



Roj: **AAN 119/2015 - ECLI: ES:AN:2015:119A**

Id Cendoj: **28079270052015200017**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **17/06/2015**

Nº de Recurso: **62/2015**

Nº de Resolución:

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

Ponente: **JOSE DE LA MATA AMAYA**

Tipo de Resolución: **Auto**

ASUNTO : DILIGENCIAS PREVIAS Número : **62/2015**

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN NUMERO 5

AUDIENCIA NACIONAL MADRID

A U T O

En la Villa de Madrid, a 17 de junio de 2015.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la Procuradora de los Tribunales Doña María José Bueno Ramírez, en nombre y representación de "DIS - ESPORTES Y ORGANIZAÇAO DE EVENTOS LTDA" (en adelante DIS), se vino a interponer QUERELLA por la presunta comisión de un delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis CP) y un delito de estafa, en su modalidad de contrato simulado (art. 251.3 CP), contra el FÚTBOL CLUB BARCELONA (en adelante FC BARCELONA), Camilo , Felix , Lucio , Valentín , "N&N CONSULTORIA ESPORTEIVA E EMPRESARIAL LTDA" (en adelante N&N), SANTOS FUTEBOL CLUBE (en adelante SANTOS FC), Alejandro y Donato .

SEGUNDO.- Los hechos que motivan dicha querella son los siguientes:

El querellante, la entidad DIS, es un fondo de inversión que tenía una participación del 40% sobre los derechos económicos de los derechos federativos de Lucio cuando éste era jugador del SANTOS FC, equipo de fútbol de Brasil, y fue traspasado al FC BARCELONA, entre los años 2011 y 2013.

Los querellados son el FC BARCELONA y sus directivos en la fecha de los hechos, Camilo y Felix , Lucio , Valentín , "N&N", SANTOS FC, y sus dos directivos en la época de los hechos, Alejandro y Donato .

En cuanto al primer delito, de corrupción entre particulares, según el querellante, en el año 2011 el FC BARCELONA, representado por su Presidente, Camilo , y su Vicepresidente, Felix , se concertaron con el jugador de fútbol del SANTOS FC, Lucio y con su padre, Valentín , para entregarle en total la cantidad de 40 millones de euros con la finalidad de que, cuando fuera free agent, en 2014, fichara por el FC BARCELONA.

Dichos acuerdos se materializaron mediante dos contratos:

1º) Un primer contrato firmado el día 15.11.2011 en Sao Paulo (Brasil), interviniendo el FC BARCELONA, representado por Camilo y Felix ; el jugador, Lucio ; la sociedad N&N, representada por Valentín (socio propietario); y el agente del jugador, Valentín . La sociedad N&N se autoproclamaba titular de los derechos económicos futuros de Lucio cuando éste adquiriera la condición de "free agent", y se obligaba a cederlos al FC BARCELONA al término del contrato laboral con SANTOS FC. El FC BARCELONA se obligaba a abonar 40 millones de euros por la adquisición de dichos derechos federativos y económicos. El jugador Lucio debía rechazar todas las ofertas de traspaso que recibiera durante la vigencia de su vínculo federativo con el SANTOS FC. Se estableció una cláusula penal por incumplimiento de cualquiera de las partes de 40 millones de euros.



2º) Un segundo contrato, de 6.12.2011, firmado en Barcelona y que las partes denominaron "de préstamo", siendo firmado por el FC BARCELONA, representado por Camilo y Victoriano (vicepresidente económico del club), y N&N, representada por Valentín y Lucio . Mediante este contrato se entregó a N&N la cantidad de 10.000.000€, que se ingresaron en una c.c. de Brasil.

Posteriormente, en los años 2013 y 2014, se abonaron los restantes 30 millones de euros: 25 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 una cuenta corriente de N&N.

Debe acogerse la tesis de la querellante, al menos indiciariamente, a los efectos de investigar penalmente los hechos, pues si el jugador Lucio aceptó del FC BARCELONA la cantidad de 40 millones de euros por fichar por este club, podría haber alterado de esta manera el libre mercado del fichaje de futbolistas y perjudicado también al querellante, 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. En tal caso, podría haber cometido un delito contra el mercado y los consumidores, concretamente el del art. 286 bis 2 CP , delito de corrupción entre particulares en su modalidad pasiva; siendo el FC BARCELONA y sus representantes la vertiente activa del mismo delito previsto en el art. 286 bis 1 CP .

En cuanto al segundo delito, de estafa por simulación contractual en perjuicio de tercero, se denuncia que, en mayo de 2013, se firmaron por las mismas partes, a las que se sumaron los representantes del SANTOS FC, diversos contratos que supusieron una simulación, pues pretendían disfrazar lo que en realidad era pago por la transmisión de los derechos federativos con otros conceptos que no obedecían a la realidad, por lo que el querellante, con derecho a un porcentaje sobre los derechos económicos de los derechos federativos de Lucio , ha sido perjudicado en la parte proporcional que le correspondía.

