

III. OTRAS DISPOSICIONES

CORTES GENERALES

- 220** *Informe elaborado por el Tribunal de Cuentas en relación a la fiscalización sobre la situación a 31 de diciembre de 2006 de los compromisos establecidos en el contrato de compraventa de Interinvest, S.A., suscrito entre Sepi y Air Comet, S.A.*

La Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas ha examinado en su sesión del día 28 de octubre de 2009, el Informe elaborado por el Tribunal de Cuentas en relación a la fiscalización sobre la situación a 31 de diciembre de 2006 de los compromisos establecidos en el contrato de compraventa de Interinvest, S. A., suscrito entre SEPI y Air Comet, S. A., que ha sido aprobado sin modificaciones, al no haberse presentado propuestas de resolución.

Se dispone su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» tal como previene la Ley Orgánica 2/1982, de 12 de mayo, del Tribunal de Cuentas.

Palacio del Congreso de los Diputados, 19 de noviembre de 2009.–El Presidente del Congreso de los Diputados, José Bono Martínez.

INFORME DE FISCALIZACIÓN DE LA SITUACIÓN A 31 DE DICIEMBRE DE 2006 DE LOS COMPROMISOS ESTABLECIDOS EN EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE INTERINVEST, S. A., SUSCRITO ENTRE SEPI Y AIR COMET, S. A.

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 19 de julio de 2007, el «Informe de Fiscalización de la situación a 31 de diciembre de 2006 de los compromisos establecidos en el contrato de compraventa de «Interinvest, S. A.», suscrito entre SEPI y «Air Comet, S. A.» 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.
- II. Antecedentes.
- III. Resultados de la fiscalización.
 - III.1 Ampliación de flota.
 - III.2 Responsabilidad por ajustes de balance.
 - III.3 Ampliación de capital.
 - III.4 Pago de pasivos del grupo ARSA.
 - III.5 Responsabilidad por contingencias.
- IV. Conclusiones.

I. *Iniciativa del procedimiento*

El 27 de junio de 2006 la Comisión Mixta Congreso-Senado para las relaciones con el Tribunal de Cuentas, como consecuencia del examen del «Informe sobre las operaciones realizadas por el sector público estatal en relación con Aerolíneas Argentinas, S. A. (ARSA)» aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 16 de marzo de 2006, adoptó una Resolución por la que instó al Tribunal de Cuentas a realizar una fiscalización específica sobre la finalización del contrato de compraventa de «Interinvest, S. A.» (tenedora de las

acciones de «Aerolíneas Argentinas, S. A.» y «Austral, S. A.»), suscrito entre SEPI y Air Comet, en la que se verifique la situación de los compromisos cuyo cumplimiento se encontraba pendiente o no había sido debidamente acreditado al elaborarse el informe de fiscalización de las operaciones realizadas por el sector público estatal en relación con Aerolíneas Argentinas, S. A.; comprobando de modo particular el destino dado a las cantidades aportadas por la SEPI para la cancelación de pasivos de ARSA, la naturaleza y cuantía de las responsabilidades asumidas por SEPI por contingencias, el cumplimiento por Air Comet del compromiso de aumento de la flota de ARSA y el resultado final de la liquidación del contrato de compraventa de la Compañía argentina. Y añadía la Comisión en su petición que «si la liquidación final del contrato no se hubiera producido a 31 de diciembre de 2006, se insta al Tribunal de Cuentas a que informe sobre la situación del cumplimiento de los compromisos hasta esa fecha».

El Pleno del Tribunal, en su reunión del día 20 de julio de 2006 acordó llevar a cabo una fiscalización en los términos interesados por la Comisión Mixta; lo que comprende una primera actuación referida a la situación a 31 de diciembre de 2006. De esta situación y sin perjuicio del que se realice cuando los compromisos queden definitivamente cumplidos, se da cuenta en este Informe.

II. Antecedentes

El 2 de octubre de 2001 SEPI suscribió un contrato privado para la venta de las acciones de «Interinvest, S. A.» (tenedora de las acciones de ARSA) a Air Comet, S. A. por el precio de un dólar USA. El contrato fue elevado a público el siguiente día 15 y en él se recogían dos grandes bloques de obligaciones: en el primero de ellos Air Comet asumía obligaciones en relación con la ejecución de un Plan Industrial para ARSA que se adjuntaba al documento y que Air Comet se comprometía a poner en marcha; y en el segundo bloque se establecían una serie de obligaciones de desembolso de fondos para SEPI que llevaban aparejadas otras de Air Comet relacionadas con el destino a dar a los fondos recibidos del vendedor.

En el anterior Informe de Fiscalización elaborado por el Tribunal sobre las operaciones realizadas por el sector público Estatal en relación con Aerolíneas Argentinas, S. A. (ARSA), aprobado por el Pleno del Tribunal de Cuentas el 16 de marzo de 2006, se analizó la ejecución del contrato de venta de las acciones de «Interinvest, S. A.» poniéndose de manifiesto en el texto del Informe la situación del cumplimiento de los compromisos contractuales por parte de SEPI y Air Comet.

A la evolución de esa situación hasta 31 de diciembre de 2006 hace referencia este nuevo Informe, contrastándola con lo expuesto en el anterior respecto a cada uno de los compromisos que en él se consideraban no totalmente cumplidos o acreditados.

III. Resultados de la fiscalización

Se ha analizado la situación a 31 de diciembre de 2006 de cada uno de los compromisos contractuales de SEPI y Air Comet que fueron objeto de observaciones en el Informe de fiscalización anterior, exponiéndose a continuación el resultado del análisis.

III.1 Ampliación de flota

En el contrato de venta de las acciones de Interinvest suscrito el 2 de octubre de 2001, Air Comet se había comprometido a ampliar la flota de ARSA y Austral en 23 aviones en un periodo de 38 meses (3 años y dos meses) desde la elevación a público del contrato de venta que tuvo lugar el día 15 de octubre de 2001, debiendo acreditarlo mediante las correspondientes certificaciones del auditor designado por las partes en el contrato.

En el Informe de fiscalización de 16/3/2006 se concluía respecto a esta obligación que una vez expirado el plazo (el 15 de diciembre de 2004) SEPI, a la vista de las carencias que presentaban las certificaciones remitidas por Air Comet, no había considerado acreditado el cumplimiento por parte del comprador de la obligación de ampliación de flota por lo que el 16 de junio de 2005 notificó a Air Comet el comienzo del plazo de dos meses

previsto en el contrato para subsanar el incumplimiento. No obstante, el Tribunal consideró que, según el contrato, el plazo para subsanar el incumplimiento comenzaba a contar en la fecha en que vencieron los 38 meses señalados para el cumplimiento de la obligación y no cuando SEPI remitió una notificación a estos efectos, siendo por tanto procedente la aplicación de la penalidad prevista en el contrato por incumplimiento.

La documentación remitida posteriormente por SEPI pone de manifiesto que el mismo día 16 de junio de 2005 en que SEPI notificó a Air Comet el comienzo del plazo de subsanación el Comité de Dirección de SEPI adoptó el acuerdo de retener 2 millones de dólares, importe de la cláusula penal prevista en el contrato de compraventa, en la cuenta bloqueada donde se había depositado el importe correspondiente a la responsabilidad de SEPI por ajustes de balance, dejando únicamente liberados y a disposición de Air Comet 23,25 millones del total de los 25,25 millones de los que le correspondía disponer en ese momento, todo ello como medida cautelar hasta que se verificase por SEPI el cumplimiento efectivo por el comprador del compromiso de ampliación de flota. Así fue comunicado por SEPI a Air Comet el siguiente día 17.

El 18 de julio de 2005 Air Comet remitió a SEPI documentación adicional sobre la incorporación de las aeronaves incluidas en las certificaciones presentadas con anterioridad. SEPI mediante requerimiento notarial el 1 de agosto solicitó más información, exigiendo que fuera certificada por el auditor, y prorrogó el plazo de subsanación hasta el 30 de septiembre. La información recibida por SEPI acreditaba la incorporación de 7 aeronaves pero no de las restantes por no indicarse, entre otros datos, la fecha de matriculación de los aviones relacionados en las certificaciones. Air Comet contestó a este requerimiento el 28 de septiembre de 2005 adjuntando una nueva certificación del auditor referida a la incorporación de 7 aeronaves más antes del 15 de diciembre de 2004 (fecha en la que finalizaba el plazo según el contrato de venta) y de otras 8 antes del 20 de julio de 2005 (y, por tanto, dentro del plazo concedido por SEPI para subsanar el incumplimiento que vencía el 30 de septiembre de ese año). En total aparecía acreditada la incorporación de 22 aviones, aunque 8 de ellos se adicionaron seis meses después de que expirara el plazo previsto en el contrato y cuatro meses después de finalizado el plazo de subsanación inicialmente establecido en el contrato.

En relación con ese plazo de subsanación SEPI, además de reiterar en sus alegaciones lo ya manifestado en el mismo trámite del Informe de fiscalización anterior, añade que «el funcionamiento del plazo de subsanación en la cláusula contractual parece estar relacionado con el concepto civilista de la mora». Sin embargo, el artículo 1.100 del Código civil, exceptúa expresamente del requisito de que el acreedor exija al deudor judicial o extrajudicialmente el cumplimiento de la obligación aquellos casos en los que la obligación así lo declare expresamente, determinando la preferencia de los pactos establecidos por las partes en el contrato; y de acuerdo con los términos del contrato de venta de las acciones de Interinvest lo único que condiciona la aplicación de la cláusula penal es el incumplimiento del plazo de entrega y el mantenimiento de esta situación de incumplimiento durante los dos meses siguientes a la fecha señalada, estableciéndose además en el contrato literalmente que la pena «será abonada por el comprador al vendedor a primer requerimiento y sin que quepa oponer excepción alguna». No tiene por tanto fundamento alguno lo mantenido en las alegaciones de SEPI en cuanto a que el tiempo invertido por el vendedor en acreditar el incumplimiento supone una ampliación del plazo que según el contrato ha de transcurrir para que proceda la aplicación de la cláusula penal.

Por otra parte SEPI vuelve a referirse en sus alegaciones, igual que lo hizo en el informe anterior, al carácter potestativo de las cláusulas penales; y al respecto conviene reiterar que ni en éste ni en el anterior Informe del Tribunal se mantiene que la aplicación de tales cláusulas sea obligatoria ya que lo que se señala, en el contexto del análisis de la gestión de SEPI, es que ésta Entidad no hizo uso de la facultad que le confería la existencia de la cláusula penal.

A la vista de la última certificación, el comité de dirección de SEPI de 17 de noviembre de 2005 acordó imponer a Air Comet una penalización de 86.957 dólares por haber quedado constatada la incorporación de un avión menos de los 23 incluidos en el plan de

flota que recogía el contrato, lo que suponía un 4,35% de incumplimiento, que fue el porcentaje que, para determinar la cuantía de la penalización, se aplicó a los 2 millones de dólares retenidos en la cuenta bloqueada como medida cautelar.

La cantidad fijada fue abonada por Air Comet el 18 de noviembre de 2005 procediendo SEPI en esa misma fecha a liberar los dos millones de dólares retenidos en la cuenta bloqueada.

III.2 Responsabilidad por ajustes de balance

En el Informe anterior elaborado por el Tribunal se señalaba respecto de este compromiso contractual que SEPI había abonado por ajustes del balance de transferencia 205 millones de dólares que debían destinarse al pago de deudas o pasivos de ARSA y Austral. Esta cantidad fue depositada en una cuenta bloqueada a nombre de Interinvest de la que se realizaron tres disposiciones de fondos de 30 millones de dólares cuya aplicación se justificó con las correspondientes certificaciones del auditor. En estas certificaciones no constaba la fecha de origen de las deudas a pesar de que debían formar parte de las registradas en el balance de transferencia cerrado el 15 de octubre de 2001, reseñándose únicamente la fecha de pago o factura; y de su contenido se desprendía que los fondos se habían empleado fundamentalmente en costear gastos de funcionamiento de ARSA, Austral e Interinvest, honorarios profesionales e incluso anticipos por suministro de combustible. De la cantidad situada en una cuenta bloqueada, aún estaba pendiente de justificación una cuarta disposición de fondos por 30 millones de dólares; y se encontraban pendientes de autorización las dos últimas entregas por 30 y 25,25 millones. El resto de los fondos hasta totalizar los 205 millones habían sido utilizados por SEPI para cancelar créditos que tenía frente a Interinvest y ARSA por importe de 29,8 millones.

A 31 de diciembre de 2006 se había dispuesto del total de los fondos de la cuenta bloqueada. Según la documentación recientemente aportada por SEPI, la justificación de la disposición de fondos que se encontraba pendiente se llevó a cabo mediante una certificación emitida el 12 de noviembre de 2004 en los mismos términos que las anteriores, es decir, sin que constara la fecha origen de las deudas y con una relación de gastos de las Sociedades del Grupo argentino que respondía a los conceptos de prestación de servicios, alquileres, sueldos, honorarios profesionales e incluso anticipos por suministro de combustible. Con la presentación de la certificación de noviembre de 2004 fue autorizada por SEPI la disposición de otros 30 millones de dólares cuya aplicación fue justificada mediante otra certificación expedida el 7 de abril de 2005 en los mismos términos y con las mismas carencias que las anteriores. A pesar de ello SEPI autorizó la última disposición de fondos por importe de 23,25 millones, reteniéndose en la cuenta bloqueada los restantes dos millones de dólares hasta que Air Comet justificara el cumplimiento de su compromiso de ampliación de flota, aunque el 18 de noviembre de 2005 SEPI ordenó liberarlos en los términos que se exponen en el apartado anterior.

SEPI vuelve a mantener en sus alegaciones lo ya manifestado respecto al Informe anterior del Tribunal de Cuentas en el sentido de que el Acuerdo de Mediación permitía que con cargo a la cantidad entregada por ajustes de balance se pagaran pasivos de cualquier fecha y que, por tanto, era irrelevante que no se hiciera referencia en las certificaciones a la fecha origen de las deudas. Frente a ello no cabe más que reiterar lo que se expone en el Informe aprobado por el Pleno del Tribunal en cuanto a que el Acuerdo de Mediación se remitía al contrato de compraventa de 2 de octubre de 2001 según el cual las deudas que debían cancelarse con las cantidades entregadas por SEPI por ajustes de balance tenían que estar registradas en el balance de transferencia (cerrado el 15 de octubre de 2001) y no haber quedado cubiertas con los otros 300 millones de dólares que según el contrato fueron aportados por SEPI para cancelación de pasivos del grupo.

No existe constancia documental de que Air Comet haya remitido a SEPI ni de que SEPI haya exigido la certificación justificativa de la última disposición de fondos de la cuenta bloqueada por importe de 25,25 millones de dólares.

Sobre esta última disposición de fondos SEPI afirma en sus alegaciones que el procedimiento determinado en el Acuerdo de Mediación sólo es exigible cuando se solicita una nueva disposición de fondos de la cuenta bloqueada, no siendo por tanto necesaria una certificación adicional del último desembolso realizado. Sin embargo, como la propia SEPI transcribe en su alegación, el Acuerdo de Mediación sujetó expresamente la última disposición del saldo remanente al mismo procedimiento y acreditación que las anteriores, como es lógico al tratarse de cantidades aportadas con carácter finalista que el comprador debía destinar a la cancelación de pasivos del grupo argentino. Es por tanto poco coherente la no solicitud por parte de SEPI de la justificación del empleo de estos últimos 25,25 millones de dólares.

III.3 Ampliación de capital

En el contrato de 2 de octubre de 2001 formalizado entre SEPI y Air Comet, Air Comet se comprometió a realizar una ampliación de capital en ARSA de 50 millones de dólares. En el Informe de fiscalización aprobado el 16 de marzo de 2006 se puso de manifiesto respecto al cumplimiento de esta obligación que no fue hasta el 19 de febrero de 2003 cuando el comprador suscribió el aumento de capital de 50 millones de dólares (175 millones de pesos argentinos), con 7 meses de retraso respecto al plazo establecido en el contrato, desembolsando 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.

SEPI ha remitido como justificación del desembolso del resto de la ampliación un documento expedido por un auditor público argentino en el que se certifica que Air Comet desembolsó 45,7 millones de dólares (equivalentes a 131,2 millones de pesos) el 11 de febrero de 2005 mediante el libramiento de un cheque bancario.

III.4 Pago de pasivos del grupo ARSA

En el contrato de venta de las acciones de Interinvest, de 2 de octubre de 2001, SEPI se hacía cargo de pasivos exigibles registrados en los balances cerrados de ARSA y Austral a 31 julio de 2001 hasta un importe máximo de 300 millones de dólares, importe que sería aportado por SEPI a Interinvest en el momento de la elevación a público del contrato, lo que tuvo lugar el siguiente día 15 de octubre.

En el Informe de fiscalización de 16 de marzo de 2006 se recogía la existencia de un Acuerdo suscrito el día 3 de diciembre de 2001 entre Air Comet, sus accionistas y Viajes Marsans en virtud del cual Air Comet se comprometía a adquirir créditos de ARSA por un importe de 273 millones de dólares que serían abonados con los fondos cedidos por SEPI en virtud del contrato de 2 de octubre de 2001, quedando Air Comet subrogado en la posición de acreedor en todos ellos. Air Comet se obligaba a utilizar los créditos adquiridos sólo como fondos propios para ampliar capital en ARSA, obligación que debía cumplir en el plazo máximo de seis meses a contar desde la aprobación del Acuerdo de Acreedores del Concurso preventivo de ARSA. El Acuerdo fue notificado por conducto notarial a SEPI para su conocimiento y conformidad, conformidad que fue dada por el holding público ya que incluso vendió a Air Comet uno de sus propios créditos frente a ARSA. Tal como se señalaba en el Informe anterior, los créditos adquiridos tenían que haber sido aportados al capital de ARSA el 26 de junio de 2003, aunque no existía constancia de su situación.

