



República Argentina - Poder Ejecutivo Nacional
2017 - Año de las Energías Renovables

Informe

Número:

Referencia: Informe DPPT. Expte: ANC 43567/2016

Sra. Secretaria:

Ingresan las presentes actuaciones a la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia por sugerencia de la Unidad de Admisión mediante Informe de fecha 3 de mayo Número IF-2017-07909983-APN-OA#MJ, en el que entiende que “...*Del análisis de los hechos reseñados en el punto II.- del presente surge que los mismos podrían integrar prima facie el ámbito de competencia de la **Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia...***”

Las actuaciones ingresaron a la Oficina Anticorrupción el día 2 de Mayo de 2017, mediante la presentación del Ing. Juan Pedro Irigoien, en su carácter de Administrador Nacional de Aviación Civil, de la NOTA ANAC N° 167, mediante la cual se solicita la intervención de esta Oficina, en base a lo establecido en el Decreto N° 202/17, en el marco del Expediente ANC N° 0043567/2016.

Por medio de éste último, tramita en la ANAC el pedido formulado por la empresa Avian Líneas Aéreas S.A. con el fin de que se le otorgue la concesión de servicios aéreos regulares internos e internacionales de pasajeros, carga y correo en las rutas que identifica en su requerimiento de origen.

I. Competencia de la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia de la Oficina Anticorrupción.

En primer lugar, corresponde analizar si la Dirección de Planificación de Políticas de Transparencia resulta competente para intervenir en las presentes actuaciones.

En este sentido, el artículo 12, inc. C) del Decreto N° 102/99^[1] establece que la citada Dirección tendrá entre sus funciones la de recomendar y asesorar a los organismos del Estado en la implementación de políticas o programas preventivos.

Por su parte, el Decreto N° 466/2007^[2] establece en su Anexo III la responsabilidad primaria de esta Dirección, la que incluye, entre otras, la de “...*diseñar políticas y programas de prevención y realizar recomendaciones sobre políticas de represión de hechos ilícitos o irregulares, (...) proponer modificaciones a los regímenes o procesos administrativos u organizacionales en el ámbito del Sector Público Nacional, a los efectos de evitar hechos ilícitos o irregulares (...), y asesorar a los organismos del Estado Nacional para implementar políticas o programas preventivos.*”

Estas disposiciones deben interpretarse a la luz del Decreto N° 202/17[3], el que establece la obligatoriedad de toda persona que se presente en un procedimiento de contratación pública o de otorgamiento de una licencia, permiso, autorización, habilitación o derecho real sobre un bien de dominio público o privado del Estado, llevado a cabo por cualquiera de los organismos y entidades del Sector Público Nacional comprendidas en el artículo 8° de la Ley N° 24.156, de presentar una “Declaración Jurada de Intereses”.

El artículo 1° establece que la persona “...deberá declarar si se encuentra o no alcanzada por alguno de los siguientes supuestos de vinculación, respecto del Presidente y Vicepresidente de la Nación, Jefe de Gabinete de Ministros y demás Ministros y autoridades de igual rango en el Poder Ejecutivo Nacional, aunque estos no tuvieran competencia para decidir sobre la contratación o acto de que se trata:

a) Parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad

b) Sociedad o comunidad,

c) Pleito pendiente,

d) Ser deudor o acreedor,

e) Haber recibido beneficios de importancia,

f) Amistad pública que se manifieste por gran familiaridad y frecuencia en el trato.”

Asimismo, prescribe que, en caso de que el declarante sea una persona jurídica, deberá consignarse cualquiera de los vínculos anteriores, existentes en forma actual o dentro del último año calendario, entre los funcionarios alcanzados y los representantes legales, sociedades controlantes o controladas o con interés directo en los resultados económicos o financieros, director, socio o accionista que posea participación, por cualquier título, idónea para formar la voluntad social o que ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas.

Para el caso de sociedades sujetas al régimen de oferta pública conforme a la Ley N° 26.831 la vinculación se entenderá referida a cualquier accionista o socio que posea más del CINCO POR CIENTO (5%) del capital social.

Por su parte, el artículo 2° exige la presentación de idéntica Declaración, cuando la vinculación exista en relación con el funcionario de rango inferior a ministro que tenga competencia o capacidad para decidir sobre la contratación o acto que interese al declarante.

El citado Decreto da intervención directa a la Oficina Anticorrupción en el artículo 4° para el caso de que de la Declaración Jurada de Intereses surgiera una vinculación de las mencionadas anteriormente.

Además, dispone que la Oficina Anticorrupción examinará en todos los casos en que deba tomar intervención, las posibles violaciones a la Ley N° 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública y sus normas complementarias[4].

Atento que esa función se corresponde con las indicadas para esta Dirección en los Decretos N° 102/99 y 466/2007 y considerando que de ésta depende el área que analiza las cuestiones vinculadas a la aplicación de la Ley N° 25.188, corresponde intervenir en las presentes actuaciones.

II. Aplicación del Decreto N° 202/17

Cabe mencionar que el Decreto N° 202/17 fue sancionado con la finalidad de establecer un procedimiento especial para los casos de las vinculaciones mencionadas en su artículo 1° que tiene como fin reforzar y establecer mecanismos adicionales de publicidad, control y participación.

La norma tiene como objeto asegurar los más altos estándares de integridad, rectitud, transparencia y defensa del interés general en la gestión de las contrataciones del Estado Nacional.

Todo ello, en el entendimiento de que contribuye al fortalecimiento de los pilares básicos del sistema republicano y la confianza de los ciudadanos en las instituciones.

Sentado todo cuanto antecede, cabe mencionar que en virtud del análisis del expediente ANC N° 0043567/2016, surge que, en fecha 21 de abril del corriente año, el Sr. Director Nacional de Transporte Aéreo intimó a la empresa Avian Líneas Aéreas S.A. a que presente la Declaración Jurada de Intereses prescripta en el Decreto N° 202/17, en orden a lo dispuesto en su artículo 8°, el que establece que la norma será de aplicación incluso a los procedimientos en trámite al momento de su dictado. Todo ello, con el objeto de propender a la mayor transparencia en las contrataciones vinculadas al Estado Nacional.

Habiendo la empresa citada dado cumplimiento a la presentación de la Declaración –obrante a fs. 478 vta. y 479-, el Director de Normas Aeronáuticas y Acuerdos Internacionales, entendió a fs. 802 que en el caso resultaban aplicables las disposiciones del Decreto N° 202/17, por lo que solicitó al Director Nacional de Tránsito Aéreo se remitan los actuados a la Oficina Anticorrupción y a la Sindicatura General de la Nación.

Asimismo, informó que se dio publicidad al expediente en la Página Web del organismo, en base a lo ordenado por el artículo 4°, inciso b) del Decreto citado.

El artículo 4° dispone que, cuando de la Declaración Jurada de Intereses formulada surgiera la existencia de alguno de los vínculos indicados ut supra “...el organismo o entidad en cuyo ámbito se desarrolle el respectivo procedimiento deberá aplicar los siguientes trámites y procedimientos:

- a. Comunicar la “Declaración Jurada de Intereses” a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN y a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN dentro de los TRES (3) días de recibida.
- b. Arbitrar los medios necesarios para dar publicidad total a las actuaciones en su página web y en la de la OFICINA ANTICORRUPCIÓN (...).
- c. Adoptar, de manera fundada y dando intervención a la OFICINA ANTICORRUPCIÓN y a la SINDICATURA GENERAL DE LA NACIÓN, al menos uno de los siguientes mecanismos:

I. Celebración de pactos de integridad.

II. Participación de testigos sociales.

III. Veeduría especial de organismos de control.

IV. Audiencias Públicas.”

De las constancias del expediente, surge que, en relación con el primero de los requisitos obra a fs. 804 la comunicación formal a la Oficina Anticorrupción. El organismo autorizante también deberá dar conocimiento de la Declaración Jurada de Intereses a la Sindicatura General de la Nación razón por la cual sugiero su remisión a dicho organismo.

En relación con el segundo requisito, esta dependencia ha constatado que el expediente por el que tramita la solicitud de la empresa Avian Líneas Aéreas S.A. se encuentra disponible en el Sitio Web de la Administración Nacional de Aviación Civil a través del siguiente enlace: http://www.anac.gov.ar/anac/web/uploads/noticias_novedades/2017/avianca/avian-EXP-43567-2016.pdf

Por su parte, en cumplimiento del artículo 4° inciso b) del Decreto N°202/2017 la Oficina Anticorrupción ha procedido a publicar el expediente en su página Web, y resulta accesible a través del siguiente enlace: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/decreto-ndeg-20217-se-da-publicidad-el-expediente-de-la-empresa->

avian-lineas-aereas-sa.

Por último, obra a fs. 308 y sgts. el desarrollo de la audiencia pública realizada en fecha 27 de Diciembre de 2016 en la cual se inscribieron más de setenta oradores y se dio tratamiento a los pedidos formulados por las empresas ALAS DEL SUR LÍNEAS AÉREAS, AMERICAN JET SA, ANDES LÍNEAS AÉREAS SA, AVIAN LÍNEAS AÉREAS SA y FLYBONDI LÍNEAS AÉREAS SA, de conformidad con lo establecido en los artículos 102 y 128 del Código Aeronáutico.

Por las razones de hecho y de derecho expuestas en los puntos anteriores, se efectuará un análisis en el marco de lo dispuesto por el artículo 5° del Decreto N° 202/17 que establece que la Oficina Anticorrupción debe examinar “en todos los casos en que deba tomar intervención las posibles violaciones a la Ley N° 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública y sus normas complementarias”.

Dado que la circunstancia que colocaría a la solicitud de autorización bajo análisis en una de las hipótesis que habilitan la apertura del procedimiento especial previsto en el Decreto 202/2017, es la supuesta vinculación entre quienes fueron en el último año calendario socios de la empresa MACAIR JET S.A. – hoy AVIAN LINEAS AEREAS S.A.- con el señor Presidente de la Nación, se procederá a analizar dicha situación en el marco de las disposiciones sobre conflictos de intereses contenidas en el capítulo V de la Ley 25.188, a fin de detectar o descartar la configuración de alguna de las situaciones prohibidas por el referido marco normativo.

Se deja constancia de que el presente dictamen se efectúa exclusivamente sobre la base de la información obrante en el expediente y con relación a las normas que integran el marco normativo en materia de ética pública.

III. Análisis de la declaración jurada de intereses presentada por la empresa AVIAN LINEAS AEREAS S.A.

A fs 478 vta./479 la empresa AVIAN LINEAS AEREAS S.A. declaró no encontrarse alcanzada por los supuestos de vinculación previstos en el artículo 1° incisos a) a f) del Decreto 202/17 respecto del Sr. Presidente de la Nación, Vicepresidente, Jefe de Gabinete de Ministros y demás Ministros y autoridades de igual rango en el Poder Ejecutivo Nacional, ni así tampoco respecto de la vinculación referida en su artículo 2°.

En tal sentido señala “*la empresa que representamos no tiene tampoco actualmente vinculación societaria ni comercial alguna ni con el Sr. Presidente de la Nación ni con la familia del Sr. Presidente, ni así tampoco con las empresas SOCMA AMERICANA S.A. y/o SIDECO AMERICANA S.A. y/o compañías afiliadas*”.

“*Ello por cuanto, con fecha 31 de agosto de 2016, el Sr. Germán Efromovich emitió a SOCMA AMERICANA S.A. Y SIDECO AMERICANA S.A. (Vendedores) una carta oferta irrevocable para la compra de las acciones de las sociedades Macair Jet S.A. y Macair Transporte Aéreo S.A., la que posteriormente resultara aceptada por los vendedores mediante acta notarial labrada por escritura pública N° 164 de fecha 2 de septiembre de 2016.*”

“*Con fecha 31 de octubre de 2016 el Sr. Germán Efromovich, y la empresa constituida en Argentina, AVIAN HOLDINGS S.A. (Compradores) emitieron a los Vendedores una nueva carta oferta proponiendo una adenda a los términos de la oferta antes mencionada de fecha 31/08/2016, mediante la cual se propuso la compra del 100% de las acciones de MACAIR JET S.A. (hoy AVIAN LINEAS AEREAS S.A.) y de MACAIR TRANSPORTE AEREO S.A., en un 5% a favor de Germán Efromovich y en un 95% en beneficio de AVIAN HOLDINGS S.A. Esta nueva carta oferta (addenda) resultó aceptada por los Vendedores conforme el mecanismo allí estipulado, es decir: mediante la emisión de las notas que prevé el artículo 215 de la Ley de Sociedades Comerciales para el caso de transmisión de las acciones. En dicha fecha, 31/10/2016 tuvo lugar el perfeccionamiento de la compraventa accionaria*”.

“En síntesis, los propietarios de las acciones de AVIAN LINEAS AEREAS S.A. desde el 31 de octubre de 2016 son: 5% del Sr. Germán Efromovich y 95% de la sociedad AVIAN HOLDINGS S.A., empresa argentina.”

La empresa MACAIR JET S.A. fue constituida en octubre de 1993. Su objeto social abarca, entre otros cometidos, *“dedicarse a la actividad aerocomercial incluyendo la explotación del transporte aéreo nacional e internacional, regular y no regular de pasajeros, correo y carga y el trabajo aéreo en todas sus formas”* (art. 3º del Estatuto agregado a fs. 9/14).

Del acta de Asamblea General Extraordinaria del 30/05/2016 (fs. 15/18) surge que, a esa fecha, sus accionistas eran SIDECO AMERICANA S.A. (450.000 acciones o certificados) y SOCMA AMERICANA S.A. (50.000 acciones o certificados). Hasta la transferencia de las acciones, su presidente era del Sr. Edgardo Próspero POYARD, su Vice-presidente el Sr. Carlos Benjamín COLUNGA y su Director Titular el Sr. Ezequiel VIEJOBUEÑO, todos designados por Acta de Asamblea Ordinaria y Extraordinaria del 8/2/2015 (conforme Escritura 275 de Reordenamiento del Estatuto de MACAIR JET S.A. –fs. 11 vta- y Acta de Asamblea General Ordinaria del 01/11/2016, fs. 27/29).

A la fecha de inicio de estas actuaciones, las acciones de MACAIR JET S.A. habían sido transferidas en su totalidad a dos nuevos accionistas: el Sr. Germán EFROMOVICH (25.000 acciones) y AVIAN HOLDINGS S.A. (475.000 acciones).

AVIAN HOLDINGS S.A. fue constituida en la República Argentina el 28/06/2016 por Matías Ignacio CARVAJAL y Germán EFROMOVICH, con el objeto de llevar a cabo actividades financieras e inversoras. El primero (titular de 5.000 acciones) es el Presidente y el segundo (titular de 95.000 acciones) es Director Suplente de la empresa (conforme estatuto agregado en copia certificada a fs. 37/42).

De acuerdo a lo declarado por la empresa AVIAN LINEAS AEREAS S.A., el perfeccionamiento de la compraventa de acciones de MACAIR JET S.A. habría tenido lugar el 31/10/2016 (ver fs. 478 vta), información que concuerda con la que surge de la copia certificada del Registro de Acciones obrante a fs. 21 vta/22 .

