

**JUZGADO DE INSTRUCCION****NUMERO UNO****BARCELONA****Diligencias Previas 348/2023-3****AUTO DE COHECHO**

Magistrado-Juez D. Joaquín Aguirre López

En Barcelona, a 27 septiembre de 2023

HECHOS

UNO.- Con fecha 31 de agosto de 2023 se dictó Auto dividiendo las presentes diligencias previas en dos piezas. La pieza principal se refiere a los pagos efectuados por el FC Barcelona a determinadas compañías titularidad de J.M. E. N. y J. E. R. hijo del primero. A continuación, se añade el cuadro elaborado por la AEAT con las cantidades pagadas, si bien podrían ser algo superiores.

AÑO	SOCIEDAD	DECLARADO	IMPUTADO	PRESIDENCIA FUTBOL CLUB BARCELONA ²	JOSE MARIA ENRIQUEZ	JAVIER ENRIQUEZ
2000				NUÑEZ. Desde 1978 hasta Julio 2000		Juega en Segunda B hasta 2001
2001	DASNIL 95 SL	72.924,40	72.924,40	JOAN GASPART		
2002	DASNIL 95 SL	22.463,04	22.463,04	JOAN GASPART		
2003	SOCCERCAM	103.175,32	132.456,65	JOAN GASPART hasta febrero, Comisión Gestora y LAPORTA desde Junio		
2004	SOCCERCAM	67.625,92	67.625,92	LAPORTA		JAVIER ENRIQUEZ en SELECCIÓN ESPAÑOLA DESDE EL VERANO DE 2004 AL VERANO DE 2008
2005	SOCCERCAM	29.629,89	35.555,87	LAPORTA		
2006	DASNIL 95 SL	117.276,00	0,00	LAPORTA (salvo dos meses elecciones)		
2006	SOCCERCAM	0,00	117.276,00	LAPORTA	VICEPRESIDENTE COMITÉ ARBITRAL HASTA MAYO 2018.	
2006	NILSAD SCP	113.159,61	113.159,61	LAPORTA		
2007	NILSAD SCP	209.500,67	197.648,72	LAPORTA		
2008	NILSAD SCP	223.555,70	201.515,69	LAPORTA		JAVIER ENRIQUEZ en TURQUIA 01/07/08 a 30/06/09
2009	NILSAD SCP	331.062,20	364.954,16	LAPORTA		
2010	NILSAD SCP	477.222,19	283.767,60	LAPORTA hasta julio. ROSELL		
2011	NILSAD SCP	622.603,19	777.607,48	ROSELL		
2012	NILSAD SCP	679.904,20	641.453,90	ROSELL		
2013	NILSAD SCP	696.135,70	689.643,10	ROSELL hasta enero. BARTOMEU		
2014	NILSAD SCP	728.952,40	812.345,60	BARTOMEU		
2015	NILSAD SCP	728.952,40	478.772,80	BARTOMEU		
2016	DASNIL 95 SL	640.970,98	891.150,58	BARTOMEU		
2017	DASNIL 95 SL	644.600,91	596.393,30	BARTOMEU		
2018	DASNIL 95 SL	655.519,92	642.017,53	BARTOMEU		
2019				BARTOMEU		
2020				BARTOMEU hasta octubre		
2021				TUSQUETS hasta marzo y vuelve LAPORTA		
2022				LAPORTA		
	TOTAL	7.550.256,64	7.585.463,95			

La investigación de la Agencia Tributaria se inició en julio de 2019 por la Delegación Especial de la AEAT en Catalunya, mediante unas actuaciones inspectoras de carácter general al FC Barcelona respecto de las declaraciones del Impuesto sobre Sociedades de los ejercicios 2015 al 2018, y respecto de las declaraciones del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) de los ejercicios 2015 al 2017, por los pagos





efectuados por el FC Barcelona en relación a las facturas de las mercantiles NILSAD SCP (NIF J64044035) y DASNIL 95 S.L (NIF B60915931) en esos ejercicios.

Con fecha 21/07/2021, la Inspección planteó la propuesta de regularización referida al Impuesto sobre Sociedades modelo 129, que fue aceptada por el FC Barcelona en el Acta núm. 825. 94343A02 de conformidad, procediéndose a la corrección de la base imponible e incrementándola en una cuota de 404.249,52 euros, más otros 52.324,74 de intereses de demora. Asimismo, en el Acta núm. 82594946, el FC Barcelona mostró la conformidad con la propuesta de liquidación de una cuota de 473.050,11 euros, más otros 84.991,54 de intereses de demora respecto al modelo 210 del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Seguidamente se reproduce el acta de conformidad aceptada por el Futbol Club Barcelona extraída del informe que la Agencia Tributaria remitió a la Fiscalía:

Séptimo: Acta de conformidad extendida con el FUTBOL CLUB BARCELONA en la que se regularizan facturas de NILSAD y DASNIL como liberalidad.

En cuanto al acta en la que consta la propuesta de regularización del Impuesto de sociedades 2015 a 2017 suscrita en conformidad por el FUTBOL CLUB BARCELONA (A01 82594343) destacar los siguientes párrafos.

D).- FACTURAS NILSAD SCP, NIF J64044035 y DASNIL 95 SL, NIF B60915931

En la comunicación de inicio se solicitó respecto de determinados proveedores, entre los que se encontraban NILSAD SCP y DASNIL 95 SL, y a los cuales el FUTBOL CLUB BARCELONA había efectuado pagos (según las imputaciones declaradas), la aportación de la documentación que consta seguidamente:

- Copia de las facturas y de los medios de pago utilizados, descripción de la naturaleza de los servicios prestados referido al contenido de cada factura y su relación con la actividad de la entidad. En su caso, contrato de prestación de servicios, o de otra naturaleza, suscrito con ellos y, finalmente, acuerdo adoptado por el órgano o persona facultada para ello según los Estatutos de la entidad para realizar las citadas contrataciones.

En la diligencia nº 1 fueron aportadas las facturas recibidas de los proveedores NILSAD SCP y DASNIL 95 SL. A fin de justificar la concreta naturaleza y efectividad de los servicios descritos en las mismas, en la diligencia nº 3 (apartado D.I.) de fecha 27/11/2019 se solicitó la aportación de la siguiente documentación:

- Identificación de los profesionales, técnicos o personal auxiliar que desarrollaran individualizadamente los servicios.

- Copia de los videos, documentos o informes en los que se concretaron los trabajos de asesoramiento específico en cuanto a las cuatro facturas abajo referenciadas. En el caso de la factura A/950 de 6/6/2016, además de la copia del video o informe, justificantes de los gastos de viajes y dietas que cita esta factura.

- Copia de los contratos de prestación de servicios concertados con las citadas sociedades, presupuestos presentados por ellas al respecto y condiciones técnicas y de ámbito y duración de los trabajos solicitados. Igualmente copia de los concretos encargos a partir de los cuales el FUTBOL CLUB BARCELONA ordena mensualmente los citados trabajos. Finalmente, identificación de las concretas personas dentro del organigrama del FUTBOL CLUB BARCELONA que reciben y supervisan los citados videos, documentos o informes. Se reproducen en el cuadro siguiente los datos identificativos de una factura para cada ejercicio.

Se reproducen en el cuadro siguiente los datos identificativos de una factura para cada ejercicio:

PROVEEDOR	N.I.F.	FECHA FACT.	Nº FACT.	CONCEPTO	IMPORTE	I.V.A.	TOTAL
NILSAD SCP	J64044035	07/10/2015	11/2015	Asesoramiento de videos al mes de Octubre 2015	35.410,00	7.436,10	42.846,10
DASNIL95,SL	G08266298	06/06/2016	A/950	Grabación de Partidos Y visionado de selección española y otras selecciones de la Europa. Viajes, Estanda y dietas.	75.000,00	15.750,00	90.750,00
DASNIL95,SL	G08266298	04/09/2017	A/997	Asesoramiento de videos témtms correspondientes al mes de septiembre	39.875,00	8.373,75	48.248,75
DASNIL95,SL	G08266298	08/05/2018	A/1016	Asesoramiento de videos téalims correspondientes a] mes de mayo	38.750,00	8.137,50	46.887,50

En la diligencia nº 5 de fecha 27/02/2020 el representante realizó las siguientes manifestaciones en relación a la documentación solicitada en la diligencia nº 3: "En relación a su petición de documentación ha resultado imposible su localización puesto que las personas encargadas de tales trabajos ya no se encuentran en el Club y, por ello, no se ha podido encontrar la requerida documentación, con lo cual nada más puede aportar en relación a lo solicitado en este apartado."

