000289/2019

Comodoro Rivadavia, de julio de 2019.

VISTO Y CONSIDERANDO:

Llegan a conocimiento del Tribunal estos autos caratulados "**BANCO C. COOP. LTDO. en autos: "MCR – OF. DEFENSA DEL CONSUMIDOR c/ BANCO C. COOP. LTDO s/ Presunta Infracción" (Expte. 1092/2018 ODC) s/ Recurso de Apelación**" Expte. N° 289/2019, 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 Banco C. a fs. 44/47 vta., en contra de la resolución de fs. 34/37.

I. En la resolución en crisis, el señor Intendente resolvió rechazar el recurso administrativo interpuesto por Banco C. Coop. Ltdo. y, en consecuencia, confirmó las sanciones impuestas por la Oficina de Defensa del Consumidor.

Para decidir del modo en que lo hizo, el titular del P.E.M. dijo que la recurrente no dio fundamentos sólidos que sirvieran para rebatir lo resuelto por la Autoridad de Aplicación.

En contra del acto antes señalado, el banco sancionado interpuso y fundó recurso de apelación; a efectos que el mismo sea revocado.

Como base de su pretensión, el recurrente alegó que las actas de inspección, que solos dejarían constancia de la opinión del inspector actuante, carecen de la fortaleza necesaria para endilgar responsabilidad.

II. Delimitada de este modo la cuestión traída a conocimiento del Tribunal, corresponde señalar que a fs. 1721 obra la Resolución ODC MCR N° 659/2018; por medio de la cual se le impuso a la recurrente, multa de $ 13.000 por infracción a los artículos 5 bis y 6 de la Ordenanza MCR 11.482/14 y de $ 7.000 por infracción a los incisos a, b y e del artículo 1 de la Ordenanza 9.422/09.

Es decir, se lo consideró incumplidor de los deberes de organizar una fila exclusiva para mujeres embarazadas, padres con niños menores de tres años, personas con capacidades especiales o movilidad reducida, personas mayores de setenta años y personas transplantadas; de la existencia de libro de Quejas, agradecimientos, sugerencias y reclamos y de la cartelería expedida por la Oficina de Defensa del Consumidor.

III. El artículo 33 de 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).

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho 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)

En línea con ello, la doctrina enseña que existen supuestos en los cuales, ante la verificación de un "vicio grosero" en el acto administrativo se lo debe descalificar como tal; y, por ello –entre otras circunstancias- puede ser declarado de oficio (Gordillo, Agustín "Sistemas de Nulidad del Acto Administrativo).

Definido el marco conceptual precedente, cabe señalar que el acto en crisis fue dictado con anterioridad a la emisión de la Resolución N° 76/19;

esto es, aquella que reorganizó el nomenclador de funciones dentro de la Oficina de Defensa del Consumidor.

En atención a dicha circunstancia, se advierte que al día 17 de diciembre de 2018, resultaba de aplicación la Resolución N° 1204/06 que atribuía la facultad de imponer sanciones al Director de la Oficina; por lo cual, su coordinador carecía de capacidad para hacerlo.

En este sentido, puesto que la validez de los actos jurídicos debe juzgarse en función de las normas vigentes al momento de su dictado, la cuestión debe resolverse a la luz de la Resolución 1204/06 y no de la 76/19 (publicada en el Boletín Oficial el día 14 de enero de 2019).

Señalada la existencia del vicio, se debe recordar 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)

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)

En consecuencia, la resolución en crisis, en los términos del artículo 33 de la Ley I N° 18 resulta nula de pleno derecho como consecuencia del vicio señalado en los párrafos precedentes.

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)

IV. Lo indicado en el punto anterior torna abstracto el tratamiento de los agravios.

V. 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 actualmente vigente.

VI. Dado que la presente decisión se ha adoptado de oficio, 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) Declarar de oficio la nulidad de la resolución de fs. 17/21 y de todos los actos que sean su consecuencia.

2) Imponer las costas en el orden causado.

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

4) Regístrese, notifíquese y oportunamente devuélvase.

La presente sentencia es firmada por dos vocales de Cámara en razón de encontrarse en uso de licencia la Sra. Jueza de Cámara Dra. María Fernanda Zanatta, y existir concordancia de la resolución del caso (Ley V N° 17).

RICARDO RUBÉN ENRIQUE HAYES
Juez de Cámara

GRACIELA MERCEDES GARCIA BLANCO
Presidenta

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

Marcelo Andrés Nicótera
Secretario de Cámara