En efecto, como se ha indicado, DIS es un fondo de inversión que poseía el 40% de los derechos económicos derivados de los derechos federativos del jugador de fútbol Lucio cuando estaba en el SANTOS FC, y si parte de esta transferencia se mantuvo oculta al querellante, mediante la simulación de otros contratos, para privarle de sus derechos, los hechos serían constitutivos del delito de estafa impropia del art. 251.3º CP .

Así, en principio, la operación del traspaso de los derechos federativos de Lucio del SANTOS al FC BARCELONA, parecía clara: el SANTOS FC cedió los derechos federativos por el precio de 17.100.000€ al FC BARCELONA y lo comunicó a DIS, que tenía derecho al 40% de tal cantidad.

Ahora bien, si el SANTOS FC hubiera percibido una cantidad superior a los 17.100.000€ por el traspaso de Lucio a espaldas de la sociedad DIS, tal conducta sí podría ser objeto de investigación de un procedimiento penal. Y tal y como resulta de los hechos relatados en la querrela, existen al menos dos partidas de las que se puede sospechar que son contratos celebrados entre el FC BARCELONA y el SANTOS FC, y que indiciariamente podrían ser simulados: los contratos de adquisición de tres jugadores del Lucio por el FC BARCELONA y el contrato para celebrar un partido amistoso entre ambos equipos.

Se trata de los siguientes contratos, que constan en el procedimiento DP 122/2013 de este mismo Juzgado, recientemente inhibido al Juzgado de Instrucción nº 22 de Barcelona:

1º) Convenio de colaboración en materia de fútbol base y reconocimiento de derechos sobre jugadores, de 25.07.2013, en el que el FC BARCELONA solicita desde dicho momento el derecho de preferencia sobre tres jugadores del SANTOS FC, fijándose las contraprestaciones económicas en un importe total de 7.900.000 euros. Esta cantidad se debía pagar a la fecha de firma de este Convenio, el día 25.07.2013. Este acuerdo, en realidad, estaba indisolublemente unido al traspaso de los derechos federativos de Lucio , pues si no se adquirían los derechos del jugador, este segundo contrato no se hubiera firmado. De hecho, el FC BARCELONA finalmente no ha ejercido el derecho de adquisición de los tres jugadores a pesar de haber abonado la cantidad, argumentando que 1/ el jugador Cipriano (por el que pagó 3.200.000€) fue traspasado por el SANTOS FC al club portugués Sport Lisboa e Benfica, no ejerciendo el derecho de adquisición preferente por "no haber cumplido [el jugador] con el rendimiento esperado"; 2/ sobre el jugador Isidoro (por el que pagó 1.800.000€) tampoco se ejerció el derecho de adquisición, pues su rendimiento no estaba "cumpliendo las expectativas esperadas"; y 3/ sobre el jugador Simón (por el que pagó 2.900.000€) se mantiene el derecho, pero sin que a fecha de hoy lo haya ejercido, concluyendo tal derecho de adquisición el día 24.09.2015.

Este contrato fue firmado por Camilo y Felix .

2º) Acuerdo para disputar un partido amistoso entre el FC BARCELONA y el SANTOS FC organizado por este club en Brasil, firmado el 31.05.2013, de carácter gratuito. Este contrato también fue firmado por Camilo y Felix . Sin embargo, al margen del contrato Camilo y Felix remitieron el mismo día 31.05.2013 una carta al presidente del SANTOS FC reconociéndole que si el partido no se celebraba mientras Lucio era jugador del FC BARCELONA, este club abonaría al SANTOS FC la cantidad de 4.500.000€. El partido aún no se ha celebrado.



Estos dos contratos se celebraron prácticamente en la misma fecha que la transferencia de los derechos federativos, entre las mismas partes, los legales representantes del FC BARCELONA y del SANTOS FC, que serían los responsables criminalmente de tales delitos. Así pues, dichos contratos, presuntamente constituyen una simulación contractual, dirigida a perjudicar a DIS y tal conducta podría encuadrarse en el art. 251.3° CP .

TERCERO.- Conferido el oportuno traslado al Ministerio Fiscal, por este se ha venido a presentar informe en que manifiesta:

- En cuanto a la admisión de la querrela, los hechos objeto de la querrela podrían ser constitutivos de los dos delitos denunciados, por lo que procede admitir a trámite la misma para investigar los hechos.

- En cuanto a las diligencias a practicar, para comprobar la veracidad de los hechos se solicita se aporte a la causa determinada documental que cita, que consta en las DP

122/2013 del JCI número 5, así como se practique la documental del apartado 4 de las diligencias solicitadas por la entidad querellante.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Corresponde examinar, en primer lugar, si es procedente dar curso procesal a la querrela admitiéndola a trámite o si lo es rechazar su sustanciación "a limine"; cuestión que depende de la concurrencia de los requisitos procesales y sustantivos que condicionan la inicial idoneidad procesal de la querrela para provocar la apertura de un proceso, y que son independientes del curso y resultado que produzca la causa una vez iniciada.

En este sentido, debe tenerse en cuenta (ATS 15.06.2009), que "la admisión o inadmisión a trámite de una querrela, o si se prefiere la decisión por la que ante la interposición de una querrela un Tribunal decide su admisión y por tanto la iniciación del proceso no puede depender de un juicio valorativo de efectiva responsabilidad, sino de la valoración sobre la procedencia de iniciar el proceso a través de la comprobación de que concurren los requisitos que lo condicionan y lo determinan. Requisitos sin los cuales la admisión no es posible, pero con cuya concurrencia la admisión es necesaria e ineludible, porque no hay en ello margen para la discrecionalidad que vaya más allá de la valoración misma de los requisitos formales y de fondo establecidos por la Ley para decidir la admisibilidad de las querrelas, y consiguientemente la petición que contienen de iniciación de un proceso penal".

SEGUNDO.- En cuanto a los requisitos formales exigidos por el art. 277 de la LECrim , el examen de la querrela evidencia su cumplimiento: el escrito está presentado por Procuradora de los Tribunales con poder especial y con firma de letrado; expresa tanto el órgano ante quien se presenta como el nombre de los querrelados; contiene relación circunstanciada de los hechos; indica las diligencias que se proponen para la comprobación del hecho; y formula la petición de que se admita la querrela, se practiquen las diligencias de investigación y se adopten las medidas cautelares que en el escrito se indican.

TERCERO.- Respecto a los presupuestos procesales de admisibilidad se aprecia la necesaria capacidad y legitimación de la parte postulante visto que la Ley de Enjuiciamiento Criminal reconoce la legitimación procesal, como acusador particular, al ofendido o perjudicado por el delito -así en los artículos 109 , 110 y 761 LECrim -.

El art. 271 LECrim , por su parte, autoriza a querrellarse a los extranjeros, como es el caso, por los delitos cometidos contra sus personas o bienes, o las personas o bienes de sus representados, previo cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 280 LECrim .

CUARTO.- Sentada la existencia y cumplimiento de estos requisitos formales, procede determinar si se cumplen los requisitos procesales de competencia y sustantivos de relevancia penal de los hechos denunciados, debiéndose examinar en primer lugar si, en virtud de la naturaleza de los hechos objeto de la querrela presentada es este Juzgado Central de Instrucción competente para su conocimiento.

Los delitos objeto de la querrela son un delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis CP) y un delito de estafa, en su modalidad de contrato simulado (art. 251.3 CP).

En relación con el delito de corrupción entre particulares, tras la reforma operada en la Ley Orgánica del Poder Judicial por la LO 1/2014, sería competencia de la jurisdicción española, según el art. 23.4 LOPJ , que dice:

"4. Conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como alguno de los siguientes delitos: (...)



n) Delitos de corrupción entre particulares o en las transacciones económicas internacionales, siempre que:

1. el procedimiento se dirija contra un español;
2. el procedimiento se dirija contra un ciudadano extranjero que resida habitualmente en España;
3. el delito hubiera sido cometido por el directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil, o de una sociedad, asociación, fundación u organización que tenga su sede o domicilio social en España; o,
4. el delito hubiera sido cometido por una persona jurídica, empresa, organización, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que tengan su sede o domicilio social en España."

En el presente caso concurren tales requisitos, por lo que la jurisdicción española es competente en virtud del principio de justicia universal recogido en el art. 23.4.n) LOPJ .

Pero además, también concurre el principio de personalidad del art. 23.2 LOPJ , pues el acto inicial de corrupción, la entrega de los 10.000.000€, se plasmó en un contrato firmado en Brasil y se entregó tal cantidad en una cuenta corriente bancaria de tal país, siendo la parte activa del acto de "corrupción" dos personas físicas españolas, los representantes del FC BARCELONA, los querellados Camilo y Felix .

Tratándose de un supuesto delito cometido en el extranjero por personas de nacionalidad española, y que corresponde a la jurisdicción española, en virtud de los dos principio mencionados, es competencia de la Audiencia Nacional en virtud del art. 65.1°.e) LOPJ .

En cuanto al delito de estafa en su modalidad de simulación contractual, ya de entrada correspondería la competencia a la Audiencia Nacional de conformidad con el art. 65.1.último párrafo LOPJ , dado su aparente conexión con el anterior.

En cualquier caso, aun prescindiendo de tal conexión o para el caso de que no se tomara en consideración el primer delito, la conclusión sería la misma.

En primer lugar, existen suficientes indicios de las siguientes circunstancias:

1.- Los actos de simulación contractual se efectuaron en Brasil:

a) En Sao Paulo residían en aquel momento el jugador Lucio , su padre Valentín , la empresa de éste N&N, el SANTOS FC y sus dos directivos:

b) Es en Sao Paulo donde se firmó el contrato de 31.05.2013, de traspaso de los derechos federativos del jugador del SANTOS FC al FC BARCELONA por la cantidad total de 17.000.000€. Es relevante precisar que en este contrato las partes firmantes dejaron constancia que el importe pactado

"tiene la consideración de contraprestación a SANTOS FC por el 100% de los derechos económicos asociados a los mismos, tanto de aquellos de los que es titular el SANTOS FC como aquellos titularidad de terceros, que serán liquidados por SANTOS FC", lo que sentó las bases de la defraudación verificada a DIS.

c) Es en Sao Paulo donde el SANTOS FC comunicó a DIS la transferencia definitiva de los derechos federativos y de la totalidad de los derechos económicos del jugador por la cantidad de 17.100.000€.

d) Es en Sao Paulo donde el SANTOS FC liquidó a DIS la parte que le correspondía de tales derechos federativos y económicos.

2.- No consta con certeza dónde se firmaron los dos contratos simulados, pues el del partido amistoso figura firmado el 31.05.2013 en "Sao Paulo/Barcelona", en castellano y portugués, y en papel oficial del "SANTOS FC, Departamento Jurídico" y el "Convenio de colaboración en materia de futbol base y reconocimiento de derechos sobre jugadores" aparece firmado el 25.07.2013 en "Santos/Barcelona" en el mismo papel del SANTOS FC y está íntegramente en portugués. Puede que se firmara telemáticamente en los dos países, o que se circulara por ambas ciudades y fuera firmado por cada parte en su respectiva lugar de residencia.

3.- El desplazamiento patrimonial se produjo en Brasil, ya que:

a) El importe del traspaso (17.100.000€) se ingresó en la cuenta corriente del SANTOS FC con domicilio en Brasil.

b) El porcentaje de esta cantidad que correspondía a DIS se transfirió por SANTOS FC a DIS (sociedad brasileña con domicilio en Brasil), en Brasil.

c) Los importes de los contratos simulados se ingresaron por el FC BARCELONA en Brasil, a favor del SANTOS FC, con domicilio en Brasil.



4.- El perjuicio se produjo en Brasil, ya que el perjuicio ocasionado por las simulaciones contractuales fue causado a una sociedad que tiene su domicilio social en ese país.

En segundo lugar, el TS tiene establecido (por todos AATS 14.01.2015 -recurso 10817/2014 - y 11.02.2015 - recursos 20688/2014 y 20896/2014 -), "que el delito de estafa se comete en todos los lugares en los que se han desarrollado las acciones del sujeto activo (engaño) o del sujeto pasivo (desplazamiento patrimonial) y en el que se ha producido el perjuicio patrimonial (teoría de la ubicuidad)" criterio que viene corroborado por el Pleno no jurisdiccional de esta Sala de fecha 3 de febrero de 2005, en el que se tomó el siguiente acuerdo: "el delito se comete en todas las jurisdicciones en las que se haya realizado algún elemento del tipo, en consecuencia, el Juez de cualquiera de ellas que primero haya iniciado las actuaciones procesales, será en principio competente para la instrucción de la causa".

El principio de ubicuidad puede completarse en algunos supuestos con otros criterios. Así ocurrió en el ATS 14.01.2015 (recurso 2065/2015). En este caso se atribuyó la competencia al órgano judicial de El Puerto de Santa María, lugar donde se desarrolló mayoritariamente toda la actividad falsaria, donde además residían las personas responsables de la defraudación y donde se percibieron las indemnizaciones, lo que determinó la consumación del delito de estafa, frente al lugar en que las entidades perjudicadas tenían su sede (Barcelona). Y añade que "como decíamos en el auto de 23.5.2012, la teoría de la ubicuidad, dado que admite varios lugares de comisión, requiere ser completada por otros criterios para resolver los conflictos de varias pretensiones jurisdiccionales que se puedan presentar, como el lugar donde se desarrolló el engaño del sujeto activo, se produjo la consumación del perjuicio patrimonial para el sujeto pasivo, y se materializó la defraudación en beneficio del sujeto activo del delito".

En tercer lugar, por último, aplicando la anterior doctrina, resulta que en el caso que nos ocupa la entidad denunciante reside en Sao Paulo. En Sao Paulo se produjo la escena engañosa (firma del contrato de traspaso de derechos federativos; comunicación a DIS haciéndole creer que el importe del traspaso se imitó a 17.000.000€ y por tanto su participación debía calcularse sobre esa cantidad; probablemente firma de los contratos simulados por parte de los directivos del SANTOS FC). En Sao Paulo se materializó también el acto de disposición patrimonial (transferencia del SANTOS FC a DIS por el importe de su participación en los derechos federativos y retención por el SANTOS FC de las cantidades recibidas del FC BARCELONA derivadas de los contratos simulados). El perjuicio patrimonial se produjo también en Brasil, que es la sede de la empresa DIS. Y en Sao Paulo se materializó la defraudación en beneficio del sujeto activo del delito mediante las simulaciones contractuales pues, como se ha indicado, fue allí donde el SANTOS FC retuvo el importe recibido del FC BARCELONA como consecuencia de los contratos simulados ocultando a DIS, con la colaboración de los representantes del FC BARCELONA, que estos contratos ocultaban la realidad de que se trataba, de acuerdo con la querrela, de prestaciones a cambio de los derechos federativos y económicos sobre el jugador traspasado.

La conclusión pues es que en el caso del delito de estafa estamos en todo caso ante un delito cometido fuera del territorio nacional, y algunos de los criminalmente responsables son españoles (los representantes del FC BARCELONA), razón por la que la competencia viene atribuida a la jurisdicción española (art. 23.2 LOPJ), y en particular a la Audiencia Nacional (art. 65.1º.e) LOPJ).

A la misma conclusión se llega aplicando la tesis contenida en el AAN (Sec. 3ª) 184/2015, de 22.05.2015. En el mismo se indica, aun en referencia al tipo delictivo de administración desleal, que lo que consume el delito es el resultado derivado de la conducta de disposición, traducido en el perjuicio económico evaluable. Y, en segundo lugar que lo relevante es el lugar en que el sujeto tiene a su disposición los fondos que administra. Como se ha visto, en este caso el perjuicio económico evaluable se produce a DIS en Brasil, lugar donde tiene su domicilio social. Por su parte, es precisamente en Sao Paulo donde SANTOS FC tuvo y retuvo a su disposición, ocultando a DIS su real naturaleza, las prestaciones económicas recibidas del BARCELONA FC.

De conformidad con todo lo anteriormente expuesto, este Juzgado Central es competente para conocer de los delitos objeto de la presente querrela.

QUINTO.- Por lo que se refiere a la necesidad de relevancia penal de los hechos, el art. 313 LECrim ordena la desestimación de la querrela cuando los hechos en que se funda "no constituyan delito". La valoración de si tienen significación penal no puede hacerse sino en función de los hechos como son alegados en la querrela, y no de los que resulten acreditados, porque, si averiguarlos es el objeto del proceso, su verificación no puede convertirse en presupuesto de la incoación.

Se trata de una previsión formulada de forma negativa. La ley procesal no dispone que el Juez admitirá la querrela si los hechos fueran constitutivos de delito, lo que obligaría a un análisis, seguramente prematuro en muchos casos, encaminado a constatar la concurrencia de los elementos del tipo objetivo y subjetivo del delito que, al menos en opinión del querrelante, constituyen los hechos imputados en cada caso. Por el contrario, la



ley, dejando esa verificación a la fase previa al juicio oral con carácter provisional, para en éste, en su caso, realizar el examen definitivo de la cuestión, lo que dispone es el rechazo de la querrela cuando ya, tras su examen, pueda excluirse el carácter delictivo de la conducta imputada al querrellado. No se trata, pues, en momento procesalmente tan temprano, de afirmar la existencia de un hecho delictivo, sino de comprobar si se puede excluir definitivamente su existencia.

Es por ello que la admisión a trámite de una querrela no constituye, todavía y en todo caso, un acto de imputación judicial, aunque permita al querrellado comenzar a defenderse en el proceso conforme al artículo 118 LECrim, una vez que tal admisión le ha sido debidamente comunicada. Supone, por el contrario, la apertura de una vía para la investigación judicial de unos hechos que una o varias personas, actuando como querellantes, bajo su responsabilidad, que es la que marca la ley, ponen en conocimiento del órgano jurisdiccional e imputan a los querrellados, y respecto de los que, tal como vienen relatados en la querrela, no se puede excluir, en ese momento, su carácter delictivo ni la intervención en ellos de los querrellados. Naturalmente, lo anterior no excluye la posibilidad de una verdadera imputación judicial tras la comprobación de la existencia de datos que avalen la realidad de los hechos imputados, lo que ordinariamente formulará el instructor de la causa una vez recopilados judicialmente, y con las garantías que ofrece a las partes el proceso, aquellos datos que, indiciaria y provisionalmente, supongan la presunta participación de los querrellados en la comisión de delito.

