000615/2018

Comodoro Rivadavia, de febrero de 2019.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Llegan a conocimiento del Tribunal estos autos caratulados "**C. A. S.A. en autos: "MCR – OFICINA DEFENSA DEL CONSUMIDOR c/ COMERCIAL A. S.A. s/ PRESUNTA INFRACCIÓN" Expte. MCR 1.074/18 s/ Recurso de Apelación**" Expte. N° 615/2018, 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. A. S.A. a fs. 19/20 vta., en contra de la resolución de fs. 15/17 vta.

I. En la resolución en crisis, la Oficina de Defensa del Consumidor, en lo sustancial, sanción a la firma C. A. S.A. con una multa de $ 100.000 por infracción formal al artículo 4° de la Ordenanza MCR N° 9.422/09 y su Resolución Reglamentaria 3.027/12; con más la suma de $ 400 en concepto de publicación.

Para resolver del modo precedentemente indicado, la Administración dijo que en los folletos que obran a fs. 1/2 "la firma imputada no incluyó la información dirigida a los potenciales consumidores a efectos de hacerles conocer el domicilio, teléfono y correo electrónico" de la Oficina de Defensa del Consumidor.

La firma sancionada interpuso, en contra del acto antes referenciado, recurso de apelación; a fectos que este Tribunal la revoque.

Como fundamento de su pretensión alega que "la Resolución MCR ODC 527/18 adolece de un importante defecto, ya que es suscripta por personal dependiente de la Oficina de Defensa del Consumidor, pero no por alguno de sus Directores".

Sobre dicha premisa manifiesta que la resolución en crisis "debió ser suscripta por el Director de la Oficina de Defensa del Consumidor, quien resulta tener la competencia".

Con respecto al fondo de la cuestión, dice que "no existió dolo…" y que "ante las manifestaciones de la autoridad de aplicación se procedió a sustituir los folletos en cuestión por los correctos…".

Precisa la existencia de un error de logística.

Luego, dice que la multa de $100.000 resulta desproporcionada.

II. 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 1895/18, depende jerárquicamente de la Subsecretaría de Fiscalización, 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 resolución 1204/06 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 en el ámbito de la Oficina de Defensa del Consumidor e imponer sanciones por incumplimiento a 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 527/2018.

Lo decidido en el párrafo precedente determina que resulten abstractos los demás cuestionamientos introducidos a fs. 19/20 vta.

Lo que aquí se decide, sustancialmente análogo a lo resuelto por esta Sala en S.I. N° 189/2018, 194/2018, 193/2018, 195/2018; en modo alguno se ve afectado por el Memorandum remitido por el señor Subsecretario de Fiscalización, Secretaría de Gobierno y Función Pública de fecha 7 de agosto de 2018; puesto que dicho funcionario carece de facultades para alterar la distribución de facultades realizada por el Intendente Municipal en la ya citada resolución 1204/06. (conf. Sala A S.I. N° 234/2018)

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. 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. A. S.A. y, en consecuencia, declarar la nulidad de la Resolución ODC MCR 527/2018 y de todos los actos que sean su consecuencia.

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

3) Regular los honorarios de los Dres. C. S. K. y P. N., letrados apoderados de la recurrente, en conjunto, 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
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
Presidenta

MARIA FERNANDA ZANATTA
Jueza de Cámara

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2019
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS

MARCELO ANDRÉS NICÓTERA
Secretario de Cámara