



Roj: **AAN 236/2015 - ECLI: ES:AN:2015:236A**

Id Cendoj: **28079220042015200026**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **4**

Fecha: **26/10/2015**

Nº de Recurso: **463/2015**

Nº de Resolución: **462/2015**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA NACIONAL

SALA DE LO PENAL

SECCIÓN 4ª

ROLLO Nº 463/15

DILIGENCIAS PREVIAS Nº 62/15

JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN Nº 5

AUTO Nº 462/15

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DÑA. ÁNGELA MARÍA MURILLO BORDALLO (Presidente)

DÑA. CARMEN PALOMA GONZÁLEZ PASTOR

DON JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO (Ponente)

En Madrid, a veintiséis de octubre de dos mil quince.

Dada cuenta, y atendiendo a los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira, en nombre y representación de Luis Angel Junior y Luis Angel , se presentó escrito fechado el 8-9-2015, interponiendo recurso de apelación contra el auto dictado el día 17-6-2015 por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en las Diligencias Previas nº 62/15, que acordó admitir a trámite la querrela formulada por la entidad DIS - Esportes e Organizaçao de Eventos Ltda., dirigida contra el Fútbol Club Barcelona, Augusto , Emilio , Luis Angel Junior, Luis Angel , N&N Consultoria Esportiva e Empresarial Ltda., Santos Futebol Clube, Landelino y Romualdo , por la presunta comisión de hechos supuestamente constitutivos de los delitos de estafa en su modalidad de contrato simulado, del artículo 251.3º del Código Penal , y de corrupción entre particulares, del artículo 286 bis del Código Penal .

Se solicita la revocación de aquella resolución y que, en su lugar, se acuerde la inadmisión a trámite de la querrela formulada, por los motivos segundo, tercero y cuarto que expresa (referidos a la concurrencia del principio de inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes y a la inobservancia de los requisitos de los tipos penales invocados), y con carácter subsidiario por el primer motivo expuesto (referido a la excepción procesal de litispendencia), interesando en este último caso la suspensión de las actuaciones hasta que se dicte resolución firme dimanante de la tramitación de las Diligencias Previas nº 1957/15, de las que conoce el Juzgado de Instrucción nº 22 de Barcelona.

SEGUNDO.- El día 10-9-2015 se acordó la admisión a trámite del recurso de apelación planteado, ordenando dar traslado al Ministerio Fiscal y las demás partes personadas a los efectos de impugnación o adhesión al mismo.



Se adhirieron al recurso: el querellado Augusto , a través de la Procuradora D^a Beatriz Sánchez-Vera Gómez-Trelles, en escrito presentado y fechado el día 11-9-2015; el querellado Fútbol Club Barcelona, a través del Procurador D. Anibal Bordallo Huidobro, en escrito presentado el día 14-9-2015, fechado tres días antes, y el querellado Emilio , a través del Procurador D. Joaquín Fanjul de Antonio, en escrito presentado el día 17-9-2015, fechado un día antes.

Impugnaron el recurso de apelación: la representación procesal de la entidad querellante DIS - Esportes e Organizaçao de Eventos Ltda., por escrito presentado y fechado el día 17-9-2015, y el Ministerio Fiscal, en escrito presentado el 23-9-2015, fechado un día antes.

El día 9-10-2015 se acordó emplazar a las partes personadas para ante esta Sección 4^a de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, a donde se remitieron las actuaciones testimoniadas en formato digital, a los efectos de resolución del recurso pendiente.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones el día 13-10-2015, se formó el rollo n° 463/15, en el que se acordó señalar para la celebración de la correspondiente deliberación el día 23-10-2015, quedando entonces el procedimiento pendiente de resolución.

