



Roj: STSJ CLM 3209/2015 - ECLI:ES:TSJCLM:2015:3209
Id Cendoj: 02003330022015101215

Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso

Sede: Albacete

Sección: 2

Nº de Recurso: 25/2014

Nº de Resolución: 10189/2015

Procedimiento: Recurso de Apelación

Ponente: MIGUEL ANGEL NARVAEZ BERMEJO

Tipo de Resolución: Sentencia

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 10189/2015

Recurso Apelación núm. 25 de 2014

Albacete

S E N T E N C I A Nº 189

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATIVO. SECCIÓN 2ª.

Ilmos. Sres.:

Presidenta:

D.ª Raquel Iranzo Prades

Magistrados:

D. Jaime Lozano Ibáñez

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a veintitrés de noviembre de dos mil quince.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **25/14** del recurso de Apelación seguido a instancia de **D. Alvaro**, representado por la Procuradora Sra. Zamora Martínez y dirigido por la Letrada D.ª M.ª Felicidad de la Vega Meroño, contra la **JEFATURA PROVINCIAL DE TRÁFICO DE MURCIA**, que ha estado representada y dirigida por el Sr. Abogado del Estado, sobre **SANCIÓN DE TRÁFICO**; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narvárez Bermejo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se apela la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 1 de Albacete, de fecha 17-6-2013, número 208, recaída en los autos del recurso contencioso-administrativo, abreviado, número 32/2013. Dicha sentencia contiene el siguiente fallo: *"Que desestimando el recurso presentado por la letrada Dña. María Felicidad de la Vega Meroño en nombre y representación de D. Alvaro contra la resolución de la Jefatura Provincial de Tráfico de Murcia de fecha 22-10-2012 por la que se desestima el recurso de reposición interpuesto por el actor contra la resolución sancionadora de fecha 14-3-2012 por la que se acuerda sancionar al recurrente la sanción de multa por importe de 300 euros por la comisión de una infracción en materia de circulación, debo declarar y declaro la confirmación de la misma por ser conforme a derecho y de la sanción que vino a imponer."*

SEGUNDO.- El recurrente interpuso recurso de apelación alegando que concurrían las circunstancias para que fuera estimado el mismo.

TERCERO.- El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.

CUARTO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 16-11-2015 a las 11,30 horas; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Es objeto del presente recurso la sentencia de fecha 17-6-2013 dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Albacete que considera ajustada a derecho la resolución sancionadora de la Jefatura Provincial de Tráfico de Murcia de fecha 22-10-2012, confirmada en reposición, de 300 euros de multa y pérdida de 2 puntos a detracer de la licencia de conducción por la comisión de una infracción en materia de circulación consistente en: "Circular a 113 km/h teniendo limitada la velocidad a 80 Km/h. existe una limitación específica fijada por señal. Cinemómetro 2790 Multanova 6FMR: aprobado el 5-6- 2008. Para el cálculo del exceso de velocidad y sanción aplicable se han tenido en cuenta los márgenes de error estipulados en la Norma UNE 26444. No se notifica por ser un control de velocidad previamente anunciado en paneles de mensaje informativos."

La sentencia apelada razona que no existe vicio de falta de motivación en el acto sancionador recurrido sin que en ningún momento se haya causado ningún tipo de indefensión. Tampoco se aprecia el defecto de incongruencia denunciado por cuanto la Administración ha dado respuesta a todas las cuestiones planteadas por el recurrente no solo en el escrito de interposición del recurso de reposición sino también en su pliego de descargo al indicarse tanto en la resolución sancionadora como en la desestimatoria del recurso de reposición que se han tenido en cuenta los márgenes de error estipulados en la norma UNE 26444, lo que además se corrobora con el certificado de verificación periódica que obra en el expediente administrativo. Sostiene que no se ha vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en cuanto que existen pruebas objetivas que avalan la comisión de la infracción como es la homologación y certificado de verificación periódica del radar que detectó el exceso de velocidad denunciado y sancionado. El aparato que midió el exceso de velocidad reúne todas las garantías legales, incluido el margen de error. Cita al respecto la sentencia del TSJ de Madrid de 17-12-2009 (ROJ STSJ MD 16800/2009).

La parte apelante solicita la nulidad de la sanción recurrida por la que se le impone una multa de 300 euros con pérdida de dos puntos en el carnet de conducir con imposición de las costas del procedimiento a la Administración demandada. Se apoya dicha petición en la siguiente motivación:

1º Violación del derecho fundamental a la presunción de inocencia y a la prueba debida, concretamente en cuanto a la solicitud de cómo se aprecian los márgenes de error en el cinemómetro empleado a la que no se ha dado la adecuada respuesta.

2º Violación del derecho fundamental a no sufrir indefensión por falta de motivación. Según el apelante la única cuestión suscitada consiste en saber si el cinemómetro ya tiene en cuenta el margen de error antes de hacer la fotografía o no y sobre esta misma cuestión la Administración no hace el más mínimo comentario.

3º Incongruencia omisiva que causa indefensión. A juicio del recurrente tampoco ha encontrado la adecuada respuesta las dudas suscitadas en cuanto a que el cinemómetro no aplica automáticamente los márgenes de error que soporta. Después de citar las sentencia del Juzgado de lo Penal de Pamplona de fecha 28-1-2008 y la del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Gijón de fecha 14-3-2013 invoca la nulidad del acto al amparo del art. 62.1 de la Ley 30/92 .

Por su parte la Abogacía del Estado en su oposición a la estimación del recurso de apelación contesta negando los vicios que imputa al acto y al procedimiento administrativo seguido en cuanto que se ha dado respuesta a las alegaciones presentadas, que el acto está suficientemente motivado, que existe prueba de cargo y que en ningún momento se ha causado indefensión. Solicita la desestimación del recurso.

SEGUNDO.- Como señala la jurisprudencia el recurso de apelación tiene por objeto la depuración de un resultado procesal obtenido en la instancia de tal modo que el escrito de alegaciones del apelante ha de contener una crítica de la sentencia impugnada que es la que debe servir de base para la pretensión sustitutoria de pronunciamiento recaído en primera instancia. La jurisprudencia - *Sentencias de 24 de noviembre de 1.987 , 5 de diciembre de 1.988 , 20 de diciembre de 1.989 , 5 de julio de 1.991 , 14 de abril de 1.993 , etc.-* ha

venido reiterando que en el recurso de apelación se transmite al Tribunal "ad quem" la plena competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, por lo que no puede revisar de oficio los razonamientos de la sentencia apelada, al margen de los motivos esgrimidos por el apelante como fundamento de su pretensión, que requiere, la individualización de los motivos opuestos, a fin de que puedan examinarse dentro de los límites y en congruencia con los términos en que esta venga ejercitada, sin que baste con que se reproduzcan los fundamentos utilizados en la primera instancia, puesto que en el recurso de apelación lo que ha de ponerse de manifiesto es la improcedencia de que se dictara la sentencia en el sentido en que se produjo.

Pues bien, al exponer el contenido de la apelación comprobamos que en él se cita de manera expresiva y pormenorizada los distintos motivos que apoyan la solicitud de anulación planteada cumpliendo los requisitos establecidos para que se pueda entrar a resolver sobre dicha petición desgranándolos en razonamientos de carácter formal y otros de índole material para sostener sus pretensiones frente a la sanción impuesta.

En cuanto a las razones de carácter formal sobre la supuesta indefensión causada, falta de motivación del acto y vulneración del derecho a la presunción de inocencia bastaría con irnos a los acertados fundamentos de la apelada, que compartimos, para rechazarlos. Existe prueba de cargo constituida por el certificado de verificación periódica del cinemómetro empleado, de su homologación, fotografías del vehículo circulando a una velocidad de 113 km/h, declaración por escrito del agente que puso la denuncia ratificándose en los hechos y expresión en la denuncia de que para el cálculo de la velocidad detectada y sanción aplicable se han tenido en cuenta los márgenes de error estipulados en la norma UNE 26444; cuestión distinta es que esas pruebas sean o no lo suficientemente convincentes como para sustentar la bondad del acto recurrido y que no puedan ser cuestionadas en cuanto a su fuerza probatoria. A la recurrente se le ha contestado y dado respuesta, aunque no le convenza, a todos los interrogantes y dudas que suscitaba en su pliego de descargo y recurso de reposición. El acto está suficientemente motivado y a través de sus razonamientos y explicaciones se puede discernir cuales son los hechos que se sancionan, las pruebas que los apoyan y los razonamientos o creencias de las que se sirve la Administración para multar. Seguramente los argumentos podrían haber sido más clarificadores pero los empleados bastan para desterrar y despejar cualquier apariencia de indefensión.

TERCERO.- En cuanto a las razones de fondo y materiales esgrimidas en el recurso lo que se plantea como cuestión fundamental para sostener el recurso es saber si se ha aplicado o no el margen de error contemplado en la Orden ITC 3123/2010, de 26 de noviembre, relativa a los cinemómetros a la hora de calcular la velocidad que se refleja en el denuncia. En la sentencia apelada se da una respuesta positiva a dicha cuestión basándose en el correcto funcionamiento del cinemómetro empleado que ya contempla esos márgenes de error. Sin embargo para la apelante no se han traído esos márgenes de error de manera que de haberse llevado a cabo la sustracción la velocidad detectada hubiese sido distinta, lo que habría tenido reflejo en la consiguiente degradación de la sanción.

Planteado el debate en los términos expuestos no es acertada la cita que se hace en la apelada de la sentencia del TSJ de Madrid de 17-12-2009 que se refiere a un caso en que no se considera probada la infracción por haberse empleado un aparato de detección al no constar el sometimiento del instrumento con resultados satisfactorias a las pruebas de control periódico a la fecha del hecho imputado, razones que llevan al Tribunal a confirmar la sentencia de instancia que anuló la sanción. Por el contrario sí afrontan el caso aquí contemplado las sentencias que cita e invoca la recurrente

En relación con este alegato debemos advertir que la infracción sancionada por las resolución recurrida en sede judicial fue captada mediante cinemómetro móvil, tal como se desprende del expediente administrativo, donde consta el certificado de verificación periódica del aparato (folio 4).

En cuanto a la presunción de veracidad de los resultados obtenidos mediante cinemómetros, como bien señala la defensa de la Administración, ha venido reconocida por el propio Tribunal Constitucional en *STC 40/2008, de 10 de marzo*, en la que se dice:

"En relación con los datos obtenidos mediante el funcionamiento de cinemómetros, hemos señalado en el *ATC 193/2004, de 26 de mayo*, que "gozan de una presunción iuris tantum de veracidad siempre que dichos aparatos hayan sido fabricados y hayan superado los controles establecidos por la normativa técnica vigente en cada momento, y así resulte acreditado, además, mediante las correspondientes certificaciones de naturaleza técnica" (FJ 5).

La referida presunción puede, lógicamente, ser destruida mediante la práctica de las pertinentes pruebas. "Ahora bien, dada la peculiar naturaleza de este tipo de aparatos, caracterizados por su gran precisión y fiabilidad desde un punto de vista técnico, y los exhaustivos controles técnicos a los que reglamentariamente están sometidos para asegurar su satisfactoria operatividad (y que el art. 2 de la indicada Orden de 11 febrero

de 1994 enumeraba: "aprobación de modelo", "verificación primitiva", "verificación después de reparación o modificación" y "verificación periódica"), es necesario, para que la práctica de la prueba solicitada resulte pertinente, que existan unas dudas mínimamente razonables sobre la corrección de su funcionamiento, por, entre otros supuestos imaginables, resultar de manera evidente una manipulación externa del aparato. No constituye, sin embargo, una duda razonable para poner en cuestión la fiabilidad de este tipo de dispositivos la simple apreciación del conductor, sin ningún tipo de corroboración mínimamente objetiva, de que según el velocímetro de su vehículo circulaba a una velocidad inferior a la señalada en el cinemómetro" (FJ 5 del mencionado ATC 193/2004, de 26 de mayo). "

Se plantea, sin embargo, por la parte la forma de aplicación del denominado margen de error -que la actora cifra en un 7%, según dispone el Anexo III, 4. c) de la Orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio de 26 de noviembre de 2010 nº ITC 3123/2010 que recoge el Certificado de Verificación ("para ensayos en carretera, tráfico real", según reza la norma), desde dispositivos móviles como era el que permitió captar la imagen. Si aplicamos ese margen de error del 7% a los 113 km/hora denunciados el margen es del 7,91 km/hora, quedando la velocidad en 105, por debajo de los 110 con lo cual la infracción debería ser calificada como grave en lugar de muy grave, procediendo en consecuencia una sanción de tan solo multa de 100 euros en lugar de la de 300 con detracción de dos puntos del carnet. Pues bien, la actora afirma que sobre la velocidad que le fue detectada de 113 Km/hora debe aplicarse el margen de error en menos de un 7%. La demandada defiende que tal margen de error no se aplica a posteriori, pues el propio aparato cinemómetro ya computa ese margen de error al emitir el resultado.

La cuestión en este caso no carece de importancia, toda vez que en el caso de que se aplique una reducción del 7 por ciento a la velocidad que arroja como resultado el cinemómetro, la velocidad del vehículo a tener en cuenta a efectos de tipificar la infracción sería inferior a 110 Km/h y conforme al cuadro de sanciones y puntos del Anexo IV del R.D. Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el texto articulado de la Ley sobre Tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, y teniendo en cuenta el límite de velocidad existente en el tramo de 80 Km/hora, comporta una sanción grave con multa de 100 Euros y sin pérdida de puntos, frente a la sanción de 300 Euros y pérdida de 2 puntos impuesta.

En materia penal, cuyos principios son aplicables *mutatis mutandi* al derecho sancionador, la doctrina de los Tribunales entiende que el porcentaje de margen de error se aplica a la velocidad detectada por el cinemómetro, sin que se entienda que en el resultado final se incluye el margen de error contemplado en la norma -lo que en definitiva implicaría que el cinemómetro emitiera un doble resultado: el primero con la medición y el segundo con la medición corregida con el margen de error, lo que de la Orden ITC antes citada no se deduce al exponerse el funcionamiento del aparato en cuestión. Por otro lado, el margen de error puede ser en más o en menos, sin que el cinemómetro conste que se halle programado para discernir en qué casos ha de aplicar uno u otro criterio-. Así lo aplica, v.gr., la *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 18 de enero de 2013 y la sentencia de la AP de Murcia 47/2015, de 26 de enero, recurso 3/2015*, entre otras.

Por su parte, la Circular 10/11, de 17 de noviembre, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de Seguridad Vial, alegada por la actora, recoge en su apartado IV.5:

La configuración del delito como de peligro abstracto, y la generalizada detección de estos delitos por los llamados radares, ha de llevar a los Sres. Fiscales a velar de modo particular por el respeto a las garantías procesales de los imputados (*art. 773.1 p 1.º LECr*). En concreto implica la obligación de tener en cuenta el cómputo del margen normativo de error en los radares y comprobar la sumisión estricta de los utilizados a la normativa metrológica.

En consecuencia los Fiscales darán instrucciones a la Policía Judicial para que en los atestados conste de modo exhaustivo la documentación y datos del cinemómetro utilizado, de modo que se pueda comprobar el cumplimiento de las exigencias metrológicas y el cálculo del margen normativo de error regulado en la OITC 3123/2010. Todos los supuestos de hecho (si es radar fijo o móvil, fecha de aprobación de modelo, tiempo de utilización desde su puesta en funcionamiento, reparación, etc.) que fundan el cálculo del error y que seguidamente se recogen, han de incluirse en el atestado inicial o en ampliación posterior.

Cuando por ausencia de datos exigidos por la OITC, e imposibilidad de aportarlos tras los oportunos esfuerzos, no sea posible el preciso cálculo, utilizarán el máximo porcentaje de error contemplado en la norma (en este sentido la jurisprudencia consolidada de Audiencias, entre otras muchas *SSAP Lleida 28 de diciembre 2010 y Barcelona de 17 de enero de 2011*).

La Orden ITC/3123/2010, de 26 de noviembre por la que se regula el control metrológico del Estado de los instrumentos destinados a medir la velocidad de circulación de vehículos a motor en su art. 15 a la hora de regular los errores máximos permitidos tras la verificación periódica remite a lo dispuesto en el art. 3, que a su vez se remite a los anexos II, III y IV de la norma: En nuestro caso resulta de aplicación el anexo III (requisitos esenciales específicos para los cinemómetros destinados a medir la velocidad instantánea de circulación de los vehículos de motor desde emplazamientos estáticos o a bordo de vehículos), y en concreto en el punto 4 (errores máximos permitidos) letra c) (en verificación periódica) donde consta que la instalación si es fija o estática tiene un margen de error de 5% km/h para velocidades inferiores a 100, margen que se incrementa a 7% km/h si la instalación es móvil para velocidades superiores a 100. Pues bien lo que admite la norma, y como no podía ser menos, el certificado de verificación periódica en este caso presentado, es que, para que el cinemómetro pueda ser utilizado con plenas garantías de funcionamiento, haya superado los controles periódicos a los que debe estar sometido entre cuyos requisitos está el de que los márgenes de error en las pruebas a las que periódicamente se somete no superen los límites que ya hemos enunciado. Si superan tales límites de margen de error deben ser retirados y no ser utilizados. Por tanto un aparato que haya superado las pruebas tiene siempre el condicionante en su uso de que la detección que realiza tiene un margen de error que no puede superar determinados límites. Esos márgenes de error que hacen, a pesar de los mismos, su uso como tolerable es un dato incuestionable que no se puede salvar por muchas interpretaciones voluntaristas que quieran hacerse sobre la utilización del instrumento de control. Existe un riesgo de equivocación permisible pero dentro de determinados márgenes y con ese riesgo aceptable se utilizan los aparatos. Estos márgenes de error cuestionan pues la fiabilidad de las mediciones hasta donde llega el margen de error tolerable. Luego si se está permitiendo el uso del aparato aceptando que tiene errores, nos preguntamos cómo no se puede dudar de sus resultados y hacer la deducción de esos márgenes. Encontramos, pues, en la propia norma y en los controles de verificación a los que se someten, el propio marco regulador que permite el error. Así si se permite el uso de un aparato que tiene determinados fallos pero limitados no existe un argumento válido para que después en los resultados concretos de las mediciones no se puedan aplicar los márgenes que la norma consiente. Es una deducción completamente lógica y válida.

Ahora bien, la siguiente cuestión que debemos discernir es si nos creemos la afirmación de la demandada de que al plasmarse la velocidad infractora en el correspondiente boletín, la deducción de márgenes de error ya está hecha, ajustándose a lo que establecen las normas de control y las verificaciones periódicas. A juicio de la Sala, es algo que solo tendría credibilidad si a la fotografía del vehículo en cuya parte superior aparece la pantalla del cinemómetro donde se plasma la velocidad detectada, se le restasen los márgenes del 5% o 7% reglamentarios. A la Sala no le cabe duda que esa velocidad fidedigna que sale en la pantalla del cinemómetro no es la real sino dentro de los límites del error admitidos ya que es lógico suponer que no existe una programación de los aparatos para que ya lleven inserto en sus cálculos tales márgenes cuando se les permite funcionar con ellos, o por lo menos esa corrección no consta. La consecuencia debe ser, pues, que si a esa velocidad de la pantalla no se le ha detruido el margen de error tolerable, el interesado y en este caso el Tribunal debe hacerlo por permitirselo la norma.

En nuestro caso la pantalla refleja una velocidad de 113- folio 15 del expediente- y en la denuncia se estampa esa misma velocidad. Al no haberse practicado la sustracción pertinente no podemos aceptar tal hecho como probado.

De lo anterior se colige que asiste la razón a la parte recurrente en este punto, sin que por la demandada se haya presentado prueba de contenido técnico alguna que confirme lo contrario, por lo que la infracción concretamente imputada no puede entenderse cometida al ser la velocidad a la que circulaba el conductor inferior a la contemplada en la denuncia por la que se le impuso la sanción con pérdida de puntos discutida, sin poder discernir la Sala la que sería procedente porque en el recurso se pide la nulidad del acto sin más contemplaciones y lo pedido es ajustado a derecho al no merecer la gravedad de los hechos una sanción de la entidad y categoría como la que se asignó o impuso.

El recurso debe estimarse.

CUARTO.- En materia de costas, a tenor del contenido del *art. 139.1 LRJCA* vigente al momento de la interposición del recurso, procede la imposición de las costas de la instancia a la parte demandada apelada al estimarse las pretensiones de la actora, sin hacer pronunciamiento en cuanto al pago de las de esta segunda instancia al ser la sentencia estimatoria de las pretensiones de la apelante.

Vistos los artículos citados y demás de general y común aplicación,

FALLAMOS



1.º Estimamos el recurso de apelación interpuesto.

2.º Revocamos la sentencia apelada.

3.º Anulamos los actos administrativos recurridos.

4.º Dejamos sin efecto la multa y la pérdida de puntos decretada.

5.º Imponemos las costas de la instancia a la parte apelada demandada y sin hacer pronunciamiento en cuanto al pago de las de esta instancia.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia no procede la interposición de recurso ordinario alguno.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Miguel Ángel Narváez Bermejo, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a veintitrés de **no** viembre de dos mil quince.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