Comodoro Rivadavia, de abril de 2019.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: "**T. M. A. SA en autos: "MCR-OFICINA DEFENSA DEL CONSUMIDOR c/T. M. A. SA s/ PRESUNTA INFRACCION (Expte N° 1350/2018 ODC)" s/RECURSO DE APELACION"**, expte n° 9/2019, en trámite ante esta Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia.

I.- Las presentes actuaciones vienen por haber interpuesto a fs.23/38, T. M. A. SA recurso de apelación contra la Resolución n° 641/2018 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, de fs.18/21vta.

En dicha resolución, la Oficina de Defensa del Consumidor, sanciona a T. M. A. SA con una multa de $ 100.000 por infracción a los artículos 4 de la Ordenanza MCR n° 9422/09 y su Resolución Reglamentaria n° 3027/12 y 8 de la Ley 24.240; con más la suma de $ 400 en concepto de publicación de la decisión(Ley 24240 y art. 4 Ordenanza n° 6758/99).

II.- El recurrente en su memoria de fs. 23/38, plantea la nulidad del acto administrativo-Resolución- por haber sido dictada con prescindencia del procedimiento legal establecido. Señala que los funcionarios firmantes de la resolución no tienen competencia para decidir el sumario. Destaca que el funcionario competente es el Director de la Oficina del Consumidor. Cita antecedente jurisprudenciales de esta jurisdicción. Solicita se declare la nulidad de la resolución dictada.

En subsidio, plantea la inconstitucionalidad de la Ordenanza n° 9.422/09 y amplía los agravios contra la decisión que impugna.

III.-El artículo 33 de la Ordenanza N° 485/76 de procedimiento administrativo municipal, 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).

Este Tribunal en sus dos integraciones ha señalado en otros pronunciamientos 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" (SCJN Fallos 190:142. Citado en SI n° 195/2018 Sala B. SI N° 234/2018 Sala A).

En dicha oportunidad se dijo 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, lleva la firma de la Asistente legal del Departamento de Sumarios de la Oficina de Defensa del Consumidor, del Asesor Letrado del organismo, Dr. R. O. A. y del Subsecretario de Fiscalización de la Secretaría de Gobierno y Función Pública, organismo del que depende la O.D.C. Ninguno de los funcionarios enunciados 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 otra.

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 y SI n° 234/2018 citadas).

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).

Reparase 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).

Cabe señalar que el vicio detectado no es subsanado por las Resoluciones N° 0076/2019 y N° 0077/2019 de fecha 14 de enero de 2019, que modifican el nomenclador de funciones de la ODC y le asignan al Dr. R. A. la función de Profesional Adjunto del organismo, teniendo a su cargo la función de dar apertura a los sumarios de oficio o avenimientos fracasados, controlar el desarrollo del proceso hasta su finalización, conforme las Ordenanzas n° 6758/99 y Resolución n° 1480/01, requerir y valorar

pruebas, evaluar antecedentes, graduar sanciones y aplicar multas, elaborar y refrendar las resoluciones correspondientes, entre otras; atento que dicha resolución rige para el futuro a partir de la fecha de publicación ante el Boletín Oficial Municipal, siendo de fecha posterior al dictado de la resolución aquí recurrida.

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.

IV.- La presente resolución no significa desconocer 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.

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

VI.- Las costas de segunda 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, 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,

RESUELVE:

1°) Declarar la nulidad de la Resolución N° 641/18 ODC de fs. 18/21vta. y de todos los actos que sean su consecuencia.

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

3°) Regular los honorarios del Dr. I. F. A. en la suma equivalente a 8 Jus; con más I.V.A. en caso de corresponder.

4°) Tener presente la reserva del caso federal de fs.38 vta.

5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

La presente sentencia se firma por dos vocales de Cámara en virtud de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara, Dra. Silvia Noemí Alonso y concordar en la solución del caso (arts. 7 y 8 de la Ley V- N°17).

Julio Antonio ALEXANDRE
JUEZ de CAMARA

Fernando NAHUELANCA
PRESIDENTE

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

INDIANA L. MARINI
Secretaria de Cámara