Ha actuado como ponente el Magistrado lltmo. Sr. Don JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Impugna la común representación procesal de los imputados Luis Angel Junior y Luis Angel la decisión del Instructor sobre la admisión a trámite de la querrela formulada por DIS - Esportes e Organizaçao de Eventos Ltda.. contra varias personas y entidades, entre ellas los dos recurrentes, ante la posible perpetración por los querrellados de actos presuntamente constitutivos de los delitos de estafa en su modalidad de contrato simulado, del artículo 251.3° del Código Penal , y de corrupción entre particulares, del artículo 286 bis del Código Penal . Todo ello con motivo de los pactos que determinaron que el primero de los apelantes fichara para jugar con el Fútbol Club Barcelona, en época de vigencia de su vinculación contractual con el brasileño Santos Futebol Clube y con la entidad querellante.

Frente a la decisión del Magistrado Instructor, que ordena la investigación de la posible actividad con visos de delictiva cometida, la parte recurrente sostiene la inviabilidad del ejercicio de las acciones penales que intenta emprender la querellante. Para ello, dicha parte apelante articula su recurso en cuatro apartados, dedicados cada uno a diversas cuestiones procesales y materiales que, a su entender, impiden que se aborde la investigación criminal pretendida.

A) En primer lugar, sostiene la parte recurrente como causa impeditiva de las tareas de comprobación delictiva la concurrencia de la excepción procesal de litispendencia, más propia del orden jurisdiccional civil. Argumenta que el presente procedimiento está condicionado al resultado a que se llegue en las Diligencias Previas n° 1957/15 del Juzgado de Instrucción n° 22 de Barcelona, incoado con motivo de la inhibición efectuada por el Juzgado Central de Instrucción n° 5 de sus Diligencias Previas n° 122/13. Por lo que al existir un proceso penal previo que se sigue en Barcelona, pese a no concurrir plena identidad subjetiva, objetiva y causal, existe una litispendencia evidente y esencial entre aquel procedimiento y el actual, con el consiguiente riesgo de que se produzcan decisiones judiciales contradictorias, sin que pueda producirse la acumulación de procedimientos, porque en el de Barcelona ya se ha dictado auto de apertura de juicio oral. Insiste la parte recurrente en manifestar que los dos procesos aludidos son absolutamente interdependientes y existe un claro riesgo de que se produzcan pronunciamientos contradictorios, resultando para ella indudable que lo que se decida en el procedimiento seguido en Barcelona influirá de modo determinante en la presente causa.

Razón por la cual la parte recurrente pide, con carácter subsidiario a los otros tres motivos de recurso que plantea, la suspensión del presente procedimiento de Diligencias Previas n° 62/15 hasta que recaiga sentencia firme en la causa seguida en Barcelona, al recaer sobre idénticos hechos el objeto procesal de ambos procedimientos.

B) En segundo lugar, dedica la parte querellada-apelante otro apartado de su escrito de recurso a la supuesta vulneración, por inaplicación, de los artículos 24 y 9.3 de la Constitución , artículos 267.1 y 18.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , y artículo 161 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal , por considerar que la querellante ya ha obtenido respuesta judicial firme a sus pretensiones en el otro procedimiento que comenzó a instruirse en el Juzgado Central n° 5 (Diligencias Previas n° 122/13) y terminó remitiéndose a Barcelona (Diligencias Previas n° 1957/15 del Juzgado de Instrucción n° 22); por lo que, en virtud del principio de inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes, se hace imposible la admisión a trámite de la querrela formulada. Se recuerda por la parte recurrente que la personación de la querellante en el procedimiento remitido a Barcelona fue rechazada por el Instructor en auto de 18-7-2014, con apoyo expreso del Ministerio



Fiscal, sobre la base de la ausencia de perjuicio económico para la querellante derivado del contrato suscrito en 2011 entre el Fútbol Club Barcelona, los recurrentes y la entidad que estos últimos gestionan; no personación que fue reiterada por el Instructor el 9-9-2014, al desestimar el recurso de reforma, y fue confirmada por la Sección 3ª de esta Sala de lo Penal en auto de 4-11-2014, en fase de apelación. Para la parte ahora recurrente, los hechos sobre los que se fundamentó la denegada personación de la querellante y el relato fáctico de su querrela son idénticos, por lo que debe estarse a los pronunciamientos firmes y definitivos ya dictados y, consiguientemente, debe respetarse la situación ya declarada de que DIS - Esportes e Organizaçao de Eventos Ltda. no ha sido perjudicada por el acuerdo alcanzado en el año 2011 entre el Fútbol Club Barcelona, Luis Angel Junior y N&N Consultoria Esportiva e Empresarial Ltda.

En definitiva, para la parte recurrente la concurrencia de los principios de intangibilidad e inmutabilidad de las resoluciones judiciales firmes, que forman parte del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, debe derivar en la revocación del auto apelado y, en consecuencia, en la inadmisión a trámite de la querrela formulada.

C) En tercer lugar, mantiene la parte recurrente que los hechos descritos en la querrela no tienen relevancia penal en relación con el artículo 251.3º del Código Penal, al no concurrir los elementos del tipo delictivo de la estafa por simulación de contrato. Critica la parte apelante que la querellante haga lo que denomina una interpretación extensiva de los términos y condiciones del acuerdo que firmó con sus patrocinados el 6-3-2009, pues el hecho de que las expectativas económicas de DIS - Esportes e Organizaçao de Eventos Ltda. no se hayan visto alcanzadas con el traspaso de Luis Angel Junior al Barcelona no puede considerarse como un hecho relevante a efectos penales: primero, porque ya que la relación habida entre las partes se regía por el contrato firmado el 6-3-2009, el cual deja en evidencia la ausencia de fundamento legal en las pretensiones de la querellante; segundo, porque el principio básico de libre contratación para los jugadores rige en las relaciones de todos los clubes de fútbol y jugadores a nivel mundial, como así lo ha establecido la FIFA; tercero, porque el jugador se encontraba en el último año de su contrato con el Santos, hecho que, como es lógico, rebaja las expectativas de traspaso a otro club por el riesgo de que devenga free agent; cuarto, porque en cualquier caso, la entidad querellante, empresa dedicada a inversiones deportivas y, por tanto, con total conocimiento del sector, se garantizó económicamente en el contrato recuperar, e incluso multiplicar por dos, su inversión y obtener beneficios si el jugador devenía free agent, y cinco, porque en tres años y gracias al fichaje del Fútbol Club Barcelona vio multiplicada por más de cinco dicha inversión. Por lo que, al entender de la parte apelante, en relación a sus patrocinados, la querellante no tiene absolutamente nada que reclamar, ni penal ni civilmente, porque de una lectura comprensiva de las relaciones habidas entre las partes se concluye que los acuerdos alcanzados entre los recurrentes y el Fútbol Club Barcelona en nada perjudica sus derechos económicos.

Indica la parte apelante que la querellante no ha sido engañada ni perjudicada por supuesto incumplimiento del contrato de 6-3-2009 porque: 1.- El contrato de 6-12-2011 firmado entre el jugador y el Fútbol Club Barcelona era independiente de los derechos económicos que había adquirido la entidad querellante, quien no debía percibir ni un euro de esas cuantías, pues únicamente podía percibir el 40% de los ingresos obtenidos por el Santos Fútbol Club por el traspaso del jugador, por lo que es con este último club con el que deberá solventar si la cuantía del traspaso fue 17.100.000 euros o un importe superior, como alega la querellante. 2.- La querellante percibió la cuantía establecida por contrato por el traspaso del jugador, lo que acredita la virtualidad y realidad del contrato suscrito. 3.- La querellante era consciente de que el jugador era libre de decidir su futuro profesional y que dicha decisión podría tener un impacto económico en su inversión, motivo por el cual garantizó potenciales pérdidas en caso de que su inversión no hubiese sido la que esperaba. Y 4.- No es posible considerar que los apelantes hayan desarrollado una actividad engañosa respecto de la querellante porque ésta haya visto incumplidas sus expectativas económicas, cuando el jugador ha obrado conforme a la legalidad.

D) Finalmente y en cuarto lugar, considera la parte recurrente que tampoco concurren en los hechos de la querrela los elementos típicos del delito de corrupción entre particulares del artículo 286 bis del Código Penal. Sostiene la inconsistencia de la tesis de la querellante, acerca de que el abono de los 40 millones de euros como contraprestación al compromiso anticipado de fichar Luis Angel Junior por el Fútbol Club Barcelona, constituye la aceptación de un beneficio injustificado con la finalidad de que dicho jugador defraudase sus obligaciones laborales con el Santos y de colaboración con la propia querellante en la venta de sus derechos económicos, con realización de dicho proceso de contratación en abierta violación de las reglas de la oferta y la demanda que rigen el mercado de fichajes de futbolistas. Añade que tal tesis de la querellante se basa en una discrecional y arbitraria interpretación de los términos y condiciones de los contratos suscritos. Según la parte apelante, ninguna de las cláusulas del contrato que vinculaba al jugador con la entidad querellante le impedía fichar por otro club mientras siguiese vinculado laboralmente al Santos Fútbol Club. Dice que la querellante crea una serie de obligaciones inexistentes a cargo de Luis Angel Junior, al concebir que un jugador de fútbol abusa de su derecho de elección cuando no escoge la opción más rentable para sus inversores. Mantiene la



parte recurrente que Luis Angel Junior, lejos de abusar de su derecho de elección, lo ejerció debidamente, ya que tanto la decisión del juzgador de firmar su futuro fichaje con el Fútbol Club Barcelona cuando adquiriera su condición de agente libre, como el hecho de que, pudiendo hacerlo, no hubiera fichado por ningún otro club durante su estancia en el Santos Fútbol Club, supone precisamente el legítimo ejercicio del derecho a elegir que la denominada "Ley Pelé" brasileña le otorga; por lo que bajo ningún concepto puede constituir ilícito alguno, y menos aun un ilícito penal. Por lo demás, según la parte recurrente el bien jurídico protegido por el delito de corrupción entre particulares no se ha visto afectado, pues si de verdad el jugador hubiese querido perjudicar a la querellante, le hubiera bastado esperar a adquirir la condición de free agent y, sin embargo, acordó ser traspasado durante la vigencia de su contrato con el Santos de forma que los intereses y expectativas de la querellante no se vieran afectados, al recibir el 40% de los 17,1 millones de euros convenidos por el traspaso de los derechos federativos.

Por todo lo cual se interesa por la parte recurrente la revocación de la resolución combatida y su sustitución por otra que acuerde la inadmisión a trámite de la querrela interpuesta, por los motivos recogidos en los apartados B), C) y D) anteriores, o la suspensión de la tramitación del procedimiento por el motivo del apartado A).

SEGUNDO.- El recurso de apelación formulado no puede prosperar, ya que subsiste la plena validez y ponderación de las consideraciones expuestas por el Magistrado Instructor en el auto que admitió a trámite la querrela en cuestión, debiendo este Tribunal resaltar lo que gráficamente recoge, acerca de que los hechos alegados en la querrela formulada no han de resultar acreditados, pues su averiguación es el objeto del proceso iniciado, no pudiéndose convertir su verificación en presupuesto de la incoación de este procedimiento penal.

En definitiva, el órgano de instancia sostiene, con apoyo en el informe del Ministerio Fiscal, que la querrela formulada tiene consistencia delictiva, al haber sido planteada en el órgano judicial competente y al describir los elementos de los tipos penales que la parte querellante sostiene que se han podido perpetrar.

Este Tribunal ha de conceder la razón a dicho órgano instructor, puesto que de las actuaciones remitidas se deduce que los hechos contenidos en el escrito de querrela pueden tener visos de perpetración criminal. La admisión de la querrela, lejos de vulnerar los preceptos constitucionales y legales que menciona la parte recurrente, favorece el principio de tutela judicial efectiva y facilita la comprobación de supuestos actos infractores de la legalidad penal en su vertiente patrimonial.

A) Por lo que se refiere a la denominada en la querrela "excepción de litispendencia", no podemos aceptar la tesis de la parte apelante sobre la identidad de los hechos objetos de investigación en este procedimiento, en relación con el que hoy día se tramita en el Juzgado de Instrucción nº 22 de Barcelona a través de las Diligencias Previas-Procedimiento Abreviado nº 1957/15. Mientras que en este procedimiento se investiga la actuación supuestamente delictiva de los querrelados en hechos que pudieran perfilarse como enmarcados en los tipos de la estafa por otorgamiento de contratos simulados y de la corrupción entre particulares, en el procedimiento que se tramita en Barcelona se ha investigado y se acerca el enjuiciamiento de hechos cometidos por la parte española de los aquí querrelados, constitutivos de los presuntos delitos societarios (por administración desleal) y fiscales. A pesar de que básicamente el ejercicio de ambas acciones criminales se apoyan en los mismos documentos suscritos por las partes, sus conductas son diferentes, independientes y no están interrelacionadas. Por lo que uno y otro procedimiento tienen plena autonomía y carecen de la interdependencia de que les quiere investir la parte aquí recurrente. Por lo que en ningún caso resulta viable la aplicación del principio "non bis in ídem" preconizado desde la parte recurrente.

B) En lo que respecta a la consideración de la parte apelante sobre la inmutabilidad de la respuesta que ya se ha dado a la parte querellante en el anterior procedimiento sobre sus pretensiones económicas, en absoluto podemos compartir dicha opinión de la parte recurrente. Y ello ocurre porque de la lectura de las resoluciones firmes que dieron lugar a la prohibición de personación de la hoy querellante en las entonces Diligencias Previas nº 122/13 del Juzgado Central de Instrucción nº 5 (luego remitidas a Barcelona), no se infiere que los órganos judiciales intervinientes hayan rechazado con carácter firme la acción penal emprendida por la querellante y la haya dirigido a la vía civil, sino simplemente expresaron que en aquel primer procedimiento no cabía tenerla como parte perjudicada por las acciones allí sujetas a comprobación (recordemos que indiciariamente constitutivas de los delitos societarios y fiscales de algunos de los aquí querrelados). Por lo que ninguna vulneración del principio de inalterabilidad de las resoluciones judiciales firmes se ha producido con la admisión a trámite de la querrela interpuesta sino que, al contrario, tal decisión tiene el efecto de propiciar el ya mencionado derecho de la querellante a la tutela judicial efectiva, con evitación de la indefensión que le produciría que la reivindicación de sus pretensiones penales y civiles carecieran de cauce procesal.

C) En cuanto a la inexistencia de visos de comisión del delito de estafa en su modalidad de otorgamiento de contratos simulados, tipificado en el artículo 251.3º del Código Penal, con los datos aportados con la querrela no podemos descartar su perpetración, con independencia de lo que pueda acontecer a lo largo del devenir



procesal. Con el Ministerio Fiscal, el Magistrado Instructor y la propia entidad querellante, no podemos dejar de considerar la posible simulación de varios contratos suscritos entre los Clubes de Fútbol Barcelona y Santos, por medio de los cuales podría estar disfrazándose el pago por la transmisión de los derechos federativos del jugador Luis Angel Junior, fingiendo otros conceptos irreales y con claro perjuicio de la querellante, que tenía al tiempo de tales contratos el derecho al 40% de los derechos económicos derivados de los derechos federativos del referido jugador. De forma que si el club Santos hubiera percibido del club Barcelona una cantidad superior a los declarados 17.100.000 euros por el traspaso de Luis Angel Junior sin conocimiento de la querellante, tal conducta podría caer en la órbita del Derecho Penal, al no constituir un mero incumplimiento civil sino una posible infracción criminal.

