Comodoro Rivadavia, de noviembre de 2018.

VISTO Y CONSIDERNADO:

Llegan a conocimiento del Tribunal estos autos caratulados "**E. – C. en autos: "B., J. A. c/ E. – C. s/ Reclamo s/ Recurso de Apelación"** Expte. N° 546/2018, 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. 51/56, en contra de la resolución de fs. 44/49.

I. En la resolución en crisis, la Oficina de Defensa del Consumidor, en lo sustancial, rechazó los planteos de caducidad y cosa juzgada y sancionó a C. S.A. con multa de $ 200.000, por infracción al artículo 5 de la ley 24.240; con más la suma de $ 400 en concepto de publicación.

Como fundamento de la desestimación de la excepción de cosa juzgada, la Administración señaló que la sentencia dictada por este Tribunal declaró la nulidad del Acta N° 461; por lo cual, la Autoridad de aplicación se encuentra facultada a sanear el proceso y a determinar su continuidad.

En lo que a la caducidad se refiere, indicó que la Resolución N° 1480/01 estableció el procedimiento a seguir; la cual, no prevé plazo para la tramitación.

Sobre dicha premisa, concluyó que el plazo para aplicar una sanción es de 3 años.

Sobre el fondo de la cuestión, la Oficina de Defensa del Consumidor dijo que, al resultar de aplicación un factor objetivo de atribución y "corroborada la producción del evento dañoso en el lugar –local comercial- producto de la caída de una escalera de grandes dimensiones… y no aportando la

mínima prueba en su favor” no es posible eximirla de responsabilidad.

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

En primer lugar se agravia por la decisión de la Oficina de volver a abrir un expediente “en el que ya existe cosa juzgada”.

Con fundamento en el Pacto de San J. de Costa Rica, entiende conculcado el principio non bis in idem.

Alega que “la más cabal muestra de que la nueva imputación es una mera pantomima del debido proceso es que ni siquiera se ha hecho esfuerzo investigativo adicional alguna…”.

En segundo lugar, se agravia de la continuación del proceso y de la imposición de la multa, a pesar de encontrarse “fenecido el plazo de caducidad previsto en la legislación provincial”.

En tercer lugar, a la recurrente le causa agravia la multa impuesta.

La parte sostiene que la Oficina “ponderó –a los fines de hacer más gravosa la multa- el descargo efectuado y su actitud reticente”; lo cual, a su criterio, violaría lo normado por el artículo 10 del Código Civil y Comercial.

En su cuarto agravio, dice que la Oficina dejó de lado “la razonabilidad y la legalidad”; y cuestiona que la multa impuesta haya aumentado de $ 100.000 a $ 200.000.

Por último, solicita que las costas sean impuestas en la Municipalidad.

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, A. 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 de fs.44/49 y de todos los actos que sean su consecuencia.

2) Imponer las costas en el orden causado.

3) Regular los honorarios del Dr. P. N. F., 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 BLANCO
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCIA
Presidenta

MARIA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

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

MARCELO ANDRÉS NICÓTERA
Secretario de Cámara