

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

DE LA COMISIÓN A LA CONTRATACIÓN Comentario a la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6.ª, de 12 de diciembre de 2022 (caso Neymar II)

Sergio Berenguer Pascual

Profesor Colaborador Asociado Doctor
Universidad Pontificia Comillas-ICADE

Title: *Commission to contracting: Review on the judgement of the Provincial Court of Barcelona, Section 6, December 12th, 2022 (Neymar II case).*

Resumen: Apenas existen precedentes jurisprudenciales en los que se aprecie o excluya la comisión del delito de corrupción en los negocios (artículo 286 bis del Código Penal). La reciente sentencia absolutoria dictada en el llamado «caso Neymar II» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6.ª, de 12 de diciembre de 2022), pese a no ser todavía firme, nos da pie a evaluar el estado actual de la cuestión. A través de la revisión de los aspectos más discutibles de la resolución judicial, se valora el eventual impacto que tendrá este precedente en el devenir interpretativo de este, todavía novedoso, tipo penal.

Palabras clave: Corrupción en los negocios; libre competencia; legitimidad del beneficio; simulación contractual; adecuación social; incumplimiento contractual.

Abstract: *There are hardly any case-law precedents of commercial bribery convictions or acquittals (Criminal Code, article 286 bis). The recent acquittal issued in the so-called 'Neymar II case' (Barcelona Provincial Court Judgment, Section 6, of December 12th, 2022), although it is not final yet, allows us to assess the current state of the matter. Through the review of the most debatable aspects of this judgment, it is reviewed the eventual impact that this case-law precedent will have on the future interpretation of this still novel criminal offence.*

Keywords: *Commercial bribery; free competition; benefit lawfulness; contract simulation; social adequacy; breach of contract.*

Sumario: 1. Introducción. – 2. Hechos probados y absolución de los acusados. – 2.1. Antecedentes procesales de la sentencia. – 2.2. Relato fáctico probado. – 3. Aspectos jurídicos más controvertidos: estado actual de la cuestión. – 3.1. Justificación del beneficio o ventaja: ausencia de riesgo por adecuación social en el mercado del fútbol profesional. – 3.2. El bien jurídico protegido de la libre competencia y el perjuicio para la empresa desplazada: la imposibilidad de que el empresario individual incurra en la modalidad favorecedora. – 3.3. Relaciones concursales entre corrupción en los negocios y la estafa impropia por simulación contractual. – 4. Consideraciones finales. – 5. Referencias bibliográficas.

1. Introducción

Escasos han sido los pronunciamientos judiciales en materia de «corrupción en los negocios» (también conocida como «corrupción entre particulares» o «en el sector privado») desde que ha sido criminalizada en nuestro Código Penal a través de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio¹. Quizás por tal motivo —que no pese a ello— ha habido dos ulteriores reformas, operadas por las Leyes Orgánicas 1/2015, de 30 de marzo, y 1/2019, de 20 de febrero, que han sido concebidas, según expresa el legislador, para introducir determinadas mejoras técnicas en la redacción del tipo penal. De ahí que lo que subyacería en el diagnóstico legislativo serían las nada desdeñables dificultades interpretativas que venían surgiendo en relación con los artículos 286 bis y concordantes del Código Penal, lo que redundaría en una relativa inaplicación del delito en la práctica².

En este contexto jurídico, el conocido «caso Neymar II» está llamado a ser un precedente de obligatorio análisis a la hora de interpretar judicialmente el delito de corrupción en los negocios³. La relevancia de esta resolución judicial —aunque por el momento no sea firme, porque frente a la misma cabe recurso de casación— radica en los problemas que se abordan de manera expresa, así como por los que parecen haber queda-

¹ Entre estos precedentes judiciales puede citarse, por ejemplo, el «caso Desigual» (Sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9.ª, de 28 de febrero de 2018 [ECLI:ES:APB:2018:4502]), el «caso Plasbel» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia, Sección 2.ª, de 30 de abril de 2021 ([CLI:ES:APMU:2021:1208])), el «caso Edmonton» (Sentencia de la Audiencia Nacional, Sección 2.ª, de 15 de julio de 2021 [ECLI:ES:AN:2021:3642]), y, más recientemente, el «caso Carrefour» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16.ª, de 9 de enero de 2023 [ECLI:ES:APM:2023:968]).

² De entre las publicaciones más recientes sobre este delito: REQUEJO NAVEROS, M.: «El delito de corrupción en los negocios tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015: cuestiones sin resolver», *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, núm. 7, mayo 2022, pp. 66-81.

³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6.ª, n.º de 12 de diciembre de 2022 [ECLI:ES:APB:2022:12154].

do en el aire⁴. El sustrato fáctico sobre los que éstos pivotan genera indudable interés, por cuanto la conducta enjuiciada pareciera encajar *prima facie* en el ámbito de lo prohibido penalmente: a saber, el presunto pago de una comisión económica por parte del Fútbol Club Barcelona al jugador brasileño Neymar Jr., a favor de una sociedad instrumental bajo su control, con el fin de asegurarse su fichaje una vez este fuese agente libre.

Aunque estos hechos se produjeron en el ámbito del deporte profesional, parece conveniente precisar desde este momento que el tipo penal que se discute es el de la «corrupción en los negocios» (art. 286 bis. 1 y 2), el cual castiga, en esencia, el pago de sobornos entre empresas con el objetivo de obtener ventajas competitivas en el mercado. El delito de «corrupción en el deporte» (art. 286 bis. 4), empero, persigue comportamientos diferentes: esto es, las dádivas dirigidas a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de un encuentro o competición deportiva que tenga especial relevancia desde un punto de vista económico o deportivo⁵. Si bien la fenomenología de la «corrupción» ha sufrido un desarrollo expansivo que ha tenido correlativo reflejo en los instrumentos normativos internacionales, hallándose su inicio cronológicamente con el final del siglo XX y continuando su desarrollo hasta la actualidad, no deben confundirse ambas tipologías delictivas de corrupción producidas en el sector privado⁶.

Antes de analizar las cuestiones jurídicas —a mi juicio— más interesantes, será necesario describir brevemente los hechos que han sido objeto de enjuiciamiento. Solamente después será posible evaluar el estado

⁴ Hasta el punto de que el propio ponente de la sentencia, el Ilmo. Sr. del Amo Sánchez, ha publicado poco después un breve análisis de la resolución judicial, para aclarar determinadas informaciones sobre el desarrollo del juicio. Véase AMO SÁNCHEZ, J. M.: «El caso Neymar: un breve análisis de la sentencia de la AP Barcelona de 12 de diciembre de 2022», *Diario La Ley*, núm. 10.208, Sección Tribuna, 16 de enero de 2023. En este sentido, reconoce el propio autor que puede sorprender que el ponente de la sentencia y presidente del tribunal sentenciador decida hacer unos comentarios sobre su contenido. Pero en cualquier caso, resulte o no sorprendente para el lector, ello sólo hace que resaltar la repercusión de esta sentencia.

⁵ Uno de los ejemplos paradigmáticos es el conocido «caso Osasuna», sobre el que recientemente se ha pronunciado la Sala Segunda del Tribunal Supremo para descartar que las llamadas «primas a terceros para ganar» sean susceptibles de colmar las exigencias del tipo penal. Véase la STS 1014/2022, de 13 de enero de 2023 (ECLI:Es:TS:2023:61). En cuanto al análisis dogmático del delito, sin ánimo ser exhaustivos, véase ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: «La corrupción en el deporte en el Derecho Penal español: ¿Un legislador torpe, inmoral o estratégico?», en GÓMEZ MARTÍN, V., MONTIEL, J. P., SATZGER, H. (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, 1.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 133-153; Sánchez Bernal, J.: *El delito de corrupción deportiva tras la reforma del 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018; ALZINA LOZANO, A.: «La relación entre la acción típica y el bien jurídico protegido para determinar el delito de corrupción en el deporte», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-19, 2022, pp. 1-26.

⁶ Así, por ejemplo, en VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A.: «La reforma del delito de corrupción privada», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, núm. 137, 2019

actual de los problemas que se plantean y, en su caso, sus posibles soluciones, así como el impacto que podrá tener esta sentencia en la futura aplicación del tipo penal.

2. Hechos probados y absolución de los acusados

2.1. Antecedentes procesales de la sentencia

La querella formulada por la entidad DIS-Esportes e Organização de Eventos Limitada (DIS), frente a Alexandre Rosell Feliu, Neymar da Silva Santos Jr., Neymar da Silva Santos, Nadine Gonçalves, Odilio Rodrigues Filho, Josep Maria Bartomeu i Floreta, Futbol Club Barcelona, N&N Consultoria Esportiva e Empresarial (N&N) y Santos Futebol Clube, tuvo entrada el día 5 de mayo de 2015. Como resultado, se incoaron las Diligencias Previas núm. 62/2015 del Juzgado Central de Instrucción núm. 5. También actuó como acusación particular la Federação das Associações dos Atletas Profissionais (FAAP)⁷.

Una vez finalizada la instrucción, se remitió la causa para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Barcelona. Ello tras la estimación de una cuestión de competencia resuelta por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, que fue confirmada en última instancia por el Tribunal Supremo⁸.

Celebrado el juicio oral durante el mes de octubre de 2022⁹, la Sección 6.^a de la Audiencia Provincial de Barcelona dictó sentencia absolutoria en fecha 12 de diciembre de 2022, en la que se hacen constar, en esencia, los siguientes hechos probados (resolución judicial definitiva, pero no firme), que a su criterio no serían constitutivos de corrupción en los negocios (artículo 286 bis) ni de estafa impropia en su modalidad de simulación contractual (artículo 251.3).

Debe destacarse que el Ministerio Fiscal, durante el trámite de conclusiones definitivas, modificó su inicial calificación para, a continuación, pedir la absolución de todos los acusados¹⁰. La acusación particular en representación de DIS-FAAP, sin embargo, continuó sosteniendo su acusación y, tras el dictado de la sentencia, ya ha anunciado su voluntad de recurrir ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo¹¹.

⁷ Antecedente de Hecho Primero.

⁸ *Ibidem*.

⁹ Antecedente de Hecho Decimotercero.

¹⁰ Antecedente de Hecho Decimosexto.

¹¹ Así se ha anunciado mediante un comunicado público, que ha sido difundido a través de diversos medios de comunicación. A título de ejemplo: <https://www.europapress.es/catalunya/noticia-acusacion-particular-recurrira-absolucion-caso-neymar-reitera->

2.2. Relato fáctico probado

Los aspectos más destacables de los hechos probados serían, en mi opinión, los siguientes:

En fecha 6 de marzo de 2009, la empresa DIS adquirió el 40% de los derechos económicos derivados de los derechos federativos del jugador de fútbol profesional Neymar da Silva Jr., en aquel momento perteneciente a la plantilla del Santos Futebol Clube. Los derechos federativos están integrados por la inscripción de un jugador a favor de un club en una federación de fútbol reconocida por la FIFA. El jugador debe contar con un contrato laboral, que le habilite para jugar en exclusiva para el club. Durante la vigencia del contrato, según la normativa de la FIFA, el jugador no puede cambiar de club voluntariamente, ni puede negociar directamente con un club distinto. Durante la vigencia del contrato, el traspaso del jugador solamente puede hacerse con acuerdo entre los clubes, aunque con el consentimiento del jugador. Éste sólo es libre de negociar directamente el contrato cuando se esté en el último año de vigencia, y dentro de los últimos seis meses anteriores a su finalización¹².

Así las cosas, en el año 2011 el Futbol Club Barcelona, a través de su presidente, negoció el fichaje del jugador brasileño con el Santos Futebol Clube, al que en aquel momento pertenecía. Tras una negociación fallida, el jugador renovó su contrato, prolongando su vínculo con el club hasta el 13 de julio de 2014. En el nuevo contrato se pactó una cláusula de rescisión de 65 millones de euros. Este contrato sustituyó el anterior, que vencía el verano de 2015. El presidente del Santos Futebol Club facilitó una carta privada al jugador en el que le autorizaba a negociar directamente con otros clubes¹³.

A raíz de ello, el padre del jugador, que actuaba como su agente, negoció con el Futbol Club Barcelona su fichaje para el 2014, cuando quedara libre. A cambio se abonarían 45 millones de euros, de los cuales diez se percibirían al momento de la firma del acuerdo. Para ello, el acuerdo se formalizó en dos contratos, con una cláusula de irrevocabilidad. En el segundo de ellos, de 6 de diciembre de 2011, se pactó un «préstamo» de diez millones de euros, aunque esa no era la causa real del contrato, firmado entre el club catalán y N&N, la entidad familiar representante del jugador. Esa entrega de dinero no producía intereses. Tampoco se pactaron garantías de ningún tipo. La amortización se produciría cuando se formalizara el contrato laboral con el jugador¹⁴.

hubo-corrupcion-20221213182119.html (visto por última vez el 4 de febrero de 2023, a las 13:09 horas).

¹² Hecho Primero.

¹³ Hecho Segundo.

¹⁴ Hecho Tercero.

Eso sí, en caso de incumplimiento de la obligación del fichaje por cualquiera de las partes, fuera el jugador o fuera el Futbol Club Barcelona, conllevaría una penalización por la cual la parte incumplidora pagaría a la otra un total de cuarenta millones de euros¹⁵.

Los referidos diez millones de euros se ingresaron por el Futbol Club Barcelona en la cuenta de N&N el 9 de diciembre de 2011. Con posterioridad, al momento del fichaje, se abonaron otros veinticinco millones el 16 de septiembre de 2013, y cinco millones el 30 de enero de 2014, también en la cuenta bancaria de esta empresa familiar¹⁶.

En efecto, en el año 2013 el Futbol Club Barcelona decidió adelantar el fichaje de Neymar. De esta manera, tras una negociación con el Santos Futebol Club, se acordó rescindir el contrato del jugador, que permanecía en vigor hasta el 13 de julio de 2014. Ambos clubes llegaron a un acuerdo para el traspaso, en el que se concertó, entre otros, el abono de determinadas cantidades económicas, así como el pacto para jugar un par de partidos amistosos¹⁷.

El Futbol Club Barcelona celebró, en total, hasta siete contratos con el jugador, con su padre y con varias sociedades representadas por éste, en los que se estableció un salario mayor al estipulado en 2011. En el contrato de trabajo, firmado el 3 de junio de 2013, se fijó un pago al jugador de una prima de fichaje por importe de 8,5 millones de euros, que no estaba pactado en 2011. Este importe se pagó como anticipo en la nómina de septiembre de 2013¹⁸.

Por el traspaso del jugador del Santos Futebol Club al Futbol Club Barcelona, DIS percibió la cantidad de seis millones ochocientos cuarenta mil euros, es decir, el 40% de los diecisiete millones cien mil euros del precio total pactado a raíz de la adquisición de los derechos federativos y económicos¹⁹.

3. Aspectos jurídicos más controvertidos: estado actual de la cuestión

3.1. Justificación del beneficio o ventaja: ausencia de riesgo por adecuación social en el mercado del fútbol profesional

No parece haber discusión en cuanto a que el delito de corrupción en los negocios (artículo 286 bis. 1 y 2) presenta una estructura típica

¹⁵ *Ibidem.*

¹⁶ *Ibidem.*

¹⁷ Hecho Cuarto.

¹⁸ Hecho Sexto.

¹⁹ Hechos Quinto y Séptimo.

propia de los comportamientos consistentes en «dar para que me des» (*do ut des*): esto es, el incentivo ilícito debe ser aquello que explique, que motive, una eventual decisión de conceder un trato de favor en el mercado. O lo que es igual, el llamado «beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza» debe ser el motor causante del «favorecimiento indebido»²⁰. Y en este sentido, uno de los grandes problemas que surgen es determinar en qué supuestos la contraprestación es o no un verdadero «soborno». Pues si solamente están perseguidos penalmente los beneficios o ventajas «no justificados», ello significa, bien entendido a la inversa, que habrá supuestos en los que su percepción pueda resultar «justificada» (esto es, amparada o permitida por el ordenamiento jurídico, por cuanto exista un deber, derecho o facultad que habilite a recibir el incentivo de que se trate)²¹.

Se trata de un elemento normativo valorativo del tipo que resulta relevante para determinar en qué momento la conducta adquiere el signi-

²⁰ En cuanto al motor causal, RODRÍGUEZ PUERTA, M.^a J., MORÓN LERMA, E.: «Artículo 286 bis. 1, 2 y 3», QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.^a edición, Aranzadi, Navarra, 2011, p. 939; GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios y modificación del cohecho», QUINTERO OLIVARES, G. (coord.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 564-567; ENCINAR DEL POZO, M. A.: *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 1.^a edición, Editorial Aranzadi, Pamplona, 2016, p. 332; OTERO GONZÁLEZ, P.: «Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la Reforma Penal por LO 1/2015 (Análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP)», VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J. M., TEJEDOR BIELSA, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Editorial Atelier, Barcelona, 2016, p. 465; GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, 1.^a edición, Marcial Pons, Madrid, 2017, p. 255.

²¹ Véase, FARALDO CABANA, P.: «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXIII, 2001-2002, p. 77; SÁNCHEZ MELGAR, J.: «La corrupción en el sector privado», *Revista Xurídica Galega*, n.º 63, 2009, p. 19; VENTURA PÜSCHEL, A.: «Capítulo 37. Corrupción entre particulares (art. 286 bis. 1, 2, 3)», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 325; «El nuevo delito de corrupción privada», XXXII *Jornadas de la Abogacía General del Estado*, Madrid, 17 y 18 de noviembre de 2010, p. 6; SÁNCHEZ BERNAL, J.: «La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal», *Cuadernos del Tomás*, n.º 2, 2010, p. 217; BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Corrupción entre particulares (Artículo 286 el Código Penal)», *Compliance y Derecho Penal*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur-Menor (Navarra), 2011, p. 145; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 3.^a edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 311; ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C.: «El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)», ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. et al. (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 360; MENDOZA BUERGO, B.: «Sección 17. Corrupción entre particulares», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal 2015*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 1226; CASTRO MORENO, A.: «Capítulo 23. Corrupción en los negocios», AYALA GÓMEZ, I., ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (coords.), *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Ediciones Francis Lefebvre, Madrid, 2016, p. 659; ENCINAR DEL POZO, M. A., *El delito de corrupción privada*, op. cit., p. 323.

ficado jurídico de corrupción²². Así, habrá casos en los que el referido «beneficio o ventaja» no genere el riesgo jurídico-penalmente desaprobado: bien por estar su percepción permitida por alguna norma, bien por ser adecuada socialmente o, incluso, por resultar insignificante²³. De esta manera, se excluiría la imputación objetiva de aquellos incentivos que no supongan ningún riesgo para el bien jurídico protegido²⁴. La enorme dificultad del problema radica, sin embargo, en que no existe una normativa extrapenal previa o de referencia que nos facilite la tarea de fijar el límite de lo que es lícito y de lo que no, de ahí que sea necesario un examen de las circunstancias concretas del hecho.

El «caso Neymar II» resulta especialmente interesante a este respecto, ya que pone de manifiesto —aunque no explícitamente— la estrecha interrelación que existe entre el bien jurídico protegido, identificado en el interés colectivo del buen funcionamiento del mercado (esto es, la competencia libre y leal), y las especiales características del mercado de fichajes del fútbol profesional, que obligan a valorar la conducta desplegada dentro de ese ámbito jurídico-social. Porque si la acción cometida se adecuó a lo que era admisible, o por lo menos no fue contraria a la práctica en el mercado de fichajes del fútbol profesional —que presenta particularidades no extrapolables a otros sectores del mercado—, entonces difícilmente podría afirmarse el carácter «injustificado» del pago efectuado por el Fútbol Club Barcelona. Veamos cómo se traduciría esto en el caso en cuestión.

Siguiendo la tesis acusatoria examinada en la sentencia, los negocios jurídicos que se concertaron en 2011 y 2013 entre el Fútbol Club Barcelona y el jugador, a través de N&N, habrían ocultado en realidad un soborno: esto es, no se estaría propiamente ante un pago clandestino de dinero en efectivo, sino ante una comisión económica injustificada que se habría vehicularizado a través de un conjunto de contratos que enmascararían su verdadero carácter ilícito. Más concretamente, se sostuvo que el pago de los cuarenta millones era un soborno para no pagar los cincuenta y cinco millones pactados y perjudicar los derechos federativos ajenos. El problema, no obstante, más que de planteamiento jurídico, es puramente probatorio, ello en la medida en que los indicios

²² FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva en el Derecho Penal Económico: El alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho Penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares», *Perspectiva Penal Actual*, n.º 1, 2012, p. 92.

