



TRABAJO FIN DE MÁSTER

Dictamen elaborado por

KATARZYNA KRYSZYNA DYLIK

Con objeto de

**“ESTUDIAR EL SUPUESTO DELITO CONTRA EL PATRIMONIO Y
ORDEN SOCIOECONÓMICO”**

Facultad de Derecho de Zaragoza

15 de diciembre de 2015

ÍNDICE

I. ANTECEDENTES	5
1. HECHOS	5
1.1 Hechos relevantes a las partes	5
A) El contrato privado entre Felicia y Pedro	6
1.2. Hechos relevantes al Sr. David García	6
A) Voluntad de David de ayudar a Pedro	6
2. PROCEDIMIENTO JUDICIAL	7
2.1. Diligencias Previas	7
A) Colaboración a la compañía GOOGLE INC.	8
B) Declaración de la imputada Doña Felicia	9
C) Aportación del Contrato de Términos y condiciones	10
D) Declaración de Imputado, Don David García	11
E) Acordada la inhabilitación - ¿Existencia de conexión?	12
2.2 Apertura del Juicio oral – escritos de acusación	13
II. CONSULTAS	15
III. DICTAMEN	16
1. INVESTIGAR SI EXISTE O NO EL ILICITO PENAL	16
1.1. Delito de Estafa	16
A) <i>Elementos constitutivos de la estafa</i>	16
1.2. Delito de Apropiación indebida	17
A) <i>Elementos constitutivos de Apropiación indebida</i>	18
B) <i>David como un mero instrumento</i>	19
2. DISTINCIÓN ENTRE EL DOLO PENAL Y EL DOLO CIVIL	20
2.1. El derecho penal como última ratio y el dolo subsequens	20
2.2. Incumplimiento contractual como dolo penal	22
3. LA ESTAFA PROPIA EN SU MODALIDAD DE CONTRATO CRIMINALIZADO – CONTRATO DE EVOLUTION MARKET GROUP	26
3.1 Elementos del contrato	27
3.2 Dolo in contrahendo - vicios en el consentimiento	28
3.3. Elementos de la estafa en los negocios criminalizados	29

4. CONTRATO DE CONDICIONES Y TÉRMINOS TIPO DE EVOLUTION MARKET GROUP	30
4.1 Cláusulas abusivas	30
A) Analisis	32
i. Aplicación	32
ii. Falsedad	33
iii. Penalización	34
iv. Pérdida	34
v. Garantía	35
vi. Datos personales	35
vii. Exoneraciones	36
viii. Transacción	37
ix. Legislación	37
B) Resumen del contenido de las cláusulas	38
IV. CONCLUSIONES	40
V. BIBLIOGRAFÍA	45
VI. JURISPRUDENCIA	46
ANEXO I	47
ANEXO II	56

LISTADO DE ABREVIATURAS

AP	Audiencia Provincial
Art(s)	Artículo(s)
CC	Código Civil
CP	Código Penal
LECiv	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECrim	Ley de Enjuiciamiento Criminal
MF	Ministerio Fiscal.
Núm	Número
<i>Op. Cit</i>	En la obra citada (<i>Opere citato</i>)
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
IP	Protocolo de Internet
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
SL	Sociedad Limitada
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial

DICTAMEN que, a solicitud de Don David García Márquez, emite KATARZYNA KRYSTYNA DYLIK, por estudiar la posible comisión de un delito contra el patrimonio y orden socio-económico y que con fecha de 15 de diciembre de 2015, con base en los siguientes:

I. ANTECEDENTES

Para la realización del siguiente dictamen se han estudiado las Diligencias Previas núm. 1718/2012, procedentes del Juzgado de Instrucción núm.1 de Zaragoza, y que dieron lugar a la apertura del juicio oral, ante el Juzgado de lo Penal en Zaragoza, por delito continuado de estafa contra Don David, Doña Felicia y Don Héctor.

A continuación, se realiza un resumen de los hechos que dieron lugar a este procedimiento y su desarrollo.

1. HECHOS

1.1 Hechos relevantes a las partes

En el año 2008 Don Pedro Ochoa, mayor de edad y sin antecedentes penales, de nacionalidad italiana, vecino de Calatayud conoció a través de un amigo en común, Don Luis, a Doña Felicia López, mayor de edad, de nacionalidad española y vecina de Zaragoza. Don Luis presentó a Doña Felicia como experta en inversiones y con el propósito de hacer negocios juntos, en concreto, para constituir una franquicia de venta de ropa.

Tras varias conversaciones, finalmente acordaron que Don Pedro y su mujer iban a suscribir, con el fin de empezar el negocio, un préstamo con garantía hipotecaria sobre su vivienda por valor de 60.000€ con la Entidad bancaria IberCaja. Una vez obtenida la financiación, Doña Felicia decidió no participar en el negocio, y es en ese momento en que Don Pedro y su mujer decidieron hacer uso de la financiación.

Por ello, con la mediación de Doña Felicia, experta en el mercado de inversiones, decidieron otorgar un contrato de depósito de inversión privado, usando para ello el nombre de Doña Felicia, ya que ella supuestamente disponía de una cuenta en dicho fondo privado a su nombre.

A) El contrato privado entre Felicia y Pedro

Entre las estipulaciones del referido contrato, se encuentra la relativa al capital, intereses y rentabilidad que dice, literalmente que:

«(...) este capital está garantizado y aunque los intereses están supeditados a la marcha del fondo, la rentabilidad esperada para este capital es de cincuenta por cien a los seis meses. (...) Doña Felicia se compromete a entregar a Don Pedro el capital invertido y los intereses que se hayan podido generar hasta entonces, en la primera quincena de Abril».

1.2. Hechos relevantes al Sr. David García

El contrato de depósito se firmó el 6 de Septiembre de 2008 entre Don Pedro, quien disponía de un capital que quiso invertir en un fondo privado, y Doña Felicia, quien tenía este mismo fondo privado contratado a su nombre, entregándose a Doña Felicia 40.000€ en efectivo.

Pasado el tiempo pactado (mes de Abril de 2009) sin haber obtenido el capital invertido ni los intereses pactados y, tras el intercambio de emails y mensajes telefónicos, finalmente en junio de 2009 Don Pedro consiguió que Doña Felicia le indicase la dirección del correo electrónico de Don David García, quien según Doña Felicia, **actuaba de intermediario/bróker/mayorista o similar.**

Don Pedro se puso en contacto con Don David, mandándole un email el día 29 de Junio al que Don David respondió a dicho email a través de Doña Felicia y en el cual explicaba que el fondo de inversión en EEUU se encontraba bloqueado por la recesión y el sector financiero estaba sometido a un control.

Posteriormente Don David continuó intercambiando emails y llamadas telefónicas con Don Pedro a lo largo de los años 2010-2012. En dichas conversaciones Don David se comprometió con Don Pedro a facilitar y asegurar a la devolución de la cuota invertida, sin necesidad de que ellos tuvieran que acudir a la vía judicial.

A) Voluntad de David de ayudar a Pedro

En la comunicación que Don Pedro mantuvo con Don David, el último demostró **voluntad de ayudar** a Don Pedro y su familia para que éstos pudiesen ir de viaje a Italia. Así, en el email del 30 de Junio de 2011, Don David le indicó lo siguiente:

«Pasadme un número de cuenta y voy a hacer todo lo posible para intentar que tengáis adelanto hoy».

En tal sentido, en la documentación que obra en autos queda constancia de que Don David realizó transferencias a favor de Don Pedro por un importe total de 1.400€.

Igualmente, en otro mail con fecha de 2 de Agosto de 2011, Don David escribió:

«Hola Pedro,

Te escribo para que sepáis que todo sigue igual y **mi voluntad de solucionar lo vuestro** no ha cambiado (...) pero quiero que sepáis que ni me he olvidado ni lo he dejado de lado, tan solo que a veces la vida te da sorpresas y sustos que no esperas y que te trastocan todos los planes».

Finalmente, Don Pedro y su mujer, decidieron interponer una demanda de conciliación ante el Juzgado de Primera Instancia Número 21 de Zaragoza y, posteriormente, en Valencia por quedarse la primera sin efecto por carecer de competencia territorial el Juzgado de Zaragoza.

2. PROCEDIMIENTO JUDICIAL

2.1. Diligencias Previas

El 11 de Octubre de 2011 se celebró Acto de conciliación con Doña Felicia sin efecto por falta de competencia territorial del juzgado de Zaragoza, y, posteriormente, el 12 de Marzo de 2012 se celebró ante el Juzgado de Primera Instancia Número 7 de Valencia, teniéndose el acto de conciliación por intentado pero sin avenencia.

El 9 de Abril de 2012 se interpuso **la querella contra Doña Felicia** por un delito de **estafa o apropiación indebida**. En esta querella aparece mencionado en el punto octavo Don David, respecto al cual se indicaba que «parece evidente también **delictual de su actuar**, inicialmente por uno de estos dos delitos», aunque sin embargo **no se dirigió contra Don David la querella**.

Consecuencia de ello el Juzgado de Instrucción núm. 1 de Zaragoza incoó las Diligencias Previas de Procedimiento Abreviado núm. 1718/2012. Los actos de investigación que se realizaron para determinar la naturaleza y circunstancias de los hechos fueron los siguientes:

A) *Colaboración a la compañía GOOGLE INC.*

En las Diligencias Previas llevadas a cabo por el Juzgado de Instrucción Número 1 de Zaragoza, se acordó mediante Auto solicitar a través del Grupo de Delitos Tecnológicos a la compañía GOOGLE INC. -compañía proveedora de los servicios de correo electrónico de la denominación “gmail”- para que identificase y localizase la cuenta de correo de Don David García. En concreto, el Grupo solicitó a Google, los datos de registro, así como las IP de acceso del correo david.garcia@gmail.com.

La respuesta de *Legal Investigation Support – Global*¹, obtenida el día 16 de mayo de 2012, fue negativa, no encontrándose ninguna información sobre la titularidad ni la IP de la cuenta david.gracia@gmail.com. Posteriormente, analizando la información adjunta se observó que la dirección del correo electrónico facilitada a Google Inc era errónea, ya que en vez de david.garcía@gmail.com se indicaba david.gracia@gmail.com

Posteriormente, en fecha del 26 de Junio de 2012 *Legal Investigations Support* respondió que ante la falta de determinados requisitos formales, pendientes por subsanar, no podían facilitar la información requerida pero que la guardarían en el sistema durante los siguientes 90 días hasta que se les entregase la solicitud cumplimentada correctamente.

Después, también se les indicó desde Google que las conexiones realizadas por la IP investigada se habían realizado a través de servidores que pertenecían a la entidad TELEFÓNICA DE ESPAÑA. Por ello, se envió un requerimiento judicial en fecha 20

¹ Sobre el Soporte de las Investigaciones Legales¹ leemos en la página web de Google Inc, consultada el 3 de diciembre de 2015, según se recoge en la dirección: <https://www.google.com/transparencyreport/userdatarequests/legalprocess/>
«Es política de Google para exigir proceso legal formal de conformidad con la legislación estadounidense para la divulgación de información relacionada con alguno de nuestros usuarios. Dicho esto, también cooperamos con las investigaciones policiales de otros países donde se proporciona un proceso legal válido para la divulgación de la información y la divulgación se puede hacer en el cumplimiento de las leyes estadounidenses. Con ese fin, para obtener información básica de abonado (página de registro y los registros de propiedad intelectual recientes) podemos aceptar una orden o mandamiento firmado por un juez o magistrado en su jurisdicción, u otra válida y autenticada proceso legal. Por favor, transmita este proceso dirigido a Google Inc. en la dirección y / o número de fax dispuesto anteriormente para la evaluación. Peticiones contenido emitidas por un gobierno no estadounidense, entendemos que estas solicitudes se deben hacer de acuerdo con el Tratado de Asistencia Legal Mutua (MLAT) o las comisiones rogatorias proceso. No somos capaces de ofrecerle a los requisitos específicos en su jurisdicción, pero le animamos a ponerse en contacto con el abogado de orientación en este proceso».

de Agosto de 2011 a esta última compañía, solicitando un informe acerca de cuantos datos pudiesen constar en las bases de datos de la compañía sobre el servidor en que había operado la IP investigada.

En fecha 4 de Octubre respondió Telefónica al oficio solicitado por la Dirección General de la Policía respecto a las diligencias seguidas por el Juzgado de Instrucción Número 1 de Zaragoza y en el que se solicitaba la práctica de gestiones encaminadas a determinar la titularidad del correo david.garcia@gmail.com que **no constaban** conexiones en relación con las direcciones IP solicitadas en las **fechas indicadas** .

Por ello, la Unidad del Grupo de Delitos Tecnológicos consideró que no se disponían de otros elementos que permitiesen proseguir la investigación en aras a determinar la titularidad del correo electrónico arriba mencionado. De esta forma, en el escrito de la Unidad que se dirigió al Juzgado se exponía que:

«(...) Se significa que algunas de las IPs solicitadas, pese a aparecer en los registros oficiales como pertenecientes a Telefónica de España, ésta informa que en realidad pertenecen a TME (telefónica Móviles de España), por lo que si se desea identificar al titular de esas conexiones habría que solicitárselas con la fecha y hora que se indicaba en Oficio 123.9668/12 a Telefónica Móviles de España»².

Es importante reseñar que a partir de la documentación obtenida la empresa Telefónica, se extrajo a IP de los usuarios y las conexiones realizadas en las fechas indicadas, pero sin que constase la persona física que realizó las conexiones. Por ello, a lo largo del resto de las Diligencias seguidas en este procedimiento se intentó identificar a todas las personas y entidades desde que se realizaron las conexiones.

B) Declaración de la imputada Doña Felicia

El día 17 de Octubre de 2012 Doña Felicia prestó su declaración ante el Juzgado de Instrucción Número 1 de Zaragoza.

De su declaración ha de destacarse que ella narró cual era su relación con los querellados, así de la manera que se produjo la entrega del dinero y con qué fin se llevó a cabo ésta, junto con las circunstancias posteriores que dieron lugar a retrasos en la

² Oficio de Dirección General de la Policía ref. B.P.P.J R.S. núm 2012 – 132.613, según consta en las Diligencias.

entrega de dicho importe. Concretamente, indicó que según ella creía el fondo privado en el cual se realizó la inversión estaba manejado por la empresa *Evolution Market Group* (en adelante, EMG).

En esta línea, literalmente consta en la declaración realizada ante el Juzgado por Doña Felicia que:

«(...) conoce a los querellados dado que un amigo suyo se les presentó (...). Una vez que D. Pedro le entregó a la manifestante los 40.000€ que iba a invertir ella se limitó a trasladarlos a David García a quien conoce personalmente (...). Todo fue de mal en peor y cuando se supone que tenía que cobrar la que habla la parte de lo que ella misma había invertido, **el pago se retrasa** y no lo cobra; hasta el punto de que nunca llegó. Tampoco el dinero de Pedro llegó.» (...) Desconoce el nombre del fondo en el que se invertía. Solamente puede precisar que se le informó de que se trataba de una empresa denominada **EVOLUTION MARKET GROUP**, conocida en España como FINANZAS FOREX. Cree recordar, aunque no puede precisarlo, que EVOLUTION MARKET GROUP era una empresa radicada en Panamá».

C) Aportación del Contrato de Términos y condiciones

Con fecha 17 de Octubre de 2012, el abogado de Doña Felicia presentó un escrito ante el Juzgado al cual se adjuntaba el contrato tipo de EMG. En este contrato se indicaba que la inversión a realizar iba a ser por un importe de 40.000€ y a nombre de Doña Felicia.

Analizado este contrato, en ningún lugar aparece referencia alguna de Don David. Concertante, las partes del contrato –según figura en el mismo- fueron la empresa mercantil EMG y, por otro lado, Doña Felicia. Respeto a Don David, únicamente aparecía como intermediario y su firma, con la finalidad de dejar constancia del recibí que le habían entregado.

En las cláusulas de Términos y condiciones de este contrato tipo, han de destacarse las siguientes estipulaciones:

- Los intereses y comisiones a percibir por el Cliente serán los que figuren y estén vigentes en el Plan de Marketing de EMG. Este Plan de Marketing podrá ser modificado en cualquier momento por la Empresa **sin previo aviso**, cambiando cualquier requisito, interés o condición.

- La mercantil EMG velará por la estabilidad y mejora de los intereses y comisiones. Pero, **en ningún caso, la Empresa podrá garantizar estos intereses y comisiones vigentes en cada momento**. En cualquier caso los capitales depositados por el Cliente **siempre estarán asegurados y garantizados**. Para poder asegurar estos capitales y pagos, la Empresa creará **un Fondo de Reserva** para garantizar la continuidad de la actividad.
- El Cliente acepta **exonerar** a EMG respecto **de toda pérdida, costo y responsabilidades cualesquiera** que, directa o indirectamente, sean generadas como resultado de la **ejecución adecuada de sus obligaciones**. Estas exoneraciones seguirán vigentes aún luego de ser terminado y resuelto este acuerdo.
- Este Acuerdo será gobernado e interpretado según la legislación de Panamá. El lugar de ejecución y el lugar de jurisdicción para cualquier proceso, será Panamá.

D) Declaración de Imputado, Don David García

Con fecha 21 de Enero de 2013 se tomó declaración al entonces imputado, Don David, quien manifestó que Doña Felicia, a quien consideraba su mejor amiga, le había entregado en un determinado momento la suma de 40.000€, los cuales había a su vez recibido de Don Pedro para que fueran invertidos.

Asimismo, indicó que él había procedido a trasladar dicho importe Don Germán Cardona Soler, quien era el responsable de Finanzas Forex. A Don Germán lo conoció Don David en Zaragoza durante la charla que el primero daba entonces sobre tipos de inversiones.

Don David manifestó que en un momento determinado tuvo conocimiento de que habían existido problemas legales en Estados Unidos y que todo el dinero invertido, tanto por él, como por sus familiares y muchas otras personas (incluido el querellante, Don Pedro) **se encontraba retenido o bloqueado** en Estados Unidos.

En el mismo sentido, Don David también comentó que él no invertía el dinero de otras personas, sino que son éstas quienes lo invertían y, según le constaba a él en ese momento, estas personas estaban obteniendo en aquél periodo muchos beneficios a través de tales inversiones.

Igualmente, Don David indicó que él y sus familiares también habían invertido dinero en este fondo, concretamente un importe de 60.000€. Por ello, Don David consideraba que él también era un afectado más y, es más, pertenecía a una de las plataformas de los afectados por la estafa realizada por Don Germán.

Respecto a su función dentro de las empresas implicadas, Don David manifestó que él no tenía ningún poder dentro de estas empresas en las que se depositaban los fondos. Simplemente que él había firmado un recibí para que Doña Felicia tuviese un justificante de la entrega de dicho documento, el cual constaba dentro de los documentos obrantes en las Diligencias y según figura en el mismo era por un importe de 40.000€.

E) Acordada la inhibición - ¿Existencia de conexión?

El Juzgado de Instrucción Núm. 1 de Zaragoza fue informado por los Juzgados de Instrucción de la Audiencia Nacional, indicándose por el Juzgado Central de Instrucción núm. 2 que se estaban tramitando las diligencias previas nº 301/2010 en las que aparecía D. Germán como imputado por delitos de estafa, en los que había cientos de perjudicados, por su cargo como responsable en España de Finanzas Forex.

Respecto Don Germán Cardona Soler, según consta en la noticia en el artículo publicado por el periódico El Mundo, con fecha 17 de febrero de 2012³, fue acusado por un delito de estafa piramidal, en la cual se han visto afectados más de 100.000 personas de 110 países y con la que llegó a estafar un total de 300 millones de euros, lo que ha dado lugar a que se le conozca como «el Madoff español».

Tal y como indica esta noticia, en el auto de la Audiencia Nacional se atribuyó a Don Germán la constitución de «**un sistema tipo 'ponzi' de distribución piramidal** por la captación de clientes, cuyas supuestas rentabilidades se alimentaban de las aportaciones de nuevos clientes». E, igualmente, se recoge que «lo que debía ser una plataforma dedicada a la inversión en el mercado de divisas se convirtió en un sistema defraudatorio de tipo piramidal por medio de una estructura de alcance internacional que captaba fondos de forma masiva para canalizarlos hacia el mercado Forex».

Teniendo en cuenta la relación que existía entre los hechos investigados en Zaragoza y aquellos hechos seguidos ante el Juzgado Central de Instrucción, el Juzgado de

³ Noticia del Periódico El Mundo, según aparece en su página web y consultada el 5 de diciembre de 2015: <http://www.elmundo.es/elmundo/2012/02/17/valencia/1329484462.html>

Instrucción de Zaragoza consideró que existían indicios racionales para imputar a Don Germán del delito de estafa objeto de querrela que fue interpuesta por Don Pedro.

En este sentido, se podía considerar que el delito objeto de la instrucción llevada a cabo por el Juzgado de Zaragoza y el de causa instruida por el Juzgado Central era el mismo, en cuanto podría calificarse como un **delito continuado de estafa** realizada por la misma persona y aprovechando la misma ocasión, siendo Don Pedro un afectado más por la estafa llevada a cabo por Don Germán.

De todo lo anterior se desprende que podría afirmarse que serían **delitos conexos** por aplicación del artículo 17.5 de la Lecrim⁴ en cuanto existen indicios para considerar que es el mismo delito, la misma actuación delictiva y el mismo autor, lo que implicaría que la instrucción se tendría que realizar en un único procedimiento, bien por el mismo delito, bien por ser delitos conexos.

Además, por la entidad y repercusión de los delitos objeto de imputación a Don Germán sería competente la Audiencia Nacional por aplicación del artículo 65 de la LOPJ, órgano que había admitido su competencia al tramitarse causa en el Juzgado Central de Instrucción nº 2, por lo que el Juzgado de Zaragoza consideró que debería producirse una acumulación de la causa instruida por él en la causa que estaba instruyendo el Juzgado Central.

Ante esta situación, el Juzgado de Instrucción Núm. 1 de Zaragoza solicitó su inhibición a favor del Juzgado Central de Instrucción Núm. 2. Sin embargo, dicha inhibición **no fue aceptada** por el Juzgado Central de Madrid **por falta de una relación de conexidad referente a personas y hechos puesto que según la querrela presentada por Don Pedro la autora del delito de estafa era Doña Felicia, no Don Germán.**

2.2 Apertura del Juicio oral – escritos de acusación

Con fecha 24 de Junio de 2015 se decretó la apertura del Juicio Oral ante el Juzgado de

⁴ Según indica el artículo 17 de la Lecrim: Considéranse delitos conexos:

- 1.º Los cometidos simultáneamente por dos o más personas reunidas, siempre que éstas vengan sujetas a diversos Jueces o Tribunales ordinarios o especiales, o que puedan estarlo por la índole del delito.
- 2.º Los cometidos por dos o más personas en distintos lugares o tiempos si hubiese precedido concierto para ello.
- 3.º Los cometidos como medio para perpetrar otros o facilitar su ejecución.
- 4.º Los cometidos para procurar la impunidad de otros delitos.
- 5.º Los diversos delitos que se imputen a una persona al incoarse contra la misma, causa por cualquiera de ellos, si tuvieren analogía o relación entre sí, a juicio del Tribunal, y no hubiesen sido hasta entonces sentenciados.

lo Penal de Zaragoza.

Después de las Diligencias seguidas ante el Juzgado de Instrucción, desde el año 2012 hasta finales del año 2015, Don David García es acusado tanto por el Ministerio Fiscal como por la parte querellante,

En cuanto al Ministerio Fiscal, en su escrito de acusación del 26 de Mayo de 2015 consideró que Don David era autor de la estafa al haberle entregado Doña Felicia el dinero, **sin que se haya podido acreditar** Don David que realmente había realizado la inversión interesada por los querellantes, ni el ingreso del dinero en cualquier fondo, ni la entrega a cualquier otra persona o al destino dado al mismo.

Igualmente, el MF consideró que tampoco se había procedido a afirmar subsidiariamente **la inexistencia de previo ánimo fraudulento** ni de Doña Felicia ni de Don David, quienes había hecho suyo el importe entregado por Don Pedro, salvo 1.400€ que le fueron ingresados en cuenta a este **por Don David**, ya en el mes de julio de 2011.

Por último, el Ministerio Fiscal alegó que los hechos relatados eran constitutivos de un delito de estafa, según se recoge en los arts. 248 y 249 del CP o, subsidiariamente, de un delito de apropiación indebida del art. 252 en relación con el 249 del CP.

Por otro lado, en cuanto al escrito de acusación de Don Pedro y su esposa, presentado el 3 de Junio de 2015, en él igualmente se acusaba a Don David como autor, aunque en el mismo se indicaba que:

«(...) no se conoce a ciencia cierta el título jurídico de esta segunda entrega, ni la contraprestación concreta que David García entregó Germán por la gestión, o si compartían lo recaudado».

Respecto al escrito de la defensa de D. Felicia, en él se alegaba sobre Don David que:

«Se ha reconocido que era el mismo –Don David- que directamente y sin intervención de mi mandante –Doña Felicia-, ha procedido a invertir el dinero de los querellantes, **invirtiéndolo en FOREX**. Y el querellante tiene pleno conocimiento de estos hechos y de que la responsabilidad la tiene en todo caso Germán (...)».

En vista de los antecedentes relatados, D. David, solicita a la que suscribe, Dictamen sobre la viabilidad y requisitos para la existencia de ilícito penal formulándose en concreto las siguientes:

II. CONSULTAS

1. Investigar si existe el ilícito penal.
2. Distinción entre el dolo penal de dolo civil.
3. La estafa propia en su modalidad de contrato criminalizado.
4. Clausulas abusivas en el Contrato de Evolution Market Group.

Aceptando el requerimiento formulado, la que suscribe emite el siguiente:

III. DICTAMEN

1. INVESTIGAR SI EXISTE O NO EL ILICITO PENAL

1.1. Delito de Estafa

A Don David se le imputó la comisión de un delito de estafa, o simultáneamente, apropiación indebida. En cuanto al delito de estafa, el artículo 248 del Código Penal castiga a los que con ánimo de lucro, utilizaren **engaño bastante** para producir error en otro, induciéndole a realizar un acto de disposición en perjuicio propio o ajeno.

Según la Sentencia de AP Madrid, sección 17ª, de 8 de mayo de 2008, nº 288/2008, rec. 235/2007:

«El tipo penal de la estafa exige el engaño bastante como elemento nuclear (...). La conducta delictiva en el delito de estafa consiste en el empleo de artificios o engaños utilizados para inducir en error a la víctima y como consecuencia de ese error obtener un provecho económico ilícito. Sin embargo para que se tipifique el delito de estafa, no basta cualquier clase de error, es necesario que el error tenga la capacidad de mover el consentimiento de la víctima para que haya una representación falsa o equivocada sobre la cosa objeto del delito, y no como producto de la simple ignorancia de la víctima».

A) *Elementos constitutivos de la estafa*

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el delito de estafa está constituido por los siguientes elementos: un engaño que produzca en el sujeto pasivo un error que dé lugar a una disposición patrimonial la cual le cause al sujeto pasivo un perjuicio económico y, además, el sujeto activo debe actuar con ánimo de lucro.

En este sentido, la SAP de Barcelona, sec. 3ª, de 1 de septiembre de 2009, nº 799/2009, rec. 118/2007 recoge brevemente los elementos constitutivos de un delito de estafa en su tipificación básica:

«a) un engaño, principio y núcleo de la acción típica, que es realizado por el autor de la infracción, bien mediante un solo acto, bien mediante una sucesión de actos más o menos compleja; b) la suficiencia de este engaño para producir error en otro, requisito cuya existencia dependerá de las circunstancias concurrentes en cada caso, de forma que para formar criterio sobre este particular no sólo

deberá atenderse a la perfección del artificio creado sino a la madurez, preparación y situación social de la persona a la que se pretende engañar y a los usos vigentes en el ámbito o sector en que el engaño se utiliza; c) la producción de un error en otro a causa del engaño, error que puede consistir, bien en una definición desviada de la realidad, bien en un puro y simple desconocimiento de la misma por haberla ocultado la maquinación del autor; d) un desplazamiento patrimonial realizado por el sujeto engañado a consecuencia del error a que ha sido inducido; e) que tal desplazamiento origine un perjuicio económico en quien lo hace o en otra persona y f) que, como elemento subjetivo específico de la infracción, la acción del autor haya estado inspirada por el ánimo de lucrarse a costa ajena y mediante el empleo del engaño».

Concretamente, en esta Sentencia se considera que tras el desarrollo de las pruebas practicadas se llegó a la conclusión que existen elementos incriminatorios contra los acusados, no se ha llegado al pleno convencimiento de ser ciertos los hechos delictivos que a ellos se les imputa, de ahí que hay que aplicar el principio in dubio pro reo en favor de los mismos.

Pues bien, en este caso, en la conducta de Don David no queda fehacientemente acreditado, de entrada, el primero de los elementos que el tipo delictivo requiere, esto es, el engaño. Es más, ni siquiera en la conducta del principal acusado, Doña Felicia, ya que Don David no solo era un comisionista/bróker/intermediario, actuando en el marco de recibir y entregar el dinero a D. Germán, sino también era un inversor, como las decenas y decenas de personas que se han relacionado con D. Germán y que han perdido dinero.

Igualmente, falta el elemento del tipo que se refiere al engaño «bastante» en la conducta realizada por Don David dentro de esta operación, puesto que no existió en ningún momento contrato que uniese a Don Pedro con Don David, por lo que difícilmente podía llegar a causar error en el querellado.

1.2. Delito de Apropiación indebida

Igualmente, a Don David se le acusa subsidiariamente la comisión de un delito de apropiación indebida, el cual se encuentra recogido en el art. 252 del CP.

El delito de apropiación indebida requiere, con respecto a la apropiación de cosas muebles y, concretamente, de dinero, que sea el poseedor legítimo de la cosa quien

proceda a incorporarla en su patrimonio, con ánimo de lucro, cuando tenía la obligación de entregarlas o devolverlas, o negara haberlas recibido. En este sentido se pronuncia la Sentencia de AP Barcelona, sec. 3ª, S 1-9-2009, nº 799/2009, [REC 118/2007] (EDJ 2009/253198)

La consumación del delito de apropiación indebida en el ámbito de los contratos de depósito se produce cuando se lleva a cabo el apoderamiento de las cosas guardadas en depósito. Según la STS, Sala 2ª de lo Penal, del 18-10-03, núm. 1329/2003, [REC 3664/2003] (EDJ 2003/127685):

«Tratándose de la distracción de dinero o bienes, **por no darles el destino convenido**, en la fecha en que debió de haberse dado tal destino pactado, si se incumple la obligación y se retiene la posesión de dinero o bienes en provecho del poseedor. Resumiendo y acorde con las sentencias SS. TS. 840/2000 y 1248/2000 debe estarse para la consumación al **momento de la exteriorización de la intención definitiva** del sujeto activo del delito».

Tal y como consta en la declaración de Don David la conducta llevado a cabo por él tampoco puede considerarse como constitutiva de un delito de apropiación indebida. En este caso, Don David reconoció en la declaración que prestó día 21 de enero de 2013 haber recibido de Doña Felicia la suma de 40.000€ que la última le entregó para invertirlo. Sin embargo, manifestó que él no llegó a realizar esa inversión, sino que fue Don Germán quien era el responsable encargado de realizar las operaciones de inversión, para que así éstas aparezcan registradas en la página web de EMG. Por ello, Don David indicó que había procedido a entregarle a Don Germán el importe de 40.000€.

A) Elementos constitutivos de Apropiación indebida

Tal y como establece la STS Sala 2ª, S 23-5-2014, núm. 417/2014, [REC. 2314/2013] (EDJ 2014/86608)

«Por ello, cuando se trata de dinero u otras cosas fungibles, el delito de apropiación indebida requiere como elementos de tipo objetivo: a) que el autor

lo reciba en virtud de depósito, comisión, administración o cualquier otro título que contenga una precisión de la finalidad con que se entrega y que produzca consiguientemente la obligación de entregar o devolver otro tanto de la misma especie y calidad; b) que el autor ejecute un acto de disposición sobre el objeto o el dinero recibidos que resulta ilegítimo en cuanto que excede de las facultades conferidas por el título de recepción, dándole en su virtud un destino definitivo distinto del acordado, impuesto o autorizado; c) que como consecuencia de ese acto se cause un perjuicio en el sujeto pasivo, lo cual ordinariamente supondrá una imposibilidad, al menos transitoria, de recuperación.

Y, como elementos de tipo subjetivo, que el sujeto conozca que excede sus facultades al actuar como lo hace y que con ello suprime las legítimas facultades de titular sobre el dinero o la cosa entregada».

Teniendo en cuenta lo anterior, en este caso no puede considerarse que se haya producido apropiación indebida por parte del acusado Don David puesto que él nunca recibió el importe en virtud de título alguno que le obligase a devolver, sino que simplemente actuaba como intermediario de la operación de inversión y, es más, la entrega de dicha cantidad a Don Germán la realizó el acusado creyendo que era esa su función como intermediario de la operación de inversión, por lo que consideraba que su actuación iba encaminada a entregar el dinero a la persona que debía encargarse de invertirlo o registrarlo.

Igualmente, tampoco se ha conseguido acreditar que Don David se ha quedado con cantidad alguna de los inversionistas.

B) David como un mero instrumento

La acusación no ha conseguido acreditar durante las diligencias previas que Don David actuase de forma activa y consciente dentro del entramado de la estafa. Al contrario, todas las pruebas practicadas han demostrado que Don David era un **mero instrumento** en el sistema piramidal de **cadena de custodia**. Su función era recibir la cantidad de 40.000€ de Doña Felicia y proceder a la entrega de este importe a Don Germán.

Todo ello refuerza la credibilidad de las **manifestaciones exculpatorias** del acusado, Don David. Concretamente, él también procedió a ofrecer este producto, que él creía sólido y cierto, llegando incluso a ofrecérselo a sus familiares más próximos, e, igualmente, él también realizó una **inversión en este fondo** por un total de **60.000€**.

Asimismo, también se desprende de la relación que continuó manteniendo con Don Pedro y su mujer, ya que Don David siguió dando explicaciones y haciendo un adelanto para que puedan irse de viaje a Italia.

Por lo tanto, todo ello evidencia, sin ambages interpretativos, que el Sr. David García, **fue un engañado más, junto a todos los clientes que invirtieron a través de él en este fondo.**

2. DISTINCIÓN ENTRE EL DOLO PENAL Y EL DOLO CIVIL

En este caso, he apreciado que Don David carecía en el momento de los hechos de la conciencia y voluntad de la realización del tipo delictivo del que se le acusó, ya que como perjudicado (víctima) **existiría una alternativa de pretensiones civiles por plantearle.**

De los hechos recogidos en los Antecedentes de este Dictamen se desprende que Don Pedro intentó llegar a un acuerdo extracontencioso (a la vía civil o penal) a través del acto de conciliación para recuperar su dinero. Sin embargo, finalmente interpuso una querrela contra Doña Felicia, la cual finalmente se amplió a Don David.

2.1. El derecho penal como última *ratio* y el dolo *subsequens*

No obstante, ha de tenerse en cuenta que la jurisdicción penal debe ser la última alternativa para proteger los bienes jurídicos de las personas. Existiendo una alternativa jurídica de igual protección de los bienes jurídicos como es la vía civil, como *ultima ratio*, el Derecho penal no debe ser aplicado en aquellos supuestos en los que, no existiendo una perfecta adecuación al tipo objetivo y subjetivo de las circunstancias acaecidas, pudiera ser aplicable otra norma menos lesiva que, además, garantice de mejor manera el resarcimiento al damnificado por un daño patrimonial.

En este caso, el *dolo subsequens* o dolo sobrevenido se centra en la intención de incumplir con el pago. Siguiendo la sentencia de Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, S 8-9-2009, nº 602/2009, [REC 120/2007] (EDJ 2009/274117)

ha de relegarse a la órbita civil, no pudiendo confundirse el dolo civil, propio del incumplimiento de toda obligación, con el elemento subjetivo del tipo de estafa.

No obstante, la inexistencia de un hecho delictivo no impide la responsabilidad de Don David en el ámbito civil. En este sentido, la SAP de Santa Cruz de Tenerife *cit. op.* Indica que:

«A la vista de lo anteriormente expuesto se ha de concluir **que no existe estafa alguna**, por todo lo cual, y sin perjuicio de la lógica responsabilidad civil que genera la **existencia de una obligación contractual insatisfecha**, procede dictar una sentencia absolutoria, con expresa declaración de las costas de oficio, pues no se aprecia temeridad o mala fe en el querellante, habida cuenta que incluso el Ministerio Fiscal formuló acusación provisionalmente».

En el sentido arriba mencionado, indica la SAP Málaga, sec. 3ª, S 6-4-2015, nº 154/2015, [REC 27/2013] (EDJ 2015/138190) que:

«La línea divisoria entre el dolo penal y el **dolo civil** en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente **si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción**, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles...». En definitiva la tipicidad es lo que va a demostrar y divisa del lícito penal, quedando fuera de ella el resto de las ilicitudes **para las que la "sanción" existe pero no es penal**. De este modo se protege y cumple con la función del Derecho Penal, **como última ratio** y el **principio de intervención mínima que lo inspira**.

La **línea divisoria entre aquel dolo penal y el dolo civil** que es el incumplimiento contractual que han puesto de manifiesto numerosos Fallos jurisdiccionales de tal modo que la criminalización de un negocio civil cuando el engaño y propósito defraudatorio surgen antes o en el momento de celebrar el negocio y es capaz de mover, por ello, la voluntad de la otra parte, mientras que el dolo subsequens, desplaza la cuestión al orden jurisdiccional civil».

En la sentencia de la AP Jaén, sec. 2ª, S 17-6-2009, nº 75/2009, [REC 59/2009] (EDJ 2009/222164) se hace diferencia a la estafa del dolo civil que tiene carácter *subsequens*, surgiendo posteriormente a la conclusión de un negocio lícito contraído de buena fe, en su fase de cumplimiento y ejecución.

En el actual supuesto de incumplimiento civil, en que se observa una actividad de Don David encaminada a **llevar a efecto el contrato**, no lográndose este objetivo, debido a una serie de factores que aparecen acreditados en el proceso correspondiente (por ejemplo, la retención en el mercado estadounidense de las inversiones, la crisis económica y financiera de esos años, entre otros).

En definitiva, a través del delito de estafa no se puede criminalizar todo incumplimiento contractual, **puesto que el ordenamiento jurídico tiene remedios, apartados de los principios de fragmentariedad, subsidiariedad y última ratio del Derecho Penal**, a fin de restablecer siempre el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios civiles, como es el dolo contractual⁵.

2.2. Incumplimiento contractual como dolo penal

La distinción entre el dolo civil y el dolo penal es una cuestión clave para entender la posición de Don David dentro de este procedimiento.

En el ámbito de delitos llevados a cabo dentro de operaciones contractuales entre las partes, existe dolo penal cuando el sujeto activo inicialmente o en el momento de ejecutar el contrato actúa con el fin de engañar a la otra parte contratante. En cambio, el dolo civil aparece cuando posteriormente a la ejecución del contrato, la parte incumple como consecuencia del cambio de las circunstancias que dieron lugar a la firma del contrato y que no dejan a la parte incumplidora llevar a cabo la obligación asumida en el contrato.

En este sentido, la SAP de Valencia, sec. 2ª, del 24.01.2007, núm. 46/2007, [REC 72/2006] (EDJ 2007/114262):

«Más no es éste el elemento más claramente inapreciable, sino que debemos referirnos **al intencional o subjetivo del ánimo de lucro**, que permite distinguir **entre el dolo civil y penal**, que marca la línea divisoria entre lo que constituyen los legítimos intereses de quienes se sientan engañados para obtener la reparación que el derecho les concede. En el ilícito penal en que la estafa consiste, **el sujeto activo debe conocer desde el mismo momento de la concreción del contrato que no va a poder o no va a querer cumplir aquello a que se comprometió en compensación del valor recibido** con la suscripción

⁵ Vease, entre otras, las STS Sala 2ª de 15.03.2003, núm. 366/2003, rec. 3244/2001 (EDJ 2003/25338)

del mismo, lo que le provocará un evidente enriquecimiento en perjuicio de aquellos. Esta doctrina sintética sobre la criminalización de los negocios jurídicos, que ha sido reiteradamente expuesta por nuestro Tribunal Supremo y por esta Sala, adolece de cualquier sustento probatorio en el presente.

La criminalización, por tanto, de cualquier negocio civil, que debe producirse cuando el propósito defraudatorio surge antes o en el momento de celebrar el contrato y moviliza la voluntad de la parte contraria no puede predicarse (...). La inconcurrencia de los elementos característicos de la estafa, ni siquiera de la criminalización del negocio jurídico celebrado, impide la calificación de la conducta de los acusados por la vía de los artículos 248 y siguientes del Código Penal, procediendo, en consecuencia, su absolución con todos los pronunciamientos favorables y sin que pueda extenderse este Tribunal a resolver las pretensiones civiles que la acusación particular vinculaba a la conducta penal. Al no existir delito imputable a los acusados, tampoco pueden imponérseles las costas de este procedimiento»⁶.

En cuanto a las estafas piramidales, concretamente la SAP Barcelona, sec. 3ª, S 1-9-2009, nº 799/2009, [REC 118/2007] (EDJ 2009/253198) establece que:

«De todos es conocido que en este tipo de "**estafas piramidales**" (utilizando en estos momentos, por lo anteriormente dicho sobre lo que concretamente estamos juzgando, la expresión "estafa" a los meros efectos explicativos) las inversiones acaban con importantes pérdidas generalizadas para multitud de personas, las cuales, no obstante, funcionan conforme a lo ofertado durante un cierto tiempo, pero resultando más que evidente que, cuando menos a corto y medio plazo, esa situación de pingues beneficios que se obtienen no puede continuar».

En definitiva, los hechos desarrollados por Don David, no son constitutivos del delito de estafa que se les atribuye ya que no actuaba con un dolo penal. En todo caso, podría atribuírsele un dolo civil, aunque ha de tenerse en cuenta que Don David no forma parte del contrato por lo que en ningún momento se obligaba a realizar nada a favor de Don Pedro.

A la luz de citada doctrina, de la prueba practicada por las diligencias previas **no se puede alcanzar la conclusión con la certeza jurídica** que estamos ante un ilícito

⁶ AP Valencia, sec. 2ª, S 24-1-2007, nº 46/2007, rec. 72/2006 (EDJ 2007/114262)

penal, es decir, que Don David actuase con un dolo inicial, sino más bien nos encontramos ante un **incumplimiento contractual** que goza de suficiente protección en el ámbito civil y ha de quedar al margen el ámbito penal que se trata en este supuesto.

En este caso en concreto, ha de tenerse en cuenta que en ningún momento Don David demostró una actitud que tendría que haber existido para que se pueda apreciar una actuación dolosa y relevante en el ámbito penal y cuya finalidad fuera la de engañar a D. Pedro o a Doña Felicia.

En definitiva, se puede estimar acreditado un **dolo civil**, *subsequens* que en todo caso configura el incumplimiento del contrato de depósito puesto que D. David era el responsable de devolver el dinero, pero no es parte del contrato de depósito firmado entre Doña Felicia y Don Pedro.

Tal y como recuerda el artículo 1170 del CC:

«El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la moneda de plata u oro que tenga curso legal en España. La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado. Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso».

Los pagos parciales que realizó Don David, sin descartar que pudieran haberse realizado otros no documentados, se han acreditado por los recibos aportados por el querellante, que, obviamente, dado que iba en su propio interés, no fueron impugnados por la defensa. El importe total de los pagos acreditados asciende, en este caso, a 1.400€.

Ahora bien, la sentencia AP León, sec. 3ª, S 23-1-2012, nº 46/2012, [REC 29/2011] (EDJ 2012/6883) dice, que **siendo el núcleo esencial de este delito el engaño, que permite diferenciarlo de un negocio civil incumplido**, la intención existente en el sujeto activo de defraudar antijurídicamente a otra persona, provocando en éste un grave error que le induzca o motive a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de terceros, a través del cual el inductor espera obtener un lucro ilícito, es constante la jurisprudencia que precisa la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra la propiedad en el concepto de la tipicidad, lo ilícito penal frente a lo ilícito civil, de tal forma que sólo cuando la conducta del querellado (David) se encuentre acomodado en el precepto penal que conculca puede hablarse de delito **sin**

que, por tanto, ello quiera decir que todo incumplimiento contractual signifique la vulneración de la Ley penal, porque la norma establece medios suficientes para restablecer el imperio del derecho **ante vicios puramente civiles**, como el caso que nos ocupa.

En este sentido, según se recoge en la SAP de León arriba mencionado, del 23 de enero de 2012,

«La estafa existe únicamente en los casos en lo que el autor simula un propósito serio de contratar cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento, propósito difícil de demostrar que ha de obtenerse normalmente por la vía de la inferencia o de la deducción, partiendo tal prueba indiciaria, lejos de la simple sospecha, de hechos base ciertamente significativos según las reglas de la lógica y de la experiencia, para con su concurso llegar a la prueba plena del hecho consecuencia inmerso de lleno en el delito.

Además hemos de entender que ese engaño, simulación artera de una seriedad en los pactos que en realidad no existe, ha de provocar en cadena el error, el desplazamiento patrimonial, el perjuicio y el lucro injusto, pero ha de provocarlo de manera antecedente, no sobrevenida, **a diferencia del dolo civil**, que tiene ese carácter **subsequens, surgiendo posteriormente a la conclusión de ese negocio en la fase de cumplimiento y de ejecución, de forma que no puede calificarse de previsible cualquier incumplimiento contractual cuando resulte que la causa del incumplimiento ha sido debida a circunstancias sobrevenidas con posterioridad a su celebración**».

Por ello, si el dolo del autor ha surgido **después del incumplimiento**, estaríamos, en todo caso ante un «dolo *subsequens*». El conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin dolo del autor, el error y la disposición patrimonial del supuesto perjudicado, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de omisión impropia. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa.

Por todo ello, en este caso nos encontramos ante una lamentable situación debida a la crisis, situación que ha de solventarse, **en la vía civil, a través de una reclamación de**

cantidad, que deberá dirigirse no solo contra Don David sino en todo caso contra Doña Felicia.

3. LA ESTAFA PROPIA EN SU MODALIDAD DE CONTRATO CRIMINALIZADO – CONTRATO DE EVOLUTION MARKET GROUP

La jurisprudencia del TS, además de diferenciar entre **el dolo penal y el dolo civil**, también viende tratando el supuesto de los negocios jurídicos criminalizados. Así, en este ámbito el TS ha señalado en la Sentencia de 1 de febrero de 2007, núm. 37/2007, rec. 333/2006 (EDJ 2007/5407) que:

«Procede por ello en sede teórica recordar la **teoría de los negocios jurídicos criminalizados** y la distinción entre dolo civil y el dolo penal».

En el caso de la variedad de estafa denominada «negocio jurídico criminalizado», dice la STS, Sala 2ª del 20.1.2004, núm. 61/2004, [REC 2342/2002] (EDJ 2004/2133) que el engaño surge cuando el autor simula un propósito serio de contratar cuanto, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte ocultando a ésta su decidida intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales, aprovechándose el infractor de la confianza y la buena fe del perjudicado con claro y terminante ánimo inicial de incumplir lo convenido, prostituyéndose de ese modo los esquemas contractuales para instrumentalizarlos al servicio de un ilícito afán de lucro propio, desplegando unas actuaciones que desde que se conciben y planifican prescinden de toda idea de cumplimiento de las contraprestaciones asumidas en el seno del negocio jurídico bilateral, lo que da lugar a la antijuridicidad de la acción y a la lesión del bien jurídico protegido por el tipo.

De manera que, como describe la sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 26-2-2001, nº 309/2001, [REC 1545/1999] (EDJ 2001/3244), cuando en un contrato una de las partes disimula su verdadera intención, su genuino propósito de no cumplir las prestaciones a las que contractualmente se obligó y como consecuencia de ello la parte contraria desconocedora de tal propósito, cumple lo pactado y realiza un acto de disposición del que se lucra y beneficia al otro, nos hallamos en presencia de la estafa conocida como negocio o contrato criminalizado y todo aparece como normal, pero uno de los contratantes sabe que no va a cumplir y no cumple y se descubre después, quedando consumado el delito al realizarse el acto dispositivo por parte del engañado.

3.1 Elementos del contrato

El tipo de contrato está integrado por el tipo objetivo, compuesto de los elementos: el **objeto del contrato**, o sea, las cosas y servicios, **la causa del contrato**, y por el **tipo subjetivo**, consistente en la **puesta del consentimiento de los contratantes sobre los elementos objetivos**, manifestándose **el consentimiento de los contratantes** por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre cosa y la causa que han de constituir el contrato. La cosa, como objeto del contrato, tiene que ser posible, lícita y determinable, la causa tiene que existir y ser lícita y verdadera.

Tales requisitos son calificados por Díez-Picazo como los elementos necesarios o presupuestos del contrato. Como un posible y eventual elemento subjetivo de «tipos criminalizados», el Derecho civil y el Derecho penal utilizan **la idea de dolo**, entendido éste como **realización consciente y voluntaria de un acto antijurídico**⁷.

La jurisprudencia tiene declarado - Tribunal Supremo Sala 2ª, del 4-5-2001, núm. 748/2001, [REC 2886/1999] (EDJ 2001/8440) - que la estafa es compatible **con una apariencia de contrato civil**, ya que la doctrina jurisprudencial incluye entre las modalidades de engaño integradoras del delito de estafa la concurrente en **los denominados negocios jurídicos criminalizados** que son aquellos contratos civiles o mercantiles en los que la propia apariencia del negocio integra el engaño al simular el agente **un falso propósito contractual** cuando **en realidad únicamente pretende inducir a la víctima a la realización del acto de disposición pactado con la promesa de una supuesta contraprestación contractual que no tiene intención alguna de cumplir, lo cual no podemos aplicar al caso** viniendo a concluir que, cuando el engaño es inicial, bastante y determinante del desplazamiento patrimonial originador de un perjuicio, nos encontramos ante un comportamiento típicamente integrador de un delito de estafa, (STS Sala 2ª, S 11.06.2002, núm. 1083/2002, [REC 1997/2000], EDJ 2002/23946 y la STS 2ª, del 4.05.2001, núm. 748/2001, [REC 2886/1999], EDJ 2001/8440), esto es, «**el engaño ha de ser precedente o antecedente**, a diferencia del llamado **dolo civil** descrito que **tiene carácter "subsequens"**»⁸.

⁷ DÍEZ-PICAZO, L., Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Civitas, Pamplona, 2007.

⁸ AP Jaén, sec. 2ª, S 17-6-2009, nº 75/2009, rec. 59/2009

3.2 Dolo *in contrahendo* - vicios en el consentimiento

El dolo-engaño en este tipo de delitos se constituye como un presupuesto necesario de la contratación, lo que supone indudablemente que se trata de un **dolo *in contrahendo***, el cual **vicia el consentimiento de la otra parte**.

El dolo de simulación unilateral con reserva absoluta **produce un error en la otra parte contratante sobre la realidad de la oferta causalizada** como presupuesto del contrato, lo cual **no ha tenido lugar** ya que la oferta no produce ningún error propio.

Es posible deslindar los negocios jurídicos criminalizados de los negocios jurídicos **dolosos civiles** actuando sobre los dos elementos «correlativos» objetivos que integran respectivamente el «tipo» penal de estafa propia en los contratos criminalizados: el **engaño del sujeto activo** y el **consecuente error del sujeto pasivo**, y el tipo del art. 1269 CC: **la insidia y el error de contratar**⁹. El resto de los elementos del tipo de la estafa, tanto los objetivos, desplazamiento patrimonial y el perjuicio; como el subjetivo, el ánimo de lucro, **pueden concurrir o no en el tipo civil**.

Para tal diferenciación hay que determinar los tipos fácticos que son escogidos por la jurisprudencia como supuestos de los engaños en los negocios criminalizados, **calificarlos con base a las disposiciones civiles** sobre los negocios jurídicos y comparar el resultado con la calificación de las insidias del ilícito civil.

Pues bien, la jurisprudencia reiteradamente se refiere a dos engaños típicos, uno es la afirmación del propósito de cumplir las obligaciones que se asumen, **cuando el autor sabe desde el primer momento que eso no será posible**. El otro consiste en **ocultar** a la otra parte la decidida **intención de incumplir sus propias obligaciones contractuales**.. En ambos casos la simulación unilateral opera sobre los elementos esenciales del contrato, el consentimiento respecto a la cosa, objeto del contrato y a la causa del mismo. La jurisprudencia no se refiere a la simulación de otras circunstancias que puede ser relevantes para la decisión del perjudicado.

Como opera la simulación sobre los elementos esenciales del contrato, **consentimiento, objeto y causa del contrato**, las sentencias: SAP Coruña, sec. 4ª del 13 de septiembre de 2002, núm. 299/2002, rec. 1500/2002, (EDJ 2002/64802) llega a hablar de «la

⁹ En este sentido, el art. 1269 del Código Civil indica que: «Hay dolo cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho».

apariencia del negocio al simular el agente un propósito contractual que en realidad no existe (...)). Igualmente, la STS, Sala 2ª, del 24.03.1992, rec. 5998/1989, (EDJ 1992/2869) expresa que el negocio criminalizado será puerta de la estafa **cuando se constituya en una pura ficción al servicio del fraude a través de la cual se crea un negocio vacío.**

En tal sentido, ARROYO DE LAS HERAS¹⁰ califica al **negocio criminalizado** de «pura ficción», pero lo distingue, con cita de las SSTS de 5 de junio de 2000 y 8 de marzo de 2001, **del contrato celebrado por dolo civil**, porque en éste **permanece una posibilidad de cumplir lo convenido.**

Como dice la STS de 1 de diciembre de 1993:

«El Código Civil se refiere al dolo civil como un supuesto de nulidad del consentimiento, arts. 1265, 1269 y 1270, lo que significa, pues, **que ese dolo no genera sin más la infracción penal**».

El ámbito del Derecho penal, dentro del delito de estafa propia del art. 248.1 CP, como una de las variedades de tal infracción, **encontramos los negocios o contratos criminalizados**, denominación utilizada tanto por los autores como por la jurisprudencia. La Ley penal no criminaliza en el tipo penal de la estafa ningún negocio jurídico, sino un delito.

Al respecto BACIGALUPO¹¹ critica como sumamente desafortunada y oscurecedora la terminología jurisprudencial de «**contratos criminalizados**». El autor Julián SÁNCHEZ MELGAR¹² propone para tal modalidad delictiva el de defraudación en la legal o contractual expectativa.

3.3. Elementos de la estafa en los negocios criminalizados

En el dolo de la estafa de los negocios criminalizados es el primer elemento del tipo subjetivo. Es decir, en estos supuestos no hay voluntad de contratar o de cumplir, sino

¹⁰ ARROYO DE LAS HERAS, A., Los delitos de estafa y falsedad documental, Bosch, Barcelona, 2006.

¹¹ BACIGALUPO ZAPATER, E., Falsedad documental, estafa y administracion desleal, Marcial Pons, Madrid, 2007.

¹² Julián SÁNCHEZ MELGAR es magistrado de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, autor del Prontuario de derecho penal para abogados, Vol.2; Acceso a la profesión de abogado; Servicio de Publicaciones de la Universidad Católica de Ávila; Edición: 1, Ávila, 25 de septiembre de 2014

de engañar al otro para que creyendo, por el inducido error, que contrata, efectué un acto de disposición en su perjuicio, el cumplimiento de su contraprestación.

Como modalidad de la estafa genérica, el dolo abarca todos los elementos del tipo objetivo del art. 248.1 CP y la secuencia: engaño en el negocio-error-acto de disposición-perjuicio e igualmente tiene que concurrir el otro elemento del tipo subjetivo: el ánimo de lucrarse.

La doctrina legal pone el acento en que el autor simula un propósito serio de contratar cuando, en realidad, solo pretende aprovecharse del cumplimiento de las prestaciones a que se obliga la otra parte. El sujeto sabe, desde el momento de la concreción contractual que o no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe, así declara la SAP A Coruña, sec. 1ª, del 26.09.1012. S 26-9-2012, nº 428/2012, rec. 768/2012 (EDJ 2012/256814). Tal doctrina legal ha venido siendo establecida en infinidad de sentencias anteriores de los años 1996. 1998 y 1999.

No obstante, en este caso desde luego que no estamos ante la situación descrita, puesto que Don David no actuó en ningún momento con el dolo que se ha descrito y analizado en estos apartados.

4. CONTRATO DE CONDICIONES Y TÉRMINOS TIPO DE EVOLUTION MARKET GROUP

4.1 Cláusulas abusivas

Analizando el contrato otorgado por Doña Felicia, se han encontrado determinadas cláusulas que podrían calificarse como abusivas, según vienen recogidas en el art. 80.1 c) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, en el cual se indica que en los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas **no negociadas individualmente**, y que deberán cumplir los requisitos de **buena fe** y justo **equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes**.

Igualmente, el art. 82 de este Real Decreto establece que se consideran cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones **no negociadas individualmente** y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe

causen, en perjuicio del consumidor y usuario, un **desequilibrio importante** de los derechos y obligaciones de las partes que **se deriven del contrato**.

Este mismo precepto establece que el carácter abusivo de una cláusula se apreciará teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o servicios objeto del contrato y considerando todas las circunstancias concurrentes en el momento de su celebración, así como todas las demás cláusulas del contrato o de otro del que éste dependa y que en todo caso son abusivas las cláusulas que, conforme a lo dispuesto en los artículos 85 a 90 del Real Decreto, ambos inclusive: **vinculen el contrato a la voluntad del empresario; limiten los derechos del consumidor y usuario; determinen la falta de reciprocidad en el contrato**.

El art. 87 de esta norma aclara que son abusivas por falta de reciprocidad:

«Las cláusulas que determinen **la falta de reciprocidad en el contrato, contrarias a la buena fe, en perjuicio del consumidor y usuario** y, en particular (...) la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados».

Por otra parte, el punto 1 del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, menciona como abusivas las cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

«(...) **suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor** (...)».

A tenor del artículo 6, apartado 1, de la Directiva, no vincularán al consumidor, en las condiciones estipuladas por sus derechos nacionales, las cláusulas abusivas que figuren en un contrato celebrado entre éste y un profesional. Los Estados miembros dispondrán que el contrato siga siendo obligatorio para las partes en los mismos términos, si éste puede subsistir sin las cláusulas abusivas.

A tenor del artículo 7, apartados 1 y 2, de la Directiva, los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores. Los medios contemplados en el

apartado 1 incluirán disposiciones que permitan a las personas y organizaciones que, con arreglo a la legislación nacional, tengan un interés legítimo en la protección de los consumidores, acudir según el derecho nacional a los órganos judiciales o administrativos competentes con el fin de que éstos determinen si ciertas cláusulas contractuales, redactadas con vistas a su utilización general, tienen carácter abusivo y apliquen los medios adecuados y eficaces para que cese la aplicación de dichas cláusulas.

Previamente a realizar un análisis de las cláusulas concretas que aparecen en el contrato, considero que es necesario reiterar que Don David nunca fue parte del mismo, ya que ya que dicho contrato fue firmado solo entre Doña Felicia y Don Pedro y su esposa; mientras que Don David únicamente lo firmó para dejar constancia, es decir, como un simple **recibí** para que quedase constancia de que Doña Felicia le había entregado el dinero que él se llevó a Valencia, para proceder a entregar ese importe a Don Germán.

A) Analisis

El contrato vincula la mercantil EMG y a Doña Felicia, a quien se denomina como la Inversora, siendo ésta quien invierte 40.000€.

En TÉRMINOS Y CONDICIONES encontramos las siguientes cláusulas:

i. Aplicación

Que estas cláusulas y condiciones se aplicaran a todas las relaciones entre la Empresa y sus Clientes. Al registrarse como Cliente Doña Felicia acepta todas las cláusulas y condiciones que se expone en el presente documento.

En la cláusula SEGUNDA, se le indica a Doña Felicia que toda la información que facilita a la Empresa debe ser completa, exacta y no engañosa en ningún aspecto. Tiene la edad legal suficiente para realizar esta actividad, no está inhabilitada legalmente y no está sujeta a ley o regulación alguna que le impida realizar este acuerdo o cualquier condición contemplada por este acuerdo. Todos los desembolsos efectuados por ella como el Cliente estarán, en todo momento, libres de cualquier cargo o embargo preventivo y nunca podrán proceder de actividades ilegales o haber sido obtenidos de forma ilegal.

ii. *Falsedad*

En la cláusula TERCERA del contrato se estipula que en caso de falsedad de cualquiera de los puntos expuestos en la anterior cláusula, **la Empresa se reserva el derecho de resolver** el presente acuerdo y que Doña Felicia **perderá automáticamente los derechos sobre sus depósitos, renunciando a cualquier tipo de reclamación sobre dichos depósitos.**

Dicha cláusula da lugar a la atribución al empresario de la facultad de ejecución unilateral de la fijación de indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados tipificados en el art. 87 del Real Decreto Legislativo 1/2007 *cit. Op.*

La Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia, de 4 de diciembre de 1989, se expresa en los siguientes términos:

«Ello comportará el reconocimiento de la validez y eficacia de la postura procesal de la actora, en **cuanto renunció a una parte** de lo solicitado en la demanda, únicamente en la medida en la que suponga un desprendimiento de los derechos que, en otro caso, le hubieran correspondido, por lo que no podrá a través de su nueva postura adquirir los que no le compitieran y siempre que sus actos procesales no integran una alteración en la causa de pedir, **lo que podría afectar al principio de congruencia que domina el proceso civil y comportar una indefensión de la contraparte**». Acorde con la sentencia de AP Vizcaya, sec. 4ª, S 14-10-2013, nº 560/2013, rec. 247/2013 que destaca la imposición contractual de una cláusula abusiva **al no existir equilibrio y reciprocidad** entre las posibles consecuencias del incumplimiento de las partes, citando el art. 84 del Texto Refundido que aprueba **la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios**, dejando la posibilidad **de exigir los daños y perjuicios** que dicha resolución contractual le haya generado, con arreglo al art. 1.124 del Código Civil»¹³.

¹³ Según el artículo 1124 del CC: «La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe. El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible. El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo. Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria».

iii. Penalización

En las cláusulas CUARTA y QUINTA leemos que cada Cliente únicamente podrá tener abierta a su nombre una cuenta a su nombre, que los depósitos realizados por Doña Felicia con la finalidad de que la Empresa los gestione, serán todos aquellos que la Empresa acredite como recibidos y realizados.

El Cliente (en este caso, Doña Felicia) recibirá un correo electrónico acreditativo de la Empresa por cada uno de sus depósitos o reinversiones. Doña Felicia podrá disponer libremente del capital invertido, salvo durante los 6 primeros meses, a contar desde el momento en que dicho capital sea invertido y acreditado por la Empresa. Si Doña Felicia desea recuperar su capital dentro de este plazo de 6 meses, la Empresa le aplicará **una penalización del 15%** sobre el capital que desee recuperar.

Nuevamente se da lugar a la atribución del empresario de la facultad de **ejecución unilateral** de las cláusulas penales que se hubieran fijado contractualmente o la fijación de **indemnizaciones que no se correspondan con los daños efectivamente causados según** los arts. 8 b, 29.1 h y 80 a 89 del Real Decreto Legislativo 1/2007, *cit. op.*

iv. Pérdida

A continuación en el contrato se indica que la Empresa **no se hace responsable** por la pérdida o extravío de todos aquellos posibles depósitos realizados por los Clientes, y que no hayan llegado a la Empresa, bien por causas ajenas a ella, o bien porque no hayan sido debidamente realizados por cualquiera de los medios habilitados a tal fin por la Empresa. Los rendimientos y comisiones a percibir por el Inversor serán los que figuren y estén vigentes en el **plan de marketing** o carrera profesional reflejados en la website de la Empresa. El **plan de marketing podrá ser modificado en cualquier momento por la Empresa sin previo aviso, cambiando cualquier requisito, interés o condición.**

Aquí indudablemente llama la atención la existencia de un plan de marketing que no supone un anexo a dicho contrato de condiciones y términos siendo un documento totalmente independiente de voluntad, control alguno o consentimiento de Doña Felicia.

A continuación leemos que los pagos de rendimientos y comisiones se realizarán única y exclusivamente al titular que figure registrado en la *website* de la Empresa, cuyos datos deberán ser similares a los facilitados en el presente acuerdo. Los gastos derivados de

cualquier envío de capital entre el Inversor y la Empresa, y viceversa, **serán siempre de cuenta y cargo del Cliente** exclusivamente. La Empresa velará por el mantenimiento de los capitales invertidos y por la estabilidad y mejora de los rendimientos y comisiones. Pero, en ningún caso podrá asegurar estos intereses y comisiones vigentes en cada momento.

v. *Garantía*

En cualquier caso **los capitales depositados por el Cliente siempre estarán asegurados y garantizados**. Para poder asegurar estos capitales y pagos, la empresa creará un **Fondo de Reserva para garantizar la continuidad de la actividad**.

Por lo visto no ha sido así, además esta cláusula no coincide con el documento que firman los inversores:

«Pero, en ningún caso podrá asegurar estos capitales invertidos por los Clientes, ni los rendimientos y comisiones vigentes en cada momento».

Lo cual de lugar a aplicar el punto 1 del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, *cit. op.*, la cual menciona como abusivas las cláusulas que tengan por objeto o por efecto:

«(...) **suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor**. La cláusula vincule el contrato a la voluntad del empresario, **limite los derechos del consumidor** y usuario y determine la falta de reciprocidad en el contrato por lo cual cumple las características de ser nula».

vi. *Datos personales*

La cláusula SEXTA indica que los datos personales facilitados por Doña Felicia estarán a disposición de la Empresa. La Empresa garantizará la reserva y confidencialidad de esta información. El Cliente autoriza a la Empresa a revelar dicha información, cuando ésta sea requerida por cualquier ley, regla, o autoridad reguladora, a la que se halle sometida la Empresa.

Los datos personales facilitados por el Cliente deberán ser verdaderos, tal y como se especifica en la segunda cláusula del presente Acuerdo y además deberán coincidir con los datos facilitados por el Cliente en el momento de su registro. Si estos datos no fuesen correctos o bien no coincidiesen la Empresa se reserva el derecho de bloquear la cuenta del Inversor hasta corregir esta situación.

El Cliente sólo podrá modificar los datos personales facilitados en el registro y en el presente acuerdo, tras solicitar y obtener la autorización por escrito de la Empresa, explicando los motivos o circunstancias que provoquen dichos cambios. La empresa mantendrá informados a sus Clientes en todo momento sobre la evolución de su actividad.

vii. Exoneraciones

Doña Felicia **acepta exonerar a la Empresa respecto de toda pérdida**, costo y responsabilidades cualesquiera que, directa o indirectamente, sean generadas como resultado de la ejecución adecuada de sus obligaciones. Estas exoneraciones seguirán vigentes aún luego de ser terminado y resuelto este acuerdo.

La Empresa no será responsable frente al Cliente por el no-cumplimiento de sus obligaciones bajo este acuerdo, cuando dicho incumplimiento sea consecuencia directa o indirecta, de circunstancias más allá de su razonable control.

La Empresa no se hace responsable de cualquier información utilizada o revelada por el Cliente, en cualquier medio o forma de comunicación, y que no sea idéntica y completa, en todo momento, circunstancia y sentido, a la información oficial de la Empresa.

Claramente se trata nuevamente de una cláusula abusiva, por lo que ha de ser aplicado el punto 1 del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 arriba mencionado: **«(...) suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor».**

Además al art. 88 del Real Decreto Legislativo 1/2007, también indica que son cláusulas abusivas sobre garantías las que supongan

«1. La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido».

Y según establece el art. 89 del mismo Real Decreto Legislativo, se consideran como cláusulas abusivas que afectan al perfeccionamiento y ejecución del contrato, como los incrementos de precio por servicios accesorios, financiación, **aplazamientos**, recargos, **indemnización o penalizaciones que no correspondan a prestaciones adicionales susceptibles de ser aceptados o rechazados en cada caso expresados con la debida claridad o separación.**

viii. Transacción

En la cláusula OCTAVA se expone que Doña Felicia podrá transmitir o vender su posición dentro de la Empresa, con el consentimiento previo y por escrito de la Empresa. Si una posición fuese transmitida o vendida sin el conocimiento de la Empresa, **esta posición será desactivada, y sus fondos bloqueados**, sin posibilidad alguna de reclamación por parte del Cliente. El Cliente, en caso de desearlo, puede notificar por escrito a la Empresa la asignación de un único heredero de su posición.

Tras el fallecimiento del Cliente, para constatar y corroborar la asignación, el heredero facilitará a la Empresa la documentación pertinente y necesaria que demuestre su inequívoco derecho, tras lo cual la Empresa acreditará la asignación. Si dicha notificación o asignación no se produjese, o bien, llegado el caso, la información facilitada por el heredero no fuera completa y suficiente, los fondos pasaran a ser propiedad de la Empresa, alguna por parte de cualquier posible heredero del Cliente. El Cliente no podrá modificar dicha asignación sin el consentimiento previo por escrito de la Empresa. Así pues, este Acuerdo será para el beneficio y obligación del Cliente, y del heredero asignado por él.

ix. Legislación

A continuación, según figura en la cláusula NOVENA se estipula que el contrato analizado será regido e interpretado según la legislación de Panamá. El lugar de ejecución y el lugar de jurisdicción para cualquier proceso, será Panamá.

La Empresa, retiene el derecho de iniciar acciones legales en el país del domicilio o de la residencia del Cliente, o ante cualquier otra jurisdicción competente, llegado el caso, por incumplimiento del presente acuerdo por parte de éste. En tal situación, la Empresa tiene el derecho de bloquear los activos del Cliente mientras dichos procesos estuviesen abiertos, y en tanto no existiese resolución judicial firme.

Claramente da lugar a aplicar el punto 1 del Anexo de la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, menciona como abusivas las cláusulas que tengan por objeto o por efecto: «(...) **suprimir u obstaculizar el ejercicio de acciones judiciales o de recursos por parte del consumidor**».

La cláusula vincule el contrato a la voluntad del empresario, limita los derechos del consumidor y determina, además, la falta de reciprocidad en el contrato. Por todo ello, esta cláusula recoge todas las características necesarias para ser calificada como abusiva, además del sometimiento del consumidor a la legislación de otro País.

La cláusula DECIMA introduce la información que al aceptarlas cláusulas y condiciones aquí expuestas y registrarse como Cliente de la Empresa, por lo que Doña Felicia se compromete a no violar ninguna de las cláusulas de este acuerdo y a cumplirlas en todo momento. En caso de incurrir en cualquier tipo de infracción de estas cláusulas, el Cliente estará obligado a aceptar la suspensión y/o cancelación definitiva de su cuenta, con la eventual pérdida de todo el dinero depositado en la misma, sin derecho areclamación alguna por su parte. El Cliente se compromete a salvaguardar y respetar el buen nombre de la Empresa, obviando cualquier menosprecio o difamación hacia ella.

En caso de incumplir éste compromiso la Empresa cancelará de forma definitiva su cuenta, con la eventual pérdida del dinero depositado en la misma, reservándose el derecho a emprender las acciones legales que estimase oportunas. El Cliente se compromete a aceptar los eventuales cambios que la administración de la Empresa realice en los términos del presente acuerdo. Dichos cambios serán notificados al Cliente por la Empresa.

B) Resumen del contenido de las cláusulas

Fácilmente uno llega a la conclusión de que habría que considerar las cláusulas arriba mencionadas como abusivas, puesto que en este contrato aparecen numerosas estipulaciones **no negociadas individualmente**, así como se recogen varias prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causan, en perjuicio del consumidor y usuario, un **desequilibrio importante** de los derechos y obligaciones de las partes que **se deriven del contrato**.

El art. 83 del Real Decreto Legislativo 1/2007 establece las consecuencias: las cláusulas abusivas **serán nulas de pleno derecho** y se tendrán por no puestas e indica que la parte del contrato afectada por la nulidad se integrará con arreglo a lo dispuesto por el artículo 1258 del Código Civil y al principio de buena fe objetiva. A estos efectos, el Juez que declare la nulidad de dichas cláusulas integrará el contrato y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y obligaciones de las partes, cuando subsista el

contrato, y de las consecuencias de su ineficacia en caso de perjuicio apreciable para el consumidor y usuario.

Cabe, en tal caso, plantearse determinadas cuestiones. Así, ¿sí las cláusulas abusivas del contrato, el cual solo está vigente entre Doña Felicia y la mercantil *Evolution Marekt Group*, fueran calificadas como abusivas, cómo afectaría eso a la situación, tanto en el ámbito civil como penal de Don David, quién firmó este contrato un simple recibí? ¿Que derechos se puede derivar? Sería un tema para el dictamen ulterior.

En base a las consideraciones contenidas en el presente Dictamen, y sobre el objeto de Consulta, la Letrada que suscribe formula las siguientes:

IV. CONCLUSIONES

A Don David se le imputa la comisión de un delito de estafa, o, de forma subsidiaria, de un delito de apropiación indebida. En el Dictamen he hecho referencia al tipo subjetivo del ánimo de lucro, que me ha permitido **distinguir entre el dolo civil y el dolo penal**, que marca la línea divisoria entre lo que constituyen los legítimos intereses de quienes se sientan engañados, en este caso D. Pedro y su mujer, para obtener la reparación que el derecho les concede.

Ya hemos visto que para que la actuación de Don David sea constitutiva de un ilícito penal, concretamente, de un delito de estafa, éste tendría que conocer desde el mismo momento de la concreción del contrato -que en el caso de Don David consistió solo en firmar un simple recibí-, que no va a poder o no va a querer cumplir aquello a lo que se comprometió o era reponsable (entregar dinero a Don Germán) en compensación del valor recibido con la suscripción del mismo, lo que le provocaría un evidente enriquecimiento en perjuicio de Don Pedro y su esposa.

Durante las diligencias previas llevadas a cabo, figuran las declaraciones de la otra acusada, Doña Felicia, así como del mismo Don David. Respecto a este último, **no se ha comprobado** que su actitud conllevara un dolo penal para que sea constitutivo de un ilícito penal, ya que carece de las características que tipifican el delito por el que se le acusa.

Es más, Don David ha reiterado siempre que él cumplió con su deber de entrega del dinero a Don Germán, tal y como quedó reflejado en la cuenta de Doña Felicia de la página web que mantenía la mercantil EMG según las declaraciones de Don David.

Siendo la razón esencial del delito de estafa el engaño, que permite diferenciarlo de un **negocio civil incumplido**, ante que nada, y esto ha sido lo que yo en mi Dictamen he intentado probar, debe determinarse que funciones tenía Don David como el intermediario de esta operación, así como la intención existente en el sujeto activo de defraudar antijurídicamente a otra persona, provocando en ésta un grave error que le induzca o motive a realizar un acto de disposición patrimonial en perjuicio propio o de terceros, a través del cual el inductor espera obtener un lucro ilícito.

En este sentido, es constante la jurisprudencia que he citado anteriormente en numerosas ocasiones y a la cual me remito, que define la línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra la propiedad en el concepto de la tipicidad, lo ilícito penal frente a lo ilícito civil, de tal forma que sólo cuando la conducta de Don David hubiera coincidido en el precepto penal que conculca la estafa se podría hablar de delito sin que, por tanto, ello quiera decir que todo incumplimiento contractual signifique la vulneración de la Ley penal, **porque la norma establece medios suficientes para restablecer el imperio del derecho ante vicios puramente civiles**, como en el caso analizado.

Por lo anteriormente dicho, la estafa existe únicamente en los casos en los que el autor simula un propósito serio de contratar cuando en realidad sólo quería aprovecharse del cumplimiento de la parte contraria y del propio incumplimiento, propósito difícil de demostrar que ha de obtenerse normalmente por la vía de la inferencia o de la deducción, partiendo tal prueba indiciaria, lejos de la simple sospecha, que en este asunto parece a menudo aplicada.

Por lo tanto, no se tiene en cuenta el principio *IN DUBIO PRO REO*, que básicamente se traduce que cuando haya duda, hay que estar en favor del acusado. En un principio, en virtud del cual, el tribunal, si tiene duda, no puede condenar al acusado por un hecho criminal. Pertenece al momento de la valoración probatoria y a la duda racional sobre los elementos objetivos y subjetivos que integran el tipo. Este principio sólo entra en juego cuando, efectivamente practicada la prueba, **ésta no ha desvirtuado la presunción de inocencia** o, dicho de otra manera la aplicación del referido principio se excluye cuando el órgano judicial no ha tenido duda alguna sobre el carácter incriminatorio de las pruebas practicadas.

Además, en el delito de estafa el **engaño** tiene que provocar en cadena el **error, el desplazamiento patrimonial, el perjuicio y el lucro injusto**, pero ha de provocarlo de manera **antecedente**, no sobrevenida, a diferencia del dolo civil, que tiene ese carácter *subsequens*, surgiendo posteriormente a la conclusión de ese negocio en la fase de cumplimiento y de ejecución, de forma que no puede calificarse de previsible cualquier incumplimiento contractual cuando resulte que la causa del incumplimiento ha sido debida a circunstancias sobrevenidas con posterioridad a su celebración.

En este caso, consecuencia de la recesión en Estados Unidos, de la que todo el mundo tenía constancia por ser un hecho comúnmente conocido, así como de la posterior crisis económica que afectó también a toda Europa.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, en cuanto a cuál es la diferencia entre el dolo penal y el dolo civil, señala en la STS, Sala 2ª, del 1 de febrero de 2007, núm. 37/2007, rec. 333/2006 (EDJ 2007/5407) que:

«Procede por ello en sede teórica recordar la teoría de los negocios jurídicos criminalizados y la distinción entre dolo civil y el dolo penal. (...) La línea divisoria entre el dolo penal y el dolo civil en los delitos contra el patrimonio, se sitúa la tipicidad, de modo que únicamente si la conducta del agente se incardina en el precepto penal tipificado del delito de estafa es punible la acción, no suponiendo ello criminalizar todo incumplimiento contractual, **porque el ordenamiento jurídico establece remedios para restablecer el imperio del Derecho cuando es conculcado por vicios puramente civiles** (...) En definitiva la tipicidad es la verdadera enseña y divisa de la antijuridicidad penal, quedando extramuros de ella el resto de las ilicitudes para las que la sanción existe pero no es penal. Solo así se salvaguarda la función del derecho penal, como última ratio y el principio de mínima intervención que lo inspira».

Es decir, que debe exigirse un nexo causal o relación de causalidad entre el engaño provocado y el perjuicio experimentado, ofreciéndose este como resultancia del primero, lo que implica que el dolo de Don David tiene que anteceder o ser concurrente en la dinámica defraudatoria, no valorándose penalmente, en cuanto al tipo de estafa se refiere, el dolo *subsequens*, sobrevenido y no anterior a la celebración del negocio de que se trate.

Todo ello puesto que el dolo característico de la estafa supone la representación por el sujeto activo, consciente de su maquinación engañosa, de las consecuencias de su conducta, es decir, la inducción que alienta al desprendimiento patrimonial como correlato del error provocado y el consiguiente perjuicio suscitado en el patrimonio del sujeto víctima, secundado de la correspondiente voluntad realizativa.

Si ciertamente el engaño es el elemento fundamental en el delito de estafa, la apariencia, la simulación de un inexistente propósito y voluntad de cumplimiento contractual en una convención bilateral y recíproca supone al engaño bastante para producir el error en

el otro contratante. En el ilícito penal de la estafa, el sujeto activo sabe desde el momento de la concreción contractual que no querrá o no podrá cumplir la contraprestación que le incumbe.

Por todo ello, se debería absolver a Don David de los delitos que se le imputan, puesto que no hay dolo alguno en la conducta de D. David, y, en el supuesto de que hubiese algún tipo de dolo, éste habría surgido **después del incumplimiento**. Por ello, estaríamos, en todo caso ante un dolo *subsequens* que, como es sabido, nunca puede fundamentar la tipicidad del delito de estafa.

En efecto, el dolo de la estafa debe coincidir temporalmente con la acción de engaño, pues es la única manera en la que cabe afirmar que el autor ha tenido conocimiento de las circunstancias objetivas del delito. Sólo si ha podido conocer que afirmaba algo como verdadero, que en realidad no lo era, o que ocultaba algo verdadero es posible afirmar que obró dolosamente.

Por el contrario, el conocimiento posterior de las circunstancias de la acción, cuando ya se ha provocado, sin que haya una actitud dolosa y consciente de Don David, así como el error y la disposición patrimonial de Don Pedro, no puede fundamentar el carácter doloso del engaño, a excepción de los supuestos de **omisión impropia**. Es indudable, por lo tanto, que el dolo debe preceder en todo caso de los demás elementos del tipo de la estafa, así lo fundamenta también la Sentencia del Tribunal Supremo Sala 2ª, S 8-5-1996, nº 393/1996, rec. 1123/1995 (EDJ 1996/2417).

Entonces en todo caso estamos ante el **dolo civil, de incumplir la obligación de devolución del dinero invertido**, pero para ello habrá que analizar el contrato ya que consiste en numerosas cláusulas abusivas que se deben declarar nulas y quedarán como no puestas e investigar la relación contractual entre Don David y la mercantil EMG ya que carecemos de prueba documental alguna.

A mi juicio, los hechos carecen de tipicidad penal, al no concurrir el elemento culpabilístico propio de esta infracción y considerar que la controversia se enmarca en una cuestión de naturaleza civil. No existió en el Sr. David García ninguna intención de incumplir el contrato. El incumplimiento contractual sobrevenido fue consecuencia de la mala situación económica, de la crisis y recesión bien conocida a todos en EEUU, nunca de un ilícito penal.

Por lo tanto, no existió dolo de apropiación ni de engaño en el comportamiento de Don David. La mejor muestra de la absoluta falta de intención de hacerse con el dinero ajeno fue la entrega del dinero al Sr. Germán en Valencia por parte de Don David, quien estaba actuando como intermediario.

Hace falta destacar que el acusado creyó que la inversión resultaría beneficiosa y que podría devolver el dinero invertido por Doña Felicia, de tal modo podríamos decir que incluso llegó a adelantar dinero «de su bolsillo» para que Don Pedro y su esposa pudiesen realizar el viaje a Italia que tenían planeado.

En definitiva, nos encontramos ante una lamentable situación debida a la crisis, situación que ha de solventarse en la vía civil, a través de una reclamación de cantidad.

A la vista de lo anteriormente expuesto se debería concluir **que Don David no ha formado parte ni ha cometido estafa ni tampoco ha llevado a cabo una apropiación indebida del dinero**, por todo lo cual, y sin perjuicio de la lógica **responsabilidad civil** que genera la existencia de una **obligación contractual insatisfecha**, el Juzgado Penal de Zaragoza correspondiente deberá dictar una sentencia absolutoria, exculpando a Don David de cualquier delito que se le acusa, todo ello con expresa declaración de las costas de oficio.

Esta son las opiniones que emito como Dictamen y que someto a otra mejor fundada en Derecho, firmándola en Zaragoza a 15 de diciembre de 2015.

V. BIBLIOGRAFÍA

– Libros y artículos doctrinales

ARROYO DE LAS HERAS, A., *Los delitos de estafa y falsedad documental*, Bosch, Barcelona, 2006.

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Falsedad documental, estafa y administracion desleal*, Marcial Pons, Madrid, 2007.

DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Civitas, Pamplona, 2007.

OLIVER LÓPEZ, C., y OLIVER MAESTRE, S., «La estafa propia en su modalidad de contrato criminalizado y las estafas documentales», en *Diario La Ley*, Nº 7605, 2011.

SÁNCHEZ MELGAR, J. *Prontuario de derecho penal para abogados, Vol.2; Acceso a la profesión de abogado*; Servicio de Publicaciones de la Universidad Católica de Ávila; Edición: 1, Ávila, 2014.

VI. JURISPRUDENCIA

SAP Barcelona, sec. 3ª, del 1.09.2009, nº 799/2009, [REC 118/2007] (EDJ 2009/253198),

STS, Sala 2ª de lo Penal, del 18.10.03, núm. 1329/2003, [REC 3664/2003] (EDJ 2003/127685),

STS Sala 2ª, del 23.05.2014, núm. 417/2014, [REC. 2314/2013] (EDJ 2014/86608),

SAP Santa Cruz de Tenerife, sec. 2ª, del 8.09.2009, nº 602/2009, [REC 120/2007] (EDJ 2009/274117),

SAP Málaga, sec. 3ª, del 6.04.2015, nº 154/2015, [REC 27/2013] (EDJ 2015/138190),

SAP Jaén, sec. 2ª, del 17.6.2009, nº 75/2009, [REC 59/2009] (EDJ 2009/222164),

SAP de Valencia, sec. 2ª, del 24.01.2007, núm. 46/2007, [REC 72/2006] (EDJ 2007/114262),

SAP León, sec. 3ª, del 23.01.2012, nº 46/2012, [REC 29/2011] (EDJ 2012/6883),

STS, Sala 2ª, del 1.02.2007, núm. 37/2007, [REC 333/2006] (EDJ 2007/5407),

STS, Sala 2ª del 20.1.2004, núm. 61/2004, [REC 2342/2002] (EDJ 2004/2133),

STS Sala 2ª, del 26.02.2001, núm. 309/2001, [REC 1545/1999] (EDJ 2001/3244),

STS Sala 2ª, del 11.06.2002, núm. 1083/2002, [REC 1997/2000] (EDJ 2002/23946)

STS 2ª, del 4.05.2001, núm. 748/2001, [REC 2886/1999] (EDJ 2001/8440),

SAP Coruña, sec. 4ª del 13.09. 2002, núm. 299/2002, [REC 1500/2002], (EDJ 2002/64802)

STS, Sala 2ª, del 24.03.1992, [REC 5998/1989], (EDJ 1992/2869)

SAP A Coruña, sec. 1ª, del 26.09.1012, núm. 428/2012, [REC 768/2012] (EDJ 2012/256814).

STS, Sala 2ª, del 1 de febrero de 2007, núm. 37/2007, [REC 333/2006] (EDJ 2007/5407)

STS Sala 2ª, del 8.05.1996, núm. 393/1996, [REC 1123/1995] (EDJ 1996/2417).

ANEXO I

CONTRATO DE INVERSION

Inversor ID: 117108

De una parte el Administrador habilitado para esta función en cada momento, en representación de Evolution Market Group Inc., con domicilio en Calle 50, Global Bank Tower Piso 16, Oficina 16-07, de la ciudad de Panamá, de la República de Panamá; y con el número de Registro Mercantil 558703 (en adelante la Empresa),

Y de otra parte Don/Doña Claudia del Pilar Ana Mercedes Alvarez Sánchez, con domicilio en Manzana d Casa 2 Barrio Chico, de la ciudad de Honda, del país Colombia: (en adelante el Inversor).

ACUERDAN que:

- 1.- La Empresa operará en el mercado de divisas (FOREX) con los fondos depositados en ella por el Inversor, y éste obtendrá los rendimientos indicados en cada momento en la website de la Empresa.
- 2.- La Empresa declara que opera a través de casas bróker reguladas por la legislación del país en el cual están establecidas; las cuales gozan de un reconocimiento a nivel internacional. Por ello, la Empresa deposita los fondos de los Inversores en las casas bróker mediante las cuales opera en el mercado FOREX.
- 3.- La Empresa asevera que en su funcionamiento opera de acuerdo a los principios de: dar seguridad a los fondos invertidos, proporcionar rentabilidad a las inversiones y gestionar con transparencia.
- 4.- El Inversor se da por enterado y asegura ser conocedor de que el mercado de divisas es una inversión de alta rentabilidad, pero que operar en divisas es especulativo y podría involucrar la pérdida de su capital. Por lo tanto, el Inversor afirma que los fondos que invierte en esta Empresa deben ser fondos que si son perdidos no afectarán significativamente a su estado financiero.

El inversor, igualmente, asume que los rendimientos pasados no son indicativos de los resultados en el futuro, ya que los rendimientos pueden variar de acuerdo a las condiciones del mercado.

Por ello, el Inversor acepta que la Empresa no tiene el control del mercado de divisas, y que no puede responsabilizar a la Empresa por las situaciones en las que se pudiera ver inmerso a consecuencia de sus inversiones.

5.- El Inversor asegura que comprende los riesgos inherentes a las transacciones con divisas.

Igualmente, el Inversor manifiesta su interés y deseo de participar en inversiones especulativas y que tiene las capacidades, económica y de otra índole, suficientes para realizar los diversos depósitos que realiza en la Empresa y para asumir los riesgos que comportan dichas operaciones.

El Inversor asevera que todos los depósitos que realice en la Empresa serán suficientemente reflexionados y no los tomará como meros juegos o apuestas.

Por ello, el Inversor informa que sus ingresos anuales son de.....dólares estadounidenses.

6.- Del mismo modo, el Inversor asegura que cumple con toda la normativa a la que está sujeto en materia fiscal, de control de cambios y a cualquier otra que pudiera concernir el presente acuerdo.

7.- El Inversor autoriza a la Empresa a realizar todas aquellas transacciones que sean necesarias para operar en el mercado FOREX con los fondos que deposita en ella.

8.- El Inversor, cuando realiza su registro en la website de la Empresa, declara y garantiza que:

La información que facilita a la Empresa es completa, exacta y no engañosa en ningún aspecto.

En caso de ser persona física, tiene la edad legal suficiente para realizar esta actividad, no está inhabilitado legalmente y no está sujeto a ley o regulación alguna que le impida realizar este acuerdo o cualquier condición contemplada por este acuerdo.

En el caso de ser persona jurídica, reúne todos los requerimientos legales que la legislación de su país de origen le impone para realizar esta actividad y que puede asumir los compromisos de este acuerdo.

9.- En caso de falsedad de cualquiera de los puntos expuestos en la anterior cláusula, la Empresa se reserva el derecho de resolver el presente acuerdo y el Inversor perderá

automáticamente los derechos sobre sus depósitos, renunciando a cualquier tipo de reclamación sobre dichos depósitos. La Empresa, en casos menos graves según se estime, también se reserva el derecho de bloquear la cuenta del Inversor hasta corregir esta situación.

10.- Los datos personales facilitados por el Inversor estarán a disposición de la Empresa. La Empresa garantizará la reserva y confidencialidad de esta información. El Inversor autoriza a la Empresa a revelar dicha información, cuando ésta sea requerida por cualquier ley, regla, o autoridad reguladora, a la que se halle sometida la Empresa.

11.- El Inversor sólo podrá modificar los datos personales facilitados en el registro y en el presente acuerdo, tras solicitar y obtener la autorización por escrito de la Empresa, explicando los motivos o circunstancias que provoquen dichos cambios.

12.- Cada Inversor únicamente podrá tener abierta a su nombre una cuenta en la Empresa.

13.- El Inversor, si en el plazo de 15 días no ha realizado ningún ingreso, perderá automáticamente su registro, dándosele de baja y quedando borrados sus datos.