Los importes totales, correspondientes a las bases imponibles y las cuotas, desglosados por meses y años —en el 2015 para las facturas de NILSAD y en 2016, 2017 y 2018 para las de DASNIL 95—son los siguientes:





2015	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	TOTAL 2015
B.I.	37.948,34	36.725,00	34.283,00	35.410,00	37.468,00	42.483,71	224.318,05
CUOTA	7.969,15	7.712,25	7.199,43	7.436,10	7.868,28	8.921,58	47.106,79
TOTAL	45.917,49	44.437,25	41.482,43	42.846,10	45.336,28	51.405,29	271.424,84

2016	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO
B.I.	37.379,20	33.180,56	35.278,47	32.915,70	34.520,00	124.021,09
CUOTA	7.849,63	6.967,92	7.408,48	6.912,30	7.249,20	26.044,43
TOTAL	45.228,83	40.148,48	42.686,95	39.828,00	41.769,20	150.065,52

2016	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	TOTAL AÑO 2016
B.I.	39.218,00	38.910,00	41.455,00	37.945,00	38.064,00	39.841,00	532.728,02
CUOTA	8.235,78	8.171,10	8.705,55	7.968,45	7.993,44	8.366,61	111.872,88
TOTAL	47.453,78	47.081,10	50.160,55	45.913,45	46.057,44	48.207,61	644.600,90

2017	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO
B.I.	37.950,00	39.260,00	52.367,00	47.300,00	51.850,00	113.500,00
CUOTA	7.969,50	8.244,60	10.997,07	9.933,00	10.888,50	23.835,00
TOTAL	45.919,50	47.504,60	63.364,07	57.233,00	62.738,50	137.335,00

2017	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE	TOTAL AÑO 2017
B.I.	34.200,00	36.950,00	39.875,00	37.500,00	26.000,00	25.000,00	541.752,00
CUOTA	7.182,00	7.759,50	8.373,75	7.875,00	5.460,00	5.250,00	113.767,92
TOTAL	41.382,00	44.709,50	48.248,75	45.375,00	31.460,00	30.250,00	655.519,92

2018	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	TOTAL ENE-JUN 2018
B.I.	38.950,00	40.000,00	45.000,00	39.500,00	113.750,00	41.000,00	318.200,00
CUOTA	8.179,50	8.400,00	9.450,00	8.295,00	23.887,50	8.610,00	66.822,00
TOTAL	47.129,50	48.400,00	54.450,00	47.795,00	137.637,50	49.610,00	385.022,00

Así, en consecuencia, en cuanto a este apartado se considera no deducible el gasto en el Impuesto sobre Sociedades, así como el IVA soportado por el obligado tributario en base a lo dispuesto en los artículos 15,e) LIS y en el artículo 95 LIVA Igualmente, en base a la doctrina del Tribunal Supremo al respecto, en particular en cuanto a los requisitos de acreditación de los gastos así como de su correlación con los ingresos de la actividad empresariales así como a la existencia de liberalidad por parte del receptor de los gastos.

En esta acta se regulariza el gasto amparado por las facturas de NILSAD/DASNIL como liberalidad.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS





PRIMERO.- El Ministerio Fiscal y la representación letrada del querellante Estrada calificaron tales pagos como un presunto delito de corrupción deportiva del art. 286 bis del Código Penal. Ninguna de las acusaciones populares o particulares que se han añadido con posterioridad propusieron una tipificación de los hechos distinta de la aludida, por lo que a lo largo de la causa siempre se ha hablado de un delito de corrupción deportiva del art. 286bis del Código Penal.

Señala art. 286bis 4º que: *“4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.*

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.”

Este artículo está incluido en el Libro Segundo, Título XIII “Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico”, Capítulo XI “De los delitos relativos a la propiedad intelectual e industrial, al mercado y a los consumidores”, Sección 4ª “Delitos de corrupción en los negocios”. Como puede verse se trata de delitos cometidos por particulares contra otros particulares.

En España este artículo ha tenido escasa aplicación. Cuando se ha dictado sentencia condenatoria en algún caso de corrupción deportiva se ha tratado de supuestos en los que un determinado club de fútbol pagaba a jugadores de otro equipo para que ganaran a un tercero a fin de que el equipo pagador eludiera el descenso a segunda división. STS 61/2023, de 13 de enero, del Caso Osasuna.

Este tipo de pagos encaja perfectamente y sin el menor problema en el artículo 286bis 4º, el cual considera como sujetos activos del delito a *“a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces”*.

Este Magistrado considera que la relación de sujetos activos del delito es un “numerus clausus” y no un “numerus apertus”. Solo pueden ser sujetos activos los directivos y demás personas pertenecientes a una entidad deportiva, en nuestro caso a un club de fútbol. Además, pueden serlo los jugadores de fútbol y los árbitros de fútbol. Los sujetos activos del delito del artículo 286bis 4º están limitados a estas personas.

El artículo 286bis 4º se refiere solo a personas particulares, es decir, clubes, jugadores y árbitros, que son los que participan en los partidos concretos. Dicho precepto no alude ni directa ni indirectamente a los directivos de la federación que organiza la competición deportiva en la que participa los clubes, jugadores y árbitros, por la sencilla razón de que se trata de un delito que se comete entre particulares y los directivos de la federación tienen el carácter penal de funcionarios públicos, tal como cita la exposición de motivos de la Ley que introdujo en nuestro código penal el delito de corrupción deportiva del artículo 286bis, a la que más adelante aludiremos.

En la doctrina científica se ha tratado siempre este artículo desde el prisma de la compra de partidos





concretos pero nunca se ha pronunciado ningún autor sobre los pagos a directivos federativos y menos aun cuando dichos pagos abarcan anualidades completas y un largo periodo de veinte años. (Véase: “La corrupción en el deporte” del Magistrado Eduardo Urbano Castrillo. En: CDF 3-2017 CGPJ, y “El delito de corrupción en el deporte” de la Magistrada Mónica Aguilar Roma. En: CDF 9-2019 CGPJ)

La reforma del Código Penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio que introdujo el delito de corrupción deportiva constituye una transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI relativa a la Lucha contra la Corrupción en el Sector Privado. En la exposición de motivos de la Ley Orgánica 5/2010 se señala en el epígrafe XIX, párrafo primero *“Otro de los aspectos importantes de la reforma es la transposición de la Decisión Marco 2003/568/JAI, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado. La idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de entidades privadas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho. Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no solo para sus protagonistas inmediatos, sino para otras muchas personas. Obviamente, las empresas públicas o las empresas privadas que presten servicios públicos serán sometidas a la disciplina penal del cohecho obviando, por voluntad legal, la condición formal de funcionario que ha de tener al menos una de las partes. Se ha considerado conveniente tipificar penalmente las conductas más graves de corrupción en el deporte. En este sentido se castigan todos aquellos sobornos llevados a cabo tanto por los miembros y colaboradores de entidades deportivas como por los deportistas, árbitros o jueces, encaminados a predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva, siempre que éstas tengan carácter profesional.”*

Por tanto, la propia Directiva Europea nos pone en el camino que este Magistrado estima correcto para la tipificación penal de los hechos: no estamos ante un delito de corrupción deportiva entre particulares del artículo 286bis 4º sino ante un delito de cohecho de los artículos 419 al 427 del C.P.

J. M. E.N. fue designado en el año 1993 como uno de los tres Vicepresidentes del Comité Técnico de Árbitros, organismo integrado en la estructura de la Real Federación Española de Fútbol-RFEF. E.cesó como vicepresidente en fecha 2018. La duración de su mandato fue tal que abarcaba la completa vida deportiva de un árbitro de fútbol, dato que debe tenerse muy presente cuando se entre a valorar la influencia que E.N. pudiera haber tenido en el CTA.

Este Magistrado ya indicó en el Auto de fecha 9 de agosto de 2023 que la RFEF tenía carácter de persona jurídico-pública cuando desempeñaba por delegación funciones públicas.