La nueva documentación aportada por SEPI ha puesto de manifiesto la existencia de un documento privado al que las partes le dan la denominación «Convenio de aportes irrevocables» que fue suscrito el 15 de octubre de 2001 (es decir, el día de la elevación a público del contrato de venta de las acciones de Interinvest) por el presidente del directorio de Interinvest (cargo ocupado todavía por un directivo de SEPI) y un representante de SEPI. Aunque en el documento no se especifica que en ese momento SEPI siguiese siendo titular de las acciones de Interinvest, esta circunstancia se desprende de su clausulado ya que se refiere a la realización por SEPI de un «aporte irrevocable» en Interinvest y estos aportes sólo pueden ser realizados por accionistas.

En ese Convenio de 15 de octubre de 2001 Interinvest se comprometía a adquirir los créditos, en los que ella misma y sus dos filiales eran deudoras, que se detallaban en un anexo y que sumaban 319,51 millones de dólares. Se trataba de la misma lista de pasivos que se acompañó a la escritura pública de venta de las acciones de Interinvest a Air Comet formalizada el mismo día que se suscribió este Convenio.

SEPI, en ese «Convenio de aportes irrevocables» da por entregado en ese mismo acto a Interinvest 300 millones de dólares en concepto de aporte irrevocable a cuenta de una futura ampliación de capital con las siguientes obligaciones por parte de Interinvest:

Debía destinar íntegramente el aporte a la adquisición de los créditos que se relacionaban y si, en su caso, quedaba algún sobrante, destinarlo a la implantación de su plan de negocios.

Si a 31 de diciembre de 2003 Interinvest no había adquirido alguno de los créditos debía restituir los fondos correspondientes a SEPI.

Por último en este Convenio se establecía el procedimiento para la liberación de fondos de la cuenta bloqueada, disponiéndose que harían falta las firmas de Interinvest y SEPI. En el contrato privado de venta suscrito con Air Comet el 2 de octubre de 2001, cuyo clausulado fue íntegramente elevado a público el día 15 de octubre del mismo año, se disponía que antes de la formalización de la venta las partes debían acordar el procedimiento de liberalización de fondos contra la cuenta bloqueada. Así se hizo en el Convenio de aportes irrevocables, pero no entre Air Comet y SEPI sino entre SEPI e Interinvest.

En resumen, el mismo día 15 de octubre de 2001, se firmó un documento privado entre Interinvest y SEPI, cuando todavía Interinvest era filial de SEPI, en el que se recogía la obligación de Interinvest de destinar los fondos aportados por SEPI a la adquisición, en lugar de al pago, de determinados pasivos; y ese mismo día se elevó a público el contrato de venta de las acciones de Interinvest a Air Comet que dio lugar a la transferencia de las acciones, en el que se recogía el compromiso de Air Comet de destinar los 300 millones que SEPI aportaría en Interinvest a la cancelación de esos mismos pasivos del grupo argentino. La adquisición de deudas que se pactaba en el documento suscrito entre Interinvest y SEPI no formaba parte de las condiciones de la operación sometidas a la autorización del Consejo de Ministros, en las que lo previsto era el pago directo y definitivo de esas mismas deudas.

SEPI manifiesta en sus alegaciones, como ya lo hiciera en el Informe anterior, que el destino a dar a los 300 millones no era el pago directo y definitivo de las deudas y que la adquisición de deudas que se pactaba en el Convenio de aportes irrevocables no tenía por qué estar autorizada por el Acuerdo de Consejo de Ministros, al que únicamente le compete pronunciarse sobre las operaciones de privatización en su conjunto y no sobre el clausulado concreto de los contratos de compraventa. Al respecto cabe sólo señalar que ésta no es la opinión mantenida por el Tribunal en el Informe anteriormente aprobado por su Pleno, en el que se hace expresa referencia a la necesidad de que el acuerdo de privatización sea autorizado en sus propios términos por el Consejo de Ministros.

El «Convenio de aportes irrevocables» de 15 de octubre de 2001 no fue aportado por SEPI en el curso de la anterior fiscalización. Únicamente remitió el Acuerdo suscrito por Air Comet con sus accionistas el 3 de diciembre de ese mismo año 2001 que fue elevado a público y notificado por conducto notarial a SEPI, en el que también se hace referencia a la compra de los créditos aunque, a diferencia de lo consignado en el Convenio de aportes irrevocables, se dice que es Air Comet (no Interinvest) la que los va a adquirir.

SEPI manifiesta en sus alegaciones que «el Tribunal de Cuentas ya tenía constancia de la existencia del Convenio de Aportes Irrevocables desconociendo las razones por las que, conociendo el Tribunal su existencia no le ha sido solicitado a SEPI hasta el presente año 2007...». Al respecto cabe señalar que esta afirmación de SEPI no se ajusta a la realidad. El Tribunal conoció, a través del análisis de los registros contables de SEPI la realización de un aporte irrevocable de SEPI a Interinvest, pero no tenía indicio alguno de la existencia de posibles acuerdos entre SEPI e Interinvest que modificaran lo establecido en el contrato de compraventa sobre estos fondos. Además SEPI no comunicó en ningún

momento al Tribunal la existencia del Convenio de aportes irrevocables; y cuando el Tribunal, en el transcurso de los trabajos realizados para la elaboración del informe anterior, solicitó la remisión de cualquier acuerdo que se hubiera suscrito en relación con la disposición de fondos de la cuenta bloqueada SEPI informó al Tribunal de que no existía ningún acuerdo escrito.

Por lo que se refiere a la justificación de que los créditos adquiridos por Air Comet fuesen finalmente capitalizados en ARSA, SEPI ha remitido al Tribunal el acta protocolizada de la Asamblea General de ARSA en la que Interinvest, accionista de ARSA y cesionaria de tales créditos, se compromete a suscribir y desembolsar una ampliación de capital con cargo a ellos. No se ha acreditado, sin embargo, que Interinvest haya realizado posteriormente aquella suscripción y desembolso de modo efectivo.

SEPI afirma en sus alegaciones que considera realizada la capitalización de los créditos en ARSA, en primer lugar, porque el compromiso de Interinvest de suscribir una ampliación de capital con cargo a ellos que figura recogido en un acta de la Asamblea General supone una presunción al respecto y, en segundo lugar, por la existencia de una «certificación de aportes irrevocables de 23 de febrero de 2005» emitida por un Auditor, que ya fue remitida junto con las alegaciones del Informe anterior. Pero cabe precisar que el compromiso declarado por Interinvest de realizar una ampliación de capital no constituye una prueba de que se llevase a cabo la efectiva suscripción y desembolso de las acciones y que el certificado del Auditor sobre los aportes irrevocables, de acuerdo con la documentación remitida por SEPI en sus anteriores alegaciones, no constituyó prueba de la capitalización de los créditos ni para la propia SEPI, que, a la vista de lo expuesto en el certificado, remitió el 22 de junio de 2005 una notificación a Air Comet en la que le solicitaba información complementaria sobre las actuaciones realizadas para llevar a cabo la ampliación de capital en la que debía convertirse el aporte irrevocable. En definitiva, con la documentación aportada no puede considerarse acreditada la aportación a los fondos propios de ARSA de los créditos en cuestión; máxime habida cuenta de que según la legislación argentina los aportes irrevocables, si no son utilizados para realizar una posterior suscripción y desembolso de capital, quedan sin efecto y no suponen en sí mismos un aumento de los fondos propios de la Sociedad.

Por otra parte, en el informe aprobado por el Pleno del Tribunal el 16 de marzo de 2006 se señalaba que entre la documentación aportada por SEPI se encontraba una notificación remitida a Air Comet el 23 de junio de 2005 en la que SEPI solicitaba a Air Comet aclaración sobre la titularidad de los créditos ya que habían llegado a su poder sendas fotocopias de cartas fechadas todas ellas el 16 de octubre de 2002 dirigidas por Air Comet a las Entidades Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A., YPF, S. A. y Petróleos Transandinos YPF, S. A. en las que se les comunicaba la cesión efectuada por Air Comet 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: 16.035.908 pesos chilenos; y Repsol Comercial de Productos Petrolíferos, S. A.: 2.352.597,18 USA \$.

Posteriormente SEPI ha remitido una serie de documentos que a su vez le fueron enviados por Air Comet en los que se dice que no existió cesión de titularidad de los créditos comprados al Grupo Repsol por parte de Air Comet a Royal Romana Playa y que la presencia de Royal Romana Playa en el Concurso Preventivo de ARSA obedecía exclusivamente a una representación otorgada por Air Comet para ejercer el derecho de voto, aunque no se ha remitido documentación que justifique tal extremo.

SEPI afirma en sus alegaciones que con la documentación aportada considera acreditado que se actuó en base a ese mandato. Pero no se ha acreditado que se notificase al Juzgado encargado de la tramitación del Expediente del concurso de ARSA ningún mandato de representación ya que, de los dos documentos remitidos para acreditar tal notificación, uno, que es un testimonio realizado por un fedatario público argentino, está incompleto (únicamente figuran la primera y última hojas) y en ellas no consta la existencia del mandato; y el otro, que sí hace referencia al mandato, es una carta que figura como remitida por Air Comet al Juzgado pero en la que no existe ningún sello o registro que justifique su entrada en él.

III.5 Responsabilidad por contingencias

En el contrato suscrito entre SEPI y Air Comet el 2 de octubre de 2001 SEPI asumió el compromiso 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 el cumplimiento de una serie de requisitos, estableciéndose un procedimiento de cumplimiento obligado para Air Comet para que aquella garantía fuera exigible a SEPI. Con posterioridad, el 24 de junio de 2002 ambas partes culminaron un proceso de mediación adoptando una serie de acuerdos en relación con el concepto de contingencia y actualizando las normas de procedimiento a cumplir por Air Comet.

En el Informe de fiscalización aprobado por el Pleno del Tribunal el 16 de marzo de 2006 se concluía respecto a esta cuestión que Air Comet estaba exigiendo a SEPI 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. SEPI, que no había abonado todavía nada por este concepto, tenía dotada una provisión al efecto de 231,5 millones de euros y firmó con Air Comet el 16 de mayo de 2005 un convenio arbitral que sustituyó el arbitraje unipersonal previsto en el contrato por un arbitraje colegiado integrado por tres árbitros, uno nombrado por cada parte y un tercero nombrado por los otros dos árbitros de común acuerdo, estableciéndose un procedimiento único para resolver todas las reclamaciones en relación con las contingencias.

En ejecución del convenido arbitral, durante los meses de junio y julio de 2005 fueron designados los árbitros y dio comienzo la tramitación del procedimiento para determinar el importe de las contingencias exigibles hasta ese momento. El procedimiento culminó el 29 de junio de 2006 con la emisión del correspondiente laudo en el que se desestimaron las pretensiones deducidas por Air Comet relativas a las reclamaciones en curso que en el futuro podrían finalmente convertirse en contingencias, por las que reclamaba a SEPI 430,6 millones de pesos argentinos, y se declaró la vigencia del contrato de venta de las acciones de Interinvest y del Acuerdo de Mediación suscrito posteriormente por las partes en cuanto al procedimiento a seguir por Air Comet para exigir a SEPI responsabilidad económica por las reclamaciones en curso. La desestimación se basó en que las deudas no constaban en resolución judicial o administrativa firme y por tanto quedaban al margen del concepto de contingencia con arreglo a los acuerdos suscritos por las partes. En cuanto al resto de las reclamaciones pretendidas por Air Comet, que sumaban un total de 89,6 millones de pesos argentinos, los árbitros resolvieron que reclamaciones por un importe total de 21,3 millones de pesos argentinos respecto de las que sí había recaído resolución judicial o administrativa y se había acreditado el perjuicio patrimonial soportado por el grupo argentino, se encontraban provisionadas en el balance de transferencia (en el que la dotación de provisiones por contingencias de ARSA y Austral ascendía a 49,3 millones de dólares) y por tanto no daban lugar a responsabilidad económica de SEPI ya que su pago ya había sido asumido y se encontraba incluido dentro de los 205 millones de dólares que SEPI abonó al comprador por los ajustes que, en virtud del Acuerdo de Mediación suscrito por ambas partes el 24 de julio de 2002, se realizaron en dicho balance.

Respecto a lo que afirma SEPI en sus alegaciones en cuanto a que de las cantidades que en el futuro puedan reconocerse por SEPI por contingencias en curso han de deducirse hasta un total de 49,3 millones de dólares cabe precisar que (además de que en el laudo arbitral no se contiene tal afirmación) las cantidades que en el futuro sean reconocidas por SEPI como contingencias susceptibles de producir responsabilidad económica habrán de pagarse en cualquier caso y sin sujeción a límite alguno pues para ser reconocidas como tales el contrato de compraventa de 2 de octubre de 2001 y el Acuerdo de Mediación exigen que no estén provisionadas o lo estén insuficientemente en el balance de transferencia.

De acuerdo con los datos contables facilitados por SEPI, en el año 2005 se aplicó contra la provisión que tenía dotada por este concepto, cuyo saldo ascendía a 231,5 millones de euros desde el cierre del ejercicio 2003, 0,6 millones de euros de gastos por honorarios profesionales derivados del laudo arbitral, dejando su saldo a 31 de diciembre en 230,9 millones. Y, según los datos provisionales aportados por SEPI correspondientes

al año 2006, la provisión sufrirá una aplicación por exceso de 143,7 millones de euros, situándose su saldo al cierre del ejercicio 2006 en 87,2 millones, saldo que ha de entenderse correspondiente a las reclamaciones en curso demandadas por Air Comet y no resueltas en el laudo arbitral.

IV. Conclusiones

En el análisis de la situación a 31 de diciembre de 2006 de la ejecución del contrato de venta de las acciones de «Interinvest, S. A.» suscrito entre SEPI y Air Comet el 2 de octubre de 2001 se ha observado lo siguiente:

1.^a Air Comet ha acreditado la incorporación de 22 de los 23 aviones en que se comprometió a ampliar la flota de ARSA y Austral, aunque 8 de ellos se adicionaron después de que expirara el plazo previsto. Por la no incorporación del avión restante SEPI aplicó a Air Comet una penalización de 86.957 dólares que fue abonada por Air Comet el 18 de noviembre de 2005.

2.^a A 31 de diciembre de 2006 Air Comet había dispuesto del total de los fondos abonados por SEPI por ajustes al balance de transferencia que se encontraban situados en una cuenta bloqueada. Al cerrarse el Informe de fiscalización anterior quedaba pendiente de justificar por Air Comet la última disposición de fondos de 30 millones de dólares y por autorizarse dos disposiciones más de 30 y 25,25 millones de dólares. La certificación que se encontraba pendiente y la que se emitió para justificar la disposición de otros 30 millones de dólares autorizada por SEPI se redactaron en los mismos términos que las anteriores, sin que constara la fecha origen de las deudas y con una relación de gastos de las Sociedades del Grupo argentino que respondían al concepto de gastos de funcionamiento (incluso al pago de anticipos por suministro de combustible) y no al pago de deudas o pasivos de ARSA y Austral en los términos establecidos en el contrato de venta de las acciones de Interinvest. A pesar de ello SEPI autorizó la última disposición de fondos de 25,25 millones de dólares, disposición respecto a la que no existe constancia de que Air Comet haya remitido a SEPI, ni de que SEPI haya exigido, la correspondiente certificación justificativa.

3.^a Air Comet se comprometió a realizar una ampliación de capital en ARSA de 50 millones de dólares, que llevó a cabo el 19 de febrero de 2003 (con 7 meses de retraso respecto al plazo establecido en el contrato) desembolsando el 25% de la suscripción y con la obligación, de acuerdo con las leyes argentinas, de desembolsar el resto en el plazo de dos años. De acuerdo con la nueva documentación remitida por SEPI, el resto del desembolso se llevó a cabo el 11 de febrero de 2005.

4.^a SEPI aportó 300 millones de dólares a Interinvest que según el contrato debían haberse destinado al pago de pasivos del grupo argentino. De este importe Air Comet, con el consentimiento de SEPI, utilizó 273 millones para la compra de esos pasivos con el compromiso de capitalizar los créditos en ARSA en un plazo que expiraba el 26 de junio de 2003. La nueva documentación aportada por SEPI, que incluye la que le ha sido remitida a su vez por Air Comet, no acredita, en los términos que se indican en el texto del informe, que dichos pasivos hayan sido finalmente aportados a los fondos propios de ARSA.

5.^a Ante la exigencia de Air Comet de que SEPI asumiera el pago de importantes cantidades por contingencias, las partes suscribieron el 16 de mayo de 2005 un Convenio arbitral para resolver esta controversia.

De acuerdo con la nueva documentación aportada por SEPI, el laudo fue emitido el 29 de junio de 2006, resolviéndose que reclamaciones de Air Comet por importe de 21,3 millones de pesos argentinos respecto de las que había recaído resolución judicial o administrativa y se había acreditado el perjuicio económico para el grupo argentino se encontraban provisionadas en el balance de transferencia y, por tanto, no daban lugar a responsabilidad económica de SEPI, estando su pago ya asumido al formar parte de los 205 millones de dólares que SEPI abonó a Air Comet por los ajustes que, en virtud del Acuerdo de Mediación suscrito por ambas partes, se realizaron en dicho balance. El resto de las pretensiones de Air Comet fueron desestimadas en el laudo arbitral, entre las que

se encontraban reclamaciones en curso por valor de 430,6 millones de pesos argentinos, respecto de las que los árbitros declararon la vigencia del contrato de 2 de octubre de 2001 y del Acuerdo de Mediación en cuanto al procedimiento a seguir por Air Comet para, cuando sobre ellas hubiera recaído resolución firme, exigir a SEPI responsabilidad económica por aquellas. De acuerdo con los datos contables provisionales correspondientes al ejercicio 2006 aportados por SEPI, el saldo de la provisión que tenía dotada a estos efectos se situará al cierre del ejercicio 2006 en 87,2 millones de euros, que ha de entenderse correspondiente a las reclamaciones en curso demandadas por Air Comet.

Madrid, 19 de julio de 2007.–El Presidente, Ubaldo Nieto de Alba.