



Roj: SAP GI 844/2010
Id Cendoj: 17079370032010100305
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Girona
Sección: 3
Nº de Recurso: 645/2010
Nº de Resolución: 512/2010
Procedimiento: Apelación penal
Ponente: ILDEFONSO CAROL GRAU
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL
SECCIÓN TERCERA (PENAL)
GIRONA

APELACIÓN PENAL

ROLLO Nº 645/2010

JUICIO RÁPIDO Nº 1110/06

JUZGADO DE LO PENAL Nº 4 DE GIRONA

SENTENCIA Nº 512/2010

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE:

D. JOSÉ ANTONIO SORIA CASAO

MAGISTRADOS:

D. MANUEL JAÉN VALLEJO

D. ILDEFONSO CAROL GRAU

En Girona, a diecisiete de septiembre de 2010.

VISTO ante esta Sala el presente recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 8-4-10 por la Sra. Juez del Juzgado de lo Penal nº 4 de Girona en el Juicio Rápido nº 1110/06 seguida por un **delito de hurto**; habiendo sido parte recurrente el Ministerio Fiscal, e impugnando el recurso D. Lucio, representado por el procurador Sr. Martínez Ferrer y asistido por el letrado D. Manuel Siria García. Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. ILDEFONSO CAROL GRAU, quien expresa el parecer unánime del Tribunal.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En la indicada resolución se dictó el Fallo que literalmente copiado es como sigue: "Que debo condenar y condeno a Lucio como autor de una **falta de hurto** intentada, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de UN MES MULTA CON UNA CUOTA DIARIA DE TRES EUROS con la responsabilidad personal subsidiaria del art. 53 del CP. Con imposición de la mitad de las costas procesales devengadas."

SEGUNDO: El recurso contra la mencionada sentencia se interpuso en tiempo y forma por el Ministerio Fiscal, amparado en los fundamentos expresados en el escrito de interposición, de fecha 17 de junio de 2010. El día 5 de julio de 2010 el condenado presentó escrito de impugnación del recurso, por los motivos que en él son de ver. Tras lo que el Juzgado a quo remitió los autos a esa superioridad para la resolución de la apelación, recibéndose en esta Sección el día 10 de septiembre de 2010.

TERCERO: Se aceptan los hechos probados de la sentencia impugnada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza la parte recurrente frente a la resolución de la instancia por entender que se ha aplicado indebidamente el artículo 623 CP, siendo el oportuno el 234 CP; y ello por cuanto, según el Ministerio Fiscal, deben incluirse en el precio de venta al público, a la hora de valorar los objetos según el artículo 365 LECrim, los impuestos que deba soportar el comprador, en particular el **IVA**. El condenado, por su parte, sostiene que la aplicación del derecho hecha por la juez a quo es la correcta, no debiendo incluirse tal tributo en la valoración de los bienes sustraídos.

SEGUNDO.- 1- Es cierto que, tras la modificación llevada a cabo en el artículo 365 LECrim por LO 15/2003, de 23/11, existe cierta discrepancia en la jurisprudencia menor respecto tanto de su aplicación a los tipos penales como del propio concepto de precio de venta al público; precio éste que, según el citado precepto, debe ser aplicable a la valoración de mercancías sustraídas en establecimientos abiertos al público. Y en el cual, según algunas Audiencias Provinciales, deberá incluirse también el importe de los impuestos indirectos que el hipotético comprador de los bienes debería soportar en la compra, pues son una parte del coste que para aquél representa la adquisición de la mercancía. Dicha postura parece ser compartida aquí por el Ministerio Público, pues indica en su recurso que se debería "incluir dentro del precio de venta al público la cantidad correspondiente al **IVA**" 2/2009 de la Fiscalía General del Estado y diversa jurisprudencia menor.

2- Como ya dijéramos en muchas otras ocasiones, en primer lugar, y desde un punto de vista teórico, la aplicabilidad del artículo 365 LECrim (norma, eso sí, plenamente constitucional, según el ATC 72/2008) a la definición y contenido de los tipos penales es más que dudosa, pues el precepto que introdujo el segundo párrafo del artículo 365 en la Ley de Enjuiciamiento Criminal -la letra e) del apartado segundo de la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre - no tiene el preceptivo rango de Ley Orgánica; lo que se desprende de la Disposición Final Cuarta de dicha ley, que afirma textualmente: "En esta ley orgánica tienen carácter de ley ordinaria los preceptos contenidos en el apartado segundo de la Disposición Final Primera". A lo que se debe añadir que el precepto dice únicamente que "La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público". Es decir, el artículo 365 LECrim no declara que el **valor** será el precio de venta al público (norma que, por otro lado, resultaría de difícil justificación, pues aquel precio constituiría entonces una prueba tasada, contraria a la jurisprudencia constitucional sobre libre valoración de la prueba -véase la STC 197/1995 -) sino que para realizar la necesaria valoración judicial de ese elemento esencial del tipo habrá que atender a su precio de venta al público; es decir, simplemente tenerlo en consideración.

3- En segundo lugar, y desde un punto de vista práctico, no es razonable pensar que el legislador pudiera haber ordenado que el **valor** de la cosa objeto del **delito** - a efectos de definir el tipo penal de **hurto** - haya de coincidir exactamente con su precio de venta al público; ya que, en un sistema de libre mercado como el nuestro, dicho precio es casi siempre de libre fijación por el comerciante, y por ello varía, para un mismo producto, entre un establecimiento y otro. Admitirlo, pues, como único dato válido a la hora de determinar si un **hurto** constituye **delito** o **falta** atentaría contra los principios de legalidad y de seguridad jurídica; pues, cuando menos en los supuestos "fronterizos" (próximos al **valor** límite de 400 euros), se dejaría aquella determinación en manos del comerciante. Pudiendo, en consecuencia, ser **delito** en un comercio el mismo **hurto** que, cometido en el negocio del vecino, no es sino una **falta**; e, incluso, obligando dicha interpretación a sancionar como **delito** el **hurto** de bienes u objetos de escaso **valor** real pero cuyo vendedor, por un ansia desmedida -pero lícita- de beneficio, hubiera etiquetado a un precio desmedidamente exagerado (y superior a 400 euros).

TERCERO.- 1- Dicho lo anterior, lo que se trata en el presente caso de resolver no es exactamente eso, aunque guarde íntima relación, sino si los impuestos indirectos (en este caso el **IVA**) que gravan un objeto puesto a la venta -sea cual sea el precio de aquél- forman parte, a los solos efectos de integrar el tipo penal correspondiente, de su **valor**. Y la conclusión que debemos alcanzar es, al igual que antes, negativa. En primer lugar porque, en realidad, el impuesto no existe todavía: en el régimen ordinario del impuesto, hasta que no se produce el hecho imponible generador de la obligación de pagar **IVA** -la venta del bien o la prestación del servicio, artículo 75.1 de la Ley 37/1992, de 28/12 - ninguna obligación tributaria nace para vendedor o para comprador; es decir, en el momento de producirse el **hurto** el impuesto sobre aquel bien no habrá "nacido" aún, pues no se habrá producido su devengo al no existir una compraventa que lo origine. Ni, en consecuencia, deberá el comerciante ingresar ninguna cantidad a Hacienda, en concepto de **IVA**, si el objeto le es hurtado; y pudiendo además deducir, en su liquidación periódica del impuesto, el **IVA** que él pagó al adquirirlo.

2- En segundo lugar, debe recordarse también que a determinados ciudadanos extranjeros (los extracomunitarios, principalmente) Hacienda les reintegra, al regresar a su país, todo o parte del **IVA** que

hayan satisfecho en sus compras aquí. Es decir, que el **IVA** que el comerciante les cobra -al mismo tiempo que el precio del producto- es en realidad un coste completamente ficticio, pues dicha cantidad les va a ser devuelta algún tiempo después; en otras palabras, que el "precio de venta al público" es, para ellos, sin **IVA**. Y resulta evidente que, cuando alguien hurta un producto, es imposible saber ex ante si, de no haberse producido el **hurto**, el producto en cuestión hubiera sido -o no- finalmente adquirido por alguien con derecho a aquella devolución; por lo que también es imposible afirmar con toda seguridad que el **IVA** hubiera formado parte de su coste real de adquisición. Lo que implica que, de incluirse en la valoración de lo hurtado, se estaría haciendo una suposición contra reo que, a nuestro parecer, resulta inadmisibile. Finalmente, cabe aducir que la conclusión negativa puede alcanzarse directamente tan sólo con considerar el propio nombre del impuesto (sobre el "**valor**" del bien o servicio gravado; aunque por su método de aplicación sólo grave el **valor** que resulta "añadido" en cada fase de su producción o comercialización), en el que el legislador ya deja bien claro que el propio impuesto no es una parte del **valor** del bien o servicio, sino que se impone precisamente sobre éste.

CUARTO.- Las consideraciones anteriores obligan a desestimar el recurso, pues el precio de venta de lo que el condenado **hurtó** (según el ticket de caja) es de 444,00 euros **IVA** incluido. Es decir que, una vez deducido de él el 16 por ciento del **IVA** (tipo entonces vigente) arroja un importe de 372,96 euros; cantidad que, por lo expuesto más arriba, deberá tomarse como **valor** de lo hurtado. Por lo que los hechos por los que fuera condenado el hoy impugnante fueron correctamente calificados como **falta de hurto**, y no como **delito**, visto el límite de 400 euros previsto en el Código penal para diferenciar ambos.

QUINTO.- No procede hacer expresa imposición de las costas causadas en la presente alzada.

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

FALLAMOS

Que, DESESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la Sentencia de fecha 8/4/10, dictada por la Sra. Juez del Juzgado de lo Penal nº 4 de Girona en el Juicio Rápido nº 1110/06, confirmamos íntegramente la citada resolución.

No procede hacer expresa imposición de las costas de la alzada.

Líbrense certificaciones de la presente resolución para su unión al Rollo de su razón y remisión al Juzgado de su procedencia, junto con las actuaciones originales.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, D. ILDEFONSO CAROL GRAU, en audiencia pública y en el mismo día de su fecha; en presencia de mí, la Secretaria, de lo que doy fe.