A continuación, se reproduce una parte de aquel Auto:

“Pese a la indicación legal contenida en el artículo 43.1 de la vigente Ley del Deporte, según el cual las federaciones deportivas son entidades privadas debemos plantearnos si, pese a su definición legal, tienen naturaleza jurídica pública o privada.

Como señala López Candela *«Esta cuestión puede decirse que quedó aparentemente resuelta como consecuencia de la STC 67/1985, de 24 de mayo, cuando se consideró a las federaciones deportivas como asociaciones privadas de configuración legal a las cuales se encomienda funciones públicas (3), como son las relativas a la organización del deporte a nivel oficial y la disciplina deportiva. En esta misma línea responde el artículo 30.1 de la Ley 10/1990, de 15 de octubre, del Deporte cuando reconoce que las federaciones deportivas son asociaciones privadas que asumen por delegación funciones públicas, asumidas a su vez por el Consejo Superior de Deportes. Dichas funciones públicas son las relativas, entre otras, a la potestad*





disciplinaria sobre los sujetos que tiene encomendados, así como a la organización de la competición.

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional tampoco era contrario a su concepción como administración corporativa cuando indicó, en la STC 67/1985, de 24 de mayo, lo siguiente: "A diferencia de la situación preconstitucional, las Federaciones deportivas aparecen configuradas hoy sobre un sustrato verdaderamente asociativo y no integradas en la estructura de la Administración. El componente de verdadera autonomía que caracteriza los fenómenos de autoadministración corporativa no puede hacer olvidar que las potestades administrativas que ejercen las llamadas corporaciones sectoriales de base privada, bien por delegación o por atribución directa de la norma, matizan su régimen de constitución y funcionamiento, dotándolas, a aquellos efectos, de naturaleza jurídico-pública».

La anterior Ley del Deporte (Ley 10/1990) disponía en su artículo 30:

«1. Las Federaciones deportivas españolas son Entidades privadas, con personalidad jurídica propia, cuyo ámbito de actuación se extiende al conjunto del territorio del Estado, en el desarrollo de las competencias que le son propias, integradas por Federaciones deportivas de ámbito autonómico, Clubes deportivos, deportistas, técnicos, jueces y árbitros, Ligas Profesionales, si las hubiese, y otros colectivos interesados que promueven, practican o contribuyen al desarrollo del deporte.

2. Las Federaciones deportivas españolas, además de sus propias atribuciones, ejercen, por delegación, funciones públicas de carácter administrativo, actuando en este caso como agentes colaboradores de la Administración pública».

La descripción de la naturaleza jurídica de las federaciones deportivas en la anterior Ley del Deporte es muy parecida a la de la vigente Ley del Deporte de 2022, lo cual supone que las federaciones deportivas son asociaciones privadas que desempeñan funciones públicas por delegación.

L. C. señala también *«El hecho de que asociaciones privadas puedan desarrollar y ejercer funciones públicas por delegación no es un hecho novedoso que se dé tan solo en el ámbito deportivo. Así, podemos recordar la actividad de control que desarrollan los organismos de control y las entidades de acreditación a que se refieren los artículos 15 y 17 de la Ley 21/1992, de 16 de julio, de Industria. Ya sabemos que una sociedad privada como Red Eléctrica Corporación, S. A. asume el régimen de monopolio en el transporte de energía eléctrica (artículo 34.2 de la Ley 24/2013, de 26 de diciembre, del Sector Eléctrico). Y es así que la existencia de posibilidad de una actividad administrativa por parte de particulares ya fue planteada por la doctrina pronunciándose en sentido afirmativo.*

Retomando la cuestión relativa al deporte, cabe plantearse si se puede hablar de asociaciones privadas cuando las mismas han sido creadas por ley y no por contrato de sociedad. Estas asociaciones asumen funciones públicas, que son las más relevantes de entre las que desarrollan....»

Por consiguiente, gozan las federaciones de una base sectorial privada de la misma naturaleza que pueden tener los colegios profesionales, englobados sin ningún tipo de matices dentro de lo que se denomina la administración corporativa, aunque esto no se pueda decir de las ligas profesionales. Y es así que el término corporativo contiene, socialmente, un claro sentido peyorativo que evita su uso. Este tipo de administración, de creación legal y de base sectorial privada, tuvo que pasar el control de constitucionalidad a finales de los años ochenta y a principios de los noventa, respecto a la libertad de empresa (art. 38 CE) y a la libertad de asociación (art. 22 CE). No pudo ser superado este examen de constitucionalidad por parte de las Cámaras Agrarias (STC 139/1989, de 20 de julio) y de las Cámaras de la Propiedad Urbana (STC 11/2002, de 17 de enero); pero sí por parte de los colegios profesionales (STC 89/1989, de 11 de mayo), de las federaciones deportivas (en la ya indicada STC 67/1985, de 24 de mayo), y de las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación (STC 107/1996, de 12 de junio). Esta última corporación, no sin grandes dificultades (STC 179/1994, de 16 de junio).»





(Lopez Candela, Javier Eugenio. Magistrado. Los Nuevos Retos del Derecho del Deporte en el Siglo XXI. Cuadernos digitales de formación 10/2022, pág. 5-7. Consejo General del Poder Judicial)

No obstante, es seguro que la promulgación de la nueva Ley del Deporte abrirá un nuevo debate en la doctrina científica acerca de la naturaleza jurídica de las federaciones deportivas, puesto que otorga la mayor parte del control jurisdiccional de las decisiones adoptadas por dichas federaciones a la jurisdicción civil en lugar de a la jurisdicción contencioso-administrativa.

A mi juicio, la cuestión ha quedado resuelta por la **Sentencia** de la Sala Cuarta del **Tribunal de Justicia de la Unión Europea** de fecha 3 de febrero de 2021. En esta Sentencia se resuelve una cuestión prejudicial planteada por Federazione Italiana Giuoco Calcio-FIGC (equivalente a la RFEF), el Consorzio Ge.Se.Av. S. c. arl y De Vellis Servizi Globali Srl, referente a la interpretación del artículo 2, apartado 1, punto 4, letras a) y c), de la **Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014**, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE (DO 2014,L 94, p. 65) y **determina cuándo una entidad privada tiene naturaleza pública.**

«Marco jurídico

Derecho de la Unión

El artículo 2, apartado 1, punto 4, de la Directiva 2014/24 dispone lo siguiente:

«A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

[...]

4) “Organismo de Derecho público”: cualquier organismo que reúna todas las características siguientes:

a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil;

b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y

c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público.»

En su párrafo 35, añade:

«El Tribunal de Justicia ya ha declarado que los tres requisitos que figuran en el artículo 2, apartado 1, punto 4, letras a) a c), de la Directiva 2014/24 son acumulativos, si bien los tres criterios mencionados en el tercer requisito revisten, por su parte, carácter alternativo (véanse, en este sentido, las sentencias de 12 de septiembre de 2013, IVD, C-526/11, EU:C:2013:543, apartado 20, y de 5 de octubre de 2017, LitSpecMet, C-567/15, EU:C:2017:736, apartado 30 y jurisprudencia citada).»

y resuelve de la siguiente manera:

«(1) El artículo 2, apartado 1, punto 4, letra a), de la Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE, debe interpretarse en el sentido de que una entidad a la que se han





conferido funciones de carácter público definidas de manera exhaustiva por el derecho nacional puede considerarse creada específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil en el sentido de dicha disposición, aun cuando no haya sido constituida bajo la forma de administración pública, sino de asociación de Derecho privado y algunas de sus actividades, para las que tiene capacidad de autofinanciación, no sean de carácter público.»

En: <https://curia.europa.eu/juris/document/document_print.jsf?mode=lst&pageIndex=0&docid=237284&part=1&doclang=ES&text=&dir=&occ=first&... 19/19

Por todo ello, la Sentencia del TJUE sería plenamente aplicable a nuestro caso.

Así, tomando en consideración los criterios anteriormente descritos, vemos que con respecto a la RFEF se cumplen todos los requisitos que dispone el artículo 2, apartado 1, punto 4 de la Directiva Europea 2014/24, y debe ser considerada, sin lugar a dudas, como un organismo de derecho público porque a) se creó específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil; b) está dotada de personalidad jurídica propia, y c) está sujeta a la supervisión de la autoridad pública como es el Consejo Superior de Deportes-CSD y el Tribunal Administrativo del Deporte-TAD (el cual está adscrito orgánicamente al CSD), dependiente del Ministerio de Cultura y Deporte del Gobierno de España.”

En resumen, la RFEF tiene a efectos penales la condición de entidad jurídico-pública y los directivos de la misma, incluidos los que forman parte de comisiones técnicas, deben ser considerados como funcionarios públicos a efectos penales.

La Fiscalía señalaba en su denuncia que las funciones del Comité Técnico de Árbitros eran las siguientes:

“El Reglamento General de la Real Federación Española de Fútbol (RFEF), edición 2014, define al Comité Técnico de Árbitros (en. lo sucesivo, CTA) como el órgano que atiende directamente el funcionamiento del estamento arbitral nacional, y le corresponde, con subordinación al Presidente de la RFEF, su gobierno, representación y administración (art. 28).

El art.29 señala las competencias propias del CTA que son, entre otras, las siguientes: b) clasificar técnicamente a los árbitros a tenor de las correspondientes evaluaciones, y proponer al Presidente de la RFEF los ascensos y descensos, así como la adscripción a las categorías correspondientes; f) designar a los equipos arbitrales, a través del Presidente del propio Comité o de persona en quien delegue, para dirigir los partidos correspondientes a competiciones de ámbito estatal y carácter no profesional; 1) recibir, controlar y archivar los informes, trasladarlos a las correspondientes fichas de los interesados, llevando al día la calificación de los colegiados, así como decidir acerca de la validez de los mismos, cuando se susciten dudas racionales al respecto.

El Comité Técnico de Árbitros está compuesto por el Presidente, tres Vicepresidentes, cuatro vocales, el Director Técnico y el Director de la Escuela Nacional del Arbitraje. Los tres Vicepresidentes serán nombrados por el Presidente de la RFEF, oído el Presidente del Comité Técnico de Árbitros.

Los Vicepresidentes del CTA, además, conforman la Comisión de Disciplina y Méritos y, junto





al Presidente, la Comisión de Coordinación Interterritorial y Relaciones Externas.”

De la simple lectura se observa que se trata de funciones organizativas de la función arbitral de naturaleza pública, dado su carácter general relativo a la organización de una faceta de la competición.

DOS.- El delito de cohecho.

Regulación legal en el Código Penal.

Artículo 419. *La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses, e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de nueve a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito.*

Artículo 420. *La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar un acto propio de su cargo, incurrirá en la pena de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de cinco a nueve años.*

Artículo 421. *Las penas señaladas en los artículos precedentes se impondrán también cuando la dádiva, favor o retribución se recibiere o solicitare por la autoridad o funcionario público, en sus respectivos casos, como recompensa por la conducta descrita en dichos artículos.*

Artículo 422. *La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, admitiera, por sí o por persona interpuesta, dádiva o regalo que le fueren ofrecidos en consideración a su cargo o función, incurrirá en la pena de prisión de seis meses a un año y suspensión de empleo y cargo público de uno a tres años.*

Artículo 423. *Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados y árbitros, nacionales o internacionales, así como a mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.*

Artículo 424.

1. *El particular que ofreciere o entregare dádiva o retribución de cualquier otra clase a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública para que realice un acto contrario a los deberes inherentes a su cargo o un acto propio de su cargo, para que no realice o retrase el que debiera practicar, o en consideración a su cargo o función, será castigado en sus respectivos casos, con las mismas penas de prisión y multa que la autoridad, funcionario o persona corrompida*
2. *Cuando un particular entregare la dádiva o retribución atendiendo la solicitud de la autoridad,*





funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública, se le impondrán las mismas penas de prisión y multa que a ellos les correspondan.

3. Si la actuación conseguida o pretendida de la autoridad o funcionario tuviere relación con un procedimiento de contratación, de subvenciones o de subastas convocados por las Administraciones o entes públicos, se impondrá al particular y, en su caso, a la sociedad, asociación u organización a que representare la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con entes, organismos o entidades que formen parte del sector público y para gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social por un tiempo de cinco a diez años.

Artículo 425. Cuando el soborno mediare en causa criminal a favor del reo por parte de su cónyuge u otra persona a la que se halle ligado de forma estable por análoga relación de afectividad, o de algún ascendiente, descendiente o hermano por naturaleza, por adopción o afines en los mismos grados, se impondrá al sobornador la pena de prisión de seis meses a un año.

Artículo 426. Quedará exento de pena por el delito de cohecho el particular que, habiendo accedido ocasionalmente a la solicitud de dádiva u otra retribución realizada por autoridad o funcionario público, denunciare el hecho a la autoridad que tenga el deber de proceder a su averiguación antes de la apertura del procedimiento, siempre que no haya transcurrido más de dos meses desde la fecha de los hechos.

Artículo 427. Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando las conductas descritas sean realizadas por o afecten a:

- a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.
- b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.
- c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública.
- d) Cualquier persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses.

Artículo 427 bis. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del beneficio obtenido cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.
- c) Multa de seis meses a dos años, o del doble al triple del beneficio obtenido si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

VIGENCIAS ANTERIORES Del artículo 419 Código Penal

· Texto en vigor hasta el 1-7-2015: "La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, recibiere o solicitare, por sí o por persona interpuesta, dádiva, favor o retribución de cualquier clase o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los





deberes inherentes al mismo o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar, incurrirá en la pena de prisión de tres a seis años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a doce años, sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito".

· Modificado por la LO 5/2010, la cual le da una íntegra y nueva redacción. El texto precedente, en vigor hasta el 23-10-2010, rezaba así: *"La autoridad o funcionario público que, en provecho propio o de un tercero, solicitare o recibiere, por sí o por persona interpuesta, dádiva o presente o aceptare ofrecimiento o promesa para realizar en el ejercicio de su cargo una acción u omisión constitutivas de delito, incurrirá en la pena de prisión de dos a seis años, multa del tanto al triplo del valor de la dádiva e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de siete a 12 años, sin perjuicio de la pena correspondiente al delito cometido en razón de la dádiva o promesa".*

· CP de 1973. Art. 385.

INTRODUCCIÓN

Como señala el Magistrado Juan Jacinto García Pérez en su artículo monográfico de mayo de 2020 "Cohecho: Comentario del artículo 419 del Código Penal"

"Dentro del Capítulo V de este Título XIX se contiene una compleja diversidad de comportamientos de cohecho, bajo la directriz común de tutelar el adecuado funcionamiento de la Administración Pública en su vertiente de garantía de la probidad e imparcialidad de los funcionarios que la integran y de eficacia en la prestación del servicio público, los que quedan comprometidos cuando dichos funcionarios o autoridades reciben, por razón del ejercicio de su cargo o función, remuneraciones indebidas.

Quiere decirse que, dadas las exigencias constitucionales prevenidas en el art. 103.1 CE, para que las Administraciones Públicas funcionen adecuadamente y los ciudadanos reciban lo que de ellas esperan y a lo que tienen derecho y para el cumplimiento de lo previsto legalmente, resulta imprescindible esa probidad, rectitud, honorabilidad e imparcialidad de las autoridades y funcionarios que las integran; faltando todas esas circunstancias, se abrirá una brecha aún mayor en la ya maltrecha y escasa confianza ciudadana en sus representantes y en sus funcionarios en general.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo que quedará reseñada más adelante insiste repetidamente en la incidencia que para el prestigio, funcionamiento debido y eficacia de las Administraciones, tiene esa imparcialidad, esa "limpieza" de todo fenómeno corruptor en tales personas y que queda en entredicho con los delitos de cohecho.

A fin de cuentas, cuando la autoridad o el funcionario mezclan sus intereses personales, incluidos los económicos, con los públicos, corrompiéndose, al aceptar dádivas, favores o retribuciones en su actuación, se pone en jaque al sistema democrático y a su capacidad de prestación ordinaria de los servicios públicos, así como la credibilidad de sus instituciones y sus miembros.

Desde esta perspectiva, y a fin de que el bien jurídico obtenga adecuada protección no bastaría con la sanción de los funcionarios o autoridades que se corrompen, sino que se hace imprescindible castigar penalmente a la vez a los particulares que corrompen o intentan corromper a aquellos mediante dinámicas de ofrecimiento de dinero, u otras promesas, ventajas, recompensas, etc.

En definitiva, para unos y otros, funcionarios y particulares, el recurso a la sanción penal se presenta como ineludible, al revelarse como claramente insuficiente en la mayoría de las modalidades de cohecho pasivo el acudir al Derecho administrativo disciplinario.





Ello comporta la clásica distinción doctrinal entre cohecho pasivo, o del funcionario (dentro del que, a su vez, se subdistingue entre cohecho propio que sería el que tiene por objeto la realización de actos u omisiones ilícitas, y cohecho impropio, que presupone la retribución por realizar actos lícitos), y cohecho activo, o del particular.

El tipo penal que contiene este artículo de nueva redacción es el del denominado cohecho pasivo o del funcionario, pero antes de detenernos en su análisis conviene realizar algunas valoraciones generales relativas a la reforma que la LO 5/2010 ha provocado en este capítulo.

Si hiciéramos un repaso exhaustivo sobre la incidencia que esta reforma ha supuesto en los diversos capítulos que componen el Libro II del Código Penal, inmediatamente nos percataríamos de que este Capítulo V, relativo a los delitos de cohecho (arts. 419 a 427, ambos inclusive) dentro del Título XIX, es uno de los que más modificaciones o retoques ha sufrido.

Ni uno solo de sus artículos se ha librado de ofrecer una nueva redacción o contenido. Es cierto que Capítulos como el VI, VIII, IX y X del mismo Título también lo han sufrido, pero acaso no con esta intensidad; de modo y manera que cobra sentido o significado la explicación que sobre esos cambios el legislador nos ofrece en uno de los apartados de la Exposición de Motivos de la Ley, y que centra en la adaptación del Código a los compromisos internacionales asumidos con la firma del Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y el Convenio derivado del Tratado de la UE, relativo a la lucha contra la corrupción en la que están implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la misma.

Esta adaptación solamente la vincula el legislador a un endurecimiento penológico o aumento de penas y al establecimiento para los casos más graves de la pena de prisión; sin embargo, este dato no es tan real y ese aumento de penalidad tan considerable.

Lo cierto es que muchas de tales modificaciones se traducen en reubicaciones sistemáticas y estructurales de los tipos de cohecho ya vigentes, en nuevas dicciones conceptuales de fondo algunas, y gramaticales otras, de conductas o descripciones más acabadas, incluso con trasiego de contenido de conductas típicas de un artículo a otro distinto, como iremos significando al ir comentando uno a uno cada uno de tales artículos.

Partiendo de la aludida clasificación simple, tras la reforma podemos decir que en este primer artículo –el 419–, se castiga una modalidad de cohecho pasivo propio, esto es, la conducta de aquel que se define como sujeto activo (autoridad o funcionario público) que, en provecho propio o ajeno, solicita o recibe una dádiva (se hablaba de "presente" en el texto derogado), favor o retribución, etc., a cambio de hacer o no hacer actos vinculados al cargo o función que ejerce o desarrolla.

Estas conductas se estructuran de forma mixta y alternativa en las siguientes dinámicas:

- a) realización de hechos o actos en el ejercicio de sus funciones o cargo que son contrarios a los deberes inherentes a dicho cargo o funciones, pudiendo ser o no constitutivos de delito (incluye, pues, todas las modalidades de la legislación derogada consistentes en realizar a cambio de la dádiva un acto injusto relativo al ejercicio del cargo y los actos y omisiones calificables de delito).
- b) Omisión o retraso injustificado de tales actos o hechos.

Por actos contrarios a los deberes inherentes al ejercicio del cargo debemos entender, según la jurisprudencia enseña, los actos injustos no constitutivos de delito, pero que están en abierta y flagrante contraposición y contradicción material, sustancial y objetivamente, con el sector normativo al que en cada caso venga sometido el funcionario o autoridad, y del cual se desvía o aparta; desviación que será más o menos difícil de descubrir y constatar según estemos en presencia de los denominados "actos reglados" o de los "actos discrecionales" desde el punto de vista administrativo.

En los primeros será más fácil, pues más clamorosamente aparecerán los deberes infringidos, pero más difícil lo será en los segundos, en razón de que lo realizado por el funcionario es algo previsible y una de las opciones ajustadas a la legalidad tomada en consideración.





Si el acto contrario constituyera delito, podremos encontrarlos en casos fronterizos con el delito de prevaricación administrativa y aquí la jurisprudencia nos ofrece una variadísima gama de casos y supuestos.

La omisión o el retraso injustificado del acto a realizar es una variedad alternativa de la anterior y que se desglosa, primero, en conductas omisivas o de abstención del funcionario en la realización del acto concreto a que venía obligado; las cuales concurrirán, en su caso, con el delito de resultado; y en segundo lugar, novedad de la LO 5/2010, en el retraso injustificado de la realización del acto, que a veces, en el ámbito de lo jurisdiccional, podrá confundirse o superponerse con el delito del art. 449, encuadrado dentro de los delitos contra la Administración de Justicia.

Se incluye, al final del precepto, una cláusula de resolución de problemas concursales, con la frase "(...) sin perjuicio de la pena correspondiente al acto realizado, omitido o retrasado en razón de la retribución o promesa, si fuera constitutivo de delito".

JURISPRUDENCIA

1. EN GENERAL

Principio básico que fundamenta la punición del cohecho: La tipificación del delito de cohecho parte del principio administrativo según el cual ningún funcionario público puede recibir emolumentos por el cumplimiento de la función pública, al ser una de las notas características de la función pública que el abono de sus servicios corra a cargo de los presupuestos generales del Estado. (STS 102/09, 3-2)

Homogeneidad entre todas las figuras del cohecho: La homogeneidad entre los distintos tipos de cohecho ha sido expresamente proclamada por la jurisprudencia. La posible heterogeneidad de las diversas figuras de cohecho es más aparente que real en cuanto que el bien jurídico que tratan de proteger sus diferentes modalidades delictivas es perfectamente unificable. Una moderna corriente doctrinal pone el acento en la necesidad de perseguir con instrumentos penales todas las actividades que revelan la corrupción de los funcionarios públicos y ponen en peligro la credibilidad democrática del sistema administrativo del Estado. Desde esta perspectiva se tiende a una política unitaria que trata de homologar todas las conductas que suponen la expresión de un comportamiento corrupto. En esta línea tanto el cohecho activo como el cohecho pasivo, el propio como el impropio, son manifestaciones de esta lacra de la corrupción que afecta a la buena marcha de la Administración pública y a la fe de los ciudadanos en las instituciones del Estado democrático y de derecho. (STS 362/08, 13-6)

Elementos comunes a todas las modalidades de cohecho: 1º) Como elemento subjetivo, el tratarse de funcionario público. 2º) Como elemento objetivo, que el acto de que se trate guarde relación con su función o cargo. 3º) Como acción, la de solicitar o recibir una dádiva en atención a su comportamiento (STS 77/07 07/02).

El bien jurídico protegido: "El delito de cohecho protege en efecto ante todo el prestigio y eficacia de la Administración pública garantizando la probidad e imparcialidad de sus funcionarios y asimismo la eficacia del servicio público encomendado a éstos (STS de 29 de abril de 1995). Se trata, pues, de un delito con el que se trata de asegurar no sólo la rectitud y eficacia de la función pública, sino también de garantizar la incolumidad del prestigio de esta función y de los funcionarios que la desempeñan, a quienes hay que mantener a salvo de cualquier injusta sospecha de actuación venal". STS 1618/05 22-12; STS 1076/06, 27-10)





Afirmaciones que se reiteran en la STS de 7 de febrero de 2007.

2. CONCEPTO DE FUNCIONARIO PÚBLICO A EFECTOS PENALES

“La jurisprudencia, STS 1030/2007, de 4 de diciembre, y 1125/2011, de 2 de noviembre, ha señalado, que el concepto de funcionario público contenido en el art. 24 del Código Penal, según el cual *"se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección, o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas"*, es un concepto aplicable a efectos penales, como se desprende del mismo precepto, que es diferente del característico del ámbito administrativo, dentro del cual los funcionarios son personas incorporadas a la Administración Pública por una relación de servicios profesionales y retribuidos regulada por el Derecho administrativo.

Por el contrario, se trata de un concepto más amplio que este, pues sus elementos son exclusivamente el relativo al origen del nombramiento, que ha de serlo por una de las vías que el art. 24 enumera, y, de otro lado, la participación en funciones públicas, con independencia de otros requisitos referidos a la incorporación formal a la Administración Pública o relativos a la temporalidad o permanencia en el cargo (SSTS 1292/2000, de 10 de julio; 68/2003, de 27 de enero; 333/2003, de 28 de febrero, y 663/2005, de 23 de mayo), e incluso de la clase o tipo de función pública, y aquella *participación en las funciones públicas puede serlo* –como expresa la STS 22 de abril de 2003– *tanto en las del Estado, entidades locales o comunidades autónomas e incluso en los de la llamada administración institucional que tiene lugar cuando una entidad pública adopta una forma independiente, incluso con personalidad jurídica propia, en ocasiones de sociedad mercantil, con el fin de conseguir un más ágil y eficaz funcionamiento, de modo que cualquier actuación de estas entidades donde existe un interés público responde a este concepto amplio de función pública.*

Y en lo que se refiere al acceso al ejercicio de tales funciones públicas nada importan en este campo ni los requisitos de elección para el ingreso, en la categoría por modesta que fuera, ni el sistema de retribución ni el estatuto legal y reglamentario ni el sistema de provisión ni la estabilidad o temporalidad (STS de 4 de diciembre de 2001).

Como dice la STS 1608/2005, de 12 de diciembre: "(...) el concepto de funcionario público es propio del orden penal y no vicario del derecho administrativo, ello tiene por consecuencia que dicho concepto es más amplio en el orden penal, de suerte que abarca e incluye a todo aquel que «(...) por disposición inmediata de la Ley, o por elección o por nombramiento de autoridad competente participe en el ejercicio de funciones públicas (...)», art. 24.2.º y 2, *el factor que colorea la definición de funcionario es precisamente, la participación en funciones públicas.* Por ello se deriva que a los efectos penales, tan funcionario es el titular, o de «carrera» como el interino o contratado temporalmente, ya que lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo, aunque carezca de las notas de incorporación definitivas ni por tanto de permanencia" (SSTS 1292/2000, de 10 de julio; 4 de diciembre de 2002, y 1344/2004, de 23 de diciembre).

Se trata, en definitiva, como señalan tanto la doctrina como la jurisprudencia (SSTS de 22 de enero de 2003 y de 19 de diciembre de 2000) de un concepto "nutrido de ideas funcionales de raíz jurídico-política, acorde con un planteamiento politicocriminal que exige, por la lógica de la protección de determinados bienes jurídicos, atribuir la condición de funcionario en atención a la funciones y fines propios del derecho penal y que, solo eventualmente coincide con los criterios del derecho administrativo". Así se trata de proteger el ejercicio de la función pública en su misión de servir a los intereses generales, de manera que la condición de funcionario a efectos penales se reconoce con arreglo a los criterios expuestos tanto en los casos en los que la correcta actuación de la función pública se ve afectada por conductas delictivas por quienes participan en ella como en aquellos otros en los que son las acciones de los particulares los que, al ir dirigidas contra quienes desempeñan tales funciones, atacan su normal desenvolvimiento y perjudican la consecución de sus fines característicos.





En cuanto (STS de 2 de noviembre de 2011) al concepto de función pública, la doctrina ha utilizado diversos criterios para su identificación. Desde un punto de vista formal, se ha entendido que se calificarán como funciones públicas las actividades de la Administración sujetas al Derecho público; teniendo en cuenta las finalidades con las que se ejecuta la actividad, se ha sostenido también que serán funciones públicas las orientadas al interés colectivo o al bien común realizadas por órganos públicos.

La jurisprudencia ha empleado un criterio de gran amplitud y en general ha entendido que son funciones públicas las realizadas por entes públicos, con sometimiento al Derecho público y desarrolladas con la pretensión de satisfacer intereses públicos.

Así, en la STS 1292/2000, de 10 de julio, se dice que "lo relevante es que dicha persona esté al servicio de entes públicos, con sometimiento de su actividad al control del derecho administrativo y ejerciendo una actuación propia de la Administración Pública". En la STS 68/2003, luego de referirse a las funciones públicas del Estado, entidades locales y administración institucional, afirma que "cualquier actuación de estas entidades donde exista un interés público responde a ese concepto amplio de función pública". También en este sentido se pronuncia la STS 1590/2003, de 22 de abril de 2004. Y en la STS 866/2003, de 16 de junio, se entendió que lo "verdaderamente característico y lo que les dota de la condición pública, es la función realizada dentro de un organigrama de servicio públicos".

En la STS 876/2006, de 6 de noviembre, que confirmó la sentencia por un delito de atentado del que fue víctima el Director Conservador de un Parque Natural, designado por el Conseller de Medio Ambiente y dependiente de la Dirección General de Conservación del Medio Natural, se afirmó que "**la jurisprudencia exige, para la determinación de la función pública, la existencia de un órgano estatal que realiza un acto que consigue finalidades públicas, y no privadas, y dirigidas al bien común. Desde esa perspectiva, la Jurisprudencia ha considerado como funciones públicas, las que afectan a la cultura, a la Hacienda pública, a la enseñanza, justicia, comunicaciones, agricultura, abastecimientos, vivienda, etc., y, consecuentemente, funcionarios públicos, a quienes desarrollan funciones del Estado, en un sentido amplio.** Para una correcta determinación del carácter público de la actuación ha de partirse, necesariamente, de la concurrencia de una finalidad dirigida a satisfacer los intereses generales, el criterio teleológico al que hemos hecho referencia con anterioridad, esto es, a las potestades de la administración, legislativa, jurisdiccional y ejecutiva, y dentro de estas las dirigidas a la satisfacción del bien común, enseñanza, justicia, hacienda, fomento, comunicaciones, seguridad, agricultura, sanidad, abastecimientos, etc. Criterio que ha de ser delimitado, a su vez, por el requisito subjetivo, en cuya virtud el órgano del que emane sea público, y otro objetivo, por el que se exige que la actividad sea regida por normas de carácter público, aunque la relación entre el sujeto que la realiza y el órgano pueda ser regulada por normas no públicas".

En relación al ejercicio del cargo, **no es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita la dádiva sea el encargado del acto sobre el que actúa el cohecho, bastando que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor que solicita el cohecho antes petición pacífica que resulta del propio tenor legal del tipo penal que refiere la recepción para la realización de ese acto en el ejercicio de su cargo** (STS 504/2003, de 2 de abril).

En efecto los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejercita el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que el particular entienda que le es posible la realización del acto requerido, que, en efecto, puede realizarlo con especial facilidad por la función que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejercitar en el uso de sus específicas competencias, sino solo con ellas relacionado.

3. CONDUCTA DELICTIVA

Según la STS de 26 de julio de 2004:





"...Tenemos que resaltar, que el artículo 419 no se refiere a las funciones estrictas del funcionario sino al ejercicio del cargo de funcionario y es evidente que, como se dice en la sentencia, se aprovechó del ejercicio de su cargo de funcionario para solicitar la dádiva o presente".

De nuevo con carácter general, dice la STS de 22 de diciembre de 2005,

"Se cuestiona en concreto que este modo de operar pueda ser calificado de acto relativo al cargo. Sobre este extremo, el precepto requiere que los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejecuta el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que a él se dirija el particular por cuanto entiende que le es posible la realización del acto requerido, que, en efecto, puede realizarlo con especial facilidad por la función que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponda ejecutar en el uso de sus específicas competencias, sino sólo con ellas relacionado (S. 701/94, de 4 de abril). En el caso actual que describe el Hecho Probado la relación entre uno y otro no puede ser más patente. En efecto, sólo por ser funcionario del cuerpo armado y por tener asignado el destino que consta, podía Rafael acceder a los datos con los que comerció tan ilegítimamente.

Por tanto, hizo un uso del cargo que constituyó verdadera subversión de esa función pública, con lo que atentó contra el bien jurídico que protege el delito de cohecho; y ello con objeto de facilitar el desarrollo de una operación de tráfico sobre una droga ilegal, lo que interesó también negativamente a la salud pública como bien jurídico penalmente protegido".

y la STS 636/06 de 8 de junio

"El acto ha de ser relativo al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejecuta el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña."

En el mismo sentido se pronuncia la STS 965/04 de 26 de julio

"El artículo 419 no se refiere a las funciones estrictas del funcionario sino al ejercicio del cargo de funcionario, por lo que comete el delito al aprovecharse del ejercicio de su cargo de funcionario para solicitar la dádiva."

Con semejantes palabras se pronuncian las STS 1149/09, STS 186/2012.

La reciente STS 399/2018, de 12 de septiembre, resume, ampliamente, el concepto, elementos y conductas típicas, expresando que:

"el delito de cohecho del artículo 419 CP requiere como elemento subjetivo que el autor sea funcionario público; y desde el punto de vista objetivo, que el acto de que se trate guarde relación con su función o cargo. Por su parte, la acción estriba en solicitar o recibir dádiva o presente, u ofrecimiento o promesa en atención a un comportamiento esperado; desde la reforma operada por LO 5/2010: para realizar en el ejercicio de su cargo un acto contrario a los deberes inherentes al mismo (o para no realizar o retrasar injustificadamente el que debiera practicar).

No es preciso que la acción redunde en beneficio del autor, que puede actuar a favor de un tercero.

Los actos han de ser relativos al ejercicio del cargo que desempeña el funcionario. Relativo es lo que hace relación o referencia a una cosa, guarda conexión con ella, por lo que lo único que exige el texto legal es que el acto que ejecuta el funcionario guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña, de modo que el particular entienda que le es posible la realización del acto requerido, que en efecto, puede realizarlo con especial facilidad por la función





que desempeña, sin que haya de ser precisamente un acto que le corresponde ejercitar en el uso de sus específicas competencias, sino solo con ellas relacionado. (STS 186/2012 de 14 de marzo). En palabras de la STS 504/2003 de 2 de abril «no es exigible en el delito de cohecho que el funcionario que solicita o recibe la dádiva sea el funcionario encargado del acto sobre el que actúa el cohecho, bastando con que el mismo se vea facilitado por la acción del funcionario receptor o que solicita el cohecho»"

4. CONSUMACIÓN DEL DELITO

“En relación a ello, ya antes el Auto del TS de 2 de junio de 2010 reiteraba que: "(...) la consumación en el tipo delictivo de cohecho pasivo propio se produce desde el momento en que la conducta tipificada por la Ley se cumple por el sujeto, es decir, a partir del instante en que el funcionario solicite la dádiva o bien desde el momento en el que recibe o acepta el ofrecimiento o la promesa (STS 1096/2006, de 16 de noviembre). La dinámica de la conducta típica pone de manifiesto que el cohecho pasivo propio, es un delito unilateral, de mera actividad que se consuma con la mera solicitud, con la mera manifestación exterior de la actitud personal del sujeto, no siendo necesaria la producción de resultado material externo alguno para la consumación, esto es la realización del acto injusto ofrecido o solicitado como contraprestación (SS 776/2001 de 8.5, 1114/2000 de 12.6). En definitiva, no es tampoco preciso para la consumación de esta modalidad típica del cohecho que el funcionario ejecute efectivamente el comportamiento contrario a derecho que de él se pretende o que el mismo se propone realizar con tal de recibir la dádiva; no se requiere que el funcionario cometa realmente el acto injusto"

Por su parte, la STS de 28 de febrero de 2012 ratifica que "el delito de cohecho no precisa de la ejecución del acto que se pretende que el funcionario corrupto lleve a cabo. Si efectivamente lo ejecuta, se tratará de hechos distintos que pueden ser sancionados separadamente, como expresamente prevé el artículo 419, tanto en la redacción vigente al tiempo de los hechos como en la vigente en la actualidad".

“(...) el delito de cohecho, es lo cierto que en nuestro ordenamiento penal positivo este delito es, al menos en determinados casos, un delito unilateral que se consuma por la merca "solicitud" u "ofrecimiento" de la dádiva "sin que sea necesario para la sanción n la aceptación de la solicitud ni el abono de la dádiva, ni la realización del acto delictivo ofrecido como contraprestación, ni tampoco evidentemente la condena del que hace o recibe el ofrecimiento, que caso de producirse, se sancionaría separadamente su concurso con el cohecho" (STS 776/2001, de 8 de mayo).

TERCERO.- El cohecho consiste, esencialmente, en el pago a un funcionario por parte de un particular. Según la conducta que desarrolle el funcionario a consecuencia del pago la pena es mayor o menor.

Concepto de funcionario a efectos penales.-

En nuestro caso E.N. tenía el concepto legal de funcionario, según describe la STS de 22 de abril de 2004, pues de conformidad de lo establecido en el artículo 24.2 CP “se considerará funcionario público a todo el que por disposición inmediata de la Ley, por elección o por nombramiento de Autoridad Competente participe en el ejercicio de funciones públicas”. Este concepto es más amplio que el del derecho administrativo y lo esencial, a efectos penales, es que la persona que recibe el pago participe, de la manera que sea, del ejercicio de funciones públicas.

E.N. participaba del ejercicio de funciones públicas durante el periodo de tiempo en que el FC Barcelona le pagó. Precisamente, dejó de pagarle cuando cesó en su cargo de Vicepresidente del Comité Técnico de Árbitros. De aquí se deriva, al menos con carácter indiciario, que los pagos se hicieron en atención al cargo que desempeñaba como Vicepresidente del CTA.





Ya hemos señalado con anterioridad que la RFEF tiene el carácter de persona jurídico-pública, a pesar de que legalmente sea llamada entidad privada, ya que desempeña unas funciones de naturaleza pública (la regulación de las competiciones de fútbol). Por tanto, E.N. ejercía funciones públicas en cuanto Vicepresidente de uno de los Comités Técnicos de la RFEF.

La STS de 16 de noviembre de 2006 señala como posibles autores del delito de cohecho a cualesquiera persona que *“participen en el ejercicio de la función pública, comprendiendo con esta frase no solo a los funcionarios públicos sino a todas las demás personas que por cualquier circunstancia efectivamente desempeñen una función pública”*.

Mediante esta fórmula general y amplia, el interés social queda salvaguardado frente a los comportamientos de todas aquellas personas que debiendo cumplir sus deberes públicos no proceden a la observancia de éstos en virtud del cohecho efectuado.

Concepto de acto contrario a los deberes inherentes al cargo.-

La jurisprudencia citada con anterioridad se refiere a una redacción del Código Penal en la que se hablaba de *“acto injusto relativo al ejercicio del cargo”*, mientras que el vigente artículo 419 habla de *“acto contrario a los deberes inherentes al <cargo>”*.

A mi modesto entender la anterior jurisprudencia sigue siendo aplicable. En cualquier caso, se trata de que el funcionario recibe unos pagos en atención al cargo que desempeña para la realización de unos actos que son contrarios a los principios que rigen el ejercicio de su cargo.

El actual Presidente del FC Barcelona Joan Laporta declaró en una multitudinaria rueda de prensa que los pagos a E. N.se habían efectuado como contraprestación a la elaboración de unos informes elaborados por aquél referentes a las actuaciones arbitrales que atañían al FC Barcelona.

El encausado E. N. declaró ante la Agencia Tributaria el día 29 de octubre de 2021 que:

“Inspección: ¿Qué obligaciones tenía como vicepresidente del Comité Técnico de Árbitros?”

José María: Nos reuníamos en Madrid cada semana o cada 15 días. Lo que hacíamos era revisar los informes que hacen los árbitros (el Acta) después de cada partido y puntuarlos. En función de esa puntuación el árbitro podía ascender de categoría. También teníamos un informador de la Federación que revisaba si el arbitraje había sido correcto. Preparar charlas técnicas (formaciones) a los árbitros. Reunirnos con los Presidentes regionales... [a los árbitros los] designaba el presidente.

Inspección: ¿Cuánto cobraba por ser Vicepresidente?”

José María: No cobraba nada. Nunca he querido cobrar porque yo ya tenía mi empresa y cobraba del FC Barcelona.

Inspección: ¿Qué servicios le prestaba Ud. a través de DASNIL al FC Barcelona?”

José María: Ir a ver los partidos (personalmente o a través de compañeros ex árbitros) y estar informado del por qué se habían tomado decisiones... mi obligación era dar mi opinión sobre los partidos en cuanto al arbitraje y a los jugadores. Asesoramiento técnico.”

Sin embargo, la Agencia Tributaria consideró que dichos pagos no obedecían al funcionamiento ordinario del club por lo que sancionó a éste económicamente y le obligó a la devolución de unas





cantidades indebidamente deducidas de la declaración del impuesto de sociedades.

Esta decisión de la Agencia Tributaria no fue recurrida por el FC Barcelona, lo cual demuestra, indiciariamente, que no se trataba de unos pagos ordinarios a un técnico contratado para realizar una labor de "scouting" ordinaria, muy habitual en los equipos de fútbol o de baloncesto, sobre todo en lo referente al seguimiento de jugadores de otros equipos. A tal respecto, los equipos cuentan con "ojeadores", lo cual es una actividad perfectamente legal y homologada en la práctica deportiva.

Sin embargo, el FC Barcelona no realizó ningún contrato por escrito con E.N. encomendándole esta tarea de "scouting".

De otro lado, un vicepresidente del Comité Técnico de Árbitros, como toda persona que ejerce funciones públicas, debe ser imparcial y tener un trato equitativo con todos los equipos, por lo cual resulta incompatible con el ejercicio natural del cargo que perciba una abultada remuneración anual sin contrato que sirva de soporte para realizar una función de seguimiento de los árbitros que dirigían al FC Barcelona y que se encontraban bajo la órbita de su autoridad como Vicepresidente.

A la vista del criterio de la Agencia Tributaria aceptado por el FC Barcelona, de la ausencia de contrato escrito (por otro lado lógica) y de la infracción del principio de imparcialidad que debe regir el ejercicio de la función pública es por lo que este Magistrado considera que existen indicios para estimar en esta fase inicial del procedimiento que E.N. realizó unos actos, fueran informes verbales o escritos, que eran contrarios a los deberes inherentes a su cargo, pues es inadmisibles que un Vicepresidente del CTA asesore a un concreto equipo de la Primera División y que realizó tal asesoramiento en atención a las cantidades que le pagaba anualmente el FC Barcelona.

Aún cuando otro u otros equipos también hubieran hecho pagos semejantes, la conducta del FC Barcelona seguiría revistiendo indicios de delito, puesto que la repetición por otros clubes de un acto ilícito no convierte dicho acto en lícito, pues la costumbre (la cual no se ha probado) no convierte en legal un hecho. Si se demostrara que otros clubes también han pagado a vicepresidentes del CTA deberían iniciarse acciones penales contra ellos, en lugar de archivar la del FC Barcelona.

De la jurisprudencia citada se desprende con toda claridad que los pagos realizados a la familia E. fueron para que ejecutara actos relativos al ejercicio de su cargo, ya fuera por su influencia con otros miembros del CTA encargados de la designación de los árbitros, ya fuera porque puntuara a los árbitros condicionando su ascenso o descenso, ya fuera por su influencia general como vicepresidente y la ascendencia sobre otros miembros del CTA, que con toda seguridad debía tener si fue mantenido en el cargo durante 25 años.

Resumen de la aplicación de la jurisprudencia sobre el cohecho a las presentes diligencias previas.-

- El FC Barcelona pagó a través de sociedades interpuestas a uno de los tres vicepresidentes del Comité Técnico de Árbitros integrado en la Real Federación Española de Fútbol. Hecho no negado y acreditado documentalmente.
- E. N. tenía la condición de funcionario público a efectos penales dado que desempeñaba funciones públicas como vicepresidente del CTA, entre otras las relativas a las calificaciones de los árbitros y a los ascensos y descensos de árbitros.





- El pago por el FC Barcelona a E.N. o a su hijo E.R. puede considerarse realizado **en atención al cargo que** desempeñaba el primero pues los pagos se prolongaron aproximadamente durante unos 18 años, fueron incrementándose desde los 70.000 € iniciales hasta los 700.000€ anuales; el FC Barcelona cesó en el pago tan pronto como E.N. cesó como vicepresidente del CTA. Por deducción lógica los pagos realizados por el FC Barcelona satisfacían los intereses del club en atención a su duración y al incremento anual. De aquí se deduce también que los pagos produjeron los efectos arbitrarios deseados por el FC Barcelona, de tal manera que debió existir una desigualdad en el trato con otros equipos y la consiguiente corrupción sistémica en el conjunto del arbitraje español. No obstante, las investigaciones de la Guardia Civil podrán confirmar estos extremos obtenidos por inferencia lógica.
- Tras ser cesado como Vicepresidente del CTA a mediados del año 2018, el FC Barcelona decidió prescindir de los servicios de E.N.. Ante ello, este último envió una carta intimidatoria al ex presidente del FC Barcelona B. indicándole, en esencia, que si no le seguían pagando revelaría una serie de hechos que podrían perjudicar gravemente al club.
- De esto último se depende que E.N. tenía consciencia de que se habían producido actos ilícitos en favor del FC Barcelona de bastante gravedad. Este conocimiento directo por E.N. implicaba bien su participación en la comisión de dichos actos en favor del FC Barcelona, bien en un conocimiento muy próximo de las personas que los habrían cometido. En suma, E.N. era consciente, en mayor o menor medida, de la ilicitud de sus actos e, incluso, de otros actos desconocidos hasta ahora.
- El delito de cohecho se ha consumado al haberse realizado el pago, se demuestre o no la corrupción sistémica del arbitraje español a causa de tales pagos.

La responsabilidad penal de la persona jurídica FC Barcelona.-

El artículo 427bis permite la aplicación del delito de cohecho a las personas jurídicas, por lo que el FC Barcelona seguirá teniendo la consideración de investigado.

PARTE DISPOSITIVA

Se **ACUERDA atribuir** a todas las personas hasta el momento investigadas, incluido el FC Barcelona, el delito de cohecho. En el caso de E.N. se le atribuye un delito continuado de cohecho pasivo en concepto de autor y en el de Javier E.R. otro delito continuado de cohecho pasivo en concepto de cooperador necesario. Respecto a la persona jurídica del FC Barcelona y a los directivos del citado club investigados se les atribuye un delito continuado de cohecho activo. Todo ello sin perjuicio de mantener la calificación alternativa del delito de corrupción deportiva del artículo 286bis 4º CP, al menos durante esta fase de instrucción.

Una vez firme la presente resolución, la causa se seguirá por los trámites de la Ley del Tribunal del Jurado.





NOTIFÍQUESE la presente resolución al Ministerio Fiscal, y a las partes personadas, previniéndoles que contra la misma caben recursos de reforma y apelación, debiendo interponerse el primero ante este juzgado en el improrrogable término de tres días, y el segundo, que podrá serlo también subsidiariamente en las condiciones anteriormente descritas, igualmente ante este Juzgado, en el improrrogable término de cinco días.

Así lo acuerda, manda y firma D. Joaquín Aguirre López, Magistrado Titular del Juzgado de Instrucción número UNO de Barcelona.

DILIGENCIA DEL LETRADO.- Seguidamente se me hace entrega por S.S^a de la anterior resolución que uno a las diligencias de su razón, y se cumple lo acordado. Doy fe.

Los interesados quedan informados de que sus datos personales han sido incorporados al fichero de asuntos de esta Oficina Judicial, donde se conservarán con carácter de confidencial y únicamente para el cumplimiento de la labor que tiene encomendada, bajo la salvaguarda y responsabilidad de la misma, dónde serán tratados con la máxima diligencia.

Quedan informados de que los datos contenidos en estos documentos son reservados o confidenciales, que el uso que pueda hacerse de los mismos debe quedar exclusivamente circunscrito al ámbito del proceso, que queda prohibida su transmisión o comunicación por cualquier medio o procedimiento y que deben ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las responsabilidades civiles y penales que puedan derivarse de un uso ilegítimo de los mismos (Reglamento EU 2016/679 del Parlamento Europeo y Del Consejo y Ley Orgánica 3/2018, de 6 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales).

