



TRIBUNAL DE CUENTAS

Nº 705

**INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LAS OPERACIONES
REALIZADAS POR EL SECTOR PÚBLICO ESTATAL EN
RELACIÓN CON AEROLÍNEAS ARGENTINAS, S.A. (ARSA)**

EL PLENO DEL TRIBUNAL DE CUENTAS, en el ejercicio de su función fiscalizadora establecida en los artículos 2.a), 9 y 21.3.a) de la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, y a tenor de lo previsto en los artículos 12 y 14 de la misma disposición y concordantes de la Ley 7/1988, de 5 de abril de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, ha aprobado, en su sesión de 16 de marzo de 2006, ***el Informe de Fiscalización de las operaciones realizadas por el Sector público estatal en relación con Aerolíneas Argentinas, S.A. (ARSA)*** y ha acordado su elevación a las Cortes Generales, según lo prevenido en el artículo 28.4 de la Ley de Funcionamiento.

ÍNDICE

I. INICIATIVA DEL PROCEDIMIENTO	7
II. TRÁMITE DE ALEGACIONES	8
III. RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN.	8
III.1. INVERSIONES DEL SECTOR PUBLICO ESPAÑOL EN EMPRESAS AEREAS SUDAMERICANAS.....	8
III.2. ACTUACIONES REALIZADAS EN EL MARCO DEL “PROGRAMA DE MEDIDAS DE ADAPTACION AL NUEVO ENTORNO COMPETITIVO” APROBADO POR DECISION DE LA COMISION DE LA UNION EUROPEA.	18
III.2.1. “Programa de Medidas de adaptación al nuevo entorno competitivo”, elaborado por IBERIA	18
III.2.2. Saneamiento financiero del Grupo argentino	28
III.2.3. Constitución de ANDES HOLDING, B.V.	31
III.2.4. Compra por ANDES HOLDING, B.V. del Grupo argentino	34
III.2.5. Cambios introducidos en las condiciones financieras de la operación de venta de activos a ANDES HOLDING B.V. Acuerdos adoptados en el Consejo de Administración de TENERO de 21 de mayo de 1996	36
III.2.6. Gestiones realizadas para la venta del Grupo argentino.....	48
III.2.7. Actuaciones realizadas durante el tiempo en que la gestión de ARSA estuvo encomendada a AMERICAN AIRLINES.	56
III.3. ADQUISICIÓN POR SEPI DE LAS ACCIONES DE INTERINVEST.....	72
III.3.1. Plan Director: Estrategia y financiación.....	72
III.3.2. Adquisición por SEPI de las acciones de INTERINVEST y reestructuración financiera de ARSA	78
III.3.3. Circunstancias que dieron lugar a la no aplicación del Plan Director	84

III.4. SITUACION DE ANDES HOLDING DESPUES DE LA COMPRA DE INTERINVEST POR SEPI	87
III.5. VENTA DE INTERINVEST AL SECTOR PRIVADO	90
III.5.1. Selección de la oferta presentada por AIR COMET	93
III.5.2. Contrato de venta de las acciones de INTERINVEST formalizado entre SEPI y AIR COMET. Cumplimiento de los compromisos	95
III.5.2.1 Obligaciones establecidas únicamente para AIR COMET	96
III.5.2.2. Obligaciones asumidas por ambas partes en relación con los desembolsos de fondos a los que se comprometía SEPI.....	107
III.6 RESUMEN DE LAS APORTACIONES DEL SECTOR PUBLICO ESPAÑOL RELACIONADAS CON SU PARTICIPACION EN EL GRUPO ARSA	155
IV. CONCLUSIONES	158
V. RECOMENDACIONES.....	171

ANEXOS

INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LAS OPERACIONES REALIZADAS POR EL SECTOR PÚBLICO ESTATAL EN RELACIÓN CON AEROLÍNEAS ARGENTINAS, S.A. (ARSA)

I. INICIATIVA DEL PROCEDIMIENTO

La fiscalización se ha realizado a iniciativa del propio Tribunal de Cuentas, cuyo Pleno acordó en su sesión de 17 de diciembre de 2003 incluir en el Programa de Actuaciones para el año 2004 la **“Fiscalización de las operaciones realizadas por el Sector público estatal en relación con Aerolíneas Argentinas, S.A. (ARSA)”**, aprobando posteriormente las Directrices Técnicas en las que se establecen los criterios con arreglo a los que se han desarrollado los trabajos.

De acuerdo con estos criterios, el objeto de la fiscalización ha sido tomar conocimiento y analizar las actuaciones que el sector público, a través de las Empresas Estatales IBERIA, TENERO y SEPI, ha llevado a cabo en relación con el grupo ARSA, verificando la evolución de la inversión dentro del sector público y su posterior traspaso al sector privado, así como la situación actual de los compromisos adquiridos como consecuencia de estas operaciones. La fiscalización ha comprendido el análisis de las actuaciones realizadas desde que en el año 1994 ARSA entró a formar parte del sector público empresarial español hasta la fecha de cierre de los trabajos.

II. TRÁMITE DE ALEGACIONES

En cumplimiento de lo establecido en el artículo 44 de la Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas, las actuaciones practicadas se pusieron de manifiesto a SEPI, a quienes fueron sus responsables en el periodo fiscalizado y a los responsables de IBERIA, INTERINVEST y ARSA en los años en que pertenecieron al Sector Público español; habiéndose recibido las alegaciones que se incorporan a este Informe, cuyo tratamiento se ha realizado en los apartados correspondientes.

III. RESULTADOS DE LA FISCALIZACIÓN.

III.1. INVERSIONES DEL SECTOR PUBLICO ESPAÑOL EN EMPRESAS AEREAS SUDAMERICANAS.

En 1990, año en que se inició la importante crisis económica en el sector aéreo internacional originada por la guerra del Golfo Pérsico que dio lugar a corto plazo a una sensible disminución de las cuotas de mercado para las Compañías aéreas, IBERIA emprendió una política de participación en otras Compañías aéreas de Iberoamérica adquiriendo participaciones en Aerolíneas Argentinas, S.A. (ARSA) y en Líneas Aéreas del Cobre, S.A. (LADECO), esta última de nacionalidad chilena, y planteándose el participar en otras Compañías de América del Sur y Central e intensificar su política de acuerdos bilaterales de colaboración con distintas Compañías aéreas europeas.

En concreto, en relación con ARSA, en el mes de julio de 1990 el Gobierno argentino, en virtud de la Ley 23696 y de su Decreto Reglamentario 1105/89 (en

cuyo desarrollo se dictó el Decreto 1591/89), privatizó el 85% de la Sociedad Aerolíneas Argentinas, S.A. (ARSA), quedando el capital restante en manos del Gobierno argentino (5%) y del Programa de Propiedad Participada perteneciente a los trabajadores (10%). En aplicación de esa normativa fue convocado un concurso público internacional y se publicó el correspondiente pliego de bases. Al concurso únicamente concurrió un Consorcio formado por diversas personas físicas y jurídicas argentinas y la Compañía IBERIA, S.A.

El 20 de noviembre de 1990 los participantes en el concurso y el Estado argentino firmaron un contrato, suscrito tras complejas negociaciones que dieron lugar a que la posición de IBERIA en cuanto a la adquisición del capital de ARSA pasara de un 10% a un 20% y, finalmente, a un 30% definitivo.

En virtud del acuerdo firmado, IBERIA se hacía cargo del 30% del capital de ARSA por un precio de 20 millones de dólares y podía decidir en manos de qué accionistas estaría otro 21% del capital, con la condición de que el 51% del total de la Sociedad habría de quedar en todo caso en manos de propietarios argentinos. Con esta operación IBERIA pretendía hacerse indirectamente con el control de las rutas aéreas de América del Sur, pudiendo colocar además el 19% de las acciones de ARSA en poder de Empresas no argentinas. De acuerdo con el acta del Consejo de Administración del Instituto Nacional de Industria (accionista de IBERIA en ese momento) celebrado en el mes de noviembre de 1990, la operación se planteó de tal manera que, salvo el primer desembolso, fuera la propia ARSA la que soportara los riesgos derivados de la operación.

En 1991 la crisis en el sector aéreo motivó que IBERIA elaborara un “Plan estratégico del Grupo Iberia 1992-1996” que iba acompañado de una inyección de capital de su accionista TENEO de 120.000 millones de pesetas y que fue aprobado

por Decisión de la Comisión de la Unión Europea el 22 de julio de 1992. El Plan se basaba en la hipótesis de una recuperación general del tráfico aéreo, y por tanto en un aumento de las cuotas de mercado de IBERIA, y establecía como uno de sus objetivos prioritarios el desarrollo de las actividades de la Compañía principalmente en Iberoamérica. Sobre estas premisas, IBERIA esperaba obtener beneficios a partir de 1992.

Sin embargo, la crisis del sector aéreo se prolongó, coincidiendo con la recesión económica argentina, y estas expectativas no se cumplieron. IBERIA tuvo que reducir su oferta de plazas, sus inversiones y sus costes más de lo previsto y, aunque mejoró con ello su productividad, ésta seguía siendo en 1993 inferior a la de sus principales competidores europeos. A pesar de la adopción de estas medidas, sus resultados de explotación fueron negativos en 1992 (12.348 millones de pérdidas) y en 1993 (16.610 millones de pérdidas). Los resultados globales de estos dos ejercicios fueron aún peores, de 34.824 millones de pérdidas en 1992 y de 69.777 millones negativos en 1993, debido fundamentalmente a los resultados financieros que presentaron pérdidas por valor de 26.743 millones y 67.444 millones respectivamente.

De acuerdo con las cuentas anuales de IBERIA correspondientes al ejercicio 1993, las principales desviaciones que se habían puesto de manifiesto durante 1992 y 1993 respecto a las hipótesis y magnitudes del Plan estratégico, venían originadas por una reducción de los ingresos de pasaje consecuencia de la recesión económica, por el impacto de las devaluaciones monetarias no contempladas en el Plan y por la mayor necesidad de recursos financieros aplicados a las inversiones en ARSA y en Venezolana Internacional de Aviación, S.A. (VIASA). Según las cuentas consolidadas del Grupo TENEO (al que pertenecía IBERIA en esos años) cerradas a 31 de diciembre de 1993, el importe total de la inversión en ARSA, de los prestamos

concedidos y de los riesgos asumidos por el Grupo por avales prestados y otros conceptos ascendía a 78.243 millones de pesetas en 1992 y a 126.378 millones en 1993. ARSA había incurrido en pérdidas de importancia, lo que dio lugar a que el Grupo IBERIA preparase una serie de medidas para realizar la actividad de ARSA y devolverla a una situación de rentabilidad, medidas entre las que destacaban como esenciales para permitir la obtención de resultados positivos a medio plazo el reforzamiento patrimonial de ARSA mediante la capitalización de una parte importante de los créditos que le había concedido IBERIA.

IBERIA tenía valorada su participación en ARSA a 31 de diciembre de 1993 en 20.941,9 millones de pesetas, provisionada en su totalidad y además tenía concedidos créditos a ARSA por importe de 58.571 millones de pesetas. A esa misma fecha, según los datos provisionales elaborados por IBERIA (ya que ARSA cerraba sus cuentas a 30 de junio) el capital social de ARSA ascendía a 45.826 millones de pesetas, tenía unas pérdidas de ejercicios anteriores de 13.928 millones y unos resultados negativos de 35.304 millones. IBERIA planteó entonces al resto de los accionistas una recapitalización de ARSA de, al menos, 500 millones de dólares; pero el Gobierno argentino, que en 1992 había aumentado su participación del 5 al 33% y conservaba la administración del 10% de las acciones propiedad de los trabajadores de ARSA, se negó a acudir a la ampliación, lo que dio origen a la apertura de negociaciones que se prolongaron hasta el año 1994.

El 17 de marzo de 1994 IBERIA suscribió unos nuevos acuerdos con el Gobierno argentino relacionados con la reestructuración financiera de ARSA. En su virtud, el Gobierno argentino, que pretendía no seguir financiando a la Empresa aérea argentina, posibilitaba que lo hiciese IBERIA; y, a este efecto, se promulgó el Decreto de la Presidencia Argentina 52/94, que autorizaba a IBERIA a suscribir y desembolsar una ampliación de capital en ARSA de 500 millones de dólares, por sí

en la proporción que le correspondiera por su participación en el capital social (30%) y el resto a través de una o más Sociedades argentinas designadas por IBERIA. De esta forma IBERIA controlaría, de forma directa e indirecta, la mayoría del capital de ARSA y asumiría su gestión. Con posterioridad se procedería a una desvalorización de activos y a una reducción de capital en ARSA para adecuar su cifra a la de su patrimonio teniendo en cuenta las pérdidas del ejercicio.

Por su parte, el Gobierno argentino, para privilegiar la actividad de la Compañía aérea argentina, se comprometió a defender el carácter de ARSA como línea de bandera en las relaciones con terceros Estados para preservar los derechos de tráfico recíproco y los intereses económicos de la línea aérea, a eliminar el derecho de veto que hasta ese momento se había reservado en relación con determinadas decisiones de los órganos de administración de ARSA (que pasarían a estar controlados por IBERIA), a modificar determinada reglamentación reguladora del personal y de otros aspectos de la navegación aérea, a autorizar la cesión de concesiones de ruta, a designar a ARSA como transportista de bandera de carga pura, etc.; circunstancias todas ellas decisivas a la hora de determinar la rentabilidad futura de la Compañía argentina para decidir su adquisición.

Los acuerdos suscritos el 17 de marzo fueron ratificados por el Consejo de Administración de IBERIA celebrado el 23 de marzo de 1994. En la misma fecha IBERIA solicitó a TENEIO las autorizaciones necesarias para llevar a efecto los compromisos alcanzados con el Gobierno argentino.

IBERIA era entonces propietaria del 30% del capital social y además tenía asumidos compromisos de compra y venta recíproca sobre acciones representativas de un 23,35% del capital social de las que eran titulares la Empresa estatal española Cofivacasa, S.A., y tres bancos comerciales.

Por otra parte IBERIA encargó a un despacho de Abogados argentinos la constitución de INTERINVEST, S.A., Sociedad de nacionalidad argentina, con un capital de 12.000 dólares. Esta Sociedad habría de ser la sociedad instrumental a través de la cual IBERIA adquiriría la participación mayoritaria en ARSA.

El Gobierno argentino promulgó el Decreto 432 de fecha 24 de marzo de 1994 en el que se disponía lo siguiente: “Apruébese el acuerdo suscrito entre el ESTADO NACIONAL, AEROLINEAS ARGENTINAS SOCIEDAD ANONIMA e IBERIA LINEAS AEREAS DE ESPAÑA SOCIEDAD ANONIMA con fecha 17 de marzo de 1994”.

Y en esta misma fecha, el 24 de marzo de 1994, el Consejo de Administración de TENEO (actualmente SEPI) adoptó los siguientes acuerdos:

- 1) Autorizar a IBERIA para que adquiriese la totalidad menos una (por exigencias de la legislación argentina) de las acciones de INTERINVEST.
- 2) Ampliar el capital de INTERINVEST en uno o varios tramos, ampliación que sería suscrita por IBERIA y desembolsada de la siguiente manera:
 - Hasta 350 millones de dólares mediante la aportación de créditos que IBERIA tenía frente a ARSA. Esta ampliación fue aprobada por la Asamblea General de INTERINVEST el 15 de abril de 1994.
 - Un importe equivalente en pesos argentinos de hasta 75 millones de dólares USA en efectivo para que INTERINVEST adquiriera las acciones de ARSA de las que eran titulares tres bancos comerciales y la Empresa pública Cofivacasa, S.A. y para dotarla de un capital mínimo de maniobra. Esta

ampliación fue aprobada en Asamblea General de INTERINVEST el 27 de octubre de 1994 y ascendió finalmente a 112,4 millones de dólares.

- 3) Autorizar que IBERIA e INTERINVEST suscribieran la ampliación de capital de 500 millones de dólares en ARSA .

Estas operaciones fueron posteriormente aprobadas por Acuerdo del Consejo de Ministros de España el 25 de marzo de 1994. En el Acuerdo se recogía que el Ministro de Economía y Obras y Servicios Públicos de la República Argentina comunicaría al Ministro de Industria y Energía de España la adopción de determinadas medidas incluidas en los acuerdos alcanzados por IBERIA con el Gobierno argentino (como la designación de ARSA como transportista de bandera de carga pura, la autorización de la cesión de concesiones de ruta, la modificación de la reglamentación reguladora de la actividad del personal de vuelo, la derogación del Decreto nº 2538/91 relativo a la utilización de vuelos no regulares como si lo fueran, etc.).

Con esa misma fecha, 25 de marzo de 1994, el Ministro de Economía y Obras y Servicios Públicos de la República Argentina remitió al Ministro de Industria y Energía de España una comunicación en la que se recogía el compromiso del Gobierno argentino de adoptar las medidas previstas en el acuerdo de 17 de marzo de 1994.

La inversión en el Grupo argentino fue, pues, una decisión adoptada por IBERIA con arreglo a la legalidad que le era aplicable y que, por implicar la adquisición de la mayoría del capital de otra Empresa, fue expresamente autorizada por el Consejo de Ministros que, según consta en el acuerdo de aprobación, conoció los

condicionantes de la operación, incluidos los compromisos del Gobierno argentino, de los que se hizo interlocutor directo y responsable de su seguimiento.

El Tribunal de Cuentas en el desarrollo de la fiscalización solicitó los antecedentes relativos a las operaciones anteriormente descritas. Los documentos aportados por SEPI e IBERIA no incluyen estudios emitidos con anterioridad a la realización de la primera operación así como en relación con la posterior adquisición mayoritaria de las participaciones sociales de ARSA que analicen los riesgos, las ventajas y los inconvenientes de estas operaciones y que permitan proceder a una valoración de las mismas más amplia que la realizada sobre los documentos relacionados con los Consejos de Administración de IBERIA, INI y TENERO, con independencia del cumplimiento por parte de IBERIA de la legalidad a la que estaba sometida.

Esta carencia de documentación ha supuesto una limitación para contrastar los objetivos empresariales que justificaron la adquisición, los estudios e informes que justificaran el hecho de que únicamente se presentara un Consorcio en el que participaba IBERIA al concurso de privatización convocado, los antecedentes de las condiciones concretas de la autorización aprobada por el Consejo de Administración del INI y la valoración de ARSA, así como las condiciones complementarias suscritas y los acuerdos asumidos en relación con las contingencias que en un futuro pudieran revelarse. Estas carencias han dificultado la evaluación de la incidencia de dichas operaciones en las dificultades empresariales surgidas con posterioridad.

Por otra parte, la operación de compra no contó con un adecuado nivel de cobertura frente a situaciones entonces no previsibles como eventuales modificaciones de los compromisos adquiridos por el Gobierno argentino o modificaciones de la Unión

Europea que pudieran afectar, como así ocurrió, a la viabilidad de la adquisición en los términos inicialmente pactados.

De acuerdo con las Cuentas anuales de ARSA correspondientes al ejercicio 1994 (que se cerraron en el mes de junio de ese mismo año), IBERIA e INTERINVEST no suscribieron finalmente la totalidad de la ampliación de 500 millones de dólares, pues el Gobierno argentino quería seguir manteniendo una participación del 5% en el capital de ARSA por lo que acudió a la ampliación suscribiendo acciones por valor de 2,3 millones de dólares y los desembolsó mediante la capitalización de créditos que ostentaba frente a ARSA. La cuantía finalmente suscrita por IBERIA e INTERINVEST ascendió, por tanto, a 497,7 millones de dólares, de los que IBERIA desembolsó 100,5 millones con cargo a un aporte irrevocable (término jurídico argentino que implica que un accionista realiza una aportación de fondos que posteriormente no se puede retirar y ha de tener como destino una futura ampliación de capital) realizado con anterioridad y 47,2 millones mediante créditos que ostentaba frente a ARSA; e INTERINVEST desembolsó 350 millones mediante la aportación de créditos frente a ARSA que había recibido de IBERIA en la ampliación de su propio capital.

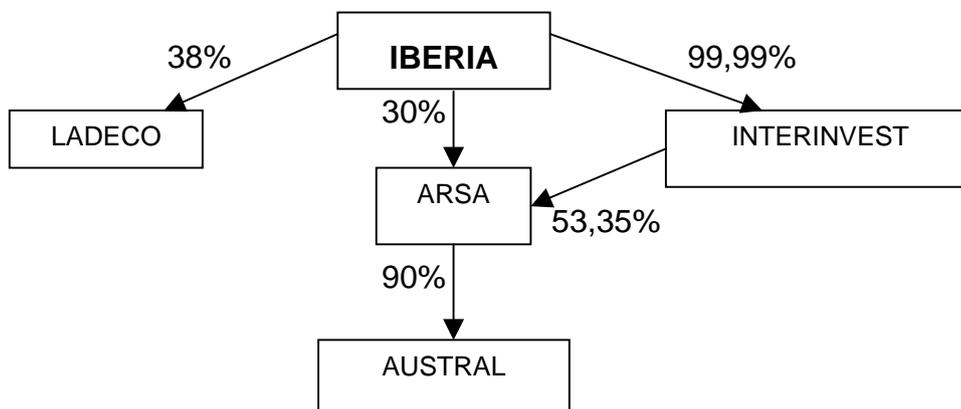
A 31 de junio de 1994 ARSA registró unas pérdidas globales de 293,3 millones de pesos argentinos (69, 9 millones más que el ejercicio anterior) de las que 121, 3 millones fueron de carácter extraordinario debido a la desvalorización de activos que se efectuó de acuerdo con las previsiones de IBERIA, ascendiendo su patrimonio neto a 262,3 millones de pesos (equivalencia: 1 peso argentino = 1 dólar USA). Por el contrario, las pérdidas ordinarias, de 171,9 millones de pesos argentinos, fueron inferiores en 52,5 millones a las registradas el ejercicio anterior. De acuerdo con la Memoria que acompañaba a estas cuentas, las pérdidas del ejercicio se debieron a la continuidad de la crisis internacional del mercado aéreo, que sólo en los últimos

meses había mostrado algunos índices de recuperación, unida a la débil situación patrimonial de la Compañía. No obstante la tendencia era de recuperación respecto del ejercicio anterior debido a las acciones de orden comercial y de control de costes emprendidas por la Empresa. Entre otros aspectos, se habían reducido los gastos de personal y de catering y se habían mejorado los contratos de provisión de combustible. Además, la carga financiera había disminuido notablemente como consecuencia de la ampliación de capital de 500 millones de pesos (con la que se cancelaron 400 millones de pesos de créditos frente a IBERIA) aunque este efecto sólo se noto durante los dos últimos meses del ejercicio. A 31 de junio de 1994 ARSA se encontraba obligada por la legislación argentina a una reducción de capital para reequilibrar su patrimonio, reducción que finalmente se llevó a cabo en el mes de noviembre de ese año y que ascendió a 322 millones de pesos.

En definitiva, en 1994 IBERIA asumió la gestión de ARSA y adquirió una participación indirecta del 53,35% a través de INTERINVEST, S.A. que, unida a su participación directa del 30% , suponía el control del 83,35% del capital social de ARSA. La participación total así obtenida se encontraba valorada a 31 de diciembre en 91.367 millones de pesetas y provisionada en 65.483 millones.

ARSA era a su vez propietaria del 90% de Austral Líneas Aéreas-Cielos del Sur, S.A. (AUSTRAL), otra Compañía aérea de nacionalidad argentina. Además, IBERIA era propietaria del 38% de una Compañía aérea chilena denominada LADECO, S.A. (LADECO).

Tras estos antecedentes, la situación en la que se encontraba la participación de IBERIA en Empresas aéreas sudamericanas era la siguiente:



III.2. ACTUACIONES REALIZADAS EN EL MARCO DEL “PROGRAMA DE MEDIDAS DE ADAPTACION AL NUEVO ENTORNO COMPETITIVO” APROBADO POR DECISION DE LA COMISION DE LA UNION EUROPEA.

III.2.1. “Programa de Medidas de adaptación al nuevo entorno competitivo”, elaborado por IBERIA

Como consecuencia de las elevadas pérdidas de los años 1992 y 1993, la situación patrimonial de IBERIA se deterioró sustancialmente a pesar de la inyección de capital de 120.000 millones realizada por TENEO en 1992. El pasivo de su balance, con un fuerte endeudamiento, se traducía en un elevado aumento de los costes financieros y se preveía que, sin una nueva aportación de capital, sus fondos propios fueran negativos en 1995.

En 1994 IBERIA registró un superávit de explotación de 5.920 millones de pesetas pero sus resultados globales seguían siendo negativos en 41.495 millones y en ellos seguían destacando las pérdidas de carácter financiero (23.983 millones de pesetas)

por lo que era necesario obtener urgentemente capital para hacer frente a los vencimientos de su deuda y restablecer una estructura patrimonial aceptable, aunque esta nueva aportación de capital, para que fuese efectiva, requeriría una reestructuración profunda de las actividades de la Empresa. En este contexto, IBERIA empezó a elaborar a finales de 1994 un “Programa de Medidas de adaptación al nuevo entorno competitivo” cuya primera versión fue comunicada por el Gobierno español a la Comisión Europea en el mes de enero de 1995 e iba acompañada de una demanda de capital de 130.000 millones de pesetas. En Plan se basaba fundamentalmente en un descenso de los costes de producción, una mejor gestión de la flota y un aumento de los ingresos; e incluía el mantenimiento y consolidación de la presencia de IBERIA en el mercado Europa-Iberoamérica, en el que se consideraba que las expectativas eran buenas, recogiendo las inversiones suplementarias que habían supuesto el aumento de su participación en ARSA en el año 1994.

De acuerdo con lo comunicado por el Gobierno español a la Comisión Europea, los resultados de IBERIA se habían visto afectados en el curso de 1992 y 1993 por las siguientes circunstancias que se calificaban como excepcionales, imprevisibles y ajenas a la gestión de la Empresa: por la recesión económica, que acentuó los efectos de la guerra del golfo en el sector del transporte aéreo; por la crisis del sistema monetario europeo que había dado lugar, a partir del verano de 1992, a una fuerte devaluación de la moneda española; por la liberalización anticipada del transporte aéreo en el mercado interior español; y por las dificultades surgidas en el proceso de adquisición de las filiales sudamericanas de la compañía (ARSA, sobre todo).

El 1 de marzo de 1995 la Comisión decidió abrir el procedimiento previsto en el apartado 2 del artículo 93 del Tratado respecto a la nueva ampliación de capital de

130.000 millones de pesetas para IBERIA, pues tenía serias dudas sobre si se trataba de una ayuda estatal, entendiéndose que eran pocas las probabilidades de que el esfuerzo financiero de TENE0 se viera remunerado de forma satisfactoria, y sobre la concurrencia de circunstancias excepcionales, imprevisibles y ajenas a la Empresa previstas como excepciones en el artículo 92 del Tratado. Iniciado el procedimiento, cinco Estados y varias compañías aéreas competidoras de IBERIA presentaron observaciones en relación con las dudas manifestadas por la Comisión.

La Comisión Europea recurrió a un consultor independiente para que identificara las causas del fracaso del Plan estratégico de 1992, valorara el carácter excepcional, imprevisible y externo de los cuatro factores expuestos por las autoridades españolas para explicar las pérdidas de IBERIA, evaluara la viabilidad del Programa de Medidas y la adecuación de la cantidad de 130.000 millones para cumplir sus objetivos y estudiara, en su caso, fórmulas alternativas para remediar la situación de IBERIA.

El Consultor designado por la Comisión emitió un Informe del que se deducían las siguientes conclusiones:

- Un inversor que actuase de acuerdo con las reglas de la economía de mercado no realizaría de una vez la inyección de capital de 130.000 millones en IBERIA. Procuraría reducir al mínimo el importe de la aportación inicial y realizaría abonos posteriores, por tramos, a medida que se alcanzaran los objetivos del Plan.
- La operación era demasiado arriesgada financieramente a causa de las incertidumbres que rodeaban aún el futuro del grupo, principalmente en Iberoamérica.

- En cuanto al fracaso del Plan estratégico de 1992, lo atribuía al sobrecoste de las inversiones en Iberoamérica y a una excesiva previsión de crecimiento y de conquista de cuotas de mercado cuando la estructura de costes de Iberia y su insuficiente productividad no le permitían hacer frente al imprevisto descenso de los ingresos unitarios.
- De los cuatro factores señalados por las autoridades españolas como justificación de los resultados de IBERIA, sólo podría ser considerado excepcional, imprevisible y ajeno a la Empresa el carácter especialmente grave de la recesión económica de 1992 y 1993
- Las medidas propuestas en el programa de adaptación notificado para el periodo 1994-1996 no eran suficientes para garantizar la viabilidad a largo plazo y, aunque era necesaria una aportación de fondos propios, las necesidades inmediatas de IBERIA eran considerablemente inferiores a 130.000 millones.

En paralelo con los trabajos realizados por el consultor, la Comisión, el Gobierno español, TENEO e IBERIA realizaron varias reuniones entre junio y septiembre de 1995 y como consecuencia de estas reuniones, de las observaciones formuladas por los Estados y Compañías interesadas, y de las conclusiones del Consultor, el Gobierno español comunicó en el verano de 1995 un nuevo plan a la Comisión que obtuvo un Informe favorable del consultor independiente. Los objetivos del Plan presentado eran la reestructuración financiera de IBERIA mediante una compensación de costes sociales, una aportación de capital de 87.000 millones de pesetas por parte de su accionista TENEO y la reducción de riesgos futuros, especialmente en las líneas hispanoamericanas (ARSA, AUSTRAL y LADECO) a través de una operación con Entidades financieras privadas, de acuerdo con las recomendaciones de la Comisión Europea.

En concreto, en relación con la desinversión en las Compañías sudamericanas se establecía en el Plan que IBERIA cedería a una Sociedad de nueva creación, de nacionalidad holandesa y que se denominaría ANDES HOLDING B.V., el 13% de LADECO, la totalidad de sus acciones en INTERINVEST y el 10% de las que poseía directamente en ARSA.

ANDES HOLDING B.V. se constituiría con el único objetivo de adquirir tales participaciones de IBERIA y posteriormente venderlas a terceros. Su capital, de 10 millones de dólares USA, pertenecería en un 42% a TENEO y en un 58% a Bancos comerciales americanos. Los recursos de ANDES HOLDING incluirían principalmente dos préstamos concedidos por los accionistas. El primero de estos préstamos sería suscrito en un 70% por los accionistas privados y en un 30% por TENEO y tendría carácter “privilegiado” (*Senior deb*) ya que estaría avalado por los activos adquiridos por ANDES HOLDING B.V. y su reembolso sería prioritario respecto del segundo préstamo. Este segundo préstamo (*Junior deb*), “subordinado” del primero y de la misma cuantía, sería concedido en un 70% por TENEO y en un 30% por los accionistas privados, y se encontraría remunerado con un tipo de interés más alto pues su carácter subordinado determinaba una mayor asunción de riesgo. Además, como otro instrumento de financiación, se contemplaba que IBERIA concediera a ANDES HOLDING un aplazamiento del pago del precio de las acciones de AUSTRAL (filial de ARSA).

Antes de ceder sus participaciones a ANDES HOLDING, IBERIA ampliaría el capital de INTERINVEST con objeto de sanear el grupo argentino y posibilitar su venta a terceros, mediante tres operaciones: la transferencia de los créditos que IBERIA tenía frente a ARSA, la aportación de capital nuevo y la aportación de un 10% del capital de ARSA propiedad directa de IBERIA. La aportación de capital nuevo a INTERINVEST la realizaría IBERIA mediante fondos provenientes de un préstamo

contraído con ANDES HOLDING o con alguna Entidad financiera y se destinaría a la compra por INTERINVEST de deuda de ARSA con terceros, incluida la garantizada por IBERIA. Posteriormente INTERINVEST realizaría un aporte irrevocable en ARSA absorbiendo en parte las deudas de esta última.

El precio de la venta de las participaciones cedidas a ANDES HOLDING había sido determinado sobre la base de un informe elaborado por un banco americano. El pago del precio se realizaría en tres momentos: el primer pago se haría a la firma del contrato de venta; el segundo pago tendría lugar transcurrido un periodo de “due diligence”, acompañado de una cláusula resolutoria, de una duración máxima de 4 meses, durante el cual los accionistas de ANDES HOLDING B.V. podrían comprobar que se había realizado la previa recapitalización del grupo argentino; y el tercero, correspondiente al precio de AUSTRAL, sería abonado a IBERIA cuando ANDES HOLDING vendiera AUSTRAL a terceros.

En términos generales el planteamiento original de la operación presentado ante la Comunidad Europea comprendía dos fases sucesivas:

1. La primera, que comenzaría con la constitución de ANDES HOLDING B.V., el otorgamiento de los dos préstamos y la compra de los activos de IBERIA, habría de realizarse en un plazo máximo de dos años. Durante este plazo IBERIA dispondría de una opción de recompra de las acciones en las Compañías sudamericanas que podría ejercitar sobre la totalidad o sobre parte de ellas. El precio de recompra, fijado al hacerse la venta, se calcularía de manera que permitiera el reembolso de los principales de los dos préstamos concedidos a ANDES HOLDING más los intereses devengados y el reembolso a los accionistas del capital aportado a la Sociedad holandesa incrementado con un rendimiento del capital.

2. La segunda fase, con una duración máxima de un año, sólo tendría lugar si IBERIA no ejercitaba la opción de recompra. Transcurrida la primera fase IBERIA perdería su opción, debiendo ANDES HOLDING vender los activos en el mercado al mejor precio posible y sin limitación alguna.

Durante ambas fases IBERIA seguiría ocupándose de la gestión operativa de ARSA.

Una vez que ANDES HOLDING hubiera cedido los activos a IBERIA o a terceros se procedería a su disolución en un plazo máximo de tres años desde su constitución.

Además, en su comunicación de 18 de diciembre de 1995 a la Comisión de la UE el Gobierno español señaló que la cesión de activos a ANDES HOLDING B.V. y la ampliación del capital de IBERIA en 87.000 millones de pesetas iban acompañadas de las siguientes condiciones:

- IBERIA se comprometía a no ejercer su opción de recompra durante la primera fase si no se cumplían los siguientes requisitos: que el valor de mercado de los recursos propios del Grupo IBERIA fueran igual o superior al 30% del “valor de empresa del Grupo” (valor calculado sobre la capacidad de generación de beneficios de los activos agregados); y que un inversor privado participara directa o indirectamente de un modo significativo en la operación. Estos mismos requisitos se exigirían durante el tercer año en el caso de que IBERIA presentase la mejor oferta de compra, aunque no serían aplicables si IBERIA ejercitaba su opción de recompra para la venta inmediata de las participaciones a un tercero.

- TENEO participaría en ANDES HOLDING B.V. como accionista y como prestamista en las mismas condiciones que los demás socios y prestamistas privados y en términos de mercado. La Sociedad ANDES HOLDING B.V. tomaría sus decisiones por mayoría de sus miembros de conformidad con los acuerdos adoptados por las partes y con la legislación aplicable. Si en el futuro, como consecuencia del desarrollo comercial de ANDES HOLDING B.V., TENEO llegaba a ser titular de cualquier activo de ANDES HOLDING B.V. el Gobierno español se comprometía a asegurar que TENEO procedería a continuación a vender dichos activos a terceros. TENEO no compraría activos de ANDES HOLDING.
- Ninguna Entidad o Empresa pública española que no fueran IBERIA y TENEO participaría en las transacciones relativas a ANDES HOLDING B.V. ni adquiriría activos de ANDES HOLDING B.V.
- Los fondos necesarios para el pago de todos los costes de reducción de plantilla de IBERIA (36.685 millones de pesetas) se transferirían a esta Sociedad inmediatamente después de la Decisión de la Unión Europea aprobando la ampliación de su capital. El resto de la ampliación de capital (hasta 87.000 millones de pesetas) sería desembolsado tan pronto como ANDES HOLDING B.V. hubiera realizado el segundo pago a IBERIA relativo a la compra de INTERINVEST y LADECO.

El Programa de Medidas fue aprobado por Decisión comunitaria de 31 de enero de 1996, en la que literalmente se acordó que "las diferentes transacciones relativas a la Sociedad ANDES HOLDING B.V. y la inyección de capital de 87.000 millones de pesetas realizada por la Sociedad TENEO a favor de IBERIA no constituyen ayudas de Estado a efectos del apartado 1 del artículo 92 del Tratado constitutivo de la

Comunidad Europea y del apartado 1 del artículo 61 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, a la vista, en particular, de los compromisos del Gobierno español expuestos al final del antepenúltimo párrafo del anterior punto” (es decir, de los compromisos comunicados el 18 de diciembre de 1995 que han quedado relacionados).

En la valoración jurídica que la Comisión de la Comunidad Europea realizó en esa Decisión de 31 de enero de 1996 se incluyen una serie de consideraciones en relación con las operaciones previstas a través de “ANDES HOLDING B.V.” que contribuyen a la definición e interpretación del contenido de la Decisión; consideraciones entre las que se encuentran las que a continuación se resumen:

Reitera la Comisión que, de acuerdo con el apartado 1 del artículo 92 del Tratado y el apartado 1 del artículo 61 del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo, son incompatibles con el mercado común, en la medida que afectan a los intercambios comerciales entre Estados miembros y entre las partes contratantes, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones. Añadiendo que, para determinar si se trata de una ayuda estatal, la Comisión debe fundamentar su juicio en el principio del inversor en economía de mercado. En virtud de dicho principio no se considera que exista ayuda estatal cuando se produce una aportación de capital nuevo en condiciones que serían aceptables para un inversor privado que operase en las condiciones normales de una economía de mercado. Y recuerda la Comisión que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en sentencia de 21 de marzo de 1991, precisó que “aún cuando el comportamiento del inversor privado, al que debe compararse la actuación del inversor público que persigue objetivos de política económica, no es necesariamente el del inversor ordinario que coloca capitales en función de su

rentabilidad a un plazo más o menos corto, sí debe ser, por lo menos, el de un holding privado o un grupo privado de empresas que persigue una política estructural, global o sectorial, y se guía por perspectivas de rentabilidad a más largo plazo”.

Y, en relación con el conjunto de transacciones correspondientes a ANDES HOLDING B.V., la Comisión consideró que TENEIO y el Gobierno español habían adoptado una actitud comparable a la de un inversor privado que actúa exclusivamente en función de consideraciones comerciales, en base a las siguientes razones:

- La financiación de ANDES HOLDING B.V. se basaba en una pequeña cantidad de recursos propios en comparación con los recursos procedentes de la deuda, que era lo que prevalecía generalmente en este tipo de operaciones. Además la vida de ANDES HOLDING estaba limitada a un máximo de tres años y se constituía únicamente para adquirir y luego enajenar unas participaciones financieras concretas, circunstancias que no justificaban una aportación elevada de fondos propios.
- Los socios privados controlaban ANDES HOLDING y participaban de forma sustancial en cada una de sus tres fuentes de financiación: un 58% en el capital social, un 70% en el Préstamo Principal y un 30% en el Préstamo Subordinado.
- Los tipos de interés que remuneran las distintas fuentes de financiación no rebasaban los límites observados para operaciones similares. Además la participación en la operación de Bancos comerciales americanos era garantía de que dichos tipos reflejaban efectivamente los precios de mercado.

- Los precios de ARSA e INTERINVEST para su adquisición por ANDES HOLDING B.V. fueron estimados por un Banco comercial, utilizándose un método esencialmente comparativo. El valor de AUSTRAL fue objeto de una estimación específica por parte de un gabinete de auditoría de prestigio internacional.

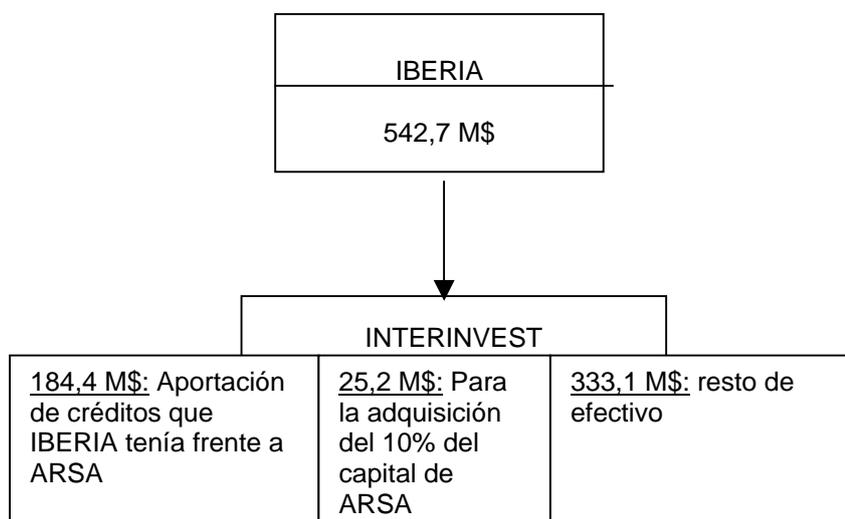
Además, la Comisión tomaba nota de todos los compromisos asumidos por las autoridades españolas en relación con las condiciones que debían darse para que IBERIA pudiera ejercitar su opción de recompra de las acciones de ARSA, con la participación de TENEO en ANDES HOLDING como accionista y prestamista en las mismas condiciones que los demás socios, con el compromiso de TENEO de no adquirir activos de ANDES HOLDING y con la renuncia a que ninguna otra empresa pública española (que no fuera TENEO o IBERIA) participase en las transacciones con ANDES HOLDING ni adquiriese sus activos.

III.2.2. Saneamiento financiero del Grupo argentino

De acuerdo con el Plan presentado ante la Comisión, antes de que se produjera la Decisión autorizando la ampliación de capital en IBERIA, esta Sociedad procedió a realizar un saneamiento financiero de ARSA, con objeto de facilitar su venta a terceros. Con este fin, en el mes de diciembre de 1995 llevó a cabo una ampliación de capital en INTERINVEST por importe de 542,7 millones de dólares que se suscribió del modo siguiente: 184,4 millones de dólares mediante la aportación de créditos que IBERIA tenía frente a ARSA y 358,3 millones de dólares mediante la aportación de efectivo, de los que 25,2 millones de dólares debían destinarse por INTERINVEST a la compra a IBERIA del 10% del capital de ARSA, lo que tuvo lugar mediante la formalización del correspondiente contrato de compraventa entre INTERINVEST e IBERIA el 29 de diciembre de 1995. A 31 de diciembre de 1995

IBERIA tenía valorado en sus cuentas su participación directa e indirecta (a través de INTERINVEST) en ARSA por un total de 154.966 millones de pesetas, valor que se encontraba provisionado en un importe de 84.558 millones de pesetas.

Esquemáticamente, la ampliación de capital de INTERINVEST de diciembre de 1995 se realizó en el modo siguiente:

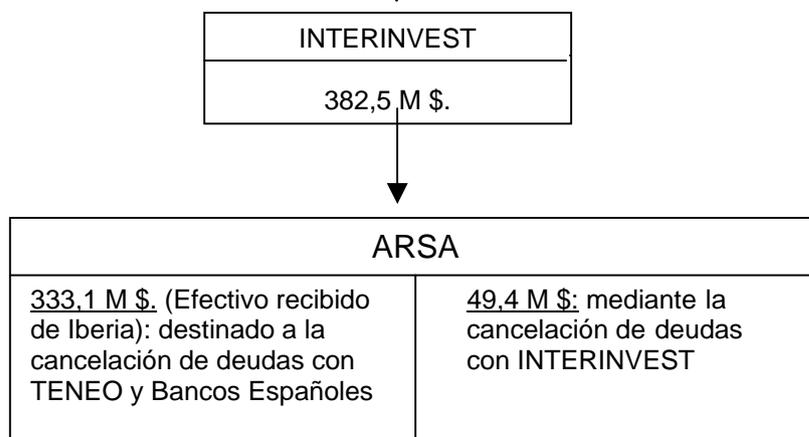


Como consecuencia de la ampliación IBERIA redujo su participación en ARSA a un 20% e INTERINVEST la aumentó a un 63,35%.

Con posterioridad, también en diciembre de 1995, INTERINVEST realizó un “aporte irrevocable de capital” a cuenta de una futura ampliación de capital en ARSA por valor de 382,5 millones de dólares de los que 333,1 millones de dólares, (que era el resto de efectivo recibido de IBERIA) fueron destinados a la cancelación de deudas

de ARSA con TENE0 y Bancos españoles y 49,4 millones de dólares se aportaron mediante la cancelación de deudas de ARSA con la propia INTERINVEST.

Así pues, el aporte irrevocable de capital realizado por INTERINVEST en ARSA en diciembre 1995 se desarrolló en el modo siguiente:



Como consecuencia de estas operaciones INTERINVEST quedó con un saldo de créditos frente a ARSA de 135 millones de dólares (que eran la diferencia de los 184,4 millones de dólares en créditos que le fueron aportados por IBERIA menos los 49,4 millones de dólares por los que canceló deudas de ARSA en el aporte irrevocable) que se encontraban garantizados con una prenda sobre las acciones del capital social de AUSTRAL (en la que ARSA ostentaba una participación del 90%).

ARSA elaboró dos cuentas de carácter semestral en el año 1995, una cerrada a 31 de junio y otra a 31 de diciembre, con el fin de hacer coincidir el cierre de sus estados contables con el último día del año natural. A 31 de junio de 1995 los resultados fueron negativos por 58 millones de pesos, mostrando por tanto en estos seis meses una mejor notable respecto del ejercicio anterior. Sin embargo, a pesar

del aporte irrevocable realizado por INTERINVEST, a 31 de diciembre de 1995 las pérdidas ascendieron a 133,7 millones de pesos, de los que sólo 25,4 millones tenían carácter extraordinario por la desvalorización efectuada de bienes aeronáuticos, siendo su patrimonio neto positivo por valor de 416,2 millones. De acuerdo con la memoria que acompañaba estas cuentas, las pérdidas se debieron fundamentalmente a la recesión económica que había comenzado en Argentina en 1995 y a la desregularización aérea llevada a cabo por su Gobierno, que hizo que ARSA tuviera que enfrentarse a una importante competencia por parte de otras compañías aéreas locales. La desregulación aérea, contraria a los compromisos que el Gobierno argentino asumió al realizarse la compra de ARSA por IBERIA y que influyeron de manera particular en la decisión de adquirirla, supuso una grave dificultad para el desarrollo de su actividad por la Compañía argentina. Ante esta situación el Directorio (Consejo de Administración) de ARSA había empezado a implantar una serie de medidas, que implicaban la reducción de costes y un aumento de la productividad de la Empresa, con las que se pretendía, junto con la prevista recuperación de la economía del País, afianzar la posición de liderazgo de ARSA en el mercado argentino y regional e incrementar su participación en el tráfico internacional.

III.2.3. Constitución de ANDES HOLDING, B.V.

El 1 de marzo de 1996 se constituyó en Holanda ANDES HOLDING B.V. como Sociedad de Responsabilidad limitada, con domicilio social en Amsterdam y duración indefinida. Su capital ascendía a 16,3 millones de florines holandeses dividido en acciones de un florín de valor nominal cada una de ellas, suscrito y desembolsado en un 42% por TENEO y en un 58% por bancos comerciales privados (BT Foreign Investment Corporation –del grupo Banker Trust, hoy Deutsche Bank– 9% y Merrill Lynch 49%). De acuerdo con sus Estatutos, la Junta General no podría

adoptar acuerdos sin estar presente todo el capital suscrito y su órgano de Administración lo constituía un Consejo formado por 11 miembros, cinco de ellos nombrados por TENE0 y seis por los Bancos privados, que deberían adoptar sus acuerdos por mayoría absoluta de todos los votos válidamente emitidos. (El 31 de diciembre de 1996 TENE0 ya se había disuelto y su activo y pasivo había quedado integrado en SEPI, manteniendo ésta la misma participación en ANDES HOLDING B.V.).

TENE0 registró contablemente la adquisición del 42% del capital de ANDES HOLDING el 21 de febrero de 1996, con anterioridad por tanto a la elevación a instrumento público de la compra, por un valor en pesetas de 513,8 millones. Con posterioridad, durante el periodo comprendido entre el 27 de marzo y el 26 de noviembre de 1996, TENE0 fue contabilizando como mayor valor de la cartera gastos por un total de 2.408,9 millones de pesetas y dotando por importe equivalente una provisión. Los 2.408,9 millones de pesetas incluían 1.900 millones correspondientes a pagos realizados por TENE0 a las Entidades bancarias que intervenían en la operación. De estos 1.900 millones de pesetas correspondían a “honorarios por actuaciones de estructuración financiera” 426,3 millones, a “honorarios por coordinación financiera” 1.252,3 millones y a “honorarios de financiación” 221,4 millones de pesetas (por la concesión de un préstamo de 205 millones de dólares a ANDES HOLDING). Los 508,9 millones de pesetas de gastos restantes hasta el total de 2.408,9 millones correspondían a honorarios satisfechos a diversas Entidades y profesionales españoles y extranjeros por asesoramientos y gestiones relacionadas con la constitución de ANDES HOLDING, la compra de INTERVINEST por la nueva Sociedad holandesa, la concesión a ésta de préstamos, la realización de las operaciones de swaps, la elaboración de todos los documentos que se suscribieron en 1996, etc., así como al abono de los gastos legales y suplidos originados por estas actuaciones. La totalidad de los gastos comprendidos

en los 2.408,9 millones de pesetas aparecen soportados por las correspondientes facturas en la documentación facilitada por SEPI.

Todas estas obligaciones de pago fueron asumidas por TENEO en un documento suscrito el 1 de marzo con los Bancos privados que iban a intervenir en la operación de desinversión. El 31 de diciembre de 1996 se aplicó la provisión dotada regularizándose así el valor de la cartera, en la que quedó registrado únicamente el valor de las acciones adquiridas (513,8 millones de pesetas).

El mismo día 1 de marzo de 1996, ANDES HOLDING se endeudó por un importe total de 410 millones de dólares con sus accionistas mediante la firma de dos contratos de préstamo, quedando la deuda estructurada de la siguiente manera:

1. “Préstamo Principal” concedido en un 70% por los socios financieros (*Merrill Lynch y Bankers Trust Company*) y en un 30% por TENEO, por importe de 205 millones de dólares con un tipo de interés igual al Libor + 0,5 y un plazo de tres años, de carácter privilegiado pues había de reembolsarse en primer lugar y estaba garantizado con un derecho de prenda sobre los activos de la Compañía.
2. “Préstamo Subordinado” concedido en un 70% por TENEO y en un 30% por los socios financieros, por importe de 205 millones de dólares, con un tipo de interés igual al Libor + 2,5 y un plazo de tres años, con carácter subordinado respecto al préstamo anterior.

TENEO y los bancos privados participantes en la operación firmaron, asimismo, el 1 de marzo de 1996 dos contratos más, uno denominado “Acuerdo entre acreedores” que regulaba las relaciones entre las partes como prestamistas de ANDES HOLDING, y otro denominado “Acuerdo entre accionistas” que regulaba sus

relaciones como accionistas de ANDES HOLDING y que tenía un contenido similar al de los Estatutos de la Sociedad holandesa.

III.2.4. Compra por ANDES HOLDING, B.V. del Grupo argentino

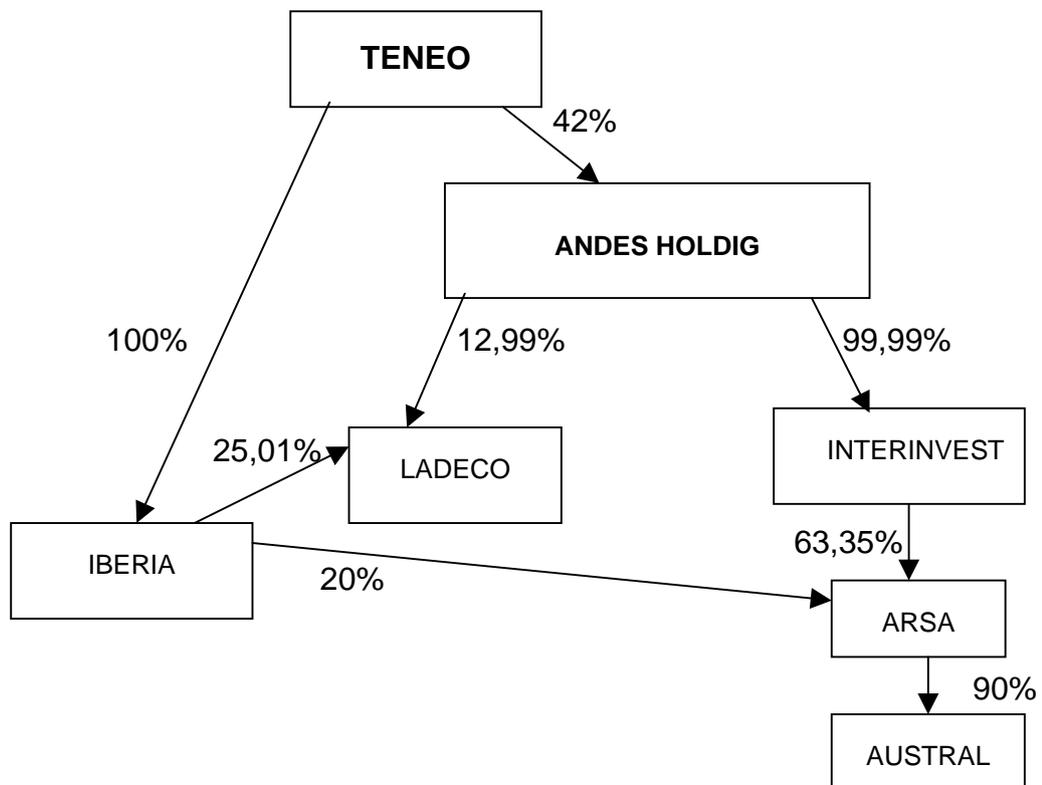
También con fecha 1 de marzo de 1996 se formalizó un contrato de compraventa entre IBERIA y ANDES HOLDING en virtud del cual ANDES HOLDING adquirió el 99,99% de INTERINVEST (total de la participación que en ese momento poseía IBERIA), por un precio de 385 millones de dólares, y el 12,99% de LADECO, por 1,9 millones de dólares, importes a los que había que añadir una suma adicional en función de los intereses que se devengarán hasta la fecha de cobro pues parte del pago se pactó que fuera aplazado. Además, en el contrato de venta se estableció un compromiso de compra a IBERIA del 10% de ARSA por un precio cierto de 23,2 millones de dólares; e IBERIA valoró en sus cuentas ese 10% de ARSA al precio cierto de recuperación y provisionó totalmente el otro 10% que poseía.

También se establecía en el Contrato de 1 de marzo de 1996 el aplazamiento de pago de 135 millones de dólares de ANDES HOLDING a IBERIA hasta el momento en que la primera vendiese las acciones de AUSTRAL a terceros. En el caso de que en el plazo de tres años las acciones no fueran vendidas, volverían a ser entregadas a IBERIA que tenía establecida una prenda sobre ellas.

El total finalmente cobrado por IBERIA ascendió a 388,4 millones de dólares, suponiendo el conjunto de la operación una pérdida para IBERIA de 2.920 millones de pesetas y la aplicación de provisiones por valor de 63.015 millones de pesetas. El cobro por parte de IBERIA del precio pactado por la venta de sus participaciones tuvo lugar en dos partes: en marzo de 1996 percibió 202,3 millones de dólares USA correspondientes al primer plazo del precio de las acciones de INTERINVEST; y en

mayo de ese mismo año cobro un importe total de 186,1 millones de dólares USA, de los que 184,7 millones de dólares USA correspondían al precio de las acciones de LADECO y al segundo plazo de las acciones de INTERINVEST y 1,4 millones de dólares correspondían a los intereses devengados hasta el momento del cobro. La percepción de este segundo cobro supuso el cumplimiento de la condición necesaria para que IBERIA pudiera recibir el segundo desembolso de la ampliación de su capital, por importe de 50.315 millones de pesetas. La operación de venta fue autorizada por acuerdo del Consejo de Ministros adoptado el día 8 de marzo de 1996.

La situación que quedó tras la venta de las participaciones a ANDES HOLDING (sin tener en cuenta el compromiso de venta de acciones de ARSA propiedad de IBERIA) fue la siguiente:



Por último, el 1 de marzo de 1996 se firmó también un contrato entre IBERIA y ARSA en virtud del cuál IBERIA asumiría la gestión empresarial del grupo de Sociedades controladas por ARSA, según se hace constar en el Acta del Consejo de Administración de TENEO de 26 de marzo de 1996.

III.2.5. Cambios introducidos en las condiciones financieras de la operación de venta de activos a ANDES HOLDING B.V. Acuerdos adoptados en el Consejo de Administración de TENEO de 21 de mayo de 1996

El 21 de mayo de 1996, antes de que IBERIA recibiera el segundo pago de ANDES HOLDING por la compra de las acciones de INTERINVEST y LADECO, en una reunión del Consejo de Administración de TENEO se informó de que la venta de activos en líneas sudamericanas (ARSA, AUSTRAL y LADECO) había quedado sometida a condicionantes impuestos por cuatro fuentes distintas: la Unión Europea, IBERIA, los Bancos participantes y la propia TENEO.

Los condicionantes impuestos por la Unión Europea se traducían en las siguientes exigencias:

- Había de tratarse de una operación de mercado. Los privados debían asumir el riesgo de la operación y TENEO debía ser minoritario y no podría dar garantías directas.
- Ni TENEO ni cualquier otra Empresa pública diferente de IBERIA podría recomprar los activos traspasados. La venta debía ser irrevocable.
- La operación debía eliminar los riesgos sudamericanos del balance de IBERIA.

Los condicionantes relacionados con la propia IBERIA eran los siguientes:

- El precio de venta habría de ser suficiente para que las minusvalías no condicionaran el balance futuro de la Compañía.
- La operación debería permitir a IBERIA liberar sus riesgos en las Sociedades sudamericanas, no sólo en capital sino en préstamos y avales.
- IBERIA necesitaba, durante un plazo, poder ofrecer a un futuro socio la posibilidad de volver a comprar los activos sudamericanos.

Por su parte, los Bancos privados participantes en la operación tenían las siguientes exigencias:

- El riesgo de la operación debía ser de TENEEO
- El precio de compra de las Sociedades sudamericanas debería ser el correcto para luego ser vendidas en el mercado.
- La estructura financiera de las Compañías debería ser igualmente la correcta para posibilitar su venta en el mercado.
- Se debían cumplir los requisitos de autorización de la Unión Europea.
- Si quedase participación en IBERIA de alguna de las Compañías sudamericanas, ésta no debería condicionar la venta a terceros del paquete accionarial traspasado.

Por último, en relación con TENEEO, su apoyo a la operación debía ser acorde con sus presupuestos.

Al producirse esta reunión del Consejo de Administración de TENEEO de 21 de mayo de 1996, ANDES HOLDING estaba ya constituida y era titular de las acciones de INTERINVEST y LADECO, la autorización de la Comisión se había obtenido y publicado, por lo que ya se había realizado la primera parte de la ampliación de capital en IBERIA de 36.685 millones de pesetas destinada al pago de los costes de

reducción de plantilla, y se había realizado el primer pago de ANDES HOLDING a IBERIA por las acciones de ambas Compañías sudamericanas.

En el acta del Consejo de Administración de TENEO de 21 de mayo de 1996 se pone de manifiesto a continuación que existía una condición previamente acordada con los demás accionistas de ANDES HOLDING (los bancos privados participantes) consistente en que ANDES HOLDING no realizaría el segundo pago de las participaciones compradas a IBERIA sin que la operación pasase a ser riesgo de TENEO. A su vez, el segundo pago a realizar por ANDES HOLDING era condición necesaria para que se pudiera hacer en IBERIA la segunda parte de la ampliación de capital autorizada por la Comisión Europea. (El Tribunal ha solicitado a SEPI copia de este acuerdo entre TENEO y los Bancos privados y SEPI ha manifestado que no se había encontrado ni en sus archivos ni en los del Bufete externo inglés que entonces asesoró a TENEO ningún documento específico que recogiese el compromiso de no hacer el segundo pago de las acciones de IBERIA hasta la asunción por TENEO del riesgo de la operación; por lo que entiende SEPI que la referencia que se hacía en el Acta del Consejo de Administración de 21 de mayo de 1996 a dicho compromiso había de ser interpretada como la existencia de una condición previa acordada por las partes aunque no formalizada expresamente por escrito, que finalmente fue llevada a cabo en la práctica).

El riesgo se trasladaría a TENEO cubriendo esta Entidad la devolución de los préstamos concedidos a ANDES HOLDING mediante:

1. La instrumentalización de una operación de “swap” entre los préstamos, pasando los Bancos intervinientes a ser los únicos titulares de la deuda Principal y TENEO el único titular de la deuda Subordinada. TENEO consideraba que esta operación podía realizarse en ejecución de una

cláusula incluida en los Contratos de Préstamos aprobados por la Comisión Europea que permitía a cualquiera de los prestamistas a ceder o transmitir todo o parte de sus derechos, beneficios y obligaciones en los préstamos, y en ejecución del “Acuerdo entre Acreedores” suscrito en la misma fecha con los socios privados de ANDES HOLDING, también aprobado por la Comisión, que contemplaba expresamente la posibilidad de que cualquier prestamista del Préstamo Subordinado acordara con cualquier prestamista del Préstamo Principal el intercambio o permuta de la totalidad o parte de sus derechos en cada uno de los préstamos.

2. La formalización de una “Carta de Compromiso” (*Commitment Letter*) que contendría, además de otras seguridades, la exigencia del establecimiento de un depósito cuando TENEO tuviera en ENDESA una participación inferior del 30% o cuando uno o varios accionistas tomaran el control del Consejo de Administración de ENDESA. (TNEO era una Sociedad Anónima perteneciente al Grupo SEPI, que no podía recibir aportaciones con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, constituyendo uno de sus principales activos su participación en ENDESA, participación que suponía una importante garantía de solvencia para los Bancos privados que intervenían en la operación).

Según TENEO esta “Carta de compromiso” podía formalizarse como ejecución de una cláusula del Contrato de Préstamo Subordinado suscrito el 1 de marzo de 1996 y aprobado por la Comisión, cláusula que contemplaba el ejercicio voluntario de una opción de compra de las acciones adquiridas por ANDES HOLDING por cualquiera de los prestamistas antes de la fecha de vencimiento de los préstamos, para cuyo

fin debía abonar el precio acordado consistente en el saldo vivo del Préstamo Principal más intereses y gastos.

3. Además, TENEO cubriría el riesgo de que la autorización de la Comisión se modificase a través del establecimiento de un depósito cuando se produjera alguna modificación sustancial; y cubriría el “riesgo catastrófico” mediante el establecimiento de un compromiso de recompra inmediata de las acciones de los Bancos participantes en ANDES HOLDING B.V.

En consonancia con todo ello, y con el propósito de que quedara formalizado el mismo día 21 de mayo de 1996 el cierre de la operación para que ANDES HOLDING procediera el día siguiente a realizar el segundo pago a IBERIA de la compra de INTERINVEST y LADECO, se adoptó en el Consejo de Administración de TENEO el acuerdo de autorizar a determinados cargos de la Sociedad para que en representación de TENEO suscribieran con esa misma fecha, 21 de mayo de 1996, los siguientes documentos:

- Operaciones de “swaps” de los préstamos, de forma que los socios privados pasaron a ser los únicos titulares del Crédito principal y TENEO el único titular del Crédito Subordinado.
- “Carta de Compromiso a Plazo” (Term Commitment Letter): Por este acuerdo TENEO se comprometió frente a ANDES HOLDING y a los prestamistas del Préstamo Principal a ejercitar la denominada “opción de compra”, es decir, a comprar las acciones de INTERINVEST, LADECO y, en el caso de que finalmente ANDES HOLDING lo adquiriese, del 10% de ARSA, quince días antes del 1 de marzo de 1999 (fecha de vencimiento de los préstamos) por un precio igual al saldo del Préstamo Principal, 205 millones de dólares, más todos los intereses que

hubieran sido capitalizados (de acuerdo con las prescripciones del Préstamo Principal) y los que se hubieran devengado desde el 1 de marzo de 1996 hasta la fecha en que se pagara el precio, mas todos los gastos y costes que se derivasen en virtud del Contrato de Préstamo Principal.

Se estableció, asimismo, para el caso de que TENEO por cualquier motivo no remitiera la notificación con la que había de ejercitarse la opción de compra, que ésta se entendería ejercitada 14 días antes del 1 de marzo de 1999, comprometiéndose TENEO a abonar el precio establecido en cualquier caso el 1 de marzo de 1999.

Estos compromisos quedarían sin efecto si ANDES HOLDING vendía todas las acciones a un tercero con anterioridad a los plazos establecidos.

Ninguna circunstancia que afectara a ANDES HOLDING, a INTERINVEST, a ARSA o a LADECO alteraría la obligación de TENEO de pagar el precio acordado en los términos y plazos convenidos.

El Representante de los prestamistas, depositario a su vez de la prenda sobre las acciones de las que ANDES HOLDING era titular, recibiría la cantidad acordada como precio y la aplicaría, de acuerdo con el Contrato entre Acreedores, al pago de la deuda Principal mas los intereses y gastos; y posteriormente levantaría las cargas existentes sobre las acciones.

TENEO se comprometió a pagar cualquier cantidad adicional que resultara de imposiciones fiscales, a abonar intereses de demora en caso de impago de alguna cantidad vencida y a resarcir a ANDES HOLDING, al Fiduciario y al Agente y los prestamistas del Crédito Principal de cualquier responsabilidad, daño o gasto que

sufrieran como consecuencia del incumplimiento por su parte de las obligaciones asumidas en virtud del presente documento.

También se comprometió TENEO, entre otras cuestiones, a seguir siendo el único prestamista de la línea de crédito Subordinada, no adjudicando ni cediendo sus derechos a terceros (posibilidad que contemplaba la cláusula 30.3 del Contrato de Préstamo Subordinado).

Si ANDES HOLDING vendiera a terceros parte de las acciones se debería formalizar una nueva carta de compromiso modificando las disposiciones que se refieren a las acciones de ANDES HOLDING y al precio a pagar por ellas por TENEO llegado el vencimiento de los plazos.

Se hace constar expresamente en el documento que TENEO no requería ninguna autorización, aprobación u otra acción de ninguna autoridad del Estado u organismo regulador, ni notificación o presentación a éstos para la debida formalización, entrega y cumplimiento del documento. Esta declaración no recoge las exigencias del párrafo 3º (vigente en esos momentos) del art. 6 de la Ley General Presupuestaria aprobada por R.D.L. 1091/1988, que requería la aprobación por el Consejo de Ministros de todas las actuaciones relacionadas con la pérdida de la posición mayoritaria de TENEO en una Sociedad.

Por último, el documento se somete en sus términos y condiciones al derecho español y a la competencia exclusiva de los juzgados y tribunales de Madrid; pese a ello, el documento, según manifiesta SEPI, se redactó únicamente en el idioma inglés. (En relación con esta última circunstancia SEPI ha manifestado en sus alegaciones que *“la sumisión a la legislación y tribunales españoles constituye una cláusula favorable para SEPI, en absoluto incompatible con la redacción de los*

documentos en lengua inglesa cuya única consecuencia será que, llegado el caso, deban aportarse en sede judicial acompañados de una traducción (art. 144 de la Ley de Enjuiciamiento Civil)”; pero es evidente el beneficio que habría supuesto el que entre las partes se hubiese suscrito una versión en español del documento ya que ésta habría evitado la controversia que, según lo previsto en el art. 144 de la LEC puede suscitarse respecto a la traducción a la que la alegación se refiere).

- “Carta de Compromiso a Mitad del Periodo” (Mid-Period Commitment Letter): En virtud de este documento TENEO se comprometió frente a ANDES HOLDING y a los prestamistas del Préstamo Principal a “ejercitar la opción de compra”, es decir, a comprar las acciones de INTERINVEST, LADECO y , en su caso, de ARSA que pertenecieran a ANDES HOLDING antes del 1 de marzo de 1999 y dentro de los dos días siguientes a la recepción de la petición que el Representante de los prestamistas tenía que dirigirle a estos efectos, en el supuesto de que acaeciera un “Suceso Acelerador”, situación que abarcaba cualquiera de las siguientes circunstancias:

a) un “Suceso Adverso Sustancial”: dentro del que se encontraban, en términos generales, los supuestos de impago de deudas por ANDES HOLDING, el que alcanzase con sus acreedores cualquier tipo de convenio, el inicio de cualquier procedimiento legal para la liquidación, disolución o reorganización de ANDES HOLDING, la ejecución o embargo de sus activos, los cambios en su dirección o restricciones en su capacidad para desarrollar su actividad, su expropiación o nacionalización, que devinieran ilícitos, ilegales o inejecutables los documentos suscritos en relación con las transacciones de ANDES HOLDING, que ANDES HOLDING pudiera incurrir como consecuencia de cualquier procedimiento en una responsabilidad o coste superior a 10 millones de dólares o que disminuyera su capacidad para cumplir sus obligaciones respecto al Préstamo Principal, que

TENEO entrara en un proceso de liquidación, disolución o suspensión de pagos o que incumpliera los compromisos asumidos en virtud del documento, que ANDES HOLDING deviniera responsable de una infracción de Derecho Medioambiental o de una reclamación por el accidente o pérdida de una aeronave y no poseyera un seguro que la cubriese o que se iniciara una acción contra los socios privados de ANDES HOLDING por las mismas causas y en las mismas circunstancias.

- b) Un “Suceso de Cambio de Control”, que implicaba que SEPI (que desde su constitución y hasta la disolución de TENEO fue la titular de la totalidad de las acciones de esta Sociedad) dejara de poseer al menos el 66% de TENEO o que dejara de ser una Entidad de Derecho público con personalidad jurídica propia.
- c) Un “Incumplimiento de la Carta de Compromiso”, que comprendía tanto el incumplimiento voluntario por parte de TENEO de cualquiera de las obligaciones asumidas en virtud de este documento o de la “Carta de compromiso a plazo”, como el caso de que deviniera ilegal o ilícito para TENEO cumplir dichas obligaciones.

Si por alguna razón TENEO no ejercitaba la “opción de compra” en el plazo establecido, se entendería ejercitada el tercer día hábil siguiente al de la recepción de la petición que se le dirigiría a estos efectos y el pago del precio de las acciones de INTERINVEST, LADECO y, en su caso, ARSA debería hacerse en todo caso en un plazo no superior a los cinco días desde la fecha de recepción de la petición. El representante de los prestamistas recibiría la cantidad establecida como precio y la aplicaría al pago de la deuda Principal, más intereses y gastos y levantaría la carga sobre las acciones de las que ANDES HOLDING era titular.

En el documento se contempla, además, la obligación de TENEEO de pagar anticipadamente el precio en el supuesto de que se produjera lo que se denomina un “Suceso Desencadenante” que en términos generales se definía englobando los siguientes hechos:

- Que cualquier Gobierno anunciara la intención formal de realizar cambios legislativos que convirtieran en ilegales o ilícitas las obligaciones asumidas por TENEEO en los documentos suscritos en esta fecha (21 de mayo de 1996) o anunciara la apertura de una investigación o de una acción en relación con las transacciones de ANDES HOLDING, los acuerdos adoptados o la ampliación de capital de IBERIA de 87.000 millones de pesetas.
- Que cualquier persona incoara una acción en un juzgado o tribunal en relación con las transacciones de ANDES HOLDING, los acuerdos adoptados al efecto o la ampliación de capital en IBERIA de 87.000 millones de pesetas, o que cualquier juzgado o tribunal dictara sentencia, auto o fallo en relación con las mismas cuestiones.
- Que TENEEO dejara de poseer al menos el 30% del capital de ENDESA o que cualquier persona distinta de TENEEO asumiera el control de esa Empresa.

En estos casos TENEEO debía pagar el precio (saldo vivo del Préstamo Principal más los intereses capitalizados y devengados hasta esa fecha) en concepto de pago anticipado, quedando depositado en una cuenta de ANDES HOLDING hasta que las partes acordaran que había cesado el “Suceso Desencadenante” y que éste no iba a repercutir en los acuerdos adoptados ni en la ampliación de capital en IBERIA, aplicándose el pago a la adquisición de las acciones de INTERINVEST, LADECO y, en su caso, ARSA a más tardar el 1 de marzo de 1999 o antes si se producía un “Suceso Acelerador”. Esta cantidad dada en concepto de pago anticipado debía incrementarse a medida que fueran venciendo los periodos de intereses pactados.

Por lo demás, se establecen las mismas garantías que en la “Carta de Compromiso a Plazo” y se incluye igualmente la previsión de su modificación en el caso de que ANDES HOLDING vendiera todo o parte de las acciones de INTERINVEST con la finalidad de adaptar el precio y las acciones objeto del compromiso de compra a la nueva situación.

También este compromiso se sometió a la jurisdicción española y a los tribunales de Madrid (este documento se redactó y suscribió únicamente en inglés, siendo de aplicación lo expuesto anteriormente al respecto).

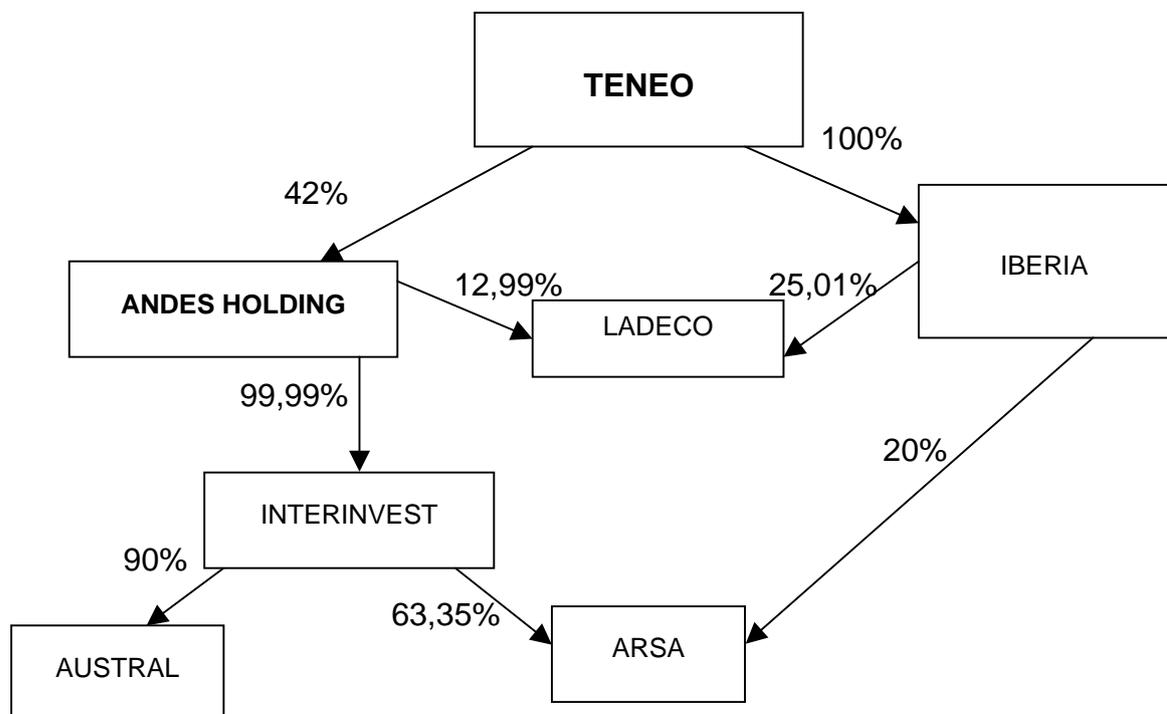
- “Carta de Compromiso de Indemnización”: En virtud de este documento TENEO, en términos generales, se comprometía a indemnizar a los bancos privados que intervenían en la operación como accionistas y prestamistas de ANDES HOLDING y a sus Consejeros, directivos y trabajadores en general todos los gastos, daños, responsabilidades o pérdidas que sufrieran como consecuencia de la adquisición y tenencia de las acciones de ANDES HOLDING, INTERINVEST, ARSA, AUSTRAL y LADECO, salvo que las pérdidas fueran debidas a una disminución del valor de las acciones de las Sociedades, estuvieran cubiertas con una póliza de seguro obtenida por cualquiera de las Sociedades o fueran consecuencia de negligencia grave o incumplimiento deliberado del reclamante. Este último compromiso se sometió a las leyes del Estado de Nueva York y a los juzgados y tribunales de los Estados Unidos de América en el Estado de Nueva York.

