



Roj: SAP GI 956/2010
Id Cendoj: 17079370032010100329
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Girona
Sección: 3
Nº de Recurso: 698/2010
Nº de Resolución: 557/2010
Procedimiento: Apelación penal
Ponente: JOSE ANTONIO SORIA CASAO
Tipo de Resolución: Sentencia

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA (PENAL)

GIRONA

ROLLO DE APELACIÓN Nº 698/10

CAUSA Nº 159/09

JUZGADO DE LO PENAL NUM. 1 DE GIRONA

SENTENCIA Nº 557/10

Ilmos. Sres:

PRESIDENTE:

Dª FATIMA RAMIREZ SOUTO

MAGISTRADOS:

D. JOSE ANTONIO SORIA CASAO

D. MANUEL JAEN VALLEJO

Girona siete de octubre de dos mil diez.

VISTO ante esta Sala el presente recurso de apelación interpuesto contra la sentencia dictada en fecha 16/04/10, por Sr. Juez del Juzgado Penal nº 1

de Girona, en la causa nº 159/09, seguido por **delito** de robo habiendo sido parte recurrente el MINISTERIO FISCAL Y como parte apelada Dª. Consuelo defendida por el Letrado D. Joan Pere Zapata Saldaña y representada por el Procurador Dª. Gregoria Tuébols Martínez, actuando como

Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. JOSE ANTONIO SORIA CASAO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: En la indicada sentencia se dictó el Fallo que copiado literalmente es como sigue: "Que debo condenar y condeno a Consuelo como autora penalmente responsable de una **falta** de **hurto**, prevista y penada en el artículo 623.1º del Código Penal, concurriendo la atenuante analógica del art. 21.6 en relación con el art. 21.1 y el art. 20.1 del Código Penal a la pena de LOCALIZACIÓN PERMANENTE DE CUATRO DIAS, así como al pago de las costas en cuantía de juicio de **faltas**".

SEGUNDO: El recurso se interpuso por la representación del Ministerio Fiscal contra la Sentencia de fecha 16/04/10, con el fundamento que expresa en escrito en que se deduce el mismo.

TERCERO: Se han cumplido los trámites establecidos en el artículo 790 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

CUARTO: Se aceptan los Hechos probados de la Sentencia apelada.

QUINTO: En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Se alza el Ministerio Fiscal frente a la resolución de instancia por entender que se ha inaplicado indebidamente el artículo 234 del Código Penal y ello por cuanto, según el Ministerio Fiscal, debe entenderse en el precio de venta al público, a la hora de valorar los objetos según el artículo 365 LECrim, como la cantidad que el adquirente debe desembolsar para adquirir el producto que comprende, sin desglosar, los costes de producción y distribución del bien, los márgenes de beneficios de los sucesivos intervinientes en la cadena productiva y los tributos y aranceles que lo hayan gravado directa o indirectamente, entre los que debe incluirse el Impuesto sobre el **Valor** Añadido, interesando la condena de la acusada por un **delito** de **hurto** en grado de tentativa, concurriendo la circunstancia atenuante analógica del art. 21.6 en relación con el art. 21.1 y 20.1 CP, a la pena de cuatro meses y quince días de prisión. Frente a esta pretensión se opone la representación procesal de la acusada.

Para la correcta resolución de la cuestión planteada debemos partir del criterio unánime adoptado de manera reciente por las dos Secciones de esta Audiencia Provincial acerca de la innecesariedad de deducir el margen comercial para determinar el **valor** de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, aunque no así el del **IVA**.

En efecto, para determinar el **valor** de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales, el artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal dispone que la valoración "se fijará atendiendo a su precio de venta al público". Ese precio de venta está formado por el que libremente impone el establecimiento más el **IVA**.

Las cuestiones relativas a las dudas suscitadas sobre la constitucionalidad del criterio de valoración establecido en el artículo 365 mencionado han sido analizadas en el Auto del Pleno del Tribunal Constitucional 72/2008 de 26 de febrero). El Alto Tribunal concluye que no conculca los principios de reserva de Ley Orgánica del artículo 81.1 CE porque no define un elemento de un tipo delictivo delimitador entre el **delito** y la **falta** de **hurto** sino que "se limita a fijar un criterio para la valoración de uno de sus elementos en el contexto de los **hurtos** en establecimientos comerciales". No conculca el principio de interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica del artículo 9.3 CE, porque el criterio de valoración establecido ni carece de toda explicación racional ni genera incertidumbre, pues su carácter objetivo y la facilidad de su constatación para el sujeto pasivo "tiene, precisamente, la virtualidad de permitirle conocer con carácter previo a los hechos cuál va a ser la calificación de su conducta, y, por tanto, la consecuencia jurídica aplicable. Por último, no vulnera el derecho a la igualdad en la Ley del artículo 14 CE partiendo de que la doctrina constitucional para realizar el juicio de igualdad requiere como presupuestos que como consecuencia de la normativa se introduzca una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas y que las situaciones subjetivas que quieran traerse a comparación sean homogéneas o equiparables. Argumenta el Tribunal que la alegación de que la aplicación del artículo 365 determinaría que se dispensaría "un desigual tratamiento para una misma conducta dependiendo de la decisión adoptada por el sujeto pasivo en función de la libertad de fijación de precios no puede ser reconducida a una eventual lesión del derecho a la igualdad en la ley, ya que, conforme a lo previsto en la norma cuestionada, con independencia del precio fijado en cada establecimiento para un producto, la valoración de ese producto en caso de **hurto** en ese concreto establecimiento será la misma para cualquiera sujeto activo, sin distinción ninguna y sin atender a ninguna consideración subjetiva, que es lo que prohíbe el artículo 14 CE. Ello, por sí sólo, priva de cualquier fundamento a esta duda de constitucionalidad."

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo antes de la introducción de ese criterio legal de valoración, ya había establecido, en sentencia, entre otras, de 27 de abril de 2001, que no podía identificarse el **valor** económico patrimonial de las cosas con el **valor** de su coste porque el **valor** relevante es el **valor** de intercambio representado en cada momento por la cantidad de dinero que puede obtenerse por la cosa en un hipotético intercambio.

Además, el descuento de los márgenes comerciales sí que introduciría un factor de incerteza, pues cabría preguntarse si el descuento habría de limitarse al del beneficio del establecimiento donde se sustrae, o también debería restarse el beneficio del fabricante y de los distintos intervinientes en la cadena comercial hasta la venta minorista, llegando así al coste y **valor** neto.

Es por todo lo expuesto, que en aplicación del artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no consideramos que deba deducirse del precio de venta al público el margen de beneficio aplicado por el establecimiento comercial y fijar así el **valor** de los efectos sustraídos, por lo que en este supuesto, como se establece en los hechos probados de la sentencia impugnada, su **valor** será el de 517,06 euros.

Ahora bien, sí consideramos, por el contrario, tal como hemos expuesto en distintas resoluciones de la Sala, que debe deducirse del precio de venta al público el importe correspondiente al I.V.A. pues al no producirse el hecho imponible generador de la obligación de pagar dicho impuesto -la venta del bien o servicio- ninguna obligación tributaria nace para el vendedor de declararlo, de forma que no deberá el comerciante ingresar ninguna cantidad a Hacienda, en concepto de **IVA**, si el objeto le es hurtado y podrá además deducir, en su liquidación periódica del impuesto, el **IVA** que él pagó al adquirirlo.

Luego en este supuesto, como para determinar cuál es el importe del impuesto y efectuar su deducción de venta al público no es necesaria prueba pericial, debe deducirse del referido precio de 517,06 euros el 16 por ciento del **IVA** (tipo vigente en el momento de los hechos enjuiciados) que arroja un importe de 82,72 euros, quedando reducido el **valor** a 434,34 euros; cantidad que, por lo expuesto anteriormente, deberá tomarse como **valor** de lo hurtado. Por lo que los hechos han sido calificados indebidamente como **falta** en la sentencia apelada, cuando lo deben ser como **delito**, lo que origina la revocación de la sentencia apelada en el sentido de condenar a Consuelo como autora de un **delito de hurto** en grado de tentativa, manteniendo la aplicación de la atenuante analógica ex artículo 21.6 CP apreciada en la sentencia impugnada, a la pena de TRES MESES DE PRISIÓN atendido lo dispuesto en los artículos 16, 62, 66.1.1ª y 70.1.2ª del Código Penal, así como el **valor** de los objetos sustraídos, y la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Así pues, la apelación es estimada.

SEGUNDO.- Se declaran de oficio las costas de esta alzada.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS:

Que ESTIMANDO el recurso de apelación interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra la Sentencia dictada en fecha 16/4/2010, por el Juzgado de lo Penal nº 1 de GIRONA, en la causa 159/09 de la que este Rollo dimana, REVOCAMOS la sentencia apelada EN EL SENTIDO DE CONDENAR A DOÑA Consuelo como autora de un **delito de hurto** del artículo 234 CP, concurriendo la circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal analógica del art. 21.6 CP en relación a los arts. 21.1 y 20.1 CP, a la pena de TRES MESES DE PRISIÓN y a la accesoria de privación del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena, declarando de oficio las costas de esta 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 que la dictó, D. JOSE ANTONIO SORIA CASAO, en Audiencia pública en el mismo día de su fecha; doy fe.