



AUDIENCIA NACIONAL
SALA DE LO PENAL
SECCIÓN CUARTA
ROLLO 520/16
DILIGENCIAS PREVIAS 62/15
JUZGADO CENTRAL DE INSTRUCCIÓN N°5

ILMOS SRES:

D^a ANGELA MURILLO BORDALLO
D^a CARMEN-PALOMA GONZALEZ PASTOR (Ponente)
D. JUAN FRANCISCO MARTEL RIVERO

AUTO n° 545/16

En Madrid, a veintitrés de septiembre de dos mil dieciséis.

ANTECEDENTES DE HECHO

UNICO.- Por el Juzgado Central de Instrucción n°5, se incoaron diligencias previas 62/15 por la comisión de los presuntos delitos de corrupción en los negocios y estafa.

En el curso de las actuaciones, el Ministerio Fiscal presentó escrito el 06/06/2016 solicitando la continuación de las citadas diligencias por los trámites del procedimiento abreviado con respecto a Alexandre Rosell Feliu, Neymar da Silva Santos JR, Neymar da Silva Santos Odilio Rodrigues Filho y Santos Futebol Clube, interesando igualmente se acordara la condición de partícipes a título lucrativo de determinadas entidades.

Mediante auto de 08/07/2016, el juez a quo resolvió el sobreseimiento provisional de las actuaciones y su archivo una vez se acordara su firmeza.



Notificada la citada resolución se interpuso recurso de de apelación por el Ministerio Fiscal, al que se han adherido las mercantiles D.I.S. ESPORTES E ORGANIZACAO DE EVENTOS, LTDA. y LA FEDERACAO DAS ASSOCIACOES DOS ATLETAS PROFISSIONALES, ostentando el resto de personas mencionadas la condición de apelados. Formado el oportuno testimonio de particulares, fue remitido a esta sección, donde tuvo entrada y fue registrado el 14/09/2016 con el número de rollo de apelación 520/16.

Mediante diligencia de la misma fecha, se acordó como fecha de la deliberación del recurso el 15/09/2016, quedando los autos pendientes de dictar la oportuna resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Discrepa el Ministerio Fiscal de la decisión de sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones adoptada por el instructor judicial, de forma sucinta, por los motivos siguientes: En primer lugar, pone de manifiesto la falta de precisión del auto impugnado en lo que afecta al motivo del sobreseimiento provisional acordado. En segundo lugar, enumera los datos incriminatorios por los que, a su juicio, concurre el tipo penal de corrupción entre particulares de los artículos 286 bis y 288 del Código Penal y, en tercer término, analiza los datos obrantes en autos para llegar a la conclusión de la existencia de un delito de estafa impropia del artículo 251 del citado cuerpo legal, entendiéndose, en definitiva, que concurren los presupuestos de ambas figuras delictivas.

SEGUNDO.- Por su parte, la representación legal de las dos entidades adheridas al recurso presentado por el Ministerio Fiscal, además de coincidir en los argumentos sucintamente enumerados, llama la atención respecto del delito de corrupción entre particulares, en los siguientes aspectos:



En primer lugar, lo que denomina extralimitación del juzgador a quo en la medida en que analiza los requisitos de los dos tipos delictivos imputados. En segundo lugar, precisa, que la referida figura delictiva es de mera actividad y de peligro, por lo tanto, y a los efectos de concretar el razonamiento del juez en contra de la existencia de este delito, no es necesario que la ventaja o beneficio injustificado haya alterado la libre competencia en el mercado, ya que se consuma con la recepción, solicitud o aceptación del beneficio, en la modalidad pasiva, o el de favorecerlo, en el caso de corrupción pasiva, sin necesidad de que se materialice; de forma que, a la vista del tipo penal, el razonamiento del auto en el apartado relativo a si los 40 millones de euros alteró o afectó al mercado, carece de relevancia, porque este requisito no es exigido por el tipo. Concluyendo su razonamiento sobre este extremo, las entidades adheridas añaden que cualquier club que quisiera fichar al jugador en cuestión, se vería abocado a tener que pagar más cantidad. Finalmente, añaden otra precisión al razonamiento que se recoge en el auto en lo que afecta a que, en todo caso, la infracción cometida por el F.C. Barcelona es meramente administrativa, sin relevancia penal, al entender que además de haber infringido otras normas que relatan en su escrito, lo importante a estos efectos es que esas infracciones administrativas de la FIFA, son el presupuesto, en el lenguaje penal, del incumplimiento de las obligaciones en la contratación de servicios profesionales.

Por lo que se refiere al delito de estafa impropia, las entidades adheridas salen al paso del razonamiento del juez relativo a la consideración de "habitual", en el ámbito futbolístico, del contenido de las cláusulas contenidas en los dos contratos suscritos en el 2013, coetáneos o posteriores al ya reseñado de 31 de mayo, entendiendo que, no parece propio utilizar el calificativo de "habitual", penalizar la no celebración de un contrato amistoso con la importante cantidad de 4.500.000 euros a cargo del C.F. Barcelona. Tampoco resulta

"habitual", ni merece ser calificado como tal, el pago, a cargo del mismo club de 7.900.000 euros por un derecho de preferencia sobre tres jugadores del Santos FC. Es más, sigue diciendo la representación legal de las entidades adheridas, resulta cuanto menos extraño que la suma de esas dos cantidades, sean coincidentes con las oficialmente percibidas y constituyan "su parte" (es decir, la parte que debía percibir el C.F. Barcelona) equivalente al 55% de los 40 millones que se mencionan en los contratos celebrados en el 2011 entre la referida entidad y el jugador.

Las citadas alegaciones son estimadas en esta alzada, iniciándose su estudio por las enunciadas por el recurrente principal habida cuenta de la similitud de los argumentos expuestos por los recurrentes adheridos.

TERCERO.- En relación al primer motivo, esto es, a la falta de precisión del porqué del sobreseimiento provisional acordado por el juez a quo, entiende el tribunal que la decisión acordada está íntimamente relacionada con lo narrado y razonado por el juez instructor a lo largo del auto impugnado, en el que el instructor llega a la conclusión de la atipicidad penal de las conductas analizadas, por lo que, en realidad la decisión adoptada, aunque no sea compartida en la alzada, ha sido debidamente razonada, incluso, podría decirse que el juez a quo ha llevado a cabo un análisis de los elementos de los tipos delictivos atribuidos a los imputados propia de una fase procesal más avanzada.

Ahora bien, en rigor, si la conclusión del juez a quo es la que él menciona, esto es, la atipicidad penal, y no hay duda de que ése es el resultado de su razonamiento, parecería más adecuado que la decisión adoptada hubiera sido acordar el sobreseimiento libre de conformidad con lo dispuesto en el artículo 637.2 L.E.Crim., en vez del sobreseimiento provisional que, en las circunstancias del caso, debería ser entendido al

amparo del artículo 641.1 de la L.E.Crim., esto es, cuando no conste debidamente justificada la perpetración del delito, conclusión que no parece coherente con el razonamiento del auto que nada indica acerca de una insuficiencia de datos incriminatorios, sino de falta de tipicidad penal.

No obstante, habida cuenta de que la decisión adoptada ha sido la de sobreseimiento provisional, pese a considerar que no hay tipicidad penal, el tipo de sobreseimiento acordado sólo tendría relevancia a los efectos de poder acudir, en su caso, en casación si de un sobreseimiento libre se tratara.

CUARTO.- Con respecto a la concurrencia de datos incriminatorios de la existencia del primer delito, entiende el Ministerio Fiscal, que tanto de acuerdo a la documental aportada a las actuaciones, como de las declaraciones de testigos e imputados, se desprende que cuando en el año 2011, el C.F. Barcelona, representado por su presidente, firmó con el jugador de fútbol del Santos F.C., Neymar Da Silva Santos Jr. y su padre, dos documentos contractuales que tenían por objeto que el jugador fichara por el C.F.Barcelona cuando el citado fuera "free agent" en el 2014, a cambio de percibir 40 millones de euros, que C.F. Barcelona ingresó a finales de 2011 en la sociedad N&N, propiedad al 50% de los padres de Neymar Jr, no sólo se alteró el libre mercado del fichaje de los futbolistas al infringir las normas de la FIFA sobre contratación de jugadores, sino que perjudicó, de una parte, los derechos de la mercantil D.I.S., ya que el precio del traspaso fue mucho menor que lo que imponía la lógica del mercado y, de otra, al Santos FC, que desconocía la operación descrita, producida cuando Neymar Jr. todavía pertenecía al citado club.

Por lo que se refiere al segundo delito, entiende el Ministerio Fiscal que los datos indiciarios de la comisión del delito de estafa impropia se encuentran en que, una vez suscrito el contrato de 31/05/2013, entre el C.F. Barcelona y

el Santos FC, por el que se acuerda la transferencia de los derechos federativos del jugador Neymar Jr, jugador del Santos en esa fecha, por importe de 17.000.000 euros, en el cual se establece una estipulación económica a favor de D.I.S. del 40%, en su condición de titular del referido porcentaje de los derechos económicos derivados de los derechos federativos del jugador en cuestión, tal pacto quedó, en realidad, mermado y desconocido, cuando en fechas posteriores, ambas entidades suscribieron otros dos contratos: a) "el convenio de colaboración en materia de fútbol base y reconocimiento de derechos sobre jugadores" de 25/07/2013, en el que el C.F. Barcelona solicita el derecho de preferencia sobre tres jugadores del Santos FC., acuerdo que, según la testifical practicada estaba indisolublemente unido al propio traspaso de Neymar Jr. y b) el acuerdo para disputar un partido amistoso entre ambos clubes de fútbol, que, según se deduce de las actuaciones no ha tenido lugar hasta la fecha; de ahí que pueda pensarse que ambos contratos pudieran calificarse legalmente de simulados.

