Comodoro Rivadavia, de junio de 2019.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Estos autos caratulados: **"B. M. SA en autos: "MCR-OFICINA DEFENSA DEL CONSUMIDOR c/B. M. SA s/INFRACCIÓN (EXPTE N°1221/2018 ODC) s/ RECURSO DE APELACION"** expte. n°131/2019, en trámite ante esta Cámara de Apelaciones de la Circunscripción Judicial de Comodoro Rivadavia.

I.- Las presentes actuaciones vienen por haber interpuesto a fs.71/74, el B. M. SA recurso jerárquico con apelación en subsidio contra la Resolución n° 660/2018 de la Oficina de Defensa del Consumidor de la Municipalidad de Comodoro Rivadavia, de fs.67/69vta.

En dicha resolución, la Oficina de Defensa del Consumidor, sanciona al B. M. S.A. con una multa de $7.500 por infracción a los artículos 3,6 y 7 de la Ordenanza Municipal N° 11.482/14, con más la suma de $400,00 en concepto de publicación de la decisión (art. 47 de la Ley 24240, art. 6 inc. e) Ley VII 22 y art. 4 Ordenanza n° 6758/99).

El primero es rechazado a fs. 75/78vta. y se concede el segundo a fs.80

II.- El recurrente en su memoria de fs. 71/74, señala que no se tuvo en cuenta las defensas planteadas ni la conducta demostrada. Niega que la competencia de la Oficina de Defensa del Consumidor. Sostiene que el Acta N° 584/2018 y el procedimiento administrativo son nulos. 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).

Esta Cámara de Apelaciones, en sus dos integraciones, siguiendo lo dicho por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, criterio al que adhiere, 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 SI n°

195/2018 Sala B. SI n° 234/18, SI n° 5/2019 Sala A, entre otras).

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, lleva la firma de la Asistente legal del Departamento de Sumarios de la Oficina de Defensa del Consumidor, del Asesor Letrado del organismo, Dr. Roberto Oscar Arias y del Sr. Subsecretario de Fiscalización de la Secretaría de Gobierno y Función Pública de la M.C.R, organismo del que depende la O.D.C., Sr. Daniel Campillay.

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. Roberto Arias 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 5 de diciembre de 2018.

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 oficio la Resolución N°660 ODC de fs.67/69vta. y de todos los actos que sean su consecuencia.

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

3°) Regular los honorarios de la Dra. R. B. M. en la suma equivalente a 4 Jus; con más I.V.A. en caso de corresponder.

4°) Tener presente la reserva del caso federal de fs. 74.

5°) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

La presente se firma por dos vocales de Cámara en razón de encontrarse en uso de licencia de la Sra. jueza de Cámara Dra. Silvia Noemí Alonso y concordar en la solución del caso. (Ley V N°17). -

Julio Antonio ALEXANDRE
JUEZ de CAMARA

Fernando NAHUELANCA
PRESIDENTE

REGISTRADA BAJO EL NRO. AÑO 2019
DEL LIBRO DE SENTENCIAS INTERLOCUTORIAS