14.- El Inversor declara que todos los desembolsos que efectúe estarán en todo momento libres de cualquier carga o embargo preventivo, y nunca procederán de actividades ilegales o de fondos obtenidos de forma ilegal.

15.- Los depósitos realizados por el Inversor con la finalidad de que la Empresa los gestione, serán todos aquellos que la Empresa acredite como recibidos y realizados.

16.- El Inversor recibirá un correo electrónico acreditativo de la Empresa por cada uno de sus depósitos o reinversiones.

17.- El Inversor podrá disponer libremente del capital invertido, salvo durante los 6 primeros meses, a contar desde el momento en que dicho capital sea invertido y acreditado por la Empresa.

Si el Inversor desea recuperar su capital dentro de este plazo de 6 meses, la Empresa le aplicará una penalización del 15% sobre el capital que desee recuperar.

18.- La Empresa no se hace responsable por la pérdida o extravío de todos aquellos posibles depósitos realizados por los Inversores, y que no hayan llegado a la Empresa, bien por causas ajenas a ella, o bien porque no hayan sido debidamente realizados por cualquiera de los medios habilitados a tal fin por la Empresa.

19.- Los rendimientos y comisiones a percibir por el Inversor serán los que figuren y estén vigentes en el plan de marketing o carrera profesional reflejados en la website de la Empresa.

20.- El plan de carrera profesional podrán ser modificados en cualquier momento por la Empresa sin previo aviso, cambiando cualquier requisito, interés o condición.

21.- Los pagos de rendimientos y comisiones se realizarán única y exclusivamente al titular que figure registrado en la website de la Empresa, cuyos datos deberán ser similares a los facilitados en el presente acuerdo.

22.- Los gastos derivados de cualquier envío de capital entre el Inversor y la Empresa, y viceversa, serán siempre de cuenta y cargo del Inversor exclusivamente.

23.- La Empresa velará por el mantenimiento de los capitales invertidos y por la estabilidad y mejora de los rendimientos y comisiones. Pero, en ningún caso podrá asegurar los capitales invertidos por los Inversores, ni los rendimientos y comisiones vigentes en cada momento.

24.- Con la finalidad de velar por la estabilidad de los capitales invertidos, y debido a que los depósitos realizados en el mercado FOREX deben ser considerados como capital riesgo, la Empresa creará y mantendrá un Fondo de Reserva para garantizar la continuidad de la actividad.

25.- La Empresa, dentro de los mencionados principios de seguridad, rentabilidad y transparencia que aplica a los depósitos que gestiona, mantendrá informados al Inversor en todo momento sobre la evolución de su actividad.

26.- El Inversor acepta exonerar a la Empresa respecto de toda pérdida, costo y responsabilidades cualesquiera que, directa o indirectamente, sean generadas como resultado de la ejecución adecuada de sus obligaciones. Estas exoneraciones seguirán vigentes aún luego de ser terminado y resuelto este acuerdo.

En concreto, la Empresa no es responsable de los resultados negativos o pérdidas que, para la Empresa o para el Inversor, se puedan derivar de los cambios de legislación que lleguen a suceder en cualquier país en el cual opere o desarrolle su actividad.

27.- La Empresa no será responsable para con el Inversor por el no-cumplimiento de sus obligaciones bajo este acuerdo, cuando dicho incumplimiento sea consecuencia directa o indirecta, de circunstancias más allá de su razonable control.

28.- Si el Inversor quiere realizar la actividad de promover la inversión en la Empresa y obtener los beneficios derivados del plan de carrera profesional, deberá ajustar sus actuaciones a la normativa exigida al respecto por el país en el cual residan y por el país en el que realice tal promoción, si fueran diferentes.

29.- La Empresa prohíbe expresamente la utilización de spam en la promoción que de ella pueda realizar a través de internet el Inversor.

El Inversor asevera que cumplirá con la normativa en el uso de internet de su país y del país desde el cual opere.

30.- La Empresa no se responsabiliza de las posibles infracciones que pueda cometer el Inversor en la promoción de la misma en cualquier país o por cualquier medio.

31.- La Empresa no se hace responsable de cualquier información utilizada o revelada por el Inversor, en cualquier medio o forma de comunicación, y que no sea idéntica y completa, en todo momento, circunstancia y sentido, a la información oficial ofrecida en la website de la Empresa.

32.- El Inversor podrá transmitir o vender su posición dentro de la Empresa, con el consentimiento previo y por escrito de la Empresa.

Si una posición fuese transmitida o vendida sin el conocimiento de la Empresa, esta posición será desactivada, y sus fondos bloqueados, sin posibilidad alguna de reclamación por parte del Inversor.

33.- El Inversor, en caso de desearlo, puede notificar por escrito a la Empresa la asignación de un único heredero de su posición. Tras el fallecimiento del Inversor, para constatar y corroborar la asignación, el heredero facilitará a la Empresa la documentación pertinente y necesaria que demuestre su inequívoco derecho, tras lo cual la Empresa acreditará la asignación.

El Inversor no podrá modificar dicha asignación sin el consentimiento previo por escrito de la Empresa.

En caso de que el Inversor no tuviera herederos legales, su capital depositado en la Empresa hasta el momento del fallecimiento pasará a ser propiedad de la misma.

34.- Este acuerdo será regido e interpretado según la legislación de Panamá.

El lugar de ejecución y el lugar de jurisdicción para cualquier proceso, será Panamá.

35.- La Empresa, retiene el derecho de iniciar acciones legales en el país del domicilio o de la residencia del Inversor, o ante cualquier otra jurisdicción competente, llegado el caso, por incumplimiento del presente acuerdo por parte de éste.

En tal situación, la Empresa tiene el derecho de bloquear los activos del Inversor mientras dichos procesos estuviesen abiertos, y en tanto no existiese resolución judicial firme.

36.- Al registrarse en la website de la Empresa como Inversor de ésta, dicho Inversor se compromete a no violar ninguna de las cláusulas de este acuerdo y a cumplirlas en todo momento.

En caso de incurrir en cualquier tipo de infracción de estas cláusulas, el Inversor estará obligado a aceptar la suspensión y/o cancelación definitiva de su cuenta, con la eventual pérdida de todo el dinero depositado en la misma, sin derecho a reclamación alguna por su parte.

37.- El Inversor se compromete a salvaguardar y respetar el buen nombre de la Empresa, obviando cualquier menosprecio o difamación hacia ella.

En caso de incumplir éste compromiso la Empresa cancelará de forma definitiva su cuenta, con la eventual pérdida del dinero depositado en la misma, reservándose el derecho a emprender las acciones legales que estimase oportunas.

38.- El Inversor se compromete a aceptar los eventuales cambios que la administración de la Empresa realice en los términos del presente acuerdo. Dichos cambios serán notificados al Inversor por la Empresa.

39.- El inversor acepta el envío de información por mail u otro medio de publicidad de empresas relacionadas o colaboradoras con Evolution Market Group Inc.

Y en prueba de conformidad con todo lo anteriormente expuesto firman y rubrican este acuerdo en Panamá, ade de 2008.

Evolution Market Group Inc. El Inversor Sr. D. Claudia del Pilar Ana mercedes

ANEXO 1. NORMATIVA Y REGULACIONES DE FINANZAS FOREX

Estimados Inversores,

En Evolution Market Group Inc, con nuestra marca comercial Finanzas Forex, tenemos como prioridad adaptarnos al marco legislativo en cada país donde tengamos inversores.

Por esto, les comunicamos las Normativas y Regulaciones necesarias para que cumplamos la legislación de cada país, estas toman efecto a partir del día de hoy.

Estas Normativas y Regulaciones, se refieren a obligaciones con la Empresa y con la Ley de los países dónde la actividad de Finanzas Forex, de promoción de inversiones financieras, esté regulada y no estemos aun cumpliendo la regulación.

Normativas y Regulaciones: Queda terminantemente prohibido para el inversor de Finanzas Forex (a partir de ahora FFX):

1.- Realizar cualquier actividad promocional, de publicidad o de información sobre nuestra compañía o el mercado Forex en nombre de FFX.

Por actividad promocional se entiende:

- Reuniones -privadas o públicas- promocionales, comerciales de presentación, o de cualquiera que sea su naturaleza.
- Envío de e-mails que usen el nombre o/y logo -total o parcial- de nuestra compañía o/y sus planes de inversión, o datos claramente identificativos de FFX.
- Envío de comunicados en blogs y en foros, haciendo alusión, -clara y específica- de FFX.
- Envío o/y uso de presentaciones electrónicas, por cualquier medio.
- Envío o/y uso de grabaciones de audio / vídeo en cualquier medio.
- Utilización de cualquier otro soporte físico o virtual, (web sites) para la promoción de FFX.
- Cualquier medio de comunicación para la promoción o divulgación de FFX.

2.- Hacer uso, exposición, promoción o/y publicación de los nombres de FFX, así como de nuestros logos, en cualquier medio de comunicación.

3.- Hacer uso, exposición, promoción y publicación de los nombres de las empresas colaboradoras, partners o que tengan alguna relación comercial o/y profesional con FFX, así como de sus logos corporativos.

4.- Publicar y promocionar su página web personal, tanto en el País sin autorización como desde el País sin autorización a cualquier País, tenga o no autorización, haciendo

referencia a FFX o a cualquiera de sus denominaciones, así como empresas del grupo y los correspondientes logos.

5.- Redireccionar, linkar, colocar enlaces o realizar cualquier tipo de conexión desde su página web personal a nuestra página oficial www.finanzasforex.com.

6.- Creación, uso, exposición y comercialización de cualquier producto de merchandising en el que figure nuestras denominaciones comerciales o sociales, así como sus logos.

7.- Uso de Tarjetas, panfletos o folletos que no sean emitidos o publicados o autorizados por FFX. Éstos son válidos aquellos que estén autorizados a través de su página oficial.

8.- Atribuirse cargos o responsabilidades no asignados por la dirección de FFX.

9.- Realizar declaraciones a los medios de comunicación en nombre de FFX sin autorización o consentimiento expreso de FFX.

10.- Realizar acciones de cualquier índole o comentarios, hechos con dolo y mala fe contra FFX, o contra sus directivos o personal administrativo, así como comentarios que perjudique la imagen de FFX.

11.- La reproducción total o parcial de los textos de la página web Oficial de FFX www.finanzasforex.com para ser expuestos en cualquier tipo de publicación o emisión en cualquier tipo de comunicación.

12.- La reproducción, total o parcial, de fotografías y vídeos de los eventos realizados por FFX en cualquier tipo de publicación o emisión en cualquier tipo de comunicación.

13.- Así mismo, les hacemos saber que, aquellos promotores que incumplan alguna de estas medidas, haciendo caso omiso a estas normativas y regulaciones, serán dados de baja de la Compañía con cese inmediato, emprendiendo, además acciones legales contra su persona.

Por otro lado, destacamos que estas medidas no impiden que, las personas que visitan libremente nuestra página oficial no puedan registrarse y realizar su inversión en nuestra empresa que está en Panamá. Por lo tanto, este visitante puede registrarse e invertir, porque le ha interesado nuestra oferta y ha tomado su decisión libre y voluntariamente.

Así mismo, nuestros inversores, pueden seguir realizando nuevas inversiones, si así lo desean.

Por último, reiterar que sí pueden realizar actividad promotora y por tanto promoción pública en aquellos países en la que tenemos licencia de actividad o bien no hay una regulación específica sobre la promoción de productos financieros.

Desde la Dirección le instamos a ser rigurosos en el cumplimiento de estas normas que nos aseguran el perfecto cumplimiento de las leyes de cada país donde ejercemos, o queremos comenzar a ejercer nuestra actividad.

ANEXO II

EL CONTRATO PRIVADO ENTRE FELICIA Y PEDRO

Zaragoza a 6 de Septiembre de 2008

REUNIDOS

De un aparte Don Pedro, mayor de edad, de nacionalidad italiana, vecino de Calatayud, Plaza de Europa número 1 con Tarjeta de residencia número X123456Y.

Y de otra, Doña Felicia, mayor de edad, vecina de Zaragoza, Gran Vía 1, 2º derecha y con D.N.I. 12345678-A.

EXPONEN

Primero.- Don Pedro dispone de un capital que quiere invertir a través de Doña Felicia en un fondo provado que ésta última tiene contratado a su nombre.

Y estando ambos de acuerdo, estipulan en el presente documento las condiciones de dicha inversión, según las siguientes

ESTIPULACIONES

Primera.- Don Pedro entrega en este acto la cantidad de CUARENTA MIL EUROS (40.000€) en efectivo a Doña Felicia, para que ésta última lo invierta en el fondo antes mencionado, sirviendo el presente documenti como la más eficaz carta de pago.

Segunda.- El importe invertido que se entrega en este acto, deberá permanecer hasta primeros de abril, sin posibilidad de rescate.

Tercera.- Este capital está garantizado y aunque los intereses están supeditados a la marcha del fondo, la rentabilidad esperada para este capital es de un Cincuenta por Cien a los SEIS meses.

Cuarta.- Doña Felicia se compromete a entregar a aDon pedro el capital invertido y los intereses que se hayan podido generar hasta entonces, en la primera quincena de Abril.

Estando ambas partes de acuerdo lo firman por duplicado ejemplar y a un solo efecto en el lugar y fecha indicados ut supra.