000614/2018

Comodoro Rivadavia, de marzo de 2019.

VISTOS Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"R. P. S.A. en autos: "MCR OFICINA DEFENSA DEL CONSUMIDOR c/ H. A. p/ INFRACCION (Expte. N° 1293/2018 ODC) s/ RECURSO DE APELACION" Expte. N° 614/2018,** en trámite ante esta Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia.

I.- Las presentes actuaciones vienen a ésta instancia por haber interpuesto y fundado a fs. 21/29 vta., R. P. S.A., recurso de apelación contra la Resolución N° 556/2018 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, de fs. 14/16vta.

En dicha resolución, la Oficina de Defensa del Consumidor, sanciona a R. P. S.A. –H. A.-con una multa de $10.000 por infracción a los artículos 1° inc. a) y e) de la Ordenanza MCR N° 9422/09 y su resolución reglamentaria MCR N° 3.027/12; con más la suma de $400 en concepto de publicación de la decisión (Ley 24240 y art. 6 inc. e) de la Ley VII N° 22 y art. 4 Ordenanza N° 6758/99).

II.- El recurrente en su memoria de fs. 21/29vta., señala que la normativa invocada Ordenanza N° 9422/2009 es ilegítima porque traslada deberes propios del Estado, como es la publicidad de las normas que dicta a los particulares y dispone de sus espacios públicos, sin previa expropiación. Sostiene que no existió intención dolosa en la omisión de publicitar los textos de la Ordenanza MCR N° 9.422/09 respecto de bienes y servicios, tampoco se generó riesgo alguno en la persona o los bienes del presunto consumidor. Asevera que la citada normativa es por demás excesiva en su regulación,

extralimitándose a lo normado en los arts. 7 y 8 de la ley 24.240, conforme la prelación de las normas contenidas en el art. 31 de la Constitución Nacional. Solicita se proceda a reducir la sanción aplicada a su mínimo legal toda vez que es irrazonable, excesiva y falta explicitar los fundamentos en su determinación. Hace reservas del caso federal, de recurrir ante la CIDDHH y de demandar a la provincia del Chubut.

III.- Puestos a la consideración de la resolución cuestionada, se advierte interesado el art. 33 de la Ordenanza N° 485/76 de procedimiento administrativo municipal que establece que los actos administrativos son nulos de pleno derecho cuando: a) son dictados por órganos manifiestamente incompetentes y c) los dictados prescindiendo total o absolutamente del procedimiento legal establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

Asimismo, 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).

Esta Cámara de Apelaciones, en sus dos integraciones, siguiendo la doctrina impuesta por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en anteriores pronunciamientos ha señalado 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. Citado en S.I. N° 195/2018 Sala B y S.I. N° 234/2018 y N° 5/2019 Sala A).

En este sentido se ha dicho que en supuestos en los cuales la existencia de un "vicio grosero" en el acto administrativo lo descalifica como tal; pudiendo ser declarado de oficio (Gordillo, Agustín "Sistemas de Nulidad del Acto Administrativo. Fallo citado).

De la lectura de la resolución en crisis surge que, si bien lleva la firma del coordinador de la Oficina de Defensa del Consumidor, Dr. R. O. A. (conf. Resolución 3985/15), no posee la del director de dicha Autoridad de Aplicación. Cabe destacar que la Resolución 1204/06 atribuyó la competencia relativa a la "resolución de sumarios" en la persona que ejerce la dirección y no la coordinación.

Los presupuestos esenciales del acto son que sea dictado por el órgano competente, la causa, el procedimiento y la voluntad como manifestación final de la administración.

El acto administrativo debe producirse conforme el procedimiento establecido por las respectivas normas, siendo aquél el conjunto de trámites y diligencias que preparan, forman o ejecutan un acto administrativo que exteriorizará la voluntad o decisión administrativa (ver Tomás Hutchinson. Director. "Tratado Jurisprudencial y Doctrinario" Derecho Administrativo Medios de Actuación Jurídico Administrativa. Tomo I págs 60,61 y ss.LA LEY).

En este sentido, se sostuvo 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…" (SI n° 195/18 citada).

Se ha dicho que una de las formas en las que se manifiesta el vicio que nos ocupa', es el supuesto denominado "funcionario de hecho"; en el cual este ejerce sus funciones "con apariencia de legalidad".

En este mismo sentido, la jurisprudencia sostiene que "en nuestro sistema jurídico positivo no puede existir supuesto alguno de función de hecho, 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". El autor Marienhoff afirma que: "Sólo el Estado, a través de sus instrumentos jurídicos (leyes formales o materiales), puede crear cargos, empleos o funciones públicas, de manera tal que el cargo, empleo o función deben, hallarse establecidos en una norma. Por ello, se sostiene que si bien puede existir un funcionario de hecho, no puede haber un cargo de hecho; el cargo debe estar vigente y si la función no existe no puede hablarse de funcionario, sea de jure o de hecho (Sala B SI 195/18, SI n°189/18, entre otras).

Repárese que el memorándum remitido por el Sr. Subsecretario de Fiscalización, Secretaría de Gobierno y Función Pública de fecha 7 de agosto de 2018, en modo alguno suple la norma legal que pone en cabeza del Director de la Oficina de defensa del consumidor la función de resolver y firmar las resoluciones que emita el organismo (conforme Resolución n° 1204/06 citada).

En consecuencia, la resolución en crisis, en los términos del artículo 33 de la Ordenanza N° 485/76 y de la Ley I N° 18 resulta nula de pleno derecho como consecuencia del vicio señalado en los párrafos precedentes, y así se declara de oficio.

IV.- La nulidad que propiciamos no implica desconocer los derechos que la Constitución Nacional y la legislación dictada en su consecuencia le reconocen a los denunciantes, y no constituye un obstáculo para que la Autoridad de Aplicación dicte nuevo pronunciamiento acorde a la normativa vigente.

V.- Lo expuesto precedentemente, torna abstracto el tratamiento de los restantes agravios.

VI.- Las costas de la instancia se imponen en el orden causado (art. 69 y 70 CPr).

Los honorarios profesionales se regulan teniendo en cuenta, la naturaleza del proceso, el mérito de la labor desarrollada, el éxito obtenido y 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 A** de la Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial con asiento en la ciudad de Comodoro Rivadavia,

R E S U E L V E:

1°) Declarar de oficio la nulidad de la Resolución N° 556/18 ODC de fs. 14/16vta. y de todos los actos que sean su consecuencia.

2°) Las costas de la instancia se imponen por su orden.

3°) Regular los honorarios del Dr. J. M. F. C. en la suma equivalente a ocho (8) JUS; con más I.V.A. en caso de corresponder.

4°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

Julio Antonio ALEXANDRE **Fernando NAHUELANCA**

JUEZ de CAMARA **PRESIDENTE**

Silvia Noemí ALONSO

JUEZA de CAMARA

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2019

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS