



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2019 - Año de la Exportación

Dictamen Jurídico

Número: IF-2019-45718178-APN-PTN

CIUDAD DE BUENOS AIRES
Miércoles 15 de Mayo de 2019

Referencia: EX-2017-24882872-APN-DMED#MC - Vinculación en Tramitación Conjunta: EX-2017-21743804-APN-DMED#MC - EX-2016-01248524-APN-DMEYD#AABE - EX-2018-51560685-APN-DGSA#SLYT

SEÑORA DIRECTORA GENERAL DE DESPACHO Y DECRETOS
DE LA SECRETARÍA LEGAL Y TÉCNICA
DE LA PRESIDENCIA DE LA NACIÓN:

Se solicita la intervención de esta Procuración del Tesoro de la Nación¹ con relación al recurso jerárquico en subsidio del de reconsideración interpuesto por Martina Constantini y la Asociación Amigos del Museo Nacional de Arte Decorativo (la *Asociación*) contra la Resolución del ex Ministerio de Cultura N.º RESOL-2017-1597-APN#MC del 16 de noviembre de 2017 (la *Resolución N.º 1597/17*), que denegó la aprobación de la oferta de contrato de la Asociación a la firma Croque Madame Sociedad de Responsabilidad Limitada (*Croque Madame SRL*).

- I -

ANTECEDENTES²

1. El 18 de septiembre de 2017, la señora Martina Constantini, como Presidente de la Asociación, solicitó la aprobación del ex Ministerio de Cultura de la oferta del contrato con Croque Madame SRL para la explotación del servicio de cafetería y complementos en las instalaciones del Museo Nacional de Arte Decorativo³.

Señaló que la oferta se habría realizado tras una licitación privada⁴.

La relación contractual entre la cartera de origen y la Asociación se funda en la Resolución de la ex Secretaría de Cultura del ex Ministerio de Cultura y Educación N.º 300 del 15 de noviembre de 1991⁵. Su artículo 1.º concedió a la Asociación el uso del pabellón de acceso al edificio principal del Museo Nacional de Arte Decorativo y autorizó su explotación económica por sí o por otro, siempre que los convenios que se realicen con terceros sean sujetos a la aprobación del Director del Museo y del Secretario de Cultura. Su artículo 3.º estableció que el servicio de cafetería y buffet serán prestados de acuerdo a las cláusulas del convenio, salvo las limitaciones que fije ceremonial de la Secretaría de Cultura y/o Presidencia de la Nación, las que deberán ser aceptadas por el concesionario.

2. La Asociación reiteró el pedido de aprobación de la carta oferta al ex Ministerio de Cultura, manifestando que contaba con la aprobación del Director del Museo⁶.

3. La Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de origen no opuso reparos al proyecto de resolución que denegaba la aprobación de la oferta de contrato⁷.

4. La Resolución N.º 1597/17⁸ rechazó la oferta de contrato de la Asociación y la intimó para que en el plazo de diez días rinda cuentas de las sumas de dinero percibidas en virtud de los contratos celebrados con Croque Madame SRL.

En los considerandos también hizo alusión a que la concesión de uso de inmuebles del Estado Nacional para la explotación de servicio de cafetería y complementos no está contemplada dentro de los actos que pueden realizar las asociaciones de amigos de los museos nacionales, conforme el artículo 7.º de la Ley N.º 17.321⁹ y la Resolución del ex Ministerio de Cultura N.º 1248/16¹⁰.

Mencionó que la eficacia de los actos realizados en cumplimiento de la Resolución N.º 300/91 dependerán de la aprobación del Director del Museo y del ex Ministerio de Cultura. La oferta de contrato y su aceptación carecen de efectos jurídicos en tanto no medie el acto de refrendo del organismo.

5. El 27 de noviembre de 2017, se notificó la Resolución N.º 1597/17 a la señora Martina Constantini y a la Asociación¹¹.

6. El 26 de enero de 2018¹² la señora Constantini, por derecho propio y en su carácter de Presidente de la Asociación, interpuso un recurso de reconsideración con jerárquico en subsidio. Fundó sus agravios en la vigencia de la concesión de uso prevista por la Resolución N.º 300/91. Planteó que el acto recurrido es nulo de nulidad absoluta e insanable por estar viciado en sus elementos causa, objeto, motivación y finalidad.

Sostuvo que el Decreto N.º 1023/01¹³ no se aplica a la Asociación.

Manifestó que la Agencia de Administración de Bienes del Estado (AABE) no es competente para intervenir en el marco de la carta oferta suscripta por la Asociación y aceptada por Croque Madame SRL¹⁴.

7. La Dirección General de Asuntos Jurídicos del ex Ministerio de Cultura analizó las cuestiones controvertidas y concluyó que corresponde el rechazo del recurso de reconsideración interpuesto¹⁵.

8. El 9 de mayo de 2018, la agraviada solicitó que, ante el silencio de la Administración, se tenga por denegado el recurso de reconsideración y se abra la vía jerárquica¹⁶.

El 10 de mayo de 2018 se presentó ante la AABE¹⁷ y sostuvo que las Resoluciones N.º 1248/16 y N.º 1597/17 no han revocado la concesión de uso otorgada por la Resolución N.º 300/91 y, por lo tanto, el contrato está vigente.

Reiteró la falta de competencia de esa Agencia.

9. Respecto del recurso jerárquico, la Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de origen aconsejó su rechazo por no contar con nuevos elementos de juicio que modifiquen el criterio adoptado¹⁸.

10. Obra agregado al expediente el Proyecto de Decreto¹⁹ en trámite.

11. La Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación tuvo por configurado el silencio de la administración ante la falta de una resolución denegatoria expresa del recurso de reconsideración²⁰.

Sobre la ampliación de fundamentos²¹, consideró que no se ha dado por cumplida con el escrito presentado por la recurrente ante la AABE.

Solicitó la notificación fehaciente al interesado para que en el plazo de cinco días pueda mejorar o ampliar los fundamentos del recurso impetrado.

12. La recurrente presentó la ampliación de fundamentos del recurso jerárquico²². Manifiestó que la concesión de uso que le fuera otorgada por la Resolución N.º 300/91 está vigente y actualmente afectada por una vía de hecho imputable al ex Ministerio de Cultura y la AABE.

Mencionó que los ilegítimos convenios suscriptos por la AABE y Croque Madame SRL fueron materia de impugnación por su parte pero nunca recibieron tratamiento. Además, nunca fueron materia de publicación, licitación pública y/u observancia de las formalidades que impone la ley en materia de contratación administrativa.

13. La Dirección General de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Educación, Cultura, Ciencia y Tecnología²³ consideró que quedó configurado el silencio administrativo y manifestada la voluntad del administrado de desistir la instancia recursiva de la reconsideración.

Indicó, además, que la Sindicatura General de la Nación en un informe²⁴ sobre los espacios de los museos destinados a la explotación comercial explicó que la mayoría corresponden a concesiones realizadas por las Asociaciones de Amigos, con la autorización de algún funcionario de la jurisdicción, en un manifiesto apartamiento sistemático de la legislación vigente.

La SIGEN recomendó al entonces Ministerio de Cultura realizar un relevamiento de la totalidad de los convenios suscriptos por fuera de la legislación vigente en materia de contrataciones, a efectos de regularizarlos conforme la normativa aplicable y recomendó que se inste a los Museos a solicitar a sus Asociaciones de Apoyo la rendición de cuentas.

Concluyó que la ampliación de fundamentos²⁵ no presenta nuevos elementos que permitan alterar la recomendación de rechazar el recurso de reconsideración²⁶.

14. La Dirección General de Asuntos Jurídicos de la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación²⁷ no tuvo objeciones al dictado del acto en cuestión.

15. Se solicitó la opinión de esta Casa²⁸.

- II -

ANÁLISIS DE LA CUESTIÓN

Comparto las conclusiones del servicio jurídico de la Secretaría Legal y Técnica de Presidencia, en cuanto a que corresponde el rechazo del recurso jerárquico de Martina Constantini en su condición de Presidente de la Asociación.

Señalo además que la señora Martina Constantini carece de legitimación activa para presentarse por derecho propio contra la citada resolución por no contar con un interés concreto, personal y directo que justifique su pretensión ante la Administración.

Aclarado esto, mi intervención se ceñirá a ahondar en algunas cuestiones puntuales que sustentan la decisión proyectada.

1. La resolución recurrida atañe al ejercicio de atribuciones de prudencia política, propias de la autoridad competente para resolver, que excede el marco del análisis jurídico de esta Procuración del Tesoro²⁹.

2. La Resolución N.º 300/91 otorgó a la Asociación un permiso de uso precario de un bien del dominio público para que, por sí o a través de terceros, llevara a cabo la explotación gastronómica detallada.

La Asociación fue titular de un derecho subjetivo *debilitado* -categoría proveniente del derecho italiano y adoptado por nuestra doctrina-, cuya peculiaridad consiste en que su existencia está condicionada a su compatibilidad con el interés público, según la valoración que efectúe la Administración, circunstancia que lo torna, esencialmente, revocable en todo tiempo³⁰.

El permiso de uso constituye una *tolerancia* de la Administración Pública que da fundamento a su precariedad inherente, no alterándose su naturaleza aun cuando el permisionario deba pagar un canon³¹.

El permiso de uso puede ser revocado en cualquier momento, a pesar de las disposiciones que haya tomado el permisionario para su mejor aprovechamiento y sin derecho alguno a indemnización en favor del interesado³². Los titulares de permisos precarios sólo tienen derecho a la tolerancia de ese uso frente al Estado³³.

3. La Asociación tenía un derecho debilitado, precario y revocable pese a que aduce ser parte de un contrato de concesión vigente.

La Resolución N.º 300, en sus artículos 1.º y 3.º, transcriptos *supra*, reconoce la naturaleza precaria del uso del espacio cedido a la Asociación.

El 21 de diciembre de 2016, se firmó entre el ex Ministerio de Cultura de la Nación y la AABE el Convenio marco de cooperación³⁴ para regularizar los contratos vencidos referidos a espacios ubicados en todos los Museos e Institutos dependientes del organismo. En su cláusula segunda se estableció que la AABE celebrará y/o renovará, prorrogará, actualizará o regularizará los contratos vencidos de explotación comercial de espacios correspondientes a Institutos y Museos. Según su cláusula tercera, uno de los museos cuyo contrato está actualmente vencido es el Museo Nacional de Arte Decorativo³⁵.

En este marco se inscribió el Contrato de Renovación suscrito entre la empresa Croque Madame SRL y la AABE³⁶.

Luego, la Resolución N.º 1248/16 aprobó el instructivo para la celebración de convenios entre los Museos y las Asociaciones de Amigos, Fundaciones o Sociedades Cooperadoras de Apoyo a los Museos. Circunscribió también las actividades que pueden desarrollar las asociaciones de amigos en las instalaciones de los museos a talleres, conferencias y actos culturales, dejando sin efecto los convenios anteriores que se hubieran celebrado.

Así, la facultad que la concesión original le otorgaba a la Asociación para conceder el uso de un espacio del museo para su explotación comercial, ha perdido vigencia.

4. La postura de la Asociación no se condice con la veracidad de los hechos porque no existe contrato de concesión vigente entre ella y Croque Madame SRL. Tampoco está jurídicamente facultada para celebrar una nueva concesión.

Más allá del *nomen iuris* que las partes asignaron al acuerdo, la Asociación no podría transferir ni

a Croque Madame SRL ni a ningún tercero, un derecho mejor ni más extenso del que tiene³⁷. Se trata de una regla de larga tradición jurídica: *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse haberet*.

Cualquier actuación en exceso de las atribuciones que el órgano estatal confirió a la Asociación, es enteramente inoponible a la Administración.

5. Puede sostenerse la legitimidad de la Resolución N.º 1597/17. La medida cumple con la totalidad de los recaudos que el ordenamiento jurídico exige para su validez.

- III -

CONCLUSIÓN

1. No tengo objeciones al Proyecto de Decreto que resuelve rechazar el recurso jerárquico interpuesto en subsidio del de reconsideración por Martina Constantini y la Asociación Amigos del Museo Nacional de Arte Decorativo contra la Resolución del (ex) Ministerio de Cultura N.º RESOL-2017-1597-APN#MC.

2. En la notificación del acto que se dicte se hará saber a la interesada que la resolución del recurso jerárquico agota la instancia administrativa³⁸, sin perjuicio de la posibilidad de interponer el recurso contemplado en su artículo 100.

1 Artículo 92 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos*, Decreto 1759/72 T.O. 2017, B.O. 2-11-17.

2 Las actuaciones tramitan conjuntamente con los expedientes Nros. EX-2017-21743804-APN-DMED#MC, EX-2016-01248524-APN-DMEYD#AABE y EX-2018-51560685-APN-DGSA#SLYT. Todos los órdenes a que me referiré corresponderán al expediente de la referencia, salvo indicación en contrario.

3 Archivo embebido en el orden 2 del N.º EX-2017-21743804-APN-DMED#MC.

4 Acta notarial del 19 de diciembre de 2016, páginas 11-12 del orden 4 del EX-2017-21743804-APN-DMED#MC.

5 Orden 4.

6 Nota del 19 de octubre de 2017; página 1 del orden 4 del EX-2017-21743804-APN-DMED#MC.

7 IF-2017-24179441-APN-DGAJ#MC en orden 20 del EX-2017-21743804-APN-DMED#MC. Orden 14.

8 Orden 20.

9 B.O. 29-6-67.

10 B.O. 2-1-17.

11 Órdenes 28, 29 y 54.

12 Previamente, la Resolución del Secretario de Patrimonio Cultural N.º 1620/17, notificada el 29/12/17, concedió el pedido vista de los expedientes N.º EX-2017-21743804-APN-DMED#MC y EX-2017-24882872-APN-DMED#MC al abogado patrocinante de la Asociación y a la señora Constantini por el plazo de diez días.

13 B.O. 16-08-01.

14 Orden 57.

15 Orden 67.

16 Prevista en artículo 88 del Decreto N.º 1759/72 TO 2017. Orden 84.

17 Orden 88.

18 Orden 113.

19 Orden 5 de los Documentos de Trabajo agregados al expediente.

20 Orden 179.

21 Artículo 88 in fine del Decreto N.º 1759/72 T.O 2017.

22 Orden 182 del expediente N.º EX-2018-51560685-APN-DGSA#SLYT.

23 Orden 206.

24 Informe de abril de 2016 titulado "Espacios concedidos y/o concesionados con explotación comercial en Museos e Institutos Nacionales". Orden 8 del EX-2017-21743804-APN-DMED#MC.

25 Orden 182 del EX-2018-51560685-APN-DGSA#SLYT.

26 Órdenes 67 y 113.

27 Orden 228.

28 Conforme el artículo 92 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos*. Decreto 1759/72 T.O. 2017. Orden 235.

29 *Dictámenes*, 239:671, entre otros.

30 Cfr. DIEZ, Manuel María, *Tratado de Derecho Administrativo*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1976, 2ª edición, Tomo I, páginas 308-309.

31 Cfr. MARIENHOFF, Miguel S., *Permiso especial de uso de bienes del dominio público*, Abeledo Perrot, Buenos aires, 1996, páginas 27-29.

32 *Fallos*, 31:273.

33 *Fallos*, 311:2842.

34 Orden 3.

35 Orden 104.

36 De acuerdo al artículo 24 -Anexo, Reglamentación del Decreto N.º 1382/12- al Decreto N.º 2670/15, B.O. 9-12-15. Orden 109.

37 Artículo 399 del Código Civil y Comercial de la Nación.

38 Artículos 39 y siguientes y artículo 90 del *Reglamento de Procedimientos Administrativos*. Decreto 1759/72 T.O. 2017,

Digitally signed by GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE
DN: cn=GESTION DOCUMENTAL ELECTRONICA - GDE, o=AR, ou=SECRETARIA DE GOBIERNO DE MODERNIZACION,
ou=SECRETARIA DE MODERNIZACION ADMINISTRATIVA, serialNumber=CUIT 30715117564
Date: 2019.05.15 15:50:10 -03'00'

Bernardo Saravia Frias
Procurador del Tesoro
Procuración del Tesoro de la Nación