manera, la STC 76/1990, por su parte, afirma que “el artículo 24.2 de la Constitución repudia la responsabilidad presunta y objetiva”.*

De hecho, sea cual sea el sistema elegido por los diferentes autores para interpretar la regulación legal de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, existe una opinión común entre todos ellos relativa a que el respeto a dicho principio es esencial, cualquiera que sea el título de imputación aplicable al caso concreto, de los dos que prevé el Código Penal en la redacción original del artículo 31 bis. Así lo sostienen, entre otros, Julián Sanchez Melgar, Magistrado Tribunal Supremo, en la ponencia *“Aproximación a la responsabilidad penal de las personas jurídicas: nuevos modelos de imputación”*; Manuel Jaen Vallejo, Profesor titular de Derecho Penal y Magistrado, en su ponencia *“El modelo de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos”*; Juan José Saenz Soubrier, Magistrado de la Audiencia Provincial de Granada, en su ponencia *“La responsabilidad penal de las personas jurídicas”*; José María Sánchez Jiménez, Magistrado de la Audiencia Provincial de Granada, en la ponencia *“Códigos de conducta de la persona jurídica”*, recogidas todas ellas, junto con otras ponencias, en el libro *“Aspectos prácticos de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”*, coordinado por José

Miguel Zugaldía Espinar y Elena Blanca Marín de Espinosa Ceballos y editado por Aranzadi.

Si las anteriores opiniones no se consideraran lo suficientemente relevantes, podemos acudir a la única sentencia del Tribunal Supremo que, a fecha de hoy, ha tratado, si bien de forma tangencial y como “*obiter dicta*”, esta importante cuestión. En efecto, dice el Tribunal Supremo, en la sentencia 3813/2015, Sala de lo Penal, de 2 de septiembre de 2015, recurso 111/2015, Nº de Resolución: 514/2015, Ponente: MANUEL MARCHENA GOMEZ, lo siguiente: “*La ausencia de un recurso formalizado por esta entidad, obliga a la Sala a no abordar el llamativo distanciamiento del FJ 4º de la sentencia recurrida respecto de las exigencias del principio de culpabilidad (art. 5 CP). Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP . Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal*”. La expresión “*llamativo distanciamiento del FJ 4º de la sentencia recurrida respecto de las exigencias del principio de culpabilidad (art. 5 CP)*” hace referencia al hecho de que la sentencia recurrida en casación, de la Sección 3º de la Audiencia Provincial de Madrid, se limitó a decir, como fundamentación de la condena de la persona jurídica, lo siguiente: “*Los hechos declarados probados son constitutivos respecto de la entidad ... de un delito de estafa previsto y penado en el art. 251 bis - 2º del Código Penal y que castiga a la persona jurídica que conforme a lo dispuesto en el art. 31 bis, sea responsable de los delitos cometidos en esta Sección*”.

CUARTO.- Pues bien, sentado lo anterior y realizando una interpretación acorde con el principio de culpabilidad del artículo 31 bis del Código Penal, en la redacción vigente en el momento en el que, indiciariamente, se cometieron los delitos de corrupción deportiva de los que podría, en su caso, resultar responsable penal el Club Atlético Osasuna, considera este proveyente que la mencionada entidad en ningún caso podría tener responsabilidad penal por los mencionados delitos, no sólo por no concurrir el mencionado requisito de un actuar imputable a título de dolo o de culpa sino por no apreciarse, tampoco, otro de los elementos necesarios para la existencia de responsabilidad penal, cual es que el delito se haya cometido “*en provecho*” de la entidad.

En tal sentido, ha de recordarse que el enlace entre la actuación de la persona física y la responsabilidad de la persona jurídica se efectúa a través del denominado “*hecho de referencia*” o “*hecho de conexión*”, esto es, “*la realización por la persona física de un tipo penal en condiciones tales que permitan afirmar que constituye acción propia de la persona jurídica en cuyo provecho se actúa, y expresión de su específico obrar corporativo*” (Zugaldía Espinar).

