000531/2018

Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2018.

VISTOS Y CONSIDERNADO:

Estos autos caratulados: **"N. S.A. en autos: "MUNICIPALIDAD DE COMODORO RIVADAVIA c/ N. S.A. s/ Presunta Infracción" s/ Recurso de Apelación" Expte. N° 531/2018,** 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 N. S.A. a fs. 39/44, en contra de la resolución N° 417/18 de fs. 32/34vta.

I.- En la resolución en crisis, la Oficina de Defensa del Consumidor, en lo sustancial, sancionó a la firma N. S.A. con multa de $50.000, por infracción formal al art. 12 inc. I) de la ley 22.802 y a los arts. 7° y 8° de la ley 24.240; con más la suma de $400 en concepto de publicación.

Como fundamento de la decisión, la Oficina de Defensa del Consumidor dijo que, tratándose de una infracción formal a los arts. 7° y 8° de la Ley 24.240 y al art. 12 in. I) de la Ley 22.802, corresponde aplicar una sanción graduada en la que se ha de tomar en cuenta el descargo efectuado, la posición de la empresa en el mercado, el carácter de reincidente, el grado de intencionalidad, los perjuicios derivados de su conducta y las circunstancias relevantes del presente hecho conforme lo establece el art. 49° de la Ley N° 24.240, art. 6° inc. d) de la Ley VII N° 22 y art. 4° de la Ordenanza N° 6758/99.

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

Precisa como agravios los siguientes: 1) Incompetencia del órgano para sancionar en el marco de la ley 22.802. Considera que la Oficina Defensa Consumidor tiene aptitud sólo para intervenir en cuestiones atinentes a la defensa del consumidor y no en aquéllas que hacen a la lealtad comercial.

2) Defectuosa aplicación del derecho. Dice que inicialmente se le imputó infracción al art. 12 inc. I) Ley 22.803 pero la imposición de la multa cuestionada fue justificada en los arts. 7 y 8 ley defensa consumidor y art. 12 inc. I) Ley 22.802.

3) Por último y subsidiariamente solicita la morigeración de la sanción.

II.- El artículo 33 de la Ley I N° 18 establece que los actos de la administración cuando fueran dictados "prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legal establecido para ello" son nulos de pleno derecho; esto es, sin necesidad de pronunciamiento judicial (Belluscio, Augusto César "Declaración de oficio de la nulidad", E.D. 95, 1992, 785).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "las nulidades en el Derecho Administrativo, como en el Derecho Civil, se consideran respecto de los distintos elementos que concurren a la formación del acto considerado, esto es, a la competencia del funcionario que lo otorgó, al objeto o finalidad del mismo y a las formas de que debe hallarse revestido… la omisión de aquellos requisitos de carácter formal prescriptos por las leyes y los reglamentos, constituirían otras tantas causas esenciales de invalidez en la apreciación y examen de un acto administrativo" (Fallos 190:142)

En línea con ello, la doctrina enseña que existen supuestos en los cuales, ante la verificación de un "vicio grosero" en el acto administrativo se lo debe descalificar como tal; y, por ello –entre otras circunstancias- puede ser declarado de oficio (Gordillo, Agustín "Sistemas de Nulidad del Acto Administrativo).

Definido el marco conceptual precedente, de la lectura de la resolución en crisis se advierte que la misma, si bien lleva la firma del coordinador de la Oficina de Defensa del Consumidor, Dr. Roberto Oscar Arias (conf. Resolución 3985/15), no posee la del director de dicha Autoridad de Aplicación.

Sentado lo anterior, la Resolución 1237/06 atribuyó la competencia relativa a la "resolución de sumarios" en la persona que ejerce la dirección y no la coordinación.

Al respecto, 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).

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).

En consecuencia, la resolución en crisis, en los términos del artículo 33 de la Ley I N° 18 resulta

nula de pleno derecho como consecuencia del vicio señalado en los párrafos precedentes.

Lo que aquí se decide resulta ser sustancialmente análogo a lo resuelto por el Tribunal en S.I. N° 189/2018.

III.- La presente resolución en modo alguno debe ser interpretada como un desconocimiento de los derechos que la Constitución Nacional y la legislación dictada en su consecuencia le reconocen al denunciante en su condición de consumidor; y no constituye un obstáculo para que la Autoridad de Aplicación dicte nuevo pronunciamiento acorde a la normativa vigente.

IV.- Lo indicado en el punto anterior torna abstracto el tratamiento de los agravios.

V.- Dado que la presente decisión se ha adoptado de oficio, 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) Declarar de oficio la nulidad de la resolución ODC MCR N° 417/2018 de fs. 32/34vta. y de todos los actos que sean su consecuencia.

2) Imponer las costas en el orden causado.

3) Regular los honorarios de la Dra. S. M. SM, en la suma equivalente a 8 Jus; con más I.V.A. en caso de corresponder.

4) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES GARCÍA BLANCO
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES
Presidenta

MARÍA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

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

MARÍA MAGDALENA CONSTANZO
Secretaria de Cámara