²³ BERENGUER PASCUAL, S.: *El delito de corrupción en los negocios*, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020, pp. 149-166.

²⁴ Entre otros autores: GÓMEZ RIVERO, C.: «Derecho Penal y corrupción: Acerca de los límites de lo injusto y lo permitido», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII, 2017, p. 257. BOLEA BARDÓN, C.: «El delito de corrupción privada tras la reforma del Código Penal español operada por LO 1/2015, de 30 de marzo», en GÓMEZ MARTÍN, V.; MONTIEL, J. P.; SATZGER, H. (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, 1.ª edición, Marcial Pons, Madrid, 2018, p. 15.

de criminalidad sobre los que descansaría la acusación habrían resultado finalmente insuficientes para la condena.

Entre los principales argumentos de la sentencia para no dar por probada esta posibilidad, destacan los siguientes:

Por un lado, se parte de la idea de que el contrato entre DIS y el jugador debe interpretarse en su conjunto, y no a través de cláusulas concretas: en este sentido, había prevista una penalización para el caso de que el jugador quedara libre del contrato laboral con el Santos Futebol Club. Ello significa que se protegían los intereses de DIS si el jugador quedaba libre, lo que redundaba en que la empresa acusadora era consciente de que conforme a la normativa autónoma del fútbol, el jugador podía no renovar con su club e, incluso, no aceptar un traspaso, de ahí que se pactara una penalización. Por este motivo no podría inferirse un indicio de criminalidad contra el jugador, que habría pactado como agente libre con el Futbol Club Barcelona, porque DIS tenía una expectativa de ganancia en el caso de revalorización del jugador; y se fijaron las consecuencias punitivas de carácter civil para el caso de incumplimiento contractual. Además, como el traspaso entre clubes se produjo en el año 2013 y DIS percibió el 40% del precio del traspaso, puede decirse que el pacto quedó objetivamente cumplido. Lo que deriva, a mayor abundamiento, en que ningún indicio de soborno puede derivarse del acuerdo de 15 de noviembre de 2011. Pero aunque se afirmase el incumplimiento del acuerdo civil conforme a la legislación civil brasileña, no por ello se deriva un indicio del incentivo ilícito que exige el artículo 286 bis CP²⁵.

Por otro lado, en lo que se refiere a los contratos firmados por el Futbol Club Barcelona y el jugador a través de N&N, entiende la sentencia que el pacto de irrevocabilidad del acuerdo que impedía al jugador y a N&N negociar y alcanzar un acuerdo con otro club no es un indicio incriminatorio. El razonamiento es similar al anterior: como se pactó una penalización en caso de incumplimiento contractual, no puede decirse que se trata de una cantidad de dinero que se entrega sin posibilidad de retorno, como lo sería una entrega gratuita de dinero, sin ninguna otra consecuencia. Esto es, se trataría de una prestación que conlleva, a su vez, una contraprestación (relación sinalagmática). Las peculiaridades del mercado de fichajes futbolísticos remitirían a la idea de un contrato con una fisonomía análoga al contrato de opción de compra para asegurarse la contratación futura de servicios profesionales: como lo sería un precontrato de trabajo, a modo de un acto de disposición sobre derechos futuros. El club catalán afirmó que era la única manera de asegurarse el fichaje del jugador: un pago por la opción o por la preferencia, que acompañaba al precontrato de trabajo, una vez el jugador quedara libre. Ello tras haberse frustrado la primera negociación con el Santos Futebol Club²⁶.

²⁵ Fundamento de Derecho Quinto.

²⁶ *Ibidem*.

Y finalmente, se destaca el carácter exculpatorio de la carta del presidente del Santos Futebol Club, mediante la que autorizó al jugador a negociar directamente con otros clubes. Ello porque lo que el jugador pactó con el Futbol Club Barcelona fue una opción o preferencia futura que, además, se condicionaba a que el jugador adquiriese la condición de agente libre. De ahí la conclusión de que el jugador habría estado amparado por la normativa que disciplina su actividad profesional, porque era un simple compromiso a futuro, sin perjudicar derechos ajenos²⁷.

Se concluye así, en esencia, que el jugador tenía plena potestad para regir sus intereses profesionales siempre que se respetasen los límites que la FIFA imponía mientras había un contrato vigente. Y como finalmente hubo traspaso ajustado a las normas FIFA, los pactos vinculados a la adquisición de la condición de agente libre no llegaron a producir el fin esencial buscado, consistente en asegurar el fichaje del jugador por el Fútbol Club Barcelona²⁸.

Lo que subyace al hilo argumentativo de todos estos aspectos fácticos, en mi opinión, es la necesidad de examinar la conducta dentro del concreto ámbito del mercado que se trate, como el del futbol profesional, que el tribunal califica de *sui generis*. Solamente de esta manera podría determinarse si con el incentivo que se ofrezca, solicite, prometa o conceda se sobrepasa el riesgo permitido; realizando este riesgo, como consecuencia de ello, el peligro que intenta prevenir la norma.

Desde el prisma de la teoría de la imputación objetiva, resulta fundamental la idea de que las consecuencias provocadas causalmente deben suponer la realización de un riesgo creado por el autor y que ese riesgo se corresponda con el riesgo desaprobado por el correspondiente tipo penal (esto es, un riesgo relevante en el sentido del tipo). El criterio de la adecuación social, de tanta utilidad aquí, sería el germen —al menos uno de ellos— de la imputación objetiva²⁹.

La justificación o injustificación del incentivo debe descifrarse a la luz del bien jurídico protegido, y en esta labor el criterio de la adecuación social resulta útil para excluir del tipo aquellos ataques que no generen riesgo (es decir, los que no sean idóneos *ex ante* para poner en riesgo la competencia). De ahí la importancia, en el caso enjuiciado, de que esta clase de preacuerdos de trabajo, no sólo se producen habitualmente en el ámbito del futbol profesional, sino también en otros deportes profesionales, en el que el deportista está todavía compitiendo con un equipo pero ya anuncia su contratación con otro para la temporada siguiente (así, se

²⁷ *Ibidem*.

²⁸ AMO SÁNCHEZ, J. M., «El caso Neymar...», *op. cit.*

²⁹ Cfr. FRISCH, W.: *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas* (traducción de IVÓ COCA VILA), Editorial Atelier, Barcelona, 2015, pp. 59-60.

pone de ejemplo, la Formula 1 y Moto GP). Porque siendo así, difícilmente podría afirmarse la puesta en peligro del bien jurídico colectivo que se identifica en la competencia libre y leal.

La comisión millonaria que habría recibido el futbolista de élite, por tanto, podría ser calificada de «justificada» en la medida en que tendría correlación con las facultades admitidas por la normativa de la FIFA y por las prácticas propias del sector. Esto es, porque esa ganancia obtenida no supondría la infracción de un «deber posicional», en tanto que proviene del ejercicio legítimo de un derecho de representación en una entidad privada (N&N), sobre unos derechos futuros que son perfectamente disponibles (ausencia de riesgo para la competencia)³⁰. Es decir, se trata de un supuesto frontalmente contrario al que se enjuició en el llamado «caso Desigual», en el que se condenó al director del departamento de calidad de la marca Desigual por haberle exigido a uno de sus proveedores de textil el pago de una serie de comisiones económicas, de las que se benefició personalmente, al margen de su retribución como director de departamento, como requisito para contratar con ella, lo que derivó en un notable incremento de la facturación del proveedor tras acceder a esta petición³¹.

Parece confirmarse, de esta manera, el criterio interpretativo sostenido por la doctrina en relación con este concreto tipo penal, por el cual debe huirse de automatismos: en el ámbito de los negocios no todo pago de dinero encierra, en sí mismo, un acto de corrupción; debe probarse su carácter injustificado (además de acreditar que constituye la contraprestación de un favorecimiento indebido en una relación comercial). Para excluir el riesgo típicamente relevante resultará de utilidad el examen de la normativa sectorial —en este caso ha sido la de la FIFA— y de la adecuación social. Aunque permanecerá la necesidad de analizar caso por caso los distintos supuestos que se den en la práctica.

3.2. El bien jurídico protegido de la libre competencia y el perjuicio para la empresa desplazada: la imposibilidad de que el empresario individual incurra en la modalidad favorecedora

La persecución de la corrupción en los negocios se ciñe a la que se cometa por parte de los sujetos activos de la modalidad pasiva (también lla-

³⁰ En cuanto a los beneficios extrapositionales, véase GARZÓN VALDÉS, E.: «Acerca del concepto de corrupción», LAPORTA, F. J., ÁLVAREZ, S. (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, pp. 45-48.

³¹ Sentencia de apelación de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 9.ª, de 28 de febrero de 2018 [ECLI:ES:APB:2018:4502].

mada favorecedora), cuando esté relacionada con una entidad del sector privado. O para ser más precisos: a la corrupción que se realice en el seno de «una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización» (LO 5/2010), o «de una empresa mercantil o de una sociedad» (LO 1/2015), por parte sus directivos, administradores, empleados o colaboradores. Lo que no parece quedar tan claro es que el favorecimiento indebido en una determinada relación comercial debe ser concedido sí o sí —en último término— por un ente del sector privado (esto es, por supuesto, actuando por su cuenta, o en su nombre o representación, sus administradores, directivos, empleados o colaboradores). La cuestión no es en absoluto intrascendente, ya que, de una interpretación literal y teleológica del artículo 286 bis 1 y 2, se deduciría que ni de los tratos de favor concedidos por particulares ni por empresarios individuales se produciría un riesgo típicamente relevante frente al buen funcionamiento del mercado, en el sentido previsto en el Código Penal.

De ahí que el «caso Neymar II» constituía una oportunidad inmejorable para pronunciarse judicialmente sobre esta cuestión controvertida, porque se enjuició el supuesto acto de preferencia indebida de un jugador de fútbol (una persona física), quien se habría decantado por un club de fútbol frente a otros, como consecuencia del pago de una cierta cantidad económica. Ello nos llevaría a que, aunque a efectos dialécticos pudiera afirmarse el carácter injustificado del beneficio o ventaja entregado al futbolista, faltaría la otra mitad del tipo objetivo: es decir, el trato de favor que habría de conceder una empresa mercantil o una sociedad. No habría, por tanto, riesgo típicamente relevante³².

En la sentencia comentada parece reinar cierta confusión a la hora de abordar este problema, que sólo se deja atisbar de manera tangencial. En efecto, en opinión de la Audiencia Provincial de Barcelona: «Un jugador juega donde quiere cuando está en disposición de negociar directamente. Aquí no podía negociar directamente en principio pero, por una parte, obtuvo una autorización para hacerlo de su club y, por otra y más importante, el acuerdo era sobre los derechos futuros. Y en cuanto a las penalizaciones no consideramos que afectaran a la libre competencia». «Estamos ante una libre competencia *sui generis* que se manifiesta en la posibilidad de que cualquier club profesional puede hacer una oferta al club del contrato o al jugador cuando ya es agente libre»³³. La conclusión que alcanza el tribunal, por tanto, es la de descartar una afectación al bien jurídico protegido: si el jugador tenía la última palabra, ninguna posibilidad tenía DIS de que sus expectativas de ganancias pudieran verse afectadas.

³² Esta cuestión ya se apuntó en: BERENGUER PASCUAL, *op. cit.*, pp. 248-251.

³³ Fundamento de Derecho Quinto.

Una precisión dogmática en cuanto a este punto: aunque la Audiencia Provincial de Barcelona se posiciona expresamente a favor de entender que el bien jurídico protegido es la libre competencia, ello no resulta coherente cuando a renglón seguido exige «probar ineludiblemente que hubo soborno (...) y que con el ofrecimiento y aceptación del mismo no sólo el Futbol Club Barcelona se aseguró el fichaje del jugador sino que, además, Neymar Jr., su padre y N&N consiguieron defraudar las expectativas de ganancia de DIS, como uno de los fines perseguidos con el negocio»³⁴. La razón es muy simple: porque una frustración de una ganancia económica lo que encierra, en realidad, es una exigencia de que la acción vaya dirigida a producir un perjuicio económico frente a terceros; cuando el tipo penal no exige tal peligro o lesión patrimonial³⁵. De esta manera, sin pretenderlo así la Audiencia Provincial incurre en incongruencia interna porque asumiría la misma visión patrimonialista del delito que parece defender la acusación particular y que el tribunal critica a lo largo de toda su sentencia. Particularmente cuando la Audiencia Provincial, esta vez sí con acierto, recrimina a la parte acusadora que solicita que se le indemnice en el 40% sobre el pago de los cuarenta millones de euros que califican como soborno, en la medida en que ello sería una reclamación sobre los efectos del delito; esto es, no una cantidad que habría sido defraudada a una potencial víctima³⁶.

El delito de corrupción en los negocios tutela exclusivamente el bien jurídico protegido de la competencia, institución necesaria para que el mercado funcione correctamente (bien jurídico colectivo o supraindividual). El objetivo de la norma, así las cosas, sería prevenir que se instaure y perpetúe la creencia de que mediante «sobornos» se puede competir y triunfar en el mercado. De ahí que nos encontremos ante un delito de aptitud o de peligro hipotético, porque se persiguen aquellos compor-

³⁴ Fundamentos de Derecho Tercero y Quinto.

³⁵ Solamente un sector muy minoritario de la doctrina ha defendido, aunque con ciertos matices, que el patrimonio también es objeto de tutela penal. Véase NAVARRO MASSIP, J.: «El delito de corrupción entre particulares», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n.º 11, 2011. Más recientemente, VEGA GUTIÉRREZ, J-Z.: «El objeto de protección en el delito de corrupción en los negocios», en *La Ley Penal*, núm. 131, Sección Estudios, Marzo-Abril 2018. Con arreglo a una visión patrimonialista del delito, que critica que la competencia como interés colectivo sea el bien jurídico protegido, se supeditaría la afectación de dicho valor abstracto a la puesta de peligro de intereses individuales de las empresas o del resto de competidores. Dentro de esta posición minoritaria, puede citarse la sorprendente sentencia de conformidad del «caso Carrefour» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 16.ª, de 9 de enero de 2023 [ECLI:ES:APM:2023:968]), en la que se apreció una atenuante de reparación del daño tras haber llegado a un acuerdo con Carrefour en el que se abonó o garantizó un total de 600.000 euros. Nótese, por un lado, que solamente hubo una condena por un delito continuado de corrupción entre particulares y, por otro lado, que en los hechos probados no se cuantifica el importe del perjuicio económico sufrido por Carrefour como consecuencia de los contratos fraudulentamente obtenidos. Además, no hubo condena por una responsabilidad civil derivada de este delito.

³⁶ Fundamento de Derecho Quinto.

tamientos idóneos *ex ante* para conseguir una posición de ventaja en el mercado como contraprestación de un incentivo ilícito, lo que requiere su aptitud para desplazar a otros potenciales competidores que pudieran concurrir en un mismo sector comercial (sin necesidad de que esta preterición se produzca o se consiga de manera efectiva). Solamente estos actos serían, previsiblemente, los que puedan llegar a afectar a la confianza en el buen funcionamiento del mercado³⁷.

Para el Código Penal, sin embargo, no toda decisión comercial que se vea o pueda verse influenciada por una dádiva tendrá relevancia a los efectos del tipo penal. El acto de competencia ilegítima del artículo 286 bis 1 y 2 CP, se ha querido así, se limita a los favorecimientos indebidos que hayan de ser concedidos por «una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización» (LO 5/2010), o «de una empresa mercantil o de una sociedad» (LO 1/2015). Cuestión distinta es que los directivos, administradores, empleados o colaboradores de aquellas actúen o no en su beneficio directo o indirecto a los efectos de lo previsto en el artículo 31 bis CP, en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Pero ello no resta validez a esta interpretación: en virtud de la garantía de *lex stricta*, el tipo penal no persigue aquellos tratos de favor que deba conceder un particular o un empresario individual (prohibición de la analogía en perjuicio del reo).

En coherencia, en un caso como el presente, no generaría el riesgo típico el posible favorecimiento que pudiera haber concedido Neymar Jr., un futbolista profesional, debido a su condición de persona física. Nada tendría que ver quién es o debe ser el beneficiario del pago (en el supuesto enjuiciado lo fue N&N, una sociedad controlada por el futbolista). Lo verdaderamente relevante, a los efectos del tipo penal, es quién ha de proveer el favorecimiento; que debe ser siempre y en todo caso «una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización» (LO 5/2010), o «una empresa mercantil o de una sociedad» (LO 1/2015)³⁸.

Desde un punto de vista político-criminal podría discutirse si esta decisión legislativa ha sido acertada o desacertada: por ejemplo, porque hay ocasiones en las que el impacto económico que en el mercado pueda tener una decisión comercial de un particular —actuando en su propio nombre y representación— puede ser inmensamente mayor que el que pueda generar jamás, verbigracia, una simple sociedad limitada. El mercado del fútbol profesional es un claro ejemplo, por los contratos multimillonarios que pueden cerrarse incluso cuando el jugador actúa como

³⁷ Cfr. BERENGUER PASCUAL, *op. cit.*, pp. 403-404.

³⁸ Lo que, en virtud de los artículos 286 bis. 5 y 297, debe entenderse referido: «a toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado».

agente libre. Sin embargo, ello no obsta a que la conducta típica viene limitada taxativamente en el artículo 286 bis 1 y 2, por lo que no nos podemos apartar del tenor del tipo penal.

3.3. Relaciones concursales entre la corrupción en los negocios y la estafa impropia por simulación contractual

La relación entre la corrupción en los negocios y las estafas es más estrecha de lo que, en principio, pudiera parecer. Con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, la estafa había sido utilizada para perseguir algunas conductas que a día de hoy encajarían en el artículo 286 bis. 1 y 2 CP. Por ejemplo, en el llamado «caso Ehlis» se castigó por estafa a un director de departamento de una empresa que, tras incrementar en un 10% el valor de las facturas de los bienes suministrados, percibía personalmente la diferencia del precio, como comisiones económicas, ocasionándole de esta manera un perjuicio económico a la empresa a la que pertenecía (véase la STS 1167/2010, de 9 de diciembre). En la actualidad, tras la ampliación de la intervención penal a nuevas conductas delictivas, el punto de intersección entre un tipo penal y otro es mucho más limitado, principalmente por la exigencia de un perjuicio económico como consecuencia de un engaño bastante³⁹.

En la sentencia comentada se discute un supuesto de hecho muy particular: esto es, si los contratos firmados por el club y el jugador se otorgaron inicialmente para ocultar parte del precio del traspaso, con el fin último de no pagar la total participación que le correspondería percibir a DIS como titular del 40% de los derechos económicos derivados de los derechos federativos. Y como ese negocio jurídico habría enmascarado —al mismo tiempo— una corrupción en los negocios, surgiría la posibilidad de un concurso ideal de delitos con la estafa impropia por simulación contractual.

El resultado de la prueba, no obstante, ha llevado a la Audiencia Provincial de Barcelona a no dar por acreditado que esos contratos se simulaban de manera absoluta para perjudicar a DIS. Habría habido, eso sí, una simulación relativa en el contrato de 6 de diciembre de 2011, al calificarse como «préstamo» un pago de diez millones de euros cuya causa real era, en realidad, otra. En concreto, esta simulación relativa habría tenido un fin puramente fiscal, no perjudicar a DIS. Recordemos que, según los hechos probados, esa entrega de dinero no generaba intereses; ni se pactaron tampoco otras garantías; y la amortización se produciría cuando se formalizara el contrato laboral con el jugador.

³⁹ Con mayor detalle en: BERENGUER PASCUAL, *op. cit.*, pp. 334-339.

Pero más allá del debate probatorio, lo interesante quizás es hacer abstracción y ceñirnos al problema jurídico-concursal que subyace. No importa tanto aquí la relación concursal que puede surgir entre la estafa común (artículo 248) y la estafa impropia por contrato simulado en perjuicio de otro (artículo 251.3º), que debería resolverse en favor de este último a través de la regla de especialidad (artículo 8.1º), si es que concurrieran todos los requisitos de ambos tipos penales. En un supuesto de hecho como el descrito se evidencia la —para nada nueva— dificultad que existe a la hora de discernir entre las simulaciones de negocios jurídicos y las falsedades documentales: con todo, esta tipología de estafas impropias (artículo 251.3º CP) entraría en concurso de normas con las falsedades en documento privado, que son punibles cuando se cometen para perjudicar a otro (artículo 395 CP)⁴⁰.

No es cuestión pacífica si esta segunda relación concursal debería resolverse a favor de la estafa impropia, por aplicación de la regla de especialidad (artículo 8.1º), o si debería prevalecer el precepto más amplio o complejo, por el principio de consunción (artículo 8.3º)⁴¹. Pero supera-

⁴⁰ Entre otros, BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Simulación de negocio jurídico y falsedad documental», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 2, pp. 2005-2008.

⁴¹ En cuanto al principio de especialidad, por ejemplo, en la STS de 22 de mayo de 1987 se afirmó que: «como quiera que la estafa impropia, tratándose de inmuebles, suele adquirir cuerpo a través de instrumentos públicos, se planteó la cuestión de su posible compatibilidad con el delito de falsedad, problema concursal entre la estafa, en la modalidad específica que nos ocupa, y la falsedad documental, que ha tiempo fue resuelto por la jurisprudencia en el sentido de que ha sido voluntad legal la de conjuntar en un solo delito el acto falsario y el defraudatorio, absorbiendo la estafa a la falsificación, siguiendo la regla penal de prevalencia de la norma específica sobre la genérica. Devienen inaplicables —suele decirse— los artículos 303 en relación con el 302.4.º del Código Penal, una vez que juega el artículo 531, ya que si, ciertamente, la calificación de falsedad en documento público, en su modalidad de falsedad ideológica, puede coexistir con la estafa común, no es menos cierto que tal concurso no puede darse cuando se trata de la estafa específica del artículo 531, en la que tal falsedad ideológica, perpetrada precisamente a través de documento, es elemento integrante de la misma, por lo que en acatamiento del secular principio *non bis in idem*, no puede darse paso a tal concurso delictual... Sin que ello afecte a la doctrina general sobre compatibilidad entre la falsedad en documento público, oficial o mercantil y la estafa común, apreciables, en su caso, como delitos ligados en régimen de concurso ideal...».

Y sobre la aplicación del principio de consunción, en la STS 1307/1993, de 4 de junio: «Es doctrina de esta Sala que el contrato simulado otorgado en perjuicio de tercero constituye una modalidad de delito de estafa denominada falsedad defraudatoria o estafa documental, resultando evidente su aproximación a la falsedad documental, en el 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, por lo que se afirma que la figura delictiva que examinamos encierra en los elementos que la conforman un delito de falsedad documental, de ahí que se contemple, en tales casos, un supuesto de concurso de normas y no un concurso de delitos, que se resolverá, por aplicación del principio de consunción, en favor de la figura

do este escollo, no habría problema *prima facie* en aplicar un concurso ideal de delitos, en tanto que el injusto de la corrupción en los negocios no abarcaría el desvalor de la seguridad del tráfico jurídico, ni del patrimonio del tercero, para el caso de que el perjuicio económico hubiera llegado a producirse.

Ahora bien, la respuesta debe matizarse cuando nos refiramos al régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas porque, a diferencia de las falsedades en documentos privados, las estafas impropias sí serían punibles (artículo 251 bis, en concordancia con los artículos 31 bis y siguientes). De este modo, según cómo se resuelva el concurso de normas entre la falsedad en documento privado y la estafa impropia, habría una asimetría punitiva entre la responsabilidad penal de las personas físicas y las jurídicas. No parece que esta cuestión se discutiera en el juicio oral (al menos, en la sentencia no se menciona), pero tal vez esta asimetría latía en el fondo de la acusación que se formuló. Con todo, no podemos perder de vista que la simulación contractual es una figura delictiva con muy poca aplicación en la práctica judicial.

Pero sea como fuere, hay otro aspecto que mencionar: el supuesto de hecho analizado permite poner de manifiesto que de la eventual existencia de una estafa impropia no cabe afirmar necesariamente la comisión de un delito de corrupción en los negocios. En concreto, porque la simulación absoluta de un negocio jurídico con el objetivo de perjudicar a un tercero, como delito patrimonial que es, no tiene por qué derivar en un atentado contra el buen funcionamiento del mercado. Es posible, sin duda, vehicularizar el pago de un soborno mediante un contrato fraudulento, un documento que enmascare su verdadero origen delictivo; pero lo uno no es condición necesaria de lo otro. Sin ir más lejos, como se ha argumentado *supra*, si nos ceñimos a los hechos probados, el jugador nunca pudo haber creado el riesgo típico de la corrupción en los negocios, ello por dos razones (independientes aunque complementarias la una de la otra): la primera, por adecuarse la retribución a lo admisible en el mercado del fútbol profesional; y la segunda, porque el tipo penal no persigue los favorecimientos indebidos que, frente a terceros, deba conceder una persona física o un empresario individual (la intervención penal queda restringida únicamente a los tratos de favor de «una empresa mercantil o de una sociedad, asociación, fundación u organización» (LO 5/2010), o de «una empresa mercantil o de una sociedad» (LO 1/2015).

No puede dejar de advertirse cierta timidez en la sentencia a la hora de abordar la relación entre la corrupción en los negocios y la estafa impropia por simulación contractual.

que contiene la totalidad de la ilicitud, frente a aquella que lo hace de manera parcial. El contrato simulado absorbe la falsedad».

4. Consideraciones finales

La sentencia absolutoria del «caso Neymar II» (Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 6.^a, de 12 de diciembre de 2022), aunque no sea firme por el momento, está llamada a ser una resolución judicial de referencia a la hora de interpretar el delito de corrupción en los negocios (artículo 286 bis. 1 y 2). Veremos en qué sentido se pronuncia el Tribunal Supremo, pero lo cierto es que la Audiencia Provincial podría haber abordado con mayor profundidad los problemas interpretativos que suscitan los elementos del tipo penal. Pero, aun con todo, ello no resta interés a las cuestiones que se tratan, unas con mayor acierto que otras; y eso cuando se afrontan expresamente, porque el tribunal pasa de puntillas por algunas de ellas, pese a que tenía la oportunidad de haberse pronunciado para poner algo más de luz.

A lo largo del presente comentario jurisprudencial nos hemos centrado en las que, consideramos, han sido las principales cuestiones que han sido objeto de debate, al menos en lo que se refiere a la corrupción en los negocios.

De la comisión a la contratación: aunque con sus luces y sombras, la sentencia comentada refuerza la importante idea, ya apuntada por la doctrina, de que no todo pago en el mercado puede dar lugar a un delito de corrupción en los negocios. Por un lado, porque el Código Penal sólo persigue aquellos incentivos ilícitos dirigidos a la consecución de un favorecimiento indebido en el mercado. Y en este sentido, el caso del jugador profesional de fútbol resulta especialmente interesante, porque, conforme a una interpretación literal y teleológica, no hay riesgo típico en los tratos de favor de particulares y empresarios individuales. Y, por otro lado, porque las facultades admitidas por la normativa de la FIFA y las prácticas propias del sector del fútbol profesional permiten o, por lo menos, ayudan a descifrar el carácter «justificado o injustificado» del «beneficio o ventaja» exigido por el tipo penal. Es decir, porque lo amparado o permitido por el ordenamiento jurídico, o lo aceptado desde el punto de vista de la adecuación social, como sucede en esta clase de preacuerdos de trabajo habituales en el ámbito del fútbol profesional, excluiría la posibilidad de un riesgo típicamente relevante (acción no idónea *ex ante* para poner en riesgo el buen funcionamiento del mercado).

Ni siquiera la posibilidad de una estafa impropia por simulación contractual (artículo 251.3º) tendría también por qué dar lugar *per se* a un delito de corrupción en los negocios, que entraría en concurso ideal de delitos. O lo que es igual, si se hubiera declarado probado que los contratos firmados por el club y el jugador se otorgaron inicialmente para ocultar parte del precio del traspaso con el fin último de perjudicar a DIS, no por ello cabría inferir necesariamente que hubo un acto de competencia ilegítima perseguido por el Código Penal. Lo mismo ha-

bría de suceder si la acusación hubiera sido de falsedad en documento privado (artículo 395). No en vano, es claro que puede haber contratos diseñados específicamente para perjudicar a un tercero y no por ello habría una infracción penal o extrapenal (administrativa, mercantil) frente a la competencia.

5. Referencias bibliográficas

- ALZINA LOZANO, A.: «La relación entre la acción típica y el bien jurídico protegido para determinar el delito de corrupción en el deporte», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-19, 2022, pp. 1-26.
- AMO SÁNCHEZ, J. M.: «El caso Neymar: un breve análisis de la sentencia de la AP Barcelona de 12 de diciembre de 2022», *Diario La Ley*, n. 10.208, Sección Tribuna, 16 de enero de 2023.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A. C.: «El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J. *et al.* (coords.), *Libro Homenaje al Profesor Luis Rodríguez Ramos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 339-366.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: «Corrupción entre particulares (Artículo 286 el Código Penal)», *Compliance y Derecho Penal*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 137-150.
- «Simulación de negocio jurídico y falsedad documental», *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n. 2, pp. 2005-2008.
- BERENGUER PASCUAL, S.: *El delito de corrupción en los negocios*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 2020.
- BOLEA BARDÓN, C.: «El delito de corrupción privada tras la reforma del Código Penal español operada por LO 1/2015, de 30 de marzo», en GÓMEZ MARTÍN, V.; MONTIEL, J. P.; SATZGER, H. (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, 1.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 25-34.
- CASTRO MORENO, A.: «Capítulo 23. Corrupción en los negocios», en AYA-LA GÓMEZ, I., ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. (coords.), *Memento Práctico Penal Económico y de la Empresa 2016-2017*, Francis Lefebvre, Madrid, 2016, pp. 655-670.
- «El nuevo delito de corrupción privada», *XXXII Jornadas de la Abogacía General del Estado*, Madrid, 17 y 18 de noviembre de 2010, pp. 1-11.
- ENCINAR DEL POZO, M. A.: *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, 1.ª ed., Aranzadi, Pamplona, 2016.

- FARALDO CABANA, P.: «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», *Estudios penales y criminológicos*, vol. XXIII, 2001-2002, p. 60-98.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B.: «Imputación objetiva en el Derecho Penal Económico: El alcance del riesgo permitido. Reflexiones sobre la conducta típica en el Derecho Penal del mercado de valores e instrumentos financieros y de la corrupción entre particulares», *Perspectiva Penal Actual*, n. 1, 2012, pp. 63-101.
- FRISCH, W.: *La imputación objetiva del resultado. Desarrollo, fundamentos y cuestiones abiertas* (traducción de Ivó Coca Vila), Atelier, Barcelona, 2015.
- GARCÍA ALBERO, R., «Corrupción en los negocios y modificación del cohecho», en QUINTERO OLIVARES, G. (coord.), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, pp. 553-576.
- GARZÓN VALDÉS, E.: «Acerca del concepto de corrupción», en LAPORTA, F. J., ÁLVAREZ, S. (eds.), *La corrupción política*, Alianza Editorial, Madrid, 1997, pp. 39-69.
- GILI PASCUAL, A.: *El delito de corrupción en el sector privado*, 1.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2017.
- GÓMEZ RIVERO, C.: «Derecho Penal y corrupción: Acerca de los límites de lo injusto y lo permitido», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXVII, 2017, pp. 249-306.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte especial*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- MENDOZA BUERGO, B.: «Sección 17. Corrupción entre particulares», en MOLINA FERNÁNDEZ, F. (coord.), *Memento Práctico Penal 2015*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 1225-1228.
- NAVARRO MASSIP, J.: «El delito de corrupción entre particulares», *Revista Aranzadi Doctrinal*, n. 11, 2011.
- ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í.: «La corrupción en el deporte en el Derecho Penal español: ¿Un legislador torpe, inmoral o estratégico?», en GÓMEZ MARTÍN, V.; MONTIEL, J. P.; SATZGER, H. (eds.), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, 1.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2018, pp. 133-153.
- OTERO GONZÁLEZ, P.: «Los nuevos delitos de corrupción en los negocios tras la Reforma Penal por LO 1/2015 (Análisis de cuestiones concretas de los arts. 286 bis y 286 ter CP)», en VILLORIA MENDIETA, M., GIMENO FELIÚ, J. M., TEJEDOR BIELSA, J. (dirs.), *La corrupción en España. Ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, Barcelona, 2016, pp. 451-478.
- REQUEJO NAVEROS, M.: «El delito de corrupción en los negocios tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015: cuestiones sin resolver», *Revista Jurídica Pérez-Llorca*, núm. 7, mayo 2022, pp. 66-81.

- RODRÍGUEZ PUERTA, M.^a J., MORÓN LERMA, E.: «Artículo 286 bis. 1, 2 y 3», en QUINTERO OLIVARES, G. (dir.), MORALES PRATS, F. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 9.^a ed., Aranzadi, Navarra, 2011, pp. 934-942.
- SÁNCHEZ BERNAL, J.: *El delito de corrupción deportiva tras la reforma del 2015*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018.
- «La corrupción en el sector privado: debate en torno a su inclusión en el Código Penal», *Cuadernos del Tomás*, n. 2, 2010, pp. 207-225.
- SÁNCHEZ MELGAR, J.: «La corrupción en el sector privado», *Revista Xurídica Galega*, n.º 63, 2009, p. 13-46.
- VEGA GUTIÉRREZ, J-Z.: «El objeto de protección en el delito de corrupción en los negocios», en *La Ley Penal*, n. 131, Sección Estudios, Marzo-Abril 2018.
- VENTURA PÜSCHEL, A.: «Capítulo 37. Corrupción entre particulares (art. 286 bis. 1, 2, 3)», en ÁLVAREZ GARCÍA, F. J., GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 319-329.
- VILLEGAS GARCÍA, M. A. y ENCINAR DEL POZO, M. A.: «La reforma del delito de corrupción privada», en *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*, n. 137, 2019.