Por su parte, conforme el Acta de Asamblea General Ordinaria de fecha 01/11/2016, los nuevos accionistas aceptaron la renuncia de los anteriores directores y miembros de la Comisión Fiscalizadora y designaron nuevas autoridades: Sergio Daniel Mastropietro como Presidente, Carlos Benjamín Colunga Lopez como Vicepresidente, Elias Jassan como Director Titular y Germán Efromovich como Director Suplente (Acta de Asamblea Ordinaria, fs. 27/29).

De lo reseñado se desprende que el trámite de solicitud de autorización de servicios aéreos fue iniciado con posterioridad a la transferencia de acciones de MACAIR JET S.A. (de SOCMA AMERICANA S.A. y SIDECO AMERICANA S.A. a AVIAN HOLDING y a Germán EFROMOVICH), por lo que las sociedades vinculadas con la familia del Sr. Presidente de la Nación no habrían participado de la petición ni del trámite posterior que tuvo la misma.

IV. El procedimiento de otorgamiento de autorización de servicios aéreos. Autoridades intervinientes

IV.1. El Código Aeronáutico regula los servicios de Aeronáutica Comercial en el título VI. Su artículo 95 establece que *“La explotación de toda actividad comercial aérea requiere concesión o autorización previa, conforme a las prescripciones de este código y su reglamentación”*.

Por su parte, el artículo 102 establece que *“Los servicios de transporte aéreo serán realizados mediante concesión otorgada por el Poder Ejecutivo si se trata de servicios regulares, o mediante autorización otorgada por el Poder Ejecutivo o la autoridad aeronáutica, según corresponda, en el caso de transporte aéreo no regular”*. Y agrega *“El procedimiento para la tramitación de las concesiones o autorizaciones será fijado por el Poder Ejecutivo quien establecerá un régimen de audiencia pública para analizar la conveniencia, necesidad y utilidad general de los servicios, pudiéndose exceptuar de dicho régimen los*

servicios a realizar con aeronaves de reducido porte”.

Por Decreto 2186/1992, el Poder Ejecutivo Nacional aprobó los procedimientos para el tratamiento de las solicitudes de servicios de transporte aéreo interno e internacional combinado de pasajeros y carga, o de pasajeros, carga y correo, tanto para servicios regulares como no regulares, realizados con aeronaves de reducido o de gran porte.

En el Anexo II se regula específicamente el transporte objeto de la solicitud de la empresa AVIAN LINEAS AÉREAS S.A.: Combinado de Pasajeros, Carga y Correo, con aeronaves de gran porte, por el plazo de 15 años, conforme se desprende de la Nota de fecha 18/11/2016 obrante a fs. 1.

En lo que es de interés de este análisis, en el Capítulo III del Anexo II se reitera que las concesiones y autorizaciones para la explotación de servicios de transporte aéreo de pasajeros y carga, o de pasajeros, carga y correo con aeronaves de gran porte serán otorgadas por vía de una audiencia pública, que se sustanciará exclusivamente de acuerdo con las normas previstas en el capítulo respectivo (art.12 del Anexo II al Decreto 2186/92).

1. El interesado deberá solicitar la realización de la audiencia pública, acreditando una serie de recaudos (art. 13 del Anexo II al Decreto 2186/92)

2. La autoridad de aplicación, en un plazo no mayor a los siete (7) días desde la recepción de la presentación, deberá notificar al interesado si están cumplidos los recaudos para el llamado a audiencia pública, y requerir en un solo acto fundado el cumplimiento de los mismos. En un plazo no mayor a los cinco (5) días de la acreditación, deberá convocarse a audiencia pública mediante la publicación de los datos pertinentes, por dos (2) días consecutivos, en el Boletín Oficial (art. 13 del Anexo II al Decreto 2186/92)

3. La audiencia se realizará dentro de los veinte (20) días siguientes a la última publicación de los edictos, debiendo producirse el dictamen de la misma dentro de los veinte (20) días posteriores a su finalización, el que será puesto para notificación de los interesados durante tres (3) días dentro de las veinticuatro (24) horas de producido. Vencido el plazo de notificación, el interesado deberá acreditar la capacidad técnica requerida por el Artículo 7 inciso b) en un plazo no mayor a los ciento ochenta (180) días. De no cumplimentarse en dicho término, se declarará la caducidad de las actuaciones (art. 14 del Anexo II al Decreto 2186/92)

4. La autoridad de aplicación deberá dictar el acto resolutivo correspondiente en un plazo de quince (15) días desde la acreditación de dicha capacidad (art. 14 del Anexo II al Decreto 2186/92).

5. Cualquier modificación en los servicios de transporte dentro de las rutas autorizadas, referida a las frecuencias, horarios o escalas, o tarifas dentro de los parámetros establecidos, se realizará mediante comunicación previa, sin perjuicio del deber de mantención de los servicios por un plazo que no podrá ser inferior a doce (12) meses, debiendo la autoridad de aplicación expedirse en el término de setenta y dos (72) horas de recibida la comunicación. Transcurrido dicho término sin que se hubiera realizado pronunciamiento u observaciones, se considerarán aprobadas las modificaciones propuestas (art. 16 del Anexo II al Decreto 2186/92).

Por otra parte, en el Anexo III del Decreto 2186/92 se establece quiénes son las autoridades con atribuciones sobre el procedimiento.

En tal sentido, en el artículo 1° se delega en el entonces Ministro de Infraestructura y Vivienda (actualmente Ministro de Transporte) el ejercicio de las siguientes facultades:

a) Dictar los actos de otorgamiento, cesión, caducidad, retiro, modificación y denegación de las concesiones de servicios regulares solicitados por personas físicas o jurídicas nacionales.

- b) Dictar los actos de otorgamiento, cesión, caducidad, retiro, modificación y denegación de las concesiones y autorizaciones de servicios regulares y no regulares, internacionales de empresas extranjeras, en los casos en que no existan convenios o acuerdos internacionales en que la Nación sea parte.
- c) Dictar los actos de otorgamiento, cesión, caducidad, retiro, modificación y denegación de las concesiones y autorizaciones de servicios no regulares internacionales solicitados por personas físicas o jurídicas nacionales.
- d) Asignar y distribuir los recursos provenientes de fondos especiales, en el área de transporte aéreo, con arreglo al presupuesto que fije el PODER EJECUTIVO NACIONAL en los casos que corresponda.
- e) Aprobar tarifas, fletes y aranceles en el ámbito del transporte aéreo regular, interprovincial e internacional. Estas facultades alcanzan a los demás servicios interjurisdiccionales.

Por su parte, en el artículo 2º del Anexo III se delega en el entonces Ministro de Infraestructura y Vivienda (actualmente Ministro de Transporte), autorizándosele a su vez a delegar en autoridades de rango no inferior a Subsecretario con competencia en el ámbito del transporte aéreo, el ejercicio de las facultades que se enumeran a continuación:

- a) Otorgar autorizaciones a empresas extranjeras para realizar servicios de transporte aéreo, cuando existan convenciones o acuerdos internacionales en que la Nación sea parte.
- b) Reglamentar el funcionamiento del Régimen de Audiencia Pública previsto en el Artículo 102 de la Ley N° 17.285.
- c) Aprobar las condiciones generales del contrato de transporte aéreo.
- d) Aplicar las sanciones por faltas cometidas en el área aerocomercial de su competencia.
- e) Autorizar los servicios de transporte aéreo exclusivamente postales, determinar la distribución de la capacidad de carga postal entre transportadores aéreos, autorizar la cesión de cupos y aprobar el reglamento de coordinación empresaria.
- f) Declarar la calificación del interés nacional y de la necesidad pública en servicios regionales, en los de fomento y en las actividades comerciales complementarias de asociaciones civiles sin fines de lucro y de la subsistencia de razones de interés público para renovación o retiro de concesiones o autorizaciones.
- g) Conformar los planes de acción y presupuestos para el año siguiente de los transportadores aéreos argentinos.
- h) Designar los representantes para asegurar la participación en organismos internacionales, tanto de transporte aéreo como en otros que consideren temas de este tipo.

Finalmente, por el artículo 3º del Anexo III se delega en el entonces Ministro de Infraestructura y Vivienda (actualmente Ministro de Transporte) el ejercicio de las siguientes facultades, autorizándosele a su vez a delegar el ejercicio de las mismas en funcionarios de rango no inferior a Subsecretario o Director Nacional con competencia en el ámbito del transporte aéreo:

- a) El otorgamiento, prórroga, interrupción, suspensión, reanudación, cesión, caducidad, retiro, modificación y denegación de autorizaciones en el transporte aéreo para la explotación de servicios comerciales no regulares interprovinciales, de los servicios de fomento regulares y no regulares interprovinciales. La fijación y prórroga del término para implantar servicios de transporte aéreo y de la prioridad con que deban realizarse. Estas facultades alcanzan a los demás servicios interjurisdiccionales.
- b) El dictado de normas complementarias referidas a los aspectos operativos y funcionales aplicables a los

servicios de transporte aéreo, sus representantes y agencias.

c) La aprobación de itinerarios, frecuencias, capacidad, derechos de tráfico, horarios, base de operaciones, esfera de acción y de planes de ruta para transportadores argentinos, la modificación de planes de rutas bilaterales, cuando proceda, y la regulación de la concurrencia de transportadores en cada ruta.

La aprobación de vuelos especiales, suplementarios de la frecuencia de horario, y de vuelos no regulares de empresas previamente autorizadas.

d) La aprobación de la constitución y modificación de los elencos societarios, presidentes, directores, gerentes, administradores y del monto, integración y transferencia de capitales y de acciones de los entes que soliciten o exploten servicios de transporte aéreo, así como del origen y distribución del capital social.

e) La resolución de las quejas de usuarios del servicio.

f) La aprobación y regulación de los seguros o depósitos y garantías equivalentes, inclusive las constituidas por otorgamiento de servicios aéreos y transporte de carga postal, las ofrecidas en concursos preventivos y las que respalden el funcionamiento de agencias fuera de línea.

g) El visado de los contratos de utilización de aeronaves en el área de su jurisdicción, antes de la inscripción de los mismos, a los efectos de determinar el carácter de explotador.

h) La aprobación previa de los acuerdos interempresarios, la proposición de entendimientos empresarios relativos a horarios y a reencaminamiento de tráficos, y la aprobación para aplicar resoluciones de asociación de transportadores.

i) La concertación de arreglos y entendimientos con autoridades aeronáuticas de otros países, en el área de su competencia.

j) La afectación al servicio de personal de tripulantes y de despacho de aeronaves en el área de su jurisdicción. La certificación oficial de asignación de funciones por los transportadores, a cada miembro de la tripulación auxiliar de cabina, que no integra la tripulación de vuelo esencial para la operación técnica de aeronaves.

k) La habilitación del libro de a bordo de cada aeronave afectada al servicio de transporte aéreo.

l) La autorización de representaciones y agencias de transportadores extranjeros que no operen en la República Argentina y la comercialización de la oferta por todos los transportadores.

ll) La determinación de libros y registros auxiliares requeridos para la explotación de transporte aéreo además de los exigidos por el Código de Comercio y leyes vigentes.

m) El otorgamiento de certificados que correspondan para ser presentados ante autoridades aeronáuticas extranjeras, requeridos por transportadores argentinos.

La adopción de medidas para procurar de otros países la reciprocidad necesaria.

n) La designación de funcionarios que deban viajar en misión de inspección a bordo de aeronaves de los transportadores aéreos.

ñ) La conformación del texto de pólizas de seguros aeronáuticos en el área de su competencia.

o) El otorgamiento de autorizaciones para realizar servicios de excepción para las empresas previstas en el Artículo 21 de la Ley N° 19.030.

p) La autorización previa para afectar y desafectar aeronaves de matrícula extranjera destinadas a servicios

de transporte aéreo en el área de su jurisdicción.

q) La suspensión y reanudación de los servicios, de acuerdo a los términos de la legislación vigente.

r) La aprobación de tarifas, fletes y aranceles en el ámbito del transporte aéreo no regular interprovincial e internacional. Estas facultades alcanzan a los demás servicios interjurisdiccionales."

IV.2. Actualmente, las facultades concernientes al transporte aéreo se encuentran atribuidas al Ministerio de Transporte, a quien -conforme el artículo 22 de la Ley de Ministerios 22.520- le compete, entre otras atribuciones, "3. Ejercer las funciones de Autoridad de Aplicación de las leyes que regulan el ejercicio de las actividades de su competencia".

En su ámbito actúa la ADMINISTRACIÓN NACIONAL DE AVIACIÓN CIVIL (ANAC), creada por Decreto N° 239/07 como un organismo descentralizado con las funciones y competencias establecidas en las Leyes 17.285 (Código Aeronáutico) y 19.030, y en los Tratados y Acuerdos Internacionales, leyes y disposiciones que regulan la aeronáutica civil en la República Argentina (Decreto N° 8/2016 mod. del Decreto N° 357/02)

Conforme Decreto N° 1770/07 la ANAC posee funciones de reglamentación, fiscalización, control y administración de la aeronáutica civil como la única Autoridad Aeronáutica Nacional. A ella se transfirieron las misiones y funciones inherentes a la Aviación Civil de las entonces Secretaría de Transporte y Subsecretaría de Transporte Aero comercial, ambas del entonces Ministerio de Planificación Federal, Inversión Pública y Servicios, con excepción de la regulación tarifaria, de las políticas de transporte aero comercial vinculadas a las concesiones de rutas y acuerdos bilaterales, las que se mantuvieron en la órbita de la entonces Secretaría de Transporte.

IV.3. En razón de la competencia técnica de la ANAC, por Resolución 485-E/2016 se la designó como autoridad convocante de las Audiencias Públicas que se celebren de conformidad con los artículos 102 y 129 de la Ley N° 17.285 - Código Aeronáutico.

Dicha Resolución dispone que la realización de la Audiencia Pública estará a cargo de una Junta Asesora del Transporte Aéreo (art. 5°), integrada para cada Audiencia Pública por un Presidente, dos Vocales y un Secretario. En el caso de tratarse de servicios internacionales, podrá estar integrada además por un representante del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y, cuando corresponda, por representantes de organismos técnicos relacionados con el transporte aéreo. En todos los casos, estas funciones serán ad honorem (art. 6). Los miembros de la Junta Asesora del Transporte Aéreo serán designados por el Administrador Nacional de Aviación Civil (art. 7).

Conforme el artículo 1 del Anexo I a la Resolución 485 - E/2016, las solicitudes de servicios de transporte aéreo deberán ser tramitadas de conformidad con los recaudos establecidos por el Decreto N° 2.186/92, mediante la apertura de un expediente del registro de la ANAC.

La convocatoria a Audiencia Pública se realizará una vez emitidos los informes favorables respecto de las solicitudes presentadas por parte de las áreas técnicas intervinientes de la Dirección Nacional de Transporte Aéreo de la ANAC, los que se incorporarán al expediente (art.2° del Anexo I a la Resolución 485 - E/2016),

Las decisiones adoptadas durante el transcurso del procedimiento establecido en el presente Reglamento no serán recurribles (art. 25 Resolución 485 - E/2016)

IV.4. Como puede advertirse, las atribuciones relacionadas con el procedimiento de concesión de servicios aéreos regulares internos e internacionales de pasajeros, carga y correo se encuentran delegadas en el Ministro de Transporte. En consecuencia, el Presidente de la Nación sólo le correspondería intervenir si, por hipótesis, se recurriera alguna resolución ministerial (de conformidad a lo dispuesto en el artículos 90 del Decreto 1759/72, reglamentario de la Ley de Procedimientos Administrativos)

Por su parte, el trámite de la audiencia y del procedimiento hasta el dictado de la pertinente resolución ministerial, se encuentran a cargo de la ANAC (conforme Resolución 485 - E/2016), entidad descentralizada del ámbito del Ministerio de Transporte (Decreto N° 8/2016 mod. del Decreto N° 357/02).

V.- Análisis de la eventual existencia de conflicto de intereses en los términos de la Ley 25.188

Planteadas las circunstancias del caso, cabe analizar si se advierte la configuración de alguno de los supuestos de conflictos de intereses previstos en la Ley 25.188.

Existe conflicto de intereses cuando se produce una confrontación entre el deber público y los intereses privados del funcionario. Es decir, “éste tiene intereses personales que podrían influir negativamente sobre el desempeño de sus deberes y responsabilidades” (OCDE, Guidelines for Managing Conflict of Interest in the Public Service, 2003”).

La Ley 25.188 de Ética en el Ejercicio de la Función Pública regula los conflictos de intereses en su Capítulo V. Allí se describen situaciones concretas y objetivas en las que se presume –sin admitir prueba en contrario- la existencia de un riesgo para la imparcialidad del funcionario.

Quien se encuentre desempeñando simultánea y concomitantemente con el cargo público, una de las actividades incompatibles de conformidad a lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 25.188, debe renunciar a su actividad privada como condición para seguir ejerciendo la función pública.

La Ley 25.188 también contempla el caso de que la actividad incompatible descrita en su artículo 13, sea previa al ejercicio de la función pública. En tales supuestos el funcionario deberá: a) renunciar a tal actividad como condición previa para asumir el cargo y b) abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos tres años (art. 15 de la Ley 25.188).

Además, si el agente público tiene participación societaria en una empresa, debe abstenerse de intervenir en cualquier asunto vinculado a la misma [art.15 inc. b) de la Ley 25.188].

La vulneración de estas prohibiciones constituye una falta ética que puede acarrear la sanción -e incluso la remoción- del funcionario responsable. Asimismo, los actos emitidos en conflicto de intereses serán nulos de nulidad absoluta y tanto el funcionario actuante como las firmas contratantes o concesionarias serán solidariamente responsables por la reparación de los daños y perjuicios que esos actos le ocasionen al Estado (arts. 3 y 17 de la Ley 25.188).

Estas normas deben complementarse con el art. 2 inc. i) de la Ley 25.188 conforme al cual quienes ejerzan funciones públicas deben “abstenerse de intervenir en todo asunto respecto al cual se encuentre comprendido en alguna de las causas de excusación previstas en ley procesal civil.”

Dada la gravedad de las consecuencias que tiene para un funcionario que se lo encuentre incurso en una situación de conflicto de intereses, no podrían calificarse estrictamente como tales, las situaciones que no encuadren en las normas prohibitivas contenidas en el capítulo V de la Ley 25.188, pues de otro modo podría considerarse vulnerado el principio constitucional de legalidad (artículos 18 y 19 de la Constitución Nacional).

Ello no impide que, en determinados casos, aún frente a la ausencia de conflicto de intereses en los términos de la Ley de Ética en el Ejercicio de la Función Pública, exista en la ciudadanía un temor cierto de que las decisiones no se adopten con la debida imparcialidad

Si bien estas situaciones no pueden asimilarse en cuanto a su calificación y consecuencias a las situaciones prohibidas en los arts. 13 a 15 de la Ley 25.188, ello no significa que no merezcan ser gestionadas a través de la formulación de políticas públicas de transparencia, control estatal y participación ciudadana.

A continuación se analizarán las distintas prohibiciones contempladas en el marco normativo a efectos de evaluar si el caso bajo estudio encuadra en alguna de ellas.

V.1. Hipótesis de conflicto de intereses contenida en el art. 13 inciso a) de la Ley 25.188

Se presenta cuando el funcionario -además del cargo público que desempeña-:

- a) dirige, administra, representa, patrocina o asesora o de cualquier forma presta servicios (es decir, realiza alguna actividad vinculada) a quien gestione o tenga una concesión o sea proveedor del Estado o realice actividades reguladas por éste,
- b) siempre que el cargo público desempeñado tenga competencia funcional directa, respecto de la contratación, obtención, gestión o control de tales concesiones, beneficios o actividades.

Es decir, prevé el supuesto de que un funcionario ejerza una actividad en el ámbito privado y tenga -como agente del Estado- atribuciones directas sobre esta actividad o sobre la persona para la cual se la realiza.

Esta hipótesis presupone el ejercicio de dos funciones o la gestión de dos intereses contrapuestos (públicos y privados) en forma concomitante. Si el interés particular es previo (es decir, si el funcionario público realizó algunas de las actividades antes descriptas con anterioridad a asumir el cargo), resulta de aplicación el artículo 15 de la Ley 25.188, al cual se hará referencia en los apartados siguientes.

Como puede advertirse, no es esta la situación que se presenta en el caso bajo análisis, ya que el señor Presidente de la Nación no dirige, administra, representa, patrocina o asesora ni de cualquier forma presta servicios a la empresa AVIAN LINEAS AEREAS S.A.

Basta dicha circunstancia para concluir la no configuración de la situación descripta en el artículo 13 inciso a) de la Ley 25.188 resultando innecesario analizar la eventual competencia funcional directa del Sr. Presidente de la Nación sobre las decisiones que se adopten en el marco del respectivo procedimiento administrativo.

V.2. Hipótesis de conflicto de intereses prevista en artículo 13 inciso b) de la Ley 25.188.

Ésta se verifica cuando un agente es proveedor por sí o a través de un tercero, del organismo del Estado en donde desempeña sus funciones.

El fundamento de la prohibición es evitar la influencia del funcionario en el organismo en el que trabaja para obtener un provecho propio (Resolución OA 88/02 y posteriores).

A diferencia del supuesto analizado en el punto precedente, para que se configure la situación contemplada en esta norma es indiferente que el funcionario tenga o no competencia funcional directa sobre la contratación o que, si la tuviera, se haya abstenido de intervenir en la misma (entre otras, ver Resolución OA 157/10).

La prohibición es objetiva, sólo deben cumplirse los presupuestos de hecho previstos en la disposición legal:

- a) la provisión de un bien o servicio,
- b) personalmente por el funcionario o por un tercero,
- c) al organismo del Estado en donde desempeñe sus funciones.

En el caso, la empresa AVIAN LINEAS AEREAS no está proveyendo ningún bien o servicio, ya que está requiriendo una autorización, por lo que la norma resulta inaplicable.

V.3.- Hipótesis de conflicto de intereses prevista en artículo 14 de la Ley 25.188.

Como se puede advertir la hipótesis bajo análisis no es aplicable toda vez que está dirigida a regular situaciones en las que un funcionario:

- a) ha tenido intervención decisoria en la planificación, desarrollo y concreción de privatizaciones o concesiones de empresas o servicios públicos, y
- b) actuare en los entes o comisiones reguladoras de esas empresas o servicios, dentro de los tres (3) años inmediatamente posteriores a la última adjudicación en la que hayan participado.

V.4.- El deber de excusación derivado de la existencia de vínculos previos (artículo 15 inciso b) de la Ley 25.188)

El artículo 15 de la Ley 25.188 expresa que “en el caso de que al momento de su designación el funcionario se encuentre alcanzado por alguna de las incompatibilidades previstas en el artículo 13, deberá:

- a) Renunciar a tales actividades como condición previa para asumir el cargo.
- b) Abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos tres (3) años o tenga participación societaria.”

La norma se refiere al supuesto de que el funcionario haya desarrollado alguna de las actividades contempladas en el artículo 13 de la citada ley en forma previa a asumir la función, exigiéndole al agente renunciar a tal actividad como condición para ejercer el cargo público y abstenerse de tomar intervención, durante su gestión, en cuestiones particularmente relacionadas con las personas o asuntos a los cuales estuvo vinculado en los últimos tres (3) años.

En el caso bajo análisis y en atención a que el Sr. Presidente de la Nación no se encuentra alcanzado por ninguna de las incompatibilidades previstas en el artículo 13, no resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 25.188.

V.5. El deber de excusación previsto en el artículo 2 inciso i) de la Ley 25.188

Finalmente, no se advierte que en el caso se verifique alguna de las causales de excusación previstas en la legislación procesal civil. Máxime teniendo en cuenta que, a la fecha de inicio del procedimiento, ni el Sr. Presidente de la Nación ni sus familiares poseían interés económico en la sociedad MACAIR JET S.A.

En tal sentido, el eventual vínculo que pudiera haber tenido lugar con anterioridad, tendrá relevancia a los efectos de encuadrar el presente trámite en las previsiones del Decreto 202/17, que en su artículo 1º prevé que “en caso de que el declarante sea una persona jurídica, deberá consignarse cualquiera de los vínculos anteriores, existentes en forma actual o dentro del último año calendario, entre los funcionarios alcanzados y los representantes legales, sociedades controlantes o controladas o con interés directo en los resultados económicos o financieros, director, socio o accionista que posea participación, por cualquier título, idónea para formar la voluntad social o que ejerza una influencia dominante como consecuencia de acciones, cuotas o partes de interés poseídas”, respecto de lo cual cabe remitirse a lo afirmado en el apartado II del presente (Aplicación del Decreto N° 202/17).

Saludo a Ud. atentamente

[1] B.O. 30/12/1999.

[2] Sancionado el 04/05/2007.

[3] B.O. 22/03/2017.

[\[4\]](#) Ver artículo 5°.