Como se ha expuesto anteriormente, a finales de mayo de 1996 y una vez suscritos estos acuerdos, IBERIA percibió de ANDES HOLDING, como segundo pago por la venta de las acciones de INTERINVEST y LADECO, la cantidad de 186,1 millones de dólares, segundo pago para el que era condición previa necesaria que la operación de desinversión en las compañías sudamericanas pasase a ser riesgo de

TENEO, situación a la que se llegó mediante la firma de los documentos señalados. Una vez realizado este segundo pago, se llevó a cabo (el 24 de junio de 1996) la segunda parte de la ampliación de capital en IBERIA por importe de 50.315 millones de pesetas.

El 30 de mayo de 1996 se instrumentó la venta por ARSA a INTERINVEST del 89,99% de las acciones de AUSTRAL. El precio ascendió a 140,8 millones de dólares y se abonó mediante la cancelación del crédito que INTERINVEST tenía frente a ARSA por valor de 135 millones de dólares de principal y 5,8 millones de dólares de intereses devengados. Este crédito, que se encontraba garantizado en parte (en 77,2 millones de dólares) con una prenda sobre las acciones de AUSTRAL, fue el único que permanecía vivo en INTERINVEST después de la reestructuración financiera del grupo que IBERIA realizó en diciembre de 1995 antes de su venta a ANDES HOLDING (detallada anteriormente).

Después de esta operación la situación quedó establecida del modo siguiente:



III.2.6. Gestiones realizadas para la venta del Grupo argentino

En el ejercicio 1997 IBERIA ejerció la opción de recompra que tenía sobre las acciones de LADECO con la finalidad de enajenarlas inmediatamente a un tercero. En el mes de abril adquirió de ANDES HOLDING las acciones de LADECO por un precio de 2,2 millones de dólares y lo vendió ese mismo mes, junto con su participación directa en LADECO a una Compañía chilena por 8 millones de dólares, que se abonaron al contado. Por esta operación IBERIA registró un beneficio de 833 millones de pesetas.

Como consecuencia de la venta de las acciones de LADECO, con fecha 5 de junio de 1997 SEPI suscribió una nueva “Carta de Compromiso a Plazo” (*Term Commitment Letter*) que, de acuerdo con lo previsto, modificaba la formalizada el 21 de mayo de 1996 en dos cuestiones, la relativa a las acciones que quedaban afectadas por el compromiso de compra por SEPI, que en ese momento ya sólo serían las acciones de INTERINVEST y el 10% de las acciones de ARSA si ANDES HOLDING finalmente las adquiría, y el precio que SEPI debería pagar por ellas, que quedó establecido en 202,9 millones de dólares (saldo vivo del Préstamo Principal una vez deducido el producto de la venta de las acciones de LADECO), más los intereses capitalizados y devengados hasta la fecha de pago y mas costes y gastos. La fecha de vencimiento de la obligación de SEPI de comprar los activos de ANDES HOLDING se mantenía en 15 días antes del 1 de marzo de 1999 en los mismos términos y con las mismas garantías y condiciones que las establecidas en la Carta de Compromiso de 21 de mayo de 1996.

El 7 de junio de 1997 también se modificó la “ Carta de Compromiso a Mitad de Periodo” (*Mid-Period Commitment letter*) suscrita el 21 de mayo de 1996 en los

mismos aspectos, es decir, precio y acciones sobre las que recaería la obligación de recompra de acciones por SEPI antes del 1 de marzo de 1999, y además se sustituyó la definición de lo que se denominaba “Suceso de Cambio de Control” (cuyo acaecimiento determinaba la obligación de comprar las acciones de INTERINVEST por parte de SEPI) en cuanto incluía el supuesto de que SEPI dejara de ostentar el 66% de las acciones de TENEO, pues TENEO se había disuelto en 1996, considerándose a partir de esta fecha que se produciría tal suceso cuando SEPI dejara de ser propiedad de España o de ser una Entidad de Derecho Público con personalidad jurídica propia.

Al margen de la venta de LADECO, de acuerdo con las actas de los Consejos de Administración de SEPI celebrados los días 2 de julio y 14 de noviembre de 1997, desde la constitución de ANDES HOLDING los bancos comerciales accionistas desarrollaron actuaciones destinadas a la enajenación del grupo INTERINVEST, habiéndose presentado el 17 de marzo de 1997 por parte de AMERICAN AIRLINES y de CONTINENTAL AIRLINES ofertas preliminares que, tras diversas negociaciones, se convirtieron en las ofertas firmes que se describen a continuación:

a) AMERICAN AIRLINES valoraba el 100% del capital de INTERINVEST en 250 millones de dólares USA. Adquiría el compromiso firme de comprar el 10% de las acciones por un precio igual a 25 millones de dólares y de mantener la propiedad durante un periodo de 18 meses; se comprometía a la suscripción de acuerdos comerciales y compromisos entre accionistas que garantizaran una gestión de ARSA consensuada con IBERIA y a desarrollar un Plan de Negocio para ARSA y AUSTRAL que hiciera a ambas Compañías más atractivas, con el objeto de vender a inversores externos interesados la participación de ANDES HOLDING en INTERINVEST por un precio mínimo igual a la valoración propuesta de 250 millones de dólares USA.

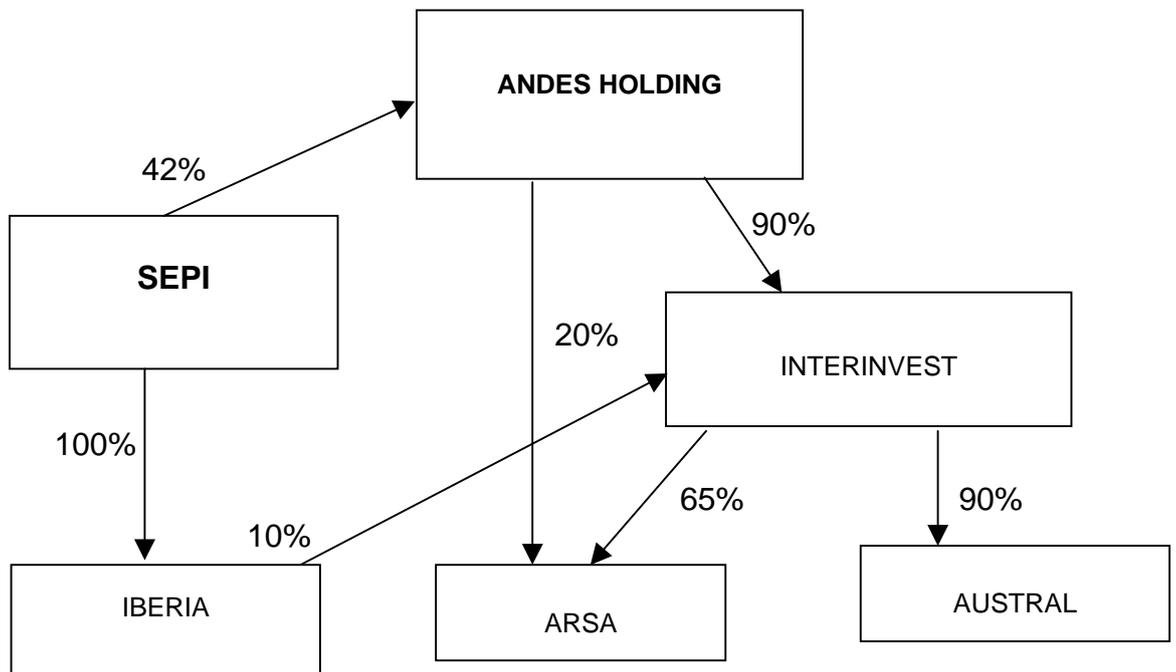
Por otro lado, AMERICAN AIRLINES exigía que IBERIA se hiciera con una participación residual de 8,92% en el capital de INTERINVEST. La entrada de IBERIA en INTERINVEST se realizaría siguiendo los siguientes criterios:

- ANDES HOLDING tenía un compromiso con IBERIA (establecido en el contrato de venta de las acciones de INTERINVEST a la Sociedad Holandesa) de adquirir un 10% de sus acciones en ARSA por un precio de 23,2 millones de dólares. Esta valoración se tomaría como referencia para establecer un valor teórico de la participación del 20% que IBERIA tenía en ARSA, que ascendería a 46,4 millones de dólares.
- Este valor teórico se consideraba equivalente a una participación en INTERINVEST del 8,92%, tomando como referencia el valor asignado a INTERINVEST en su venta por IBERIA a ANDES HOLDING (520,020 millones de dólares, de los que 135 millones correspondientes a las acciones de AUSTRAL quedaron aplazados).
- Se realizaría un canje de acciones entre IBERIA y ANDES HOLDING, tomando IBERIA un 8,92% del capital de INTERINVEST a cambio de ceder su participación directa del 20% en ARSA, que pasaría a ser propiedad de ANDES HOLDING.
- La participación de IBERIA en el capital de INTERINVEST (8,92%) se incrementaría hasta alcanzar un 10% a fin de igualar la participación que pretendía ostentar AMERICAN AIRLINES, lo que implicaría la compra por IBERIA de un 1,08% adicional del capital de INTERINVEST. El precio de este 1,08% se determinaría tomando como referencia los 250 millones de dólares

USA en que valoraba AMERICAN AIRLINES el 100% del capital de INTERINVEST.

La situación a la que daría lugar la realización de estas operaciones exigidas por AMERICAN AIRLINES en su oferta, sería la siguiente:

(Hay que tener en cuenta que durante los meses de septiembre y noviembre de 1997 INTERINVEST había procedido a la adquisición de participaciones sociales que Compañías privadas tenían en ARSA y que representaban un 1,65% del capital social, por un importe total de 4,8 millones de dólares que INTERINVEST atendió con préstamos otorgados por SEPI por importe equivalente, quedando incrementada la participación de INTERINVEST en ARSA hasta el 65%).

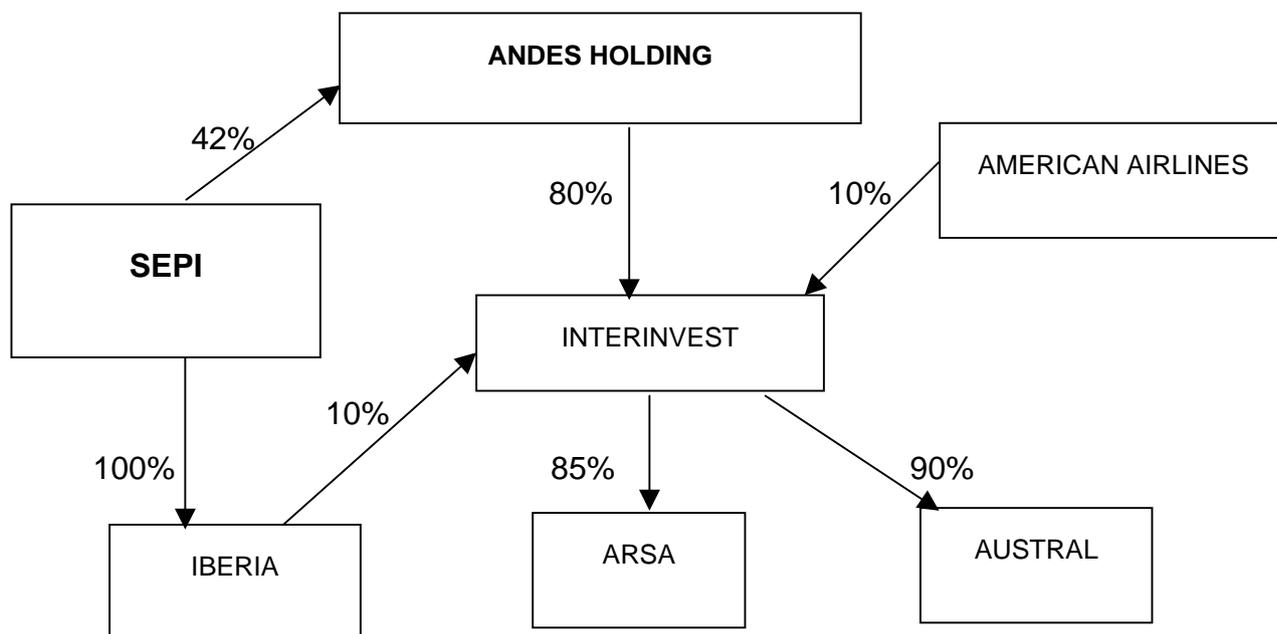


Con objeto de simplificar la estructura accionarial de ARSA que resultaría de estas operaciones (es decir, para que toda la participación que ANDES HOLDING ostentaba en ARSA se produjera a través de INTERINVEST) INTERINVEST compraría a ANDES HOLDING el 20% de participación directa en ARSA que entonces tenía, adquisición que se realizaría a crédito generándose una deuda a favor de ANDES HOLDING por un importe equivalente al precio, que se determinó que fuera de 46,4 millones de dólares. La oferta de AMERICAN AIRLINES exigía que esta deuda se formalizase para un plazo no inferior a 20 años y con un tipo de interés máximo del 3% anual.

Además, con anterioridad a la entrada de AMERICAN AIRLINES en el capital de INTERINVEST debían cumplirse las siguientes condiciones:

- Cancelación de todas las deudas de ARSA con SEPI y con IBERIA.
- Cancelación de todas las deudas de INTERINVEST con SEPI.
- Cancelación de todas las acciones de ARSA que eran propiedad de una Compañía Privada por una cantidad no superior a 20 millones de dólares USA.

Una vez formalizadas todas las operaciones descritas anteriormente AMERICAN AIRLINES adquiriría una participación del 10% en el capital social de INTERINVEST y, por tanto, la aceptación de la oferta de AMERICAN AIRLINES produciría finalmente el siguiente resultado:



b) La oferta de CONTINENTAL AIRLINES consistía en el compromiso firme de esta Compañía y de un fondo inversor vinculado a su accionista principal, de adquirir el 99% de las acciones de INTERINVEST por un precio de 140 millones de dólares. IBERIA debería mantener una participación residual en INTERINVEST del 1% y CONTINENTAL AIRLINES suscribiría compromisos con el resto de los accionistas que otorgarían a los compradores (esta Compañía y el grupo inversor) el control efectivo de INTERINVEST.

Antes de la adquisición por parte de CONTINENTAL AIRLINES y del grupo inversor de las acciones de INTERINVEST se debía proceder a la reestructuración financiera de esta última mediante el cumplimiento de las siguientes condiciones:

- Cesión al grupo inversor de todas las deudas de ARSA con SEPI y con IBERIA

- Cesión al grupo inversor de la deuda de INTERINVEST con ANDES HOLDING
- Cancelación de las acciones de ARSA propiedad de una Entidad privada, por una cantidad no superior a 15 millones de dólares USA, y conversión en deuda de acciones propiedad de INTERINVEST por valor 49,6 millones de dólares para su posterior cesión al grupo inversor.
- Constitución por parte de SEPI y/o de IBERIA de una cuenta de crédito por valor máximo de 90 millones de dólares y disponible para necesidades de circulante de ARSA.

Según consta en el acta del Consejo de Administración de SEPI celebrado el 2 de julio de 1997, el 20 de junio de ese mismo año, una vez cerrado el plazo de presentación de ofertas, CONTINENTAL AIRLINES incrementó el precio ofrecido por el 99% de las acciones de INTERINVEST a 250 millones de dólares, ofertando pagar el incremento de 110 millones de dólares respecto del precio anterior (140 millones de dólares) mediante la emisión de bonos cupón cero con vencimiento el 1 de enero de 2000, convertibles a esa fecha a elección de SEPI en una participación en el capital social ordinario o preferente de INTERINVEST.

No obstante, en el Consejo de Administración de SEPI se informó que esta nueva oferta de CONTINENTAL AIRLINES no había sido valorada por haberse presentado fuera de plazo y que, en cualquier caso, no mejoraba su oferta anterior por no suponer el mayor precio establecido una entrada de caja efectiva para SEPI.

Finalmente SEPI seleccionó la oferta de compra de AMERICAN AIRLINES en base a las siguientes razones:

- Por permitir reembolsar la totalidad de la “deuda Principal” lo que evitaría la recompra por SEPI de los activos de ANDES HOLDING.

En el acta del Consejo de Administración se especifica que, teniendo en cuenta que la caja disponible en esa fecha en ANDES HOLDING era de 23,2 millones de dólares (la parte de financiación adquirida de los accionistas no utilizada pues finalmente no se compró el 10% de ARSA) y que los derechos de cobro que generaría la desinversión ascenderían a 46,4 millones de dólares USA (crédito a largo plazo contra INTERINVEST que se generaría como consecuencia de la compra a ANDES HOLDING del 20% de ARSA), SEPI también podría atender parcialmente al reembolso de la deuda subordinada o al pago aplazado a favor de IBERIA (135 millones de dólares por las acciones de AUSTRAL). Además se afirma en el acta que, según el valor contabilizado por SEPI a 31 de mayo de 1997, la incidencia en su cuenta de resultados de la desinversión de las acciones de INTERINVEST y la disolución de ANDES HOLDING sería nula, incluyendo la no devolución de la deuda Subordinada en su totalidad, por haber sido este riesgo provisionado totalmente en el año 1996.

- Por permitir el cumplimiento de los requisitos económicos impuestos en la Decisión de la Comisión Europea.
- Por ofrecer mejores expectativas de mejora de ARSA y AUSTRAL.
- Por la mayor capacidad de influencia que IBERIA tendría con el comprador
- Y porque se adaptaba mejor a las negociaciones que en ese momento estaban en curso relativas a la privatización de IBERIA.

(De acuerdo con un informe remitido por SEPI al Tribunal de Cuentas en febrero de 2004, en 1996, en paralelo a las gestiones de venta de las participaciones de ARSA , el Grupo IBERIA y su accionista (SEPI), en el marco del Plan Director de IBERIA, iniciaron la búsqueda de socios para encuadrar a IBERIA en una alianza global. La decisión final fue que la alianza para IBERIA más conveniente era la que determinaba como socios a AMERICAN AIRLINES y BRITISH AIRWAYS, lo que coincidía con la decisión, que consideraron más adecuada, de venta de una participación de ARSA a AMERICAN AIRLINES).

III.2.7. Actuaciones realizadas durante el tiempo en que la gestión de ARSA estuvo encomendada a AMERICAN AIRLINES.

En ejecución de los acuerdos alcanzados con AMERICAN AIRLINES, el Consejo de Administración de SEPI de 14 de diciembre de 1997 decidió la cancelación de las deudas y obligaciones que INTERINVEST y ARSA tenían con SEPI. Según la documentación analizada, se cancelaron ese año créditos frente a ARSA por valor de 3.652 millones de pesetas y créditos frente a INTERINVEST por valor de 4,8 millones de dólares (estos últimos eran los préstamos concedidos por SEPI en los meses de septiembre y noviembre de 1997 para que INTERINVEST adquiriera el 1,65% de ARSA que se encontraba en manos de sociedades privadas).

Además, en octubre de 1998 IBERIA cedió a ANDES HOLDING el 20% de ARSA (el total de la participación directa que ostentaba en esa fecha) a cambio de una participación del 8,92% en INTERINVEST. El importe registrado en las cuentas de IBERIA por las acciones de INTERINVEST ascendió a 3.046 millones de pesetas, que equivalía al valor neto contable a 31 de diciembre de 1997 de las acciones de

ARSA transferidas. En la misma fecha IBERIA adquirió otro 1,08% del capital de INTERINVEST por 382 millones de pesetas, elevando su participación al 10%. Simultáneamente, una filial de la Entidad norteamericana AMERICAN AIRLINES denominada SC INVESTMENT adquirió otra participación del 10% de INTERINVEST por 25 millones de dólares y se hizo cargo de la gestión de ARSA.

Finalmente, INTERINVEST se endeudó con ANDES HOLDING por un importe de 46,4 millones de dólares pagaderos a 20 años y con un tipo de interés máximo del 3% anual para adquirir la participación directa que ANDES HOLDING ostentaba en ARSA de un 20%. La deuda se instrumentó a través de un pagaré formalizado en el mes de octubre de 1998.

Tras estas actuaciones, las participaciones accionariales quedaron establecidas en el modo que refleja el cuadro de la página 47 de este Informe, pero teniendo en cuenta que la participación que pretendía adquirir AMERICAN AIRLINES la adquirió finalmente su filial SC INVESTMENT.

Como consecuencia de la venta de acciones de INTERINVEST, el 23 de octubre de 1998 se suscribió una nueva "Carta de Compromiso a Plazo" (*Term Commitment Letter*) para adaptar la obligación de compra de acciones que recaía sobre SEPI a la nueva situación. En esta fecha ya sólo afectaba a las acciones de INTERINVEST al haber sido sustituido el compromiso de compra del 10% de ARSA que tenía ANDES HOLDING respecto a IBERIA por un canje con las acciones de la matriz y, además, el saldo vivo del Préstamo Principal, que determinaba la cuantía del precio que SEPI debía pagar por las acciones, se había visto disminuido con el producto de la venta a IBERIA del 1,08% y a SC. INVESTMENT del 10% de INTERINVEST. Por todo ello se modificó la estipulación correspondiente declarando que el precio a pagar sería el saldo vivo del Préstamo Principal a la fecha en que debía ejercitarse la opción de

compra más los intereses capitalizados y los devengados en los mismos términos de la carta de compromiso anterior. La fecha final para el pago por parte de SEPI del precio de las acciones de INTERINVEST se mantenía en el 1 de marzo de 1999, debiendo ejercer su opción de compra con quince días de antelación.

El mismo día 23 de octubre de 1998, se modificó la “Carta de Compromiso a Mitad de Periodo” (*Mid-period Commitment Letter*) que determinaba los supuestos en que SEPI estaría obligada a comprar las acciones de INTERINVEST antes del 1 de marzo de 1999. Se modificó en los mismos aspectos, esto es, acciones afectadas por el compromiso y precio que debía pagarse por ellas, pero además se alteraron sus términos en relación con la participación que SEPI debía mantener como mínimo en ENDESA. En las dos anteriores “Cartas de Compromiso a Mitad del Periodo” de 1996 y 1997 se establecía que en el caso de que SEPI dejara de poseer al menos el 30% de ENDESA o dejara de tener su control estaría obligada a pagar por anticipado el precio de las acciones de INTERINVEST. En octubre de 1998 SEPI había dejado de poseer el 30% de las acciones de ENDESA por lo que las partes acordaron mediante este nuevo documento sustituir esa circunstancia por la de que SEPI dejara de poseer efectivo de libre disposición y sin cargas en una cuantía superior al importe total pendiente en dicho momento del Préstamo Principal mas sus correspondientes intereses.

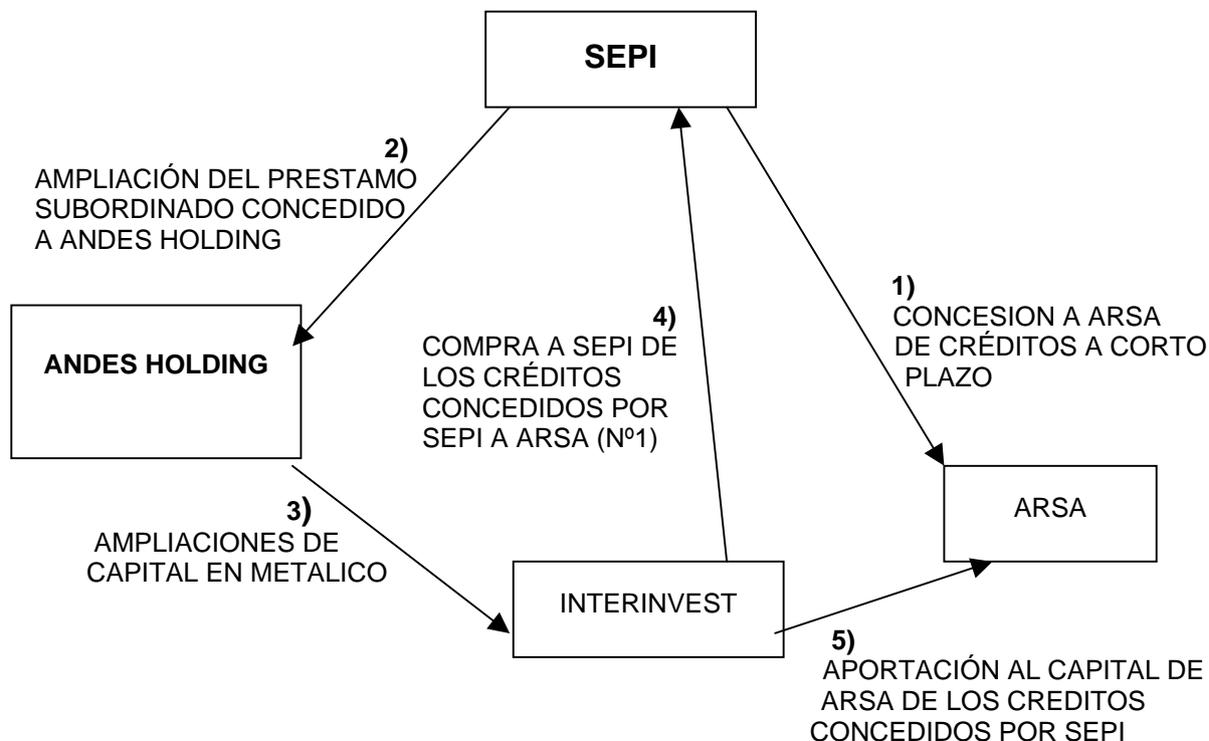
En el mes de noviembre de 1998 SEPI concedió dos líneas de crédito a ARSA por importe de 25 millones de dólares cada una.

Los Préstamos Principal y Subordinado vencían el 1 de marzo de 1999; y, como SEPI preveía que AMERICAN AIRLINES tardaría todavía unos meses en vender las acciones de INTERINVEST, negoció con las Entidades Financieras privadas la

renovación del Préstamo Principal y procedió a renovar, así mismo, el Préstamo Subordinado.

A partir de este momento comenzó una nueva etapa con sucesivas prorrogas de los Préstamos Principal y Subordinado otorgados a ANDES HOLDING que duró hasta el 15 de noviembre de 2000, fecha en la que SEPI se vio obligada a adquirir nuevamente las acciones de INTERINVEST en cumplimiento de los compromisos asumidos con los socios privados de ANDES HOLDING.

Durante todo este periodo (del 1 de marzo de 1999 a 15 de noviembre de 2000) SEPI soportó gran parte de los gastos del Grupo argentino; pero como no participaba directamente en el capital de ARSA ni en el de INTERINVEST, el procedimiento principalmente utilizado fue conceder préstamos a corto plazo a ARSA para que posteriormente fueran capitalizados por INTERINVEST. Para que INTERINVEST pudiera aportar estos créditos al capital de ARSA era necesario que previamente los adquiriese de SEPI, compra que se llevaba a cabo con fondos que INTERINVEST recibía de ampliaciones de su capital llevadas a cabo por ANDES HOLDING; y a su vez, ANDES HOLDING recibía los fondos necesarios para ampliar el capital de INTERINVEST de las ampliaciones del Préstamo Subordinado que sucesivamente concedía SEPI a ANDES HOLDING. De esta forma los créditos concedidos por SEPI en un principio a ARSA terminaban convertidos en un incremento del saldo del Préstamo Subordinado que SEPI tenía concedido a ANDES HOLDING. Durante este tiempo SEPI también utilizó las ampliaciones del Préstamo Subordinado para realizar cancelaciones parciales del Préstamo Principal otorgado a ANDES HOLDING por los socios privados. El esquema, pues, de la operación era el siguiente:



La complejidad de este procedimiento de actuación ha de tenerse en cuenta para poder llevar a cabo el seguimiento de las aportaciones al capital de INTERINVEST y de ARSA y las sucesivas ampliaciones y renovaciones del Préstamo Subordinado que tuvieron lugar entre el 1 de marzo de 1999 y el 15 de noviembre de 2000 (Anexo II).

Partiendo de esta base, se expone seguidamente la relación pormenorizada de los hechos acaecidos a partir del 1 de marzo de 1999.

La renovación de los Préstamos Principal y Subordinado, que vencían el 1 de marzo de 1999, se realizó el 26 de febrero de 1999 aplazando su vencimiento hasta el 27 de septiembre de ese mismo año. En la renovación los prestamistas acordaron que los 23,2 millones de dólares destinados a dar cumplimiento al compromiso de

ANDES HOLDING de comprar a IBERIA el 10% de ARSA, que se encontraban en una cuenta de ANDES HOLDING, se aplicaran a la cancelación parcial del Préstamo Principal (como se expone con anterioridad, este compromiso fue sustituido por el de que IBERIA canjeara con ANDES HOLDING su 20% de ARSA por un 8,92% del capital de INTERINVEST).

En esa misma fecha, 26 de febrero de 1999, SEPI suscribió un suplemento a la “Carta de Compromiso a Plazo” de 21 de mayo de 1996, modificada en los términos expuestos en 1997 y 1998, en la que se sustituía la fecha en la que SEPI estaba obligada a pagar el precio de las acciones de INTERINVEST (1 de marzo de 1999) por la de 27 de septiembre de 1999, debiendo ejercitar la denominada “opción de compra” quince días antes. Así mismo se modificó la “Carta de Compromiso a Mitad del Periodo” para incorporar la nueva fecha de vencimiento del plazo.

Como consecuencia de las demoras por parte de AMERICAN AIRLINES en la implantación del Plan de Negocio la situación económico-financiera de ARSA se deterioró sustancialmente situándola al borde de la suspensión de pagos (de acuerdo con el acta del consejo de administración de SEPI celebrado el 23 de abril de 1999, al final del mes de marzo de 1999 la deuda vencida y no atendida de ARSA ascendía a 60 millones de dólares y las necesidades mínimas para ese mes de abril ascendían a 39 millones de dólares) motivo por el que SEPI acordó con IBERIA y AMERICAN AIRLINES realizar una aportación de capital en INTERINVEST de 100 millones de dólares. Esta aportación de fondos la realizaría SEPI a través de ANDES HOLDING, accionista de INTERINVEST junto con IBERIA y SC INVESTMENT (filial de AMERICAN AIRLINES); y, como se realizaría en proporción a las participaciones sociales de cada empresa, a ANDES HOLDING le correspondía suscribir el 80% de la ampliación. Para que ANDES HOLDING pudiera cubrir su parte de ampliación, SEPI le otorgó en el mes de junio de ese mismo año un nuevo Préstamo

Subordinado de 80 millones de dólares al que debía darse ese destino. IBERIA y SC INVESTMENT suscribirían cada una acciones por valor de 10 millones dólares.

En el mismo Consejo de Administración de SEPI de 23 de abril de 1999 en el que se acordó otorgar un nuevo Préstamo Subordinado a ANDES HOLDING de 80 millones, se acordó adquirir el crédito que IBERIA tenía frente a ANDES HOLDING de 135 millones de dólares (por el pago aplazado de las acciones de AUSTRAL) por el precio de 62 millones de dólares. Esta operación se formalizó en junio de 1999 suscribiendo SEPI, IBERIA y ANDES HOLDING un contrato por el que IBERIA transmitió a SEPI por el indicado precio de 62 millones de dólares los derechos que tenía sobre las acciones de AUSTRAL reconocidos en el contrato de venta de las acciones suscrito con ANDES HOLDING el 1 de marzo de 1996, es decir, el derecho a cobrar de ANDES HOLDING 135 millones de dólares en el caso de que vendiera las acciones de AUSTRAL a un tercero y una prenda sobre las acciones de AUSTRAL en garantía del pago. SEPI abonó a IBERIA 62 millones de dólares, registrando en sus cuentas un crédito (incobrable) frente a ANDES HOLDING por ese mismo importe garantizado con la entrega de las acciones de AUSTRAL (acciones que, por otra parte, SEPI ya se había comprometido a comprar en las Cartas de Compromiso a Plazo y a Mitad de Periodo). Por tanto, al comprar SEPI estos derechos redujo la valoración dada a las acciones de AUSTRAL de 135 a 62 millones de dólares (que según SEPI se basó en la valoración dada por AMERICAN AIRLINES en 1998 de 250 millones de dólares al total de las acciones de INTERINVEST), condonando en consecuencia a ANDES HOLDING los restantes 72 millones de dólares.

La ampliación de capital de 100 millones de dólares en INTERINVEST tuvo lugar el 30 de junio de 1999 y el desembolso lo efectuaron los accionistas mediante la aportación de 87,5 millones de dólares en efectivo (80 millones ANDES HOLDING y

el resto IBERIA y SC INVESTMENT a partes iguales) y 12,5 millones de dólares en créditos que IBERIA y SC INVESTMENT (filial de AMERICAN AIRLINES) ostentaban frente a ARSA. Los créditos aportados por SC INVESTMENT ascendían a 6 millones de dólares más 0,25 millones de intereses y habían sido concedidos a ARSA en los meses de noviembre y diciembre de 1998 y marzo y junio de 1999. El crédito aportado IBERIA correspondía a la deuda comercial que se había devengado frente a ARSA entre los meses de agosto y diciembre de 1998 y ascendía a otros 6,25 millones de dólares.

Además SEPI, IBERIA y SC INVESTMENT concedieron a ARSA créditos por valor de 50 millones de dólares con un plazo de vencimiento de seis meses, en los que SEPI participó con 40 millones dólares, IBERIA con 5 millones y SC INVESTMENT con otros 5 millones. El préstamo concedido por SEPI fue formalizado en el mes de junio de 1999. Con posterioridad, los accionistas acordaron convertir 24 millones de dólares de los créditos de SEPI y 3 millones de los de IBERIA y otros 3 millones de SC INVESTMENT en deuda a largo plazo, ampliando su amortización a 7 años. SEPI formalizó el préstamo a largo plazo por 24 millones de dólares el 28 de julio de 1999 trasladando su vencimiento al 28 de julio de 2006.

Los 80 millones de dólares en efectivo que INTERINVEST recibió de ANDES HOLDING en la ampliación de su capital por valor total de 100 millones que tuvo lugar el 30 de junio de 1999 (que a su vez habían sido aportados por SEPI a ANDES HOLDING mediante una ampliación del Préstamo Subordinado), se destinaron fundamentalmente a la compra por INTERINVEST a SEPI de créditos que esta última tenía frente a ARSA. La compra fue instrumentada el 28 de julio de 1999 y en su virtud INTERINVEST adquirió de SEPI dos líneas de crédito por valor de 25 millones de dólares concedidas a ARSA en noviembre de 1998, un préstamo puente de 15,3 millones de dólares formalizado el 14 de julio de 1999, los intereses

correspondientes a estas tres operaciones devengados hasta la fecha en que se formalizó la operación, así como los intereses devengados de la línea de crédito de 16 millones que se formalizó en junio de 1999 (que representa la parte de los 40 millones que no fueron reclasificados a largo plazo) y los intereses del préstamo a largo plazo de 24 millones que inicialmente fue concedido a corto plazo junto con los 16 millones anteriores y luego reclasificado a largo en esta misma fecha, 28 de julio de 1999. El precio de la adquisición fue de 65,3 millones de dólares por el principal de los créditos adquiridos más los intereses.

Según las cuentas anuales de ARSA correspondientes al ejercicio 1999, INTERINVEST realizó en ese año un aporte irrevocable en ARSA por un importe total de 100 millones de dólares de los que 77,8 millones fueron aportados en créditos frente a esta última Sociedad (los 65,3 millones comprados por INTERINVEST a SEPI más los 12,5 aportados a INTERINVEST por IBERIA y SC INVESTMENT) y 22,2 millones en efectivo, manteniéndose a 31 de diciembre de 1999 el mismo carácter de aporte irrevocable.

Como el 27 de septiembre de 1999 vencía la prórroga establecida en el mes de febrero de los Préstamos Principal y Subordinado concedidos a ANDES HOLDING, se acordó el 6 de octubre de 1999 otra renovación de ambos préstamos por 6 meses, situando su vencimiento el 27 de marzo de 2000. Las Entidades prestamistas en el Préstamo Principal exigieron de ANDES HOLDING para acceder a tal renovación el reembolso de los intereses de este préstamo acumulados hasta esa fecha, que ascendían a 44 millones de dólares y el pago de una comisión del 0,15%. Para que ANDES HOLDING hiciera frente a estas obligaciones SEPI concedió un nuevo Préstamo Subordinado a ANDES HOLDING por importe de 44,3 millones de dólares que la Sociedad holandesa destinó a estos pagos. En la formalización del Préstamo subordinado, realizada el 6 de octubre de 1999, quedó

aumentado su importe total a 329,3 millones de dólares y su vencimiento aplazado hasta marzo del 2000.

En esta misma fecha, 6 de octubre de 1999, SEPI modificó la “Carta de Compromiso a Plazo”, aplazando su obligación de comprar y pagar las acciones de INTERINVEST hasta el 27 de marzo de 2000, nueva fecha de vencimiento de los préstamos. Y modificó igualmente la “Carta de Compromiso a Mitad de Periodo” para incorporar la nueva fecha de vencimiento del plazo.

En el mes de diciembre de 1999 el Consejo de Administración de SEPI fue informado de que el acuerdo suscrito en octubre de 1998 con AMERICAN AIRLINES por el que, sobre la base de un “Plan de Negocios” elaborado por esta Compañía, se pretendía la desinversión en las Sociedades hispanoamericanas bajo la gestión de AMERICAN AIRLINES, no había dado los resultados pretendidos por las siguientes razones:

1. Porque la economía argentina se había deteriorado mucho a partir del último trimestre de 1998 debido a la crisis brasileña.
2. Porque el “Plan de Negocios” no era realista y no se cumplió prácticamente en ninguno de sus grandes ejes.
3. Porque tampoco el equipo de gestión de AMERICAN AIRLINES supo reaccionar con agilidad al pronunciado cambio de tendencia, manteniendo las expectativas de cumplimiento de un “plan irreal” esperándose, como consecuencia, una pérdida mayor que la calculada, tanto para el ejercicio 1999 como para el 2000.

Es de destacar que, en definitiva, pese a que una de las causas por las que SEPI seleccionó la oferta de compra de AMERICAN AIRLINES, según se hace constar expresamente en el acta del Consejo de Administración de fecha 2 de julio de 1997,

fue que “ofrecía mejores expectativas de mejora para ARSA y AUSTRAL”, sólo un año más tarde de que AMERICAN AIRLINES asumiera la gestión de ARSA se daba la calificación de “irreal” al Plan de Negocio que incluía dicha oferta. SEPI ha manifestado en sus alegaciones que *“debido a la necesidad de AMERICAN AIRLINES de obtener la aprobación de su inversión por parte del Departamento de Justicia de EEUU para la adquisición del 10% de INTERINVEST, requerida por las autoridades de la Competencia americana, la entrada de AMERICAN AIRLINES se pospone hasta octubre de 1998. Dicho lapso de tiempo hace que el Plan de Negocio que se había planteado en 1997 por AMERICAN AIRLINES se vea revisado en alguno de sus parámetros al hacerse cargo los ejecutivos propuestos por AMERICAN AIRLINES en octubre de 1998 de la gestión de las Compañías. Proponen éstos entonces un Plan de expansión importante, que unido a la llamada crisis del real brasileño hace que SEPI, en el segundo trimestre de 1999 empiece a verlo como irreal, tal como lamentablemente ocurrió con posterioridad”*.

Por los motivos expuestos, en los Consejos ordinarios de INTERINVEST, ARSA y AUSTRAL se informó a AMERICAN AIRLINES de la voluntad de SEPI de terminar con los acuerdos suscritos y se le solicitó, con arreglo a lo previsto en ellos, una oferta por el resto de las acciones de INTERINVEST. Si AMERICAN AIRLINES no tomaba el control mayoritario de INTERINVEST, SEPI se planteaba proponerle su salida de la Compañía mediante la compra de su 10% o su mantenimiento como socio pero en condiciones distintas a las existentes a esa fecha (diciembre de 1999).

Las pérdidas de ARSA habían ascendido en el ejercicio 1999 a 174,71 millones de dólares y SEPI estimaba en el mes de enero de 2000 que las necesidades financieras para ese año alcanzarían los 412,5 millones de dólares.

En febrero de 2000 se había sustituido al equipo de gestores de ARSA, cesando AMERICAN AIRLINES en la gestión de la Compañía argentina, y SEPI comenzó a analizar la situación con objeto de elaborar unas líneas de actuación semejantes a las aplicadas a IBERIA en los ejercicios 1994 y 1995, contando para ello con la colaboración del Gobierno argentino y de los trabajadores de la Empresa.

El 27 de marzo de 2000 vencían nuevamente los Préstamos Principal y Subordinado y, como la desinversión en INTERINVEST se encontraba paralizada, SEPI volvió a negociar con las Entidades Financieras privadas su permanencia en el capital de la Sociedad holandesa y una nueva renovación del Préstamo Principal. Los bancos aceptaron finalmente permanecer en el capital de ANDES HOLDING y renovar dos terceras partes del Préstamo Principal por un periodo adicional de 4 meses lo que determinó la necesidad de que SEPI concediera una nueva ampliación del Préstamo Subordinado a ANDES HOLDING que cubriera la cancelación de la tercera parte del Préstamo Principal con sus correspondientes intereses acumulados.

El mismo 27 de marzo se instrumentó la renovación de ambos préstamos trasladando su fecha de vencimiento al 27 de julio de 2000. El principal del Préstamo Subordinado se elevó en 55,7 millones de dólares, con lo que el montante total del préstamo a esa fecha ascendía a 385 millones de dólares. Este incremento debía destinarse al pago de 51,1 millones del principal del Préstamo Principal y 4,6 millones de dólares de sus correspondientes intereses capitalizados y acumulados.

En esta misma fecha, 27 de marzo de 2000, se modificó la “Carta de Compromiso a Plazo”, aplazándose la obligación de SEPI de comprar las acciones de INTERINVEST hasta la nueva fecha de vencimiento del Préstamo Principal, 27 de julio de 2000, en los mismos términos, condiciones y garantías que las “Cartas de

Compromiso” anteriores. Esta nueva fecha de vencimiento se recogió igualmente en la “Carta de Compromiso a Mitad del Periodo”.

En definitiva, como resumen de las actuaciones llevadas a cabo por el sector público Español en el marco del “Programa de Medidas de adaptación al nuevo entorno competitivo” elaborado por IBERIA cabe poner de manifiesto lo siguiente:

El Plan elaborado por IBERIA contemplaba la desinversión en las Compañías sudamericanas a través de ANDES HOLDING, una Sociedad holandesa que debía vender los activos a terceros en un plazo máximo de tres años y en la que participarían de forma mayoritaria Empresas privadas y como accionista minoritario TENEO (posteriormente SEPI). Esta desinversión y el que se hiciera en condiciones de mercado se consideraba por la Unión Europea requisito imprescindible para que TENEO pudiera realizar en IBERIA una ampliación de capital de 87.000 millones de pesetas; y con el fin de cumplir con estos requisitos el Gobierno español se comprometió ante la Comisión a que TENEO no asumiese los riesgos financieros de la operación de venta de las Compañías sudamericanas y no volviese a comprar sus activos.

Sin embargo, el 21 de mayo de 1996, una vez producida la Decisión de la Comisión que aprobaba el Plan presentado por IBERIA y después de haber adquirido ANDES HOLDING los activos sudamericanos de IBERIA, los socios privados de ANDES HOLDING y TENEO firmaron unos acuerdos que daban lugar a que TENEO asumiera todo el riesgo financiero de la operación y quedase obligada a comprar dichos activos en cualquier situación que supusiera peligro para los intereses de los socios privados. Una vez suscritos estos acuerdos, que no fueron remitidos a la Comisión Europea, ANDES HOLDING pagó a IBERIA la segunda parte del precio acordado por las acciones de INTERINVEST y LADECO, cumpliéndose con ello la

condición necesaria para que se pudiera realizar el segundo tramo de la ampliación de capital en IBERIA.

SEPI ha manifestado en sus alegaciones en relación con los acuerdos suscritos el 21 de mayo de 1996, que no fueron remitidos a la Comisión Europea, que *“el cambio de titularidad, tanto en la deuda principal como en la deuda subordinada, podía realizarse en virtud de la cláusula 31 incluida en ambos contratos de préstamo donde se especifica que cualquier prestamista puede transferir en todo o en parte sus derechos, beneficios y/o obligaciones. Asimismo, estaba previsto en el artículo 18.3 del documento denominado INTERCREDITOR DEED”* (este último documento es al que se designa en el Informe como “Acuerdo entre acreedores”).

Las Autoridades españolas, en su comunicación de 18 de diciembre de 1995 asumieron ante la Comisión el compromiso de que “TENEO participaría en ANDES HOLDING como accionista y como prestamista en las mismas condiciones que los demás socios y prestamistas privados y en términos de mercado y que TENEO no compraría activos de ANDES HOLDING”; circunstancia a la que en el Acta del Consejo de Administración de TENEO de fecha 21 de mayo de 1996 se hace referencia diciendo textualmente que “había de tratarse de una operación de mercado. Los privados debían asumir el riesgo de la operación y TENEO debía ser minoritario y no podría dar garantías directas. Además, ni TENEO ni cualquier otra Empresa pública diferente de IBERIA podría recomprar los activos traspasados. La venta debía ser irrevocable”. Sin embargo, tal como se instrumentaron los swaps entre los préstamos y las cartas de compromiso que se firmaron el 21 de mayo de 1996 (a estas últimas SEPI en su alegación no hace referencia) TENEO pasó a asumir todo el riesgo de la operación y a garantizar, mediante la compra de los activos de ANDES HOLDING, el reembolso a los prestamistas privados de sus créditos.

Respecto al compromiso de TENEO de no adquirir los activos de ANDES HOLDING, en sus alegaciones SEPI no lo considera incumplido “*al mantener inalterada su participación en ANDES HOLDING*”. Los únicos activos de ANDES HOLDING eran las acciones de INTERINVEST y TENEO se comprometió a comprarlas directamente (no mediante la compra de acciones de ANDES HOLDING) en las “cartas de compromiso” para garantía de los intereses de los socios privados, incumpléndose con ello los acuerdos alcanzados por la UE con las autoridades españolas.

Por último SEPI remite nuevamente con sus alegaciones unos documentos ya tenidos en cuenta en su día que a su juicio acreditan la remisión a la Comisión de todos los acuerdos firmados y la conformidad de la Comisión con la ejecución del Plan de reestructuración de IBERIA en cuyo marco se realizó la desinversión en las Compañías sudamericanas. Pero esos documentos únicamente acreditan la remisión a la Comisión de los contratos iniciales suscritos el 1 de marzo de 1996 y no la de los acuerdos formalizados el 21 de mayo de ese mismo año (swaps entre los préstamos y cartas de compromiso mediante los que TENEO asumió todo el riesgo de la operación) cuyo contenido ni se transcribe ni se tiene en cuenta en la Decisión de la Comisión que autorizó la ampliación de capital en IBERIA de 87.000 millones de pesetas. Además, el documento remitido para acreditar la conformidad de la Comisión con la ejecución del Plan de reestructuración de IBERIA (que se refiere a una segunda petición de ampliación de capital para IBERIA de 20.000 millones de pesetas) únicamente alude al destino dado por IBERIA a los 87.000 millones recibidos con anterioridad y al descenso por debajo del 10% de su participación en las Compañías sudamericanas, sin que se analice en él, ni se formule pronunciamiento alguno sobre el cumplimiento del plan de desinversión en las citadas compañías sudamericanas que debía realizar ANDES HOLDING en el plazo de tres años.

Transcurrido el plazo de 3 años establecido en el Plan elaborado por IBERIA (de 1 de marzo de 1996 a 1 de marzo de 1999), ANDES HOLDING seguía siendo el titular mayoritario de INTERINVEST; IBERIA había vendido LADECO a terceros y había sustituido, tras una serie de transacciones societarias, su participación del 20% en ARSA por una participación del 10% en INTERINVEST; y AMERICAN AIRLINES, a través de su filial SC. INVESTMENT había adquirido en octubre de 1998 otro 10% de INTERINVEST y asumido la gestión de ARSA y AUSTRAL, comprometiéndose a poner en marcha un Plan de Negocio para ambas Compañías que posibilitase su venta a terceros. Como consecuencia de todas estas operaciones en marzo de 1999 los intereses del sector público español en las líneas aéreas sudamericanas se concretaban en la participación del 42% que SEPI tenía en el capital de ANDES HOLDING, titular del 80% de INTERINVEST, a su vez titular del 85% de ARSA y del 90% AUSTRAL, más la participación del 10% del capital de INTERINVEST que pertenecía a IBERIA (por entonces aún no privatizada).

AMERICAN AIRLINES asumió la gestión de ARSA hasta principios del año 2000 sin ningún resultado positivo, siendo calificado su Plan de Negocio como “irreal” por SEPI apenas transcurrido un año desde que asumió la gestión de la Compañía Argentina; y durante este periodo SEPI tuvo que soportar la mayor parte de los gastos del Grupo argentino, lo que hizo tanto indirectamente mediante una ampliación del Préstamo Subordinado concedido a ANDES HOLDING que iba destinada a la capitalización de créditos concedidos previamente por SEPI a ARSA, como directamente mediante la concesión por SEPI a ARSA de nuevos créditos. También durante este periodo hubo de renovarse tres veces el Préstamo Principal y el Subordinado y SEPI tuvo que asumir, mediante nuevas ampliaciones del crédito Subordinado, el pago de parte del principal y los intereses acumulados de la deuda Principal.

III.3. ADQUISICIÓN POR SEPI DE LAS ACCIONES DE INTERINVEST

Las pérdidas obtenidas por ARSA a 31 de diciembre de 1999 la hacían incurrir en causa de disolución y liquidación según las leyes argentinas, haciéndose necesaria una nueva capitalización. A la vista de los resultados de la gestión de AMERICAN AIRLINES (a través de su filial SC INVESTMENT) y de la necesidad de continuar inyectando fondos, SEPI a principios del año 2000 cambió el equipo de gestores de la Compañía y elaboró un “Plan Director de ARSA y AUSTRAL para el periodo comprendido entre julio de 2000 y junio de 2003” que pretendía alcanzar la rentabilidad de las Compañías en un plazo de tres años y que fue presentado para su aprobación al Consejo de Administración de SEPI de 12 de abril de 2000.

III.3.1. Plan Director: Estrategia y financiación

El Plan Director sentaba las bases para articular un grupo aéreo competitivo a medio plazo. En términos generales tenía como objetivo optimizar los procesos y la organización de las Empresas para mejorar las áreas críticas de servicio (planificación, programación etc.) así como generar los sistemas de gestión e información necesarios para poder tomar mejores decisiones. En él se contemplaban una serie de medidas de racionalización de costes que, una vez implantadas, se preveía que supondrían ahorros de casi 140 millones de dólares al año, siendo la cuantía de las inversiones que requería su implantación de 46 millones de dólares. Dentro de estas medidas se encontraba una reducción de plantilla de alrededor de 1.317 personas (el 23% del total) y la renegociación de convenios con los trabajadores. Para la implantación del Plan se precisaba obtener los acuerdos pertinentes con el Gobierno argentino y con los sindicatos. En

particular, del Gobierno argentino se precisaba especial colaboración en las siguientes áreas que requerían una especial regulación:

- Ratificación de los derechos adquiridos por la aplicación del Decreto 52/94 relativo al carácter de empresa argentina.
- Racionalización de la oferta en el mercado internacional, reduciendo la cantidad de frecuencias de las Compañías aéreas de otras banderas (USA, Chile, Brasil y países europeos).
- Prórroga de la exclusividad de ARSA en sus rutas internacionales después de noviembre de 2000.
- Desregulación parcial de los Servicios de Rampa, permitiendo a la empresa AEROHANDLING (filial de ARSA) prestar servicios a ARSA y a AUSTRAL.
- No autorización de vuelos regulares que no cumplieran con las normas vigentes.
- Determinación de valores razonables en materia de Tasas de Protección de Vuelo en rutas y permisos de uso aeroportuario.
- Flexibilización de la Resolución 570/98 relativa a la instrucción y adiestramiento de Tripulaciones en Cabina
- Flexibilización de las normativas de la Dirección Nacional de Aeronavegabilidad y de la Dirección de Habilitaciones Aeronáuticas en cuanto a los requisitos de mantenimiento de aviones y de despachos operativos de vuelos.

Además, el Gobierno argentino debía cerrar temas pendientes con ARSA y AUSTRAL por reclamaciones y contingencias impositivas de ingresos brutos, por el impuesto de valor agregado, etc. El Ministerio de Trabajo de Argentina debía colaborar en la adecuación de los Convenios Colectivos de trabajo.

Una vez alcanzados los acuerdos pertinentes con el Gobierno argentino y con los sindicatos de trabajadores, se llevaría a cabo una ampliación de capital en ARSA en torno a los 600 o 700 millones de dólares, a suscribir por todos los accionistas que quisieran permanecer definitivamente en la Compañía. De esta cifra SEPI ya tenía desembolsados a esa fecha, 12 de abril de 2000, 252 millones de dólares que se encontraban contabilizados en ARSA como préstamos y que, llegado el momento de la ampliación, serían capitalizados. El Estado argentino tendría que participar también en la capitalización de ARSA con un 10%. El Plan contemplaba además una reestructuración de parte de la deuda financiera de ARSA con entidades financieras privadas.

El Plan director fue presentado al Gobierno argentino y a los sindicatos y comenzó un largo proceso de negociación. Según la información remitida por SEPI, fue en el mes de julio de 2000 cuando se obtuvo un primer compromiso del Gobierno argentino de apoyar parcialmente el Plan Director de ARSA, implantando la mayor parte de las propuestas regulatorias, aportando dicho Gobierno 20 millones de dólares en 2001 y 2002 (10 millones de dólares cada año) y abriendo, a través del Ministerio de Trabajo argentino, un proceso que denominaron de “reestructuración productiva” con los sindicatos de ARSA y AUSTRAL para conseguir la flexibilización de los convenios colectivos y reducciones salariales de hasta un 20%.

El proceso de reestructuración productiva se cerró el 5 de septiembre de 2000, firmando solamente los sindicatos UPSA (Titulados superiores), ATVLA (técnicos de vuelo), UALA (pilotos de AUSTRAL) y APLA (pilotos de ARSA). Los otros tres sindicatos mayoritarios, APA (personal de tierra), AAA (auxiliares de vuelo) y APTA (técnicos de mantenimiento) no negociaron y plantearon un Plan alternativo, el Plan Restaurar, que fue considerado por SEPI teórico y sin sustrato económico real y

rechazado en la Asamblea General de ARSA por INTERINVEST y el Gobierno argentino.

En el tiempo en el que se desarrollaban las negociaciones, para que ARSA dejara de tener patrimonio negativo y de estar incurso en causa de disolución según las leyes argentinas, situación en la que se encontraba desde el cierre del ejercicio 1999, SEPI estimó procedente que INTERINVEST realizara un aporte irrevocable en ARSA por importe de 208,5 millones de dólares con cargo a préstamos ya otorgados. El motivo de hacer un aporte irrevocable retrasando la instrumentalización de la ampliación de capital en ARSA era evitar que se diluyera la participación del Gobierno argentino y del Programa de Propiedad Participada (perteneciente a los trabajadores) que no iban a realizar aportaciones. Con este aporte, las pérdidas acumuladas de ARSA quedarían cubiertas al menos en un 50% por el capital social, que era lo que exigía la Ley argentina de Sociedades Comerciales.

Para realizar esta capitalización de ARSA, ANDES HOLDING y SC. INVESTMENT debían hacer previamente una capitalización en INTERINVEST por un importe equivalente, 208,5 millones de dólares, mediante la aportación de créditos existentes contra ARSA por valor de 205,5 millones y 3 millones de dólares, respectivamente (IBERIA no acudiría a la ampliación). Mediante esta operación la participación de SC INVESTMENT en INTERINVEST pasaría de un 10% a un 1,8%, como se encontraba previsto en los acuerdos finalmente alcanzado por SEPI con la Compañía aérea norteamericana (AMERICAN AIRLINES), que además, renunció a sus derechos de mayorías cualificadas y de designación de gestores/consejeros.

Para que ANDES HOLDING pudiera aportar la parte que le correspondía en la capitalización de INTERINVEST, 205,5 millones de dólares en créditos, SEPI debía

otorgar previamente a ANDES HOLDING un nuevo Préstamo Subordinado por un importe equivalente. Además, los Préstamos Principal y Subordinado vencían el 27 de julio de 2000, por lo que era necesario alcanzar un nuevo acuerdo con los bancos comerciales para la renovación parcial del Préstamo Principal y que SEPI renovara, asimismo, el Préstamo Subordinado. La renovación del Préstamo Subordinado, que fue aprobada por Acuerdo de Consejo de Ministros el 4 de agosto 2000, no se instrumentó hasta el 7 de septiembre de 2000, ampliándose la fecha de vencimiento hasta el 27 de octubre de ese mismo año. En el contrato se aumentó el préstamo en 257,9 millones de dólares, de los que 50 millones de dólares se destinarían por ANDES HOLDING al pago parcial del principal del Préstamo Principal, 2,4 millones al pago de sus correspondientes intereses y los restantes 205,5 millones de dólares serían dedicados a realizar la capitalización en INTERINVEST. Con estas operaciones el saldo total del Préstamo Subordinado quedó establecido en 642,9 millones de dólares. De acuerdo con lo manifestado por SEPI, la renovación del Préstamo Principal no llegó a formalizarse aunque, de hecho, se entendió prorrogado.

De acuerdo con la información contenida en las Cuentas Anuales de INTERINVEST correspondientes al ejercicio 2000, la ampliación de capital en INTERINVEST se acordó en Asamblea General ordinaria y extraordinaria celebrada el 24 de julio de 2000 (antes de que se instrumentase el Préstamo Subordinado) en la que, previamente a la ampliación, se acordó una reducción de capital de 402,7 millones de dólares. Una vez efectuada la ampliación de capital, INTERINVEST, mediante un contrato de cesión de crédito suscrito en esa misma fecha, adquirió de SEPI créditos que ésta tenía frente a ARSA por importe de 205,5 millones dólares, no así los intereses que acumulaba la deuda traspasada que ascendían a 16,4 millones de dólares y que fueron retenidos por SEPI. A pesar de que en el contrato de cesión se preveía que INTERINVEST abonaría a SEPI el importe de los créditos frente a

ARSA con la aportación dineraria, también de 205,5 millones, a recibir de ANDES HOLDING en la ampliación de capital, SEPI adeudó directamente en sus registros a la Sociedad holandesa los créditos frente a ARSA como ampliación del crédito Subordinado, no comportando la operación una salida efectiva de fondos para SEPI. En esta misma fecha, 24 de julio de 2000, INTERINVEST realizó un aporte irrevocable de 205,5 millones de dólares al capital social de ARSA junto con otros tres millones que había recibido de AMERICAN AIRLINES en préstamos que ostentaba contra la misma Compañía, totalizándose así la capitalización prevista de 208,5 millones de dólares, toda ella desembolsada mediante la cesión de créditos frente a ARSA que de esta forma quedaron cancelados.

Por otro lado, SEPI durante el ejercicio 2000 concedió más préstamos a corto plazo a ARSA hasta un importe total de 282,9 millones de dólares para cubrir sus necesidades de tesorería en tanto no se pusiera en marcha el Plan Director.

El 13 de octubre de 2000 SEPI firmó un nuevo acuerdo con el Gobierno argentino en el que este Gobierno redujo su participación en la capitalización de ARSA (es decir en la ampliación de capital de 650 millones de dólares que contemplaba el Plan Director) de un 10% a un 5%, lo que suponía una aportación de 32,5 millones de dólares, comprometiéndose por otro lado a poner en marcha una serie de medidas regulatorias que hicieran posible una mejora de la competitividad del sector aéreo (handling de rampa, tasas, requisitos de formación y programación de tripulaciones auxiliares, etc.).

Teniendo en cuenta este acuerdo con el Gobierno argentino, a pesar de no haberse llegado todavía a ningún concierto con los trabajadores de ARSA sobre la implantación del Plan Director, el 15 de octubre de 2000 se planteó en la Asamblea General de ARSA la aprobación de la ampliación de capital de 650 millones de

dólares que incluía el Plan, dejando para una Asamblea General posterior el debate y aprobación del Plan Director en sí. La realización de la ampliación se aprobó por unanimidad aunque no su forma de desembolso. A este respecto, el sector denominado Programa de Propiedad Participada (perteneciente a los trabajadores) manifestó su intención de desembolsar la parte de las acciones que le correspondía en la ampliación (10%) mediante utilidades futuras y las ganancias emergentes de los bonos de participación, propuesta que fue rechazada por los otros dos accionistas (INTERINVEST y el Gobierno argentino) que sólo consideraban como formas posibles de desembolso la capitalización de “aportes irrevocables” realizados con anterioridad o de créditos frente a la Sociedad y las aportaciones en efectivo. Aprobada la ampliación de capital, los accionistas tenían un derecho de suscripción preferente sobre las acciones nuevas en proporción a las que ya poseían que debían ejercer durante los treinta días siguientes a su última publicación en edictos, todo ello según la Ley argentina de Sociedades Comerciales.

En tanto se cumplía el plazo, SEPI procedió a adquirir las acciones de INTERINVEST que poseía ANDES HOLDING, a realizar una ampliación de capital en INTERINVEST para que pudiera acudir a la ampliación de capital de ARSA y a reestructurar parte de la deuda financiera de esta última.

III.3.2. Adquisición por SEPI de las acciones de INTERINVEST y reestructuración financiera de ARSA

La adquisición por SEPI de las acciones de INTERINVEST propiedad de ANDES HOLDING, se produjo como consecuencia de los compromisos asumidos con los bancos comerciales privados titulares del Préstamo Principal en el documento denominado “Carta de Compromiso a Plazo” (*Term Commitment Letter*) que fue

suscrito el 21 de mayo de 1996 y novado con cada renovación del Préstamo Principal, acomodándolo a los nuevos plazos de vencimiento de la deuda y a su saldo pendiente de cancelación. En el documento se establecía, para el caso de que el préstamo no hubiera sido reembolsado con la venta de las acciones de INTERINVEST, el compromiso de SEPI de adquirir las acciones de INTERINVEST por el saldo vivo de aquél préstamo en la fecha de su vencimiento más intereses y gastos. Se trataba de una obligación asumida por SEPI en garantía de reembolso de la deuda Principal aunque, incorrectamente, aparecía denominada en el documento como “opción de compra” a favor de SEPI.

SEPI ha manifestado en sus alegaciones que la carta de compromiso a término era *“un derecho de opción de compra en cuanto mecanismo jurídico de protección al inversor en ANDES HOLDING (en este caso TÉNEO) a fin de preservar la adquisición del activo que representaban las acciones de INTERINVEST al precio fijado y establecido (el saldo del préstamo “Senior”)”*. Pero, vistos los compromisos que se establecen en el documento, lo cierto es que, aunque incorrectamente se le calificase como de opción de compra, TENE0 no podía decidir si adquiriría o no INTERINVEST (es decir no podía ejercitar ninguna opción), sino que se obligó a hacerlo en todo caso llegado el vencimiento del Préstamo principal por un precio igual a su parte pendiente de reembolso; siendo pues, la finalidad real del compromiso el que, si ANDES HOLDING no conseguía vender las acciones de INTERINVEST en el plazo establecido, los prestamistas privados tuviesen asegurada la satisfacción de su crédito con los intereses devengados.

De acuerdo con este compromiso, SEPI y los bancos privados firmaron un contrato el 15 de noviembre de 2000 según el cual el 1 de noviembre de ese mismo año se daba por ejercida la opción de compra y SEPI debía abonar el precio acordado, el saldo vivo del Préstamo Principal más intereses y gastos (53 millones de dólares), el

siguiente día 15 de noviembre de 2000, adquiriendo con ello las acciones de INTERINVEST. Asimismo, por comunicación de 16 de noviembre de 2000 los socios privados de ANDES HOLDING notificaron que la prenda establecida a su favor sobre las acciones de INTERINVEST quedaba cancelada. Esta adquisición fue autorizada por Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de noviembre de 2000.

Además de para cumplir los compromisos asumidos con los Bancos socios de ANDES HOLDING, SEPI consideraba necesario participar directamente en INTERINVEST a fin de tomar el control de ARSA y poner en marcha el Plan Director.

La ampliación de capital en INTERINVEST se realizaba para dotarla de fondos suficientes para que pudiera suscribir el 85% que le correspondía en la ampliación de capital de ARSA y para hacer un aporte irrevocable por otro 10% si el Programa de Propiedad Participada perteneciente a los trabajadores no suscribía finalmente su parte de la ampliación, pues SEPI consideraba necesario la capitalización íntegra de los 650 millones de dólares en ARSA para poder poner en ejecución el Plan Director. En la Asamblea General de INTERINVEST celebrada el 24 de noviembre de 2000 se acordó una ampliación de capital de 408,9 millones de dólares que fue suscrita prácticamente en su totalidad por SEPI. En concreto SEPI aportó, mediante un contrato de cesión de créditos suscrito con INTERINVEST a finales de enero de 2001, créditos que ostentaba frente a ARSA por valor de 313,6 millones de dólares (17 líneas de crédito por un total de 282,9 millones de dólares que se formalizaron en el 2000, otra línea formalizada en el 2001 de 12 millones, junto con los intereses acumulados de 18,7 millones) y 95,2 millones en efectivo. SC INVESTMENT (filial de AMERICAN AIRLINES) aportó un crédito frente a ARSA de 168.551 dólares e IBERIA no acudió a la ampliación. Esta operación fue autorizada el 10 de noviembre de 2000 por el mismo Acuerdo de Consejo de Ministros que aprobó la compra de las acciones de INTERINVEST.

Posteriormente, según consta en el acta de la reunión del Directorio de ARSA celebrada el 19 de febrero de 2001, INTERINVEST suscribió el 29 de enero de 2001 el 85% de la ampliación de capital de ARSA, adquiriendo acciones por valor de 552,5 millones de dólares que fueron desembolsados de la siguiente manera:

- 208,5 millones de dólares mediante la capitalización del aporte irrevocable que hizo en ARSA por la misma cuantía el 24 de julio de 2000.
- 313,6 millones de dólares mediante la aportación de los créditos contra ARSA comprados a SEPI.
- 168,5 miles de dólares mediante la aportación de un crédito contra ARSA comprado a SC INVESTMENT.
- 30,2 millones de dólares en efectivo.

Por su parte el Gobierno argentino suscribió el 16 de febrero de 2001 el 5% de la ampliación de capital cuyo valor era de 32,5 millones de dólares, desembolsando en el momento de la suscripción 8,125 millones (25%) con la obligación de desembolsar el resto en un plazo de dos años.

El Programa de Propiedad Participada de los trabajadores no suscribió ninguna acción al no ser aceptada por el resto de los accionistas la forma de desembolso que propuso e INTERINVEST ofreció un “aporte irrevocable” por la parte de la ampliación no suscrita que equivalía al 10% y tenía un coste de 65 millones de dólares. El aporte irrevocable fue aprobado por el Directorio de ARSA el 19 de febrero de 2001, aunque con el voto en contra de los trabajadores que consideraban que se estaba anulando su derecho de suscripción preferente.

Finalmente ARSA celebró una Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria el 20 de marzo de 2001 para adecuar el montante de la ampliación de capital a lo realmente suscrito por los accionistas, lo que implicó que la cifra de capital se elevara, no en 650 millones de dólares, sino a 585 millones, y se registrara un aporte irrevocable de 65 millones de dólares. De esta forma quedaron íntegramente aportados los 650 millones de dólares que SEPI consideraba necesarios para poner en marcha el Plan Director.

La reestructuración financiera de ARSA que contemplaba el Plan Director no consistía solo en realizar la ampliación de capital sino también en hacer una reestructuración de la deuda financiera de la Compañía. Después de la compensación de créditos que realizaría SEPI mediante su aportación al capital de ARSA la deuda de la Empresa sería de 634 millones de dólares, de los que 597 millones serían deudas con Entidades financieras, 13 millones de dólares con IBERIA y 24 millones con SEPI a largo plazo. Del total de la deuda con entidades financieras, 377 millones de dólares permanecería en balance y los 220 millones restantes serían objeto de reestructuración.

La deuda a reestructurar se decidió en base a criterios fundamentalmente de coste. La deuda a cancelar tenía un coste medio de 12,25% y una vida media inferior a los tres años; y la que permanecería en balance tenía un coste medio de 6,7% y una duración de alrededor de 8 años.

Se formalizaría deuda nueva con un plazo ligeramente superior a la que sustituía y con un coste significativamente inferior (7,62%). Las condiciones de la nueva deuda permitirían a ARSA liberar todas las garantías de la deuda que se cancelaba y un ahorro anual de costes financieros de aproximadamente 15 millones de dólares.

Para realizar esta operación las Entidades Financieras exigían la emisión por parte de SEPI de un aval para la cobertura del “riesgo-país” de Argentina y una “carta de conocimiento” para garantizar el riesgo comercial.

En ejecución de estas previsiones el Consejo de administración de SEPI de 26 de enero de 2001 acordó formalizar una línea de crédito, en nombre de ARSA, con un grupo de Bancos (ABN AMRO BANK, BBVA y CITIBANK), por importe máximo de 300 millones de dólares con carta de conocimiento de SEPI para el riesgo comercial y con aval de SEPI para el riesgo país.

La línea de crédito fue formalizada el 6 de marzo de 2001 y al contrato se acompañó como “carta de conocimiento” (*comfort letter*), una carta firmada por el Director General, en la que SEPI tomaba conocimiento de la Financiación a Medio Plazo, mostraba su conformidad con las obligaciones asumidas por ARSA y AUSTRAL frente a los prestamistas, confirmaba su intención de seguir ejerciendo su control accionario sobre ambas Sociedades en lo relativo, entre otros aspectos, al cumplimiento de sus obligaciones financieras y se comprometía, en el caso de que SEPI perdiera la mayoría accionaria de ARSA y AUSTRAL, a llevar a cabo cuantas acciones fueran necesarias para que ambas Sociedades cumplieran fielmente con las obligaciones que asumían en virtud de esa financiación a medio plazo. Aunque con arreglo al derecho español esta carta de conocimiento no representa formalmente una garantía exigible del pago del crédito, sino que únicamente establecía un compromiso por parte de SEPI de hacer lo necesario para que ese pago se produjese sin convertirse en responsable solidario junto con los prestatarios, ese fue el tipo de compromiso requerido por los prestamistas para conceder el crédito a dos Sociedades que se encontraban en una difícil situación financiera, entendiéndose que implicaba el respaldo a la operación del holding empresarial público español.

Asimismo, al contrato se acompañó una garantía formal de SEPI ejecutable por los Bancos en el supuesto de que se produjera en Argentina un evento de “riesgo-país”, que impidiese el cumplimiento normal de la obligación de pago en dólares USA. El riesgo-país se define en el documento en el que se formalizó la garantía incluyendo, además de las circunstancias a las que hace referencia la Circular 4/91 del Banco de España, otra serie de supuestos que en términos generales se refieren a cambios legislativos que alterasen o impidieran el cumplimiento del contrato en sus propios términos. Para estos casos SEPI se comprometió formalmente, como responsable solidario, al cumplimiento de la obligación de pago a favor de los Bancos, de forma íntegra o parcial, según los efectos del evento acaecido.

III.3.3.Circunstancias que dieron lugar a la no aplicación del Plan Director

En febrero de 2001 se reabrió, a través del Ministerio de Trabajo argentino, un nuevo proceso de reestructuración productiva (el anterior se había cerrado el 5 de septiembre de 2000) que acabó el 16 de abril de ese mismo año por la imposibilidad de llegar a un acuerdo con el sindicato APTA.

El 23 de abril, previo informe al Ministerio de Trabajo, se despidió a 224 trabajadores de APTA, iniciando este colectivo una huelga que impidió que la Compañía realizara su actividad. Al entender la Empresa que no se habían cumplido los servicios mínimos decretados, el día 30 de ese mismo mes se despidió a otros 205 trabajadores de APTA. El 2 de mayo el Ministerio de Trabajo argentino decretó la conciliación obligatoria y ARSA hubo de readmitir a todos los trabajadores despedidos.

El 5 de mayo la Empresa comunicó que no pagaría los salarios de abril hasta el 22 de mayo, debido a la falta de tesorería. Se reclamó al Gobierno argentino la parte pendiente de desembolsar de su suscripción de acciones en la ampliación de capital (24,375 millones de dólares) para el pago de salarios, no produciéndose, según manifiesta SEPI, respuesta alguna.

El 16 de mayo finalizó el período de conciliación obligatoria sin que el sindicato APTA quisiera negociar. Además, la situación de tesorería de ARSA impidió nuevamente el pago de salarios el 22 de mayo y todo el dinero aportado por SEPI en la ampliación de capital de ARSA había sido utilizado para soportar el déficit operativo de la compañía.

Como consecuencia de todo ello, la Compañía se encontraba en una situación económica de deterioro absoluto, no suministrándosele combustible en algunos aeropuertos, con problemas en los servicios de “catering”, con imposibilidad de pagar los salarios a los empleados, etc. , circunstancias que impidieron finalmente la aplicación del Plan Director según se expuso en el Consejo de Administración de SEPI de 15 de junio de 2001.

A modo de resumen de los hechos anteriormente expuestos relacionados con la nueva adquisición por SEPI del capital de INTERINVEST cabe señalar lo siguiente:

A principios del año 2000 SEPI asumió la gestión de ARSA y elaboró un Plan Director para poner en marcha la Compañía que incluía una ampliación de capital de 650 millones de dólares y que precisaba de su aprobación por los otros dos accionistas de ARSA, que eran el gobierno argentino y los trabajadores de la Empresa.

Durante el tiempo en que se desarrollaban las negociaciones con los otros accionistas de ARSA y hasta la adquisición por SEPI de las acciones de INTERINVEST, SEPI soportó todo el gasto originado por el Grupo argentino (IBERIA y SC INVESTMENT habían reducido su participación en INTERINVEST de forma significativa) y lo hizo indirectamente mediante una nueva ampliación del préstamo subordinado que tenía concedido a ANDES HOLDING destinada a la cancelación de créditos que previamente había concedido SEPI a ARSA y directamente mediante la concesión de nuevos créditos a corto plazo a ARSA. Además, tuvieron que renovarse nuevamente el Préstamo Principal y el Subordinado, renovación en la que SEPI, mediante una ampliación del crédito Subordinado, canceló parte de la deuda principal.

Con posterioridad y de acuerdo con los compromisos asumidos anteriormente con los socios privados de ANDES HOLDING, SEPI adquirió las acciones de INTERINVEST al haber vencido el último plazo concedido para la cancelación de la deuda Principal, abonando como precio de las acciones el saldo pendiente de esta deuda.

