000045/2019

Comodoro Rivadavia, de mayo de 2019.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"INC SA (C.) EN AUTOS: "MCR-OFICINA DEFENSA DEL CONSUMIDOR c/ INC SA s/ PRESUNTA INFRACCION (Expte N° 1536/2018 ODC)" s/ RECURSO DE APELACION"**, Expte. N° 45/2019, en trámite ante esta Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia.

I.- Las presentes actuaciones vienen por haber interpuesto a fs.22/25vta.,INC SA (C.) recurso de apelación contra la Resolución n° 43/2019 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, de fs.17/19vta.

En dicha resolución, la Oficina de Defensa del Consumidor, sanciona a INC SA con una multa de $100.000 por infracción a los artículos 4 de la Ordenanza MCR n° 9422/09 y 8 de la Ley 24.240; con más la suma de $400 en concepto de publicación de la decisión (art. 47 Ley 24240, 6 inc. e) Ley VII 22 y art. 4 Ordenanza n° 9758/99).

II.- El recurrente en su memoria de fs. 22/25 vta., sostiene que el acto administrativo -Resolución- es inexistente por no cumplir con el requisito esencial de la firma por la autoridad competente. 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 antecedentes jurisprudenciales de esta jurisdicción. Asimismo, critica el quantum de la multa aplicada. Sostiene que no guarda la debida proporcionalidad con la conducta reprochada y carece de razonabilidad. Solicita se revoque la decisión. Hace reserva del caso federal.

III.- Hemos señalado en anteriores pronunciamientos que 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).

Lo expuesto evidencia que la ley determina que el acto administrativo que presente algunos de los vicios enunciados si bien es un acto existente, es nulo.

Este Tribunal en sus dos integraciones ha señalado en oportunidad de resolver la cuestión aquí planteada 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. a cargo de la Subsecretaría de Fiscalización de la Secretaría de Gobierno y Función Pública de la M.C.R., organismo del que depende la O.D.C.

Reparase que dichos funcionarios –a la fecha de la firma de la resolución- no tenían la categoría de director de dicha Autoridad de Aplicación ni la competencia para resolver sumarios (Resolución 1204/06).

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).

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 firmada el 11 de enero de 2019.

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 (arts. 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° 43/2019 ODC de fs.17/19vta. 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. O. G. 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. 25vta.

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 (Ley 5 N° 17 del Digesto Jurídico de la Provincia del Chubut).

JULIO ANTONIO ALEXANDRE
Juez de Cámara

FERNANDO NAHUELANCA
Presidente

REGISTRADA BAJO EL N° DEL AÑO 2019

DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS