



Roj: **AAN 377/2016** - ECLI: **ES:AN:2016:377A**

Id Cendoj: **28079270052016200029**

Órgano: **Audiencia Nacional. Juzgados Centrales de Instrucción**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **04/05/2016**

Nº de Recurso: **62/2015**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JOSE DE LA MATA AMAYA**

Tipo de Resolución: **Auto**

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NUMERO 5

AUDIENCIA NACIONAL

MADRID

DILIGENCIAS PREVIAS 62/2015

AUTO DE APERTURA DE JUICIO ORAL

Madrid, 4 de mayo de 2016

INDICE

1. ANTECEDENTES DE HECHO

1.1. Antecedentes

1.2. Partes acusadoras

1.3. Partes acusadas

1.4. Escritos de acusación

1.4.1. Escrito de acusación del MINISTERIO FISCAL

1.4.1.1. Personas acusadas

1.4.1.2. Delitos

1.4.1.3. Autores

1.4.1.4. Circunstancias modificativas de responsabilidad criminal

1.4.1.5. Penas

1.4.1.6. Responsabilidad civil

1.4.2. Acusación particular

2. POSICION DEL INSTRUCTOR

3. HECHOS PUNIBLES POR LOS QUE SE ACUERDA LA APERTURA DEL JUICIO ORAL Y PERSONAS RESPONSABLES

4. FUNDAMENTOS JURIDICOS

4.1. Contexto legal y jurisprudencial

4.2. Apertura de Juicio Oral

4.3. Responsabilidades pecuniarias



4.4. Órgano competente para enjuiciamiento

4.5. Emplazamiento de las partes

5. PARTE DISPOSITIVA

1. ANTECEDENTES DE HECHO

1.1. ANTECEDENTES

1. En las presentes Diligencias Previas, en fecha **03.11.2016 se dictó por este Juzgado Auto disponiendo dar traslado de las diligencias previas al Ministerio Fiscal y acusaciones particulares para que en el plazo de diez días pudieran, en su caso, formular su escrito de calificación y pedir la apertura del juicio oral, en cumplimiento estricto de los Autos de la Sala de lo Penal 545/2016, de 23.09.2016, y 553/2016, de 17.10.2016, que acordaron directamente la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado.

1.2. PARTES ACUSADORAS

Nombre

MINISTERIO FISCAL

DIS / FAAP

1.3. PARTES ACUSADAS

Todas las personas imputadas, físicas y jurídicas, han sido informadas de sus derechos, han sido citadas en calidad de imputadas para ser oídos en declaración y han sido informados de los hechos objeto de imputación.

PERSONAS ACUSADAS

[1] Agapito

[2] Alexander

[3] Argimiro

[4] Benedicto

[5] Gregoria

[6] Calixto

[7] FUTBOL CLUB BARCELONA

[8] N&N CONSULTORIA ESPORTIVA E EMPRESARIAL LTDA

[9] SANTOS FUTEBO CLUBE

1.4. ESCRITOS DE ACUSACIÓN

1.4.1 ESCRITO DE ACUSACION DEL MINISTERIO FISCAL

1.4.1.1 PERSONAS ACUSADAS:

Las mencionadas anteriormente como imputadas [1] y [3] a [9].

1.4.1.2 DELITOS:

1.-Un delito de corrupción en los negocios de los arts. 286 bis (redacción de la LO 5/2010) y 288 CP (redacción de la LO 3/2011).

2.-Un delito de estafa impropia de los arts. 251.3 y 251 bis CP (modalidad de simulación contractual).

1.4.1.3

AUTORES 1.-Delito de corrupción en los negocios: [1], [3], [4], [5], [7] y [8]

2.-Delito de estafa impropia: [1], [6], [7] y [9]

1.4.1.4 CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

No concurren

1.4.1.4 PENAS



El Fiscal solicita la imposición a los acusados antes mencionados de las penas que se indican en el escrito de acusación, que se dan por reproducidas.

1.4.1.5 RESPONSABILIDAD CIVIL

Los acusados [1], [6], [7] y [9] deben indemnizar conjunta y solidariamente a DIS en la cantidad de 328.400€.

Interesa el Ministerio Fiscal, finalmente, la apertura de juicio Oral a celebrar ante el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional.

1.4.2 ESCRITO DE ACUSACIÓN DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR DIS / FAAP

1.4.2.1 PERSONAS ACUSADAS:

Las mencionadas anteriormente como imputadas [1] a [9].

1.4.2.2 DELITOS:

Delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis 1 y 2 CP) y delito continuado de estafa en su modalidad de simulación contractual (art. 251.3 CP), en los términos expresados en el epígrafe 2 de su escrito de acusación, que se dan por reproducidos.

1.4.2.3 AUTORES

Las personas físicas y jurídicas mencionadas anteriormente como imputadas [1] a [9], en los términos expresados en el epígrafe 111 de su escrito de acusación, que se da por reproducidos.

1.4.2.4 CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

No concurren

1.4.2.5 PENAS

La acusación particular solicita la imposición a los acusados antes mencionados de las penas que se indican en el escrito de acusación, que se dan por reproducidas.

1.4.2.6 RESPONSABILIDAD CIVIL

La acusación particular solicita la imposición a los acusados antes mencionados de las responsabilidades civiles que se indican en el epígrafe VI de su escrito de acusación, que se dan por reproducidas.

Interesa la acusación particular, finalmente, la apertura de juicio Oral a celebrar ante la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional.

2. POSICION DEL INSTRUCTOR

Concorre en este caso una particularidad.

La Sección Cuarta de la Sala de lo Penal, en sus Autos número 545/2016, de 23.09.2016, y 553/2016, de 17.10.2016, resolviendo recursos de apelación interpuestos por las partes contra el Auto acordando el sobreseimiento de las actuaciones dictado por el Juez Instructor, acordó directamente la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado.

En coherencia con esas resoluciones y en cumplimiento estricto de las consecuencias derivadas directa y necesariamente de las mismas, procede acordar la apertura del Juicio Oral en los términos que se expresarán en los siguientes epígrafes de esta resolución.

Ello no obstante, en cuanto el artículo 783.1 LECrim dispone que, solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez debe acordarla, salvo en los supuestos en que estime procedente el sobreseimiento, se estima necesario dejar respetuosa constancia de las razones por las que se consideró que en este caso procedía el sobreseimiento y por las que ahora, de no mediar la precisa indicación por parte de la Sala de lo Penal que, desde luego, debe cumplirse en sus precisos términos, se acordaría el sobreseimiento de las actuaciones. Tales razones son las siguientes:

PRIMERO.-La primera cuestión a determinar en esta resolución es el objeto de esta causa.

Los delitos cuya concurrencia se evalúa son el delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis CP) y el delito de estafa simulada (art. 251.3 CP).

En relación con los hechos, los propios querellantes afirmaban desde la querrela que "los hechos presuntamente delictivos objeto de la presente querrela" son "los hechos realmente ocurridos en dos momentos diferenciados, unos en el año 2011 y otros en el año 2013":



-En el primer caso, los hechos se concretan en analizar la operación por la que en el año 2011 el FCB abonó al jugador Argimiro , a través de N&N, la suma de 10 millones de euros, comprometiendo desde entonces otros 30 millones de euros para que el jugador se obligara a fichar por el FCB una vez deviniera agente libre, investigando si ello afectó a la normal competencia con el resto de clubes interesados en su fichaje, y evitó al FCB el pago de las cantidades que por el traspaso del jugador otros clubes podrían haber pagado a los titulares de los derechos. Al tiempo, se investiga también si Argimiro aceptó y recibió del FCB a través de N&N las cantidades indicadas para favorecer al FCB la adquisición de sus derechos federativos y económicos sin tener que competir con el resto de clubes interesados ni pagar a sus legítimos titulares la cláusula de rescisión contractualmente pactada.

-En el segundo caso, el objeto de la causa tiene por objeto discernir si los contratos de 15.11.2011 y 06.12.2011 no fueron sino el instrumento o medio utilizado para formalizar FCB y jugador el acuerdo antes indicado, ocultando deliberadamente su propósito real con una causa fingida, y si los contratos de 31.05.2013 (partido amistoso) y de 25.07.2013 (derecho de preferencia sobre determinados jugadores), tuvieron por objeto real entregar al SFC cantidades encubiertas o disimuladas bajo la apariencia ficticia recogida en tales contratos.

De lo anterior se desprende con claridad que el objeto de este proceso penal no es interpretar el contrato de 06.03.2009 suscrito entre DIS y Argimiro , su padre Benedicto , su madre Gregoria , y su agente Ovidio , ni analizar su cumplimiento o incumplimiento por las partes:

En este sentido, basta dar lectura al escrito de acusación fiscal para comprobar que, tras mencionar este contrato para acreditar el origen del dominio de DIS sobre parte (40%) de los derechos económicos derivados de los derechos federativos de SFC sobre el jugador Argimiro , se centra inmediatamente a continuación en los hechos y contratos que las partes suscribieron en los años 2011 y 2013, que son a los que otorga relevancia jurídico-penal.

Así pues, el alcance de las obligaciones asumidas por las partes en este contrato de 2009, la interpretación de sus cláusulas y los beneficios o perjuicios sufridos por cada parte contratante como consecuencia de la actuación de la contraria, quedan fuera de los márgenes de este proceso y sometidos, en su caso, a la jurisdicción civil correspondiente o a los procedimientos arbitrales instados por las partes.

Interesa no obstante precisar lo siguiente.

El contrato de 06.03.2009 tenía un contenido complejo. No era desde luego tan lineal y elemental como pretenden las entidades querellantes, afirmando prácticamente que Argimiro tenía como obligación esencial asegurar que durante la vigencia del contrato con SFC se produciría el traspaso a otro club deportivo para rentabilizar la obligación de DIS.

Esta obligación, de hecho, no estaba contenida en el contrato, que únicamente establecía, de un lado, el compromiso del jugador "a no buscar su liberación gratuita, mediante cualquier medio, del contrato laboral mantenido con el SFC, puesto que tal hecho causará un grave perjuicio financiero a DIS" (cláusula 5ª); de otro, el deber de "informar por escrito a DIS y presentarle cualquier propuesta que reciba en relación a su traspaso a otro club de fútbol" (Cláusula 7ª); y finalmente, que el jugador y su agente asumían el "compromiso de que, durante el plazo de cinco años... están absolutamente comprometidos con los términos del mismo a fin de asegurar a DIS una compensación económica adecuada a todas las expectativas existentes en relación con el rendimiento futuro del deportista" (cláusula 11ª).

Pero "no buscar su liberación gratuita" no implica la inexistente obligación de que el jugador debiera buscar a toda costa ser vendido por el SFC estando vigente el vínculo deportivo. El contrato, de hecho, contemplaba otras hipótesis.

Así, de entrada, la cláusula 6ª preveía que el deportista quedase libre del contrato laboral mantenido con el SFC sin el conocimiento expreso de DIS, por escrito. En este caso debería el jugador indemnizar a DIS con una cantidad de 10 millones de reales.

Pero es que, lo que es más importante, el contrato también contemplaba en su cláusula 12ª que el contrato laboral del deportista con SFC simplemente se cumpliera en su integridad, asumiendo que terminado este contrato, se rompería el vínculo deportivo y, por tanto, al convertirse el jugador en free agent, el SFC perdería los derechos federativos y DIS el 40% de sus derechos económicos derivados de esos derechos federativos.

Para tal caso, la indicada provisión contractual disponía que "Meramente como eventual garantía y compensación mínima por perjuicios a la que DIS pueda hacer frente, en la hipótesis de que el contrato laboral entre el deportista y el SFC concluya y quede el deportista libre para firmar contrato con otro club de fútbol y no habiendo DIS obtenido lucro por el traspaso, esta tendrá derecho a recibir el 10 % (diez por ciento) de



la cuantía bruta de todos los contratos de imagen, publicidad, propaganda y/o de naturaleza similar que el deportista firme futuramente".

Es decir, que siendo el objetivo del contrato de 06.03.2009 básicamente que DIS obtuviera lucro y rentabilizara su inversión, éste podría llegar por la vía del ansiado traspaso de SFC a otro club durante la vigencia del contrato, o por la vía de la "compensación mínima por perjuicios" para el caso de que el contrato finalizara sin traspaso y el jugador deviniera "deportista libre para firmar con otro club".

Así pues, en 2009 las partes firmantes previeron que se produjera el traspaso deportivo de Argimiro a otro club durante la vigencia del contrato con SFC, pero también contemplaron la posibilidad de que el contrato o contratos sucesivos firmados con SFC se extinguieran por cumplimiento sin que el traspaso deseado se hubiera producido. Y para tal caso, a cambio de los 10 millones de reales que fueron entregado a Argimiro en 2009, DIS exigía el pago de una cantidad que cuantificó en un porcentaje de por vida (profesional) de todos los contratos que firmara de la naturaleza indicada en la propia cláusula.

La primera conclusión es que la pretendida obligación de Argimiro de trabajar para conseguir que se produjera su traspaso a otro club durante la vigencia de su contrato con SFC no existía:

-No dependía de él. El traspaso exigía la concurrencia de voluntades del club propietario de los derechos (SFC), del club adquirente y del propio jugador. Bastaba que el SFC no quisiera traspasar al jugador (como de hecho ocurrió durante años para que la hipótesis del contrato de traspaso no se produjera.

-No era incompatible con lo previsto que se firmaran otros contratos entre Argimiro y SFC, como efectivamente sucedió. De hecho, Argimiro y SFC suscribieron hasta 3 contratos de trabajo después de la firma del contrato entre Argimiro y DIS. Y estos contratos afectaban a salarios, multas rescisorias y períodos de vigencia los dos últimos, de hecho (de 19.08.2010 y 22.12.2011), superaban ya el plazo de vigencia de 5 años del contrato de 06.03.2009 entre Argimiro y DIS. Todo ello a plena satisfacción de DIS.

-No era incompatible con lo previsto que el jugador simplemente decidiera cumplir íntegramente el contrato. El contrato no le obligaba a renunciar a negociar su futuro profesional para cuando hubiera adquirido la condición de "free agent".

Para tal caso, el contrato de 06.03.2009 contemplaba una previsión específica de compensación a DIS.

La segunda conclusión es que resulta extraño que DIS/FAAP consideren que la obligación asumida por Argimiro el 15.11.2011, a cambio de 40 millones de euros, de abonar al FCB otros 40 millones de euros caso de no fichar por este club cuando terminara su contrato con el SFC y quedara libre (free agent), afecta criminalmente a la libre competencia entre clubes porque impacta como sobreprecio en el monto a asumir por otros clubes que quisieran contratar al jugador, ante la evidencia de tener que atender este compromiso-penalización. Y ello porque, sin embargo, no piensan que afecte a la libre competencia entre clubes, y menos criminalmente, la obligación asumida por Argimiro el 06.03.2009, a cambio de 10 millones de reales, de abonar a DIS "el 10 % de la cuantía bruta de todos los contratos de imagen, publicidad, propaganda y/o de naturaleza similar que el jugador firmara futuramente", es decir, en toda su carrera profesional, para el caso de que terminara su contrato con el SFC y quedara libre (free agent). La inconsistencia reside en que esta obligación (de cuantía indeterminada pero, vista la evolución del jugador, no necesariamente inferior a la anterior), habría impactado como sobreprecio en el monto a asumir por otros clubes que quisieran contratar al jugador exactamente en la misma forma que en el caso anterior, ante la evidencia de tener que atender este compromiso-penalización o compensación mínima por perjuicios, como en este caso se denomina. Y ello pese a que la única diferencia entre ambas situaciones es que en el primer caso se asociaban los compromisos de pago al FCB a derechos económicos derivados de derechos federativos y, en el segundo, se asociaban los compromisos de pago a DIS a contratos de imagen y publicidad. Cuestión que resulta irrelevante, visto que lo que ahora interesa determinar no es la obviamente distinta naturaleza jurídica de unos y otros conceptos, sino el peso que las compensaciones económicas establecidas a cambio de precio pueden tener en la libre competencia. Y desde esta perspectiva es claro (y así lo afirman los querellantes como una de las bases de su querrela), que todos estos contratos, aun conceptualmente diferentes, están íntimamente ligados entre sí en los paquetes globales de contratos en que se traducen las negociaciones entre clubes y jugadores profesionales de tan alto nivel.

En cualquier caso, más allá de estas dos conclusiones, relevantes en cuanto incidirán en la posición que sobre este asunto mantiene el Instructor, la prolija discusión sostenida por las partes sobre el contenido e interpretación del contrato de 06.03.2009 y las indemnizaciones que debieran o no corresponder a la partes por su eventual incumplimiento, quedan total y absolutamente fuera del objeto de esta causa, lo que, como se verá, tiene directo impacto en esta resolución a la hora de estimar las responsabilidades pecuniarias que deben ser aseguradas.



SEGUNDO.-Queda también fuera del alcance de este proceso el análisis del cumplimiento o no por parte del FCB, de SFC, del jugador profesional Argimiro , de su padre y agente Benedicto y de sus empresas, de las reglas internas de FIFA sobre traspasos de jugadores profesionales.

Es a la FIFA y a las Confederaciones o Federaciones Nacionales de Fútbol de los países concernidos (Brasil y España), a quienes ha correspondido o corresponderá en su caso analizar tales comportamientos y decidir si todos o algunos de los implicados en los mismos han incurrido en responsabilidades deportivas, éticas, disciplinarias o de otra índole por los contratos realizados, el momento en que se celebraron, las cantidades comprometidas y el concepto por el que se abonaron.

Sí hay, no obstante, varios extremos que deben ser destacados:

1. Los contratos de 2011 se produjeron mientras Argimiro tenía contrato de trabajo de futbolista profesional vigente con otro club. Este contrato no estaba dentro de los últimos seis meses de vigencia.

2. No consta que el FCB solicitara autorización o al menos comunicara por escrito al SFC su intención de negociar con Argimiro .

El art. 18.3 del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA dispone que "un club que desee concertar un contrato con un jugador profesional debe comunicar por escrito su intención al club del jugador antes de iniciar las negociaciones con el jugador. Un jugador profesional tendrá la libertad de firmar un contrato con otro club si su contrato con el club actual ha vencido o vencerá dentro de un plazo de seis meses. Cualquier violación de esta disposición estará sujeta a las sanciones pertinentes".

Es decir, que el FCB, antes de iniciar las negociaciones con Argimiro , debía haber comunicado por escrito su intención al SFC. Esto nunca se realizó por el FCB.

3. Se realizaron o comprometieron pagos multimillonarios por parte del FCB a Argimiro apenas unos días antes de que el jugador beneficiario de tales pagos (Argimiro) se enfrentara al club pagador (FCB), nada menos que en la final del Campeonato del Mundo de clubes. De hecho, el día 09.12.2011 se hizo una transferencia a N&N de 10 millones de euros, y el día 17.12.2011 se jugó la final del Mundial de clubes entre FCB y SFC, con derrota del equipo brasileiro por 4 goles a 0.

4. No consta que el SFC autorizara expresamente al FCB a realizar negociaciones con el jugador Argimiro . El FCB tampoco solicitó y recibió una comunicación escrita del SFC en este sentido. En realidad, lo único que hizo fue pedir a Benedicto , mientras que ya se estaba desarrollando el proceso de negociación, que consiguiera una autorización del SFC para negociar con cualesquiera otros clubes. De este modo se aseguraba la completa opacidad de la negociación y su desconocimiento por parte del SFC. Es la carta cuya copia obra en las actuaciones, y cuyo contenido ha sido transcrito anteriormente.

A los efectos limitados que ahora interesan, parece obvio que el FCB, Argimiro , Benedicto y N&N incumplieron paladinamente las obligaciones estatutoriamente impuestas por los Estatutos FIFA de contratación de jugadores: no respetaron el contrato que Argimiro tenía firmado con el SFC; no comunicaron por escrito al SFC su intención de abrir (y cerrar) negociaciones; no solicitaron autorización del SFC para tal fin; negociaron dentro del período de validez del contrato y fuera del marco permitido de los seis últimos meses; y llegaron a hacer (el FCB) y recibir (N&NL pagos multimillonarios sólo ocho días antes de un partido trascendental para la historia deportiva del SFC al que Argimiro estaba ligado.

Sin embargo, sea cual sea la valoración que estas circunstancias merezcan, lo cierto es que sus repercusiones deportivas, éticas y disciplinarias están fuera del ámbito de este proceso y no afectan a la relevancia penal de los hechos objeto de investigación, es decir, a si los contratos que se firmaron en 2011 y 2013 alteraron las reglas de la libre competencia en materia de fichajes y eran simulados.

Ahora bien, dicho lo anterior, lo que ahora interesa y sí debe destacarse es que, aunque su contenido no colmara los requerimientos estatutarios de FIFA (art. 18.3 RETJ), el FCB sí se preocupó de que Benedicto estuviera autorizado por parte del SFC a negociar con otros clubes, y para esto le hizo conseguir la carta cuya copia obra en las actuaciones y cuyo contenido ha sido transcrito.

Esta carta fue solicitada por Benedicto expresamente al Presidente del SFC con esta finalidad y, pese a los argumentos expresados por DIS en su escrito de alegaciones 18.477/16 (Vid pár. 62 a 69) y al informe pericial acompañado como documento número 10 de dicho escrito, lo cierto es que autorizaba a Benedicto a iniciar negociaciones y a concretar la transferencia, siempre que ésta se produjera a partir de 2014 y respetara los términos del contrato con SFC.

Compensa insistir una vez más. Sin perjuicio de los efectos que pueda tener en otros ámbitos el incumplimiento de sus obligaciones estatutarias y deportivas por parte del FCB, Argimiro , Benedicto y N&N; sin perjuicio



de la valoración ética que el comportamiento de los anteriores merezca a los seguidores de ambos equipos y del pío futbolista; e, incluso, sin perjuicio de las acciones que el SFC pudiera ejercer contra el Presidente del club que extendió y firmó esta comunicación en cuanto a la decisión de administración corporativa que tomó, que DIS expresa en sus escritos que le resulta esquizofrénica, lo cierto es que, desde la perspectiva que ahora interesa, el FCB disponía de un documento que autorizaba al jugador a negociar con otros clubes distintos del SFC y a alcanzar acuerdos sobre su transferencia sin más límites que los indicados.

TERCERO.-Fijado el objeto del caso, conviene ahora analizar las figuras delictivas que las acusaciones imputan a las personas investigadas.

A) Delito de corrupción entre particulares

El delito de corrupción entre particulares está previsto en el art. 286 bis CP , que contiene dos figuras típicas:

1. Corrupción pasiva: el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

2. Corrupción activa: quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

Esta figura de delito, pluriofensivo, protege la competencia leal o correcto funcionamiento del mercado en términos de igualdad de oportunidades de los competidores, en un ámbito determinado: la adquisición o contratación de productos o servicios en las relaciones comerciales. La libre competencia, que lo es únicamente cuando se respetan las reglas del juego que garantizan el acceso al mercado para poder competir eficazmente. Esta idea de distorsión de la competencia obstaculizadora de un desarrollo económico sólido ya aparecía en la DM de 22.07.2003. La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 abundaba en esta dirección al referirse a la competencia justa y honesta" y a la necesidad de proteger las "reglas del buen funcionamiento del mercado", que se ve distorsionado por estas prácticas corruptas.

Bajo esta configuración, es preciso que en el ofrecimiento o concesión, la solicitud o aceptación de un beneficio o ventaja concurren los siguientes requisitos:

-Que tengan aptitud para poner en grave peligro la competencia, es decir, que sean potencialmente aptos para generar una posición de ventaja injusta.

-Que dicho peligro sea concreto, no bastando con la esperanza inespecífica de obtener, en un futuro incierto, una ventaja competitiva en la empresa del sobornado.

No se encuadran en este delito las propuestas y ofertas encaminadas a excluir la competencia realizando mejores ofertas o propuestas más atractivas para la entidad que otros competidores. Este delito, de hecho, no puede ni debe frenar deba el adecuado desarrollo de la iniciativa empresarial y de las estrategias y políticas comerciales más o menos agresivas que cada empresario define.

B) Delito de estafa por simulación contractual

El art. 251.3 CP regula un tipo de estafa singular, la falsedad defraudatoria o estafa documental, autónomo con sus propios elementos; la doctrina exige la acción típica, que consiste en otorgar un contrato con simulación, que el mismo tenga un resultado patrimonial desfavorable para un tercero, el ánimo tendencial, y lograr ese resultado, con beneficio económico para los sujetos activos.

Existe contrato simulado cuando varias personas se ponen de acuerdo, con ánimo de causar un perjuicio patrimonial a un tercero que además redunde en su propio beneficio, para aparentar la realidad de un determinado contrato y no quieren celebrar ninguno (simulación absoluta) o desean encubrir otro distinto (simulación relativa), bien en su naturaleza (se quiere donar -negocio disimulado-y se exterioriza una compraventa -negocio simulado-), bien en su objeto (precio diferente) o en los sujetos (contratos con interposición de persona), bien en cualquiera de los demás elementos, incluso accidentales (simulación de condición o plazo).

Como ya se indicaba en el Auto de admisión de la querrela citando la SAP Tenerife de 31.07.2014, "El tipo delictivo recogido en el artículo 251.3º CP supone que varias personas se ponen de acuerdo para aparentar la realidad de un contrato cuando éste no existe o lo es con una modalidad diferente de la que exterioriza, produciéndose una declaración mendaz que se traduce normalmente en una escritura pública o en un



documento privado (STS 1348/2002, de 18.07). El contrato simulado o contrato con causa falsa se realiza porque se quiere crear una apariencia y conseguir un fin determinado, y exige ordinariamente un acuerdo simulatorio en el que participan ambas partes. En la simulación absoluta la declaración de una causa falsa no encubre más que la inexistencia de la causa. En la relativa se encubre otra causa diferente que generalmente da lugar a otro contrato (STS 1590/2003, de 22.04)."

La apreciación de este delito requiere de la concurrencia de los siguientes requisitos (STS 420/2015, de 26.06); "a) En cuanto a la acción, el hecho de otorgar un contrato como sinónimo de extender un documento público o privado y a través del que se pone de relieve un negocio jurídico sin existencia real alguna (simulación absoluta) o con ocultación del contrato verdadero (simulación relativa); b) Desde la óptica de la antijuridicidad, que el resultado de la simulación tenga una valoración perjudicial de carácter patrimonial, conforme a la normativa jurídica que regula el tráfico de bienes; y e) En cuanto a la culpabilidad, que se tenga conciencia y voluntad libre de la simulación realizada, de la que debe derivarse, con toda claridad, la existencia de un ánimo tendencial dirigido a causar el perjuicio patrimonial que ha de redundar en beneficio de los sujetos activos de la acción".

La simulación supone una discordancia entre la voluntad real y la declarada, ilicitud civil que sólo podría trasladarse al ámbito penal en la medida en que esa simulación entre los contratantes tenga por fin último causar un perjuicio a un tercero que no intervino en el contrato (SSTS de 30.01.1985 y 15.03.1990), perjuicio que ha de ser real y existente aunque no esté cuantificado (SSTS de 16.06.1952 y 12.07.1988).

Así, los contratos simulados son aquellos, como indica la STS de 29.12.2014 , en los que "el perjuicio deriva directamente del otorgamiento del contrato y que, como estafa impropia, no exige necesariamente engaño, pues los contratantes conocen la naturaleza ficticia de lo contratado y el tercero perjudicado no realiza un acto de disposición engañado por el contrato sino que el perjuicio deriva directamente de éste".

CUARTO.-En relación con el delito de corrupción entre particulares, las partes consideran que existen indicios razonables de la concurrencia de esta figura delictiva.

Afirma el Fiscal que el FCB, al convenir con Argimiro abonarle la cantidad de 40 millones de euros para asegurar su fichaje en el año 2014, cuando quedara libre, consiguió que Argimiro se comprometiera para fichar en el futuro por dicho club, impidiendo que otros clubs participaran libremente en el mercado para la adquisición de los derechos federativos del jugador. Por su parte, el jugador Argimiro y su agente, Gregoria , aceptaron del FCB esta cantidad por fichar por este club en un futuro, alterando de esta manera el libre mercado del fichaje de futbolistas y perjudicando también a DIS, que tenía un porcentaje de sus derechos económicos derivados de los derechos federativos, y que se vio privado de la posibilidad de que el jugador entrase en el mercado conforme a las reglas de la libre competencia y pudiera obtener una mayor cantidad económica por el traspaso.

DIS-FAAP, por su parte, coinciden con este planteamiento, agregando cuáles fueron los incumplimientos de.. obligaciones en la contratación de servicios profesionales" en que incurrieron tanto el FCB como Argimiro y N&N:

-En el caso del FCB, habría incumplido su deber de no competir deslealmente en el mercado de fichajes, mediante el ofrecimiento de beneficios o ventajas injustificadas que dejen al resto de clubs competidores, que optan por no ofrecerlas, en situación de desigualdad (Ley 15/2007, de 03.07); la obligación de comunicar al SFC su intención de iniciar negociaciones con el jugador Argimiro (art. 18.3 RETJ FIFA); la obligación de no influir en asuntos laborales y sobre transferencias de jugadores que pertenezcan a un tercer club (art. 18 bis RETJ FIFA); y el art. 1902 CC (y los análogos arts. 411 , 422 y 927 CC Brasil) por su lesiva interferencia en la relación contractual de DIS y Argimiro .

-Por su parte, Argimiro habría incumplido como empleado del SFC su deber de lealtad y buena fe contractual, pues en lugar de intentar conseguir el mejor precio por la transferencia de sus derechos federativos optó por rechazar en su propio beneficio todas las ofertas de traspaso de los clubs de fútbol interesados en su fichaje; su deber de no concurrencia con la actividad propia de su empleador, el SFC, como es la cesión de derechos federativos de jugadores en el mercado de fichajes; su obligación de no aceptar beneficios de otros miembros de la FIFA (art. 20 Código Ético FIFA). Además, como colaborador de DIS, habría incumplido las obligaciones contenidas en el contrato de 06.03.2009, en sus cláusulas 5ª, 7ª y 11ª: su deber de no buscar su liberación gratuita, su deber de informar a DIS cualquier propuesta que recibiera en relación a su traspaso y su compromiso de "estar absolutamente comprometido" con los términos del contrato, "a fin de asegurar a DIS una compensación económica adecuada".

Lo que ha quedado acreditado en este caso es que el FCB firmó varios contratos en 2011 tendentes a adquirir los servicios del futbolista Argimiro cuando éste fuera dueño de sus derechos federativos por haber terminado



la vigencia de su contrato deportivo con SFC, y a asegurarse, con una serie de garantías que obligaban a ambas partes, de que las prestaciones se cumplieran en la medida de lo posible.

Y que más tarde, en 2013, cuando decidió fichar al jugador sin esperar al término del contrato deportivo con SFC, pese a tener aquellos contratos firmados, el FCB debió abonar a Argimiro y a su padre cantidades adicionales a las pactadas en 2011 para que aceptara la transferencia de sus derechos federativos, por exigencias de Argimiro y su padre Benedicto, y ello ante las perspectivas de que, pese a todo lo acordado, el jugador no asumiera el compromiso pactado en 2011 y se incorporara a otro club de fútbol. Así, pactaron otra "prima de fichaje" adicional a la pactada en 2011, por otros 8.500.000€, que se le pagó en la nómina de septiembre de 2013; 1.500.000€ adicionales en el contrato de imagen, por aceptar la transferencia de sus derechos federativos, es decir, otra prima de fichaje; y una subida del salario garantizado desde los 36.125.000€ previstos en 2011 a 45.900.000€, es decir, un aumento de 9.775.000€. Todo ello hace un total de 19.775.000€ adicionales a los 40 millones de euros comprometidos en 2011 y abonados.

El mercado, pues, seguía tan abierto que el FCB se vio obligado (es de suponer que no lo hizo por mera liberalidad), a poner en la mesa otros casi 20 millones de euros complementarios, ante el riesgo cierto de que, pese a todo, Argimiro no quisiera aceptar el traspaso y decidiera marchar a otro club.

Por otra parte, de lo actuado resulta también lo siguiente:

-De haber cumplido exactamente su contrato deportivo con SFC hasta su conclusión y haberse convertido en free agent, es claro que Argimiro habría sido perfectamente libre para pactar con cualquier club de su elección en las condiciones que hubiera considerado mejores para sus intereses (paradójicamente, sin más límite que el impuesto por la cláusula 12ª del contrato con DIS de 03.06.2009, que habría afectado de por vida a todos los contratos que firmara en materia de imagen, publicidad y similares, al haber comprometido el pago a DIS del 10% de todos sus ingresos, lo que sin embargo no le parece a DIS que atente a la libre competencia).

-De haber llegado el contrato con SFC a sus últimos 6 meses de duración, también podría Argimiro haber alcanzado con cualquier club de su elección los acuerdos que hubiera considerado oportunos para cuando hubiera sido free agent, también sin más traba o límite que la anteriormente indicada.

-De haber realizado SFC el traspaso del jugador durante la vigencia del contrato deportivo (como efectivamente ocurrió), Argimiro habría sido perfectamente libre para consentir este traspaso o rechazarlo y seguir adelante con el cumplimiento del contrato deportivo con SFC hasta su agotamiento. Ni su contrato deportivo con SFC ni su contrato privado con DIS le obligaban a aceptar el traspaso que SFC o DIS le impusieran.

Analizando ahora, teniendo presente todo lo anterior, las obligaciones supuestamente incumplidas por el FCB, entonces resulta lo siguiente:

-En primer lugar, aparentemente incumplió su obligación de comunicar al SFC su intención de iniciar negociaciones con el jugador Argimiro (art. 18.3 RETJ FIFA). Como se ha indicado anteriormente, por ello podrá ser acreedor a las sanciones disciplinarias a que se refiere el art. 18.3 RETJ FIFA. Pero esta mera infracción administrativa por falta de comunicación, resulta irrelevante a los efectos de esta causa, que son única y exclusivamente, el análisis de la eventual alteración de las reglas del mercado y la libre competencia, con exclusión de cualquier otra perspectiva.

-En segundo lugar, los contratos que suscribió el FCB con Argimiro y su padre Benedicto no daban desde luego al FCB capacidad de influencia directa en las políticas de SFC en los términos del art. 18 bis RETJ FIFA (influencia de terceros en los clubes). Sí indirecta, por cuanto, aunque los contratos estaban referidos a la fecha en que el jugador quedara libre en 2014, no puede negarse que orientaron decisivamente las decisiones de Argimiro durante el transcurso de su contrato deportivo con SFC (de un lado, recibió 10 millones de euros días antes de jugar la final del Campeonato del Mundo de Clubes; de otro lado, asentir a cualquier traspaso a club distinto del FCB costaría a su padre 40 millones de euros más la devolución del anticipo de 10 millones de euros recibidos). Sin embargo, en la perspectiva que en este momento se está analizando, no debe olvidarse una cuestión que adquiere ahora singular relevancia: el SFC autorizó expresamente a Argimiro a negociar con otros clubes y a concretar su transferencia, siempre que lo hiciera respetando los términos del contrato con SFC. Y como se ha indicado reiteradamente, los contratos firmados por FCB con Argimiro y su padre respetaron tales requerimientos de modo que, a los efectos que ahora nos interesan, puede afirmarse que SFC actuó con independencia y fijó sus políticas libremente, pudiendo y debiendo haber previsto que Argimiro haría uso de la autorización recibida.

-En tercer lugar, si DIS considera que el FCB vulneró el art. 1902 CC (y los análogos arts. 411, 422 y 927 de Brasil) por su lesiva interferencia en la relación contractual de DIS y Argimiro, está en su perfecto derecho de efectuar las reclamaciones civiles que estime convenientes, pero esta alegada interferencia en el cumplimiento de un contrato al frustrar legítimas expectativas de ganancia de DIS (por más que fueran un mero deseo, porque no



dependían de la actuación de DIS sino de la libre voluntad de Argimiro , lo que conocía DIS hasta el punto de que el contrato había previsto expresamente que no se produjera el traspaso, estableciendo una durísima penalización para tal caso), resulta completamente ajena al objeto de esta causa.

Por su parte, en relación con Argimiro y el incumplimiento de obligaciones que le imputan las acusaciones, resulta lo siguiente:

-En primer lugar, que no tenía obligación contractual alguna de conseguir el mejor precio por la transferencia de sus derechos federativos ni de conseguir a toda costa su traspaso durante la vigencia de su contrato.

-En segundo lugar, que no concurrió con la actividad propia del SFC. La cesión de derechos federativos de jugadores en el mercado de fichajes es actividad propia de SFC, como velar por sus intereses profesionales es actividad propia del jugador profesional, que tiene su propia autonomía y capacidad de decisión. Y en todo caso no concurrió con la actividad de SFC, pues los contratos que firmó sólo cobraban vigencia una vez Argimiro deviniera agente libre y, durante la vigencia del contrato deportivo con SFC, Argimiro conservaba en todo caso su autonomía y libertad para acceder o no al traspaso que SFC le propusiera.

-En tercer lugar, aparte de la dificultad de encuadrar la percepción de una cantidad por la adquisición futura de los derechos federativos y económicos que, además, se ha reputado salario del jugador, en los "obsequios u otros beneficios)) a que se refiere el Código Ético FIFA en su art. 20 , previsto para otra clase de situaciones, lo cierto es que esta infracción podría generar respuestas disciplinarias (que el propio Código Ético prevé) pero en sí misma no afecta a la libre competencia que se insiste una vez más, es la única perspectiva que ahora interesa.

-En cuarto lugar, ya se ha indicado que la interpretación de las cláusulas del contrato con DIS (que no convierten desde luego al jugador en un "colaborador de DIS", como pretende esta parte), resultan ajenas a esta causa y deben ser analizadas en otro contexto y jurisdicción. Nada tiene que ver con la alteración de las reglas del mercado haber informado o no a DIS cualquier propuesta que recibiera en relación a su traspaso. O las cláusulas de contenido indeterminado e impreciso (deber de no buscar su liberación gratuita, obligación de "estar absolutamente comprometido)) con el contrato, y singularmente el compromiso de "asegurar a DIS una compensación económica adecuada"). Todas ellas se corresponden con acuerdos ínter partes, ajenos por completo al objeto de esta causa y, desde luego, sin incidencia alguna en la competencia justa del mercado de fichajes.

El único punto restante, entonces, es determinar si el FCB al ofrecer y Argimiro al aceptar, la cantidad de 40 millones de euros por el fichaje del jugador, habrían incumplido su deber de no competir deslealmente en el mercado de fichajes, mediante el ofrecimiento de beneficios o ventajas injustificadas que dejen al resto de clubes competidores en situación de desigualdad, alterando de esta manera el libre mercado del fichaje de futbolistas.

La razón residiría en que cualquier club que hubiera querido realizar una oferta realista por el jugador con visos de ser aceptada, sabía que debía elevarla en 40 millones de euros, correspondientes a la penalización que Argimiro se había comprometido a abonar al FCB por el contrato de 15.11.2011. Entonces, con estos contratos se habría introducido una "barrera de entrada" para los clubes competidores en el fichaje de Argimiro , de 40 millones de euros libres de impuestos, equivalentes a 53.025.004€, que habría alterado las reglas de la libre competencia.

Esta afirmación, sin embargo, no puede sostenerse por las siguientes razones:

1. En primer lugar, los montos de los traspasos de jugadores profesionales de este nivel fluctúan extraordinariamente en el tiempo. En el caso de Argimiro , el propio SFC le firmó sucesivos contratos subiendo la multa rescisoria de 30 a 65 millones de euros en apenas un año y medio (de 10.02.2010 a 07.11.2011). Aunque la cantidad de 40 millones de euros puede parecer y es extraordinariamente alta, en el mundo de los fichajes de superestrellas del fútbol no es una cantidad descabellada que impida el acceso al mercado a los clubes que pueden permitirse pujar en estas operaciones, máxime cuando se integra en los paquetes de contratos de toda índole que engloban estos traspasos.

Un segundo ejemplo es el propio valor de transferencia de Argimiro . DIS pagó 5.500.000R\$ el día 06.03.2009 por el 40% de sus derechos económicos, y el SFC vendió el 30.11.2010, es decir, un año y ocho meses más tarde, el 5% de los derechos económicos por 3.549.000R\$.

2. En segundo lugar, el propio FCB, cuando decidió adelantar su fichaje a 2013, debió pagar a Argimiro otros 19.775.000€ por distintos conceptos (además de los 40 millones de euros ya comprometidos). No lo hizo por mera generosidad, sino porque había un cierto riesgo de que, pese a todo, el fichaje no se produjera y se marchara a otro equipo. Parece que no era tan evidente e inevitable que Argimiro fichara por el FCB, pues de



ser así no habrían elevado la oferta. Es claro, por tanto, que la barrera de entrada que refieren DIS y FAAP era muy relativa y que había ofertas de otras entidades deportivas que asumían tales pagos.

3. En tercer lugar, el precio del traspaso a abonar a SFC era también muy variable con el paso del tiempo. La cuestión no era tan simple como sumar 65 millones de euros de multa rescisoria y 40 millones de euros de compensación para abonar la multa de Argimiro con el FCB, lo que situaría el monto del traspaso en una cantidad inasumible. De hecho, todos coinciden en que en mayo de 2013 el importe de los derechos federativos de Argimiro era ya muy inferior a 65 millones de euros, visto que apenas quedaba un año para que se terminara el contrato con SFC, y apenas seis meses para que Argimiro pudiera negociar abiertamente con otro club.

4. En cuarto lugar, no debe olvidarse que Argimiro era libre para aceptar o no el traspaso a cualquier club, FCB incluido (de hecho exigió al propio FCB el abono de otros casi 20 millones de euros adicionales para aceptar el fichaje en 2013). No existe pues un mercado libre, transparente y perfecto de fichajes a la mejor oferta, como se pretende. Existe de hecho un sinfín de elementos y de partes con voluntad propia que deben tomarse en consideración.

5. En quinto lugar, finalmente, una vez más debe indicarse que, pese a todo lo que las partes alegan, lo cierto es que el SFC autorizó a Argimiro a negociar y concretar la transferencia, siempre que se respetaran los términos del contrato y tuviera lugar a partir de 2014, por lo que el SFC pudo saber, o al menos debió prever, que Argimiro podría haber "concretizado su transferencia" para 2014 y que, por tanto, podía estar ya comprometido con otro club.

QUINTO.-En relación con el delito de estafa simulada, las acuaciones imputan el delito a Agapito , Alexander , FCB, Calixto y SFC, extendiendo esta figura delictiva a los contratos que se firmaron entre ambos clubes para supuestamente defraudar los derechos de DIS a percibir su parte correspondiente del importe de los derechos económicos derivados de la transferencia de los derechos federativos. Tales contratos fueron:

-El Convenio de colaboración en materia de fútbol base y reconocimiento de derechos sobre jugadores, de 25.07.2013, por importe de 7.900.000€;

-El Acuerdo para disputar un partido amistoso entre el FCB y el SFC organizado por este club en Brasil, firmado el 31.05.2013, que generaría 4.500.000€ al SFC; y, eventualmente,

-El Acuerdo por el que el FCB abonaría a SFC 2 millones de euros en el caso de que Argimiro fuera elegido uno de los tres finalistas a mejor jugador del año por la FIFA, mientras fuera miembro de la plantilla del FCB, contingencia ya producida.

Desde la perspectiva del Fiscal, estos contratos no tenían otra finalidad que abonar el FCB al SFC los derechos económicos derivados del traspaso de los derechos federativos, aunque sólo se denominó así el primero de los contratos, mientras que los otros eran meras simulaciones para ocultar el objeto real, de tal manera que así el SFC no tuviera que abonar a los partícipes de los derechos económicos de los derechos federativos la parte que les correspondía.

La posición de DIS-FAAP es más amplia. Considera que, además de los anteriormente citados, también son contratos simulados los contratos de Sao Paulo de 15.11.2011 de transferencia futura del jugador por 40 millones de euros, y de Barcelona de 06.12.2011 de préstamo-anticipo de 10 millones de euros.

En el caso de los contratos de 2011, porque la causa real de los contratos simulados era la fraudulenta disposición por N&N y adquisición anticipada por el FCB de los derechos federativos y económicos del jugador en fraude de sus titulares reales y del resto de clubes interesados en su fichaje, y el fraudulento anticipo de 10 millones de euros concedido por el FCB a N&N por aquellos derechos federativos y económicos que no podía transmitir ni recibir nada por ellos por carecer de su titularidad.

En caso de los contratos de 2013, porque la causa real de ambos contratos suscritos por SFC y FCB, era percibir y abonar, respectivamente, el 55% del valor de los derechos económicos titularidad del SFC sobre la transferencia de Argimiro en 2011, es decir, 11SU parte11 de los 40 millones de euros comprometidos con Argimiro por el FCB.

SEXTO.-En realidad, los contratos o convenios celebrados entre el FCB y SFC contienen una serie de acuerdos adoptados entre ambas entidades deportivas, que suelen ser habituales en el ámbito futbolístico y tienen un contenido técnico y económico específico y propio.

En relación con los contratos celebrados en 2011, el Fiscal no los considera subsumibles en el tipo penal de estafa simulada. DIS-FAAP sí, porque su causa real habría sido la disposición de los derechos federativos y económicos del jugador en fraude de sus titulares reales y del resto de clubes interesados en su fichaje.



Una vez más debe indicarse que el objeto de la causa no es determinar si estos contratos causaron un perjuicio a DIS -FAAP, o si la firma de estos contratos de noviembre y diciembre de 2011 dejaron sin contenido económico y por tanto irrespetaron las obligaciones contractuales asumidas con DIS por Argimiro y su padre Benedicto .

Y esto porque, como se ha indicado anteriormente, la interpretación de este contrato queda fuera de las márgenes de esta causa penal, no constituyendo su objeto:

-Si los contratos de 2011 implicaban compromisos contradictorios y por tanto incompatibles con los asumidos por el jugador y su padre en su contrato de 2009 con DIS;

-Si al firmar en 2011 estos contratos Argimiro y su padre Benedicto estaban deshonrando los deberes derivados del contrato de 2009 con DIS;

-Si estaban vaciando de contenido económico el contrato de 2009, forzando al SFC a no poder transferirle más que al FCB (lo que desconocería que, en cualquier caso y circunstancia, el jugador era siempre libre de decidir consentir o no cualquier traspaso, sin que el contrato con DIS restringiera esta capacidad de decisión);

-Si estaban vaciando de contenido económico el contrato de 2009, buscando el jugador quedarse libre, afirmación que en todo caso está ignorando u ocultando que el propio contrato contemplaba previsiones de contenido económico para el caso de que Argimiro no fuera traspasado y quedara libre -lo que se podía producir, además, por falta de voluntad de Argimiro pero también por causas ajenas a su voluntad, por falta de voluntad del SFC o por falta de acuerdo en las condiciones entre los clubes y el jugador-.

-En particular, si existía una contradicción insalvable, generadora de responsabilidad contractual, entre la cláusula 5ª del contrato de 03.06.2009, que obligaba al jugador y a su padre a "no buscar su liberación gratuita, mediante cualquier medio, del contrato mantenido con SFC, puesto que tal hecho causará grave perjuicio financiero a DIS", y la cláusula 5ª del contrato de 15.11.2011, por la que Argimiro se obligaba conjuntamente con el FCB a llevar a cabo precisamente "cuantas actuaciones sean necesarias o convenientes tendentes a que se produzca dicha condición de free agent".

-Si en definitiva, por estas razones debe Argimiro compensar a DIS por los perjuicios sufridos por esta sociedad.

Todas estas cuestiones deben ventilarse ante otra jurisdicción.

Igual ocurre, como también se ha indicado, con la vertiente ética, o ético-deportiva, relativa tanto a la concurrencia de estos contratos así como, en particular, a la coincidencia temporal entre la recepción de 10 millones de euros y el partido de la final del Campeonato del Mundo de clubes.

Por otra parte, tampoco es objeto de esta causa la naturaleza de los pagos comprometidos en esos contratos, es decir, el pago de 40 millones de euros que el FCB abonó a Argimiro para asegurar su fichaje posteriormente, en el año 2014, cuando quedara libre, y además, como anticipo, la cantidad de 10 millones de euros que fue abonada ese mismo año. La determinación de si estas cantidades eran remuneración salarial y, por tanto, su régimen fiscal y las obligaciones derivadas de los mismos es, como es conocido, objeto de otra u otras causas penales.

Lo relevante ahora, en definitiva, es únicamente determinar si el eventual perjuicio de terceros, para el caso de producirse, se produjo mediante contratos simulados.

Y no existen indicios de que los contratos referenciados de 2011 fueran contratos simulados.

Como se ha indicado, mediante el contrato de 15.11.2011 el FCB se comprometió a pagar a N&N la cantidad de 40 millones de euros (más el coste fiscal de la operación, que alcanzaba más de 13 millones de euros, más el coste del seguro de lesión permanente, por importe de 269.381,94€), por tres conceptos:

- i. La ejecución a favor del FCB del derecho en exclusiva a designar el nuevo club empleador del jugador a partir de la fecha de finalización de su contrato con SFC;
- ii. Llevar a cabo conjuntamente con el jugador cuantas actuaciones sean necesarias o convenientes tendentes a que se produzca la condición de agente libre;
- iii. Por la adquisición de todos los derechos federativos y económicos del jugador.

Ese mismo día 15.11.2011 Argimiro firmó un manifiesto por el que manifestaba que ratificaba los compromisos del contrato anterior y que se obligaba a responder solidariamente con N&N y frente el FCB, por cualquier obligación de pago para esta última derivada del contrato (y en particular de su cláusula 7.3).

Estos contratos, respetuosos con la carta de autorización que SFC entregó a Gregoria , respetaban también los términos del contrato con SFC, en cuanto únicamente operaban a partir de la fecha de finalización del contrato



con SFC. Por otra parte, su objeto era la adquisición, cuando fuera agente libre, de los derechos federativos y económicos sobre el jugador.

En realidad, estos contratos (como el de anticipo de 06.12.2011 de 10 millones de euros) no ponen de relieve un negocio jurídico sin existencia real alguna (simulación absoluta) o con ocultación del contrato verdadero (simulación relativa). Los contratos eran claros, ciertos y con un contenido real: pagar el FCB a Argimiro y a Benedicto, por medio de N&N, el "transfer" del jugador (es decir, sus derechos federativos y económicos) cuando lo fichara como agente libre en 2014.

De hecho, los propios querellantes mencionan una larga serie de diligencias de investigación que acreditan la existencia real de estos acuerdos y su contenido: el clausulado de los propios contratos y documentos de 15.11.2011, 15.11.2011 y 06.12.2011; la Memoria del ejercicio 2012 del FCB; el Acta de la Asamblea General del FCB de 05.10.2013; y las declaraciones de Agapito, Alexander; Jose Ángel; Germán; Benedicto; Juan Enrique; Adolfo y Antonio.

Y admiten que Argimiro, en definitiva, prefirió aceptar el beneficio ofrecido por el FCB (y los 40 millones libres de impuestos), a cumplir con sus obligaciones y ver cómo el SFC, DIS y TEISA cumplían sus expectativas económicas y percibían legítimamente con su traspaso aquello que les correspondía en virtud de los contratos por él firmados, sorprendiendo así la buena fe del SFC.

Sea o no esto como se indica, y se deriven de tales eventuales incumplimientos responsabilidades civiles o deportivas para Argimiro y sus padres (además de las fiscales), lo cierto es que los contratos de noviembre y diciembre existieron y tenían el objeto que se indicaba en los mismos. De hecho la propia Memoria Anual del FCB reconocía (pág. 178) que a 30.06.2012 el club tenía compromisos firmes de compra a largo plazo por importe de 40.000 miles de euros, y que en relación con este compromiso el club había pagado en 2012 10.000 miles de euros, registrados en el capítulo de anticipos del "inmovilizado intangible deportivo".

SÉPTIMO.-En lo que se refiere a los contratos de 2013, no hay indicios suficientes para poder afirmar la naturaleza ficticia de lo contratado.

1. La cuestión es evidente en relación con el contrato partido amistoso entre el FCB y el SFC organizado por este club en Brasil, en la ciudad de Santos.

En realidad éste era un acuerdo doble, pues comprendía tanto este partido a celebrar en Santos como otro que se llevaría a cabo en Barcelona, y en condiciones equivalentes (cada contrato era gratuito, si bien el club anfitrión en cada caso retenía para sí todos los beneficios generados por su explotación -taquilla, derechos de emisión, publicidad, etc.-). De hecho, el partido de Barcelona se llevó a cabo en el mismo año 2013, con motivo de la celebración del Trofeo Joan Gamper. El partido a celebrar en Santos aún no se ha realizado, estando al parecer ambos clubes en negociaciones para llevarlo a cabo, estando aún dentro del marco temporal previsto en el contrato, pues se estableció que debería desarrollarse mientras el jugador Argimiro fuera jugador del FCB, situación que evidentemente se mantiene.

Lo cierto es que asiste la razón al FCB cuando en su escrito de alegaciones afirma sobre este contrato lo siguiente: "Peculiar contraprestación del FCB al SFC, por cierto, la consistente en que esté juegue un partido amistoso en el campo del FCB, siendo toda la recaudación para este último, y siendo dicha recaudación, junto con los derechos televisivos, previsiblemente muy superior a la que pueda obtener el SFC cuando se juegue -que se jugará- en su estadio el partido concertado".

En estas condiciones, en las que el partido de Barcelona ya se celebró (obteniendo el FCB los beneficios correspondientes), y siendo el plazo de ejecución de la otra parte del acuerdo tan amplio (podía demorarse años), la circunstancia de que el SFC exigiera que el FCB, al tiempo que firmó el contrato, diera una garantía al SFC reconociéndole que si el partido no se celebraba mientras Argimiro era jugador del FCB, este club abonaría al SFC la cantidad de 4.500.000€, resulta absolutamente razonable y no permite deducir que este contrato ocultaba, en realidad, un pago encubierto por los derechos del traspaso del jugador.

Además, la celebración de acuerdos entre clubes para la celebración de partidos amistosos entra obviamente dentro de lo habitual, sin más límites que la disponibilidad de uno y otro, la voluntad de las partes y el aprovechamiento de las oportunidades deportivas o comerciales que aparezcan. Y en este caso, como han manifestado todos los declarantes durante la investigación de la causa, se produjo una buena oportunidad deportiva y una buena ocasión comercial con motivo del traspaso de Argimiro de un club al otro.

El SFC permitió que el FCB obtuviera un importe lucro económico con su participación en el Trofeo Joan Gamper de 2013, y resulta lógico y, por otra parte, equilibrado, que pretendiera garantías de obtener un beneficio equivalente. Este contrato (en realidad los dos acuerdos complementarios de jugar sendos partidos de fútbol), resultaron ser acuerdo comercial natural del giro o tráfico de ambas sociedades deportivas, con beneficios



análogas para ambas partes, sin que, como se indicaba, existan indicios que permita atribuirles un carácter defraudatorio o simulado.

2. La situación es similar en relación con el contrato o convenio de colaboración en materia de fútbol base y reconocimiento de derechos sobre jugadores, que produjo un pago de FCB a SFC de 7.900.000€ (por Julián 3.200.000€; por Lucio 1.800.000€; y por Miguel 2.900.000€).

Como en el caso anterior, la celebración de contratos o convenios de colaboración entre clubes no es inusual en el ámbito futbolístico, como tampoco lo es el resultado incierto de estas operaciones y el éxito y el fracaso que pueden resultar para los contratantes.

En este caso, ambos clubes se obligaron bilateral y gratuitamente a intercambiar su conocimiento y experiencia relativos a las canteras de futbolistas, y establecieron unas normas para ejercitar un derecho de tanteo sobre ciertos jugadores jóvenes del SFC.

La representación de DIS-FAAP alega que este contrato no fue sino una forma de instrumentalizar esa parte del pago encubierto a SFC a cambio de unos derechos de contenido económico incompatible con la cifra abonada, en la medida en que las cantidades pagadas, que ascendieron a 7.900.000€ (i) ni se restarían del precio de la eventual transferencia sobre la que se otorgaba la pretendida "preferencia", (ii) ni otorgaba en verdad más derecho que el de conocer y ser informado de una eventual oferta de un tercer club por esos jugadores y poder igualarla (pago este por una información poco valiosa si se tiene en consideración que los jugadores afectados, que no fueron parte de ese acuerdo, no tenían obligación alguna de aceptar ese mal llamado "derecho de preferencia", ni su eventual traspaso al FCB en las mismas condiciones que hubieran previamente acordado hacerlo con un club de su elección).

Sin embargo, el hecho de que la realización de un traspaso dependa de la confluencia de la voluntad de tres partes (club titular de los derechos, club oferente y jugador) y, en particular, el hecho de que el jugador no tenga obligación de aceptar un traspaso entre clubes por más que las otras dos partes estén de acuerdo, no excluye que sea igualmente necesaria y condicionante la voluntad del club titular de los derechos, tanto en cuanto a la decisión de aceptar el traspaso como en cuanto a su importe y demás condiciones, que no han de ser iguales para todos los clubes y dependen de cada caso concreto. Asegurar unas condiciones determinadas (1 derecho de preferencia del FCB; 2 respeto a las mismas condiciones y precio que ofertara otro club, pudiendo contratar al precio marcado por la oferta del otro club interesado), es un compromiso que tiene en sí mismo un indudable contenido económico y por tanto un costo, sin que pueda afirmarse que sea irrelevante, inexistente o poco valioso. Esto a priori no es posible saberlo y depende de las circunstancias de cada caso. La realidad de este contenido económico, por otra parte, es compatible con que el FCB, por distintas razones, decidiera finalmente no ejercer los derechos adquiridos.

Cuestión distinta de la anterior es que estos contratos no simulados y de contenido real, estuvieran asociados a la transferencia del jugador Argimiro .

Sobre este particular, hay dos elementos indiciarios a tomar en consideración:

-El primero son las afirmaciones realizadas por el FCB en escritos de su representación procesal, que fueron puestas de manifiesto a Agapito en sus declaraciones judiciales, en el sentido de que "estos contratos eran ineludibles para la contratación del jugador", y que junto al contrato de traspaso de derechos federativos (el contrato de los 17.100.000€), se pactaron "acuerdos complementarios".

-El segundo es una de las cláusulas (cláusula 4.2.ii) del convenio de colaboración en materia de fútbol base y reconocimiento de derechos sobre jugadores. Ahí se indica que "en la hipótesis de ejercicio del derecho de preferencia, deberá ser notificado también por escrito, asumiendo los términos y condiciones propuestos por el tercero ofertante (excepto en lo que se refiere a partidos amistosos, cesión de jugadores u otro tipo de compensaciones similares, que podrán ser cuantificadas económicamente".

La representación de DIS-FAAP alega que esta cláusula pone de manifiesto "que las partes están reconociendo la evidencia de que un acuerdo de transferencia de un jugador entre clubes puede comportar también, además evidentemente del pago de la cantidad pecuniaria directamente estipulada por la transferencia misma, la asunción de otras obligaciones de igual contenido económico pero naturaleza diversa. Entre estas últimas están se encuentran muy particularmente tanto los partidos amistosos como las preferencias por jugadores".

La existencia de acuerdos complementarios a la transferencia de un jugador, en materia de partidos amistosos, cesión de jugadores u otro tipo de compensaciones familiares, habitual en este tipo de transacciones futbolísticas con carácter general, admitida por la representación del FCB en este caso concreto en particular, y específicamente prevista para el Convenio de colaboración que nos ocupa en este caso, no permite afirmar,



sin embargo, que estos contratos sean por naturaleza simulados, que no tengan causa ni contenido real, ni que constituyan una estafa que los proyecte sistemáticamente al ámbito criminal.

Lo que implica únicamente es que este tipo de acuerdos son complejos y que habitualmente no se agotan en un simple y único acuerdo de transferencia del jugador, estando este acuerdo principal habitualmente acompañado sino de otros acuerdos adicionales igualmente válidos y dotados de contenido real y prestaciones económicas entre las partes.

Cuestión distinta es analizar e interpretar si estos contratos que forman parte de estos acuerdos globales están tan condicionados por el acuerdo principal (la transferencia de los derechos federativos), que deba considerarse: en primer lugar, que la causa última que los explica y justifica es justo la transferencia; y, en segundo lugar que, en función de lo anterior, la prestación económica fijada en cada uno de los contratos que integra el "paquete" no sólo retribuye su objeto directo sino, además, la propia transferencia.

Sin embargo, una vez constatados que los contratos complementarios tienen existencia real y contenido económico propio y, por tanto, no son contratos simulados y fraudulentos, el determinar si partidos amistosos y derechos de preferencia formaron parte y en qué medida del precio de transferencia del jugador; si la medida de participación proporcional debe ser cuantificada económicamente; y si procede integrar la cantidad resultante (y en qué medida), en el monto total de la transferencia de los derechos federativos, es una cuestión que excede del ámbito de este proceso y que debe ser dilucidado, en defecto de acuerdo entre las partes, ante otras jurisdicciones.

3. HECHOS PUNIBLES POR LOS QUE SE ACUERDA LA APERTURA DEL JUICIO ORAL Y PERSONAS RESPONSABLES

Como se ha indicado anteriormente, la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal, en sus Autos número 545/2016, de 23.09.2016, y 553/2016, de 17.10.2016, resolviendo recursos de apelación interpuestos por las partes contra el Auto acordando el sobreseimiento de las actuaciones dictado por el Juez Instructor, acordó directamente la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado.

En coherencia con esas resoluciones y en cumplimiento estricto de las consecuencias derivadas directa y necesariamente de las mismas, procede acordar la apertura del Juicio Oral en los términos que se expresarán en los siguientes epígrafes de esta resolución.

Así, siguiendo las conclusiones fijadas por la Sección Cuarta de la Sala de lo Penal en sus Autos número 545/2016, de 23.09.2016, y 553/2016, de 17.10.2016, que acordaron directamente la continuación de las actuaciones por los trámites del procedimiento abreviado, los hechos por los que se acuerda la apertura del juicio oral son estrictamente los siguientes:

A) En relación con el delito de corrupción entre particulares:

Argimiro tenía un contrato de trabajo con el SFC, y lo renovó el 07.11.2011 hasta el 13.07.2014, con una cláusula de rescisión de 65.000.000€. Su club le había autorizado a negociar con otros clubes, respetando los términos de su contrato.

Argimiro y su padre Benedicto negociaron y firmaron en 2011 dos contratos con el FCB (representado por Agapito y Alexander)

1º) Un primer contrato firmado el día 15.11.2011 en Sao Paulo (Brasil) entre el FCB (representado por Agapito y Alexander , como presidente y vicepresidente deportivo del FCB, respectivamente); y Argimiro , N&N, representada por Benedicto (padre del jugador y socio propietario al 50% con la madre, Gregoria) y el mismo Benedicto como agente del jugador.

La sociedad N&N CONSULTORIA ESPORTIVA E EMPRESARIAL LTDA se había constituido formalmente en los meses de septiembre a noviembre de 2011, sus propietarios y administradores eran los padres del jugador al 50% (Benedicto y Gregoria), y su objeto social es la "representación, asesoría y participaciones empresariales y deportivas".

El objeto de dicho contrato era plasmar que N&N, que se autoproclamaba titular de los derechos económicos futuros de Argimiro cuando éste adquiriera la condición de free agent, pactaba ceder esos derechos económicos y federativos al FCB para la temporada 2014-2015. Argimiro y N&N se obligaban a rechazar las ofertas de traspaso de otros clubes, y a firmar un contrato laboral con el FCB no más tarde del 31.08.2014, ello en los términos precisos que se pactaban en el contrato de trabajo y en el contrato de imagen ya negociados que se incorporaban como anexos. En caso de incumplimiento del contrato por el jugador, éste debería abonar 40 millones de euros al FCB.



Por su parte, el FCB se comprometía a adquirir tales derechos no más tarde de la fecha indicada 31.08.2014, abonándole 40 millones de euros en concepto de prima de fichaje, y garantizaba al jugador un sueldo mínimo en S años de 36.125.000€ (y así constaba también en el contrato de trabajo que se acompañaba como Anexo).

2º) Un segundo contrato, de 06.12.2011, firmado en Barcelona y que las partes denominaron "de préstamo", siendo firmado por el FCB, representado por Agapito y Germán (vicepresidente económico del club); y N&N, representada por Benedicto , y Argimiro .

El contrato se calificó por las partes "de préstamo", pero no tenía tal naturaleza, pues se entregaba por el FCB a N&N la cantidad de 10 millones de euros, sin intereses ni garantía de ningún tipo y a amortizar cuando se formalizara el contrato laboral con el jugador. En realidad, mediante este contrato se formalizaba el pago por el FCB a N&N de 10 millones de euros en concepto de remuneración anticipada del jugador para garantizar el fichaje por el FCB en el año 2014.

La cantidad estipulada de 10 millones de euros se ingresó por el FCB en la cuenta corriente de N&N en Sao Paulo el día 09.12.2011. Los restantes 30 millones de euros se abonaron conforme a lo previsto en estos acuerdos: 2S millones de euros, el 16.09.2013, que se ingresaron en una cuenta corriente de N&N en Sao Paulo (Brasil); y 5 millones de euros, el 30.01.2014, que también se ingresaron en una cuenta corriente de N&N.

La consecuencia de la firma de estos contratos, estima la Sala, pudo ser ["la presunta comisión del delito de corrupción entre particulares por cuanto, mediante la firma de estos contratos se alteró el libre mercado del fichaje de futbolistas porque, como se ha indicado, si Argimiro incumplía el contrato, debía abonar no sólo los 40.000.000 euros, sino los otros 10 anticipados e ingresados en la sociedad N&N"].

El FCB no tenía implementado en 2011 sistema alguno de cumplimiento penal y prevención de delitos. El club tenía establecido un sistema elemental previo a la firma de cualquier contrato y a su autorización o validación por la Junta Directiva: se generaba un expediente en el que se incorporaban los informes de los departamentos concernidos. El expediente tenía una carátula en la que los responsables de los referidos departamentos (generalmente deportivo, legal, financiero y dirección general), iban estampando sus firmas en señal de validación del avance del proceso, sin que pudiera firmarse el contrato o aprobarse o ratificarse por la Junta Directiva sin el previo Visto Bueno de los responsables.

En este caso no consta que se siguiera este procedimiento. Tampoco la firma de los contratos antes mencionados fue sometida previamente a la aprobación de la Junta Directiva o a su posterior ratificación.

B) En relación con el delito de estafa:

En el año 2013, Agapito y Alexander , tras reunirse en febrero con el entonces entrenador del primer equipo de fútbol, decidieron de común acuerdo anticipar el fichaje de Argimiro a ese mismo año, por razones deportivas y ante las perspectivas de que el jugador no asumiera el compromiso pactado y se incorporara a otro club.

Esta decisión la tomaron Agapito y Alexander sin contar con la autorización de la Junta Directiva del FCB. Tampoco consta que Agapito , como presidente de la entidad, diera cuenta posteriormente a la Asamblea de socios celebrada en octubre de 2013.

La decisión de anticipar la contratación de Argimiro implicaba, al tener que rescindir el contrato del jugador con el SFC, en vigor hasta el 13.07.2014, que el FCB tenía que adquirir a este club los derechos federativos. Para ello, FCB y SFC suscribieron un contrato de transferencia definitiva de derechos federativos y económicos de Argimiro , de 31.05.2013. en el que el precio del traspaso se fija en 17.100.000€. Este contrato fue firmado por el SFC (representado por Jose Miguel y Calixto) y el FCB (representado por Agapito y Alexander). También lo firmó el jugador, Argimiro , y su agente, Benedicto . En esa época la dirección ejecutiva del SFC la ejercía Calixto . DIS recibió el 40% de los 17.100.000€ establecidos como precio de la transferencia de derechos federativos, es decir, 6.840.000€.

Junto a éste documento, firmaron además otros tres contratos:

1º) Un Anexo independiente en el que se establece que si por sentencia o laudo arbitral se estableciera que la cantidad que correspondiera a DIS fuera superior a 6.840.000€, el FCB y el SFC se obligaban a abonar el exceso por mitad. Dicho Anexo fue firmado el mismo día del contrato, 31.05.2013, por el SFC (representado por Jose Miguel y Calixto) y el FCB (representado por Agapito y Alexander).

2º) Un Acuerdo para disputar un partido amistoso entre el FCB y el SFC organizado por este club en Brasil, firmado el 31.05.2013, de carácter gratuito. Este contrato también fue firmado por el SFC (representado por Jose Miguel y Calixto) y el FCB (representado por Agapito y Alexander). Sin embargo, al margen del contrato Agapito y Alexander remitieron el mismo día 31.05.2013 una carta al presidente del SFC reconociéndole que



si el partido no se celebraba mientras Argimiro era jugador del FCB, este club abonaría al SFC la cantidad de 4.500.000€. El partido aún no se ha celebrado.

3º) Un Convenio de colaboración en materia de fútbol base y reconocimiento de derechos sobre jugadores, de 25.07.2013. en el que el FCB solicita desde dicho momento el derecho de preferencia sobre tres jugadores del SFC en el caso de que fueran transferidos a otros clubes, siendo el precio de tales derechos de preferencia en total 7.900.000€. Este contrato fue firmado por el SFC (representado por Jose Miguel y Calixto) y el FCB (representado por Agapito y Alexander). Esta cantidad se debía pagar a la fecha de firma de este Convenio, el día 25.07.2013. El FCB finalmente no ha ejercido el derecho de adquisición de los tres jugadores a pesar de haber abonado la cantidad.

La firma de estos contratos, según estima la Sala, pudo obedecer ["a una simulación consciente y urdida para la comisión de la estafa"].

4. RAZONAMIENTOS JURIDICOS

4.1 CONTEXTO LEGAL Y JURISPRUDENCIAL

Dispone el artículo 783.1 LECrim que, solicitada la apertura del juicio oral por el Ministerio Fiscal o la acusación particular, el Juez debe acordarla, salvo en los supuestos en que estime procedente el sobreseimiento, debiendo resolver al mismo tiempo sobre las medidas cautelares procedentes, tanto respecto de los acusados como de los bienes de las personas eventualmente responsables civiles.

El Auto de apertura de juicio oral supone entonces un juicio del Instructor en el que decide si en la imputación de hechos existe materia delictiva para abrir el juicio o por el contrario es procedente acordar el sobreseimiento. En el primer caso ha de concretar los hechos que se atribuyen a determinados sujetos, previamente imputados, los cuales han de estar igualmente designados, y contra los que pueden acordarse las pertinentes medidas cautelares (STS 513/2007, de 19.06).

En este juicio de racionalidad sobre la existencia de motivos bastantes para el enjuiciamiento, actúa el Juez, como dice la STS 559/2014, de 08.07 , "en funciones de garantía jurisdiccional, pero no de acusación". Su finalidad es valorar la consistencia de la acusación con el fin de impedir imputaciones infundadas (ATS 23.10.2014 y STS 239/2014, de 01.04), impidiendo el acceso a la fase del plenario, tanto de las acusaciones infundadas porque el hecho no sea constitutivo de delito, como de aquellas otras en que no hayan existido indicios racionales de criminalidad contra las personas acusadas. Sin embargo, la jurisprudencia no le ha reconocido a dicho Auto una función decisiva de determinación positiva del objeto del proceso (SSTS 435/2010, de '3.05 y 239/2010, de 01.04).

Recuérdese que el contenido delimitador que tiene el Auto de transformación para las acusaciones se circunscribe a los hechos allí reflejados y a las personas imputadas, no a la calificación jurídica que haya efectuado el Instructor, a la que no queda vinculada la acusación sin merma de los derechos de los acusados (STS 559/2014, de 08.07), porque como recuerda la STC 134/86 , "no hay indefensión si el condenado tuvo ocasión de defenderse de todos y cada uno de los elementos de hecho que componen el tipo de delito señalado en la sentencia". Por lo tanto, la calificación jurídica que se efectúe por la acusación en su escrito de conclusiones provisionales, no debe seguir sic et simpliciter y de forma vicarial la contenida en el Auto de transformación a procedimiento abreviado. Como indica la STC de 30.09.2002 , "antes bien, con la única limitación de mantener la identidad de hechos y de inculpados, la acusación, tanto la pública como las particulares son libres de efectuar la traducción jurídico-penal que estiman más adecuada". En definitiva, la calificación o juicio anticipado y provisional sobre los hechos que van a constituir el objeto del juicio ulterior que contiene esta resolución sólo tiene por objeto determinar el procedimiento a seguir y el órgano judicial ante el que debe seguirse, sin mayores vinculaciones para las acusaciones.

Por eso, según se lee en SSTS 251/12, de 04.04 y 1532/2000, de 09.10 , "la falta de inclusión expresa de un delito en el Auto de transformación no impide que pueda ser objeto de acusación, siempre que el hecho correspondiente hubiera formado parte de la imputación formulada en su momento, de modo que el afectado por ella hubiese podido alegar al respecto y solicitar la práctica de las diligencias que pudieran interesarle".

Por todo ello, como se indicaba, cuando el Juez decide abrir el juicio oral, la resolución en que así lo acuerda no define el objeto del proceso ni delimita los delitos que pueden ser objeto de enjuiciamiento (STS 66/2015, de 11.02) ni supone vinculación alguna respecto de los hechos imputados, pues éstos y aquellos deben quedar concretados inicialmente en los escritos de conclusiones provisionales;;de las partes acusadoras y, finalmente, tras la celebración de la vista oral, en las conclusiones definitivas (STS 513/2007, de 19.06). En el procedimiento penal abreviado es a través de los escritos de acusación con los que se formaliza e introduce la



pretensión punitiva con todos los elementos fácticos y jurídicos. Mediante esas conclusiones se efectúa una primera delimitación del objeto del proceso, que queda taxativamente fijado en las conclusiones definitivas.

De este modo, como indica la STS 1049/2012, de 21.12, se acepta la "posibilidad de un enjuiciamiento ajustado a los parámetros constitucionales definitorios del proceso justo sin indefensión, en casos en los que el Auto de apertura del juicio oral no contiene una mención expresa de los hechos que delimitan el objeto del proceso". Lo que resultará indispensable es que "el conocimiento por el encausado del alcance objetivo y subjetivo de la imputación quede fuera de cualquier duda".

Por su parte, y en relación con los delitos, la STS 1652/2003, de 02.12, citaba la Sentencia 5/2003, de 14.01, para recordar que "el Auto de apertura del juicio oral, que cumple en el procedimiento abreviado un papel similar al del Auto de procesamiento en el ordinario, no condiciona los delitos concretos objeto de enjuiciamiento; que sí vienen determinados por los escritos de acusación". También, en la STS nº 1027/2002, de 03.06, se decía que el Auto de apertura del juicio oral "... en modo alguno viene a condicionar los delitos concretos objeto de enjuiciamiento".

La función del instructor de supervisión y control de las acusaciones, en realidad, se produce más mediante juicios negativos. En los casos en que se deniega la apertura del juicio oral es cuando esta resolución alcanza su verdadero significado. Así:

-Si el Juez de instrucción, en el Auto por el que acuerda la apertura del juicio oral, omite, sin acordar expresamente el sobreseimiento, un delito por el que una de las partes acusadoras formuló acusación, ello no vincula al órgano de enjuiciamiento, que deberá celebrar el juicio oral respecto de todos los hechos, con sus calificaciones, contenidos en los escritos de acusación. La parte acusada no podrá alegar indefensión ni vulneración del derecho a ser informado de la acusación, pues el art. 784 LECrim prevé que, abierto el juicio oral, se emplazará al imputado con entrega de copia de los escritos de acusación por lo que tendrá pleno conocimiento de la imputación contra él formulada, tanto en su contenido fáctico como jurídico.

-Si el instructor abre el juicio oral respecto de unos delitos y sobresee expresamente respecto de otros, las partes acusadoras podrán interponer los pertinentes recursos contra la parte del Auto que acordó el sobreseimiento. Esta declaración expresa y formal del sobreseimiento contenida en el Auto de apertura, una vez que alcance firmeza, producirá efectos vinculantes para el juicio oral.

Sólo en los supuestos en los que la resolución excluya expresamente un determinado hecho o un determinado delito puede reconocerse eficacia configurativa negativa al Auto de apertura. En lo demás, la resolución sólo sirve para posibilitar que el procedimiento siga adelante, después de valorar la consistencia de la acusación, y para señalar el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa, pero no fija los términos del debate ni en los hechos ni en su calificación jurídica. En este sentido STC 310/2000 y, por todas, ATS 342/2014, de 08.05 y STS 655/2010, de 13.07, con las allí citadas SSTs de 20.03 y 23.10.2000; 26.06.2002; 21.01.2003; 27.02 y 16. 11.2004; 28.01 y 22.09.2005; y 13.07.2006.

4.2 APERTURA DEL JUICIO ORAL

A la vista de los escritos de acusación formalizados por el MINISTERIO FISCAL y la acusación particular, y siguiendo las directrices fijadas por la Sala, procede acordar la apertura de juicio oral y tener por dirigida la acusación contra las 9 personas relacionadas en el epígrafe 1.3 de esta resolución.

En el Auto de transformación de las diligencias en procedimiento abreviado de fecha 03.11.2016, se indicaba que la Sección Cuarta de lo Sala de lo Penal ha considerado en sus resoluciones en sus Autos número 545/2016, de 23.09.2016, y 553/2016, de 17.10.2016, que los indicios de criminalidad que sustentan la anterior imputación (y por tanto, ahora, la apertura del juicio oral), son los siguientes:

A. En cuanto al delito de corrupción ente particulares.

["Hay delito de corrupción entre particulares por cuanto: 1.-El SANTOS FC, al que pertenecía el jugador hasta el 13 de julio de 2014, desconocía el acuerdo en cuestión, ya que ni su jugador, ni, especialmente el club adquirente de los derechos de transmisión se lo habla comunicado. 2.-La mercantil DIS, que habla adquirido el 40% de los derechos económicos derivados de los derechos federativos de Argimiro, tampoco conoció el traspaso pactado. 3.-Se infringió el artículo 18.3 del Reglamento sobre el Estatuto y la transferencia de jugadores de la FIFA que impide a un futbolista negociar con otro club su traspaso, salvo cuando le queden, como mínimo, 6 meses y, en el presente supuesto se deduce que Argimiro estaba vinculado con el SANTOS FC. hasta mediados de julio de 2014. 4.-La citada infracción, aunque ciertamente el referido Estatuto establece que merecerá la correspondiente sanción, no quiere decir que pueda acarrear consecuencias mayores, incluso de índole penal, pues su infracción permitió, presumiblemente, la conculcación de una infracción de mayor calado que es objeto de discusión en estas actuaciones. 5.-Y, a mayor abundamiento de esa presumible comisión del



delito, deberla añadirse el resultado de otro documento obrante en las actuaciones, consistente, en la oferta que realizó el REAL MADRID al SANTOS FC, en el año 2013, por el traspaso de los derechos federativos de Argimiro , por 36.000.000 euros, es decir, más del doble de la cantidad ofertada por el FC. BARCELONA"].

La Sala considera que ["la consecuencia de todo ello... es la presunta comisión del delito de corrupción entre particulares por cuanto, mediante la firma de los contratos, se alteró el libre mercado del fichaje de futbolistas porque, como se ha indicado, si Argimiro incumplía el contrato, debía abonar no sólo los 40.000.000 euros, sino los otros 10 anticipados e ingresados en la sociedad N&N"].

B. En cuanto al delito de estafa impropia.

La Sala considera que existen ["otros contratos que el juez a quo tilda de habituales en el mundo futbolístico, pero en los que este tribunal aprecia indicios de simulación consciente y urdida para la comisión de la estafa"]. Tales contratos y los indicios correspondientes son:

["A) En un primer momento, en otro contrato del propio 31.05.2013, que tiene por objeto disputar un partido amistoso entre el CF. BARCELONA y el SANTOS FC., de carácter gratuito, en el que expresamente se pactaba que si el contrato no se celebraba mientras Argimiro era jugador del FC. BARCELONA, este club abonarla al SANTOS FC. la no despreciable cantidad de 4.500.000 euros.

A través de este contrato, puede desprenderse, sin dificultad, de una parte, el desconocimiento de los derechos a favor de DIS y, de otra, la vinculación de este pacto al fichaje del jugador acabado de realizar. Por cierto, las partes reconocen que, a día de hoy, este contrato amistoso no se ha celebrado.

B) En otro pacto del propio 31.05.2013, que figura como Anexo del ya comentado y, respecto del que la parte recurrente asegura que no fue entregado por el CF. Barcelona cuando el juzgado le requirió los contratos del fichaje de Argimiro , sino que fue puesto a disposición judicial por la firma auditora, contrato en el que, sobre la premisa de haberse pactado el fichaje de Argimiro entre el CF. BARCELONA y SANTOS FC. por importe de 17.000.000 euros, ambas partes prevén que, si por sentencia judicial o laudo arbitral se fija un precio superior, ambos clubes, pagaran el exceso por mitad. Cláusula que parece evidenciar que los contratantes ya preveían que el importe del fichaje pactado pudiera ser rebasado por otro club.

C) En un momento posterior, concretamente a través del acuerdo de 25.07.2013, en el denominado convenio de colaboración en materia de fútbol base y reconocimiento de derecho sobre jugadores, cuando el CF. BARCELONA asume la cantidad de 7.900.000 euros por un derecho de preferencia sobre tres jugadores del SANTOS FC, contrato, este último, que según la testifical practicada estaba indisolublemente ligado a la adquisición de los derechos de Argimiro . y que tampoco ha sido cumplido por parte del obligado al pago"].

La apertura del juicio oral se realiza por si los hechos a ellos imputados pudieren ser constitutivos, en los respectivos casos que han quedado mencionados, de los delitos que siguen:

1.-Un delito de corrupción en los negocios de los arts. 286 bis (redacción de la LO 5/2020) y 288 CP (redacción de la LO 3/2011).

2.-Un delito de estafa impropia de los arts. 251.3 y 251 bis CP (modalidad de simulación contractual).

4.3 RESPONSABILIDADES PECUNIARIAS

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 589, de aplicación al Procedimiento Abreviado conforme al artículo 758, y en el artículo 783.2, todos LECrim , desde que resulten indicios de criminalidad contra una persona, se mandará que preste fianza bastante para asegurar las responsabilidades pecuniarias que en definitiva puedan declararse procedentes, decretándose el embargo de sus bienes en cantidad suficiente para asegurar dichas responsabilidades si no se prestare la fianza exigida, resolviéndose al acordar el Juez de Instrucción la apertura del juicio oral sobre la adopción, modificación, suspensión o revocación de las medidas interesadas por el Ministerio Fiscal o la acusación particular en relación con las personas acusadas.

1. Responsabilidades civiles

En relación con la indemnización que pudiera declararse procedente en caso de prosperar las tesis acusatorias, y a los limitados efectos de fijar ahora las responsabilidades pecuniarias, se estará a las tesis postuladas por el Fiscal en su escrito de acusación.

De acuerdo con el planteamiento acusatorio fiscal, el fondo DIS recibió el 40% de los 17.100.000€ establecidos como precio de la transferencia de derechos federativos, es decir, 6.840.000€. Sin embargo, considera que la cantidad del traspaso de los derechos federativos de Argimiro del SANTOS FC al FC BARCELONA ascendió a 25.171.000€, siendo por tanto el porcentaje que le correspondía a DIS de 10.068.400€. En consecuencia, el fondo DIS debería ser indemnizado en la cantidad de 3.228.400€. A FAAP habría correspondido el 0,8% de



la indicada cantidad, es decir, 201.368€. Estas cantidades, que suman un total de 3.429.768€, deberán ser aseguradas conjunta y solidariamente por los acusados Agapito , Alexander , Calixto , FCB y SFC.

No se tomarán en consideración, sin embargo, las cantidades propugnadas por la acusación particular, que pretende incluir en este proceso la liquidación que considera más oportuna de todas las relaciones contractuales que DIS ha mantenido a lo largo de los años con Argimiro , su familia y sus empresas:

-Entre ellas, en primer lugar, incluye la liquidación que le parece más apropiada de las cláusulas pactadas en los contratos suscritos por DIS con SFC y Argimiro con fecha 06.03.2009. Como se ha indicado anteriormente, estos contratos están simplemente fuera del objeto del proceso, evidenciando la mera propuesta de la acusación particular su intención de instrumentalizar el proceso penal para plantear exigencias que debieran ventilarse en otras jurisdicciones.

-En segundo lugar, suma también otra cantidad millonaria sobre la cláusula de rescisión de 65 millones de euros estipulada en el contrato laboral del jugador con el SFC vigente en la fecha de los hechos. La razón de ser la sitúa la acusación particular en que este precio es el que le parece a DIS que debiera haber sido el precio, como mínimo, del traspaso del jugador. La petición carece de consistencia, visto que es evidente que el traspaso del jugador en ningún caso se produjo en tales términos. De hecho, la propia acusación particular afirma en otras partes de su escrito cuál considera que es la cantidad (el "precio real") por el que considera que se produjo la transferencia.

2. Multas

Por su parte, en relación con las multas, a los limitados efectos de fijar ahora las responsabilidades pecuniarias se partirá también de las tesis postuladas por el Fiscal en su escrito de acusación. Las pretendidas por la acusación particular resultan absolutamente inaprovechables por las mismas razones antes mencionadas.

En lo que se refiere a las personas físicas, el Fiscal solicita, en lo que ahora interesa, la imposición de multa de diez millones de euros por delito de corrupción en los negocios. El art. 286 bis prescribe para este delito pena de multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja. Pero también dispone que los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, puedan reducir la pena de multa a su prudente arbitrio.

Según se ha indicado antes, la cuantía del beneficio ha ascendido en este caso a 3.429.768€. En términos absolutos esta cantidad es sin duda elevada, pero no lo es en términos relativos, en el contexto de la operación que tuvo lugar entre las partes con motivo del traspaso del jugador. No se olvide que la reclamación que DIS/FAAP hacen con carácter principal en concepto de responsabilidad civil derivada de este delito, asciende a 20.211.360€; que la reclamación total que están haciendo, asciende a 38.978.660,51€; y que estas cantidades no dejan de ser porcentajes (40.8%) del total en que ellos cifran la operación económica que, en consecuencia, es mucho mayor. Así pues, el beneficio obtenido, unos tres millones y medio de euros, no deja de ser una pequeña fracción del monto total movilizado en esta relación.

Estas razones llevan a considerar que es razonable y prudente fijar en 50.000€ la cantidad que puede resultar procedente en este caso en concepto de multa, para el hipotético caso de condena, por lo que ésta será la cantidad que deberá asegurarse a efectos de cubrir las eventuales responsabilidades pecuniarias.

Por su parte, en lo que se refiere a las personas jurídicas:

-En relación con el delito de corrupción en los negocios, la cantidad correspondiente a FCB y N&N se fija en 7.200€ (dos años de multa, a razón de 10 euros/día).

-En relación con el delito de estafa, la cantidad defraudada, de acuerdo con la tesis fiscal, ascendería a 3.228.400€. Por las mismas razones expuestas anteriormente se considera suficiente el aseguramiento de esta cantidad.

En definitiva, las responsabilidades pecuniarias que deben ser cubiertas son las siguientes:

-[1] Agapito , [2] Alexander , [3] Argimiro , [4] Benedicto y [5] Gregoria deben asegurar, cada uno de ellos, la cantidad de 66.666€ (50.000€ más 1/3), para cubrir las responsabilidades que pudieran resultar procedentes en concepto de multa.

-[7] FUTBOL CLUB BARCELONA, debe asegurar la cantidad de 4.314.133€, (3.228.400€ más 7.200€ más 1/3), para cubrir las responsabilidades que pudieran resultar procedentes en concepto de multa.

-[8] N&N CONSULTORIA ESPORTIVA E EMPRESARIAL LTDA debe asegurar la cantidad de 9.600€ (7.200€ más 1/3), para cubrir las responsabilidades que pudieran resultar procedentes en concepto de multa.



-[9] SANTOS FUTEBO CLUBE debe asegurar la cantidad de 4.304.533€, (3.228.400€ más 1/3), para cubrir las responsabilidades que pudieran resultar procedentes en concepto de multa.

-Finalmente, [1] Agapito , [2] Alexander , [6] Calixto , [7] FUTBOL CLUB BARCELONA y [9] SANTOS FUTEBO CLUBE deben asegurar conjunta y solidariamente la cantidad de 4.513.024€ (3.429.768€ más 1/3), para cubrir las responsabilidades que pudieran resultar procedentes en concepto de responsabilidades civiles:

4.4 ORGANISMO COMPETENTE PARA ENJUICIAMIENTO

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 786.2, párrafo segundo LECrim , en la resolución abriendo el juicio oral debe señalarse el órgano competente para el conocimiento y fallo de la causa y, en este caso, en atención a la pena pedida procede señalar órgano competente para el conocimiento y enjuiciamiento de la causa al Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional.

4.5 EMPLAZAMIENTO DE LAS PARTES

En cuanto al emplazamiento a las personas acusadas, se deberá estar a lo dispuesto en el artículo 784.1 LECrim . En tal sentido, debe acordarse el traslado de los escritos de acusación a los acusados, habilitándoles, en su caso, de la defensa y representación correspondiente.

5. PARTE DISPOSITIVA

ACUERDO:

PRIMERO.-Se decreta la apertura del Juicio Oral respecto de los hechos objeto de esta causa que se indican en el Razonamiento Jurídico 3 de esta resolución, y se tiene por formulada la acusación contra las personas que a continuación se expresan:

PERSONAS ACUSADAS

[1] Agapito

[2] Alexander

[3] Argimiro

[4] Benedicto

[5] Gregoria

[6] Calixto

[7] FUTBOL CLUB BARCELONA

[8] N&N CONSULTORIA ESPORTIVA E EMPRESARIAL LTDA

[9] SANTOS FUTEBO CLUBE Por si tales hechos pudieran constituir los siguientes delitos:

1. Delito de corrupción en los negocios de los arts. 286 bis (redacción de la LO 5/2020) y 288 CP (redacción de la LO 3/2011) [1], [2], [3], [4], [5], [7] y [8].

2. Delito de estafa impropia de los arts. 251.3 y 251 bis CP (modalidad de simulación contractual) [1], [2], [6], [7] y [9].

SEGUNDO.-En razón de las penas que en abstracto establece el Código Penal para cada uno de los supuestos delitos por los que se abre el juicio oral, el Órgano competente para su enjuiciamiento es el Juzgado Central de lo Penal de la Audiencia Nacional.

TERCERO.-Notifíquese la presente resolución a las partes personadas a través de la representación que obra en autos, requiriéndoles, en su caso, para que designen Abogado y Procurador, o únicamente Procurador en los supuestos de que conste exclusivamente personado Letrado, entendiéndose que en caso de no alegar al respecto, ratifican la designación que obra en autos.

Para el caso de que no designen representación procesal o soliciten la designación de profesionales del turno de oficio, que, conforme a los arts. 121 LECrim y 27 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita , no pueden actuar simultáneamente abogado de oficio y procurador libremente elegido, o viceversa, salvo que el profesional de libre elección renuncie por escrito a sus honorarios o derechos en los términos expuestos en el citado artículo.

CUARTO.- Notifíquense los escritos de acusación a las personas acusadas, a quienes se dará traslado de todo lo actuado si no estuvieren ya personados, emplazándoles para que en el plazo común de DIEZ DÍAS presenten sus escritos de defensa frente a las acusaciones formuladas, proponiendo en su caso las pruebas



de que intenten valerse, con el apercibimiento de que, de no hacerlo en el plazo indicado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrirse se entenderá que se oponen a aquéllas y seguirá el procedimiento su curso.

El traslado referido se entenderá verificado a través del acceso por las partes a la plataforma digital que sirve de soporte al presente procedimiento, en idénticos términos a los acordados respecto de las partes acusadoras, y computándose el anterior plazo a partir del día siguiente a la notificación personal de la presente resolución.

Si las partes acusadas no presentaren el escrito en el plazo señalado, se entenderá que se oponen a la acusación y seguirá su curso el procedimiento, sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrirse, como determina el art. 784 LECrim .

QUINTO.-Fórmense las piezas de responsabilidades pecuniarias que no estuvieren ya abiertas, requiriendo a las personas acusadas para que presten fianza por los importes totales fijados, para cada persona física y jurídica acusada, en el FJ 4.3 de esta resolución.

Cantidades que se fijan inicialmente para asegurar las responsabilidades pecuniarias que, en definitiva, puedan declararse procedentes.

Tales fianzas se prestarán en cualquiera de las formas admitidas en derecho bajo apercibimiento de que, de no hacerlo en el plazo de CINCO DÍAS, se procederá al embargo de sus bienes en cuantía suficiente hasta cubrir las sumas fijadas.

SEXTO.-Contra esta resolución no cabe recurso alguno, pudiendo los interesados reproducir ante el órgano de enjuiciamiento las peticiones no atendidas.

Lo acuerda, manda y firma Don **José de la Mata Amaya**, Magistrado del Juzgado Central de Instrucción número 5.

DILIGENCIA. Para hacer constar que seguidamente se cumple lo ordenado. Doy fe.