En las negociaciones para la implantación del Plan Director, SEPI no contó en ningún momento con el apoyo de todos los trabajadores de ARSA y, a pesar de ello realizó en ARSA, a través de INTERINVEST, la ampliación de capital que el Plan contemplaba con cargo a créditos que previamente había concedido SEPI a ARSA y realizó una reestructuración financiera de la deuda de ARSA. La falta de apoyo de los trabajadores de ARSA determinó que finalmente no se llevase a la práctica el Plan Director.

III.4. SITUACION DE ANDES HOLDING DESPUES DE LA COMPRA DE INTERINVEST POR SEPI

En el Acuerdo de Consejo de Ministros de 10 de noviembre de 2000 se autorizó la adquisición por SEPI de las acciones de INTERINVEST propiedad de ANDES HOLDING por un precio igual al saldo vivo del Préstamo Principal más los intereses (53 millones de dólares). En este Acuerdo se ponía de manifiesto que como esta operación provocaría un desequilibrio patrimonial en ANDES HOLDING colocándola en situación de quiebra técnica, lo que complicaría enormemente su liquidación de acuerdo con la legislación holandesa, se realizaría una reposición patrimonial de ANDES HOLDING mediante aportaciones de SEPI por un importe de 817 millones de dólares igual al saldo vivo de los préstamos existentes en ese momento más los intereses (es decir, de los préstamos otorgados por SEPI ya que el Préstamo Principal ya había sido cancelado), procediéndose posteriormente de forma inmediata a la liquidación de ANDES HOLDING.

En las cuentas anuales de SEPI del año 2000 existe constancia de que adquirió las participaciones en el Grupo argentino que ostentaba la Compañía holandesa, pero SEPI no realizó la aportación en ANDES HOLDING de los 817 millones de dólares ya que a 31 de diciembre seguía vivo el saldo de los préstamos otorgados a la Sociedad holandesa más los intereses acumulados. ANDES HOLDING entro en proceso de liquidación en el ejercicio 2000, habiéndose adoptado el acuerdo por los accionistas de la Sociedad en noviembre de ese año y nombrado liquidador a una Sociedad holandesa. Esta situación se mantenía a 31 de diciembre de 2001.

En el Consejo de Administración de SEPI celebrado el 23 de julio de 2002 se acordó aprobar en Junta General de ANDES HOLDING las cuentas anuales correspondientes a los ejercicios 1998, 1999, 2000 y 2001 que se encontraban

pendientes de aprobar, situación que impedía la liquidación de la Sociedad. (SEPI no ha aportado los documentos de aprobación final de estas cuentas en la Junta General de ANDES HOLDING, aunque ha remitido unos estados financieros, de balance y cuenta de pérdidas y ganancias, que formuló el liquidador de la Sociedad).

Todo ello pone de manifiesto que, en definitiva, SEPI desde el año 1996 estuvo concediendo préstamos, primero a largo plazo y a partir del ejercicio 1999 a corto, hasta un total 705 millones de dólares de principal a una Sociedad holandesa en la que tenía una participación minoritaria y que sólo tenía aprobadas las cuentas correspondientes a los dos primeros años sin que hasta su liquidación recibiese información el Consejo de Administración de SEPI del detalle del cierre del resto de los ejercicios; todo lo cual supone la existencia de un deficiente control de su inversión en ANDES HOLDING por parte de SEPI.

SEPI ha manifestado en sus alegaciones que, a pesar de no estar aprobadas las cuentas de ANDES HOLDING desde 1998 hasta el 2001, sus servicios técnicos y su Consejo de Administración han efectuado el seguimiento tanto de su inversión como de los créditos concedidos, sin indicar los motivos que impidieron aprobar las cuentas durante cuatro ejercicios. Cabe, no obstante, precisar que no han sido aportados documentos que justifiquen el seguimiento de la inversión; y, en todo caso los datos sobre los que se hubiese realizado cualquier seguimiento siempre serán cuestionables mientras no estén reflejados en unas cuentas de cierre de ejercicio debidamente aprobadas por la Junta General de la Sociedad.

SEPI también manifiesta en sus alegaciones, como ya lo hizo durante los trabajos de fiscalización, que *“no dispone de los documentos oficiales relativos a las Juntas Generales y los Consejos de Administración de ANDES HOLDING (actas), por no haber ostentado nunca la participación mayoritaria de la Sociedad”*. No obstante,

siendo SEPI accionista principal de ANDES HOLDING, con un 42% del capital social (además de formar parte de su Consejo de Administración y ser su mayor acreedor) hubo de tener a su disposición toda la información. SEPI ha aportado con sus alegaciones un documento fechado en el año 2002, que designa como “no oficial”, que dice ser copia del acta de la Junta General de ANDES HOLDING en la que se aprueban las cuentas pendientes; pero en todo caso, en él sólo consta la declaración de aprobación y no recoge dato alguno sobre el contenido de las cuentas.

El 19 de diciembre de 2003 SEPI suscribió un acuerdo con la Sociedad nombrada liquidadora de ANDES HOLDING en virtud de cual renunciaba, como único acreedor de la Sociedad en liquidación, a la cantidad que se le adeudaba que ascendía en aquella fecha a 896,9 millones de dólares (786,3 millones de euros). Esta cantidad era el resultado del saldo de los préstamos otorgados por SEPI más los intereses devengados a esa fecha (904,1 millones de dólares) minorado en 7,2 millones de dólares (6,3 millones de euros) por la aplicación del único efectivo con el que contaba ANDES HOLDING, una vez deducido un Fondo de 20.000 dólares que permanecería en la Sociedad holandesa para cubrir posibles responsabilidades que se pudiesen producir en el proceso de liquidación. Además SEPI en este acuerdo se comprometió a seguir pagando, como desde un principio venía haciendo, cualquier factura que se derivara de la liquidación de la Sociedad, (de acuerdo con la información remitida por SEPI, esta Sociedad ha pagado gastos derivados de la liquidación de ANDES HOLDING por un importe total de 112.545,57 euros en concepto de honorarios profesionales).

A 31 de diciembre de 2003 SEPI había dado de baja los préstamos pero seguía teniendo registrado en su cartera la inversión en acciones de ANDES HOLDING por un valor de 3 millones de euros provisionado en su totalidad.

De acuerdo con la información remitida al respecto al Tribunal, la liquidación de ANDES HOLDING finalizó el 9 de diciembre de 2004, dándose de baja en el registro de la Cámara de Comercio e Industria de Ámsterdam el siguiente día 10 y en esa misma fecha en la contabilidad de SEPI.

III.5. VENTA DE INTERINVEST AL SECTOR PRIVADO

La situación económica de ARSA dio lugar, en el mes de junio de 2001, a la cancelación de rutas internacionales y a que ARSA fuera paralizando progresivamente su actividad, hasta llegar a acordar el Directorio de la Compañía el 21 de junio de 2001 la suspensión de pagos, decisión que fue ratificada por la Asamblea General el siguiente 17 de agosto.

A la vista de esta situación, SEPI estimó que la operación más conveniente era vender las Compañías ARSA y AUSTRAL. Para el supuesto que no se llegara a un acuerdo de venta, SEPI se planteó asimismo la posibilidad de liquidar y disolver el grupo argentino aunque consideraba que existían inconvenientes de tipo político (relaciones con Argentina) y dificultades legales y financieras, todo ello con arreglo a lo expuesto en el acta del Consejo de Administración de SEPI de 27 de julio de 2001.

En el mes de junio de 2001 SEPI publicó en distintos periódicos de ámbito nacional en Argentina y España su intención de vender su participación en INTERINVEST.

Entre el 26 de junio y el 18 de julio de 2001, recibió 16 ofertas para la compra de las compañías sudamericanas, seleccionando en un principio las presentadas por AIR COMET, CLICKNEST, GRUPO PELLEGRINI y ASSET MANAGEMENT.

En el Consejo de Administración de SEPI celebrado el 2 de octubre de 2001 se deliberó sobre características de las distintas ofertas seleccionadas, destacándose respecto a ellas lo siguiente:

Oferta de CLICKNEST CORP.

De acuerdo con esta oferta SEPI debería hacer aportaciones que oscilarían entre 623 millones de dólares y 1.253 millones de dólares. El coste de la venta para SEPI, incluyendo contingencias, se estimaba que oscilaría entre 856 y 1.486 millones de dólares. Se entendía que CLICKNEST CORP tenía conocimiento del negocio y había realizado un planteamiento realista. Además, se había comprometido a no realizar despidos traumáticos en dos años. Pero según esta proposición SEPI seguiría vinculada a ARSA durante 20 años ya que debía concederle una línea de crédito blando de 385 millones a este plazo y no resultaba suficiente la garantía que presentaban los socios de la Empresa ofertante.

Oferta del Grupo PELLEGRINI

Este grupo pertenecía a un expresidente de ARSA. Suponía unos desembolsos por parte de SEPI entre 433 y 1.022 millones de dólares. El coste estimado de la venta, incluidas contingencias, oscilaría entre 666 y 1.255 millones de dólares. A pesar de que el grupo tenía conocimiento del negocio y planteaba la participación de los empleados y una remuneración ligada al cumplimiento de objetivos, SEPI veía como inconvenientes que habría de seguir vinculada a ARSA durante 15 años ya que

debía otorgarle un préstamo blando a este plazo de 494 millones de dólares más los intereses que se devengasen durante los cuatro primeros años y, además, el grupo ofertante era de limitada solvencia y sus garantías de escasa credibilidad. SEPI, por otra parte, manifestaba tener dudas sobre su capacidad real para gestionar ARSA.

Oferta de AIR COMET

AIR COMET era una Empresa perteneciente al grupo privado español MARSANS aunque con funcionamiento independiente. Su oferta suponía unos desembolsos para SEPI de 598 millones de dólares, estimándose el coste de la venta, incluidas contingencias, en 831 millones de dólares; y liberaba a SEPI de riesgos en ARSA a largo plazo por préstamos o avales. SEPI consideraba que presentaba garantías financieras suficientes, que era relevante el compromiso de no realizar reducciones de plantilla traumáticas ni colectivas en dos años y que el Plan industrial presentado era ambicioso, con participación de los empleados ligada a la productividad. En opinión de SEPI, a diferencia de las otras, esta oferta no presentaba ningún inconveniente.

Oferta de ASSET MANAGEMENT

El accionista de esta Empresa era un consorcio de empresarios argentinos con negocios en diferentes sectores. Su oferta exigía a SEPI unos desembolsos de 641 millones de dólares y la venta supondría un coste, incluyendo contingencias, de 874 millones de dólares. Liberaba a SEPI de riesgos en ARSA por aportaciones futuras pero tendría que seguir avalando préstamos hasta el 2004. El comprador no daba garantía sobre los fondos requeridos y a SEPI le ofrecía dudas su capacidad de gestión y el contenido del Plan Industrial presentado, que consideraba que no estaba tratado con profundidad.

III.5.1. Selección de la oferta presentada por AIR COMET

Desde el punto de vista jurídico SEPI formuló como fundamento de su decisión, entre otras, las siguientes consideraciones: la propuesta de AIR COMET detallaba mejor los compromisos del vendedor; tanto AIR COMET como CLICKNEST garantizaban el cumplimiento de la mayoría de sus compromisos con cláusulas penales individualizadas; las garantías de AIR COMET en el control de las aportaciones financieras del vendedor, que incluían las de sus accionistas y las del Grupo MARSANS, eran superiores a las de los restantes ofertantes; y la oferta más ventajosa en cuanto a responsabilidades del vendedor por ajustes de balance y contingencias era la de ASSET MANAGENT. Consideradas en conjunto todas estas circunstancias, desde el punto de vista estrictamente contractual, SEPI entendía que la mejor oferta era la de AIR COMET; y aunque desde el punto de vista económico y de Plan industrial, las mejores ofertas eran las de AIR COMET y la de CLICKNEST, la primera suponía un menor coste y desligaba a SEPI de aportes y garantía futuras.

Por estos motivos, los servicios técnicos de SEPI propusieron al Consejo de Administración la selección de la oferta de AIR COMET.

Previamente se había designado un “Banco asesor” cuyo objetivo era analizar y validar tanto el proceso de selección realizado como la propuesta de adjudicación que los servicios de SEPI presentaran al Consejo de Administración. La opinión del Banco Asesor fue favorable a la adjudicación a AIR COMET por considerarla la oferta más ventajosa. Además, entre sus conclusiones se hace referencia al coste de liquidación del grupo argentino estimado por una empresa auditora (Price Waterhouse Coopers) que se fijaba en al menos 798 millones de dólares, sin contingencias, y que resultaba superior al coste de venta a AIR COMET estimado

por el Banco Asesor en 615 millones de dólares en las mismas circunstancias (en el supuesto de que existieran contingencias que cubrir también resultaba de menor coste la venta), por lo que consideraba razonable la enajenación.

De acuerdo con la propuesta formulada, el Consejo de Administración de SEPI acordó el 2 de octubre de 2001 vender a AIR COMET, S.A. la participación de SEPI en INTERINVEST (el 99,2066% del capital) por el precio de un dólar USA, firmándose el contrato privado de compraventa en la misma fecha y elevándose a público el siguiente día 15.

Al respecto, cabe poner de manifiesto que el Consejo Consultivo de Privatizaciones, en su dictamen acerca de la privatización de INTERINVEST, concluyó que, teniendo en cuenta las especiales circunstancias en que se desarrolló esta operación (ARSA se encontraba en suspensión de pagos y con importantes pérdidas continuadas y si no se cerraba la venta en un corto periodo de tiempo la alternativa era proceder a la liquidación de la compañía por lo que SEPI aconsejaba realizar con la mayor celeridad el proceso de venta), SEPI había actuado adecuadamente tanto durante el proceso de petición y selección de ofertas como en la adjudicación definitiva de la venta a AIR COMET.

Según la información contenida en las cuentas anuales de SEPI correspondientes al ejercicio 2001, antes de la venta de INTERINVEST realizó un aporte irrevocable en esta Sociedad por valor de 50,5 millones de dólares. Este aporte irrevocable consistió en la aportación del pagaré que se había formalizado en el mes de octubre de 1998 a favor de ANDES HOLDING con motivo de la compra por INTERINVEST del 20% del capital de ARSA y tenía un valor de 46,4 millones de dólares de principal más los intereses que acumulados ascendían a 4,1 millones de dólares. Este pagaré había sido previamente cedido a SEPI por ANDES HOLDING como

pago parcial del Préstamo Subordinado. Además, SEPI concedió a INTERINVEST un préstamo de 50 millones de dólares con objeto de atender las necesidades financieras de ARSA y AUSTRAL derivadas de gastos sociales y de funcionamiento, operación que fue aprobada en Consejo de Ministros el día 5 de octubre de 2001.

El día 15 de octubre de ese mismo año, fecha en la que se elevó a público el contrato de venta, SEPI realizó otro aporte irrevocable en INTERINVEST por valor de 428 millones de dólares que correspondía a desembolsos de fondos que el contrato de venta exigía. Además, con motivo de la venta dotó una provisión de 93.000 millones de pesetas con la que se pretendía cubrir más pagos asumidos por SEPI en el contrato y posibles contingencias jurídicas y fiscales. Por la operación de venta del grupo argentino se contabilizaron unas pérdidas de 68.963 millones de pesetas, que fueron llevados a los resultados de ese ejercicio, y se aplicaron provisiones que afectaban a la cartera del Grupo argentino por valor de 100.920 millones de pesetas.

La enajenación de acciones de INTERINVEST había sido autorizada por acuerdo de Consejo de Ministros de fecha 12 de octubre de 2001.

III.5.2. Contrato de venta de las acciones de INTERINVEST formalizado entre SEPI y AIR COMET. Cumplimiento de los compromisos

El 2 de octubre de 2001 SEPI suscribió el contrato privado de venta de las acciones de INTERINVEST a AIR COMET, S.A., cuyos accionistas directos eran las Sociedades privadas TRANSPORTES DE CERCANÍAS, AUTOBUSES URBANOS DEL SUR, S.A. (BUSURSA) y SEGETUR, todas ellas del grupo MARSANS.

En la formalización del contrato comparecieron, además de la representación de AIR COMET, la representación de cada uno de sus accionistas y un representante de la Sociedad VIAJES MARSANS, S.A., este último para asumir determinadas garantías de las obligaciones del comprador.

En el contrato se recogen dos grandes bloques de obligaciones. En el primero de ellos, incluido en la estipulación séptima, AIR COMET asume una serie de obligaciones en relación con la ejecución de un Plan Industrial para ARSA y AUSTRAL que se adjunta al documento y que se compromete a poner en marcha. En el segundo bloque, regulado en las estipulaciones novena y siguientes del contrato, se establecen una serie de obligaciones de desembolso de fondos para SEPI que llevan aparejadas otras obligaciones de AIR COMET relacionadas en términos generales con el destino a dar a los fondos recibidos del vendedor.

III.5.2.1 Obligaciones establecidas únicamente para AIR COMET

El primer grupo de obligaciones, que afectan únicamente a AIR COMET y que se recogen en la estipulación séptima del contrato, tenían básicamente el siguiente contenido:

1) AIR COMET debía asumir activos y pasivos:

- Los de ARSA, según el balance de situación a 31-5-01 que figura en el “Cuaderno de Datos” que se adjunta como anexo al contrato.
- Los de AUSTRAL, según el balance de situación al cierre de 2000 que figura igualmente en el Cuaderno de Datos.

- Los de ambas Sociedades (ARSA y AUSTRAL) derivados de la información contable complementaria a 31 de julio de 2001 denominada “estados contables” que se adjunta al contrato.

Además, AIR COMET se situaría al frente de la negociación en el Convenio de Acreedores de ARSA y de la negociación directa con los acreedores titulares de los pasivos de ARSA y AUSTRAL.

2) Plantilla

En relación con la plantilla, AIR COMET aceptó la totalidad de la de ARSA y AUSTRAL, según el siguiente detalle:

- ARSA 5.119 trabajadores
- AUSTRAL 1.023 trabajadores
- Aerohandling 443 trabajadores
- Resto (Jep Paq y Opar) 149 trabajadores
- TOTAL 6.734 trabajadores

Y asumió los siguientes compromisos:

- a) No realizar reducciones de plantilla de forma colectiva ni traumática, sin el acuerdo previo de los interlocutores sociales y de la representación sindical de los distintos colectivos durante un periodo de 24 meses desde la formalización (15 de octubre de 2001). Esta obligación no alcanzaría a aquellas personas incursas en causa justa de despido.

- b) Implantar planes de jubilación anticipada y bajas voluntarias, mediante acuerdos entre las partes, que permitieran adaptar la plantilla en el tiempo a un nivel mayor de competitividad.

- c) Implantar un Plan de Productividad en un periodo de dos años desde la formalización que permitiera que la participación de los trabajadores en el capital se incrementase hasta el 10% del capital social.

El cumplimiento de estos compromisos se garantizaba con una cláusula penal de 4 millones de dólares USA que serían abonados por el comprador al vendedor, al primer requerimiento de este, tan pronto como se acreditase el incumplimiento si esta situación no hubiese sido subsanada en el plazo de 2 meses.

3) Aportación de capital

En el Plazo de 9 meses desde la formalización, AIR COMET debía realizar una ampliación de capital de al menos 50 millones de dólares dando entrada a nuevos socios que, al menos en un 15%, deberían ser de nacionalidad argentina (aunque no se entendería incumplida la obligación si no se encontraran socios argentinos que reunieran las condiciones de idoneidad y la ampliación fuera suscrita íntegramente por otros inversores). La ampliación podría realizarse de una sola vez o por tramos, durante el periodo señalado.

El incumplimiento determinaría el nacimiento de la obligación del comprador de abonar al vendedor 3 millones de dólares a primer requerimiento, tan pronto como se acreditase esta circunstancia y no hubiese sido subsanada en el plazo de 4 meses.

4) Mantenimiento de la participación mayoritaria:

El comprador se comprometía a mantener una participación del 51% directa o indirecta en ARSA y AUSTRAL y a que INTERINVEST mantuviera una participación del 51% en ARSA y AUSTRAL durante un periodo de dos años desde la formalización.

En caso de incumplimiento el comprador debería abonar al vendedor 10 millones de dólares a primer requerimiento, tan pronto como se acreditase esta situación y no hubiese sido subsanada en el plazo de 2 meses.

5) Puesta en marcha de Rutas

En el menor plazo posible AIR COMET, S.A. debería poner en marcha las rutas y frecuencias de vuelo que venían realizando ARSA y AUSTRAL, una vez que se pusiera a punto toda la capacidad operativa de las Sociedades. Además, debía desarrollar un Programa para la apertura de nuevas rutas en base a la distribución turística de las Empresas pertenecientes al grupo turístico (Agencias de viajes y Tour operadores).

6) Flota

A la flota existente se debía incorporar la siguiente:

- En un primer periodo de 18 meses (es decir, hasta el 15 de abril de 2003), 4 naves (2 aviones de A-340-200/300 y 2 aviones de A-320/321).
- En un segundo periodo de 12 meses (hasta 15 de abril de 2004), 10 naves (3 aviones de A-340-200/300, 5 aviones de A-320/321, 1 avión de MD-83 y 1 avión B-737).

- En un tercer periodo de 8 meses (hasta diciembre de 2004), 9 naves (2 aviones de A-340-200/300, 5 aviones de A-320/321 y 2 de otros tipos).

En total, 23 aviones en un periodo de 38 meses (3 años y 2 meses) desde la formalización del contrato de venta de las acciones.

El incumplimiento supondría el abono por el comprador al vendedor de 2 millones de dólares a primer requerimiento, tan pronto como se acreditase esta situación y no hubiera sido subsanada en el plazo de 2 meses.

7) Auditores

AIR COMET se comprometía a mantener a Price Waterhouse Coopers, o a la firma que acordase con SEPI, como auditor de ARSA y AUSTRAL durante un periodo de 18 meses.

El comprador debería aportar al vendedor, dentro de los 6 meses siguientes al cierre de cada ejercicio, una certificación expedida por un auditor sobre el cumplimiento de cada uno de los compromisos asumidos en la cláusula séptima.

Por su parte, VIAJES MARSANS garantizaba el pago de todas las cláusulas penales que tenía aparejado el incumplimiento de las obligaciones hasta aquí expuestas.

En cuanto al cumplimiento por AIR COMET de los compromisos relacionados, cabe señalar lo siguiente:

La primera certificación del auditor se expidió el 20 de noviembre de 2002, es decir, con cinco meses de retraso sobre la fecha límite acordada (31 de junio de 2002). En

ella se deja constancia de que la plantilla de ARSA y AUSTRAL se había elevado hasta 6.835 trabajadores a 31 de 10 de 2002, habiéndose dado de baja un total de 49 personas por planes de jubilación anticipada y retiro voluntario. Nada se dice en la certificación sobre la implantación de un Plan de productividad que permitiera a los trabajadores elevar su participación en el capital de ARSA hasta un 10%, si bien existía un plazo de dos años para dar cumplimiento a este compromiso.

En cuanto a la incorporación de flota, se adquirieron mediante leasing tres aviones según consta en los certificados de inscripción de propiedad de aeronave emitidos por la Fuerza aérea argentina con fechas 28 de diciembre de 2001, 7 de febrero de 2002 y 30 de octubre de 2002, teniendo de plazo AIR COMET hasta el 15 de abril de 2003 para adquirir la cuarta nave prevista para el primer periodo según el calendario establecido en el contrato.

Nada se menciona en la certificación del auditor sobre la recuperación de rutas y la puesta en marcha de otras nuevas.

Sí se certifica que la participación de AIR COMET en INTERINVEST y la de ésta en ARSA y AUSTRAL se mantuvo constante desde el 15 de octubre de 2001 hasta el 31 de octubre de 2002.

Por último, en relación con la obligación de realizar una ampliación de capital en INTERINVEST en el plazo de 9 meses (que vencían el 15 de julio de 2002) se había producido la convocatoria de la Asamblea General Ordinaria y Extraordinaria de accionistas de INTERINVEST para el día 13 de diciembre de 2002 con el fin de realizar una capitalización del orden de 50 millones de dólares o su equivalente en pesos argentinos. Estaba por tanto en trámites de realizarse la ampliación, pero todavía no había sido ni siquiera aprobada.

El 31 de diciembre de 2002 AIR COMET notificó a SEPI la adopción del acuerdo de ampliación de capital en la Asamblea General de INTERINVEST, requiriéndole SEPI el 8 de enero de 2003 para que procediera a la formalización de la ampliación, a su suscripción y a su desembolso. Finalmente se celebró un contrato de Suscripción por Aumento de Capital entre AIR COMET e INTERINVEST elevado a público el día 19 de febrero de 2003, suscribiendo AIR COMET la totalidad del aumento de capital, cuyo equivalente en pesos argentinos era de 175 millones, desembolsando en efectivo el 25% de la suscripción, 43,7 millones de pesos (13,5 millones de dólares) y con la obligación, de acuerdo con las leyes argentinas, de desembolsar el resto en el plazo de dos años. A pesar del retraso de 7 meses con que se produjo la ampliación de capital (el contrato establecía un plazo máximo de cuatro meses para subsanar el incumplimiento de esta obligación) no se aplicó la cláusula penal correspondiente que facultaba a SEPI para exigir el pago de 3 millones de dólares.

SEPI ha aportado en el trámite de alegaciones un requerimiento notarial realizado a AIR COMET con fecha 20 de septiembre de 2002 por el que, después de constatar que en el Registro Público de Comercio de la ciudad de Buenos Aires no figura inscrita la ampliación de capital, da por acreditado el incumplimiento entendiendo que entonces daba comienzo el plazo de subsanación de cuatro meses previsto en el contrato; manifestando SEPI que durante ese plazo, que vencía el 21 de enero de 2003, se adoptaron por el Consejo de Administración y la Junta General de INTERINVEST los acuerdos necesarios para que esta ampliación se produjera, aunque su ejecución no tuviera lugar hasta el 14 de febrero.

Sin embargo, atendiendo a la literalidad de la cláusula contractual (que establece que el incumplimiento del compromiso de ampliación de capital se garantiza con una cláusula penal de tres millones de dólares americanos, que será abonada por el

comprador al vendedor tan pronto como se acredite que el comprador a incumplido su obligación si esta situación no se ha subsanado en el plazo de cuatro meses) el inicio del plazo ha de situarse en el momento que se produjo el incumplimiento, es decir, el 15 de julio de 2002, y, por tanto, a partir del 15 de noviembre de 2002 SEPI podía haber ejercido su derecho a exigir la penalización.

También afirma SEPI en sus alegaciones que hay que tener en cuenta “*el carácter potestativo de las cláusulas penales, su moderación judicial y la repercusión de su imposición sobre la misma Empresa que SEPI vendió en situación concursal*”; afirmación respecto a la que, con independencia de la justificación que se expone en último término, conviene aclarar que en el Informe no se niega ni aquél carácter potestativo ni la posibilidad de que los jueces adecuen la cuantía de la penalización al importe real de los perjuicios, simplemente se señala que no se ha hecho uso de una facultad cuyo ejercicio habría sido beneficioso para los intereses públicos.

El 11 de noviembre de 2003 el Auditor expidió la segunda certificación referida al cumplimiento de los compromisos relacionados en la estipulación séptima del contrato a 31 de octubre de 2003. El número de trabajadores de ARSA y AUSTRAL a esta fecha era de 7.121, de los que 6.455 eran permanentes y 666 temporales, habiéndose elevado el número de personas que habían causado baja por jubilación anticipada y retiro voluntario a 57. Los porcentajes de participación de AIR COMET en INTERINVEST y de esta última en ARSA y AUSTRAL seguían siendo ampliamente mayoritarios (99,21%, 98%, 97,40%, respectivamente) y se habían incorporado mediante leasing 4 aviones más, aunque en todos los casos eran modelos distintos a los previstos en el contrato.

Con fecha 14 de abril de 2004 AIR COMET informó, a requerimiento de SEPI, sobre los motivos del cambio del tipo de aviones y acerca del cumplimiento de su

compromiso de implantar un plan de productividad que permitiese a los trabajadores de ARSA aumentar su participación en el capital social. En relación con el tipo de aviones adquiridos mediante leasing, alegó que el contrato, al referirse literalmente a la “Flota Tipo”, permitía la incorporación de aviones con características homogéneas a los especificados en él y que la necesidad de cumplir con los plazos acordados había exigido atender a la disponibilidad inmediata de aviones, optándose así por modelos “tipo” de estándares similares (fuselaje, cantidad de motores, peso máximo de despegue, configuración de la cabina de pasajeros, etc.) que permitiesen cumplir con la actividad comercial de la Compañía.

En cuanto al compromiso de aumentar la participación de los trabajadores en el capital de ARSA a través de un Plan de Productividad, AIR COMET informó que en el mes de noviembre de 2001 se había presentado a los sindicatos un Plan de Productividad que preveía el canje de acciones por adaptación salarial si se cumplía con determinados objetivos empresariales. Como resultado de las negociaciones los trabajadores renunciaron a la adaptación salarial en acciones optando por la mejora del poder adquisitivo de los salarios, lo que dio lugar al “Programa de Retribuciones Variable” que preveía la mejora salarial en función del cumplimiento de objetivos. No obstante, ello no impedía que en un futuro los trabajadores pudieran mejorar su participación en el capital de la Empresa con el dinero que recibían del Programa de Retribución Variable. SEPI dio entonces por cumplido el compromiso que se refería al Plan de Productividad de los Trabajadores.

El segundo periodo para la adquisición de flota vencía el 15 de abril de 2004 y en él debían incorporarse 10 aviones. AIR COMET presentó, previo requerimiento de SEPI, un certificado del Auditor de fecha 20 de septiembre de 2004 al que se acompañaba una relación de 13 aviones con indicación del tipo y fecha de contrato por el que se habían incorporado a la flota, el modelo, número de serie y la matrícula

de la aeronave. Del total, 11 se habían incorporado mediante la suscripción de contratos de leasing por ARSA o AUSTRAL, aunque, salvo en un caso, el contrato era de fecha posterior al 15 de abril de 2004 (vencimiento del segundo plazo); y además, de 7 de estos aviones no aparecía especificado el número de matrícula. En relación con los otros dos aviones, existía únicamente una “carta de intención” firmada por ARSA y AUSTRAL con dos Empresas financieras. Todas estas circunstancias fueron puestas de manifiesto por SEPI a AIR COMET en una notificación de fecha 7 de octubre de 2004 en la que, además se requería de AIR COMET información sobre el total de aviones disponibles y en operación en ARSA y AUSTRAL en esa fecha, sobre las características y duración de todos los contratos de incorporación firmados con posterioridad a octubre de 2001 y, en particular, de los de leasing o subleasing (pues se podía dar el caso de estar computando la incorporación en sustitución de otros leasing vencidos como incorporación adicional, lo que no era coherente con el contrato que preveía un aumento de la capacidad operativa) y sobre las razones por las que se estaban incorporando aviones con retraso respecto a los plazos contractuales previstos. También se requería información adicional sobre las “cartas de intención” que se habían suscrito para la incorporación de dos aeronaves. Este requerimiento no ha sido atendido por AIR COMET ni se ha exigido por SEPI la aplicación de la penalidad que conllevaba el incumplimiento de la obligación de incorporación de flota.

Según documentación aportada por SEPI con sus alegaciones, con fecha 29 de abril de 2005 AIR COMET notificó a SEPI una nueva certificación del auditor sobre la incorporación de 13 aviones durante el tercer y último plazo establecido en el contrato (que vencía el 15 de diciembre de 2004).

Ante esta certificación SEPI, el 16 de junio de 2005 (ya durante el trámite de alegaciones del este Informe) remitió una notificación a AIR COMET poniendo de

manifiesto que no había sido atendida su petición de información de 7 de octubre de 2004 y, respecto a la última certificación, que todos los contratos habían sido suscritos en 2005, una vez vencido el último plazo, que ninguno de los aviones tenía especificado el número de matrícula, que respecto de una nave solo existía una carta de intención y que, al igual que ocurría con anteriores certificaciones, el auditor seguía sin especificar el periodo de duración de los leasing. Por estos motivos SEPI informa a AIR COMET del comienzo del plazo de 2 meses previsto en el contrato para subsanar el incumplimiento.

Al respecto cabe señalar, como se ha puesto de manifiesto en relación con la obligación de realizar una ampliación de capital, que el plazo de subsanación, de acuerdo con los términos literales del contrato, comienza a contar desde que se produce el incumplimiento de la obligación, no desde que SEPI remite una notificación a estos efectos.

En relación con el compromiso de AIR COMET de recuperar rutas de vuelo de ARSA y AUSTRAL e incorporar otras nuevas, no existe constancia alguna de su cumplimiento. Esta obligación, sin embargo, no se encontraba garantizada con ninguna cláusula penal ni se establecía ningún plazo en concreto para su cumplimiento, ya que en el contrato únicamente se establece que debería hacerse en el “menor plazo posible”.

SEPI ha manifestado en sus alegaciones que se puede constatar el restablecimiento de servicios suspendidos en la memoria del ejercicio 2002 de ARSA y AUSTRAL que obra en poder del Tribunal. Sin embargo la memoria remitida al Tribunal contiene datos sobre la evolución del tráfico de pasajeros y mercancías pero no aporta información en concreto sobre el restablecimiento de rutas e incorporación de otras nuevas.

Por otra parte, en el Informe elaborado por SEPI sobre el cumplimiento de compromisos de AIR COMET hasta el mes de octubre de 2003 se señala que la documentación económico-financiera disponible de ARSA y AUSTRAL correspondiente al ejercicio 2002 ponía de manifiesto que las pérdidas de explotación ascendieron en ese ejercicio a 411 millones de pesos argentinos, lo que suponía una reducción respecto al anterior en que se situaron en los 655 millones. Además se había producido un empeoramiento de los resultados financieros; pero los resultados extraordinarios originados por la homologación del concurso de acreedores (708 millones) dio lugar a la contabilización de unas ganancias netas de 34 millones, frente a unas pérdidas de 856 millones del año 2001. Estos resultados no son acordes con las previsiones incluidas en el Plan de Negocio elaborado por AIR COMET que se adjuntaba al contrato, según las cuales los resultados de explotación debían ser positivos desde el primer año (30,7 millones de pesos argentinos) y, aunque los resultados financieros se estimaban negativos en los tres ejercicios que incluía el Plan, se consideraba que estos serían suficientemente compensados con los de explotación para que la cuenta de resultados global fuera positiva y con tendencia creciente desde el primer ejercicio.

III.5.2.2. Obligaciones asumidas por ambas partes en relación con los desembolsos de fondos a los que se comprometía SEPI.

a) Asunción de pasivos hasta un importe máximo de 300 millones

SEPI se hacía cargo de pasivos exigibles que resultaban de la información contenida en los documentos que se adjuntaban al contrato de cada una de las Sociedades hasta un importe máximo de 300 millones de dólares (es decir, pasivos registrados en los balances cerrados de ARSA y AUSTRAL a 31 de julio de 2001). Esta

asunción de pasivos tendría efectos puramente económicos entre las partes contratantes, sin que implicase la subrogación de SEPI en cualquier contrato o posición deudora y no constituiría por tanto novación modificativa ni extintiva de ninguna de las relaciones jurídicas que dieron lugar a los pasivos. Tampoco sería aval, fianza ni garantía de los contratos que daban lugar a los pasivos.

SEPI aportaría a INTERINVEST los 300 millones de dólares en el momento de la elevación a público del contrato de venta. Esta cantidad quedaría ingresada en una cuenta bloqueada a nombre de INTERINVEST y se destinaría por AIR COMET al pago de una relación de pasivos de ARSA y AUSTRAL o de INTERINVEST que se acompañaría como anexo a la escritura pública de compraventa. La cantidad a liberar para cada uno de los pagos sería la que se presentase como definitiva por AIR COMET a SEPI.

La lista de pasivos se confeccionaría respetando el siguiente orden de preferencia:

1. Créditos exigibles garantizados por INTERINVEST
2. Créditos exigibles garantizados por SEPI, o en los que SEPI o INTERINVEST aparecieran como prestamistas.
3. Créditos exigibles con garantía hipotecaria sobre bienes o activos de ARSA o AUSTRAL
4. Sueldos y salarios pendientes de pago por ARSA y AUSTRAL
5. Créditos de la B.S.P. (I.A.T.A. Clearing House Cias de Aviación).
6. Otros pasivos.

Ambas partes debían acordar el procedimiento de liberalización de fondos contra esa cuenta con anterioridad a la formalización de la venta de las acciones.

De acuerdo con lo previsto, en la elevación a público del contrato se acompañó como anexo la siguiente lista de pasivos:

ACREEDOR	CONCEPTO	IMPORTE (M\$)
ABN AMRO BANK/ BBVA/ CITIBANK	Préstamo l/p	190,00
ABN AMRO BANK/ BBVA/ CITIBANK	Préstamo c/p	27,00
SEPI	Préstamo l/p	24,00
SEPI (intereses de préstamo l/p)	Intereses	2,77
INDRA	Deuda comercial	1,54
AEROCARD (Tramo II)	Securitización T.C.	16,30
REPSOL YPF	Deuda comercial	57,90
TOTAL		319,51

Así pues, en la escritura pública se relacionaron créditos cuya cuantía total era superior en 19,51 millones de dólares al importe máximo acordado en el contrato privado; pero, según lo manifestado por SEPI, la incorporación de algún crédito se hizo con la finalidad de asegurar la cobertura final de 300 millones de dólares. De la información analizada se desprende que no llegó a asumirse el crédito a favor de AEROCARD y que se incorporó a la lista una deuda por intereses de 743.300 dólares a favor de SEPI que eran parte de los intereses devengados del crédito concedido a INTERINVEST antes de su venta por valor de 50 millones de dólares.

