

Fernando Carrillo Flórez
Procurador General de la Nación

Bogotá, D.C., 30 de agosto de 2020

Señor Doctor
IVÁN DUQUE MÁRQUEZ
Presidente de la República
Ciudad

Respetado señor Presidente:

En comunicado del 28 de agosto de 2020 el Ministerio de Hacienda y Crédito Público anunció que el Comité de Administración del Fondo de Mitigación de Emergencias-FOME había autorizado la participación de la Nación en la reestructuración de Avianca, mediante el financiamiento de hasta US\$370 millones por 18 meses, dentro del proceso que se le sigue a la empresa en el marco del capítulo 11 del “Bankruptcy Code” de los Estados Unidos de América. Lo anterior, con el fin de preservar el servicio de transporte aéreo de los colombianos, así como los empleos e ingresos asociados al funcionamiento de la empresa.

El Ministerio Público, en el ámbito de sus funciones, ha venido evaluando la situación de la empresa desde el paro de los pilotos de 2017 y adoptado varias acciones. Así, pidió adelantar las investigaciones y acciones penales del caso ante las interceptaciones a los pilotos. Igualmente, interpuso una acción popular para proteger el derecho colectivo al transporte aéreo entre Bogotá y Villavicencio a raíz del cierre de la carretera en 2019; y pidió medidas efectivas para la protección de los pasajeros contra el contagio del coronavirus, mientras se mantuvieron los vuelos en marzo de 2020, entre otras actuaciones.

La Procuraduría General de la Nación ha venido haciendo seguimiento a esta posibilidad de apoyo financiero estatal para Avianca desde que ella se conoció, en abril de este año. Es de público conocimiento que Avianca, si bien es la de mayor cobertura y la más antigua, no es la única aerolínea que presta el servicio de transporte público nacional en el país. Además, también es de público conocimiento que varios problemas de Avianca datan al menos de la huelga de pilotos de 2017 y no se solucionaron con la renegociación de las condiciones de los bonos en 2019, sino que se vieron agravados con problemas de gobierno corporativo entre grupos de accionistas que llevaron a un cambio en su administración, antes de la pandemia, ahora agravados por la crisis del transporte aéreo resultante de la emergencia sanitaria en curso.

Se sabía que las deudas de Avianca eran de cerca de US\$5.000 millones (algunas fuentes mencionaban cifras mayores) y que, por tratarse de una empresa panameña con

Fernando Carrillo Flores

Procurador General de la Nación

operaciones a lo largo del continente americano, cualquier medida de salvamento trascendería el territorio nacional. Y si bien la pandemia precipitó el colapso de la empresa, los problemas de ésta eran muy anteriores, como lo afirmó en agosto de 2019 el Sr. Roberto Kriete, presidente de la Junta Directiva de Avianca Holdings, cuando sostuvo que Avianca estaba quebrada; que no le estaba pagando a sus acreedores, ni a las compañías de arrendamiento de los aviones, ni a los bancos.

Si bien el comunicado de prensa no lo precisa, el Ministerio Público entiende que el marco normativo de esta intervención es el Decreto 444 de 2020, el cual faculta al FOME (que se alimenta principalmente con los dineros del FAE-regalías- y del FONPET-pensiones de entidades territoriales) para financiar a empresas que desarrollen actividades de interés nacional, bien mediante la inversión en instrumentos de deuda o con financiamiento directo. El Decreto 444 igualmente prevé la opción de que la Nación participe en el capital de estas empresas, facultad que resulta complementada por el Decreto 811 de 2020 con disposiciones que pretenden darle salida a las inversiones que el gobierno realice.

Ante la autorización anunciada, respecto de la cual no se conocen ni las evaluaciones previas, ni los condicionamientos ni los mecanismos previstos para llevarla a cabo, - máxime en el contexto de una insolvencia transfronteriza en curso que aparentemente cobija varias empresas del conglomerado Avianca-, el Ministerio Público, dentro del ámbito de sus funciones, considera relevante que ello se precise, dadas las siguientes consideraciones.

Si bien el Decreto 444 faculta al Gobierno nacional para apoyar financieramente a empresas que desarrollen actividades de interés nacional, no define qué se entiende por tales actividades, ni da criterios para priorizar entre las diversas que se puedan considerar, todas ellas, de interés nacional. Nadie duda de la importancia ni del carácter de servicio público esencial del transporte, definido en la ley. Pero en aras de los principios de transparencia y objetividad que obligatoriamente deben presidir toda decisión de gobierno, -en especial si compromete recursos públicos-, debe ser explícito el concepto de actividad de interés nacional, así como los criterios de priorización entre distintas actividades de tal tipo.

