000498/2018

Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2018.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Llegan a conocimiento del Tribunal estos autos caratulados "**SUPERMERCADO J. en autos "MCR – OFICINA DEFENSA DEL CONSUMIDOR c/ SUPERMERCADO J. s/ Presunta Infracción" s/ Recurso de Apelación**" Expte. N° 498/2018, venidos de la Oficina de Defensa del Consumidor, dependiente de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia; en virtud del recurso de apelación interpuesto y fundado por C. S.A. a fs. 54/56 vta., en contra de la resolución de fs. 49/52.

I. En la resolución en crisis, la Oficina de Defensa del Consumidor sancionó a la firma C. S.A. con una multa de $150.000 por infracción al inciso 1° del artículo 12 de la Ley 22.802, los artículos 7 y 8 de la Ley 24.240 y el artículo 5 de la Ordenanza Municipal 11.482/14.

Para resolver del modo en que lo hizo, la Administración indicó que "en virtud de la compra virtual realizada por los inspectores… durante la inspección de fecha 20/08/2018, se verifica… diferencia de precio" en "Shampoo I. S. G.", "Jabón J.", "Fresh C." y "Whisky T. F.".

Aclara la Oficina que "si bien la diferencia de precios constatada entre los productos exhibidos en góndolas y los cobrados en línea de cajas recae sobre un total de cuatro productos, debe ponderarse que el procedimiento denominado "compra virtual" se llevó a cabo sobre un total de 35 productos… lo que arroja un 11,4% de incumplimiento entre los precios ofrecidos y los que verdaderamente se cobran en línea de cajas".

Asimismo, añade que "… debe destacarse la posición de la empresa en el mercado local, la cantidad de consumidores que sus instalaciones pueden albergar y la cantidad de productos que comercializa, estimados en

la cantidad de 36.000, lo que permite inferir en base al porcentaje deducido de las actuaciones de fs. 07, que la cantidad de productos en los cuales podría presentarse el mismo incumplimiento asciende a 4104…".

De este modo, la Administración indica de que modo "al ampliar el espectro y considerarlos en su conjunto, adquiere gran entidad y reportan beneficios económicos injustificados a una gran empresa en perjuicio de todos y cada uno de los consumidores…".

En contra de la decisión antes indicada, la firma sancionada interpone y funda recurso de apelación; a efectos que este Tribunal la revoque.

En subsidio solicita la reducción del monto de la multa.

En el primer agravio, se afirma que la sanción impuesta debe ser revocada, puesto que la resolución en crisis no fue suscripta por el director de la Oficina del Consumidor.

En el segundo agravio, la recurrente cuestiona la constitucionalidad del artículo 5 de la Ordenanza 11.482/14; puesto que, a su criterio, la imposición de la obligación de contar con determinada cantidad de cajas abiertas en el local comercial vulnera "la más elemental libertad que garantizan los artículos 14 y 15 de la Constitución Nacional".

En el tercer agravio, la apelante cuestiona "que el sumariante haga una extrapolación insólita, carente del más mínimo fundamento en la realidad o en evidencias de ningún tipo, pretendiendo valerse de endebles cálculos matemáticos para –dice- adivinar la cantidad de productos en infracción sin hacer comprobación alguna".

El proceder indicado en el párrafo anterior resultar ser, a criterio del apelante, groseramente violatorio de los artículos 17 y 18 de la Constitución Nacional.

Luego, en el cuarto agravio se cuestiona que la Oficina haga "uso y abuso de manera particular de "la posición dominante de la empresa en el mercado" para justificar el monto irrisorio de la multa".

Al respecto, alega que "la ley de Defensa de Consumidor no habilita a la Administración a elegir arbitrariamente el criterio que más le convenga para alcanzar el valor más elevado posible…".

En este sentido, explica que "tomar el formidable tamaño de un comercio como agravante y, a la vez, agravar doblemente acusándolo de reincidente cada vez que hay algún precio mal puesto, implica admitir que a la Administración no le interesa aplicar el efecto correctivo de la ley dentro de lo humanamente posible, sino que solo buscar razones para imponer la multa más alta posible".

Añade que "nada tiene que ver la posición de la empresa en el mercado con las razones que motivaron la resolución aquí impugnada".

Por último, en el quinto agravio postula que "el monto de la multa no guarda correlación alguna con el criterio de razonabilidad que ha de permear las decisiones de la Administración".

Finalmente, y en lo que a la imposición de costas se refiere, peticiona que –en el supuesto de ser admitido el recurso- queden a cargo de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia y no en el orden causado.

II. Dado el tenor del primer agravio, este Tribunal, a fs. 65 ordenó que se le informe en razón de cual cargo, designación o título el Dr. Roberto Oscar Arias suscribe la resolución en crisis.

A fs. 70 la Municipalidad de Comodoro Rivadavia acompaña copia de la resolución 3985/15 por medio de la cual, en los términos de la Ordenanza Municipal N° 12.055/15 (la cual creó nuevas secretarías y subsecretarías incluidas dentro de la organización

político administrativa del Poder Ejecutivo Municipal) y la Resolución 3828/15 (por medio de la cual se designaron a los titulares de dichas carteras), y a efectos de "llevar adelante los distintos programas y proyectos de gestión"; nombró al Dr. Roberto Oscar Arias, en el cargo de "Coordinador de la Oficina de Defensa del Consumidor".

III. A efectos de resolver el primer agravio, se debe recordar que el Consejo Deliberante de esta ciudad, mediante Ordenanza N° 6758/09 adhirió a la Ley 24.240 y delegó en el Poder Ejecutivo Municipal la designación de la autoridad de aplicación.

Luego, mediante Resolución 1480/01 el señor Intendente dispuso la creación de la Oficina de Defensa del Consumidor como "autoridad de aplicación de la ordenanza 6.758/99 y de las leyes nacional 24.240 y provincial 4.219, en el ámbito de la competencia material y territorial de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia".

El citado organismo, como consecuencia de la Resolución 250/02, depende jerárquicamente de la Subsecretaría de Gobierno de la Secretaría de Gobierno y Función Pública.

En la actualidad el Director General de la Oficina de Defensa del Consumidor –tal como se desprende de la Resolución 1237/06- es Hugo Salgado; motivo por el cual, aquello que se debe determinar es sí quien ostenta un cargo de coordinador se encuentra facultado para ejercer funciones jurisdiccionales en el ámbito municipal.

En este menester, no es posible soslayar algunas circunstancias.

La citada resolución 1237/06 brinda un esquema de cómo se encuentra funcionalmente organizada la Oficina de Defensa del Consumidor y, de su lectura,

se advierte que la tarea de “resolución de sumarios” se encuentra en el ámbito de la Dirección de la Oficina.

Asimismo, si bien se prevé el cargo de Profesional adjunto; no ocurre lo mismo con el de “coordinador”.

Por último, se debe destacar que la designación de Arias se ha fundado en el artículo 97 de la Carta Orgánica Municipal; el cual prevé el modo de nombrar Secretarios de Gobierno en el ámbito del Poder Ejecutivo Municipal.

Ahora bien, a tenor de lo normado por el artículo 54 y siguientes de dicha norma y lo consignado en el primer considerando de la Resolución 3985/15, es posible encuadrar el nombramiento que nos ocupa dentro de los llamados cargos con funciones ejecutivas para la “coordinación de programas y proyectos o similares”.

En consecuencia, es posible concluir que el funcionario que suscribe por la Oficina de Defensa del Consumidor la resolución en crisis fue nombrado para “llevar adelante los distintos programas y proyectos de gestión”; dentro de lo cual, en modo alguno puede considerarse incluido la decisión de expedientes administrativos y la imposición de una sanción.

Aclarado todo lo anterior, la doctrina enseña que “el concepto de voluntad en el acto administrativo no tiene sino una lejana relación con el concepto de voluntad en el derecho civil. La voluntad del acto administrativo es la voluntad del funcionario en algunas hipótesis, pero no en todas; de allí se sigue que los vicios de la voluntad podrán en algunos casos encontrar referencia a la voluntad psíquica del funcionario, pero que en otros existirán con prescindencia de la manifestación de voluntad de dicho individuo… Los vicios de la voluntad, por lo tanto, pueden aparecer tanto en la declaración misma, objetivamente considerada, como en el proceso de producción de dicha declaración, como,

por fin, en la voluntad psíquica del funcionario que produjo la declaración…” (Gordillo, Agustín “Tratado de Derecho Administrativo”, Tomo III)

Siguiendo esta línea argumental, es posible afirmar que el vicio denunciando en el recurso interpuesto se encuentra relacionado con la expresión de la voluntad del acto administrativo en crisis; considerada desde un punto de vista objetivo.

Esto es, en cuanto a su proceso de emisión.

El citado autor, a la hora de analizar el vicio que nos ocupa, explica que una de las formas en las que se manifiesta es el supuesto denominado “funcionario de hecho”; en el cual este ejerce sus funciones “con apariencia de legalidad”.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de señalar que “en nuestro sistema jurídico positivo no puede existir supuesto alguno de función ´de facto´, ya que, incluso en las hipótesis posibles del denominado ´funcionario de hecho o de facto´, su constitución admisible sólo puede partir de la preexistencia del cargo, siempre creado por ley" (énfasis agregado). También nos enseña Marienhoff que "Sólo el Estado, a través de sus instrumentos jurídicos (leyes formales o materiales), puede crear cargos, empleos o funciones públicas. De manera que el cargo, empleo o función deben hallarse establecidos en una norma. Se ha dicho con acierto que si puede haber un funcionario de "facto", nunca puede haber un cargo de "facto". El "cargo" debe estar vigente. Si la función no existe, no puede hablarse de "funcionario", sea éste de jure o de facto. Más aún: el hecho de que la función no exista basta para afirmar que el problema que se planteare está fuera del terreno de la doctrina de facto, la cual requiere una función de "jure" (CCadm, 2° Nominación de Córdoba “Monjes, Mario M. c. E.R.S.E.P. s/ p. j.”, 19/02/2013, Cita Online: AR/JUR/2048/2013)

Como se puede colegir, en la resolución apelada se verifica un vicio que afecta uno de los elementos esenciales del acto administrativo; toda vez que quien la ha suscripto no ejerce un cargo que incluye la potestad de decidir sumarios administrativos e imponer sanciones en el ámbito de la Autoridad de Aplicación de la Ley 24.240.

En consecuencia, corresponde admitir el agravio, hacer lugar al recurso de apelación y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Resolución ODC MCR 372/2018.

Lo decidido en el párrafo precedente determina que resulten abstractos los demás cuestionamientos introducidos a fs. 54/56 vta.

IV. Respecto de la imposición de costas, toda vez que aquello que motivara la actuación de la Administración está dado, en parte, por la ausencia de precio en los productos indicados a fs. 10/20; no se advierte mérito para acceder a lo peticionado.

Por lo cual, las costas se imponen en el orden causado.

Se regularán los honorarios profesionales teniendo en cuenta la naturaleza del proceso, el mérito de la labor desarrollada, el éxito obtenido, de conformidad a las pautas orientadoras de la ley de aranceles, porcentuales y mínimos establecidos en los arts. 5, 6, 13, 32 y 46 Ley XIII N° 4 y N° 15)

Por ello, la **Sala B** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia, **RESUELVE:**

1) Hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por C. S.A. y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Resolución ODC MCR 372/2018 y de todos los actos que sean su consecuencia.

2) Imponer las costas de esta instancia en el orden causado.

3) Regular los honorarios del Dr. P. N. F., letrado apoderado de la recurrente, en la suma equivalente a 8 Jus; con más I.V.A. en caso de corresponder.

4) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

RICARDO RUBEN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
Presidenta

MARIA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2018
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

MARCELO ANDRES NICOTERA
Secretario de Cámara