Y como ocurre en el derecho penal clásico, el reproche penal de la acción típica requiere:

- la ausencia de causas de justificación atribuibles a la persona jurídica (paradójicamente, no previstas en el artículo 31 bis en la redacción original).
- la presencia del elemento de la culpabilidad, entendido como la *“omisión contraria a un recto proceder de alguna de las medidas de precaución y control exigibles para garantizar el desarrollo ajustado a derecho de la actividad de la empresa”* (Tiedemann).

En relación a este elemento delictivo, el de la culpabilidad, lo primero que ha de indicarse, tal y como ya se ha dicho con anterioridad, es que, sea cual sea el título de imputación procedente (el previsto en el primer párrafo del apartado 1 o el indicado en el segundo párrafo del mencionado apartado), no serán admisibles aplicaciones del precepto que objetivicen la responsabilidad de la persona jurídica.

En efecto, aunque hay una minoría de autores que cuestionan que el defecto de organización y/o control sea también exigible en los casos en los que el actuante es el legal representante o el administrador de hecho o de derecho de la persona jurídica y aunque tal conclusión podría derivarse de una lectura simplista y literal del apartado 1 del artículo 31 bis, la mayoría de la doctrina, incluyendo la mayoría de los magistrados que han realizado trabajos sobre el particular, así como el Tribunal Supremo, en el *“obiter dicta”* antes mencionado, consideran que este requisito es aplicable a los dos supuestos legales y no sólo al segundo, aunque parezca que sólo en el supuesto de la responsabilidad por los delitos cometidos por los empleados no directivos (previsto en el párrafo 2º) el presupuesto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas sea un defecto de organización y de sistemas de control, pues lo cierto es que dicho requisito, por exigencias del principio de culpabilidad, es esencial en nuestro derecho penal en cualquier supuesto (artículos 5 y 10 del Código Penal).

Ello implica que cuando se demuestre que, conforme a un juicio *“ex ante”*, los medios de control y el código de buen gobierno corporativo eran adecuados y se ha cumplido con el deber de cuidado exigido para evitar los riesgos penales y, a pesar de ellos, los directivos o empleados hayan cometido un delito, no cabrá considerar autor de los mismos a la persona jurídica, so pena de infringir manifiestamente el principio de culpabilidad que recogen los artículos 5 y 10 del Código Penal y de adoptar un criterio completamente absurdo, desde el punto de vista de la finalidad preventiva del Derecho Penal, pues daría lo mismo que la persona jurídica hubiera adoptado o no medidas preventivas, lo que no tiene ningún sentido, desincentiva las políticas preventivas empresariales o sociales y provoca injusticias patentes.

A la anterior conclusión se llega, igualmente, a la vista de la reforma operada en 2015, que lo que ha pretendido es positivizar con mayor claridad que lo que lo hizo la reforma de 2010 esa exigencia de respetar el principio de culpabilidad, al consignar pormenorizadamente qué requisitos deben cumplir los programas de control de las empresa en los dos supuestos en los que éstas pueden incurrir en responsabilidad penal, cosa que no existía en la reforma del 2010. Ahora bien, la ausencia de una regulación clara sobre el particular no puede perjudicar ahora al Club

Atlético Osasuna, por exigencias del principio de irretroactividad de las normas penales, siendo suficiente, a estos efectos, con constatar, sin tomar como referencia la redacción actual, si los mecanismos de control con que contaba Osasuna, aunque no se denominaran así expresamente, eran, en principio, suficientes para evitar lo que, finalmente y de forma indiciaria, no pudo ser evitado.

QUINTO.- En tal sentido, considera este Instructor que los criterios que la defensa del Club Atlético Osasuna plasma en su escrito de alegaciones son, en principio, plenamente válidos a estos efectos. Partiendo de que en el momento en que, presuntamente, se cometieron los delitos de corrupción deportiva objeto de este procedimiento el Código Penal no disponía, como ocurre ahora, de unos parámetros sobre los cuales determinar la existencia de culpabilidad por parte de la persona jurídica, habrá de acudirse a los criterios comúnmente aceptados por la doctrina mayoritaria y, en su caso, los organismos públicos con competencias en materia de prevención de actuaciones ilícitas por parte de las personas jurídicas. Así, por ejemplo, el Código Unificado de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas, de la Comisión Nacional del mercado de Valores, recomendaba que *“la supervisión del cumplimiento de los códigos internos y de las reglas del gobierno corporativo se atribuya al Comité de Auditorías, a la Comisión de Nombramientos o, si existiera de forma separada, a las comisiones de cumplimiento o de gobierno corporativos”*. Y ello sin olvidar que, al no existir normas legales que lo definieran y por imperativo de los principios de legalidad y taxatividad penal, cualquier aplicación de esta normativa o de estos criterios externos siempre tendrá que hacerse a favor del reo y nunca en su contra, por elementales principios del Derecho Penal. Y sin olvidar, tampoco, que no pueden ser iguales las medidas de control de las grandes empresas cotizadas en Bolsa que un club deportivo, circunstancia ésta que no puede obviarse, no sólo por exigencia del sentido común sino porque el propio legislador así lo ha querido, a la vista de la previsión legal que obliga a tener en cuenta *“las concretas circunstancias del caso”*; previsión que, aunque parece sólo predicable del párrafo segundo, debe entenderse que también es de aplicación a los supuesto de responsabilidad por hechos cometidos por los representantes legales porque no hay razón, legal o lógica, alguna para tratar de forma diferente ambos supuestos.

SEXTO.- En efecto, los dos sistemas previstos en los Estatutos del Club Atlético Osasuna, en la redacción vigente en el momento de ocurrir los hechos (incorporados a los folios 1137 y siguientes de la causa) y el control externo impuesto por la normativa deportiva de aplicación pueden considerarse, en principio, suficientes para prevenir la comisión de hechos delictivos como los que son objeto del presente procedimiento, sobre todo tomando en consideración que dichos sistemas eran, en principio, complementarios, de forma que, por regla general y conforme a criterios de normalidad, podrían considerarse suficientes para detectar, en circunstancias ordinarias, cualquier irregularidad cometida por los órganos de dirección o de gestión y/o por empleados de la entidad. Partiendo de la base de que los Estatutos del Club Atlético Osasuna son muy anteriores en el tiempo a la introducción, en el Código Penal, de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, habrá de concluirse que sus disposiciones, en

relación al control de los órganos y empleados sociales, eran, en principio, suficientes, y ello incluso tras la modificación introducida por la LO 5/2010, pues, como hemos dicho, dicha reforma no concretaba cuáles eran los presupuestos o fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o, dicho de otro modo, qué requisitos debían concurrir en los sistemas societarios de control de la actuación de los directivos y empleados (los llamados “*corporate compliance*”) para eximir de responsabilidad penal a una persona jurídica.

Así, el gerente, conforme al artículo 53 de los Estatutos del Club Atlético Osasuna, se encargaba de cumplir y hacer cumplir las órdenes de la Junta directiva. Pero también, conforme al artículo 54 b) de los Estatutos, el gerente, que es empleado de la entidad, tenía, entre otras, la “*obligación de informar y asesorar de cuantas cuestiones administrativas, deportivas, reglamentarias o estatutarias se le requiera, advirtiendo de las posibles irregularidades que se pudieran cometer por parte de los distintos órganos del club*”. Se trataba, en definitiva, de una figura que, por disposición expresa de los Estatutos sociales, tenía una función no sólo de ejecución de las órdenes del órgano de dirección del Club sino también de control de la regularidad de la actuación de la junta directiva (que es la que, en definitiva, ostenta la dirección, administración y representación del Club Atlético Osasuna conforme a sus Estatutos); función de control que, en principio, es ajena a las funciones propias de un gerente (la gestión diaria de la entidad, no el control de la actuación del órgano de dirección y representación o de los empleados del Club) pero que, sin embargo, los Estatutos sociales de Osasuna atribuían, pudiendo no haberlo hecho, al gerente.

Además de dicha gerencia con funciones de control de la regularidad de la actuación de los órganos de dirección, los Estatutos del Club Atlético Osasuna contemplaban otro órgano social con ciertas funciones fiscalizadoras de la actuación de los órganos de dirección y de control: la Comisión Económica, prevista en los artículos 55, 56 y 57 de los Estatutos. Ciertamente, a la vista del contenido de dichos artículos, dicha Comisión era configurada en los Estatutos originales más como un órgano de asesoramiento económico del Club que de control y fiscalización de su funcionamiento, gestión y dirección, pero también lo es que, a la vista de sus funciones, fundamentalmente las previstas en las letras a) y d) del artículo 55, tenía suficientes facultades como para efectuar un cierto control, autónomo e independiente, sobre los aspectos económicos más relevantes de la entidad, que en un delito como el de corrupción deportiva tiene una importancia preponderante, desde el momento en que los actos de corrupción suelen cometerse mediante el ofrecimiento o entrega de dinero u otros bienes de valor económico.

Por último, el Club Atlético Osasuna también contaba con un sistema de control, éste externo a la entidad, de la actividad económica: la auditoría impuesta por el Reglamento de Control Económico de la Liga de Fútbol Profesional en su artículo 13. Auditoría que, evidentemente, debía someterse, en su realización, a las disposiciones contenidas en la legislación vigente, que en el momento de los hechos venía constituida, fundamentalmente, por el Real Decreto Legislativo 1/2011, de 1 de julio,

por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Auditoría de Cuentas y cuyo objeto, conforme al artículo 1 de dicha norma, es la revisión y verificación de las cuentas anuales, así como de otros estados financieros o documentos contables, elaborados con arreglo al marco normativo de información financiera que resulte de aplicación, siempre que dicha actividad tenga por objeto la emisión de un informe sobre la fiabilidad de dichos documentos que pueda tener efectos frente a terceros, consistiendo la auditoría de las cuentas anuales en verificar dichas cuentas a efectos de dictaminar si expresan la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la entidad auditada, de acuerdo con el marco normativo de información financiera que resulte de aplicación; y también comprenderá, en su caso, la verificación de la concordancia del informe de gestión con dichas cuentas.

En definitiva, no puede afirmarse que el Club Atlético Osasuna careciera de mecanismos para prevenir la comisión de hechos delictivos por parte de sus empleados o de sus directivos. Lo que sí puede afirmarse, a la vista del resultado indiciariamente producido, es que dichos mecanismos no funcionaron como debían haberlo hecho. Procede, en consecuencia, examinar si dicha falta del debido funcionamiento de los mecanismos de control y previsión permite reprochar penalmente al Club Atlético Osasuna el delito de corrupción deportiva presuntamente cometido, lo que nos lleva directamente a la capital cuestión de la culpabilidad.

SÉPTIMO.- Como ya hemos dicho con anterioridad, la culpabilidad de la persona jurídica puede definirse como *“la omisión, contraria a un recto proceder, de alguna de las medidas de precaución y control exigibles para garantizar el desarrollo ajustado a derecho de la actividad de la empresa”* (Tiedemann). La existencia de esta culpabilidad presupone *“la realización por la persona física de un tipo penal en condiciones tales que permitan afirmar que constituye acción propia de la persona jurídica en cuyo provecho se actúa y expresión de su específico obrar corporativo”* (Zugaldía Espinar). Si la persona jurídica no ha actuado culpablemente, es decir, si ha puesto todos los mecanismos legal o extralegalmente exigidos para, desde un juicio “ex ante”, evitar o minimizar de forma notable el riesgo de la comisión de delitos por parte de sus directivos o empleados, no podrá existir responsabilidad penal en ésta, por mucho que la redacción de 2010 no previera la existencia de causas de exclusión de dicha responsabilidad y que una lectura literal de la redacción legal pudiera hacer pensar que dicha responsabilidad, sobre todo cuando se trata de delitos cometidos por sus directivos, existiría siempre y en todo caso.

A los anteriores efectos, no se puede olvidar que el Club Atlético Osasuna no es una entidad cuyo objeto venga determinado por una finalidad puramente económica. El Club Atlético Osasuna no se fundó para ganar dinero. Es más, cabría afirmar, sin temor a equivocarnos (basta una lectura de sus estatutos para confirmar la realidad del aserto) que para el Club Atlético Osasuna o, lo que es lo mismo, para sus socios, ganar dinero es algo completamente ajeno a la finalidad del club. Es más, ni siquiera la permanencia a cualquier precio en la categoría superior del fútbol español es un objetivo que justificaría el sacrificio de los valores propios de

cualquier club deportivo, de cualquier club de fútbol y, más concretamente, del Club Atlético Osasuna. La mera reacción social que han producido los hechos objeto del presente procedimiento (reacción que, por su notoriedad, no necesita prueba) y el hecho de que tanto en primera como en segunda división el número de socios del Club Atlético Osasuna ha permanecido prácticamente invariable, evidencia el reproche de los comportamientos fraudulentos, tanto más cuando dichos comportamientos se realizan por quienes, al menos teóricamente, deben ser ejemplo de honradez y deportividad. Evidencia, en definitiva, algo que cualquier aficionado tiene asumido como uno de los principios esenciales de cualquier actividad deportiva: que no todo vale para lograr el triunfo y que el triunfo obtenido con trampas, engaño o de cualquier otra forma fraudulenta desprestigia a quien las emplea.

Aunque lo anterior sea algo de difícil demostración, lo cierto es que es nadie podrá afirmar categóricamente que los delitos de corrupción deportiva indiciariamente cometidos *“constituyen una acción propia del Club Atlético Osasuna, expresión de su específico obrar corporativo”*. Antes al contrario, de las diligencias practicadas se desprende que dichos delitos se cometieron, presuntamente, por parte de determinados directivos o con su colaboración, adoptando medidas para ocultar dichas actuaciones a la masa social y a los órganos, internos y externos, que tenían como función el control de la actuación de los órganos de dirección. Así se desprende de las diligencias practicadas, que ponen de manifiesto que ni siquiera todos los miembros de la junta directiva tenían conocimiento de estas acciones o, al menos, no se han concretado indicios suficientes de que ello sea así.

Pues bien, vistos las previsiones estatutarias anteriormente mencionadas, el informe de auditoría de la temporada 12-13 (único que, a estos efectos, puede tener relevancia, en cuanto era el único conocido en el momento de ocurrir los hechos investigados) y la ocultación con la que actuaron los presuntos ideadores y ejecutores de los delitos de corrupción deportivas indiciariamente cometidos, en ningún caso puede considerarse al Club Atlético Osasuna como autor de los mencionados delitos y sí, únicamente, como víctima de dichos ilegales comportamientos, lo que excluye la concurrencia en dicho club, como persona jurídica, del esencial elemento culpabilístico que, como se ha dicho, es imprescindible que concurra para apreciar su responsabilidad penal.

OCTAVO.- En efecto, ya se ha dicho que el Club tenía mecanismos estatutarios para evitar este tipo de hechos y es evidente que dichos mecanismos no funcionaron, pero ello no puede reprochársele penalmente al propio club. Así, respecto de la Comisión Económica, consta, efectivamente, en las actuaciones que dos de los cuatro miembros presentaron su dimisión por no ser atendidas sus reiteradas peticiones de información a la junta directiva, cuyo presidente no convocó ni una sola vez dicho órgano estatutario, que tampoco pudo presentar los informes a los que se refiere el artículo 55 de los Estatutos. Ciertamente, dicho órgano carecía, en la redacción vigente en el momento de ocurrir los hechos, de los atributos que el actual artículo 31 bis, tras la reforma que entró en vigor el 1 de julio de 2015, exige para poder eximir de responsabilidad penal a

las personas jurídicas. Pero ya se ha dicho que no pueden aplicarse dichas exigencias con efectos retroactivos, por prohibirlo el principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables (artículo 9.3 de la Constitución). Lo que ha de valorarse es que este órgano estatutario no pudo llevar a cabo su cometido por culpa, precisamente, de las personas cuya actuación tenía que ser controlada o supervisada por dicho órgano, algunas de las cuales, indiciariamente, son los autores materiales del delito de corrupción deportiva investigado. No se aprecia, en definitiva, una dejación en el ejercicio de sus funciones por parte de este órgano social sino una imposibilidad material de llevarlas a cabo como consecuencia, precisamente, de las actuaciones de los presuntos autores de los delitos investigados en las presentes diligencias.

El otro mecanismo estatutario para evitar la comisión de irregularidades y, evidentemente, de delitos por parte del órgano de dirección es la figura del gerente, que como se ha evidenciado a lo largo de la instrucción, no es que no cumpliera con sus funciones estatutarias, no advirtiendo de la ilegalidad que suponía comprar a jugadores de equipos rivales para que ganaran, empataran o perdieran (todas esas conductas son ilegales, evidentemente), sino que colaboró activamente en la comisión de los delitos de corrupción deportiva, contactando con los jugadores rivales para hacerles los ofrecimientos económicos, obteniendo el dinero necesario para cometer el delito, incluso aportando parte del mismo de su propio patrimonio o acudiendo a terceras personas para conseguirlo, todo ello ante la escuálida situación de las cuentas del club, y entregando personalmente las cantidades estipuladas. Y todo ello lo hizo con ocultación de su actuación a la masa social y adoptando medidas para evitar que se descubriera el ilícito destino de parte del dinero desaparecido de las cuentas del Club Atlético Osasuna.

Finalmente, es claro que el informe de auditoría de la temporada 12-13, entregado por el auditor el 16 de agosto de 2013 (único que tiene relevancia a estos efectos, pues el correspondiente al ejercicio 13-14 fue entregado en septiembre de 2014, cuando los hechos ya se habían producido) nada indicaba que hiciera sospechar la existencia de una actuación delictiva por parte de directivos o de empleados de la entidad y ello, sin perjuicio de la calificación que pueda hacerse sobre la actuación del auditor (lo que no es objeto ni de esta resolución ni de este procedimiento), permite afirmar que difícilmente podría reprocharse al Club Atlético Osasuna, como entidad diferente y diferenciada de sus directivos, una actuación culpable respecto de los delitos de corrupción deportiva investigados.

En definitiva, de todo lo anteriormente razonado debe concluirse que el Club Atlético Osasuna no puede ser considerado autor de ningún delito de corrupción deportiva sino víctima de los ilícitos comportamientos que, indiciariamente, han protagonizado algunos de sus directivos y empleados. Y no pueden serle imputados dichos delitos por no apreciarse en su comportamiento, conforme a lo ya razonado, un actuar culpable, base y fundamento de cualquier responsabilidad penal sujeta a los principios constitucionales.

NOVENO.- A mayor abundamiento, la palmaria y evidente extralimitación en sus funciones de los presuntos autores de los delitos de corrupción deportiva investigados impedirían, igualmente, imputar culpablemente al Club Atlético Osasuna los mencionados delitos. Una interpretación sistemática del artículo 31 bis del Código Penal exige que las personas físicas que cometen el hecho delictivo hayan actuado en el ámbito o con motivo del ejercicio de sus funciones directivas o de representación, de forma que cuando sus actos delictivos se han cometido con clara extralimitación de sus poderes sociales y de sus funciones estatutarias no podrá imputarse el resultado delictivo a la persona jurídica. Como dice Manuel Jaen Vallejo, Profesor titular de Derecho Penal, Magistrado y asesor del Ministerio de Justicia, *“la persona jurídica responde, salvo que la persona física que haya realizado el hecho se haya extralimitado en sus funciones”*.

En rigor, este Juzgador considera que la redacción del artículo 31 bis del Código Penal vigente en el momento de ocurrir los hechos era técnicamente tan deficiente y tan aparentemente contraria a los principios constitucionales que fundamentan la responsabilidad penal en un estado democrático de derecho como el español que hacía prácticamente imposible su aplicación en la práctica, siendo este el motivo por el que el legislador optó por modificar finalmente su redacción, consciente de la dificultad técnica de la aplicación del precepto en su redacción original. Es evidente que la redacción actual es mucho más respetuosa con esos principios esenciales del Derecho Penal (no sólo el de culpabilidad sino también los de tipicidad y taxatividad). Pero como se ha dicho, esas deficiencias técnicas y esas dudas interpretativas que la redacción original provocaba no pueden solventarse *“contra reo”*.

DÉCIMO.- Si lo anterior no fuera suficiente para excluir la imputación del Club Atlético Osasuna en el presente procedimiento ha de indicarse que tampoco concurre, en opinión de este instructor, el requisito legal de que la actuación delictiva de los directivos y empleados lo haya sido en provecho de la entidad.

En efecto, lo primero que ha de resolverse es qué debe entenderse por *“provecho”* en la redacción original del artículo 31 bis del Código Penal. El diccionario de la Real Academia Española define la palabra provecho como *“beneficio o utilidad que se consigue o se origina de algo o por algún medio”*. Partiendo de esa definición, cabe entender por provecho cualquier tipo de ventaja, beneficio, utilidad o ganancia, no necesariamente con un contenido económico. Ahora bien, es claro que dicho provecho ha de ser eminentemente objetivo, en el sentido de que no bastaría para apreciar la concurrencia de este elemento con la mera intención subjetiva del autor material de proporcionar un beneficio a la entidad.

Como dice la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por ley orgánica número 5/2010, *“la expresión puede ser interpretada en primer término incidiendo en su vertiente subjetiva, de modo que sería suficiente con que el agente actuase con la íntima convicción de que favorecía a la sociedad, esto es, el término*

equivaldría a la intención del sujeto actuante de beneficiar a la empresa. En contra de esta exégesis está la idea de que si el legislador hubiera querido otorgarle este sentido, probablemente hubiera optado por expresiones tales como con la intención de beneficiar, o para beneficiar. La apelación a un elemento subjetivo así definido conllevaría además serias dificultades de prueba, no estando claras por otra parte las razones por las que los motivos del sujeto deban elevarse a la categoría de factor decisivo para la determinación de la responsabilidad de la organización para la que trabaja”.

Otra opción sería interpretar de forma completamente objetiva dicha expresión, de forma que sólo cuando del delito cometido por los directivos o empleados la persona jurídica ha obtenido un beneficio o utilidad real cabría apreciar la concurrencia de dicho elemento. La Circular 1/2001 de la Fiscalía General del Estado ya mencionada descarta dicha interpretación porque cuando la acción ejecutada finalmente perjudicara a la empresa o de la misma no se derivaran potenciales perjuicios ni beneficios, caso de ser la misma totalmente neutra, no podría imputarse el delito a la persona jurídica y considera que ellos no es razonable. Excluye también la Fiscalía General del Estado dicha interpretación objetiva razonando que *“con esta interpretación se subordinaría además la responsabilidad penal a un dato que depende de múltiples variables no siempre controlables por quien despliega la acción -sirva de ejemplo un simple error de cálculo- y sería preciso concretar un parámetro fijo para medir ese beneficio social, el cual no necesariamente tiene por qué ser reducido a términos económicos”.*

Comparte, en este caso, este instructor la conclusión a la que llega la Fiscalía General del Estado al considerar que la interpretación más razonable es la de considerar que el provecho debe ser interpretado como *“una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, que conlleva la constatación de la idoneidad ex ante de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella, aunque tal beneficio no fuere directo o inmediato por ser, por ejemplo, una posibilidad futura que finalmente no tuviera lugar. La acción debe ser valorada como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que puedan determinar que la utilidad finalmente no se produzca”.* Y es desde esa interpretación como ha de excluirse, en el caso investigado, la concurrencia de dicho elemento del tipo.

DÉCIMOPRIMERO.- Pues bien, vista la situación del Club Atlético Osasuna a finales de la temporada 13-14 y admitiendo, a efectos dialécticos (pues no es ésta la resolución en la que debe resolverse sobre esta cuestión) que los delitos de corrupción deportiva se hubieran cometido para alterar los partidos Betis-Valladolid, Español-Osasuna y Osasuna-Betis, tal como sostiene uno de los imputados, lo cierto es que la posibilidad de que Osasuna mantuviera la categoría era tan remota y dependía de tantas variables incontrolables y, a la par, estadísticamente improbables, que dicha circunstancia excluye que quepa considerar que los directivos y empleados de Osasuna presuntos autores de los delitos de corrupción deportiva, actuaran en provecho del club desde un punto de vista objetivo, en el sentido ya explicado.