Pero además, a juicio del Ministerio fiscal, hay otro dato que permite pensar en la opacidad de actuación del C.F. Barcelona, se trata de la no aportación a las actuaciones del denominado Anexo del contrato de 31/05/2013 de transferencia de los derechos federativos de Neymar Jr. a favor del C.F. Barcelona, y que fue hallado en la entidad auditora del referido club, en la medida en que al pactarse a favor de D.I.S. el 40% de los 17.000.000 de la transferencia del jugador, como se ha anticipado, esto es, 6.840.000 euros, se recogía, expresamente, que si el precio del traspaso fuera superior, de acuerdo a lo acordado en sentencia judicial o laudo arbitral, ambas partes, esto es, C.F. Barcelona y Santos FC. se obligan a pagar el exceso por mitad.

Es decir, siguiendo el razonamiento del recurrente, el hecho de que los dos clubes de fútbol prevean el supuesto de



que la cantidad pactada por el traspaso pueda ser más elevada que la acordada, permite deducir que eran conscientes de que el precio acordado por la transferencia del jugador era anormalmente bajo según las reglas al uso.

QUINTO.- En la detallada y amplia exposición de hechos que figura en el auto impugnado en el que se relatan no sólo los avatares con indicios delictivos centrados en los contratos celebrados en los años 2011 y 2013, sino que se remonta a años atrás, cuando Neymar JR. empezó a jugar para el Santos FC en el 2004, contando tan sólo 12 años, como jugador en formación, hasta que firmó su primer contrato profesional en el 2008 y los sucesivos avatares contractuales acaecidos a partir de entonces. Detallado el iter profesional del jugador en cuestión, el juez a quo enumera los hechos presuntamente delictivos, de acuerdo con los postulados del Ministerio Fiscal, para después concluir porqué no los considera tales, entrando a analizar los requisitos de las dos figuras delictivas imputadas.

En realidad, ninguna de las partes intervinientes en las actuaciones, discrepa de cuales sean los datos de los que puede deducirse la comisión de los dos ilícitos, por cuanto, en definitiva, se circunscriben a una serie de contratos que, como tales, figuran unidos a las actuaciones y no han sido impugnados; en lo que unos y otros difieren, como no podía ser de otra manera, es en dilucidar si en esos contratos hay indicios de los delitos imputados.

Pues bien, este tribunal, que no es el del enjuiciamiento, sino que únicamente se encarga de resolver los recursos que se presenten durante la tramitación de las diligencias hasta que estas finalicen y, en su caso, se remitan al tribunal encargado de su enjuiciamiento, a la hora de tomar la presente decisión ha analizado los diferentes escritos y, especialmente, aquellos datos, obtenidos de esos documentos (contratos) no impugnados



que, a su vez, han sido tenidos en cuenta y valorados por el juez a quo como acreditativos de los incumplimientos contractuales de los querellados que, este tribunal hace suyos, no obstante lo cual, va a diferir de la conclusión de impunidad alcanzada por el instructor judicial, para alinearse con los recurrentes.

En definitiva, los extremos del auto impugnado que, de forma concisa, aunque no completa, enumera esos incumplimientos pero que este tribunal hace propios, se encuentran en el fundamento de derecho duodécimo, apartado 4º, segundo inciso, cuyo texto es el siguiente:

" A los efectos limitados que ahora interesan, parece obvio que el FCB, **NEYMAR JR, DA SILVA SANTOS Y N6N** incumplieron paladinamente las obligaciones estatutariamente impuestas por los Estatutos FIFA de contratación de jugadores; no comunicaron por escrito al SFC su intención de abrir (y cerrar) negociaciones; no solicitaron autorización del SFC para tal fin; negociaron dentro del periodo de validez del contrato y fuera del marco permitido de los seis últimos meses; y llegaron a hacer (el FCB) y recibir (N&N), pagos multimillonarios sólo ocho días antes de un partido trascendental para la historia deportiva del SFC al que **NEYMAR JR** estaba ligado".

