

### AL JUZGADO

PARA ANTE LA ILMA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

EL FISCAL, evacuando el traslado conferido INTERPONE RECURSO DE APELACION contra la sentencia dictada en el presente procedimiento sobre la base de las siguientes alegaciones

1. Indebida inaplicación del artículo 365.2 de la LECrim, en relación con el artículo 234 del Código Penal.

El artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dice que "La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público sin excluir el importe del IVA ni ningún otro elemento del precio que lícitamente resulte incluido. Con dicho precepto el Legislador ha establecido un criterio legal de valoración basado en la ventaja económica pretendida por el autor al cometer el delito y no cabe soslayar el rígido y preciso criterio contenido en la Ley

El Tribunal Constitucional ya se ha pronunciado sobre la constitucionalidad del citado artículo 365 en el Auto del Pleno número 72/2008, de 26 de febrero, en el que no admitió a trámite una cuestión planteada frente a dicho precepto considerando que tal cuestión era "notoriamente infundada". El máximo intérprete constitucional ha considerado que la citada norma no es necesario que tenga el carácter de ley orgánica al no afectar a los elementos nucleares del delito de hurto. La norma en cuestión no supone ningún tipo de discriminación o arbitrariedad legislativa, no vulnera el principio de seguridad jurídica y, por el contrario, establece un criterio razonable y cerrado que garantiza ese principio. En concreto, interesa destacar esta cuestión precisamente porque abunda en la importancia de establecer un sistema de valoración rígido que el Tribunal estima razonable y admisible. En el fundamento tercero, que se transcribe por su claridad y contundencia, se afirma lo siguiente:

Pues bien, conforme ha destacado el Fiscal General de Estado, la regulación establecida en la norma cuestionada sobre que el criterio para valorar los objetos sustraídos en los establecimientos comerciales será el precio de venta al público, ni puede considerarse que carezca de toda explicación racional ni, desde luego, que pueda generar confusión o incertidumbre acerca de la conducta exigible para su cumplimiento. En efecto, más allá de las legítimas discrepancias que puedan mantenerse sobre cuál pudiera ser el criterio más adecuado para la valoración del objeto material de un delito de hurto - el precio de coste, el precio de reposición, el precio de venta o cualquier otro criterio imaginable- o incluso si esa valoración debe quedar dentro del margen de libertad probatoria y libre valoración de la prueba, lo cierto es que, aun cuando no exista ninguna referencia a ello en la Exposición de motivos de la Ley Orgánica 15/2003 en que se añadió este



precepto, existen razones para justificar la elección de este criterio por el legislador. Su carácter absolutamente objetivo permite, por un lado, la previsibilidad de sujeto activo respecto de las eventuales consecuencias de su conducta, en tanto que le es posible conocer, incluso antes de actuar, la valoración que realizará el órgano judicial y, por otro, propicia la eliminación de una eventual apreciación subjetiva que implica remitir a un informe pericial la valoración de este elemento normativo, valoración que siempre sería ex post. Igualmente, por lo ya avanzado con anterioridad, no resulta posible asumir las dudas relativas a la seguridad jurídica, pues, contrariamente a lo afirmado por el órgano judicial, este criterio, por su objetividad y facilidad de constatación para el sujeto activo, precisamente, tiene 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.

En este sentido, resulta indiscutible que cualquier consumidor conoce que el precio de venta al público (PVP) es el importe que ha de abonar por la adquisición de un bien en un establecimiento comercial y que dicho importe incluye el IVA, debiendo añadirse que el Real Decreto 3423/2000, de 15 de diciembre, sobre la información de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios, dispone en su artículo 4.1 que "el precio de venta y el precio por unidad de medida deberán ser inequívocos, fácilmente identificables, claramente legibles y visibles por el consumidor sin necesidad de que éste tenga que solicitar dicha información.