En cualquier caso, la selección de estos créditos respondió a los siguientes motivos:

El préstamo sindicado a largo plazo por importe de 190 millones de dólares con los bancos ABN AMRO BANK/ BBVA/CITIBANK, tenía su origen en la reestructuración de deuda de ARSA que llevó a cabo SEPI cuando era propietaria del capital de INTERINVEST al amparo de las previsiones contempladas en el Plan Director. Se trataba de una línea de crédito concedida a ARSA que se formalizó el 6 marzo de

2001 por importe máximo de 300 millones de dólares y que por exigencia de los bancos acreedores iba a acompañada de una “carta de conocimiento” de SEPI para cubrir el riesgo comercial y de un aval de SEPI para asegurar el riesgo país. Se seleccionó, por tanto, por considerar que se encontraba incluido en el número 2 del orden de preferencia establecido en el contrato de venta como “crédito exigible garantizado por SEPI”, aunque, realmente, la “carta de conocimiento” que cubría el riesgo comercial no es una garantía de pago legalmente exigible y, por tanto, sólo podía considerarse como crédito “garantizado” por SEPI en cuanto al aval otorgado en relación con el Riesgo- País.

El segundo crédito también fue seleccionado por estar garantizado por SEPI. Fue formalizado el 3 de agosto de 2001 entre los mismos bancos e INTERINVEST por un importe de 27 millones de dólares y con vencimiento el 5 de noviembre de 2001. En la misma fecha SEPI otorgó una “garantía a primer requerimiento” asegurando el cumplimiento de todas las obligaciones de pago (principal, intereses, comisiones y gastos) que asumía INTERINVEST en virtud de este crédito, convirtiéndose así en responsable solidario.

Al amparo de este mismo criterio se seleccionaron los créditos frente a ARSA a favor de INDRA y REPSOL YPF; pero en estos casos lo único que existía era una carta de conocimiento del presidente de SEPI comprometiéndose a tomar las medidas oportunas para que no se vieran perjudicados los intereses de las empresas acreedoras y que, por tanto, aunque establecía un compromiso de actuación, no establecía una garantía exigible en derecho que convirtiera a SEPI en responsable solidario del pago, lo que hace cuestionable su consideración como “crédito exigible garantizado por SEPI”.

Finalmente, los créditos a favor de SEPI, el formalizado el 28 de julio de 1999 frente a ARSA a largo plazo por valor de 24 millones de dólares más los intereses devengados que ascendían a 2,6 millones y la deuda por intereses frente a INTERINVEST de 743.300 dólares por el crédito concedido por SEPI a esta Sociedad a principios del mes de octubre de 2001 de 50 millones de dólares, fueron seleccionados también en base al punto dos del orden de prelación establecido en el contrato que contemplaba asimismo los “créditos exigibles en los que SEPI apareciera como prestamista”.

SEPI aportó en forma de “aporte irrevocable” en INTERINVEST 300 millones de dólares el mismo día de elevación a público del contrato, 15 de octubre de 2001, quedando éstos ingresados en una cuenta bloqueada para cuya disposición se requerían las firmas de SEPI y de INTERINVEST. Los intereses que generó esta cantidad se destinaron a cubrir la diferencia hasta los 300,6 millones de dólares finalmente acordados.

El 16 de noviembre de 2001 salieron 27 millones de dólares de la cuenta bloqueada de INTERINVEST con destino al pago del crédito a corto plazo concedido por ABN AMRO/BBVA/CITIBANK. Los demás cargos en esta cuenta se realizaron a partir del 5 de diciembre de 2001; pero con anterioridad tuvo lugar un nuevo acuerdo entre AIR COMET y sus accionistas, aceptado tácitamente por SEPI, que alteró el destino de los fondos.

El 3 de diciembre de 2001, suscribieron un Acuerdo AIR COMET, sus accionistas (TRANSPORTES DE CERCANIAS, S.A., BUSURSA y SEGETUR) y VIAJES MARSANS en virtud del cual AIR COMET, S.A. se comprometió a adquirir los siguientes créditos en los que ARSA era la deudora: el préstamo sindicado a largo plazo por un precio de 190 millones de dólares, el préstamo concedido por SEPI y

sus correspondientes intereses por 26,77 millones de dólares, la deuda comercial de INDRA por 1,6 millones de dólares y la deuda comercial con REPSOL por 54,70 millones de dólares. En total adquiriría pasivos por un precio global de 273 millones de dólares, que sería abonado con los fondos cedidos por SEPI en virtud del contrato de 2 de octubre de 2001, quedando AIR COMET subrogada como acreedor en todos ellos.

En este Acuerdo AIR COMET, S.A. se obligaba irrevocablemente a utilizar los créditos adquiridos sólo como fondos propios para ampliar capital o realizar “aportes irrevocables” en ARSA (quedando entonces cancelados), obligación que debería cumplir en un plazo máximo de seis meses a contar desde la aprobación del Acuerdo de Acreedores del Concurso Preventivo de ARSA. A estos efectos debía remitir a SEPI certificados del auditor de ARSA acreditativos del destino de los créditos.

El cumplimiento de esta obligación se garantizaba reconociéndole a SEPI el derecho, para el caso de que los créditos fueran utilizados de forma distinta, a exigir de cualquiera de los firmantes del acuerdo el pago de las cantidades que hubieran sido destinadas a otro fin.

El acuerdo fue elevado a público y notificado por conducto notarial a SEPI en la misma fecha para “su conocimiento, conformidad y aceptación de derechos que le asisten y se señalan en el mismo”. No consta que diese SEPI contestación expresa a esta notificación; pero sus actuaciones posteriores pusieron de manifiesto su conformidad.

El objetivo perseguido por AIR COMET con esta operación, según lo manifestado por SEPI, era poder intervenir como acreedor en el Concurso de ARSA y liderar una

propuesta de quita y espera para el pago de los créditos que fuera acorde con los intereses de la concursada, sin perjudicarse con ello el patrimonio de ARSA pues alcanzado ese objetivo, los créditos adquiridos serían capitalizados. SEPI estimó que esta actuación era posible en el marco de los acuerdos alcanzados con AIR COMET el 2 de octubre de 2001, que fueron los autorizados por el Consejo de Ministros, no considerándolo por tanto como una modificación del Contrato.

Sin embargo, esta actuación suponía realmente una modificación del contrato de 2 de octubre de 2001, en el que literalmente se imponía a AIR COMET la obligación de destinar la cantidad ingresada por SEPI en la cuenta bloqueada a nombre de INTERINVEST “al pago de una lista de pasivos de las Sociedades (ARSA y AUSTRAL) o de la Compañía (INTERINVEST) que se acompañará como anexo a la escritura de formalización”. Y, si bien es cierto que en el mismo contrato se establece que la asunción de este pasivo tendría efectos entre las partes del contrato, sin que implicase, entre otras cosas, la modificación ni extinción de las relaciones jurídicas que dieron lugar a esos pasivos, ello no obsta para que, una vez que AIR COMET (que no era la propietaria de los fondos sino una simple mandataria que debía utilizarlos con un único fin) realizase el pago, ese pago tenía que producir la extinción de las deudas y no el simple cambio de la persona del acreedor. Obviamente, son figuras jurídicas distintas “el pago”, que aunque sea realizado por un tercero produce la extinción de la deuda (artículos 1.156 y siguientes del Código Civil) y “la subrogación” en la posición de acreedor, que no produce la extinción de la deuda y únicamente da lugar a la sustitución en la persona del acreedor, modificando la relación establecida al originarse la obligación (artículo 1.203 y siguientes del Código Civil).

SEPI manifiesta al respecto que el derecho español contempla la posibilidad de que el tercero que paga pueda ejercitar una acción de reembolso contra el deudor; pero

tal circunstancia no es aplicable a este caso pues AIR COMET no tiene la condición de “tercero” al no pagar con su patrimonio (paga con fondos aportados por SEPI a INTERINVEST) y al no realizar el pago libremente por estar cumpliendo una obligación contractual y, por tanto, realizar el pago en interés propio y no por cuenta de otro (doctrina del Tribunal Supremo: sentencias 827/1993 de 21 de julio, 201/2001 de 5 de marzo y 1024/2003 de 29 de octubre, entre otras).

El cumplimiento del compromiso establecido entre SEPI y AIR COMET requería la extinción de los pasivos asumidos por SEPI, y no su adquisición por AIR COMET; implicando esta última actuación una modificación del contrato de 2 de octubre de 2001 que en todo caso debería haber sido aprobada por el Consejo de Ministros (sin que a ello obste el que el convenio suscrito por AIR COMET con sus accionistas y VIAJES MARSANS el 3 de diciembre de 2001, y aceptado de hecho por SEPI, persiguiese como fin último la cancelación de esos pasivos mediante su capitalización en ARSA una vez fueran utilizados por AIR COMET para alcanzar un acuerdo ventajoso con los acreedores del concurso).

En el trámite de alegaciones SEPI ha reiterado su interpretación de que el acuerdo de 3 de diciembre de 2001 no supone una modificación del contrato; añadiendo que, respecto de determinados acreedores con los que existía un singular compromiso de SEPI, *“lo verdaderamente relevante para SEPI era que esos acreedores recibieran finalmente su dinero, siendo no relevante que la relación jurídica subyacente subsistiera o no en el balance de las deudoras (ARSA y AUSTRAL)”* y que *“en el contrato, SEPI y AIR COMET difícilmente podían querer la cancelación de los pasivos en la contabilidad de ARSA y AUSTRAL.... y además no hablan ni imponen en ningún momento un ulterior perdón o condonación de los créditos o acciones que se tuvieran contra ARSA y AUSTRAL con ocasión de tales pagos”*. Sin embargo, la literalidad del contrato de 15 de octubre de 2001 aprobado por el Consejo de

Ministros, lo que establece es el pago de determinadas pasivos exigibles de ARSA y AUSTRAL y, en consecuencia, la extinción de las obligaciones a cuyo pago había de destinarse las cantidades que el Consejo de Ministros autorizó que fuesen desembolsadas por SEPI (artículo 1.156 del Código Civil); y si las partes hubiesen querido atribuir al pago un efecto distinto al de la extinción de las deudas deberían haberlo indicado expresamente en el clausulado. Además, SEPI sería quien en todo caso podría repetir contra el deudor al haber soportado a su costa el pago a los entonces acreedores.

Por otra parte SEPI ha manifestado en sus alegaciones que *“aunque se hubiese producido una modificación del contrato ésta no necesitaría aprobación del Consejo de Ministros... lo que el Consejo de Ministros autoriza (de conformidad con el Acuerdo de 28 de junio de 1996 por el que se establecieron las Bases para la Modernización del Sector Público Empresarial del Estado) son las operaciones de privatización.... no autoriza ni se pronuncia sobre el concreto clausulado de los contratos de compraventa en que dichas operaciones se formalizan”*. Sin embargo el Acuerdo de Consejo de Ministros citado por SEPI lo que establece es que el agente gestor (SEPI) ha de formular las propuestas concretas de privatización, que deberán ser informadas por el Consejo Consultivo de Privatizaciones para posteriormente ser consideradas por el Consejo de Ministros para su aprobación definitiva; y en esas propuestas han de describirse detalladamente todos los acuerdos y términos en los que se va a desarrollar la privatización. El carácter preceptivo de la intervención del Consejo de Ministros hace necesario que el proceso haya de ejecutarse en los mismos términos que ha sido autorizado; y si SEPI entiende conveniente modificar en algún extremo lo autorizado es preciso para ello una nueva autorización del Consejo de Ministros. Perderían su significación y su eficacia todas las actuaciones y controles previos requeridos por el Acuerdo de 28 de junio de 1996 para llevar a

cabo una privatización si luego se pudieran alterar unilateralmente las condiciones aprobadas.

A partir del acuerdo de 3 de diciembre de 2001 el pago de cantidades con cargo a la cuenta bloqueada de INTERINVEST se realizó con arreglo al siguiente procedimiento:

- SEPI e INTERINVEST solicitaban por escrito de la entidad bancaria donde se encontraba la cuenta bloqueada la emisión de los correspondientes cheques al portador.
- En unidad de acto y ante la presencia de un representante de SEPI, se entregaba el cheque correspondiente por el banco al representante de INTERINVEST que lo entregaba al titular del crédito. Este último recibía el cheque y firmaba un documento de cesión de su crédito a AIR COMET, S.A.

Por ser uno de los acreedores, SEPI el 14 de junio 2002 suscribió un contrato de cesión de crédito a AIR COMET que fue elevado a público el siguiente día 17. En virtud de este contrato SEPI cedió a AIR COMET el crédito a largo plazo de 24 millones de dólares de principal y 2,6 millones de dólares de intereses por un precio de 26,6 millones de dólares que fue abonado con un cheque al portador contra la cuenta bloqueada a nombre de INTERINVEST, dando de baja SEPI ese mismo día en su contabilidad el crédito frente a ARSA y sus respectivos intereses. El día 17, también con cargo a la misma cuenta, se abonó a SEPI la cantidad de 743.300 dólares correspondientes a parte de los intereses devengados del préstamo de 50 millones de dólares concedido a INTERINVEST en el mes de octubre de 2001, que mantenía un saldo pendiente de 28 millones de dólares a esa fecha.

Anteriormente, según información facilitada por SEPI, los días 5 y 19 de diciembre de 2001 se habían dispuesto fondos con cargo a la cuenta bloqueada de INTERINVEST con destino a la adquisición por AIR COMET del crédito de REPSOL (54,7 millones de dólares), del crédito sindicado con los bancos (190 millones de dólares) y del crédito de INDRA (1,6 millones de dólares), aunque no existe constancia documental de la cesión a AIR COMET de los créditos de REPSOL y de INDRA.

La resolución de la autoridad judicial argentina homologatoria del Acuerdo Preventivo de Acreedores recayó el 26 de diciembre de 2002, aprobándose la propuesta presentada por ARSA que consistía en el pago del 40% los créditos verificados y declarados admisibles en tres cuotas: la primera del 10% con vencimiento a los 90 días desde la fecha de homologación del acuerdo, la segunda del 35% a los 360 días de la fecha de homologación y la tercera del 55% a los 720 días de la fecha de homologación.

En la resolución se deja constancia de la presentación de AIR COMET al concurso de ARSA como acreedor por haber adquirido el crédito sindicado de los bancos BBVA, S.A., CITIBANK, N.A. y ABN AMRO BANK N.V. subrogándose en su posición, crédito que fue verificado por el Tribunal argentino como de AIR COMET mediante resolución de 13 de agosto de 2002. (SEPI no ha aportado información sobre la presentación de AIR COMET al concurso como titular del resto de los créditos. En el trámite de alegaciones aporta dos cartas remitidas a AIR COMET en diciembre de 2004 y junio de 2005 requiriéndole información al respecto).

El 26 de junio de 2003 expiraba el plazo establecido en el acuerdo celebrado entre AIR COMET, sus accionistas y VIAJES MARSANS para aportar los créditos adquiridos a los fondos propios de ARSA y para remitir una certificación a SEPI que

acreditase el destino de estos créditos, certificación que a la fecha de finalización de los trabajos de fiscalización todavía no había sido recibida por SEPI.

En el trámite de alegaciones SEPI ha manifestado que los créditos comprados por AIR COMET debían ser exigibles para que AIR COMET los aportara a los fondos propios de ARSA y que, dado que en el concurso de acreedores se estableció una espera de 720 días, y que el último plazo vencía el 16 de diciembre de 2004, SEPI esperó hasta el 30 de diciembre de 2004 para solicitar de AIR COMET las certificaciones del auditor sobre el destino de los créditos, aportando con la alegación el requerimiento realizado el 30 de diciembre. Sin embargo, los derechos de crédito no tienen que ser exigibles para poder ser aportados a los fondos propios de una Sociedad.

También en sus alegaciones SEPI ha aportado una carta remitida por el presidente de AIR COMET el 24 de enero de 2005 a la que acompaña la certificación expedida por el Presidente del Directorio de ARSA el 18 de enero de 2005 en la que se certifica que a 31 de diciembre de 2004 se encontraban contabilizados una serie de importes en concepto de aportes irrevocables que según el detalle que se acompaña y explica la carta de AIR COMET, suponían el 40% en pesos (tras la quita conseguida en el concurso de acreedores) de los créditos cuyos titulares originarios fueron los bancos y REPSOL, y que en ese momento eran de titularidad de AIR COMET, mas los créditos que originariamente ostentaba INDRA, S.A. y SEPI, que habían pasado según el certificado a ser de titularidad de INTERINVEST. El importe total registrado se elevaba a 328,9 millones de pesos argentinos.

SEPI aporta asimismo con sus alegaciones, un certificado del Auditor de 23 de febrero de 2005 remitido por AIR COMET a SEPI sobre el destino de los créditos que, por presentar algunas deficiencias , ha dado lugar a una notificación de SEPI a

AIR COMET de 22 de junio de 2005 (producida durante el trámite de alegaciones de este informe y también aportada con ellas) en la que se solicita a AIR COMET información complementaria sobre la cuantía de los créditos aportados y su conversión de moneda y sobre las actuaciones realizadas para llevar a cabo la ampliación de capital en la que debía convertirse el aporte irrevocable; y, por último, SEPI aporta otra notificación remitida a AIR COMET el día siguiente, 23 de junio de 2005, en la que se solicita a AIR COMET aclaración sobre la titularidad de los créditos en vista de que, según señala SEPI literalmente en la notificación que remite en sus alegaciones, *“han llegado a poder de SEPI sendas fotocopias de cartas fechadas todas ellas el 16 de octubre de 2002 dirigidas por AIR COMET, S.A. a las entidades Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A, YPF, S.A. y Petróleos Transandinos YPF, S.A., respectivamente. En estas cartas se comunica a los destinatarios la cesión efectuada por AIR COMET, S.A. a favor de la sociedad Royal Romana Playa, S.A. de los siguientes créditos: YPF, S.A.: 48.975.684,91 USA\$ y 3.351.727,42 pesos argentinos, Petróleos Transandinos YPF, S.A.: 16.035.908 pesos chilenos y Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S.A.: 2.352.597,18 USA \$”*. SEPI ha aportado también con sus alegaciones copia de las cartas remitidas por AIR COMET en el año 2002 a los titulares originarios manifestando la cesión de tales créditos a la Sociedad “Royal Romana Playa, S.A.”.

La información que se recoge en este informe sobre la situación de los créditos que habían de ser aportados al capital de ARSA corresponde a la facilitada por SEPI en el curso de los trabajos de fiscalización. En esta información no aparecía mencionada la Entidad Royal Romana Playa, S.A., a cuya existencia y posible relación con aquellos créditos hizo SEPI referencia por primera vez, en los términos que se transcriben en el informe, al formular sus alegaciones.

En informaciones facilitadas por SEPI con posterioridad a la finalización de los trabajos de fiscalización se hace referencia a la existencia de actuaciones seguidas ante la jurisdicción ordinaria en España y en Argentina relacionadas con los créditos que habían de ser cancelados con las aportaciones de SEPI. La información recibida, junto con la que en el futuro se obtenga, será analizada por el Tribunal a los efectos que resulten procedentes.

b) Pago de 248 millones de dólares para la implantación del Plan Industrial

SEPI asumió a su cargo compromisos económicos resultantes de la ejecución del PLAN INDUSTRIAL, mediante la aportación de hasta un máximo de 248 millones de dólares USA. De este importe, 128 millones de dólares se aportarían a INTERINVEST en el momento de la elevación a público del contrato privado. Una vez que se hubiera gastado la suma de 100 millones de dólares AIR COMET tenía que solicitar del auditor de ARSA y AUSTRAL una certificación acreditativa de los gastos realizados y de que respondían a pagos de ARSA, de AUSTRAL o de INTERINVEST a favor de sus filiales en ejecución o con la finalidad de implementar el Plan Industrial. En el caso de que la cantidad gastada no se hubiera destinado a este uso, AIR COMET estaría obligada a reembolsarla, en su totalidad o en la parte no empleada en el Plan Industrial. Las cantidades reembolsadas no podrían ser nuevamente exigidas por AIR COMET por lo que se consideraría reducida la obligación de SEPI en la misma cuantía. Si AIR COMET no solicitaba la certificación transcurridos 20 días desde la realización del último pago que implicase llegar a la cifra de 100 millones de dólares, estaría obligado a reembolsar el total de los 128 millones de dólares.

La cantidad restante hasta los 248 millones de dólares se aportaría a INTERINVEST en 4 pagos mensuales a razón de 30 millones de dólares hasta un total de 120

millones. Una vez justificado por AIR COMET el gasto de los primeros 100 millones de dólares podría solicitar el primer pago de los 30 millones. Con posterioridad debería justificar, mediante certificación del auditor, el destino de los 58 millones de dólares pendientes y, una vez verificado por SEPI que se habían destinado a la implantación del Plan Industrial, podría solicitarse el abono del siguiente pago de 30 millones, siguiendo esta pauta para todos los plazos acordados.

En el caso de que de la certificación del auditor resultase que se habían destinado cantidades a un uso distinto del previsto, AIR COMET estaría obligado a reembolsarlas sin posibilidad de exigir las nuevamente.

Los primeros 128 millones de dólares los aportó SEPI en forma de “aporte irrevocable” en INTERINVEST el mismo día de la elevación a público del contrato de venta, 15 de octubre de 2001, junto con los 300 millones de dólares para la cancelación de pasivos. El resto de los pagos hasta un total de 120 millones de dólares se aplicaron contablemente contra la provisión que SEPI dotó con motivo de la enajenación de las acciones de INTERINVEST.

Las certificaciones que a estos efectos ha expedido el Auditor aparecen acompañadas de una relación de las transferencias realizadas desde la cuenta bloqueada de INTERINVEST a ARSA y AUSTRAL, a AIR COMET y directamente a proveedores, en estos dos últimos casos para pagos realizados por cuenta de ARSA y AUSTRAL, adjuntándose el detalle de los pagos realizados por estas Sociedades y de los realizados directamente por INTERINVEST a favor de sus filiales.

La primera certificación fue expedida por el Auditor el 15 de febrero de 2002 y se refería a la aplicación de los primeros 100 millones de dólares ingresados en la

cuenta bloqueada a nombre de INTERINVEST. Sobre el detalle que la acompaña cabe señalar lo siguiente:

- De las cantidades transferidas a ARSA y AUSTRAL, que ascendieron a un total de 91,2 millones de dólares, 12,6 millones se destinaron al pago de anticipos generalmente referidos a los conceptos de gasto de consumos, suministros de combustibles o compras y reparaciones; y respecto a estos anticipos el Auditor deja constancia expresa de que “sólo se ha visualizado el débito en el extracto bancario” (para el resto de los pagos indica que se cotejaron los datos “de forma muestral” con las facturas, recibos, convenios, orden de pago u otra documentación justificativa según el caso).

- Se realizaron transferencias a favor de otros proveedores en concepto de “pagos por cuenta de ARSA y AUSTRAL” por importe de 3,8 millones de dólares que no van acompañadas de ningún detalle. SEPI ha manifestado en sus alegaciones que *“en el propio Anexo A de la certificación aparece el detalle... En el anexo A se indica el proveedor, nombre, concepto, importe y fecha de pago”*. Sin embargo en el Anexo A no se indica el documento o factura que soporta el gasto y, por tanto, no puede considerarse suficiente la información que proporciona.

- De las cantidades transferidas a AIR COMET, que ascendieron a un total de 5 millones de dólares, 1,5 millones fueron cobrados directamente por AIR COMET en concepto de garantías de pago comprometidas por esta Sociedad a favor de proveedores de ARSA para la obtención de suministros, garantías que no se dice que hubieran sido ejecutadas.

- Los gastos realizados que pueden considerarse como inversión son los pagos de las cuotas de leasing por 7,5 millones de dólares, correspondiendo todos los demás a consumos, servicios o gastos sociales.

- Con las transferencias de fondos recibidas por ARSA, AUSTRAL y AIR COMET se pagaron deudas ya existentes antes de la formalización del contrato de venta, según indica expresamente SEPI en una notificación que envió a AIR COMET el 5 de marzo de 2002, aunque esta circunstancia no ha podido ser analizada ya que la certificación del auditor no especifica la fecha de origen de los gastos satisfechos. Únicamente ha podido ser identificado el pago por AIR COMET de 0,4 millones de dólares por los intereses devengados del crédito a corto plazo de 27 millones concedido a INTERINVEST por ABN AMRO/BBVA/CITIBANK cuyo principal fue cancelado el 16 de noviembre de 2001 con cargo a los 300 millones para la cancelación de pasivos aportados por SEPI.

En todo caso, el Auditor no hizo constar en su certificación que las cantidades pagadas hubieran sido aplicadas en ejecución o implantación del Plan Industrial.

A la vista de esta certificación, SEPI envió una notificación el 5 de marzo de 2002 a AIR COMET indicando únicamente que los pagos certificados no podían corresponderse con pasivos registrados en el balance de transferencia y exigiendo que se certificase no sólo la ejecución de los gastos sino su aplicación al Plan Industrial.

En su contestación AIR COMET, el día 6 siguiente, puso de manifiesto que de no haber actuado así no se podría haber evitado la quiebra de las Sociedades, solicitada al menos por uno de los acreedores post concursales, no hubieran podido

volar los aviones 340, no habrían sacado los aviones lessor Pegasus, no se hubiera podido pagar la primera quincena de octubre los salarios devengados, etc.; todo lo cual hubiera sido negativo para la implantación del Plan Industrial.

Y, en relación con la certificación de que los gastos se habían producido en ejecución o con la finalidad de implementar el Plan Industrial, tal certificación fue emitida por el Auditor el 7 de marzo de 2002.

En esta certificación del Auditor de 7 de marzo de 2002 se expone literalmente “Nuestra tarea profesional se limitó únicamente al análisis conceptual de los gastos e inversiones incluidos en los Anexos A, B y C del Certificado sobre aportes y egresos efectuados emitido con fecha 15 de febrero de 2002 y su relación con el Plan Industrial definido por AIR COMET, S.A. en su carta de 5 de marzo de 2002, la cual se adjunta y hemos firmado con fines de identificación”. Esta carta de 5 de marzo de 2002, que ha sido aportada por SEPI con sus alegaciones aunque calificándola como “documento no oficial”, al definir el plan Industrial incluye *“el pago de determinadas cantidades adeudadas a distintos prestatarios necesarios para la reanudación de dicha actividad”*.

SEPI emitió un informe jurídico a petición de su Departamento de Sociedades Participadas, sobre el criterio a seguir en la imputación al Plan Industrial de gastos devengados con anterioridad a la fecha de formalización del contrato, 15 de octubre de 2001. El Informe concluye que el Contrato no usa siempre la misma expresión cuando se refiere a la palabra gasto, utilizando indistintamente y como equivalente las expresiones gasto, inversión, pago, cantidades gastadas, cantidades asignadas, etc. y que, además, no la usa en sentido estrictamente contable, sino en una acepción puramente corriente, en donde lo importante no parece que sea fijar un criterio de imputación temporal (devengo) para las obligaciones a cargo del Plan

Industrial, sino que los fondos que entrega el vendedor al comprador para el Plan Industrial realmente se gasten en tal finalidad; por tanto, una vez que el Auditor certificara que los 100 millones dispuestos habían sido aplicados al Plan Industrial, procedería que SEPI atendiera la segunda entrega solicitada de 30 millones. No obstante, los servicios jurídicos de SEPI reconocieron que este criterio, que entendían era el que mejor se ajustaba al contrato, podía dar lugar a que una deuda satisfecha con cargo al Plan Industrial con posterioridad al 15 de octubre de 2001, apareciera contablemente devengada con anterioridad a esa fecha, por lo que su importe aparecería también dentro del balance de transferencia, pudiendo estar ya atendido su pago con otras cantidades dadas por SEPI que de acuerdo con el contrato debían destinarse a pago de pasivos.

SEPI admitió, en base a este informe, los argumentos expuestos por AIR COMET aunque, para prevenir esta posible duplicidad de pagos, y, antes de liberar el segundo desembolso de 30 millones, requirió a AIR COMET para que se comprometiera a incluir en la siguiente certificación del auditor la acreditación de que la obligación presentada al pago no había sido abonada previamente con cargo a los fondos que, según el contrato de venta, eran aportados por SEPI, compromiso que suscribió AIR COMET con fecha 15 de marzo de 2002.

En todo caso, en relación con el pago de deudas anteriores al 15 de octubre de 2001 con cargo a los fondos destinados a la financiación del Plan Industrial, es notoria la contradicción que el criterio manifestado por SEPI supone respecto al espíritu del contrato y las obligaciones asumidas por las partes. En el Contrato suscrito el 2 de octubre de 2001, elevado a público el día 15 siguiente, AIR COMET asumió expresamente a su cargo los pasivos de ARSA según balance de situación a 31 de mayo de 2001, presentado en la convocatoria de acreedores, y de AUSTRAL según balance cerrado al cierre del ejercicio 2000, además de aquellos que resultaran de la

información contable a 31 de julio de 2001 que se adjuntaba al contrato. Estos pasivos se verían disminuidos con las cantidades que SEPI se comprometía a aportar para su pago, tanto los 300 millones a los que se refiere la estipulación novena que se aportarían en la elevación a público de la venta, como la cantidad que resultase de las diferencias de activo y pasivo con el balance de transferencia, cerrado y auditado a 15 de octubre de 2001. Todos los demás pasivos existentes en el balance de transferencia no asumidos por SEPI debieron ser tenidos en cuenta por el Comprador cuando elaboró el Plan Industrial que se acompaña al Contrato y que se comprometió a ejecutar, sin que, por tanto, en su momento fueran considerados por AIR COMET como un obstáculo para alcanzar la rentabilidad de las Compañías adquiridas.

Un carácter completamente diferente tenían las ayudas por valor de 248 millones de dólares que el comprador había de recibir de SEPI para implantar el Plan Industrial y que debían ser destinadas a los gastos e inversiones derivados de su puesta en ejecución, que comenzó el 15 de octubre de 2001 y que no puede justificar el cargo a SEPI de ningún gasto realizado con anterioridad.

Por todo ello, aunque AIR COMET hubiese considerado con posterioridad a la adquisición de las Compañías que no habían sido suficientes los pasivos asumidos por SEPI, resulta en todo caso improcedente que SEPI permitiese que AIR COMET aplicara fondos recibidos para el Plan Industrial a la cancelación de pasivos incluidos en los balances de transferencia.

SEPI en el trámite de alegaciones ha reiterado su opinión sobre la posibilidad de emplear los 248 millones de dólares en cancelar pasivos del balance de transferencia de ARSA y AUSTRAL, añadiendo como argumento nuevo que *“la aportación de SEPI para el Plan Industrial podía destinarse a la ejecución o*

implementación de cualquiera de los compromisos enumerados en los apartados A) a F) de la cláusula séptima” pues, a su juicio, estos son “*los compromisos concretos del Plan Industrial*”. No obstante, en el Contrato de venta nada se establece sobre que los 248 millones pudieran aplicarse a la ejecución de los compromisos enumerados en aquellos apartados, disponiendo únicamente que habían de destinarse a la implantación del Plan Industrial que se adjunta como anexo.

Con independencia de esta cuestión, SEPI, al hacer el seguimiento de las certificaciones relativas a la aplicación de los fondos en el Plan Industrial, nada manifestó respecto al resto de incidencias de esta primera certificación que han quedado puestas de manifiesto anteriormente (deficiencias en las comprobaciones de anticipos y pagos directamente a proveedores y pago a AIR COMET por la prestación de una garantía).

La segunda certificación fue expedida el 21 de mayo de 2002 y acreditaba la aplicación de fondos por importe de 57,5 millones de dólares a la ejecución o implantación del Plan Industrial, también en los términos definidos por AIR COMET en su carta a la Empresa auditora de 5 de marzo de 2002. Como, a pesar del compromiso adquirido por AIR COMET el 15 de marzo de 2002, la certificación nada acreditaba respecto a que las obligaciones presentadas al pago no habían sido ya abonadas con los fondos que, según el contrato, habían sido aportados por SEPI, ésta requirió notarialmente a AIR COMET para que remitiera una certificación del Auditor relativa a este extremo, certificación que finalmente fue expedida el 4 de junio de 2002.

Respecto al contenido de la certificación del auditor de 21 de mayo de 2002 cabe señalar que, de los pagos realizados por ARSA y AUSTRAL (por un total de 52,3 millones de dólares) 14,2 millones corresponden a anticipos por compra,

reparaciones, material de consumo y suministro de combustible, respecto de los que el Auditor manifiesta sólo haber comprobado el débito en el extracto bancario y otros 11,2 millones corresponden a pagos de leasing respecto a los que no se indica ningún número de factura, acuerdo o soporte documental (en total, el 49% de la cuantía de la relación de pagos realizados por ARSA y AUSTRAL que se acompaña a la certificación carecen de soporte documental). El resto de los pagos responden a los conceptos de servicios, tasas y cánones y gastos sociales.

SEPI ha manifestado en alegaciones que *“el auditor sí certifica que para los pagos del anexo B, donde se incluyen los leasing, ha cotejado los importes contra los extractos bancarios, consultas electrónicas a las cuentas bancarias, recibos de proveedores o terceros...”*. Conviene matizar, en primer lugar, que el auditor realmente no certifica estos extremos sino que a su certificación acompaña como anexo una descripción de los procedimientos utilizados para verificar los pagos incluidos en los otros anexos; apreciándose que los procedimientos citados por SEPI, se utilizaron únicamente para comprobar el importe del pago. En relación con el beneficiario, los procedimientos utilizados, según describe el auditor, fueron *“cotejo de los datos en forma muestral con las facturas, recibos, convenios entre partes, orden de pago interna u otra documentación respaldatoria según el caso,”* actuación que en sí misma no acredita que se verificase el soporte documental del gasto.

La tercera certificación se expidió con fecha 13 de agosto de 2002 y se refería a la aplicación de 30 millones de dólares. El auditor certifica que el detalle que se acompaña se relaciona con pagos efectuados por ARSA y AUSTRAL, o por INTERINVEST y AIR COMET por cuenta y orden de las anteriores, en ejecución o con la finalidad de implementar el Plan Industrial, asimismo en los términos definidos por AIR COMET en su carta de 5 de marzo de 2001; y al describir los

procedimientos aplicados incluye el cotejo de que los desembolsos de fondos no se han incluido en certificaciones emitidas con anterioridad para justificar desembolsos recibidos de SEPI.

Ninguna salvedad pusieron los departamentos de SEPI encargados del seguimiento de estas certificaciones, autorizando el siguiente pago; sin embargo cabe señalar que en esta certificación vuelve a destacar que del total de pagos realizados por ARSA y AUSTRAL, por valor de 26,9 millones de dólares, 14,3 millones de dólares corresponden a anticipos por suministro de combustible o por compras y reparaciones respecto de los cuales el Auditor de nuevo deja constancia de que las comprobaciones se han limitado a verificar el débito en la cuenta corriente de ARSA o AUSTRAL (representa alrededor de un 53% de los pagos realizados por ambas Compañías).

Los gastos con cargo a los fondos a los que se refiere la tercera certificación que se pueden considerar inversión son los destinados al pago de cuotas de leasing, que ascendieron a 6,3 millones de dólares, correspondiendo el resto de los pagos fundamentalmente a tasas por servicios aeroportuarios, suministros de combustible y prestación de servicios.

La cuarta certificación se expidió con fecha 21 de noviembre de 2002 en los mismos términos que la anterior y se refería a la aplicación de los siguientes 30 millones de dólares. En la descripción de los procedimientos utilizados por el Auditor se señala igualmente que respecto de los anticipos pagados por ARSA y AUSTRAL sólo se había comprobado el débito en la cuenta corriente. Del detalle acompañado a la certificación cabe destacar que de los pagos realizados directamente por ARSA y AUSTRAL, que ascendieron a 24 millones de dólares en total, 15 millones (el 62%) corresponden a anticipos por suministro de combustible o por compras y

reparaciones y carecen de soporte documental que acredite que aquellas Sociedades fuesen beneficiarias del suministro o de las compras y reparaciones. Estos 15 millones suponen el 50% del importe total al que se refiere la certificación (30 millones de dólares). De la cantidad restante, 1,6 millones corresponden a pagos de leasing y el resto fundamentalmente a pagos por prestaciones de servicios, aprovisionamientos y suministros de combustible.

Con motivo de esta cuarta certificación y, en relación con los pagos de anticipos, SEPI, INTERINVEST y AIR COMET suscribieron un acuerdo el 31 de marzo de 2003, que fue elevado a público en esa misma fecha, en el que se determinaron los siguientes compromisos y garantías:

a) SEPI debía proceder al pago de los siguientes 30 millones de dólares en el plazo de 24 horas desde su exigibilidad, sirviendo como requerimiento de pago a SEPI la elevación a público del acuerdo.

b) AIR COMET se comprometía a que el Auditor de ARSA realizase un muestreo sobre la totalidad de los pagos efectuados hasta esa fecha por el concepto de anticipos, en el plazo máximo de 30 días desde la elevación a público del acuerdo, en los términos que previamente habían sido acordados por SEPI con el Auditor. SEPI y el Auditor habían seleccionado en el mes de enero una muestra de 172 anticipos más 17 que añadiría SEPI para una primera fase, en el caso de que en esa primera fase hubiese algún error la muestra se ampliaría hasta 487 anticipos a los que SEPI añadiría 49 más.

Además, AIR COMET se comprometía a que el Auditor realizara un muestreo en los mismos términos de los anticipos que se abonaran contra los nuevos 30 millones a pagar por SEPI, en el plazo de 20 días naturales desde la

realización del último pago (este compromiso nunca llegó a concretarse porque en la última certificación no se contiene el pago de ningún anticipo).

c) Si como consecuencia de los muestreos resultase de las certificaciones del Auditor la existencia de cantidades gastadas no destinadas a la implantación del Plan Industrial o la falta o insuficiencia de documentación acreditativa de la realización del gasto SEPI requeriría al comprador para que le reembolsara en el plazo máximo de 20 días todas las cantidades respecto de las cuales el Auditor no hubiera podido certificar su disposición en ejecución o implantación del Plan Industrial. Durante este plazo AIR COMET podría reembolsar a SEPI la cantidad reclamada, prestar aval o garantía suficiente o subsanar la irregularidad detectada mediante la aportación de un nuevo certificado del Auditor.

Transcurrido el plazo de 20 días sin que se hubiera producido el reembolso SEPI podría ejecutar el aval o garantía prestado conforme al apartado anterior o cobrarse el importe adeudado de la cuenta bloqueada abierta a nombre de INTERINVEST donde SEPI depositaría la cantidad que resultase de su responsabilidad por las desviaciones de activos y pasivos de los balances de transferencia de ARSA y AUSTRAL establecida en el contrato de venta de 15 de octubre de 2001 (que se analiza más adelante), señalándose para ello un procedimiento y una notificación al Banco. Si por cualquier causa SEPI no podía hacer efectiva esta última garantía, quedaba legitimada para no prestar su firma para la disposición por INTERINVEST y AIR COMET de fondos contra aquella cuenta.

d) Para el caso de que no se entregaran a SEPI los certificados que recogieran el resultado del muestreo en los plazos señalados, se establecía en su garantía un procedimiento similar al anterior.

El Auditor expidió una certificación el 16 de abril de 2003 respecto a la documentación que respaldaba la aplicación de los anticipos de fondos incluidos en las certificaciones de fechas 15 de febrero de 2002, 21 de mayo de 2002, 18 de agosto de 2002 y 10 de septiembre de 2002 sobre una muestra de 189 anticipos. De las cuatro fechas citadas en la certificación, las dos últimas están señaladas equivocadamente por el Auditor, correspondiendo en realidad a las certificaciones de fecha 13 de agosto de 2002 y 21 de noviembre de 2002.

En su certificación de 16 de abril de 2003 el Auditor certificó que los anticipos “fueron aplicados a facturas de proveedores y/o a ingreso de materiales, de acuerdo con los criterios de aplicación utilizados por las Sociedades”. Estos criterios de aplicación utilizados por las Sociedades (ha de entenderse que ARSA y AUSTRAL) se concretan en un anexo que se acompaña a la certificación en el modo siguiente: “En los casos en que hubiera concordancia entre el importe del anticipo y la factura del proveedor, la aplicación del anticipo se ha efectuado directamente contra una única factura del proveedor. En aquellos casos en que no hubiera concordancia entre el importe del anticipo efectuado y una sola factura del proveedor, las Sociedades han utilizado los siguientes criterios para reflejar contablemente esta aplicación: - Se agrupó un anticipo con varias facturas de proveedores para lograr la aplicación por el mismo importe - Se agruparon varios anticipos con varias facturas de proveedores - Se agrupó un anticipo o varios anticipos con una o varias facturas parciales de proveedores.”

El auditor, pues, no certifica si las facturas que se aplicaban a los anticipos respondían al mismo concepto y procedían de los mismos proveedores que lo habían recibido; constituyendo, pues, un mecanismo de control de los fondos aportados por SEPI que no proporciona certeza sobre su destino. Además, no existe constancia de que SEPI contara con ninguna factura o informe de recepción de materiales como documentación que diese respaldo al certificado; únicamente existen peticiones de SEPI requiriendo las facturas, que no fueron atendidas, y un e-mail dirigido a SEPI, parece que por la Empresa auditora, convocando una reunión para que examinara los antecedentes de los anticipos, pero sin que conste si tal reunión tuvo lugar y con qué resultado, al no haber aportado SEPI ningún documento o aclaración al respecto.

SEPI aportó con sus alegaciones copia de un certificado de fecha 10 de octubre de 2003 solicitado a un consultor contratado en Argentina, en el que se realiza una revisión del trabajo del auditor en relación con los anticipos. En el certificado se dice literalmente lo siguiente: “Que el encargo era revisar los papeles de trabajo del auditor PWC y verificar sobre un muestreo. Que hemos verificado un muestreo, que en principio se estima suficiente, sobre parte del muestreo efectuado por el auditor PWC. El muestreo fue efectuado a partir de las órdenes de pago de mayor monto a las de menor monto. Que el resultado de la verificación sobre los papeles de trabajo del auditor PWC ha dado como resultado que no resultan ordenes de pago por montos superiores al importe de las facturas. Si bien hay que aclarar que en los papeles de trabajo no figuran los originales de las facturas sino (i) fotocopias de dichas facturas, todas con la firma del auditor certificando que eran copia del original, o, (ii) en algunos casos, certificación del auditor declarando la existencia de dichas facturas”. Visto, pues, su contenido, este certificado no puede entenderse suficiente para modificar las consideraciones que se formulan en el Informe sobre los pagos realizados por el sistema de anticipos.

Lo que sí exigió SEPI y obtuvo fue un nuevo certificado del Auditor declarando que los pagos de anticipos se habían realizado en implantación o ejecución del Plan Industrial, lo que se certificó el 4 de junio de 2003 en los siguientes términos: “Las facturas de proveedores contra los cuales aplican los anticipos detallados en el Anexo al certificado de referencia corresponden a conceptos incluidos en el Plan Industrial definido por AIR COMET, S.A. en su carta de 5 de marzo de 2002”.

La quinta certificación, referida a la aplicación de los últimos 30 millones de dólares dispuestos, se expidió el 30 de abril de 2003. Se extendió en los mismos términos que las dos anteriores, sin que en el detalle que acompaña a la certificación se incluya el pago de ningún anticipo. El pago de leasing sumó un total de 11,4 millones y el resto del gasto correspondió fundamentalmente al pago de prestaciones de servicio, compra de aprovisionamientos, suministro de combustible, tasas y cánones.

En resumen, de acuerdo con las certificaciones expedidas por el Auditor respecto al empleo de los 248 millones de dólares recibidos por AIR COMET a través de la cuenta bloqueada de INTERINVEST para la implantación y ejecución del plan Industrial, cabe concluir lo siguiente:

- Se han destinado a gastos que pueden considerarse de inversión los pagos de las cuotas de leasing, que suman un total de 38 millones de dólares y representan un 15% del total de los fondos recibidos. El resto corresponde a consumos, servicios, tasas, cargas sociales etc., en definitiva a gastos de funcionamiento de las Sociedades, cuando el Plan contemplaba, entre otros aspectos, inversiones como la ampliación de la flota y el desarrollo de nuevas rutas, extremos estos cuyo cumplimiento no ha sido debidamente acreditado por el Comprador.

- 56,1 millones de dólares (que representan el 23% del total) se destinaron al pago de anticipos de suministro de combustible, compras y reparaciones. Respecto a ellos el Auditor sólo comprobó el débito en la cuenta corriente de ARSA o AUSTRAL y su liquidación no aparece en el detalle que se acompaña a ninguna de las certificaciones. Dos Auditores realizaron un muestreo y emitieron dos nuevas certificaciones, que no resultan suficientes para conocer con alguna certeza el destino de los fondos. Si a este importe se añaden los pagos realizados directamente a proveedores por cuenta de ARSA y AUSTRAL por valor de 3,8 millones de dólares que se incluyeron en la primera certificación y sobre los que no se adjunta ningún detalle, y los pagos en concepto de leasing de 11,2 millones de dólares que se incluyeron en la segunda certificación respecto de los que no se hace referencia a ningún soporte documental, se llega a un total de 71,1 millones de gastos cuya justificación no aparece suficientemente fundamentada. Estos 71,1 millones de dólares, representa el 29% del total de los fondos recibidos (248 millones). Además, se pagaron gastos devengados antes del 15 de octubre de 2001 y AIR COMET fue beneficiario de un pago de 1,5 millones por prestar una garantía para el suministro de combustible a ARSA.

c) Responsabilidad por contingencias

SEPI habría de responder frente a AIR COMET de las contingencias que pudieran surgir con posterioridad a la formalización del contrato referidas a INTERINVEST, ARSA y AUSTRAL cuando se acreditase que cumplían los siguientes requisitos:

- Que derivasen de reclamaciones de terceros por hechos anteriores a la formalización.

- Que no estuvieran suficientemente provisionadas en el balance cerrado a la fecha de la formalización.
- Que constasen en resolución administrativa o judicial firme. En el caso de medidas cautelares firmes de contenido económico, la responsabilidad de SEPI se manifestaría en la provisión de contragarantías en los supuestos en que AIR COMET se viese obligada a aportar alguna garantía económica para continuar o iniciar una acción judicial.

La responsabilidad por contingencias cesaría automáticamente en caso de pérdida de la mayoría de AIR COMET en INTERINVEST o de INTERINVEST en ARSA y AUSTRAL.

La responsabilidad de SEPI por contingencias duraría un año, plazo que se entendería de caducidad, salvo para las deudas tributarias y con la Seguridad Social, en las que la responsabilidad sería exigible hasta su prescripción legal, y para las deudas resultantes de reclamaciones administrativas, recursos o procesos judiciales que estuvieran en curso, en las que SEPI respondería cuando hubiera resolución firme o se alcanzase un acuerdo al que hubiera dado su consentimiento expreso.

Si en alguna de las contingencias provisionadas resultase una obligación de pago para INTERINVEST, ARSA o AUSTRAL inferior a la cantidad provisionada, AIR COMET debería reembolsar a SEPI la cantidad no utilizada.

SEPI respondería solo del 95% del importe de la reclamación, pero cifrando la responsabilidad máxima de AIR COMET en dos millones de dólares para el conjunto de las reclamaciones.

En el contrato se estableció un procedimiento que debería observar AIR COMET para que la garantía de SEPI fuera exigible. El incumplimiento por AIR COMET de cualquiera de las obligaciones de procedimiento “exoneraría a SEPI de toda responsabilidad respecto de la reclamación que se tratase”. Las obligaciones de carácter procedimental que asumió AIR COMET fueron las siguientes:

- a) AIR COMET tenía que notificar a SEPI las reclamaciones de forma inmediata en cuanto tuviera conocimiento de ellas, con remisión de todos los datos que pudieran tener incidencia en ellas y puesta a disposición de SEPI de cuantos documentos y antecedentes poseyera al respecto, junto con un informe con su opinión razonada sobre la procedencia y cuantía exacta de la reclamación.
- b) AIR COMET no debía realizar pago alguno de las cantidades reclamadas sin autorización expresa de SEPI.
- c) AIR COMET tenía que cumplir todas las instrucciones de SEPI en la formalización de la oposición a la reclamación y, en su caso, conferir los poderes necesarios a las personas que SEPI designase; y realizar aquellas actuaciones urgentes que fueran necesarias para reducir los daños y las que no pudieran posponerse por el carácter perentorio de los plazos y términos judiciales, todo ello con la debida diligencia y buena fe. El coste de avales, fianzas o depósitos, de la representación procesal y de la defensa legal serían por cuenta de SEPI.
- d) El allanamiento o conformidad con la reclamación debía decidirse previa y expresamente por SEPI para que pudiera exigirse la garantía.
- e) En las reclamaciones en vía judicial o extrajudicial, recursos o procesos en curso a la fecha del contrato privado (2 de octubre de 2001) AIR COMET quedaba obligada a comunicar a SEPI de forma inmediata cualquier incidencia que se produjese, a cumplir sus instrucciones y a otorgar los poderes necesarios a las personas que designase SEPI para realizar cualquier gestión judicial o extrajudicial.

- f) AIR COMET tenía que notificar a SEPI de forma inmediata cualquier resolución administrativa, arbitral o judicial que pusiera término a los procesos o reclamaciones. Las correspondientes cantidades serían abonadas por SEPI en el plazo de 2 meses a partir de la notificación.
- g) En el caso de que las partes de este contrato no alcanzasen un acuerdo sobre la cantidad a abonar o sobre la procedencia de la reclamación, la discrepancia sería resuelta mediante arbitraje, en los términos que se definen en el contrato (arbitraje de derecho, en Madrid, costas a partes iguales, laudo obligatorio, etc.).

Por otra parte, en el acta del Consejo de Administración de SEPI de 21 de junio de 2002, se recoge la existencia de un acuerdo con AIR COMET para establecer un procedimiento de mediación para solventar las diferencias interpretativas que habían surgido en cuestiones como el balance de transferencia, ajustes, contingencias, etc. Este proceso de mediación se resolvió el 24 de julio de 2002 adoptando las partes los siguientes acuerdos en relación con las contingencias:

1 .- Definir el concepto “contingencia” como “la responsabilidad del vendedor derivada de reclamaciones de terceros por hechos, actos o contratos (el contrato sólo menciona hechos) anteriores a la formalización, bien puestas de manifiesto con posterioridad por el inicio de un procedimiento o reclamación, o bien por existir una reclamación en curso en el momento de la formalización, siempre que esta responsabilidad no esté provisionada o esté insuficientemente provisionada en los balances de transferencia (recogidos los ajustes resultantes del Acuerdo de Mediación) y una vez que la contingencia constase en resolución judicial o administrativa firme o se derivase de la adopción de medidas cautelares firmes de contenido económico en los términos previstos en el contrato”. La definición, muy similar a la incluida en el contrato de venta, únicamente tiene en cuenta a efectos del balance de transferencia los ajustes derivados del Acuerdo de Mediación.

Al acuerdo de mediación se adjuntó una serie de anexos con reclamaciones frente a ARSA y a AUSTRAL de naturaleza civil, laboral impositiva etc. que a efectos de la responsabilidad de SEPI por contingencias se consideran como “procedimientos en curso a la fecha de la formalización”.

2.- Considerar como “reclamación en curso” el concurso de acreedores en el que se encontraba ARSA y todas sus incidencias a los efectos de la duración de la responsabilidad de SEPI, que en este caso se extendería hasta que recayese la resolución que pusiera fin a la verificación de créditos que contempla la ley concursal argentina (Resolución de Verificación). Y en relación con el concurso, considerar “contingencia” a la diferencia en exceso entre el importe consignado para cada acreedor en la lista provisional presentada al inicio del procedimiento concursal y el importe que fuese objeto de reconocimiento judicial.

Una vez recaída la Resolución de Verificación, SEPI debería abonar a AIR COMET, en el plazo de dos meses desde que le fuese reclamado, el 25% del exceso de dichos créditos y si la quita finalmente aprobada en el concurso fuera inferior al 75%, abonaría con posterioridad la cantidad restante del exceso minorada con la quita realmente aprobada para cada crédito.

Para que en estos casos procediera el pago de la contingencia AIR COMET debería acreditar que la deuda no se había satisfecho por aplicación de las cantidades dadas por SEPI para la cancelación de pasivos (300 millones de dólares), para la financiación del Plan Industrial (248 millones de dólares) o por ajustes del balance de transferencia (205 millones de dólares), a cuyos efectos bastaría con una certificación del Auditor de ARSA y AUSTRAL referida expresamente a estos extremos.

3.- Aprobar unas normas de Procedimiento que, en términos generales, precisaban las ya establecidas en el contrato atendiendo a la situación concursal de ARSA. Se concretaban los plazos para que AIR COMET remitiese información detallada sobre los procedimientos en curso y reclamaciones fiscales y se contemplaba el otorgamiento de poderes a representantes de SEPI por parte de ARSA y AUSTRAL para que pudieran personarse en los procedimientos y recabar toda la información que precisasen, para negociar las deudas fiscales etc.

De acuerdo con un informe elaborado por SEPI con fecha 16 de junio de 2004, desde la formalización del contrato de venta, el 15 de octubre de 2001, hasta el mes de julio de 2002 AIR COMET incumplió el procedimiento sobre notificación y verificación de contingencias establecido en el contrato y no remitió a SEPI notificación alguna relativa a posibles contingencias. Posteriormente, una vez constatado por las partes que existían diferencias sobre la interpretación del Contrato, se llegó al acuerdo de mediación de 24 de julio de 2002 que queda transcrito; pero todos los plazos y reglas procedimentales volvieron a ser incumplidas por AIR COMET, que trató de sustituir los procedimientos acordados por actuaciones no previstas en el contrato ni en el acuerdo de mediación (como la remisión de fichas resumen por cada contingencia o de determinadas certificaciones, etc.) postura ésta que no fue admitida por SEPI, como advirtió reiteradamente a AIR COMET.

En el mes de marzo de 2004 AIR COMET realizó una notificación en bloque de un número significativo de hipotéticas contingencias de las que se podía extraer que la cantidad reclamada a esa fecha por este concepto podía ascender aproximadamente a 368,2 millones de pesos argentinos, de los que 320 millones corresponderían a reclamaciones de naturaleza tributaria y 48,2 millones a

reclamaciones de naturaleza no tributaria, siendo probable que AIR COMET no limitara el importe de su petición a esa cantidad.

Según el Informe elaborado por SEPI en junio de 2004, el análisis de la documentación que esta Entidad había recibido puso de manifiesto lo siguiente:

- a).- AIR COMET había realizado en muchas ocasiones pagos que SEPI no había autorizado previamente y que ahora reclamaba a SEPI.
- b).- Algunas resoluciones firmes habían sido notificadas a ARSA o a AUSTRAL en fechas muy anteriores (en algunos casos años atrás), sin que hubiesen sido comunicadas en tiempo a SEPI.
- c).- En prácticamente todas las reclamaciones se habían evacuado importantes trámites administrativos o procesales sin conocimiento alguno de SEPI, por lo que ésta no había tenido oportunidad de examinar el asunto, impartir instrucciones o asumir la defensa ni de verificar en tiempo oportuno la corrección de su defensa jurídica.
- d).- AIR COMET se había allanado en determinados procedimientos y procesos laborales o tributarios sin que previa y expresamente hubiese sido autorizado por SEPI.
- e).- Las reclamaciones tributarias habían ido devengando unos intereses de demora en cuantía muy significativa (3% mensual) cuyo importe pretendía AIR COMET que fuera satisfecho por SEPI, a pesar de su comunicación tardía.
- f).- En otros casos, AIR COMET, sin haber sido autorizado por SEPI, había solicitado y obtenido el aplazamiento de pago de ciertas deudas tributarias reconocidas por ella (también sin autorización previa), con la consiguiente obligación de pago de intereses.

Este incumplimiento por AIR COMET del procedimiento establecido en el contrato, reconocido por SEPI en su informe, afectaría a la práctica totalidad de las contingencias y podría haber dado lugar a que SEPI se entendiese liberada de toda responsabilidad en todas ellas al estar así pactado expresamente en el contrato de venta. Sin embargo, según el Informe de SEPI, sus servicios jurídicos contemplaban también la posibilidad de entender que se trataba de un incumplimiento defectuoso o simple retraso y que cabría admitir un cumplimiento tardío por parte de AIR COMET; y desde esta perspectiva, SEPI no tendría que responder de los intereses devengados por las contingencias desde la fecha de vencimiento de los plazos de notificación fijados en la Resolución de Mediación, pero sí de todo lo demás.

Esta última interpretación no parece ni fundada ni razonable habida cuenta del tipo de incumplimientos en los que había incurrido el comprador (realizar pagos, allanamientos, evacuación de trámites importantes, etc. sin conocimiento y autorización de SEPI) que habían situado a SEPI en una posición de absoluta indefensión frente a las reclamaciones cuyo pago se pretendía que asumiese; sin que quepa limitar la cuestión simplemente al pago de los intereses devengados por un retraso en las notificaciones. Es sin duda un incumplimiento total de las garantías establecidas en el contrato de venta a través de la determinación de un procedimiento que permitiera a SEPI dirigir o asumir directamente la defensa de las reclamaciones de las que se hacía responsable.

SEPI ha manifestado en sus alegaciones que *“en ningún momento el servicio jurídico de SEPI ha considerado que podría admitirse un incumplimiento tardío”*. Sin embargo en el Informe de servicio jurídico de SEPI de 16 de junio de 2004 se establece que *“...surge el problema jurídico de determinar cuáles son las consecuencias jurídicas de la omisión por el comprador del procedimiento de notificación y verificación de las contingencias estipulado. Cabe dos posibles*

soluciones en nuestro derecho: - Entender que dicha omisión equivale a un incumplimiento total o definitivo del procedimiento... - Entender que se trata de un cumplimiento defectuoso o simple retraso... Las consecuencias jurídicas que se derivan de acogerse a una u otra interpretación son radicalmente diferentes y su trascendencia, dado el volumen de posibles contingencias afectadas, también”.

En el citado informe de SEPI de junio de 2004 se concluye haciendo la consideración de que antes de denegar, reconocer o pagar cualquier posible contingencia, lo prudente sería acudir al procedimiento arbitral de resolución de conflictos previsto en la propia cláusula de contingencias del Contrato, a fin de que el Arbitro designado resolviera en Derecho la cuestión sobre las consecuencias que ha de tener el incumplimiento por el comprador del procedimiento establecido en el contrato y en la Resolución de Mediación.

SEPI ha aportado con sus alegaciones copia de una carta remitida a AIR COMET el 26 de octubre de 2004 en la que concluye que *“SEPI ha podido comprobar que no se ha notificado con la necesaria inmediatez las resoluciones administrativas, arbitrales o judiciales, ni las incidencias acaecidas en los distintos procedimientos y que, en numerosas ocasiones, se han concluido transacciones, realizado pagos o firmado regularizaciones voluntarias sin previa autorización nuestra. Por todo ello, SEPI lamenta comunicarle su imposibilidad de atender las reclamaciones que ustedes formulan”.* A esta carta respondió AIR COMET el 8 de noviembre de 2004 con otra que también ha aportado SEPI con sus alegaciones, en la que muestra su disconformidad y propone sustituir el sistema de resolución de controversias previsto en el contrato. Ello dio lugar a que con fecha 16 de mayo de 2005 SEPI y AIR COMET firmaran un Convenio arbitral que recoge esta modificación, cuya copia también ha acompañado SEPI con sus alegaciones. En este Acuerdo de 16 de mayo de 2005 se sustituyó el arbitraje unipersonal previsto en el contrato por un sistema

de arbitraje basado en un órgano colegiado integrado por tres árbitros, uno nombrado por cada parte y un tercero nombrado por los otros dos árbitros de común acuerdo, y se estableció un procedimiento único para resolver todas las reclamaciones presentadas por el comprador.

SEPI dotó en el año 2001, con motivo de la enajenación de las acciones de INTERINVEST, una provisión por importe de 93.000 millones de pesetas (558,9 millones de euros) que cubría parte de los desembolsos de fondos que debía realizar según el contrato (187 millones de dólares que representaban 35.305 millones de pesetas) y una estimación sobre posibles contingencias jurídicas y fiscales por valor total de 57.695 millones de pesetas. Los 187 millones de dólares destinados a pagos derivados del contrato debían cubrir 120 millones para la implantación del Plan Industrial y el resto, 67 millones, los desembolsos que se originasen como consecuencia de las desviaciones encontradas en los balances de transferencia de ARSA, AUSTRAL e INTERINVEST. Las desviaciones de los balances de transferencia ocasionaron finalmente una responsabilidad para SEPI de 205 millones de dólares, sin que se aumentara el saldo de la provisión a pesar de existir un defecto de 138 millones de dólares en los cálculos efectuados. El saldo vivo que permanecía provisionado para cubrir posibles contingencias ascendía a 31 de diciembre de 2003 a 231,5 millones de euros, habiéndose destinado el resto, 327,4 millones de euros, a cubrir pagos derivados del contrato de venta.

En el Informe global sobre la revisión de las cuentas anuales del 2003, remitido por SEPI a la IGAE el 4 de mayo de 2004, se pone de manifiesto que de momento resultaba imposible estimar la responsabilidad que SEPI había de asumir por contingencias derivadas de esa privatización, considerando de manera estimativa que podría alcanzar las cantidades que se tenían provisionadas, por lo que se

recomendaba tener en cuenta tales datos en orden a dotar la provisión de ese ejercicio.

SEPI ha puesto de manifiesto al respecto en sus alegaciones que *“sigue manteniendo una provisión contable para cubrir una posible responsabilidad por contingencias. ... la formulación por AIR COMET de una demanda arbitral parece ineludible y el riesgo de un laudo estimatorio, o al menos parcialmente estimatorio se considera significativo. ... Lo dicho debe ser entendido sin perjuicio de que SEPI defiende y defenderá con rotundidad que hay base legal suficiente para poder ganar el litigio.”*

d) Responsabilidad por las desviaciones de Activo y Pasivo de ARSA y AUSTRAL y por las diferencias de Patrimonio Neto de INTERINVEST.

SEPI había de responder ante AIR COMET de las desviaciones del Activo y Pasivo de ARSA y AUSTRAL que pudieran existir desde el 31 de julio de 2001 (fecha de cierre del balance que se adjuntó al contrato y que fue aceptado expresamente por AIR COMET) hasta la fecha de elevación a instrumento público de la operación de venta, que tuvo lugar el 15 de octubre de 2001.

El Auditor de ARSA y AUSTRAL debería elaborar un balance cerrado a 15 de octubre de 2001, verificar la diferencia con los activos y pasivos cerrados a 31 de julio, notificar los resultados de la verificación a las partes y certificar la diferencia entre los activos y los pasivos de los balances a comparar.

SEPI y AIR COMET se indemnizarían respectivamente por las diferencias que resultaran siempre que fueran superiores a 25 millones de dólares y sólo por el importe del exceso.

Las cantidades que obtuviera AIR COMET como ajustes de balance deberían destinarse al pago de los pasivos de ARSA y AUSTRAL que no hubieran quedado cubiertos con la cantidad de 300 millones de dólares entregada por SEPI a la formalización del contrato con esta misma finalidad. A estos efectos, la cantidad que resultase quedaría ingresada en una cuenta bloqueada a nombre de INTERINVEST y la cantidad a liberar por cada uno de los pagos sería la que se presentase como definitiva para cada acreedor por AIR COMET. Ambas partes debían acordar un procedimiento para la liberación de fondos contra esa cuenta antes de la elevación a público del contrato.

Por otra parte, SEPI asumía a su cargo el pasivo exigible de INTERINVEST reflejado en el balance cerrado a 30 de junio de 2001 que se adjuntaba al contrato.

Además, SEPI respondía frente a AIR COMET de las desviaciones de patrimonio neto de INTERINVEST que pudieran existir desde el 30 de junio de 2001 (fecha de cierre del balance que a estos efectos se adjunta al contrato) hasta la elevación a público de la venta. Para hacer efectiva esta garantía el Auditor debía elaborar un balance cerrado a 15 de octubre de 2001 que sería objeto de las mismas verificaciones que los balances a la misma fecha de ARSA y AUSTRAL y notificárselo a las partes certificando las diferencias encontradas. Para el pago de las diferencias en este caso no se establecía ninguna franquicia.

Las cantidades obtenidas por AIR COMET deberían destinarse igualmente a la cancelación de pasivos de ARSA y AUSTRAL, quedando ingresadas en una cuenta bloqueada cuya liberación seguiría el mismo procedimiento.

Los balances de transferencia cerrados a 15 de octubre de 2001 de ARSA y AUSTRAL, que fueron presentados a SEPI el 18 de febrero de 2002 junto con el informe complementario del auditor, ponían de manifiesto unas diferencias de patrimonio neto de 423,5 millones de dólares con respecto a los que se adjuntaban al contrato cerrados a 31 de julio de 2001. Estas diferencias quedaron finalmente minoradas en la resolución de 24 de julio de 2002 por la que se puso término al proceso de mediación iniciado entre SEPI y AIR COMET con esta finalidad, en la que ambas partes acordaron “determinar como susceptibles de pago en concepto de ajustes a los balances de transferencia de ARSA y AUSTRAL, y una vez deducida la franquicia de 25 millones de dólares establecida en el contrato, únicamente 205 millones de dólares”. Acordaron, asimismo, que este importe debería ser destinado por AIR COMET, de conformidad con lo previsto en el Contrato de venta formalizado el 15 de octubre de 2001, al pago de “pasivos/deudas” de ARSA, AUSTRAL o INTERINVEST y que la cantidad a aportar por SEPI de 205 millones de dólares quedaría ingresada en una cuenta bloqueada a nombre de INTERINVEST, cuya disposición se realizaría según el siguiente procedimiento: a) tras el ingreso inicial, AIR COMET podría disponer de la cantidad de 30 millones; b) una vez que AIR COMET hubiera gastado la cifra inicial, presentaría a SEPI una certificación del auditor de ARSA y AUSTRAL acreditativa de los pagos realizados y de que se habían aplicado a la extinción de cualquier deuda o pasivo de ARSA, AUSTRAL o INTERINVEST; c) las seis disposiciones sucesivas (cinco de 30 millones y una sexta de 25 millones) exigirían siempre la aplicación del mismo procedimiento y acreditación.

Incluir el pago de pasivos de INTERINVEST en el Acuerdo de Mediación supuso una nueva modificación respecto al Contrato de venta, que solo contemplaba el pago de pasivos de ARSA y AUSTRAL. En el contrato de enajenación de las acciones de INTERINVEST, elevado a público el 15 de octubre de 2001, SEPI asumió todo el

pasivo exigible de esa Sociedad a 30 de junio de 2001 y las desviaciones de patrimonio neto desde esta fecha hasta el 15 de octubre de 2001. De acuerdo con el balance cerrado a 30 de junio de 2001 de INTERINVEST que se adjuntó al contrato de venta, el pasivo exigible ascendía a 50,1 millones de dólares y correspondían a un pagaré que ANDES HOLDING tenía frente a INTERINVEST suscrito el 23 de octubre de 1998 con vencimiento el 23 de octubre de 2018. Este pagaré fue cedido por ANDES HOLDING (que se encontraba ya en liquidación) a SEPI mediante acuerdo formalizado el 11 de diciembre de 2000 como pago parcial del Préstamo Subordinado, destinándose por SEPI a la cancelación de parte de los intereses del préstamo. El pagaré fue posteriormente aportado por SEPI a INTERINVEST como “aporte irrevocable” el 4 de octubre de 2001, es decir, después de suscrito el contrato privado de venta de las acciones con AIR COMET (el 2 de octubre de 2001) y antes de su elevación a público, con lo que el pasivo exigible de INTERINVEST recogido en el balance cerrado a 30 de junio de 2001 quedó cancelado.

El 3 de agosto de 2001, los bancos ABN AMRO/BBVA/CITIBANK concedieron un crédito a corto plazo a INTERINVEST por importe de 27 millones de dólares que estaba garantizado por SEPI y que fue cancelado en noviembre de 2001 con cargo a los 300 millones aportados por SEPI para el pago de pasivos.

A primeros de octubre de 2001, poco antes de su enajenación, SEPI concedió a INTERINVEST un crédito de 50 millones de dólares que debería estar recogido en el balance cerrado a 15 de octubre y representar una diferencia respecto al cerrado a 31 de junio, pero nada se manifestó al respecto en el Acuerdo de Mediación; únicamente se introduce la novedad de pagar también los pasivos de INTERINVEST con cargo a los fondos que debía aportar SEPI por este concepto. Este crédito había sido parcialmente cancelado (en 21,9 millones de dólares de principal y 38.500 dólares de intereses) el día 16 de octubre de 2001 (un día después de la elevación a

público del contrato de venta) mediante una transferencia bancaria desde una cuenta de titularidad de INTERINVEST; y el 17 de junio de 2002 se pagó parte de los intereses devengados por este crédito, 743.300 dólares, con cargo a los 300 millones aportados por SEPI para la asunción de pasivos. El 24 de junio de 2002, fecha en la que se firmó el Acuerdo de Mediación, su saldo pendiente ascendía a 28,1 millones de dólares de principal más 252.907 dólares de intereses y, cuando SEPI realizó el traspaso a la cuenta bloqueada de la cantidad acordada en el Acuerdo de Mediación, retuvo el importe pendiente y el crédito quedó cancelado en esa misma fecha.

SEPI ha manifestado en alegaciones que, aunque efectivamente el Acuerdo de Mediación de 24 de julio de 2002 supuso una modificación del contrato, *“no supuso para SEPI desembolso adicional sobre el previsto en el contrato”* y que *“la inclusión en el Acuerdo de Mediación de los pasivos de INTERINVEST... permitió recuperar a SEPI... una cantidad de 28,1 millones de dólares de principal más 252.597 dólares de intereses que, en otro caso, SEPI tendría que haber reclamado a INTERINVEST”*.

Además, con cargo a los fondos derivados de la responsabilidad de SEPI por desviaciones de balance de transferencia también se canceló un pagaré emitido por ARSA el 29 de noviembre de 2001 por importe de 1,5 millones de dólares y vencimiento el 15 de marzo de 2002. Este pagaré fue librado para pagar los intereses vencidos y líquidos del crédito concedido por los bancos ABN AMRO, CITIBANK y BBVA el 6 de marzo de 2001 por importe de 190 millones de dólares (uno de los pasivos seleccionados en el contrato para ser asumidos por SEPI con el desembolso anterior de 300 millones de dólares) más aquellos intereses que se devengarán hasta la fecha de vencimiento del pagaré. Se encontraba garantizado por INTERINVEST que, a su vez, mandata a SEPI para que, en el caso de que resultasen incumplidas sus obligaciones como garante, pagara la deuda reteniendo

la cantidad necesaria de aquella que resultase a su favor por el concepto de “ajustes de balance”, mandato que fue aceptado expresamente por SEPI.

En definitiva, estas dos circunstancias determinaron que la cantidad finalmente abonada por SEPI en la cuenta bloqueada de INTERINVEST por el concepto de ajustes de balance fuera, no 205 millones de dólares, sino 175,2 millones, produciéndose el ingreso el 4 de septiembre de 2002.

En cuanto a qué deudas o pasivos a cancelar se refiere el Acuerdo de Mediación de 24 de junio de 2002, en el Acuerdo no se indica ninguna fecha de cierre para determinar las deudas o pasivos a cancelar con la cantidad abonada en concepto de ajustes de balance, pero en él se hace referencia expresa a las cláusulas undécima y duodécima del Contrato de venta elevado a público el 15 de octubre de 2001 que literalmente establecen que “las cantidades obtenidas por el Comprador como ajustes de balance (tanto en el caso de ARSA y AUSTRAL, como en el de INTERINVEST) deberán destinarse al pago de los pasivos de ARSA y AUSTRAL que no hayan quedado cubiertos por la cantidad de 300 millones de dólares aportada según lo dispuesto en la estipulación novena”. A su vez, la estipulación novena se refería a la cancelación de pasivos exigibles de ARSA y AUSTRAL según balance cerrado a 31 de julio de 2001. Luego, teniendo en cuenta que el Acuerdo de Mediación se refiere al balance de transferencia cerrado a la fecha de elevación a público del Contrato de venta, 15 de octubre de 2001, y sus diferencias con el balance cerrado a 31 de julio de 2001, ha de entenderse que los pasivos y deudas a cancelar son los reconocidos en el balance de transferencia, de 15 de octubre de 2001, realizado según los ajustes resultantes del acuerdo de Mediación.

Con arreglo a esta interpretación carece de fundamento que con cargo a estos fondos se asumiera la cancelación del pagaré librado por ARSA el 29 de noviembre

de 2001 que se encontraba garantizado por INTERINVEST. Sin embargo, no fue éste el criterio seguido por SEPI, que consideró que, al no especificarse en el Acuerdo de Mediación la fecha de cierre de los balances para determinar las deudas o pasivos a cancelar, la cantidad aportada podía destinarse al pago de deudas o pasivos futuros aún no registrados en los estados contables de ARSA, AUSTRAL e INTERINVEST el 15 de octubre de 2001 (incluso ni siquiera tendrían que estar reconocidos como tales a la fecha en que se firmó el Acuerdo de Mediación, 24 de julio de 2002). En definitiva, según manifiesta SEPI, la cantidad aportada, que tuvo su origen en las desviaciones de pasivos encontradas en el balance de transferencia, no tenía porqué aplicarse al pago de deudas anteriores al 15 de octubre de 2001 y podía destinarse a cualquier obligación de pago de ARSA, AUSTRAL e INTERINVEST ya que dichas obligaciones, de no ser atendidas, se convertirían inmediatamente en deudas o pasivos.

De hecho, el Auditor ha expedido tres certificaciones con fechas de 26 de mayo y 19 de septiembre de 2003 y 5 de mayo de 2004 justificando la aplicación de tres disposiciones por este concepto de la cuenta bloqueada a nombre de INTERINVEST de 30 millones de dólares cada una. En ellas el Auditor certifica que los pagos realizados por ARSA, AUSTRAL e INTERINVEST detallados en los anexos son elementos acreditativos de la extinción de las deudas o pasivos de INTERINVEST, ARSA y AUSTRAL relacionados en tales anexos. Sin embargo, en el detalle de los pagos únicamente consta la fecha de pago y la fecha de “documento o factura” por lo que no se puede deducir de los anexos la fecha de origen de la deuda. Además, los pagos son similares a los realizados en aplicación de los 248 millones de dólares que recibió el comprador para la implantación del Plan Industrial, es decir, prestación de servicios, cuotas de leasing, sueldos, honorarios profesionales, etc., incluso anticipos por suministros de combustible, estos últimos por importe de 18,3 millones

de dólares que en términos relativos representan un 20% del total de los fondos recibidos.

SEPI ha manifestado en alegaciones que *“cada vez que se ha incluido un anticipo en una certificación correspondiente a los ajustes al Balance de Transferencia, ha exigido escritos adicionales del Auditor indicando la existencia de facturas o documentos que justificaran el devengo”* pues considera que *“los desembolsos debían corresponderse con extinción de deudas y para que exista una deuda debe haberse devengado un gasto”*, aportando con sus alegaciones cartas remitidas a estos efectos por el Auditor. Sin embargo, por las razones que se exponen en el Informe, las cantidades que SEPI entregó por ajustes del balance de transferencia deberían haberse destinado a cancelar deudas de ARSA y AUSTRAL registradas en dicho balance y no, como alega SEPI a cualquier deuda o pasivo con independencia de su fecha de devengo. Además, respecto a los pagos que no se hicieron por el sistema de anticipos, al no haber realizado SEPI ninguna comprobación adicional y no especificar el auditor en sus certificaciones la fecha de devengo del gasto, difícilmente podía tener conocimiento SEPI de que era un *“gasto ya devengado”* y por tanto, que *“exista una deuda”*, lo que lleva a concluir que aquellas certificaciones ni siquiera eran suficientes para acreditar que se habían extinguido deudas de las Sociedades, *“cualquiera que fuera su fecha de devengo”*, como defiende SEPI.

A la fecha de finalización de los trabajos de fiscalización estaba pendiente de recibirse la certificación acreditativa de la última disposición de 30 millones de dólares y se encontraban pendientes de disposición 55,2 millones de dólares de la cuenta bloqueada.

En definitiva, como síntesis de los hechos relacionados con la venta de INTERINVEST al sector privado realizada por SEPI y ateniéndonos a las incidencias

de mayor relevancia entre las expuestas en este apartado, cabe poner de manifiesto lo siguiente:

El 17 de agosto de 2001 la Asamblea General de ARSA acordó la suspensión de pagos de la Compañía y SEPI decidió vender ARSA y AUSTRAL. De las ofertas presentadas, SEPI consideró que la más ventajosa era la de AIR COMET, S.A., Sociedad privada perteneciente al Grupo MARSANS, porque liberaba a SEPI de riesgos futuros, ofrecía garantías financieras suficientes y presentaba un plan industrial que se entendía ambicioso. El contrato privado de venta se firmó el 2 de octubre de 2001, elevándose a público el siguiente día 15. El análisis de la ejecución del contrato de venta de INTERINVEST a AIR COMET, ha puesto de manifiesto, como circunstancias más relevantes, las siguientes:

- AIR COMET no ha llegado a acreditar el cumplimiento del compromiso de incorporar 23 aviones a la flota existente en el plazo de 38 meses y SEPI tampoco le ha exigido el pago de los 2 millones de dólares con que estaba penalizado este incumplimiento; y, en cuanto a la obligación de realizar una ampliación de capital en ARSA de 50 millones de dólares, AIR COMET la cumplió con 7 meses de retraso (el contrato establecía un plazo máximo de cuatro meses para subsanar el incumplimiento), sin que SEPI exigiera tampoco la aplicación de la cláusula penal correspondiente

- De los 300 millones de dólares aportados por SEPI a INTERINVEST, que según contrato debían destinarse por AIR COMET al pago de pasivos de ARSA, AUSTRAL o INTERINVEST, 273 millones fueron utilizados por AIR COMET para la compra de esos pasivos, quedando subrogada en la posición de acreedor frente a ARSA; todo ello con el consentimiento de SEPI, que incluso vendió a AIR COMET uno de sus propios créditos frente a ARSA. Los créditos debían haber sido aportados al capital

de ARSA el 26 de junio de 2003, desconociéndose en la actualidad el destino de aquellos.

- La aplicación de los 248 millones de dólares aportados por SEPI para que AIR COMET los destinara a la implantación del Plan industrial, que se emplearon fundamentalmente en el pago de gastos de funcionamiento de ARSA y AUSTRAL (a pesar de que en el Plan se contemplaban inversiones como la ampliación de flota y el establecimiento de rutas cuyo cumplimiento no ha sido acreditado debidamente por el comprador), se justificó por AIR COMET mediante unos documentos que presentan notorias deficiencias para acreditar el empleo de los fondos a los fines previstos en el contrato.

- Los 205 millones de dólares que SEPI abonó por ajustes de balance de transferencia, que según contrato debían destinarse al pago de deudas o pasivos de ARSA y AUSTRAL, se emplearon fundamentalmente en costear gastos de funcionamiento de ARSA, AUSTRAL e INTERINVEST, honorarios profesionales e incluso anticipos por suministro de combustible; y, aunque el Auditor certificó que se habían empleado en pagar deudas o pasivos de ARSA, AUSTRAL e INTERINVEST, los detalles que se acompañaron a las certificaciones no permiten conocer la fecha del origen del gasto. De los 205 millones, AIR COMET tiene pendiente de justificar la última disposición de fondos a su favor que SEPI e INTERINVEST realizaron por 30 millones de dólares; y están pendientes de autorizarse las dos últimas disposiciones por 30 y 25 millones cada una.

- AIR COMET está exigiendo a SEPI que asuma el pago de importantes cantidades por contingencias, pese a haber incumplido en la mayoría de los casos el procedimiento acordado por las partes para que esta responsabilidad fuera exigible a SEPI. Aunque SEPI no ha abonado todavía nada por este concepto, tiene dotada

una provisión al efecto de 231,5 millones de euros. Con fecha 16 de mayo de 2005, SEPI y AIR COMET suscribieron un convenio arbitral para resolver las controversias suscitadas en torno a la responsabilidad por contingencias.

III.6 RESUMEN DE LAS APORTACIONES DEL SECTOR PUBLICO ESPAÑOL RELACIONADAS CON SU PARTICIPACION EN EL GRUPO ARSA

En el mes de noviembre de 1990 IBERIA adquirió un 30% del capital de ARSA por 20 millones de dólares. En 1994 se constituyó INTERINVEST con un capital social de 12.000 dólares que fue adquirido íntegramente por IBERIA. En ese mismo año IBERIA amplió el capital de INTERINVEST en 462,4 millones de dólares para que adquiriera un 23,35% del capital de ARSA y suscribiera una ampliación de su capital por un total de 500 millones en la proporción suficiente para hacerse finalmente con una participación en ARSA del 53,35%. IBERIA también acudió a la ampliación de capital de ARSA aportando 147,7 millones de dólares para mantener su participación directa del 30%. El control por IBERIA de la mayoría del capital de ARSA le supuso, por tanto, unos desembolsos de 630,1 millones de dólares.

En ejecución del “Plan de Medidas de adaptación al nuevo entorno competitivo” elaborado por IBERIA y aprobado por la Comisión de la Unión europea, IBERIA realizó un saneamiento financiero de ARSA a finales de 1995 aportando para ello al capital de INTERINVEST 517,5 millones de dólares. En 1996 se constituyó ANDES HOLDING. TENEO suscribió el 42% de su capital por 513,8 millones de pesetas y asumió gastos derivados de su constitución por 2.408,9 millones de pesetas. Además, TENEO otorgó un préstamo a ANDES HOLDING de 205 millones de dólares. Por su parte IBERIA vendió a ANDES HOLDING las acciones de INTERINVEST cobrando, en dos plazos, un total de 386,4 millones de dólares y

registrando un crédito frente a la Sociedad holandesa de 135 millones de dólares correspondiente al precio de las acciones de AUSTRAL. La puesta en marcha del Plan de Medidas supuso, pues, en conjunto para IBERIA y TENE0 unos desembolsos netos de 2.922,7 millones de pesetas y 336,1 millones de dólares.

Durante la intervención de AMERICAN AIRLINES en la gestión de ARSA (desde octubre de 1998 hasta marzo de 2000) SEPI tuvo que cancelar deudas con ARSA por importe de 3.652 millones de pesetas y con INTERINVEST por 4,8 millones de dólares. Compró a IBERIA el crédito que tenía frente a ANDES HOLDING por 62 millones de dólares y amplió tres veces el préstamo que le había concedido a la Sociedad holandesa hasta un total de 180 millones de dólares para realizar una reposición patrimonial en ARSA y cancelar parte del principal e intereses del préstamo concedido a ANDES HOLDING por los socios privados. IBERIA durante este mismo periodo adquirió un 1,08% del capital de INTERINVEST por 382 millones de pesetas y participó en la misma reposición patrimonial de ARSA aportando a su matriz 10 millones de dólares. En definitiva, durante el tiempo que duró la gerencia de AMERICAN AIRLINES, SEPI e IBERIA realizaron unos desembolsos netos de 4.034 millones de pesetas y 194,8 millones de dólares.

Una vez sustituido por SEPI el equipo de gestión de ARSA, durante el periodo comprendido entre los meses de septiembre y noviembre del año 2000, SEPI amplió el préstamo otorgado a ANDES HOLDING en 257,9 millones de dólares para hacer una nueva reposición patrimonial en ARSA y cancelar parte del principal e intereses del préstamo otorgado por los socios privados, adquirió las acciones de INTERINVEST por 53 millones de dólares y realizó una aportación a su capital de 408,8 millones de dólares. En aquellos tres meses, por tanto, SEPI realizó desembolsos por un importe de 719,7 millones de dólares.

Por último, con motivo de la venta por SEPI a AIR COMET de INTERINVEST en el año 2001, SEPI realizó aportaciones de fondos a INTERINVEST por un importe de 803,2 millones de dólares, de los que 752,7 estaban destinados a su utilización por AIR COMET para la cancelación de pasivos del grupo aéreo argentino y la implantación de un Plan Industrial (de este importe, 55 millones se encuentran todavía en una cuenta bloqueada pendientes de utilizar). Además SEPI tiene dotada una provisión de 231,5 millones de euros para cubrir posibles contingencias derivadas de la privatización.

Teniendo en cuenta que, salvo lo cobrado por IBERIA en la desinversión del grupo aéreo argentino, ninguno de los demás desembolsos realizados por IBERIA y SEPI han sido recuperados, las cifras indicadas para cada periodo pueden considerarse como mínimas a efectos de identificar el coste real para el sector público de las actuaciones relacionadas con ARSA. (Anexo III)

IV. CONCLUSIONES

Primera. – En 1990, año en que tuvo lugar una importante crisis económica en el sector aéreo internacional como consecuencia de la Guerra del Golfo, IBERIA emprendió la estrategia de adquirir participaciones en Compañías aéreas Iberoamericanas para incrementar sus cuotas de mercado. En noviembre de 1990 IBERIA adquirió el 30% del capital de Aerolíneas Argentinas, S.A. (ARSA) por 20 millones de dólares, al haber adoptado el Gobierno argentino en el mes de julio el acuerdo de privatizar el 85% de la Compañía aérea; y en ese mismo año IBERIA se hizo con un 38% de LADECO, Compañía aérea de nacionalidad chilena.

La crisis en el sector aéreo se prolongó durante los años 1991, 1992 y 1993, años en los que ARSA tuvo importantes pérdidas. Ante esta situación IBERIA estimó necesario realizar una capitalización en ARSA y poner en marcha una serie de medidas para sanear esta Empresa.

Con esta finalidad en marzo de 1994, IBERIA y el Gobierno argentino, que en ese momento poseía el 33% de las acciones y trataba de no seguir financiando a la Compañía aérea argentina, firmaron un acuerdo en virtud del cual IBERIA pasó a asumir la gestión de ARSA y a controlar la mayoría de su capital a través de una Sociedad argentina denominada INTERINVEST participada íntegramente por IBERIA y realizó una capitalización en ARSA de 500 millones de dólares desembolsada fundamentalmente con créditos concedidos previamente por IBERIA a ARSA. A cambio, el Gobierno argentino se comprometió a privilegiar la actividad de ARSA defendiendo su carácter de línea de bandera y adoptando determinadas medidas de carácter regulatorio, compromisos todos ellos fundamentales para que IBERIA pudiese establecer una estimación sobre la rentabilidad futura de ARSA y adoptar una decisión sobre su adquisición. Esta operación supuso un coste para

IBERIA de 610,1 millones de dólares. ARSA era a su vez propietaria del 90% de AUSTRAL, otra Compañía aérea de nacionalidad argentina.

Los documentos aportados por SEPI e IBERIA relativos a las operaciones anteriormente descritas no incluyen estudios emitidos con anterioridad a la realización de la primera operación así como en relación con la posterior adquisición mayoritaria de las participaciones sociales de ARSA que analicen los riesgos, las ventajas y los inconvenientes de estas operaciones y que permitan proceder a una valoración de las mismas más amplia que la realizada sobre los documentos relacionados con los Consejos de Administración de IBERIA, INI y TENEO, con independencia del cumplimiento por parte de IBERIA de la legalidad a la que estaba sometida.

Segunda. – El objetivo perseguido por IBERIA de rentabilizar su inversión en ARSA no se alcanzó finalmente ya que, como consecuencia de las importantes pérdidas en que la propia IBERIA incurrió en los años 1992 y 1993, tuvo que pedir autorización a la Comisión de la Unión Europea para que su accionista, TENEO, realizara una ampliación del capital de IBERIA finalmente cifrada en 87.000 millones de pesetas. Esta ampliación se autorizó condicionada a una reestructuración profunda de las actividades de IBERIA que se definió en el “Programa de medidas de adaptación al nuevo entorno competitivo” elaborado y remitido a la Comisión europea por IBERIA. Por exigencias de la Comisión, IBERIA tuvo que incluir en el Programa la desinversión en las Compañías sudamericanas pues, dada la situación deficitaria en que se encontraba, se consideraban, a efectos de la autorización comunitaria, inversiones de riesgo. Esta desinversión se llevaría a cabo a través de una Sociedad holandesa denominada ANDES HOLDING participada mayoritariamente por capital privado, que debía vender las inversiones en las Compañías sudamericanas en el mercado en el plazo de tres años. El Gobierno español tuvo que comprometerse a

realizar esta operación de desinversión y a hacerla en condiciones de mercado a fin de que la Comisión autorizara la ampliación de capital en IBERIA.

El Plan contemplaba que IBERIA cobrara el precio por la venta de las acciones a ANDES HOLDING en dos plazos, uno a la firma del contrato y el segundo una vez que los socios privados de la Sociedad holandesa hubieran comprobado que IBERIA había realizado el saneamiento financiero previo de ARSA al que se había comprometido para posibilitar su venta a terceros. Este saneamiento financiero lo realizó IBERIA a finales de 1995, antes de que la Comisión aprobara la ampliación de capital a realizar por TENEO, aportando al capital de INTERINVEST 517,5 millones de dólares.

Tercera. – El 31 de enero de 1996 la Comisión de la Unión Europea aprobó el Plan de Medidas, autorizando así la ampliación de capital de IBERIA que debía llevar a cabo TENEO en dos tramos, uno de ellos nada más producirse la Decisión de la Comisión y el segundo una vez que IBERIA hubiera cobrado la segunda parte del precio por la venta de las acciones de INTERINVEST y LADECO.

El 1 de marzo de 1996 se constituyó ANDES HOLDING (en la que TENEO participaba con un 42% y Entidades financieras privadas con un 58%), se formalizó el contrato de venta de las acciones de INTERINVEST y LADECO entre IBERIA y ANDES HOLDING por un precio total de 387 millones de dólares más una cantidad adicional en concepto de intereses y el pago aplazado de los 135 millones de dólares en que se valoraban las acciones de AUSTRAL.

Para financiar el pago del precio ANDES HOLDING se endeudó en esa misma fecha, 1 de marzo de 1996, con sus socios por un importe total de 410 millones de dólares. La operación se instrumentó en dos Préstamos, uno Principal, de carácter

privilegiado, en el que participaban mayoritariamente los socios privados y otro de carácter Subordinado en el que participaba mayoritariamente TENEO.

Cuarta. - El 21 de mayo de 1996, una vez cobrada por IBERIA la primera parte del precio e inmediatamente antes de que ANDES HOLDING hiciera el segundo desembolso, los socios de ANDES HOLDING firmaron unos acuerdos que dieron lugar a que todo el riesgo financiero de la operación quedara asumido por TENEO, convirtiéndose en el único titular del Préstamo Subordinado y garantizando a los socios privados tanto el reembolso íntegro del Préstamo Principal como el resarcimiento de cualquier daño o perjuicio que pudiera ocasionarles su intervención en la operación. Una vez suscritos estos acuerdos, ANDES HOLDING realizó el segundo pago a IBERIA por las acciones de INTERINVEST y LADECO y TENEO pudo llevar a cabo el segundo tramo de la ampliación de capital en IBERIA.

Quinta. - El precio finalmente cobrado por IBERIA por la venta de las acciones de INTERINVEST y LADECO a ANDES HOLDING ascendió a 388,4 millones de dólares, suponiendo la operación una pérdida para IBERIA de 2.920 millones de pesetas y la aplicación de provisiones por valor de 63.015 millones de pesetas.

Sexta. - El plazo previsto en el Plan de Medidas para que ANDES HOLDING vendiera las acciones de INTERINVEST y LADECO comenzó el 1 de marzo de 1996 y vencía el 1 de marzo de 1999. Durante este periodo IBERIA recuperó y vendió las acciones de LADECO y, tras una serie de operaciones societarias, sustituyó su participación directa del 20% en ARSA por una participación del 10% en INTERINVEST.

Sólo se recibieron dos ofertas para la compra del Grupo argentino, apoyando SEPI la presentada por AMERICAN AIRLINES que, entre otros aspectos, era la que

contenía una valoración mayor del Grupo argentino, cifrada en 250 millones de dólares (menos del 50% del valor que se le había asignado cuando se vendió a ANDES HOLDING en 1996) con los que SEPI esperaba poder atender, al menos, los compromisos económicos asumidos con los socios privados de ANDES HOLDING. De acuerdo con la oferta presentada. La Compañía aérea norteamericana AMERICAN AIRLINES adquirió en 1998, a través de una filial denominada SC INVESTMENT, un 10% del capital de INTERINVEST y se hizo cargo de la gestión de ARSA y AUSTRAL comprometiéndose a poner en marcha un Plan de Negocio que posibilitara la venta de la totalidad de las acciones de INTERINVEST a terceros.

Llegado el 1 de marzo de 1999, no se había cumplido el objetivo de vender las acciones de INTERINVEST pues AMERICAN AIRLINES no se hizo cargo de la gestión de ARSA hasta octubre de 1998 por lo que SEPI acordó con los socios privados la permanencia de éstos en el capital de ANDES HOLDING, la prórroga de los Préstamos Principal y Subordinado y la renovación de los acuerdos suscritos el 21 de mayo de 1996.

Séptima. – A principios del año 2000 AMERICAN AIRLINES fue separada por SEPI de la gestión de ARSA y AUSTRAL por los malos resultados obtenidos y por considerar que su Plan de Negocio no era realista y no se había cumplido prácticamente en ninguno de sus grandes objetivos. Hasta esa fecha, SEPI, que seguía teniendo como objetivo prioritario colocar las acciones de INTERINVEST en el mercado privado y evitar su liquidación, estuvo soportando la mayor parte de los costes financieros del Grupo argentino, lo que hizo indirectamente mediante una ampliación del préstamo subordinado concedido a ANDES HOLDING por importe de 80 millones de dólares, destinada a la capitalización de créditos concedidos previamente por SEPI a ARSA y directamente mediante la concesión por SEPI a

ARSA de 40 millones de dólares en nuevos créditos. También durante este periodo hubo de renovarse dos veces más el préstamo principal y SEPI tuvo que asumir frente a los prestamistas privados el pago por ANDES HOLDING de parte del principal y de los intereses acumulados de la deuda principal, lo que hizo mediante sucesivas ampliaciones del préstamo subordinado hasta un total de 100 millones de dólares. Por su parte IBERIA colaboró al sostenimiento de los costes financieros del Grupo argentino con una aportación a su capital de 10 millones de dólares y con la concesión de créditos por valor de 5 millones; y en la misma cuantía colaboró AMERICAN AIRLINES.

También durante este periodo, en el mes de junio de 1999, SEPI adquirió de IBERIA por un precio de 62 millones de dólares el crédito que tenía frente a ANDES HOLDING por el aplazamiento de pago de las acciones de AUSTRAL que ascendía a 135 millones, contabilizándose el valor de esta deuda en los registros de SEPI únicamente por el importe del precio que había pagado por ella, lo que implicaba la condonación del resto de la deuda a ANDES HOLDING y la adquisición de una prenda sobre las acciones de AUSTRAL, acciones que SEPI ya se había comprometido a comprar en los acuerdos suscritos el 21 de mayo de 1996 que fueron renovados con cada renovación de los préstamos otorgados a ANDES HOLDING, eliminándose así, además, un crédito incobrable (pues los únicos recursos de ANDES HOLDING eran los aportados por SEPI en forma de préstamo) del activo de IBERIA.

Octava. – A principios del año 2000 SEPI nombró un nuevo equipo de gestores de ARSA y AUSTRAL y elaboró un “Plan Director” que pretendía alcanzar la rentabilidad de ambas Compañías en un plazo de tres años y que incluía una ampliación de capital en ARSA de 650 millones de dólares, pues SEPI seguía teniendo como objetivo prioritario sanear el grupo argentino para poder colocarlo en

el mercado privado. Este Plan debía ser aprobado por los otros dos accionistas de ARSA: el Gobierno argentino, del que se precisaba algunas modificaciones legislativas, y el grupo denominado Programa de Propiedad Participada perteneciente a los trabajadores, ya que incluía reducciones de plantilla y la modificación de Convenios Colectivos.

Novena. – Mientras se desarrollaban las negociaciones con el Gobierno argentino y los trabajadores SEPI siguió asumiendo los costes financieros del Grupo argentino y, dado que ARSA se encontraba incurso en causa de disolución desde el cierre del ejercicio 1999 debido a los malos resultados obtenidos por la gestión de AMERICAN AIRLINES, lo hizo a través de una nueva ampliación del Préstamo Subordinado mediante la que entregó a ANDES HOLDING 205,5 millones de dólares para que los destinara a realizar una capitalización en ARSA. Al tiempo de realizarse esa ampliación del Préstamo Subordinado SEPI entregó a ANDES HOLDING otros 52,4 millones de dólares más para que pagara parte del principal e intereses del préstamo otorgado por los Socios privados, ya que al vencer la última prorroga sólo accedieron a su renovación parcial. Los otros 3 millones de dólares necesarios para totalizar una capitalización de ARSA de 208,5 millones, que se instrumentó como aporte irrevocable, fueron aportados por SC INVESTMENT.

Décima. - El 15 de octubre de 2000, una vez alcanzado un acuerdo con el Gobierno argentino pero sin haber llegado todavía a ningún concierto con los trabajadores de ARSA, se acordó en su Asamblea General la aprobación de la ampliación de capital de 650 millones de dólares que incluía el Plan Director, dejando para una convocatoria posterior la discusión del Plan Director en sí mismo (con el que los trabajadores no habían mostrado su acuerdo).

Mientras transcurría el plazo establecido en la legislación mercantil argentina para la suscripción y desembolso de esta ampliación de capital, SEPI procedió a adquirir las acciones de INTERINVEST ya que venció la última prórroga del Préstamo Principal y SEPI se había comprometido, en los acuerdos suscritos el 21 de mayo de 1996 con los socios privados de ANDES HOLDING, que fueron sucesivamente renovados a partir de 1999, a adquirir las acciones de INTERINVEST al vencimiento del Préstamo Principal por un precio equivalente al saldo vivo de este préstamo más intereses y gastos. La adquisición se formalizó el 15 de noviembre de 2000, pagando SEPI 53 millones de dólares por las acciones y quedando cancelado de esta forma el Préstamo Principal.

En enero de 2001 INTERINVEST, propiedad ya de SEPI, suscribió el 85% de la ampliación de capital en ARSA de 650 millones, desembolsándolo con cargo al aporte irrevocable de 208,5 millones realizado con anterioridad y mediante la aportación de créditos frente a ARSA (313,6 millones de dólares) y efectivo (30,2 millones de dólares) que previamente le había sido aportado por SEPI en su capital social (SC INVESTMENT únicamente aportó un crédito frente a ARSA de 0,2 millones de dólares). El Gobierno argentino, por su parte, suscribió un 5% de la ampliación y los trabajadores finalmente no suscribieron ninguna acción por lo que su parte fue aportada como aporte irrevocable, para que no se diluyera su participación en el capital social, empleando para ello INTERINVEST 65 millones de dólares en efectivo recibidos también de SEPI.

Además SEPI realizó una reestructuración financiera de la deuda de ARSA, sustituyendo parte por otra nueva con un plazo de amortización superior y un coste inferior. Para ello formalizó en enero de 2001 una línea de crédito en nombre de ARSA con un grupo de bancos (ABN AMRO, BBV y CITIBANK) por un importe

máximo de 300 millones de dólares con “carta de conocimiento” de SEPI para cubrir el riesgo comercial y aval de SEPI para cubrir el riesgo país.

Décimo primera. - En el mes de mayo de 2001 todo el dinero aportado por SEPI en la ampliación de capital de ARSA se había empleado en soportar el déficit operativo de la Compañía, que se encontraba en una situación económica de deterioro absoluto y no se había conseguido llegar a ningún acuerdo con los sindicatos mayoritarios de la Empresa sobre la implantación del Plan Director, por lo que SEPI decidió desistir de su aplicación.

En agosto de 2001 la Asamblea General de ARSA acordó la suspensión de pagos y SEPI decidió que la operación más conveniente era vender INTERINVEST, publicándolo en diversos periódicos de ámbito nacional en Argentina y en España.

Se recibieron 16 ofertas, seleccionándose en un principio cuatro y de manera definitiva la oferta presentada por AIR COMET, Empresa perteneciente al grupo privado español MARSANS, por considerar que presentaba garantías financieras suficientes y un Plan Industrial ambicioso para poner en marcha la Compañía y que liberaba a SEPI de riesgos futuros; la selección de AIR COMET obtuvo un dictamen favorable del Consejo Consultivo de Privatizaciones. El contrato privado de venta se firmó el 2 de octubre de 2001, elevándose a público el siguiente día 15.

Por la operación de venta del Grupo argentino SEPI contabilizó unas pérdidas de 68.963 millones de pesetas y aplicó provisiones que afectaban a la cartera del Grupo por valor de 100.920 millones de pesetas.

Décimo segunda. – En el análisis de la ejecución del contrato de venta a AIR COMET se han observado las incidencias que se exponen en el texto del Informe, entre las que pueden destacarse las siguientes:

- AIR COMET no ha llegado a acreditar el cumplimiento del compromiso de incorporar 23 aviones a la flota existente en el plazo de 38 meses y SEPI tampoco le ha exigido el pago de los 2 millones de dólares con que estaba penalizado este incumplimiento.
- AIR COMET cumplió la obligación de realizar una ampliación de capital en ARSA de 50 millones de dólares con 7 meses de retraso (el contrato establecía un plazo máximo de cuatro meses para subsanar el incumplimiento), sin que SEPI exigiera la aplicación de la cláusula penal correspondiente.
- SEPI aportó 300 millones de dólares a INTERINVEST que según el contrato debían haber sido destinados al pago de pasivos. De este importe, 273 millones fueron utilizados por AIR COMET para la compra de esos pasivos, quedando subrogada en la posición de acreedor frente a ARSA para poder intervenir en el Concurso de acreedores de esta Sociedad; todo ello con el consentimiento de SEPI, que incluso vendió a AIR COMET uno de sus propios créditos frente a ARSA. AIR COMET se comprometió a capitalizar los créditos en ARSA en el plazo de seis meses desde que la Autoridad judicial argentina aprobara su propuesta de quita y espera, habiendo expirado el plazo el 26 de junio de 2003 sin que en la actualidad se conozca si han sido aportados al capital de ARSA.
- SEPI aportó otros 248 millones de dólares para que AIR COMET los destinara a la implantación del Plan industrial, que se emplearon fundamentalmente en el pago de gastos de funcionamiento de ARSA y AUSTRAL cuando el Plan

contemplaba, entre otros aspectos, inversiones como la ampliación de la flota y el desarrollo de nuevas rutas, extremos éstos cuyo cumplimiento no ha sido acreditado debidamente por el Comprador. Los documentos que AIR COMET remitió a SEPI como justificantes del empleo de estos fondos presentan notorias deficiencias para acreditar la aplicación de las sumas percibidas a los fines previstos en el contrato.

- SEPI abonó por ajustes de balance de transferencia otros 205 millones de dólares que según el contrato debían destinarse al pago de deudas o pasivos de ARSA y AUSTRAL y que se emplearon fundamentalmente en costear gastos de funcionamiento de ARSA, AUSTRAL e INTERINVEST, honorarios profesionales e incluso anticipos por suministro de combustible. De aquella cantidad, situada en una cuenta bloqueada, aún esta pendiente de justificación la última disposición de fondos por 30 millones de dólares y de autorizarse las dos últimas entregas por 30 y 25 millones cada una.
- AIR COMET está exigiendo a SEPI que asuma el pago de importantes cantidades por contingencias, pese a haber incumplido en la mayoría de los casos el procedimiento acordado por las partes para que esta responsabilidad fuera exigible a SEPI. Aunque SEPI no ha abonado todavía nada por este concepto, tiene dotada una provisión al efecto de 231,5 millones de euros. Con fecha 16 de mayo de 2005 SEPI y AIR COMET suscribieron un Convenio arbitral para resolver las controversias suscitadas en torno a la responsabilidad por contingencias.

Décimo tercera. - ANDES HOLDING entró en proceso de liquidación en el ejercicio 2000, después de vender a SEPI las acciones de INTERINVEST. Hasta el 23 de julio de 2002 el Consejo de Administración de SEPI no acordó aprobar en la Junta

General de ANDES HOLDING las Cuentas Anuales correspondientes a los ejercicios 1998, 1999, 2000 y 2001 que se encontraban pendientes de aprobar.

El 19 de diciembre de 2003 SEPI suscribió un acuerdo con la Sociedad nombrada liquidadora de ANDES HOLDING en virtud del cual renunciaba, como único acreedor de la Sociedad en liquidación, a la cantidad que se le adeudaba que ascendía a aquella fecha a 896,9 millones de dólares (el principal e intereses de los préstamos otorgados), y se comprometía a seguir pagando cualquier factura que se derivara de la liquidación de la Sociedad. Este último compromiso dio lugar a la asunción de gastos por parte de SEPI por importe de 112,5 miles de euros.

A 31 de diciembre de 2003 SEPI seguía teniendo registrado el valor de la cartera de ANDES HOLDING que ascendía a 3 millones de euros y se encontraba totalmente provisionado. De acuerdo con la información remitida por SEPI al respecto, el término de la liquidación de ANDES HOLDING y su baja en el Registro de Comercio e Industria de Ámsterdam se produjo a mediados del mes de diciembre de 2004.

Décimo cuarta .- En definitiva, teniendo en cuenta que, salvo lo cobrado por IBERIA en la desinversión del grupo argentino, ninguno de los demás desembolsos realizados por IBERIA y SEPI han sido recuperados, las cifras que se indican a continuación para cada periodo pueden considerarse como mínimas a efectos de identificar el coste real para el sector público de las actuaciones relacionadas con ARSA:

- El control por IBERIA de la mayoría del capital de ARSA le supuso unos desembolsos de 630,1 millones de dólares durante el periodo comprendido entre noviembre de 1990 y abril de 1994.

- La puesta en marcha del Plan de desinversión a través de ANDES HOLDING supuso, en conjunto para TENERO e IBERIA, unos desembolsos netos de 2.922,7 millones de pesetas y 336,1 millones de dólares durante el periodo comprendido entre diciembre de 1995 y noviembre de 1996.
- Durante el tiempo que duró la intervención de AMERICAN AIRLINES en ARSA (de diciembre de 1997 hasta marzo de 2000) SEPI e IBERIA realizaron unos desembolsos netos de 4.034 millones de pesetas y 194,8 millones de dólares.
- Durante el tiempo en que SEPI volvió a asumir la gestión de ARSA, entre los meses de septiembre y noviembre del año 2000, SEPI realizó unos desembolsos de 719,7 millones de dólares.
- Por último, con motivo de la venta del Grupo argentino por SEPI a AIR COMET, SEPI realizó unos desembolsos en INTERINVEST de 803,2 millones de dólares (de los que a 31 de diciembre de 2003 se encontraban todavía 55 millones en una cuenta bloqueada pendientes de aplicar por AIR COMET).

V. RECOMENDACIONES

Primera

SEPI en su actuación debería ajustarse a los términos concretos contenidos en las propuestas de privatización aprobadas por el Consejo de Ministros, dando cumplimiento a los trámites previstos en el acuerdo de 28 de junio de 1996 para llevar a cabo cualquier modificación de los compromisos establecidos con arreglo a la propuesta aprobada.

Segunda

SEPI debería exigir el estricto cumplimiento de los compromisos asumido por AIR COMET al adquirir INTERINVEST, S.A. que aún se encuentran pendientes de ejecución, teniendo en cuenta en todo caso la protección de los intereses económicos del sector público.

Tercera

Sería recomendable que en los procesos de privatización en que se asuman por las partes compromisos que hayan de cumplirse con posterioridad a la formalización del contrato de transferencia de las participaciones sociales, el Gobierno, de acuerdo con lo previsto en el apartado noveno, 1, B. del Acuerdo del Consejo de Ministros de 28 de junio de 1996, requiriese también la actuación del Consejo Consultivo de

Privatizaciones hasta que aquellos compromisos queden ejecutados en su integridad.

Madrid, 16 de marzo de 2006

EL PRESIDENTE

A handwritten signature in blue ink, consisting of several overlapping loops and a horizontal line extending to the right.

Fdo.: Ubaldo Nieto de Alba

ANEXOS

FECHA DE CONCESION POR SEPI A ARSA DE CREDITOS A C/P	IMPORTE EN M. DOLARES	MOTIVO DE SU CANCELACION	
Nov-98	25,0	Ampliación del P. Subordinado por SEPI en junio de 1999	
Nov-98	25,0		
Jul-99	15,3		
TOTAL	65,3		
Jun-99	16,0	Ampliación del P. Subordinado por SEPI en septiembre de 2000	
Nov-99	27,0		
Dec-99	45,0		
Dec-99	40,0		
Jan-00	30,0		
Jan-00	5,0		
Feb-00	25,0		
Feb-00	10,0		
Feb-00	7,5		
TOTAL	205,5		
Feb-00	4,5		Aportación por SEPI en INTERIN- VEST en noviembre de 2000 y de INTERINVEST en ARSA en enero de 2001
Mar-00	12,0		
Mar-00	10,0		
Mar-00	18,0		
Apr-00	18,0		
May-00	30,0		
May-00	10,0		
Jun-00	7,0		
Jul-00	10,0		
Jul-00	16,4		
Jul-00	70,0		
Sep-00	10,0		
Oct-00	15,0		
Nov-00	6,5		
Nov-00	15,5		
Dec-00	10,0		
Dec-00	20,0		
Jan-01	12,0		
intereses devengados	18,7		
TOTAL	313,6		

RESUMEN DE LAS APORTACIONES ANALIZADAS EN EL INFORME

CONCEPTO	M. PESETAS	M. DOLARES
ADQUISICIÓN POR IBERIA DE LA MAYORIA DEL CAPITAL DE ARSA (nov.90 - abr.94)		
IBERIA		630,1
EJECUCIÓN DEL PLAN DE MEDIDAS DE IBERIA (dic.95 - nov.96)		
SEPI	2.922,7	205,0
IBERIA		131,1
DURANTE LA INTERVENCION DE AMERICAN AIRLINES EN LA GESTION DE ARSA (dic.97 - mar.00)		
SEPI	3.652,0	246,8
IBERIA	382,0	- 52,0
ASUNCION POR SEPI DE LA GESTIÓN DE ARSA - PLAN DIRECTOR (sep.00 - nov.00)		
SEPI		719,7
VENTA DE INTERINVEST A AIR COMET (oct.01 - abr.03)		
SEPI		803,2
LIQUIDACION DE ANDES HOLDING (dic.03)		
SEPI		191,9
Provisión por contingencias dotada por SEPI (aún no aplicada) con motivo de la venta a AIR COMET	38.518,0 (231,5 M euros)	

Las cifras se refieren a millones de pesetas o dólares corrientes en el momento de realizarse las operaciones

IBERIA

FECHA	CONCEPTO	M.PESETAS	M.DOLARES
ADQUISICIÓN POR IBERIA DE LA MAYORIA DEL CAPITAL DE ARSA			
Nov-90	Adquisición del 30% de ARSA		20,0
Apr-94	Adquisición por INTERINVEST del 53,35% de ARSA		462,4
	Mantenimiento por IBERIA de su 30% en ARSA		147,7
EJECUCIÓN DEL PLAN DE MEDIDAS			
Dec-95	Reestructuración por IBERIA de ARSA		517,5
Mar-96	Cobro del primer plazo por la venta de acciones a ANDES HOLDING		- 202,3
May-96	Cobro del segundo plazo por la venta de acciones a ANDES HOLDING		- 184,1
DURANTE LA INTERVENCION DE AMERICAN AIRLINES EN LA GESTION DE ARSA			
Oct-98	Compra del 1,08% de INTERINVEST	382	
Jun-99	Compra por SEPI del crédito por las acciones de AUSTRAL		- 62,0
	Aportación al capital de INTERINVEST		10,0

Las cifras se refieren a millones de pesetas o dólares corrientes en el momento de realizarse las operaciones

SEPI (TENE0)

FECHA	CONCEPTO	M.PESETAS	M.DOLARES
EJECUCIÓN DEL PLAN DE MEDIDAS DE IBERIA			
marz,nov-96	Compra de las acciones de ANDES HOLDING	513,8	
	Gastos de constitución de ANDES HOLDING	2.408,9	
	Concesión del Préstamo Subordinado a ANDE HOLDING		205,0
DURANTE LA INTERVENCIÓN DE AMERICAN AIRLINES EN LA GESTIÓN DE ARSA			
Dec-97	Cancelación de deudas con ARSA	3.652,0	
	Cancelación de deudas con INTERINVEST		4,8
Jun-99	Ampliación del Préstamo Subordinado		80,0
	Compra del crédito de IBERIA frente a ANDES HOLDING		62,0
Oct-99	Ampliación del Préstamo Subordinado		44,3
Mar-00	Ampliación del Préstamo Subordinado		55,7
ASUNCIÓN POR SEPI DE LA GESTION DE ARSA- PLAN DIRECTOR			
Sep-00	Ampliación del Préstamo Subordinado		257,9
Nov-00	Compra de las acciones de INTERINVEST		53,0
	Aportación al capital de INTERINVEST		408,8
VENTA DE INTERINVEST A AIR COMET			
Oct-01	Aporte irrevocable en INTERINVEST		50,5
	Aporte irrevocable en INTERINVEST- Asunción de Pasivos		300,0
	Aporte irrevocable en INTERINVEST-Plan Industrial		128,0
mar02-abr03	Resto de pagos Plan Industrial		120,0
Sep-03	Cancelación de un préstamo otorgado a INTERINVEST		28,0
	Pago de pagaré de ARSA		1,5
	Pago por Ajustes de Balance de Transferencia		175,2
LIQUIDACIÓN DE ANDES HOLDING			
Dec-03	Intereses de los préstamos otorgados a ANDES HOLDING		191,9
Provisión por Contingencias dotada con motivo de la venta a AIR COMET (aún no aplicada)		38.518 (231,5 M euros)	

Las cifras se refieren a millones de pesetas o dólares corrientes en el momento de realizarse las operaciones