

Voces: PROCESO CONTRAVENCIONAL - FALTAS - GOBIERNO DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES - ESTABLECIMIENTO COMERCIAL - MULTA ADMINISTRATIVA - CLAUSURA

Partes: González Núñez Solange María | infracción art. 4.1.1.2 - ley N° 451 - apelación

Tribunal: Cámara de Apelaciones en lo Contravencional y de Faltas de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Sala/Juzgado: I

Fecha: 16-dic-2010

Cita: MJ-JU-M-61712-AR | MJJ61712

Producto: MJ

Se confirma la resolución que ordenó la clausura del establecimiento y aplicó una multa a la apelante por exceder la capacidad permitida de personas, haciendo aplicación del Código de Faltas que sanciona al titular o responsable de un lugar cerrado al que concurra público, que permita el ingreso de una cantidad de personas superior a la capacidad autorizada en el permiso o habilitación otorgada por la autoridad competente, de acuerdo al rubro y a la superficie del local.

Sumario:

1.-Cabe confirmar la resolución que ordenó la clausura del establecimiento y aplicar una multa a la apelante por exceder la capacidad permitida de personas, toda vez que el tipo infraccional previsto en el art. 2.2.14 de la ley N° 451 solo resulta de aplicación en forma residual, es decir siempre que el hecho atribuido no constituya una falta tipificada en el régimen específico. En el caso, atento a que se le endilgó al encartado el haber excedido la capacidad de personas permitida de acuerdo a la superficie del local, infracción específicamente prevista en el art. 2.1.3 del Código de Faltas, no corresponde la aplicación de la norma genérica antes mencionada.

2.-Corresponde confirmar la resolución que ordenó la clausura del establecimiento y aplicar una multa a la apelante por exceder la capacidad permitida de personas, toda vez que si bien el art. 2.1.3 de la ley N° 451 configuraría un tipo infraccional abierto, no es posible considerar que la norma se complemente únicamente con el permiso o habilitación otorgada por autoridad competente pues claramente en dicha disposición legal se hace referencia a la capacidad autorizada de personas es decir a la relación espacio-persona de acuerdo a lo establecido en el Código de Edificación, en cuanto dispone en los arts. 4.7.2.0 y 4.7.2.1 que en los locales destinados a comercios el número de ocupantes no podrá exceder de 3 por metro cuadrado.

3.-Cabe confirmar la resolución que ordenó la clausura del establecimiento y aplicar una multa a la apelante por exceder la capacidad permitida de personas, toda vez que la conducta atribuida al

encartado se encuentra claramente tipificada en el art. 2.1.3 del Código de Faltas, que sanciona al titular o responsable de un lugar cerrado al que concurra público, que permita el ingreso de una cantidad de personas superior a la capacidad autorizada en el permiso o habilitación otorgada por la autoridad competente, artículo que se completa con los arts. 4.7.2.0 y 4.7.2.1 del Código de Edificación, donde se consigna claramente de acuerdo al rubro y a la superficie del local cuántas serán las personas autorizadas a ingresar.

En la Ciudad de Buenos Aires, a los 16 días del mes de diciembre de 2010, se reúnen los integrantes de la Sala I de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, Contravencional y de Faltas, a efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la Defensa a fs. 211/222 vta., del que RESULTA:

I.- Que a fs. 23/25, obra la resolución dictada por la Agente Administrativo de Atención de Faltas Especiales N° 11, Dra. Adriana Calabro, quien resolvió declarar la validez en lo que aquí interesa del acta de comprobación N° 3- 00127846 y sancionar a Solange María González Núñez con multa de treinta mil unidades fijas y clausura del establecimiento por el término de treinta días, por la falta tipificada en el art. 2.1.3 -exceder la capacidad permitida-.

II.- Que a fs. 35, la presunta infractora solicita el pase de las actuaciones a la Justicia Penal, Contravencional y de Faltas, arribadas aquellas, la Magistrada de grado, Dra. María Araceli Martínez, corre vista a la Sra. Fiscal de grado, Dra. Verónica Andrade, quien manifiesta que habrá de tomar intervención ofreciendo prueba para el debate (fs. 39/40).

III.- Que a fs. 43, la Judicante corre vista a la presunta infractora, la cual, a fs. 44/49 vta., plantea su defensa y ofrece prueba.

IV.- Que a fs. 178/182, obra el acta de audiencia de debate, celebrada el 24/9/10, oportunidad en que la Magistrada, resolvió CONDENAR a Solange María Gonzalez Núñez, responsable del local sito en Emilio Ravignani 1710, respecto del acta serie 3 N° 127846, labrada por "exceder la capacidad permitida en 223 personas, teniendo una sup.de 224 m², siendo la capacidad permitida de 82 personas y clausura el local", a la pena de multa de veinte mil unidades fijas (UF 20000) equivalentes a veinticuatro mil pesos (\$ 24000) de cumplimiento efectivo; y a la pena conjunta de clausura total del establecimiento por el plazo de quince días, teniendo por compurgado cinco (5) de ellos en razón de la clausura preventiva que oportunamente le fuera impuesta, con costas.

V.- Que a fs. 211/222 vta., la Defensa interpone recurso de apelación contra la sentencia reseñada supra. Al respecto, entiende que existió una inobservancia manifiesta de las formas sustanciales prescriptas para el trámite, por cuanto se ha dictado una sentencia condenatoria en la cual se encuadró el hecho dentro de una calificación distinta y más gravosa a la solicitada en la acusación, introduciendo la juez sorpresivamente elementos fácticos no mencionados por la Fiscal en su alegato, en clara violación al principio de congruencia. Agrega que se ha impuesto en la sentencia condenatoria una pena carente de fundamentación porque se ha dejado de aplicar el art. 32 de la ley 451, que establece la posibilidad de condenación condicional para los casos de primera condena. Finalmente, hace reserva del caso federal.

VI.- Que a fs. 223/224 vta., la Judicante concede el remedio procesal intentado por la impugnante.

VII.- Que a fs. 228/230, se agrega el Dictamen N° 506-FC/10 en el que el Sr. Fiscal de Cámara, Dr. Walter Fernández, solicita se rechace el recurso. Señala que no resultan aplicables al procedimiento administrativo los principios del derecho penal como lo pretende la encartada y manifiesta que a su entender los hechos llevados a juicio en el caso de autos resultan subsumibles en las previsiones del art.

4.1.1 y no en el art. 2.1.3 ni en el 2.2.14 de la ley 451.

VIII.- Que a fs. 232/234, la Defensa contesta vista. Respecto de la aplicación de los principios del derecho penal al procedimiento, se remite a lo expuesto en el recurso de apelación impetrado. Asimismo, aduce que la pretensión del Fiscal de Cámara, de encuadrar la conducta en el art. 4.1.1 de la ley 451, no es más que una nueva afectación al principio de congruencia. Finalmente expresa que su defendida contaba con habilitación para funcionar como café-bar, y del acta del debate surge que no había personas bailando en el lugar.

IX.- Que a fs. 235, pasan los autos a resolución de este Tribunal.

PRIMERA CUESTIÓN

Tal como fuera expresado por la Magistrada de grado, el recurso fue interpuesto en las condiciones de tiempo y forma establecidos en el artículo 57 de la Ley 1217 y por quien posee legitimación para hacerlo.

Con relación al juicio de admisibilidad, en el caso examinado la Sra. Juez de Primera Instancia concedió el remedio procesal intentado por entender que las argumentaciones de la encartada encuadran dentro de los presupuestos previstos en el art. 56 de la Ley N° 1217. Corresponde ahora a esta instancia revisar dicho juicio.

Ahora bien, el art. 56 de la ley de procedimientos de faltas prevé tres supuestos específicos de viabilidad, a saber: a) inobservancia manifiesta de las formas sustanciales prescriptas para el trámite o decisión de la causa, b) violación de la ley y c) arbitrariedad; fuera de los cuales no puede concederse la vía intentada (Causas N° 229-00-CC/2004 "Posadas, Daniel s/estacionar en lugar prohibido - apelación", rta. 5/8/04 y N° 30861-00-CC/2007 "Asociación Club Premier s/inf. art. 2.2.14 ley 451 - apelación", rta. 13/05/08, entre muchas otras). Únicamente cuando el desarrollo argumental de los agravios contenidos en la apelación se enmarca en alguno de esos supuestos el recurso es procedente.

Los cuestionamientos de la defensa pueden subsumirse en los supuestos de arbitrariedad y violación de la ley (Causas N° 47-00-CC/2006 "Village Cinemas SA s/cables expuestos y otras s/apelación", rta. 09/5/06 y N° 16041-00-CC/2006 "Luzzi, José Luis s/no exhibir certificado de tratamiento ignífugo- Apelación", rta. 30/10/06) toda vez que los agravios se fundan en una errónea calificación del hecho, en el apartamiento de la juez de la acusación fiscal, al sustituir la conducta en otra norma, y en la falta de fundamentación de la pena. Por lo tanto, corresponde declarar bien concedido el remedio procesal intentado.

SEGUNDA CUESTIÓN

Admitido el recurso de apelación interpuesto por la defensa de la encartada, cabe analizar los planteos efectuados.

I.- Agravio basado en la errónea la calificación jurídica efectuada por la Magistrada de grado.

La defensa sostiene que la calificación por la cual la a quo condenó no ha sido correcta porque aquella se dirige a locales de gran afluencia al público, como los que expresamente prevé: locales bailables y lugares especiales de concurrencia masiva donde se desarrollen juegos y deportes. Que no cualquier local cerrado al cual asista el público puede cometer esta infracción, que para ello se incluye como requisito típico que el número de personas permitido conste en las habilitaciones y, administrativamente, las únicas que así lo prevén son las que otorgan los locales bailables. Que la ausencia de indicación expresa de la cantidad permitida en las habilitaciones otorgadas a "cafés- bares",

es lo que permite afirmar que se trata de una mera afectación al código de edificación y no al de habilitaciones y permisos, pues nunca se podría infringir una habilitación que no existe.

En primer término, cabe recordar la postura de este Tribunal en cuanto a que el tipo infraccional previsto en el art. 2.2.14 de la Ley N° 451 solo resulta de aplicación en forma residual, es decir siempre que el hecho atribuido no constituya una falta tipificada en el régimen específico. Por tanto, y teniendo en cuenta que en los presentes actuados se le endilgó al encartado el haber excedido la capacidad de personas permitida de acuerdo a la superficie del local (habiendo superado en 223 el número de personas presentes) infracción específicamente prevista en el art. 2.1.3 CF, no corresponde la aplicación de la norma genérica antes mencionada (causa N° 46259-00-CC/09 "Español, Gustavo Demian s/art. 2.1.3- Ley 451- Apelación", rta. el 28/5/10).

Además, cabe destacar que en relación al tipo infraccional previsto en el art. 2.1.3, resulta un tipo de los denominados abiertos, y en este punto hemos referido que ".la conocida clasificación de las prohibiciones efectuadas mediante tipos infraccionales que elaboró la dogmática penal surge, con toda evidencia, que estamos frente a un tipo infraccional que podríamos caracterizar como abierto." (causas N° 267-00-CC/2005 "Teb SRL, s/falta de permiso de cartel", rta. el 16/9/05 y N° 092-00-CC/2006 "Famá, Guillermo Pablo s/falta de atención permanente de persona responsable y otras- Apelación", rta. el 04/7/06), es decir que reclama que otra norma determine la conducta exigible.

Ello así, y si bien tal como afirmamos el art.2.1.3 de la Ley N° 451 configuraría un tipo infraccional abierto (pues no expresa completamente los elementos específicos de la norma secundaria sino que se remite a otros preceptos para que completen la determinación de sus elementos), no es posible -tal como pretende la Defensa- considerar que la norma se complemente únicamente con "el permiso o habilitación otorgada por autoridad competente" pues claramente en dicha disposición legal se hace referencia a la "capacidad autorizada de personas" es decir a la relación espacio-persona de acuerdo a lo establecido en el Código de Edificación, en cuanto dispone en los arts. 4.7.2.0 y 4.7.2.1 que en los locales destinados a comercios el número de ocupantes no podrá exceder de 3 por metro cuadrado. Ello pues, de dicha norma surge que sus disposiciones alcanzan a los asuntos relacionados con "la construcción, alteración, demolición, remoción e inspección de edificios...mantenimiento e inspección de predios, edificios, estructura e instalaciones...", y que sus disposiciones se aplicarán por igual a las propiedades gubernamentales y particulares; por tanto es claro que al conceder el permiso o habilitación correspondiente la Administración debe tener en cuenta los recaudos allí establecidos, específicamente en lo que aquí nos ocupa, en relación a la concurrencia de personas.

En razón de ello, cabe afirmar que la conducta atribuida al encartado se encuentra claramente tipificada en el art.2.1.3 CF, que sanciona al titular o responsable de un lugar cerrado al que concurra público, que permita el ingreso de una cantidad de personas superior a la capacidad autorizada en el permiso o habilitación otorgada por la autoridad competente, artículo que se completa con las disposiciones pertinentes del Código de Edificación antes citadas, donde se consigna claramente de acuerdo al rubro y a la superficie del local cuántas serán las personas autorizadas a ingresar -en el presente caso, tres por metro cuadrado-.

Por otra parte, cabe señalar que la postura que sostiene el impugnante generaría una clara arbitrariedad en relación a quienes poseen la habilitación otorgada donde se especifica la cantidad de personas que pueden ingresar, que de acuerdo a su postura sí podrían ser sancionados por la violación al art. 2.1.3 en cuestión; y casos como el de marras en los que la falta de indicación de la cantidad de personas permitidas en la habilitación o permiso, ante el incumplimiento de tal extremo, resultarían- conforme los argumentos de la defensa- imputados por una falta (2.2.14) cuya pena resulta menor.

Finalmente, tampoco resulta a nuestro juicio adecuada la calificación legal que propicia el Sr. Fiscal de Cámara -4.1.1, 2° y 3° párrafo de la ley 451- pues aquella se aplica en los casos de falta de habilitación

o desvirtuación de rubro. En autos el local se encontraba habilitado como café -bar y no se ha probado que existiera una alteración en el rubro pues, tal como lo afirma la defensa, el inspector interviniente depuso que si bien existía un exceso en la capacidad de personas permitida no había gente bailando en el lugar.

En razón de lo hasta aquí expuesto cabe rechazar el agravio ingresado por la Defensa.

II.- Agravio basado en el cambio de calificación legal del hecho.

La recurrente se agravia porque entiende que la Juez, al apartarse de la subsunción legal del hecho efectuada por la fiscalía, priva a esa parte de ejercer el derecho de defensa, pues esa variación resultó a su juicio sorpresiva. Que admitir esta circunstancia implicaría vaciar de contenido el acto acusatorio y desvirtuar el rol del Ministerio Público Fiscal, afectándose el principio de congruencia.

Ahora bien, el proceso de faltas exige la específica atribución de un suceso para asegurar efectivamente la defensa en juicio, porque toda persona ha de saber con respecto a qué hechos particulares y concretos ha de encarar su defensa, de modo que el Juez, si bien puede valorar circunstancias no tenidas en cuenta por el acusador (si éste interviniera conforme el art. 41 ley 1217), no puede ir mas allá de la plataforma fáctica establecida.

Sentado ello, y desde dicho ángulo corresponde realizar un cotejo del hecho atribuido a la encartada, en relación con el que fue objeto de condena, a fin de establecer si se ha violado el principio de congruencia invocado.

En oportunidad de contestar la vista, conforme el art. 41 de la ley 1217, la Sra. Fiscal imputa a la encartada el hecho de exceder la capacidad permitida en 223 personas teniendo una superficie de 244 m², siendo la capacidad permitida de 82 personas art. 2.1.3, 1º párrafo de la ley 451 - acta Serie 3 N° 127846 (fs.39)-. Luego en la audiencia de juicio, consideró que ese hecho constituía una infracción al Código de Edificación y no al Código de Habilitaciones, por lo que señaló que se infringían las disposiciones del art. 2.2.14 de la ley 451.

La Sra. Juez, al momento de dictar sentencia, consideró acreditada la misma base fáctica, sin perjuicio de lo cual atribuyó a los hechos otra calificación legal, es decir, en las previsiones del 1º y 2º párrafo del art. 2.1.3 del Código de Faltas -la misma que había establecido el controlador en sede administrativa-.

De lo expuesto precedentemente se desprende la identidad absoluta del hecho enrostrado en las piezas cuestionadas. No se observa que se hubiera afectado la regular progresión de los actos procesales trascendentales, toda vez que no se ha modificado la base fáctica imputada, pues la conducta atribuida desde el inicio de las actuaciones, no ha variado. Así, el hecho siempre ha sido haber excedido la capacidad de personas permitidas. Sobre dicha base, en la que coinciden tanto la Fiscal como la Juez, ambas efectúan una valoración jurídica diferente, es decir, miran ese hecho desde perspectivas distintas.

Tampoco existe una variación sorpresiva de la calificación legal, porque la establecida por la juez es la misma que le imputara el controlador, e incluso la establecida por la fiscal en un primer momento, pues aquella solo varió en el alegato de la acusadora. En suma, el a quo vino a restituir el encuadramiento en la figura que había estimado aplicable la Agente Administrativa de Faltas cuya decisión llevó al recurrente a acudir al control judicial, por lo que la figura legal que aplicó la juez no pudo desorientar a la defensa.

Por ello, y toda vez que los hechos por los que la encartada fue condenada no implicaron sorpresa alguna, ni obstaron al debido ejercicio de la defensa en juicio, el agravio será rechazado.

III.- Agravio basado sobre la pena impuesta En el recurso de apelación el Sr. Defensor Oficial plantea que el Magistrado dejó de aplicar al encartado la sanción en suspenso (prevista en el art. 32 de la Ley N° 451) sin motivos suficientes. Considera que al momento de determinar la pena la sentenciante no tuvo en cuenta los criterios establecidos en el art. 28 de la Ley N° 451, ni los principios de razonabilidad y proporcionalidad de la pena, lo que torna la sanción impuesta irrazonable y desproporcionada atento la situación económica de la encartada.

Así, y en relación a la graduación de la sanción es importante recordar que ninguna duda cabe acerca de que la tarea de individualización de la pena no es una cuestión que se encuentra sujeta a la exclusiva discrecionalidad del Juez, sino que debe fundarse en criterios racionales explícitos (conf. causa N° 450-00-CC/2005 "Supermercados Norte S.A. s/alimentos contaminados y otras- Apelación", rta. el 15/2/06).

De este modo el art. 28 de la Ley N° 451, mencionado anteriormente, establece que el juez al momento de graduar la sanción deberá tener en cuenta los principios de razonabilidad y proporcionalidad considerando especialmente la extensión del daño causado o el peligro creado, la intensidad de la violación al deber de vigilancia o de elección adecuada, la situación social y económica del infractor y la existencia de sanciones impuestas por infracciones a normas contempladas en una misma sección en el transcurso de los últimos dos años.

A partir de ello, de la lectura de la sentencia bajo examen se desprende que la Sra. Juez de grado al fijar la pena aplicable consideró la extensión del peligro a la seguridad pública y el deber de cuidado que fue omitido por la infractora, como así también la existencia de los antecedentes en materia de faltas. Por tanto, cabe afirmar que ha realizado un análisis de las circunstancias y factores tenidos en cuenta para la graduación de la pena, los que se ajustan en un todo a lo normado por el citado art. 28, no resultando suficiente la discrepancia de la impugnante para tener por configurada una violación a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

En cuanto al argumento del apelante sobre la imposibilidad de cumplir con la pena de multa, atento la situación económica en la que se encuentra la encartada, aquél no ha sido sustentado en elemento probatorio alguno, pues la sola circunstancia de tener dos hijos a su cargo es insuficiente, por lo que no se advierte el acierto de dicho planteo.

Respecto a la modificación -atento la calificación legal impuesta- de la pena solicitada por la acusadora cabe expresar que "a los jueces de esta ciudad les incumbe la "improrrogable" función de determinar jurisdiccionalmente la responsabilidad de los infractores al RF y las sanciones que les corresponden por sus actos" (del voto de la Dra. Conde, en expte nro. 6408/09 "Gerialeph SA s/queja por recurso de inconstitucionalidad denegado en "Responsable de la firma Gerialeph SA s/inf. art. 2.2.14 sanción genérica L. 451, rta. 21/12/09).

En cuanto al monto y a la aplicación de aquella sanción en forma efectiva, la nombrada registra dos antecedentes sancionatorios firmes en orden a la misma falta 2.1.3, a saber: resolución en sede administrativa, en el legajo 41469, de fecha 27/1/10, a la pena de multa de 16400 UF y clausura de 5 días por inf. a los arts 9.1.1, 2.1.3, 2.2.14 y 11.1.7 y otra sanción en sede administrativa, en el legajo 21883, de fecha 13/5/2010 a la pena de multa de 10000 UF, por infracción al art. 2.1.3, respecto de las cuales si bien la infractora solicitó el pase para su revisión judicial ante este fuero, luego desistió con fecha 23/3/10 y 2/8/10 respectivamente (cf. fs.157 y 165vta.). Ello obsta a la imposición de la sanción en suspenso, pues el art.32 otorga la esa facultad al juez sólo cuando aquella sea una primera condena.

Por otra parte, el segundo párrafo del art. 2.1.3 dispone que sin perjuicio de que la escala legal para esa infracción es de 10.000 a 50.000 unidades fijadas, en el caso de que el imputado cometa la misma falta

dentro del término de 365 días a contar desde la sanción firme en sede administrativa y/o judicial los montos mínimo y máximo de la sanción prevista se elevan al doble y se impondrá accesoriamente clausura de quince a ciento ochenta días.

Por tanto, y siempre que -tal como sucede en la presente- los fundamentos que lleven a imponer una multa de efectivo cumplimiento, y no en suspenso, sean racionales, no es posible afirmar que se han vulnerado las pautas legales aplicables, tal como afirma la Defensa.

En síntesis, no se advierte que la pena o la fundamentación esgrimida por la a quo para su imposición resulten violatorias a las disposiciones legales aplicables o a derechos de la encartada, por lo que los planteos defensistas no tendrán favorable acogida.

Por todo lo expuesto, el Tribunal RESUELVE

CONFIRMAR el punto III de la sentencia impugnada, obrante a fs. 178/182, en cuanto resolvió CONDENAR a Solange María Gonzalez Núñez, responsable del local sito en Emilio Ravignani 1710, DNI N° 24.425.228, a la pena de multa de veinte mil unidades fijas (20.000UF) equivalentes a veinticuatro mil pesos (\$ 24.000), de efectivo cumplimiento y a la pena conjunta de clausura total del establecimiento por el plazo de quince (15) días, teniendo por compurgado cinco (5) de ellos en razón de la clausura preventiva que oportunamente le fuera impuesta, por el hecho consignado en el acta de infracción serie 3 N° 127846, con costas.

Regístrese, notifíquese mediante cédula con carácter de urgente, cúmplase y devuélvase al Juzgado de origen, a sus efectos.

Ante mi:

Firmantes:

Dr. José Saez Capel;

Dr. Marcelo P. Vazquez;

Dra. Elizabeth Marum.