Por el contrario, el tribunal disiente de las conclusiones alcanzadas por el juzgador a quo, a renglón seguido, sobre la atipicidad penal de esos incumplimientos y, que son las siguientes:"

"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 derechos 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".

De forma resumida y a los efectos de concretar la presunta comisión de los delitos imputados, podemos distinguir dos etapas, los contratos que se firman en el 2011, por lo que se refiere al delito de corrupción de particulares y, los que se firman en el 2013, con respecto a la imputación de estafa impropia.

En relación a la primera imputación, hay dos contratos, el de 15 de noviembre y el de 6 de diciembre de 2011.

El objeto de ambos es precisar las condiciones de la transferencia del jugador Neymar Jr., que en esas fechas pertenecía al Santos FC. a favor del C.F. Barcelona, a tenor de sus cláusulas, se puede resumir que el C.F. Barcelona, representado por el Sr. Rosell, se concertó con Neymar Jr. y con la sociedad N&N, formada al 50% por sus padres, en su condición de titular de los derechos económicos del mismo, para que, cuando el jugador adquiriera la condición de free agent en el 2014, fichara por el C.F. Barcelona, a cambio de 40.000.000 euros. En el citado contrato, se recogía la cláusula de irrevocabilidad y de una penalización de 40.000.000 euros, a cargo del jugador, en caso de incumplimiento por su parte, una vez llegado el plazo.

En virtud del segundo contrato, el C.F. Barcelona abonó 10.000.000 euros a N&N, figurando el concepto de "préstamo", si bien la cifra parece responder a un pago parcial de la transferencia del jugador.

De las citadas cláusulas, el tribunal entiende que hay indicios del delito de corrupción entre particulares por cuanto: 1º.- 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 había comunicado. 2º.- la mercantil D.I.S., que había adquirido el 40% de los derechos económicos derivados de los derechos federativos de Neymar Jr., tampoco conoció el traspaso pactado. 3º.- 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 Neymar Jr. estaba vinculado con el Santos FC. hasta mediados de julio de 2014. 4º.- 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. 5º.- Y, a mayor abundamiento de esa presumible comisión del delito, debería 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 Neymar Jr, por 36.000.000 euros, es decir, más del doble de la cantidad ofertada por el F.C. Barcelona.

La consecuencia de todo ello, sin entrar en el análisis que del tipo penal cuestionado se ha realizado en el auto impugnado, al no ser propio de esta fase procesal, 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 Neymar Jr. incumplía el contrato, debía abonar no sólo los 40.000.000 euros, sino los otros 10 anticipados e ingresados en la sociedad N&N.

En relación al delito de estafa impropia, circunscrito a los contratos celebrados en el 2013 cuando el C.F. Barcelona

anticipa la contratación de Neymar Jr, sin esperar que fuera libre a partir de julio de 2014 de los contratos obrantes en actuaciones, se constata que, en principio, el 31 de mayo de 2013, el Santos FC. cedió al F.C. Barcelona los derechos federativos por el precio de 17.100.000 euros, operación que fue comunicada a D.I.S. que percibió el 40%.

Ahora bien, sobre esa premisa, tienen lugar, 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 y, ello ocurre:

A) En un primer momento, en otro contrato del propio 31/05/2013, que tiene por objeto disputar un partido amistoso entre el C.F. Barcelona y el Santos FC., de carácter gratuito, en el que expresamente se pactaba que si el contrato no se celebraba mientras Neymar Jr. era jugador del F.C. Barcelona, éste club abonaría 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 D.I.S. 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 C.F. Barcelona cuando el juzgado le requirió los contratos del fichaje de Neymar Jr., sino que fue puesto a disposición judicial por la firma auditora, contrato en el que, sobre la premisa de haberse pactado el fichaje de Neymar entre el C.F. 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. Clausula 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 C.F. 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 Neymar Jr. y que tampoco ha sido cumplido por parte del obligado al pago.

En consecuencia, habida cuenta de que tras la profusa investigación llevada a cabo hasta la fecha, se deduce indicios suficientes de la comisión de los delitos ya indicados, procede la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida.

PARTE DISPOSITIVA

EL TRIBUNAL ACUERDA: **Estimar** el recurso de apelación presentado por el Ministerio Fiscal y al que se han adherido las representaciones de ESPORTES E ORGANIZAÇÃO DE EVENTOS, LTDA (D.I.S.) Y LA FEDERAÇÃO DAS ASSOCIAÇÕES DOS ATLETAS PROFISSIONAIS, (F.A.A.P.), frente al auto de 08/07/2016 dictado por el Juzgado central de instrucción N° 5, que se revoca íntegramente, acordándose, la continuación de las actuaciones por los trámites del Procedimiento abreviado.

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

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario.