

## DECRETERO DE SENTENCIAS

//tevideo, 4 de diciembre de 2014.

No. 711

### **VISTOS:**

Para sentencia definitiva, estos autos caratulados: "CARDOZO, EZEQUIEL EDUARDO con INTENDENCIA DEPARTAMENTAL DE MONTEVIDEO. Acción de nulidad" (Ficha No. 504/11).

### **RESULTANDO:**

I) Que el 15 de agosto de 2011 comparece el actor promoviendo demanda de nulidad contra la *“denegatoria expresa N° 2111/11 de fecha 9 de mayo de 2011 que me fuera notificada el 3 de junio de 2011”*.

La citada resolución no hace lugar al recurso de apelación en subsidio interpuesto por el Sr. Ezequiel Eduardo Cardozo contra la multa impuesta el 31 de diciembre de 2010, por estar conduciendo con una concentración de alcohol en sangre superior a la permitida, lo que motivó que se lo inhabilitara para conducir por 6 meses.

Afirma que se trata de un acto claramente ilegal, por razones de fondo y de forma.

Con relación al aspecto formal, señala que se violentó el derecho de defensa, en tanto en forma ilegal y antirreglamentaria, no se diligenció la prueba ofrecida, remitiéndose la Administración a reiterar argumentos sin base fáctica y ratificando lo actuado por los funcionarios intervinientes.

Manifiesta el promotor que no incurrió en ninguna conducta antijurídica en la situación que dio lugar a la recurrida, sino que se trató de una situación eventual, ante la cual, por razones de fuerza mayor, no pudo contrastarse la medida primaria con la prueba de sangre, tal como lo autoriza la legislación vigente (art. 46 y ss. Ley N° 18.191).

Expresa el reclamante que no solamente accedió voluntariamente a la espirometría, sino que en ejercicio de su derecho de defensa quiso hacer valer la prueba de alcoholemia en sangre para demostrar el error cometido, pero ello no le fue posible. Primero se negaron a efectuar el análisis en las Mutualistas, y luego el Centro “habilitado” de Salud Pública (Instituto Mateo Orfila) estaba insólitamente cerrado.

Aduce que, en la especie, queda demostrado que la eventualidad de error existió, y respecto a la imposibilidad del recurrente de efectuar la prueba más exacta en sangre, es de aplicación la eximente de responsabilidad de “hecho del tercero” tal como surge de la prueba documental adjunta. Y ello necesariamente enerva la presunción de antijuridicidad a que daría lugar la aparente infracción de tránsito cometida.

Agrega que, en el caso, el acusado arrojó una tasa positiva de 0,46 mg/l, cuyo margen de error ascendería a un 7,5 % de dicha tasa, es decir, hasta 0,30 mg/l de aire aspirado (y no llega a un 0,50 mg/l lo que podría científicamente llevar a la aplicación automática del tipo infractorio legal).

Esgrime que el problema de los alcoholímetros es identificar cualquier compuesto que contenga el grupo metilo estructura molecular, ya que existen un centenar de compuestos que se pueden encontrar en el aliento de un ser humano en un momento dado, que contienen dicha estructura y que pueden arrojar resultados erróneos. En cambio, las pruebas

de alcohol en sangre son uno de los métodos más precisos para examinar el contenido de alcohol en sangre de una persona (BAC).

En definitiva, solicita el amparo de la demanda.

II) Conferido traslado de la demanda (auto N° 7998/2011, fs. 12), compareció a contestarla el representante de la Intendencia Departamental de Montevideo. (fs. 17-21).

Expresa que, tal como surge de los antecedentes administrativos, el Sr. Cardozo, a consecuencia de un operativo habitual realizado por los Inspectores de Tránsito de esta Intendencia, en cumplimiento de sus funciones (art. 46, Ley N° 18.191) y concordantes de la Ordenanza de Tránsito, se le sometió a una prueba de espirometría que indicó que el conductor no poseía las cualidades físicas y psíquicas necesarias para conducir automotores de modo seguro para la vía pública, ya que conducía bajo los efectos del alcohol al momento de constatarse la infracción (0,46 grs. de alcohol por litro de sangre).

Agrega que, las consecuencias sancionatorias, conforme la normativa vigente, fueron las siguientes, a saber: el retiro del carné de la Licencia de Conducir, la inhabilitación para conducir por seis meses desde la fecha del accidente y la multa correspondiente.

Manifiesta que el actor no comprueba, en función de las herramientas que le otorga el marco regulatorio, esto es, a través de un análisis de sangre toxicológico, que el resultado de la prueba de espirometría estuviera equivocado, vía que otorga la Ley a fin de rectificar los valores de alcohol en sangre.

Sostiene que, surge de autos que el Sr. Cardozo se encontraba en infracción al momento de la aplicación de la multa, ya que superaba la

“tasa legal de alcoholemia”, siendo ajustada a Derecho la aplicación de la sanción.

Cuestiona la prueba documental aportada por el actor en sede administrativa, destacando que los actos administrativos ostentan presunción de legitimidad, esto es, se consideran legítimos hasta tanto no se demuestre lo contrario; y en el caso de autos las alegaciones vertidas por el interesado, así como la prueba aportada, no son de recibo a fin de controvertir dicha presunción.

En definitiva, solicita la desestimación de la demanda.

III) Se abrió el juicio a prueba, habiéndose diligenciado la que luce certificada a fs. 85, producida por ambas partes. Alegaron las partes por su orden a fs. 88-92 y 95-96, respectivamente.

IV) Se oyó al Sr. Procurador del Estado en lo Contencioso Administrativo, quien se expidió por Dictamen N° 435/2013 (fs.99 y vto.), aconsejando el rechazo de la demanda y la consiguiente confirmación del acto procesado.

V) Por Decreto N° 7277/2013 de fecha 09/09/2013 (fs. 101) se citó para sentencia.

VI) Habiendo fallecido el Sr. Ministro Dr. Preza, el Tribunal se integró con el Sr. Ministro Dr. Borges, acordándose sentencia en legal forma.

### **CONSIDERANDO:**

I) Que en la especie, se verifica el correcto agotamiento de la vía administrativa, así como la oportuna deducción de la pretensión anulatoria dentro de los plazos legales. En consecuencia, corresponde que el Tribunal se aboque a decidir la cuestión sustancial planteada en autos.

II) Que en función de lo prevenido en el art. 60 del Decreto Ley Orgánico del Tribunal de lo Contencioso Administrativo 15.524, la acción anulatoria debe entenderse dirigida contra la Resolución N° 01/140/1 de fecha 31/12/2010, Acta Serie AE N° 3577, en virtud de la cual se impone al actor una multa por conducir con una concentración de alcohol en sangre superior a la permitida. (Véase acápite, exordio y petitorio 1) del escrito que luce a fs. 13 y ss. de los AA. en carpeta rosada de 45 fs.).

Corresponde precisar que no constituye objeto del presente accionamiento la nulidad de la Resolución N°1/11 de fecha 07/01/2011 en virtud de la cual se inhabilitó al actor a conducir por el término de 6 meses (fs. 6 de A.A), en tanto no se agotó la vía administrativa a su respecto, dado que los recursos de reposición y apelación fueron interpuestos exclusivamente contra la resolución de fecha 31/12/2010, tal como surge acreditado a fs. 13 y ss de A.A.

III) Que las alegaciones de las partes surgen suficientemente relacionadas en el Capítulo de RESULTANDOS, al cual habrá de remitirse la Corporación, en aras a la brevedad.

IV) El Tribunal, por unanimidad de sus integrantes y apartándose del dictamen de la Sra. Procuradora del Estado en lo Contencioso Administrativo (Dictamen N° 453/2013 a fs.99 de autos), amparará la pretensión anulatoria incoada, en mérito a los fundamentos que se explicitan a continuación.

Como acertadamente postuló el accionante, el acto impugnado se encuentra viciado por razones procedimentales, en mérito a que previamente a ser sancionado no le fue conferida la oportunidad de

defensa, como correspondía a derecho, en tanto se trata de un procedimiento iniciado de oficio y de contenido represivo.

El Tribunal ha sentenciado reiteradamente que el derecho de defensa tiene fuente constitucional, legal y reglamentaria (arts. 66 de la Constitución de la República; art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica; art. 46 del Código Tributario y art. 76 del Decreto 500/991 internalizado por la Intendencia Departamental de Montevideo).

Y en la especie, surge de los antecedentes administrativos que el ahora accionante -al recurrir la multa en causa- solicita que: “(...) 2) *Se designe un especialista médico que corrobore lo que se argumenta respecto del nivel de alcohol en sangre, así como del margen de error de la prueba de aspiración respecto de la prueba; 3) Se ordene a la autoridad actuante la agregación del informe completo de la presunta infracción sancionada, así como refiera la marca y tipo de aparato utilizado (N° 9097) en la prueba de alcoholemia correspondiente, agregando la literatura de su marca y tipo, así como el mecanismo de la adquisición y el mecanismo de la misma (compra directa y/o licitación) con agregación de los informes técnicos respecto a la calidad y precio de los mismos, así como la remisión y agregación previa verificación por terceros del alcoholímetro o etilometro utilizado*”. 4) *Se tome declaración testimonial al Sr. Huber LAGAZETA (...)*”

Asimismo, adjunta certificado notarial, un certificado de CUDAM y un ticket de emergencia de la Asociación Española (fs. 22/25 de A.A).

Con fecha 28/02/2011 el Servicio de Vigilancia realiza un informe en el que, luego de detallar los hechos del caso, se indica que la única prueba obrante en el expediente es el acta de espirometría realizada el

31/12/2010 y en relación a *“Lo afirmado por el apelante con respecto a su imposibilidad de practicarse el examen en el Instituto Mateo Orfilia, debió ser probada con documentación obrante en autos, solo son afirmaciones y la prueba corresponde al demandado no al actor”* (SIC) (fs. 29/30 AA).

En base a ello, no se hace lugar al recurso de reposición y se franquea el recurso de apelación (fs. 31 AA).

Franqueada la apelación, la Asesoría Jurídica realiza su Informe de fecha 30/03/2011, en el que *“(...) se considera que las alegaciones y la prueba propuesta por el recurrente no son de recibo a fin de refutar la presunción de legalidad de lo actuado por la Intendencia, por cuanto el acta de espirometría indica que el impugnante al momento de realizarse la prueba poseía 0,46 gramos de alcohol, concentración superior a la permitida por la normativa vigente. Además debe señalarse que la única prueba que consta en el expediente es precisamente la espirométrica, por lo que, al no haber aportado el recurrente el examen alternativo al amparo del ya citado art. 51 de la ley N° 18.191, se puede concluir que el valor que consta en la espirometría puede considerarse como definitivo”* (fs. 34/37).

En mérito a estos extremos, la Intendenta de Montevideo no hace lugar al recurso de apelación presentado (fs. 40 AA).

De lo expuesto surge que la Administración no diligenció la prueba ofrecida por el actor, en la primera oportunidad hábil que se le confirió, ni tuvo en cuenta la agregada en el escrito recursivo, vulnerándose el derecho al debido procedimiento que le asistía al actor lo que vicia de nulidad el acto impugnado.

V) Tal como sostiene CAJARVILLE, *“El derecho a defenderse no se limita a la posibilidad de ser oído antes de dictarse*

*resolución; comprende también la necesidad de que los interesados sean notificados de la existencia del procedimiento desde que estén identificados, se les permita conocer el contenido de las actuaciones, se les admita su comparecencia reclamando lo que entienda le corresponde con el patrocinio letrado que se juzgue conveniente, se diligencie la prueba admisible, pertinente y conducente que ofrecieran, se resuelvan sus pretensiones en un procedimiento de duración razonable y se les dé conocimiento de los motivos de la decisión de la Administración (...)*". (CAJARVILLE, Juan Pablo, "El procedimiento administrativo" págs. 108 y 109).

Por su parte, GRACIELA RUOCCO señala que *"entre las distintas manifestaciones del principio del debido proceso ocupa un lugar de privilegio el derecho a la proposición y control de la prueba en todo procedimiento administrativo, que constituye la base fundamental que permite a la Administración arribar a la verdad material.*

*La prueba en vía administrativa es el medio que conduce a la averiguación de la "verdad", única forma de asegurar el respeto de la propia esencia del ser humano, destinatario último del accionar administrativo, y es a la vez la forma de asegurar la "buena administración".*

*Dice SANTO TOMÁS que "Si los hechos y circunstancias no son debidamente probados se elaborará un juicio que tendrá como base meras conjeturas y será por lo tanto imprudente y temerario".*

*Una decisión administrativa que no se encuentre respaldada por la evidencia que aporta la prueba resulta arbitraria y por tanto ilegítima, y en la medida que no conduce a la verdad material, se violentará el*



*principio de "buena administración" e impedirá el logro del interés general". (RUOCCO, Graciela, "El principio del "debido proceso" en vía administrativa", LJU, Tomo 147, cita Online UY/DOC/103/2013.)*

VI) Por otra parte, al vicio formal con aptitud claramente invalidante de todo lo actuado, se añade la alegada "*presunción de legitimidad*" del acto encausado alegado por la demandada.

En este aspecto, corresponde precisar que el Tribunal ha entendido que "*... es ciertamente discutible -por carencia de apoyatura normativa- el principio que admite la existencia de una presunción de legitimidad "iuris tantum", en beneficio de los actos dictados por la Administración, directriz reiteradamente relevada por jurisprudencia del Cuerpo en anteriores integraciones (Sentencias Nos. 656/2001, 773/2006, 680/2007, 589/2007, etc.), cuya aplicación al presente pretende la demandada (fs. 21 vta. del ppal.)*

*Porque como se ha dicho: "...la presunción de constitucionalidad de las leyes distorsiona los principios generales de derecho de mayor valor y fuerza y la Constitución en función de los intereses del legislador, y la presunción de legitimidad de los actos administrativos distorsiona esos mismos principios, la Constitución y la ley, en función de los intereses de la Administración, todo ello en definitiva en detrimento de los derechos humanos. Esas presunciones, pues -la de constitucionalidad de las leyes y la de legitimidad del acto administrativo-, no se adecuan al precepto de interpretación conforme a la Constitución". (Durán Martínez, Augusto; "Otra vez sobre la inexistente presunción de legitimidad del acto administrativo", Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, 2009, 15° año, Konrad Adenauer Stiftung, 2009, pág. 848).*

*Debe de verse que la presunción comentada opera como un criterio apriorístico de valoración del accionar administrativo que, como tal, sin respaldo jurídico en nuestro ordenamiento logra privilegiar a uno de los sujetos del proceso, en detrimento de su contraparte inobservando la igualdad de los litigantes que informa y preside el proceso contencioso administrativo de anulación (art. 4 C.G.P., art. 104 del Decreto-Ley 15.524)” (Sentencia 21/2013, 420/2012, entre otras).*

Tal como surge de los antecedentes administrativos, el único elemento de prueba en el que se fundamenta la demandada para aplicar la multa atacada, fue el examen de espirometría que determinó un resultado de 0,46 grs. de alcohol por litro de sangre.

El artículo 45 de la Ley N° 18.191 establece que -a partir del 16 de marzo de 2009-, la concentración de alcohol por litro en sangre o su equivalente en términos de espirometría, permitida para los conductores de cualquier vehículo que se desplace por la vía pública es de 0,3 gramos (tres decigramos).

Por su parte, el artículo 51 del referido texto legal establece que: *“La persona que sea sometida a exámenes de espirometría, sangre u orina, en los términos establecidos precedentemente, podrá solicitar inmediatamente de las autoridades competentes del Ministerio de Salud Pública que uno de los técnicos habilitados a esos efectos realice otros exámenes que permitan ratificar o rectificar los resultados de aquellos”.*

En la especie, surge fehacientemente acreditado que el actor pretendió controvertir el resultado de la prueba en sangre, en tanto concurrió al “Instituto Mateo Orfilia”, indicado por la inspectora actuante como el habilitado por el Ministerio de Salud Pública para realizarse dicho

análisis (véase declaración de la funcionaria a fs. 50 vto.) y dicho Instituto se encontraba cerrado.

De acuerdo a lo informado a la Sede por el Director del Instituto “(...) el día 31/12/2010 cerró sus puertas a las 14:00 hs. por tratarse del último día del año, quedando un retén de guardia para atender exclusivamente emergencias médicas” (fs. 51 ppal), mientras que la multa le fue aplicada al actor a la hora 16:15 (de acuerdo con el escrito recursivo del actor, y fs. 3 de A.A.)

El testigo Lagazeta, quien se desempeña como guardia de seguridad en el “Hospital Italiano” declaró: “(...) Yo trabajo en el Hospital Italiano tengo una Empresa de Seguridad y siento gritos delante de la puerta del laboratorio Mateo Orfila y voy a ver, estaba el Sr. muy ofuscado porque el Laboratorio estaba cerrado, se ve que estaba hablando con el médico. Le dije que se tranquilizara que los que estábamos ahí no teníamos nada que ver con Laboratorio, después de un rato cuando se tranquilizó, se fue, hasta ahí es lo que sé”. (fs. 38 y vto. ppal.).

Asimismo, se adjuntó una constancia que lleva el membrete de CUDAM (misma dirección que el Instituto Mateo Orfila) donde un auxiliar de Enfermería, deja constancia que el actor concurrió a la hora 17:00 del 31/12/2010 al laboratorio “Mateo Orfila” (fs. 25 AA).

Por otro lado, también se acredita mediante certificado notarial que, con fecha 31/12/2010 el actor concurrió a las 17:00 al Instituto Mateo Orfila y a pesar de que el horario establecido es de 8 a 20 hs; y que fuera de ese horario el interesado puede comunicarse al celular 099222170.

Asimismo, el Escribano actuante indica del celular del actor surgen registradas dos llamadas al número referido a la hora 17:01 y 17:18 y fue

atendido por una persona que le manifestó que por ser un día especial no había personal que lo atendiera.

El referido certificado notarial indica al Sr. Lagazeta como testigo de toda esta situación (fs. 24 AA).

Por otra parte, surge de la historia clínica remitida por la Mutualista Asociación Española, que el día 31/12/2010 a la hora 17:26 el actor concurrió a la “Emergencia” del nosocomio, donde se le informó que el análisis de alcoholemia solo puede ser realizado por orden judicial, y que allí sólo le podía realizar la extracción, debiendo el paciente llevarlo a un laboratorio para que realicen el análisis técnico (fs. 57 ppal.).

Surge entonces probado que el actor intentó infructuosamente realizarse el análisis de sangre en forma inmediata a la prueba de espirometría, pero causas ajenas a su voluntad impidieron su realización por parte de un tercero autorizado.

En definitiva, del análisis del cúmulo probatorio, surge acreditado que asiste razón al accionante en relación a la imposibilidad de movilizar los medios exigidos por la ley para rectificar el examen de espirometría realizado por los inspectores de la IDM.

Sin perjuicio de ello, ofreció también medios probatorios con el objetivo de acreditar que los aparatos utilizados pueden arrojar resultados erróneos, puesto que el valor que se le constató en sangre por parte de la Administración se aleja por poco margen del mínimo permitido.

Adviértase la perseverancia del actor en hacer valer pruebas excriminantes, requiriendo pruebas del testeo del aparato utilizado, informes técnicos de los mismos y su eventual “falso positivo”.

No obstante, la Administración demandada -en base a la pretendida presunción de legitimidad del acto administrativo- no hizo lugar al diligenciamiento de la prueba ofrecida.

VII) Surge entonces, que el derecho de defensa del actor fue cercenado en vía administrativa, puesto que poniendo a disposición de la demandada otros medios de prueba a efectos de ratificar o rectificar la espirometría, la Administración no habilitó el diligenciamiento de las probanzas ofrecidas.

El Tribunal ha sostenido "...que la sanción deba imponerse cuando esté comprobada, no significa que se deba aplicar con la sola comprobación efectuada por el Inspector interviniente, sino cuando se constate o justifique aquélla en legal o debida forma, vale decir, luego de observadas las garantías del caso, de mayor relieve cuando se cursa materia sancionatoria. Se comprende que el procedimiento en materia de infracciones de tránsito, a la luz de los graves problemas actuales de lamentable notoriedad, exige una agilidad contra la cual podría conspirar la observancia estricta de las garantías del debido proceso administrativo, garantías que no se agotan en la posibilidad de recurrir los actos administrativos (punitivos en el caso), pues el elenco de aquéllas, parte de la audiencia previa del interesado a efectos de que pueda articular sus descargos y de ofrecer las pruebas que estime pertinentes. No puede exigirse que un órgano jurisdiccional de contralor de la regularidad jurídica de los actos administrativos procesables, abdique en un Estado de Derecho de la reafirmación de los principios y de las garantías que integran secularmente el concepto de "debido proceso".

(...) Será en todo caso el legislador quien deba establecer un procedimiento expeditivo que armonice adecuadamente las urgencias que connotan las múltiples y graves infracciones de tránsito -que asolan al país- con las garantías inexcusables de todo sujeto sancionado.

Es sabido que la prueba científica dotada de mayor precisión para demostrar con grado de exactitud la concentración del alcohol en sangre es la extracción de una muestra de sangre. La espirometría es un medio de prueba indirecto del hecho a probar (la cantidad de alcohol en sangre), razón por la cual, tiene necesariamente un margen de error.

En esta orientación conceptual, en Sentencia No. 461/2012, el Tribunal -citando una opinión experta- expresó: "...la Sra. perito médico legista explicitó que el método de mayor fiabilidad por su especificidad, es la medición directa en sangre."

El actor, en sede administrativa, podría haber ofrecido como prueba que la Administración o el fabricante de los espirómetros, informara el margen de error que tienen estos dispositivos (solicitud que formuló al recurrir, fs. 7 A.A., pero la Administración no diligenció la prueba ofrecida). Con tales antecedentes, conocer el margen de error podía ser determinante en la emergencia, pues se asiste a un caso en que la espirometría arrojó como resultado que el actor tenía una concentración de alcohol en sangre apenas superior al máximo permitido (lo superaba por 0,01 gramos). Realmente, ante una diferencia mínima por encima de lo permitido, esa prueba sobre el margen de error podía resultar determinante en beneficio del interesado, aplicando la regla in dubio pro reo. Dicho principio es aplicable en el terreno sancionatorio administrativo, como lo ha sostenido el Tribunal en la Sentencia No. 461/2012.

Sin perjuicio de lo expuesto, es un valor entendido en la jurisprudencia del Cuerpo que la imposición de multas de tránsito sin conferir al interesado una oportunidad de defensa previa siempre resulta un vicio invalidante. Desde la doctrina, el Dr. Hugo DE LOS CAMPOS ha señalado que formalmente, la enorme mayoría de las multas de tránsito que se aplican diariamente son ilegítimas. Ha dicho el referido autor: “En términos generales puede decirse que son formalmente ilegales en la medida que el llamado desarrollo de la “jurisdiccionalización de los procedimientos administrativos” que consiste en la adopción de ciertas formas similares a las de los procesos jurisdiccionales, sin que el procedimiento ni el acto en que culminan dejen de ser administrativos, hacen que la regularidad de la pena obligue a una comunicación a quien interviene, notificada formalmente y a una oportunidad para el ejercicio del derecho de defensa. Este es un principio general del derecho recogido en normas constitucionales y reglamentarias.” Y luego agrega: “En los casos comunes que suceden todos los días de imposición de una multa existe un proceso total de indefensión porque el funcionario actuante por sí y ante sí juzga que se cometió una infracción y la documenta sin la posibilidad de formular descargos.” (DE LOS CAMPOS, Hugo: “La ilegalidad formal de las multas de tránsito”, Tribuna del Abogado, N° 118, Agosto/Setiembre de 2000, pág. 18).

VIII) En definitiva se concluye que, efectivamente el actor careció de la oportunidad de esgrimir su defensa, tanto por ausencia de vista previa al acto sancionatorio, como por la omisión por parte de la Administración en el diligenciamiento de los medios probatorios ofrecidos en vía recursiva, todo lo cual vicia el acto impugnado de nulidad.

Por los fundamentos expuestos y en concordancia con otros pronunciamientos de la Corporación, recaídos en situaciones similares (Sentencias N°795/2002, 171/2003, 387/2008 y 467/2014, entre otras), el Tribunal, por unanimidad,

**F A L L A:**

*Ampárase la demanda y, en su mérito, anúlase la resolución impugnada*

*Sin sanción procesal específica.*

*A los efectos fiscales, fíjense los honorarios profesionales del abogado de la parte actora en la suma de \$20.000 (pesos uruguayos veinte mil).*

*Oportunamente, devuélvanse los antecedentes administrativos agregados; y archívese.*

Dr. Tobía, Dr. Harriague, Dra. Sassón, Dr. Gómez Tedeschi (r.), Dr. Borges.

Dr. Marquisio. (Sec. Letrado).