------En la ciudad de Esquel, Provincia del Chubut, República Argentina, a los días del mes de marzo del año dos mil trece, se reúne en Acuerdo la Excma. Cámara de Apelaciones del Noroeste del Chubut, bajo la presidencia del Dr. Günther Enrique Flass y la asistencia de los Sres. Jueces de Cámara Dres. Jorge Luis Früchtenicht y Claudio Alejandro Petris, a fin de dictar sentencia definitiva en los presentes autos caratulados: ***"S., J. C. c/ Municipalidad de Trevelin s/ Recurso Contencioso Administrativo"*** (Expte. N° 90/10 CANO), venidos en apelación a esta Alzada.----------

------Practicado a fs. 192 el sorteo establecido por el art. 271 de la Ley XIII N° 5 del Digesto Jurídico provincial, antes Ley 2203, correspondió el siguiente orden para la votación: Dres. FRÜCHTENICHT – PETRIS – FLASS.----------

------Acto seguido se procedió a plantear las siguientes cuestiones: **PRIMERA:** ¿Es justa la sentencia apelada de fs. 166vta.? y **SEGUNDA:** ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.----------

------A la PRIMERA 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. 51/53vta., la que resulta ser adecuación del recurso de apelación intentado y agregado a fs. 10/11vta. -trámite éste que fuese ordenado por este Cuerpo (v. fs.46) como resultado de la asunción de competencia en estos autos - y suscripta por el Sr. J. C. S., quien promueve acción contencioso administrativa contra la Municipalidad de Trevelin, persiguiendo se decrete la nulidad de la Resolución Nro. 300/10 (v. fs. 8), emanada del Sr. Juez de Faltas del municipio demandado, y fundada en el Acta de Infracción Nro. 00022 de fs. 1 y Acta de Alcoholemia de fs. 2 y pide en su consecuencia se desestime la sanción impuesta ello en función de los motivos que invoca.----------

------1. Así, en su escrito postulatorio de fs. 51/53vta. y para sustentar su pretensión impugnaticia, refiere que siendo aproximadamente la

hora 07.00 del día 07.03.2010 y mientras conducía un automóvil marca Renault modelo Master dominio XXX ***, fue detenido su vehículo en un operativo de alcoholemia a la salida de la localidad de Trevelin. Continúa diciendo que se le realiza el pertinente control y en una primera toma arroja 0,50 grs./lts. Entonces el actor les explica a los funcionarios del puesto que tal cifra resultaba imposible, pues acababa de levantarse y que efectivamente había cenado la noche anterior con cerveza, pero que habían pasado casi 8 hs. desde entonces. Que de inmediato (apenas unos minutos, dice) se le realiza la segunda toma y el alcoholímetro indica entonces 0,75 grs./lts. Que entre ambas tomas no transcurrió el plazo que indica la Ordenanza Municipal Nro. 864/10, afirmando que todos los valores indicados le fueron informados verbalmente, impidiéndole constatarlos por sus propios medios. Indica que en la ocasión se encontraba perfectamente lúcido; que lo único ingerido eran unos mates y el medicamento para la presión. Que se lo interrogó acerca de si el vehículo conducido estaba destinado al transporte de pasajeros, contestando afirmativamente y agregó que en función que era su día libre, lo llevaba para entregarlo al chofer que lo conduciría ese día, quien finalmente lo retira del puesto de control luego del procedimiento. Que por último, se le hace rubricar el acta confeccionada; que no se le otorgó constancia alguna de los valores informados por el alcoholímetro; tampoco se le permitió verificar dicho aparato, para quedar finalmente imputado por presunta infracción al art. 9 de la precitada Ordenanza Municipal.----------

------A seguido de dicho relato, realiza la impugnación de la Resolución Nro. 300/10 de fs. 8, emanada del Sr. Juez de Faltas del municipio demandado, mencionando que está plagada de imprecisiones; que se ha violentado su derecho a la defensa y que existió también un claro apartamiento a la ley, por lo que la resolución que ataca aparece a su juicio como arbitraria. En su función, relata que el Sr. Juez de Faltas actuante desestimó -por las razones de las que da cuenta el expediente administrativo - testigos propuestos por el actor y que el procedimiento

realizado "*...tiene serias deficiencias que lo tornan inválido por las variaciones.*" (v. fs. 52) y "*Que el instrumento utilizado adolece de fallas que no hacen confiables los registros que realiza, por lo cual omitieron dejar constancia de la segunda medición en el Acta de Alcoholemia, que es la base para labrar la infracción...*" (v. fs. cit.). Indica no saber si quien fabrica el alcoholímetro es el encargado de calibrarlo; tampoco si su uso está autorizado por el Ministerio de Salud de la Nación o de la Provincia. Finalmente, insiste en que el Acta de Infracción sólo refiere la segunda toma efectivamente realizada, todas irregularidades que tornarían anulable aquella resolución sancionatoria. Ofrece prueba que hace a su derecho, para finalmente solicitar se desestime la sanción impuesta por el Juzgado de Faltas de la Municipalidad de Trevelin, con costas.----------

------2. Que corrido traslado de ley, a fs. 60/61 contesta demanda la Municipalidad de Trevelin, solicitando el rechazo de la pretensión inaugural. Manifiesta -a través de su letrado apoderado - que el aquí actor tuvo oportunidad de ejercer su derecho de defensa, refiriendo en su virtud el art. 11 de la Ordenanza Municipal Nro. 864/10, afirmando que habiéndose realizado la segunda prueba o toma y atendiendo los resultados así obtenidos, "*S. conducía un vehículo alcoholizado*" (v. fs. 60vta.). Ofrece prueba y solicita se rechace el recurso deducido con expresa condena en costas al actor.----------

------Que abiertos a prueba estos autos, según providencia de fs. 68, el actor produjo aquéllas que dan cuenta el pertinente Cuaderno de prueba de su parte y que se agrega a fs. 74/152, haciendo lo propio la demandada (v. Cuaderno de prueba de su parte que luce a fs. 153/179).-

------3. En primer lugar y cumplida la medida para mejor proveer dispuesta a fs. 196, se impone decir que comparto lo sostenido (v. fs. 60vta.) 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 deberá realizarse en "*...un lapso no inferior a quince minutos desde la primera y no superior a treinta minutos*." y tal previsión no ha sido cumplida conforme a derecho en ocasión de labrarse el Acta de Infracción Nro. 00022 que se agrega a fs. 1. En efecto, adviértase que el Acta de Infracción, refiere una sola medición realizada a hs. 07.40, omitiendo consignar en aquél acta la otra medición tomada, que invoca el actor, circunstancia reconocida por el propio municipio demandado en ocasión de contestar la acción intentada y luego confirmada por el testimonio del testigo F. D. D. R. a fs. 84/85, la que se informó sí en el Acta de Alcoholemia de fs. 2. Que tales anomalías habilitan para desacreditar la actuación de los "*funcionarios intervinientes*" que suscriben el Acta mencionada, todo ello, sin perjuicio de las demás circunstancias que referiré a continuación y que, a mi juicio, tornan nulo el procedimiento, y, en su función, la sanción impuesta y habilitan en su consecuencia la nulidad de la resolución que se persigue en demanda.----------

------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. 202/209, en particular, su art. 8º titulado "DEL APARATO DE DETECCIÓN ALCOHÓLICA", 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. 00022 (v. fs. 2), puntualmente menciona la marca del aparato de detección alcohólica utilizado en la ocasión.----------

------4. Por último -y a mi juicio determinante – resulta ser la circunstancia que el actor refiere en su escrito postulatorio (v. fs. 51vta.) haber solicitado segunda prueba, hecho reconocido por el municipio demandado en su responde de fs. 60vta. párr. 3ro. como así también por el testigo D. R. en su declaración obrante a fs. 84/85 de estos autos, mas en el original del acta Nro. 00022 agregada a fs. 177 se consigna una sola prueba.----------

------5. Antes de ahora he sostenido que: "*Tratándose de un proceso contencioso administrativo donde la actora pretende desvirtuar la presunción de legalidad que ostenta 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, pues en función de lo sostenido en el pto. 4.- de este voto la resolución atacada deberá caer en atención a las circunstancias que dije, toda vez que el procedimiento previsto en la

Ordenanza Municipal Nro. 864/10 no se ha cumplido de manera acabada, siendo ello condición ineludible a los fines de imputar infracción al aquí actor, y tratándose de imputación de orden contravencional, corresponde aplicar un criterio restrictivo que no arroje dudas acerca de la conducta del presunto infractor.----------

------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 incumpliendo lo dispuesto específicamente en la Ordenanza Municipal Nro. 864/10 que regula tales procedimientos 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. 300/10 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 IDENTICA CUESTION, el Dr. PETRIS, dijo:----------**

------Habiendo el vocal preopinante detallado suficientemente los antecedentes del presente recurso contencioso administrativo, en cumplimiento del mandato constitucional (arts. 168 y 169 de la CP) procedo a emitir mi voto en este acto.----------

------En ese sentido el fundamento de la acción intentada por el Sr. S. consiste en que se desestime la sanción impuesta por el Juzgado de Faltas de la ciudad de Trevelin en virtud de encontrarse la sentencia dictada por el organismo mencionado plagada de imprecisiones que no se ajustan a la legislación vigente.----------

------En apretada síntesis alega que no se respetaron los pasos que establece la O.M. 864/10, que el instrumento utilizado para el control

de alcoholemia adolece de fallas que no hacen confiable los registros que realiza, que se omitió dejar constancia de la segunda medición en el acta de alcoholemia que es la base para labrar la infracción, que se negó a producir la prueba en los órganos de salud para verificar la validez del instrumento utilizado, que en ningún momento se le permitió ver el alcoholímetro y corroborar los índices que se plasman en el acta, que tampoco la herramienta utilizada emitió algún tipo de ticket o comprobante (fs. 51/53).----------

------Ya he tenido oportunidad de sostener que las acciones o pretensiones de esta naturaleza, si bien han sido reguladas por la ley 3098 –hoy Ley XVI Nº 46 DJP-, como recursos –arts. 132 y ss-, son en realidad verdaderas "acciones", en tanto que la expresión recursos se refiere propiamente a los reclamos formulados ante la Alzada contra decisiones jurisdiccionales (conf. SI 49/95 STJ, voto del Dr. Martín).---

------Resultan ser verdaderas acciones que se promueven contra un acto administrativo municipal, por quien alega tener un derecho subjetivo o interés legítimo. Fueron concebidos como un remedio –recurso-, que tiende a preservar la legalidad administrativa frente a la actividad u omisión de la Administración Pública que pueda lesionar intereses difusos de los integrantes de la comunidad (Conf.: Fiorini, "Manual de Derecho Administrativo", T. II, págs. 1068/1069, STJCH SCA 9/07).----------

------Así surge del texto legal del art. 133 de la Ley XVI Nº 46 del Digesto Jurídico Provincial (antes 3098) que edicta: "*Para que proceda el recurso es necesario: a) Que se trate de una resolución definitiva de la Corporación Municipal o del Ente Autárquico por ella creado o de una sociedad constituida con participación de una Corporación Municipal. b) Que esa resolución, consecuencia o no de una disposición de carácter general, vulnere un derecho de carácter administrativo establecido a favor de la persona natural o jurídica reclamante, por una Ordenanza, una Resolución, un reglamento u otra disposición administrativa análoga o emane de un acto jurídico celebrado por la Corporación Municipal*".----------

------Dichas acciones son la de nulidad o ilegitimidad que se interpone para que se restablezca el orden jurídico violado por quien tiene un derecho subjetivo o un interés legítimo para ello y sus efectos son declarativos.----------

------Y la de plena jurisdicción que importa además de la protección anulatoria el restablecimiento del derecho y/o el resarcimiento de los perjuicios siendo de naturaleza constitutiva y por ende de condena (conf.: STJ, voto del Dr. Martín en "A …", Expte. 16.045 –A – 1997).----

---

------Ahora bien, la resolución cuestionada es la N° 300/10 que luce glosada a fs. 8 y vta. de las presentes actuaciones en virtud de la cual se sancionó al actor por falta que da cuenta el acta N° 00022 labrada el 07/03/2010 en contravención al art. 9 de la OM 864/10, aplicándosele una multa de $3580 e inhabilitación por 90 días para conducir.---------

------Ya he tenido oportunidad de sostener que las políticas de prevención y control de alcoholemia son importantes y útiles para posteriormente evitar accidentes de tránsito y muertes en la vía pública que pueden generar y que esa ha sido la ratio legis de la ordenanza 864/10 MT, pero paralelamente también no puedo desconocer que el derecho administrativo sancionador comparte varios principios y garantías del derecho penal, cuya similitud es evidente (ver mi voto en SD 38/12 y 47/12 al cual remito en homenaje a la celeridad y economía procesal).----------

------Los alcoholímetros que miden la presencia de alcohol en sangre en el conductor controlado, así como los procedimientos a seguir al respecto deben transmitir confiabilidad y certeza casi plena en su utilización con instrumentos de medición, como al mismo tiempo otorgar seguridad en la fiscalización en las autoridades que llevan adelante esos controles.----------

------Que de las constancias probatorias arrimadas al presente recurso contencioso administrativo se desprende que la Municipalidad de Trevelin adhirió mediante la OM 40/96 a la Ley Nacional de Tránsito

24449, y que a través de la OM 864/10 se implementó la Campaña Municipal de Prevención y Control de alcoholemia en conductores y en ese marco regulatorio aún no se cuenta con una reglamentación que apruebe los modelos de los etilómetros, la verificación original y periódica y la vigilancia de uso que le competen a la Secretaría de Coordinación Técnica (SCT) y al Instituto Nacional de Tencología Industrial (INTI), respectivamente, organismos dependientes del Ministerio de Economía de la Nación por tratarse de una cuestión de competencia nacional, en función de la delegación de facultades realizadas por las provincias.----------

------Que hasta tanto ello ocurra el INTI estableció y aplica un procedimiento de calibración de aquellos etilómetros que reúnan los requisitos que exige el organismo público competente, tales como 1) debe indicar sus mediciones de manera digital no analógica; 2) debe indicar la unidad de medición en gr/l; 3) debe expresarse en resultado con dos decimales; 4) debe ser posible retener el resultado de una medición durante al menos 15 minutos; 5) debe poseer un sistema de boquillas descartables; 6) el ajuste de sus lecturas no debe ser accesible al operador común o al usuario, debiendo para ello romperse un sello mecánico o electrónico o bien introducirse un código (conf. INTI, Noticiero Tecnológico Semanal N° 69-03, septiembre 2007, “Calibración de Alcoholímetros”, Fallo N° 135.573 del Juzgado N° de Villa María en autos “Raspo, Fernando Daniel”).----------

------Que de las constancias señaladas surge que el aparato utilizado en la ocasión de materializarse el acta de fs. 1 se trató de un alcoholímetro RM Modelo XX Serie 0224842, que no contaba con un sistema de boquillas (ver declaración de enfermero D. R. a fs. 84/85 que interviniera en la ocasión respuesta a la pregunta segunda no observada), a lo que se agrega el informe de fs. 97 tampoco impugnado y factura de fs. 98 dando cuenta que la calibración la hizo la propia empresa comercializadora del aparato, pero no se acreditó que contara con la calibración del ente oficial sino de la propia firma comercial con lo cual genera obviamente una duda razonable en cuanto a su

confiabilidad y precisión como para aplicar una sanción a quien resultaría imputado.----------

------En atención a ello, y en la vigencia de la Ley 19.511 que impone el SIMELA (arts. 1, 5, 6, 11, 12, 23 y concs.), decreto reglamentario 788/2003 (arts. 1, 2, 3 y concs.); Resolución N° 48/2003 de la Secretaría de Coordinación Técnica, por no haber acreditado el ente público municipal que el alcoholímetro utilizado en la oportunidad merituada reuniera los requisitos analizados y que ante la duda debe estarse a favor del administrado o presunto infractor, principio elemental que debe ser tenido en cuenta por la propia administración, debe accederse al recurso intentado y voy a coincidir si bien por argumentos distintos con la solución propuesta por el colega anterior (doctrina art. 381 del CPCC). ASI LO VOTO.----------

------Por último por más legítimos que resulten los controles de alcoholemia, deben verificarse en forma previa y no como producto del procedimiento dichos aparatos dado que no se habilita el empleo de cualquier tipo de medio a la pesca de conductores bajo los efectos de la alcoholemia cuando justamente de las propias constancias de la causa no hubo motivación alguna que confirmara la descripción sumaria del acta de fs. 2, corroborada por la declaración testimonial de fs. 86/87. Es que dicha medida como toda de la administración debe ser motivada además de la razonabilidad con base o fuente legal. Se excluye lo arbitrario o lo potestativo poniéndose de manifiesto no solo la razonabilidad del test, sino, la de toda la actuación contravencional que resulte su consecuencia máxime, cuando estamos hablando del ejercicio del poder sancionatorio del estado.----------

------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.----------

------**A la SEGUNDA 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. 00022 de fs. 2 y de la RESOLUCIÓN Nro. 300/10, dictada por el Sr. Juez de Faltas de la Municipalidad de Trevelin que se agrega a fs. 8 y vta.; **II.- IMPONER** las costas del proceso a la demandada vencida (art. 89 CPCC); y **III.- REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. O. D. P. en una suma equivalente a 17 IUS, a la Dra. R. L. A. en 8 IUS (arts. 5, 6bis, 7, 19, 37 y ccdts. de la Ley XIII Nº 4 DJP del Arancel) y los del Dr. R. M. M. en una suma equivalente a 20 IUS (arts. 5, 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 CUESTION, el Dr. PETRIS, dijo:----------

------Atento lo expuesto al analizar la anterior cuestión voto por: 1°**)** **HACER LUGAR** a la demanda intentada y en consecuencia, dejar sin efecto la sanción impuesta por la Municipalidad de Trevelin al actor y que da cuenta el Acta N° 00022 de fs. 2 y de la RESOLUCIÓN N° 300/10, dictada por el Sr. Juez de Faltas de la Municipalidad de Trevelin que se agrega a fs. 8 y vta.; **2°) IMPONER** las costas de esta Instancia a la demandada vencida conforme principio objetivo de la derrota; y **3°) REGULAR** los emolumentos del Dr. O. D. P. en una suma equivalente a 17 IUS, los de la Dra. R. L. A. en 8 IUS y los del Dr. R. M. M. en una suma equivalente a 20 IUS (arts. 5, 6bis, 7, 19, 37 y ccdts. de la Ley XIII Nº 4 DJP), 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----------

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

------1°) **HACER LUGAR** a la demanda articulada y en consecuencia, decretar la nulidad del Acta de Infracción N° 00022 de fs. 2 y de la RESOLUCIÓN N° 300/10, dictada por el Sr. Juez de Faltas de la Municipalidad de Trevelin que se agrega a fs. 8 y vta.----------

------**2°) IMPONER** las costas de esta Instancia a la demandada vencida (art. 69 CPCC).----------

------**3°) REGULAR** los honorarios profesionales del Dr. O. D. P. en una suma equivalente a 17 IUS, los de la Dra. R. L. A. en 8 IUS y los del Dr. R. M. M. en una suma equivalente a 20 IUS (arts. 5, 6bis, 7, 19, 37 y ccdts. de la Ley XIII N° 4 DJP del Arancel), sin perjuicio de la eventual aplicación de lo dispuesto en el art. 2do. de aquélla en orden a este profesional.----------

------**4°) REGÍSTRESE** y notifíquese.----------

------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. Günther Enrique Flass 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).----------

JORGE L. FRÜCHTENICHT **CLAUDIO A. PETRIS**

REGISTRADA BAJO EL N° CANO DEL LIBRO DE SENTENCIAS DEFINITIVAS DEL AÑO 2013. CONSTE.