El carácter delictivo de la conducta imputada puede rechazarse por dos razones, fundamentalmente:

- En primer lugar, porque los hechos contenidos en el relato fáctico de la querrela, tal y como viene redactado, no sean susceptibles de ser subsumidos en ningún precepto penal, según el criterio razonado del órgano jurisdiccional competente (ATS de 26.10.2001).

En estos casos carece de justificación alguna la apertura de un proceso penal para comprobar unos hechos que, de ser acreditados, no serían constitutivos de delito en ningún caso.

- En segundo lugar, cuando, a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan en la querrela, no se disponga de ningún elemento que avale racionalmente su verosimilitud, limitándose el querellante a afirmar su existencia sin ningún apoyo objetivo. En este segundo grupo de casos, aunque la ley no lo dispone de forma expresa, una interpretación de la norma que no desconozca el sentido común conduce a sostener que no se justifica la apertura de un proceso penal para la investigación de unos hechos que, ya desde el primer momento, no se presentan como verosímiles en tanto que carecen de cualquier apoyo probatorio, aportado u ofrecido en la querrela, que pueda ser considerado accesible y racional.

Por lo tanto, sin perjuicio de la futura precisión acerca de la existencia de pruebas y del posterior examen de la concurrencia de todos y cada uno de los elementos de los delitos imputados, de lo que ahora se trata es, exclusivamente, de establecer, en primer lugar, si, a los efectos de admisión a trámite de la querrela, puede ser excluido el carácter delictivo de las conductas imputadas a los querrellados y, en segundo lugar, si existen indicios de que tal conducta efectivamente ha sido ejecutada.

SEXTO.- En el presente caso, de verificarse en fase de instrucción indicios racionales sobre la comisión los hechos que son objeto de denuncia, no puede descartarse su relevancia penal.

1. En relación con el delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis CP, introducido por LO 5/2010, de 22.06), en el caso de la corrupción activa la conducta típica consiste en que el sujeto activo por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados para que le favorezca a él o a un tercero frente a otros, incumpliendo sus obligaciones en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales. Por su parte, en el caso de la corrupción pasiva, la conducta típica ha de consistir en recibir, solicitar o aceptar un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados, conductas establecidas en paralelo a las anteriores, ya que contemplan a la otra parte de la contratación.

El bien jurídico protegido en este tipo delictivo es la libre competencia (justa y honesta, como indica la Exposición de Motivos de la LO 5/2010), que podría verse fuertemente influida de un modo negativo a través de la introducción, en el marco de las relaciones contractuales económicas, de elementos extraños a los propios del libre juego de los productos y servicios, provocando una distorsión de las reglas del buen funcionamiento del mercado.

Este delito es un delito de resultado cortado o de mera actividad, que se integra con la simple promesa, ofrecimiento o concesión (en la corrupción activa), o con la recepción, solicitud o aceptación (en la corrupción pasiva), de un beneficio o ventaja de cualquier naturaleza no justificados, con la finalidad de conseguir un trato de favor para sí o para un tercero frente a otros (o favorecerlo, en el caso de la corrupción pasiva).



En este caso los sujetos activos de esta conducta en su modalidad activa serían de acuerdo con la querrela el FC BARCELONA y sus representantes legales Camilo y Felix . Ellos, en el año 2011, abonaron a Lucio a través de la sociedad interpuesta por su padre (N&N) la suma de 10.000.000€, comprometiendo (y pagando más tarde) otros 30.000.000€, para que el jugador dejara de colaborar con la valorización, libre cotización y venta de los derechos federativos del SANTOS FC y de los derechos económicos derivados de los federativos (que eran del SANTOS FC en un 55%, de TEISA en un 5% y de DIS en un 40%), y se negara a fichar por cualquier otro club que no fuera el FC BARCELONA. Todo ello con la finalidad de adquirir tales derechos fuera de la normal competencia con el resto de clubes interesados en su fichaje por valor inferior al de mercado, y sin pagar las cuantiosas cifras que otros clubes podrían estar dispuestos a pagar. El sujeto pasivo sería Lucio , a través de su padre y de su empresa N&N, pues el jugador era empleado del SANTOS FC y colaborador de DIS, con quienes estaba obligado a colaborar, dada su relación contractual con cada una de estas entidades, en la valorización de estos derechos y no interferencia en la venta de los mismos en el mercado de fichajes, dada su inexorable capacidad de influencia y poder de decisión en la transferencia de los mencionados derechos. Recuérdese, en este sentido, que en Brasil, de acuerdo con la denominada Ley Pelé, cualquier transferencia de un deportista profesional depende de su consentimiento formal y expreso. Su comportamiento, auspiciado por su padre, N&N y el FC BARCELONA, implicó un incumplimiento de sus obligaciones, que impactó decidida y decisivamente en la libre competencia y en el mercado de contratación de jugadores.

De otro lado, la circunstancia de que el FC BARCELONA incluyera en el contrato que suscribió con el jugador, con la sociedad N&N y con el agente del jugador, Valentín , una cláusula de penalización de 40 millones de euros revela la intención clara del FC BARCELONA de quebrar la libre competencia en el mercado de fichajes, al amarrar definitivamente la voluntad del jugador, que debía negar su consentimiento a su transferencia a cualquier club distinto del FC BARCELONA so pena de tener que pagar esta cuantiosa indemnización. De este modo, el FC BARCELONA se convirtió de hecho en el titular de todos los derechos federativos y económicos del jugador, por cuanto si algún competidor quería adquirirlos necesariamente tenía que pasar por abonar al FC BARCELONA la cantidad de 40 millones de euros.

En lo que se refiere ahora a su modalidad pasiva, el sujeto activo del delito es Lucio , en su condición de empleado de SANTOS FC y colaborador de DIS. El jugador aceptó y recibió del FC BARCELONA, a través de N&N, un beneficio injustificado de 40 millones de euros por favorecer al FC BARCELONA 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 de 45.000.000€ pactada. Al actuar así incumplió sus obligaciones como empleado del SANTOS FC al rechazar en su propio beneficio y, lo que es más relevante, por razones espurias, todas las ofertas de traspaso de los clubes de fútbol interesados en el jugador, y ello para favorecer al FC BARCELONA y para favorecerse a sí mismo y retener los 40.000.000€ comprometidos. Y también incumplió sus obligaciones como colaborador de DIS, contenidas en el contrato suscrito en fecha 06.03.2009.

2. Por su parte, en relación con el delito de estafa por simulación contractual, el art. 251.3 CP castiga la que otorgare en perjuicio de otro un contrato simulado.

Como indica 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 de julio). 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 de abril de 2004). La apreciación de este delito requiere de la concurrencia de los siguientes requisitos: 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 c) 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 (SSTS 383/2002, de 6 de marzo ; 1348/2002, de 18 de julio ; 1590/2003, de 22 de abril de 2004 , 620/2004, de 4 de junio ; y 451/2005, 11 de abril).

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".

En este caso, como se ha indicado, el FC BARCELONA y sus representantes legales Camilo y Felix decidieron, con Lucio , a través de su padre y de N&N, encubrir el pacto anteriormente indicado destinado a obstaculizar fraudulentamente la libre concurrencia en el mercado de fichajes y camuflar la contrapartida económica acordada con el jugador. Para ello simularon dos contratos, ya mencionados: el celebrado en Sao Paulo el 15.11.2011, bajo la disimulada causa de una supuesta transferencia futura de los derechos económicos y federativos del jugador una vez expirado su contrato laboral con SANTOS FC, y otro contrato celebrado en Barcelona el 06.12.2011 bajo la fingida causa de un contrato de préstamo de 10.000.000€, que no era en realidad sino un adelanto al jugador de parte del beneficio injustificado de 40.000.000€ acordado con el mismo.

Por su parte, a mediados del año 2013, el SANTOS FC, cuando fue consciente de la maniobra realizada entre el FC BARCELONA y el jugador, decidió participar en el mismo (o exigir su parte), dando cobertura al fraude del FC BARCELONA y el jugador a cambio de recibir cantidades encubiertas o disimuladas bajo la apariencia de dos nuevos contratos simulados: el contrato de 31.05.2013 para la fingida disputa de un partido amistoso, entre ambos clubes en Brasil, y un segundo contrato de 25.07.2103 de concesión al FC BARCELONA de un supuesto derecho de preferencia sobre tres jugadores del SANTOS FC. La causa real de estos contratos era percibir el SANTOS FC y abonar el FC BARCELONA, respectivamente, el 55% del valor real de los derechos económicos titularidad del SANTOS FC.

SÉPTIMO.- En relación con las diligencias a practicar, haciendo propio el criterio del Fiscal, entiendo que en el presente momento inicial del procedimiento, a los efectos de ahondar en los hechos relatados para comprobar la veracidad de los delitos denunciados, es necesario practicar una serie de diligencias, de carácter documental, en la forma que se indicará en la Parte Dispositiva de esta declaración, y no es urgente y necesario por ahora citar a los querellados para tomarles declaración en calidad de imputados, sin perjuicio de que pueden personarse en las actuaciones conforme al art. 118 LECrim ., para lo que deberá notificárseles la resolución que se dicte.

OCTAVO.- Retomando el capítulo de los requisitos formales para la admisión a trámite de la querella, la entidad querellante invoca un perjuicio concreto y específico respecto de la misma en relación directa con la lista de delitos cuya comisión se imputa a los querellados, por lo que procede tenerla por personada y parte ejerciendo la acción particular, de acuerdo con el art. 270 LECrim .

De acuerdo con el mismo precepto, en relación con los arts. 280 y 281 LECrim , con carácter previo a la admisión de la querella la entidad querellante deberá prestar fianza habida cuenta su condición de extranjera.

La cuantía de la fianza ha de ser racional, razonable, no arbitraria y proporcionada en relación a los medios de quienes pretenden ejercitarla, de modo que no impida ni obstaculice gravemente su ejercicio, pues ello conduciría en la práctica a la indefensión que prohíbe el art. 24.1 CE.

Tomando en consideración la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, a la hora de fijar la fianza han de ponderarse los intereses en conflicto, los hechos objeto del procedimiento y su indiciaria trascendencia en términos económicos, pero también el interés legítimo y personal de la entidad querellante habida cuenta el perjuicio específico que invoca. La cuantía en que se fije la fianza necesaria para el ejercicio de la acusación particular deberá ser, en todo caso, de suficiente entidad como para garantizar un correcto ejercicio de la referida posición procesal.

Aplicando los anteriores criterios, se estima prudente fijar la cuantía de la fianza en veinte mil euros (20.000€) que habrá de constituirse en el plazo de los quince días siguientes a la notificación de la presente resolución.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, se dicta la siguiente

ACUERDO:

PARTE DISPOSITIVA

PRIMERO.- Declarar la competencia de este Juzgado Central de Instrucción número 5 de la Audiencia Nacional para el conocimiento de la presente causa.



SEGUNDO.- Admitir a trámite la querella interpuesta por la Procuradora de los Tribunales Doña María José Bueno Ramírez en la representación que tiene acreditada de "DIS - ESPORTES Y ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS LTDA", a quien se tendrá como parte acusadora particular siempre que previamente preste fianza por importe de veinte mil euros (20.000€) en el plazo de QUINCE días siguientes al de la notificación de esta resolución.

TERCERO.- La querella se entiende dirigida contra el FÚTBOL CLUB BARCELONA, Camilo , Felix , Lucio , Valentín , "N&N CONSULTORIA ESPORTEIVA E EMPRESARIAL LTDA", SANTOS FUTEBOL CLUBE, Alejandro y Donato , por los hechos consignados en el Antecedente de Hecho Segundo de la presente resolución.

CUARTO.- Se acuerda la práctica de las siguientes diligencias:

1º.- Se admite y se tiene por presentada la documentación acompañada al escrito de querella.

2º.- Notifíquese la admisión de la querella y esta resolución, con traslado de la querella y documentación que la acompaña, a los querellados, a fin de que puedan personarse en el procedimiento, conforme a lo previsto en el art. 118 LECrim .

3º.- Dedúzcase testimonio de los documentos que a continuación se indican de las DP 122/2013 de este Juzgado, aportándose a la causa:

- PIEZA SEPARADA "DOCUMENTOS APORTADOS POR FCB EL 23/12/2013".

- f. 417.

- f. 425-429 (en portugués, traducción en f.632-659 bis).

- f. 436-443.

- De la PIEZA SEPARADA "PAPELES DE TRABAJO DE LA AUDITORÍA": o

o TEMPORADA 2011/2012, carpetas 3/15 y 6/15.

o TEMPORADA 2012/2013, carpetas 2/23 y 5/23.

- f. 444-451. f. 459.

- f. 515-543 y f. 592-611.

- f.922-975 (en f.1046-1067, traducción al castellano) f.982-1014 (en f.1101-1124, traducción al castellano).

- f. 1131-1163.

- f. 1183-1266 (en 1277-1434, traducción al castellano).

- f. 1643-1645.

- f.2153-2459.

- f. 2666.

- f. 2680-2740.

- f. 2820-2899.

- f. 3195-3197

4º.- Líbrese oficio, en su caso por medio de la correspondiente comisión rogatoria internacional, a las entidades deportivas que a continuación se indican a fin de que aporten copia de las ofertas o propuestas de traspaso del jugador Lucio durante su vínculo deportivo en el SANTOS FC en los años 2009 a 2013 que dirigieron al propio SANTOS FC o al propio jugador a través de sus representantes legales, agentes o sus padres:

- CHELSEA FC, con domicilio en Stamford Bridge, Fulham Road, Londres, SW6 1HS (Inglaterra).

- REAL MADRID CF, con domicilio en Avda. Concha Espina número 1 de Madrid.

- BAYERN de MUNICH CF, con domicilio en Säbener Strabe 51-57, D-81547, München, Alemania.

- MANCHESTER CITY FC, con domicilio en Rowsley Street M11 3FF, Manchester (Inglaterra).

Notifíquese a las partes personadas y al Ministerio Fiscal.

Lo acuerda, manda y firma Don José de la Mata Amaya, Magistrado del Juzgado

Central de Instrucción número 5.