Del mismo modo, por tratarse de la apropiación de dineros públicos en el contexto de la más grave emergencia nacional que hemos vivido como nación, para comprometer estos recursos, asumimos que el gobierno debió contemplar expresamente todas las opciones disponibles y que con base en ese análisis adoptó el compromiso anunciado. En el presente caso, debe estar claro que el interés nacional es evitar los trastornos en la prestación del servicio aéreo, asegurando su continuidad y la seguridad de los usuarios. Esas diversas opciones, aunque con distintas dificultades e inconvenientes -que en todo caso se asume han sido cuantificadas en lo posible en los escenarios inciertos de la actualidad-, deben haber asegurado la protección del interés nacional, con la más adecuada relación posible entre ésta y los costos que implique para el erario. Tales

Fernando Carrillo Flórez

Procurador General de la Nación

opciones, y otras posibles, debieron considerarse y cuantificarse en sus costos y beneficios, para finalmente decidir. Habida cuenta de la crítica situación que afecta a miles de empresas y a los trabajadores colombianos, sería conveniente que el Gobierno nacional revelara este soporte de su decisión a la opinión pública, para que todos estemos enterados.

Surgen de allí varios interrogantes: ¿Fueron consideradas otras alternativas con cálculos y proyecciones? ¿Cuenta el Gobierno nacional con un soporte idóneo para la decisión que anunció? Si ello es así ¿Por qué no ha sido conocido dicho soporte técnico y financiero por el país? ¿Cómo asegurará el Gobierno nacional que este objetivo de interés nacional se cumpla? ¿Cómo garantizará que los dineros se destinen a estos fines, y que esos recursos se puedan recuperar? ¿Cómo determinó el monto del rescate y cuáles fueron los cálculos y proyecciones en que se basó? ¿Estimó su término de duración? ¿A qué entendimiento llegó con los acreedores mayoritarios al comprometer estos sustanciales recursos públicos? ¿Ofrecerán los accionistas o los acreedores alguna garantía por los dineros que el Estado colombiano va a aportar a Avianca? ¿Asumieron los accionistas o los acreedores algún compromiso correlativo al del Gobierno nacional? ¿Se asumieron compromisos adicionales, en particular en cuanto a la permanencia de la actual administración, la llegada de una nueva, o el regreso de anteriores administradores, cuya situación legal debería aclararse antes de permitirseles reasumir el control de una empresa parcialmente financiada con dinero del Estado? ¿Cómo serán los desembolsos y cuál será la ley aplicable a los mismos -nacional o extranjera-? ¿Qué incidencia fiscal tendrán? ¿Cuál será el mecanismo de acompañamiento que establecerá el Gobierno nacional a esta operación para que los recursos se destinen a lo que debe ser? ¿Va a haber créditos similares para otras aerolíneas en momentos en que se debe mantener la competencia en sectores estratégicos?

El Ministerio Público considera necesario no olvidar que el objetivo de esta operación no es realmente rescatar a una empresa específica ni a empresario o accionista alguno de la quiebra, sino garantizar la continuidad en la prestación de un servicio, la conectividad aérea de los colombianos y la actividad económica en general, es decir, el objetivo estatal es proteger una actividad de interés nacional. La Procuraduría General de la Nación cree que el Gobierno nacional debe responder de cara a la ciudadanía todos estos interrogantes, antes de continuar con esta operación y realizar desembolsos de dineros en el proceso de reorganización de Avianca Holdings.

Si bien el Decreto 444 de 2020 permite inversión de dinero del FOME en instrumentos de capital y/o deuda aun cuando al momento de su realización se esperen resultados financieros adversos, o que tengan rendimientos iguales a cero o negativos, también manda que estas decisiones de inversión se evalúen en forma conjunta y en contexto con las necesidades sociales y económicas ocasionadas por la emergencia. Dicha evaluación igualmente debería divulgarse, pues estas decisiones deben adoptarse sin sombra alguna por la magnitud de los dineros públicos que se están utilizando.

Fernando Carrillo Flórez

Procurador General de la Nación

En la misma forma debe saberse cómo se protege la Nación contra el riesgo de terminar convertida en accionista minoritaria de Avianca. Por tratarse de una empresa extranjera que adelanta un proceso de reorganización en un tribunal de otro país, no habrá forma de imponerles a los accionistas el deber de comprar la participación del Estado en un plazo corto, ni la de ceder el control de la empresa a un accionista mayoritario capaz de gestionarla adecuadamente, como manda el Decreto 811 de 2020. En realidad, cuando el Estado colombiano interviene para salvar a una empresa, debe reiterarse que lo hace para proteger intereses superiores distintos de los de esa respectiva empresa o empresario; por ejemplo, cuando rescata bancos pretende proteger a los ahorradores y al mercado financiero, y siempre requiere tener control del eventual desembolso de recursos, de su destinación y de las consecuencias de no ser éstos reembolsados. Aquí todo lo anterior se ignora. Como se ignora qué consideración ha recibido del Gobierno la presencia de otras empresas en ese mercado.

Esto sin tener en cuenta que Avianca ya no es una aerolínea que preste servicios exclusivamente en Colombia. Empezar esta maniobra de rescate sin involucrar a otros países que también se beneficiarían de la actividad de Avianca puede significar una desproporcionada o excesiva presión sobre la capacidad financiera del Estado, de por sí muy estresada en este difícil momento, sin generar suficientes recursos como para producir el resultado que debe buscarse en función del interés nacional. Asumimos que esa consideración también se ha hecho junto con otras, acordes con la naturaleza de la actividad y de la necesidad de proteger a los usuarios, con la correspondiente prioridad al personal y las rutas referentes a Colombia. No sobra recordar que otros países cuentan con programas de apoyo al sector aeronáutico durante la pandemia, siempre bajo condicionalidades de diferentes clases.

Al margen de las respuestas que aquí solicita el Ministerio Público, lo mínimo que debe establecerse es si se ha evaluado y cómo, que este rescate resultará suficiente en cuantía y duración para permitir que Avianca vuelva a prestar el servicio de transporte aéreo, con continuidad y de manera sostenible. Si el crédito de la Nación resulta insuficiente para asegurar esto, será simplemente parte de los abonos a la considerable deuda de la empresa, lo cual no asegurará que la misma pueda volver a operar normalmente y se convertirá posiblemente en la primera de varias operaciones similares, consumiendo recursos escasos que el tejido empresarial del país podría haber aprovechado con mayor probabilidad para salvar puestos de trabajo y crear capacidad de generación de ingresos, en ese o en otro sector de interés general.

El país ya ha conocido historias similares en las que se comprometen recursos públicos para un proyecto importante, pero cuando los costos aumentan y los recursos resultan insuficientes, se ve obligado a comprometer más y más para no perder lo ya invertido, por lo cual el paso inicial resulta ser el de la mayor trascendencia que el Gobierno tenga certeza de, si asumirá o no, compromisos adicionales en este caso.

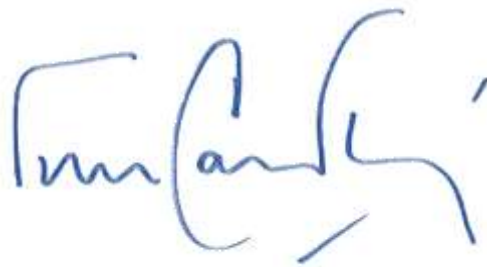
Fernando Carrillo Flórez

Procurador General de la Nación

Finalmente, el Gobierno nacional tiene la obligación de mantener informado en detalle al país sobre los resultados de la Reunión de Acreedores de Avianca prevista para el 21 de septiembre de 2020, tanto en lo que se refiere al futuro de la empresa, como a la destinación de dineros de la Nación, y de todos los desarrollos que se vayan produciendo en este asunto. A ella concurren acreedores que en forma legítima buscan proteger su respectivo interés particular, y si el Gobierno se va a convertir en acreedor, más cuando ya se ha iniciado un proceso extranjero de insolvencia, debe ser absolutamente clara la ponderación y mejor protección del interés general que persigue, vis a vis otras alternativas y en cuanto a los términos en que llevará a cabo el compromiso anunciado.

En todo caso, el Ministerio Público como representante de los intereses de la sociedad, continuará dando seguimiento cercano al desarrollo de los hechos y alertando sobre situaciones o conductas que puedan poner en entredicho el deber del Gobierno de actuar con transparencia absoluta en la inversión de los recursos de todos los colombianos.

Cordialmente,

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Fernando Carrillo Flórez', with a stylized flourish at the end.