Por otra parte, del artículo 1 de la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, del Impuesto sobre el Valor Añadido, se infiere que el objeto de la tributación del IVA es el consumo y es el consumidor final quien realmente sufre la carga del tributo, aún cuando sea el empresario el sujeto pasivo del impuesto y el obligado a ingresarlo en la Hacienda Pública porque de este modo " se facilita la recaudación, evitando que sean los consumidores -infinitamente más numerosos y mucho menos familiarizados con la gestión fiscal- quienes declaren e ingresen el impuesto".

Finalmente, el "precio de venta al público" comprende una serie de componentes no desglosados tales como el coste de producción y distribución, los márgenes de beneficio de quienes intervienen en la cadena de producción y distribución del bien y los tributos y aranceles, en su caso, que lo gravan directa o indirectamente, siendo uno de ellos el IVA, en el caso de la península y Baleares, no así en la Islas Canarias, Ceuta y Melilla, que tienen un régimen tributario distinto en la materia.

Lo anteriormente expuesto pone de manifiesto que no se halla justificado legalmente deducir el IVA del PVP de una mercancía porque, precisamente, el legislador ha pretendido evitar la inseguridad jurídica que existía con anterioridad a la introducción del art. 365 cuando se realizaban diversas peritaciones sobre el valor de los efectos sustraídos en establecimientos comerciales

En tal sentido es constante la doctrina jurisprudencial relativa a la aplicación del párrafo segundo del artículo 365 de la LECrim, por cuanto el legislador ha sido claro en su redacción. De esta manera señalar entre otras:





- Sentencia de de la Sección 2ª de Audiencia Provincial de Madrid la 27 Sep. 2006, rec. 191/2006: “Sostiene el acusador público que se ha infringido el principio de libre valoración de la prueba, toda vez que el artículo 365.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reformado por Ley Orgánica 15/2003 , señala que en los casos de sustracción de efectos en establecimientos comerciales, para su valoración habrá que atender al precio de venta al público . Sobre esta premisa, se consideraba que la apreciación de la prueba no era lógica y que la conclusión de instancia, desglosando el IVA del importe obrante en el ticket, resultaba improcedente por lo que interesaba la condena por delito de hurto en grado de tentativa”.
- Sentencia de 24 Mar. 2006, rec. 69/2006, de la Sección 1ª de la misma Audiencia Provincial: “Consta en las actuaciones, entre los folios 33 y 34 el ticket original emitido por el [REDACTED] en el que figura la descripción y precio de cada un de las prendas sustraídas; no se trata de una mera fotocopia como se indica en la sentencia, sino del documento original; y como quiera que no es necesaria la tasación pericial, pues hay que atender al precio de venta al público y éste ha quedado debidamente acreditado en el importe de 405 euros, debe calificarse como delito de hurto”. Así como, Sentencia de 9 Feb. 2006, rec. 22/2006, de la misma Sección: “en el que se recoge el precio de venta al público de los cinco pantalones de la marca [REDACTED], 449,75 euros a razón de 89, 95 euros cada uno, ticket que como prueba documental quedó incorporada al material probatorio sin impugnación alguna de las partes, y que permite conocer el precio de venta al público de las prendas. Al acoger la Juzgadora de instancia este precio para determinar el valor de lo hurtado, no ha hecho sino aplicar lo preceptuado por el Legislador en el párrafo segundo del art 365 de la LECrim introducido con la reforma operada por la Disposición Final 1.2 e) de Ley Orgánica 15/2003, de 25 noviembre, según el cual "la valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al publico", creando con ello una especialidad respecto a las reglas de valoración señaladas en su párrafo primero y que quedaran reservadas para aquellos objetos o mercancías que no hayan sido sustraídos en establecimientos comerciales. El legislador hace así suyo el criterio ya anticipado en la STS de 27 de abril de 2001, que revocando la sentencia de una Audiencia que en relación a unos zapatos hurtados en un establecimiento comercial descontó del precio de venta al público el correspondiente margen comercial, estableció que "El criterio del Tribunal de instancia no puede compartirse. Identifica equivocadamente el valor económico patrimonial de las cosas con el valor de su coste, expresión económica fija y definitiva del esfuerzo invertido en el pasado para la producción o adquisición de la cosa. Criterio erróneo porque el valor relevante es el valor de cambio representado en cada momento por la cantidad de dinero que puede obtenerse por la cosa en un hipotético intercambio. El valor de las cosas no está en su costo sino en su precio , puesto que éste refleja su equivalencia económica y por consiguiente el





verdadero valor patrimonial de la cosa en el momento de cometerse el delito. En este caso lo dicho es aún más evidente tratándose de mercaderías que no tenían más fin que el de ser vendidas por un precio de 53.000 pesetas; de modo que siendo éste su equivalente en el intercambio económico, y por ello su verdadero valor patrimonial en el momento de la acción - cualquiera que hubiese sido en su día el valor de coste-, es obvio que la estafa intentada superaba el límite del valor de las 50.000 pesetas establecido por el Código Penal para diferenciar el delito de la falta, por lo que procede estimar el motivo" Es pues correcto el criterio adoptado para valorar lo sustraído, existiendo prueba bastante que acredita el precio de venta al público de los pantalones, careciendo de apoyo probatorio y de trascendencia penal la alegación de que esos pantalones podrían encontrarse más baratos en otro establecimiento. Tampoco la solicitud de que se deduzca el importe del IVA puede ser acogida desde el momento que el precio de venta al público comprende, junto con el margen comercial aplicado en cada establecimiento, el impuesto indirecto, al venir referido aquel concepto al importe final que cualquier ciudadano deberá abonar para hacer suya la mercancía, por todo lo cual con desestimación del recurso, se debe confirmar la sentencia.

- De la misma manera, la Sección 2ª de la Audiencia Provincial de Valencia, en Sentencia de 14 Sep. 2006, rec. 234/2006 refiere: "Asiste la razón al Ministerio Fiscal, cuyo recurso se ha de acoger, pues, en efecto, el párrafo segundo -añadido por la disposición final primera, segundo e) de la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de Noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal-, de artículo 365 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dice que "La valoración de las mercancías sustraídas en establecimientos comerciales se fijará atendiendo a su precio de venta al público", que en el caso que nos ocupa, como se recoge en la Sentencia apelada, es de seiscientos diecisiete euros, por lo que, al exceder de cuatrocientos euros, los hechos probados son constitutivos de un delito de hurto, previsto y penado en el artículo en el artículo 234, párrafo primero".
- La Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencias de 2 de junio de 2011 y de 3 de mayo de 2012, dice: "Se traen a colación en defensa de dicho criterio diversas sentencias de Audiencias Provinciales que hacen una interpretación del párrafo segundo del art. 365 LECRM distinta a la realizada en la sentencia apelada, en la que, también con apoyo en diversas sentencias, se sostiene que el precio de venta al público de los objetos sustraídos incluye el importe del IVA y que por tanto los hechos enjuiciados son constitutivos de un delito de hurto.

Carece, por tanto, de justificación deducir el importe del IVA en los bienes o productos sustraídos ilícitamente en establecimientos comerciales, siendo éste el criterio seguido por esta Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, entre otras, en sentencias 121/2008 de 12 de marzo, y 122/2009, de 12 de marzo, donde se afirma que el artículo 365, párrafo 2º, de la LECRM es una



norma extra penal precisa cuya oportunidad y sentido tiene plena justificación porque, "por un lado, facilita el enjuiciamiento del hecho mediante juicio rápido (...) y de otro lado, es plenamente compatible con el bien jurídico protegido por el tipo de hurto, en cuanto establece un criterio de valoración basado en el beneficio económico que pretende conseguir el autor del hecho con su conducta. Su sentido literal es claro y preciso y no requiere de un especial esfuerzo interpretativo y a él ha de estarse. Por último, la citada norma no excluye a nuestro juicio que su acreditación pueda hacerse mediante prueba pericial. Ciertamente al establecerse un sistema de valoración muy concreto, de ordinario se podrá acreditar mediante prueba documental: ticket de compra, documento que acredite el precio etc., pero ello no excluye que el documento o pericia que acredite el valor deba ser sometido a contradicción procesal durante el plenario y valorado junto con el resto de los medios de prueba", para añadir finalmente que "el valor de venta es el precio final de todo producto y este incluye el IVA, por lo que donde la ley no distingue no cabe hacer distinciones. Los argumentos anteriores permiten concluir que la sentencia de instancia debió tomar el precio de venta al público de la mercancía sustraída con inclusión del IVA como referencia obligada para la calificación de los hechos como delito de hurto.»

También en la sentencia de esta Sala num. 181/2009, de 23 de abril, Rollo número 91/2009, en respuesta a la afirmación de que el párrafo segundo del artículo 365 LECRM no debe ser objeto de una interpretación meramente literal porque utiliza la expresión "se fijará atendiendo a su precio de venta al público", se responde diciendo que a juicio de la Sala " el tenor literal de la norma es claro y no admite matizaciones por lo que el valor ha de fijarse necesariamente tomando como referencia exclusiva el precio de venta".

Por último, las dificultades interpretativas derivadas de la exclusión del importe del IVA, y la inseguridad jurídica que dicha tesis puede generar se ponen de manifiesto en la Sentencia num. 135/2009 de 4 de febrero, dictada por la Sección Octava de la Audiencia Provincial de Barcelona, cuando recuerda que "descontar el importe del IVA sobre la teoría de ser un impuesto que solo paga el consumidor final, llevaría a la necesidad de descontar también los restantes gastos fiscales del negocio, como los del transporte, la nomina del personal etc., partidas que igualmente podrían considerarse como parámetros o costes que no formarían parte del núcleo del valor del producto sino gastos artificialmente incorporados por el comerciante. Resultando realmente difícil, por no decir imposible, conocer el valor del bien a partir de este planteamiento".

En el mismo sentido se pronuncian las siguientes sentencias: sentencia 16/03/12, nº 143/12, rec. 102/12 Sección 3ª, Audiencia Provincial de Madrid, sentencia 16/02/12, nº 64/12, rec. 217/11, Sección 6ª, Audiencia Provincial de Madrid, sentencias 11/01/11, nº 11/11, rec. 2/11, y 08/11/11, nº 665/11, rec. 229/11 Sección 16ª, Audiencia Provincial de Madrid.

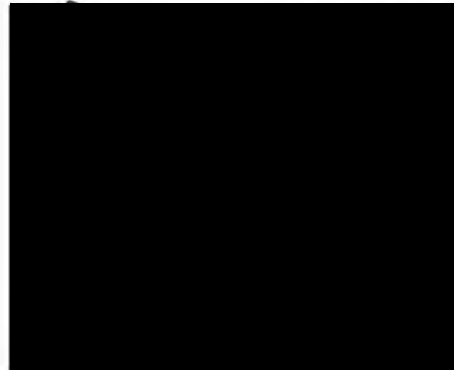


Administración  
de Justicia

En consecuencia, a la vista de la jurisprudencia anterior y siguiendo el criterio del Auto del Pleno de Tribunal Constitucional de 26/02/08, que declaró constitucional el art. 365 LECrim, el precio de venta al público de los efectos sustraídos y ocupados a los acusados en las presentes actuaciones asciende a 622,55 €, superando, por lo tanto el límite que, de los 400 €, establece el art. 234 CP, según figura en los tickets de compra incorporados a las actuaciones y no impugnados por la defensa,

Por todo lo anterior interesamos que por la Audiencia Provincial se dicte sentencia por la que se condene a los tres acusados como autores de un delito de hurto continuado del artículo 234 y 74 del CP.

Madrid, a 15 de noviembre de 2013



Madrid