Los contratos supuestamente simulados son: 1º.- El llamado convenio de colaboración en materia de fútbol base y reconocimiento de derechos sobre juzgadores, de fecha 25-7-2013, en el que el Barcelona abonó al Santos la suma de 7.800.000 euros para ejercitar el derecho de preferencia sobre tres jugadores del Santos; derecho que no ha cumplimentado en los plazos marcados. Y 2º.- El acuerdo para disputar un partido amistoso entre el Barcelona y el Santos organizado por este último club en Brasil, de fecha 31-5-2013, de carácter gratuito, comprometiéndose el mismo día los altos directivos del Barcelona aquí querellados a abonar al Santos la suma de 4.500.000 euros si el partido no se celebraba mientras Luis Angel Junior fuera jugador del Barcelona, sin que dicho partido se haya efectuado aún.

D) Por último, sobre la inexistencia de visos de comisión del delito de corrupción entre particulares, previsto en el artículo 286 bis del Código Penal, tampoco puede descartarse su posible perpetración, puesto que varios contratos y documentos obrantes en autos abonan, de modo provisorio e indiciario, la tesis de la parte querellante sobre posible alteración de las reglas del libre mercado de fichajes de futbolistas, con perjuicio de la querellante, al privársele de la posibilidad de que el jugador Luis Angel Junior entrase en el mercado de conformidad con las reglas de la libre competencia y pudiese obtenerse de su transferencia a otros clubes diferentes al Barcelona una mayor cantidad económica por su traspaso.

Tales contratos que pudieran evidenciar la comisión delictiva ahora examinada son: 1º.- El suscrito el 15-11-2011 en Sao Paulo, en el que la sociedad co-querellada N&N Consultoria Esportiva e Empresarial Ltda. se autoproclamaba titular de los derechos económicos futuros del mencionado juzgador de fútbol cuando éste adquiriera la condición de free agent. Y 2º.- El firmado el 6-12-2011 en Barcelona, que las partes denominaron "de préstamo", mediante el cual se entregó a la entidad N&N la cantidad de 10 millones de euros. Y para completar los 40 millones de euros convenidos para asegurar el futuro fichaje del nombrado jugador por el Barcelona, en los años 2013 y 2014 se abonaron los restantes 30 millones de la siguiente forma: 25 millones de euros el 16-9-2013, que se ingresaron en la cuenta corriente de N&N en Sao Paulo, y 5 millones de euros el 30-1-2014, que se ingresaron en la misma cuanta corriente brasileña.

TERCERO.- En consecuencia, al no poder acoger la tesis, mantenida por la parte apelante, de inviabilidad de la admisión de la querrela formulada, procede desestimar el recurso de apelación planteado, con declaración de oficio de las costas procesales generadas en esta segunda instancia.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

PARTE DISPOSITIVA

EL TRIBUNAL ACUERDA: Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Luis Angel Junior y Luis Angel, contra el auto dictado el día 17 de junio de 2015 por el Juzgado Central de Instrucción nº 5 en las Diligencias Previas nº 62/2015, que admitió a trámite la querrela formulada por la representación procesal de por la entidad DIS - Esportes e Organizaçao de Eventos Ltda., dirigida contra el Fútbol Club Barcelona, Augusto, Emilio, Luis Angel Junior, Luis Angel, N&N Consultoria Esportiva e Empresarial Ltda., Santos Futebol Clube, Landelino y Romualdo, por la presunta comisión de hechos supuestamente constitutivos de los delitos de estafa en su modalidad de contrato simulado, del artículo 251.3º del Código Penal, y de corrupción entre particulares, del artículo 286 bis del Código Penal.

Por lo que confirmamos aquella resolución en su integridad, con declaración de oficio de las costas procesales devengadas.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas, haciéndoles saber que contra la misma no cabe interponer recurso ordinario alguno.

Así, por este auto, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.