000074/2010

Esquel, julio de 2012

------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de julio del año dos mil doce, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Claudio Alejandro Petris y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Günther Enrique Flass y Jorge Luis Früchtenicht, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"R. J. c/ MUNICIPALIDAD de TREVELIN s/ Recurso Contencio Administrativo"*** (Expte. N° 72/10 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------Practicado a fs. 147 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico provincial, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. FLASS – FRÜCHTENICHT – PETRIS.----------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿ Es justo el acto administrativo recurrido? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------**A la PRIMERA CUESTIÓN, el Dr. FLASS dijo:**----------A fs. 49/50 vta. los Srs. M. G. R. C. y J. R., con el patrocinio letrado del Dr. O. D. P. inician acción contencioso administrativa contra la Municipalidad de Trevelin para que se revoque la resolución 293/10 del Juzgado de Faltas de dicho municipio (fs. 5) en cuanto dispone aplicar una multa de $1000 al Sr. J. R. e inhabilitar la licencia de conducir al Sr. M. G. R. C. hasta tanto cumpla 18 años de edad.----------

------Los hechos que motivaron la sanción, son los que constan en el acta de infracción de fs. 2 según la cual el día 14 de marzo de 2010 el Sr. M. G. R. C. conducía un automóvil Volkswagen dominio XXX*** cuando a hs 05:55, al intentar ingresar a la ciudad de Trevelin, es interceptado por funcionarios municipales y después de hacer inspección de alcoholemia, esta arroja un resultado de 0,75 grs/lts, es decir un exceso de 0,25 del límite admitido. También consta en el mencionado instrumento que, habiéndosele efectuado un segundo examen, media hora después, el resultado fue de 0,055.----------

----------Es precisamente en esta

segunda prueba cuyo resultado es 0,0 en la que el actor funda su estrategia procesal, pues en virtud de ella es que deduce la poca precisión de los instrumentos de medición y el hecho de que, en definitiva, terminado el proceso establecido mediante ordenanza municipal, el resultado es que el administrado no tenía alcohol en sangre.---------A fs. 61/62 vta. contesta la municipalidad demandada por intermedio de su apoderado el Dr. Rafael Marcelo Macayo y se opone al progreso de la acción. Manifiesta que el actor interpretó erróneamente el art. 11 de la ord. N° 864/10 pues, según una correcta interpretación de dicha norma, la segunda prueba respiratoria no es obligatoria y solo tiene por finalidad constatar si el alcohol en sangre se absorbió en proporción tal como para permitir que el administrado continúe manejando, mas no para dejar sin efecto la sanción impuesta.----------Dicho lo precedente, surge con claridad que la litis gira exclusivamente en torno a la interpretación que debe darse del procedimiento establecido en ord. 864/10 MT.----------Dice Villaruel que sanción administrativa es *"...todo mal infligido por la administración a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal, que puede consistir en la privación de un bien o de un derecho, resultante de un procedimiento y con una finalidad represora" (Villaruel, María Susana en Julio Rodolfo Comadira -Dir.- "Derecho Administrativo" Ad Hoc. Buenos Aires 2009 Pág. 76).* Concluye la autora en que, aun ejercida por la administración pública, *"la sanción reviste naturaleza jurisdiccional, y la potestad que mediante su dictado se ejercita emana del ius punendi del Estado" (Villaruel, María Susana en Julio Rodolfo Comadira -Dir.- "Derecho Administrativo" Ad Hoc. Buenos Aires 2009 Pág. 105).*----------Si bien la sanción administrativa difiere de la penal, lo cierto es que tanto el reo como el administrado cuentan con ciertas garantías irrenunciables entre las que caben mencionar la presunción de inocencia y la de in dubio pro reo o, en nuestro caso, pro administrado.----------En concreto, si la interpretación de la ord. N° 864/10 MT ha de hacerse pro administrado, habrá que estar siempre a la hermenéutica menos gravosa y que mayor resguardo a las garantías individuales genere.--------Adelanto que la interpretación pretendida por la municipalidad demandada no es la

correcta.----------Detenido el vehículo, el art. 10 prevé una primera prueba de alcoholemia, si ésta arroja resultado positivo se labra una primer acta y se informa al administrado el derecho a una segunda prueba a realizar entre 15 a 30 minutos después, lapso en el que no podrá fumar ni ingerir sustancias. Si esta segunda prueba da resultado positivo (art. 11) se procederá a labrar el acta definitiva en formulario protocolizado, numerado y con firma de profesional médico o enfermero (art. 15). Por el contrario, si esta segunda prueba da negativa, se deja que el administrado continúe su conducción. (art. 11 parr. 2°)----------El mismo art. 11 establece que entre la primera prueba y la segunda, el conductor no podrá fumar ni ingerir sustancias. Solo hay una explicación posible para esta salvedad y es que el consumo de tabaco o de “otras sustancias” puede alterar las mediciones, si no carecería totalmente de sentido la prevención. Ahora bien, si el tabaco u “otras sustancias” pueden alterar la medición, nada asegura que el resultado obtenido en la primera prueba se deba exclusivamente a la ingesta de alcohol. También puede suceder que el mismo haya sido alterado por el consumo de tabaco, de allí es que se prevea una segunda constatación. Adviértase que, en el caso que nos ocupa, el exceso de alcohol en sangre era solo ligeramente superior al límite admitido y bien puede ser que ese exceso no obedezca a la ingesta alcohólica sino a otras causas.----------Hay otra cuestión que me convence de estar en el camino hermenéutico correcto. La segunda prueba a la que refiere la ordenanza debe hacerse entre los 15 y los 30 minutos de la primera. Es imposible que en ese lapso se metabolice el alcohol como para tornar segura la conducción (hipótesis de la demandada) pues conforme informe médico obrante a fs. 98 dicho proceso lleva cuatro horas. No es de buena exégesis presumir errores ni incoherencias en la norma. Por el contrario, es razonable pensar que los concejales de Trevelin tuvieron suficiente asesoramiento profesional antes de dictar la ordenanza bajo análisis y que sabían acabadamente que entre 15 y 30 minutos el alcohol no podría metabolizarse como para permitir la conducción segura y si establecieron esa prevención horaria fue solo para asegurar la exactitud en la medición, como sostiene el actor y no la conducción segura, como pretende el demandado.----------Concluyo en que, el

resultado alcanzado en la segunda medición alcohólica (0,0) convence de que los administrados no cometieron infracción alguna y deben ser absueltos de la sanción administrativa injustamente intentada por la Municipalidad de Trevelin.----------En consecuencia, voy a proponer que el Pleno de este Tribunal haga lugar a la demanda y deje sin efecto la sanción intentada por la Municipalidad de Trevelin.----------Respecto a las costas de la presente instancia y dado el resultado obtenido ellas deben imponerse al demandado vencido en autos conforme principio objetivo de la derrota. Así lo voto .----------**A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo**:----------1. Dispuesto a emitir mi voto a los fines del dictado de sentencia definitiva en los presentes autos, se impone referir que éstos se inician a partir de la demanda de fs. 49/50vta., la que resulta ser adecuación del recurso de apelación intentado y agregado a fs. 7/8 -trámite éste que fuese ordenado por este Cuerpo (v. fs. 43 y vta.) - suscripta por el Sr. J. R., quien promueve acción contencioso administrativa contra la Municipalidad de Trevelin, persiguiendo se decrete la nulidad de la Resolución Nro. 293/10 (v. fs. 1) emanada del Sr. Juez de Faltas del municipio demandado, ello en función de los motivos que invoca.----------Los antecedentes y relación de los escritos postulatorios de las partes en este proceso fueron ya suficientemente referenciados por el vocal que me precedió en el voto, y a tales referencias me remito en homenaje a la brevedad procesal. Sin perjuicio de ello, entiendo oportuno referirme a algunas circunstancias que entiendo determinantes a los fines de la resolución de este litigio.----------2. En primer término, debo decir que comparto lo sostenido (v. fs. 61vta.) por el municipio demandado en oportunidad de repeler la acción promovida, en cuanto a los alcances que cabe dar al art. 11 de la Ordenanza Municipal Nro. 864/10, en el sentido que la realización de la denominada "*segunda prueba respiratoria*" ***podrá*** ser exigida por el examinado. Mas, tal afirmación sólo podrá sostenerse válidamente en tanto y cuanto se sustente en un procedimiento válido.----------Y digo ello, atendiendo a dos cuestiones puntuales: El propio art. 11 de la Ordenanza mencionada, dispone que la realización de aquella segunda prueba respiratoria deba realizarse en "*...un lapso no inferior a quince*

minutos desde la primera y no superior a treinta minutos." y tal previsión temporal no ha sido cumplida en ocasión de labrarse el Acta de Infracción Nro. ***** que se agrega a fs. 2. En efecto, adviértase que la primera prueba data de hs. 05.55 y la segunda, de hs. 06.30, superándose en consecuencia aquel "*lapso*", circunstancia que habilita para desacreditar la actuación del "*funcionario interviniente*" que suscribe el Acta mencionada, todo ello, sin perjuicio de las astronómicas diferencias obtenidas entre ambas mediciones.----------Y para sostener también aquella afirmación, deberá necesariamente partirse de un procedimiento realizado con un *aparato de detección alcohólica de precisión, calificado y calibrado*, al menos, razonablemente.--------Lo cierto es que, más allá de la desprolija actuación del funcionario interviniente que referí, *el aparato de detección alcohólica de precisión* utilizado en la ocasión no resiste el menor análisis ni cumple con los estándares mínimos necesarios para sostener en esta sede la legalidad, razonabilidad y justicia de la Resolución Nro. 293/10 emanada del Sr. Juez de Faltas de la Municipalidad de Trevelin que aquí se cuestiona.----------
------Tal afirmación la sostengo a partir de los siguientes elementos de convicción incorporados a esta causa: ----------
------La Ordenanza Municipal Nro. 864/10 que se agrega a fs. 9/13, en particular, su art. 8º titulado "DEL APARATO DE DETECCIÓN ALCOHÓLICA", que en su parte pertinente textualmente dispone que: *"(...) Para la validez de las pruebas deberán utilizarse alcoholímetros de precisión, los que serán autorizados por la municipalidad, previa certificación y calibración para correcto funcionamiento por la autoridad competente. (...)*".----------
------También el Acta de Infracción Nro. ***** (v. fs. 2), que puntualmente menciona la marca del aparato de detección alcohólica utilizado en la ocasión.----------
------Por último -y a mi juicio determinante – lo informado a fs. 129/130 por la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica (A.N.M.A.T) y no observado por la contraria, en el sentido que: "*En el caso del alcoholímetro marca RM, Modelo ALI, el mismo no se encuentra registrado ante esta Administración, reiterándose que si posee un uso forense, no requiere de dicho registro.*" (v. fs. 130 párr. 3ro.).---------

------3. Antes de ahora he sostenido que: "*Tratándose de un proceso contencioso administrativo donde la actora pretende desvirtuar la presunción de legalidad que ostentan el acto administrativo que cuestiona, le corresponde la carga de probar esa ilegalidad o arbitrariedad manifiesta que invoca. Así, a su turno, nuestro Superior Tribunal de Justicia ha sostenido que: "En virtud de la presunción mencionada, la principal carga que pesa sobre quien promueve una acción contencioso administrativa es la demostración de la ilegalidad del acto que lo agravia; es obligación del recurrente incoar una impugnación concreta, metódica y razonada de los argumentos que sustentan la decisión que se cuestiona; su omisión no se salva con la remisión a piezas obrantes en el expediente agregado a la causa y la consecuencia de este déficit es que los fundamentos esenciales de aquélla adquieran firmeza. (conc.: Carlos VALLEFÍN "Proceso Administrativo y Habilitación de Instancia" – Ed. Librería Editora Platense S.R.L. -1994- PÁG. 128)." (v. SD N° 06/SA/09, citada en SD de fecha 04.03.11 registrada bajo el Nro. 01/SCA/11 SD, recaída en autos "G…", voto del Dr. Caneo).*" (v. mi voto en SD Nro. 03/2012 de fecha 06.02.2012 recaída en autos *"G., S. L. c/ MUNICIPALIDAD de RIO PICO s/ Contencioso Administrativo"* Expte. Nro. 137/11 CANO).----------

------Es así que aquella impugnación concreta, metódica y razonada que mencioné en el párrafo que precede, se ha concretado positivamente en la presente causa, y la resolución atacada deberá caer en atención a las circunstancias que dije.----------

------4. Es entonces que a partir de tales elementos de convicción, tengo para mí que el procedimiento cumplido en la Ruta 259, acceso a la localidad de Trevelin, por el Departamento de Tránsito -Secretaría de Gobierno - del municipio local, resulta ser nulo de toda nulidad por haberse realizado utilizando en la ocasión un dispositivo para la detección de alcohol en sangre que no se hallaba registrado a la fecha de la presunta infracción por ante la autoridad de aplicación (esto es, la Administración Nacional de Medicamentos, Alimentos y Tecnología Médica -A.N.M.A.T.-), y en su consecuencia, debe hacerse lugar a la pretensión deducida por el actor a fs. 49/50vta., decretando la nulidad de la RESOLUCIÓN Nro. 293/10 dictada por el Sr. Juez de Faltas de la Municipalidad de Trevelin. Así lo voto.---------

------5. Tal y como propondré al Pleno se resuelvan las cuestiones traídas al conocimiento de esta jurisdicción, estimo que las costas deberán condenarse al municipio vencido, por imperio del principio objetivo de la derrota que se aloja en el art. 69 CPCC, no advirtiendo motivos para apartarme de él.----------

------A la SEGUNDA CUESTIÓN el Dr. FLASS dijo:----------

------Conforme a lo expuesto al analizar la anterior cuestión voto por: **I.- HACER LUGAR** a la demanda intentada y en consecuencia, dejar sin efecto la sanción impuesta por la Municipalidad de Trevelin a los actores y que da cuenta el acta n°00027 de fs. 2. y de la Resolución Nro. 293/10, dictada por el Sr. Juez de Faltas de la Municipalidad de Trevelin que se agrega a fs. 5 **II.- IMPONER** las costas de esta instancia a la demandada en autos conforme principio objetivo de la derrota. **III REGULAR** los honorarios del Dr. O. D. P., por la labor realizada en autos, en la suma de 25 Jus, y los del Dr. Rafael Marcelo Macayo en 20 Jus, con más el IVA pertinente (arts. 5, 6, 6bis, 7, 19, 37 y ccdts. de la misma ley), sin perjuicio de la eventual aplicación de lo dispuesto en el art. 2do. de aquélla en orden a este profesional.----------**------A la MISMA CUESTIÓN, el Dr. FRÜCHTENICHT, dijo:----------**

Conforme lo vengo diciendo, propongo al Acuerdo: **I.- HACER LUGAR** a la demanda articulada a fs. 49/50vta.,y en su consecuencia decretar la nulidad del Acta de Infracción Nro. 00027 de fs. 2 y de la RESOLUCIÓN Nro. 293/10, dictada por el Sr. Juez de Faltas de la Municipalidad de Trevelin que se agrega a fs. 5; **II.- IMPONER** las costas del proceso a la demandada vencida (art. 69 CPCC); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. O. D. P. en una suma equivalente a 25 JUS y los del Dr. Rafael Marcelo Macayo en una suma equivalente a 20 JUS, ambos con más el IVA pertinente (arts. 5, 6, 6 bis, 7, 19, 37 y ccdts. de la misma ley), sin perjuicio de la eventual aplicación de lo dispuesto en el art. 2do. de aquélla en orden a este profesional.----------

------Con lo que se dio por terminado el acto, quedando acordado dictarse la siguiente:----------

----------S E N T E N C I A----------

------<u>Y VISTO:</u> Por los fundamentos del Acuerdo precedente, la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, ***<u>resuelve:</u>***----------

I.- HACER LUGAR a la demanda articulada a fs. 49/50vta.,y en su consecuencia decretar la nulidad del Acta de Infracción Nro. 00027 de fs. 2 y de la RESOLUCIÓN Nro. 293/10, dictada por el Sr. Juez de Faltas de la Municipalidad de Trevelin que se agrega a fs. 5.----------

------**II.- IMPONER** las costas del proceso a la demandada vencida (art. 69 CPCC).----------

------**III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. O. D. P. en una suma equivalente a 25 JUS y los del Dr. Rafael Marcelo Macayo en una suma equivalente a 20 JUS, ambos con más el IVA pertinente (arts. 5, 6, 6 bis, 7, 19, 37 y ccdts. de la misma ley), sin perjuicio de la eventual aplicación de lo dispuesto en el art. 2do. de aquélla en orden a este profesional.---------

----------**IV).-**

REGÍSTRESE, notifíquese y devuélvase.----------La presente sentencia es dictada por dos Jueces de Cámara por haberse alcanzado la mayoría (arts. 7 y 8 de la Ley V N° 17 del Digesto Jurídico de la provincia) y no haber hecho uso el Dr. Claudio Alejandro Petris de la facultad que le asiste conforme a lo dispuesto por el art. 274, último parte, de la Ley XIII N° 5 DJP (antes Ley 2203).----------

GÜNTHER ENRIQUE FLASS **JORGE LUIS FRÜCHTENICHT**

<u>REGISTRADA BAJO EL Nº DEL AÑO 2012 DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS CANO.-</u>