El hecho de que los directivos presuntos autores de los delitos de corrupción deportiva se aferraran a una prácticamente inexistente posibilidad de que mediante un empate en el Español-Osasuna y una victoria del Betis en el encuentro de este equipo con el Valladolid la penúltima jornada liguera, unida a una victoria de Osasuna frente al equipo andaluz en la última jornada, se evitara el descenso del equipo navarro no permite considerar que estos actuaran, objetivamente, en provecho del Club, máxime cuando otras alternativas deportivas (por ejemplo, que Osasuna ganara frente al Español en la penúltima jornada e hiciera lo propio ante el Betis, lo que era casi seguro, pues este equipo no había ganado ningún partido fuera de casa desde hacía meses y nada tenía ya que perder en dicho partido) hacían mucho más posible la salvación del Club y, sin embargo, el presunto pacto al empate con el Español impedía dicho resultado ganador, que era mucho más favorable para Osasuna frente a la práctica certeza de descender con un resultado igualado como el que se produjo y, según Vizcay, se pactó. Es claro que no parece una actuación objetivamente provechosa para un club arruinado el dedicar 900.000 euros a pactar fraudulentamente unos resultados que no garantizaban de ninguna manera el objetivo presuntamente perseguido, es decir, la permanencia en primera división del Club Atlético Osasuna, usando además un medio que constituía delito, sobre todo cuando existían otras alternativas legales, deportivamente en principio más favorables, como por ejemplo primar a los propios jugadores para que echaran el resto y ganaran el partido Español-Osasuna, resultado que daba más oportunidades de permanencia a Osasuna y además hubiera sido algo perfectamente legal (dejando, obviamente, aparte la valoración moral de las astronómicas cifras que cobran los jugadores de fútbol).

Es decir, los directivos presuntamente implicados en los hechos optaron por la peor de las posibles alternativas. No es que el resultado perseguido no se produjera como consecuencia de factores externos ajenos a la voluntad o control de los autores materiales de los delitos de corrupción deportiva investigados, sino que, conforme a un juicio “ex ante”, la acción cometida (los amaños) no era provechosa para Osasuna desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, sino todo lo contrario.

En consecuencia, dicha acción no puede considerarse realizada, tal como exigía el artículo 31 bis del Código Penal, en provecho de la entidad.

DÉCIMOSEGUNDO.- En definitiva y para concluir, ni puede considerarse que el Club Atlético Osasuna haya actuado, en el presente caso, de forma culpable, ni puede afirmarse que los directivos y empleados presuntos autores de los delitos de corrupción deportiva indiciariamente cometidos lo hicieran “*en provecho*” de la entidad, lo que excluye por completo la posibilidad de que el Club Atlético Osasuna tenga responsabilidad penal alguna por los delitos de corrupción deportiva investigados en la presente causa, debiendo, en consecuencia, mantener dicho club la exclusiva condición de acusación particular en el presente procedimiento.

PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO: NO HA LUGAR A IMPUTAR AL CLUB ATLÉTICO OSASUNA LOS DELITOS DE CORRUPCIÓN DEPORTIVA QUE SE ESTÁN INVESTIGANDO, manteniendo, en consecuencia, dicha entidad la exclusiva condición de acusación particular en el presente procedimiento.

Notifíquese a las partes, a quienes pueda causar perjuicio y al Mº Fiscal, haciéndoles saber que contra el auto cabe interponer, ante este Tribunal, **RECURSO DE REFORMA** en el plazo de los **TRES DÍAS** siguientes a su notificación y/o **RECURSO DE APELACIÓN**, subsidiariamente con el de reforma o por separado, en este caso, dentro del plazo de los **CINCO DÍAS** siguientes a la notificación.

Así por este Auto lo acuerdo, mando y firmo.

El magistrado

DILIGENCIA.- Seguidamente la extiendo yo el Letrado de la Administración de Justicia, para hacer constar que la anterior resolución la ha dictado el/la Magistrado-Juez que la firma, para su unión a los autos, notificación a las partes y dar cumplimiento a lo acordado. Doy fe.