

Dennis F. Dunne
Evan R. Fleck
MILBANK LLP
55 Hudson Yards
New York, New York 10001
Telephone: (212) 530-5000
Facsimile: (212) 530-5219

*Counsel for Debtors and
Debtors-in-Possession*

Gregory Bray
MILBANK LLP
2029 Century Park East, 33rd Floor
Los Angeles, CA 90067
Telephone: (424) 386-4000
Facsimile: (213) 629-5063

Andrew M. Leblanc
Aaron L. Renenger
MILBANK LLP
1850 K Street NW,
Suite 1100
Washington, D.C. 20006
Telephone: (202) 835-7500
Facsimile: (202) 263-7586

**UNITED STATES BANKRUPTCY COURT
SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK**

-----X
In re: :
AVIANCA HOLDINGS S.A., *et al.*, : Chapter 11
Debtors. : Case No. 20-11133 (MG)
: (Jointly Administered)
:
-----X

**DECLARACIÓN DE JAIME ALBERTO ARRUBLA-PAUCAR APOYANDO LA
SOLICITUD DE RECARACTERIZACIÓN**



2011133201015000000000038

Yo, Jaime Alberto Arrubla-Paucar, declaro lo siguiente:

I. Calificaciones

1. Soy un abogado colombiano cuya práctica se centra en asesoría en derecho comercial y contractual, así como en arbitrajes y litigios civiles, comerciales y contencioso administrativos. Me especializo en derecho de contratos, responsabilidad civil contractual y extracontractual y en disputas comerciales en general.
2. Por ocho años, fui magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el máximo órgano judicial en Colombia para asuntos civiles y comerciales.
3. Soy profesor de derecho en las principales universidades de Colombia y he publicado a nivel nacional e internacional acerca de derecho mercantil, responsabilidad civil extracontractual y contratos.
4. Mis credenciales académicas y profesionales se resumen en más detalle a continuación.

A. FORMACIÓN PROFESIONAL

5. Obtuve el título de abogado en la Universidad Pontificia Bolivariana en la ciudad de Medellín, en el año 1976. Al graduarme, inmediatamente inicié mi práctica en Colombia. Posteriormente, obtuve **(a)** cuatro títulos de especialización (que en Colombia son programas de posgrado de un año con dedicación parcial, enfocados en un área específica del derecho) en derecho canónico, derecho civil, derecho comercial y derecho laboral, entre 1978 y 1996; **(b)** un máster en derecho privado (e.g. responsabilidad civil, contratos y derecho comercial) en 1998; **(c)** un máster en estudios avanzados en derecho privado en la Universidad de Salamanca, España; y **(d)** un doctorado en derecho de la Universidad de Salamanca en 2014, graduándome *cum laude*.

B. EXPERIENCIA PROFESIONAL

6. He ejercido el derecho durante más de 40 años. Como se detalla a continuación, en mi carrera he combinado la práctica privada con el servicio público. Específicamente, desde 1988 hasta hoy, he sido el socio fundador de mi propio bufete de abogados, hoy Arrubla Devis, cuya práctica se centra en consultoría y resolución de conflictos contractuales, de responsabilidad civil y en disputas comerciales en general.
7. En tres ocasiones dejé la práctica privada para el servicio público, específicamente: **(a)** en 1982, trabajé durante un año como Jefe de Gabinete del Gobernador de Antioquia; **(b)** de 1998 a 2000, fui Secretario Jurídico de la Presidencia; y **(c)** de 2004 a 2012, fui Magistrado de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, el órgano judicial más importante para asuntos civiles y mercantiles. Además, fui su presidente en 2010.
8. Adicionalmente, desde el año 1980 he sido árbitro en la Cámara de Comercio de Medellín y desde el año 2000 en la Cámara de Comercio de Bogotá, los dos mayores centros de arbitraje de Colombia, y he actuado como árbitro en más de 50 procesos. He sido apoderado en múltiples procesos arbitrales en los principales Centros de Arbitraje del país y he actuado como experto en derecho colombiano en al menos 7 procesos judiciales y arbitrales, principalmente en Estados Unidos y Europa.

C. EXPERIENCIA ACADÉMICA

9. He sido profesor de derecho comercial y de contratos en varias universidades del país, tanto en pregrado como en posgrado, incluidas las facultades de derecho de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, la Universidad de los Andes, la Universidad Externado de Colombia y la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, y soy profesor emérito en la Universidad Pontificia Bolivariana en Medellín (la mayor distinción que un profesor puede recibir en esa Universidad).
10. Soy autor de varias publicaciones sobre responsabilidad civil, derecho comercial y contratos, incluido un tratado denominado Contratos Mercantiles, en cuatro (4) tomos,

que es utilizado en las principales facultades de derecho del país para las clases de contratos y similares y es recurrentemente citado en artículos académicos, sentencias judiciales en los diferentes niveles y laudos arbitrales. Además, he publicado docenas de artículos sobre los mismos temas en revistas y publicaciones especializadas en Colombia, América Latina y Europa. Adicionalmente, de manera frecuente imparto discursos en conferencias colombianas e internacionales sobre estos temas.

D. OTRAS CREDENCIALES

11. Actualmente soy **(a)** miembro de número de la Academia Colombiana de Jurisprudencia, uno de los más prestigiosos centros de estudios legales en Colombia, formado principalmente por antiguos miembros de la Corte Suprema y otras altas cortes, así como profesores distinguidos; **(b)** miembro del Comité Especial de Investigación Jurídica y Académica de la Corporación Excelencia en la Justicia, el mayor grupo de interés público y de reforma legal en Colombia; y; **(c)** Presidente Honorario del Colegio de Abogados de Medellín.

II. La ley colombiana busca la verdadera intención de las partes para determinar la naturaleza de un contrato

12. El artículo 1618 del Código Civil¹ colombiano consagra la regla más importante en materia de interpretación de los contratos. De acuerdo con esta norma, al interpretar un contrato, siempre se debe preferir la verdadera intención de las partes sobre la literalidad de las palabras plasmadas en el acuerdo. Adicionalmente, las cláusulas de un contrato pueden interpretarse también de acuerdo con las de otros contratos entre las mismas partes y sobre la misma materia, así como por la aplicación práctica del contrato.² Es importante señalar que, para identificar la verdadera naturaleza del contrato, el juez no puede estar atado al nombre o denominación que las partes le hayan dado en el texto del

¹ Código Civil, artículo 1618: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.”

² Código Civil, artículo 1622: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia. O por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte.”

mismo, por reiterado que sea, sino que debe determinar el verdadero contenido del contrato para establecer de qué tipo se trata³.

13. Así las cosas, la verdadera intención de las partes debe extraerse del análisis de diferentes factores, tales como: (a) el propósito perseguido por las partes al momento de la negociación y celebración del contrato⁴; (b) la naturaleza de la operación económica en su conjunto; (c) la aplicación práctica del contrato por las partes⁵ y; (d) el contexto en el cual se negoció y ejecutó el contrato⁶. Estos elementos pueden ser acreditados empleando los documentos precontractuales suscritos por las partes⁷, así como otros medios de prueba distintos del contrato en sí mismo. Inclusive, la verdadera intención de las partes debe prevalecer aún cuando los términos empleados en el contrato reflejen “claridad y precisión.”⁸

³ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2011, Rad. No. 2000-01474-01; Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 20 septiembre 2016, Rad. 08001-31-03-010-2010-00254-01.

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 18 de febrero de 2003, Radicado No. 6806. La Corte reconoció que el objetivo de la interpretación contractual consiste en establecer “la genuina voluntad y real voluntad que las animó a celebrar el contrato e identificar los fines perseguidos al ajustarlo, (...)”. En el Laudo Arbitral de fecha 13 de mayo de 2005, Teleconsorcio S.A. et al v. Empresa Nacional de Telecomunicaciones, el Tribunal señaló que la voluntad real y genuina de las partes es “[a]quella que presidió la formación y celebración del contrato, esto es, la voluntad de carácter histórico y no la que las partes puedan llegar a tener en un momento posterior a la celebración del acto (...) Para la búsqueda de la voluntad real es necesario tener en cuenta las circunstancias imperantes en el momento de la negociación, la base económica sobre la cual se funda el contrato, el juego de intereses que subyace en él, la regulación que mediante el contrato las partes han buscado para dichos intereses, así como las motivaciones y propósitos que las llevaron a negociar y los objetivos buscados por ellas a través de los acuerdos a los que llegaron”.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 28 de febrero de 2005, Radicado No. 7504.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 31 de julio de 2018, Radicado No. 2013-00162-01: “la interpretación (...) consiste en establecer y precisar la relevancia normativa de su sentido conformemente a la ‘recíproca intención de las partes’ (art. 1618 C.C.)...”, la cual buscarse atendiendo a “una perspectiva retrospectiva y prospectiva, esto es, considerando además de la celebración, ejecución y conducta práctica negocial, la fase prodrómica, de gestación o formación teniendo en cuenta que ‘[...] los actos, tratos o conversaciones preliminares enderezados a preparar la producción de un consentimiento contractual no son intrascendentes; por el contrario, una vez formado el consentimiento son parte integrante de él, y su importancia se traduce en servir de medios auxiliares para interpretar la verdadera intención de las partes, cristalizada en las cláusulas del contrato’ (cas. civ. junio 28/1989).”

⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 03 de octubre de 2013, Radicado No. 2004-0413-01. Al realizar un análisis para identificar la verdadera intención de las partes, la Corte señaló que “evocando en primer lugar los acercamientos previos al pacto, uno de los posibles elementos ilustrativos del criterio de las partes, podría ser el documento que le precedió [al contrato]”.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 28 de febrero de 2005, Radicado No. 7504. “Esa búsqueda –o rastreo *ex post*- de la intención común, por lo demás, no debe ser erradicada por el hecho de que las palabras usadas por los contratantes reflejen, *prima facie*, claridad y precisión, pues no hay que olvidar que si la voluntad común de las partes es diferente y se conoce, a ella hay que plegarse más que al tenor literal, el

14. En relación con el análisis del propósito perseguido por las partes y la naturaleza de la operación realizada en su conjunto, es necesario aludir a la figura de la coligación contractual. Esta institución ha sido reconocida por la Corte Suprema de Justicia cuando existe una pluralidad de contratos interrelacionados entre sí en cuanto a su finalidad económica global, de manera que cada uno de ellos repercute sobre los demás, pudiendo predicarse una sola causa u objetivo económico común. En estos eventos, los contratos no pueden ser entendidos en forma aislada, sino que deben interpretarse de acuerdo con la función económica “supra contractual” de toda la operación en su conjunto⁹. Como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, “la realidad de los negocios enseña que hoy en día, muchos de ellos requieren para su materialización la celebración de dos o más contratos, en sentido estricto, puesto que sólo de la completa y oportuna ejecución de cada uno de ellos y de todos en conjunto, puede conseguirse el propósito perseguido (...)”.¹⁰

15. De esta manera, cuando existe coligación contractual, desde el punto de vista jurídico, los contratos no pueden ser analizados ni interpretados como negocios jurídicos absolutamente independientes.¹¹ Así, con el fin de determinar la coligación, el énfasis de la interpretación no debe recaer en cada contrato en particular, sino en el negocio global como realidad económica, siempre que los diferentes contratos persigan una misma finalidad económica global, entre las que se encuentra la obtención de un crédito.¹²

16. Para el caso que nos ocupa, es necesario tener en cuenta lo establecido en la Ley 1676 de 2013, mediante la cual se regulan las garantías mobiliarias en Colombia, con el propósito de “incrementar el acceso al crédito mediante la ampliación de bienes, derechos o

que, *in radice*, en precisas circunstancias, puede llegar a eclipsar y, por ende, desfigurar, la verdadera *voluntas* de los convencionistas (...)”.

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2018, Radicado no. 11001-31-03-032-2008-00635-01.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 15 de noviembre de 2017, Radicado no. 68001-31-001-1998-00181-02.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 25 de septiembre de 2007, Radicado no. 2000-000528-01.

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, sentencia del 15 de noviembre de 2017, Radicado no. 68001-31-001-1998-00181-02.

acciones que pueden ser objeto de garantía mobiliaria.”¹³ En desarrollo de los principios interpretativos antes enunciados, esta Ley establece que se considerarán como contratos de garantía todos aquellos que sirvan para garantizar obligaciones propias o ajenas con bienes muebles, con independencia del nombre y la naturaleza de los mismos. La mencionada ley establece expresamente que “independientemente de su forma o nomenclatura, el concepto de garantía mobiliaria se refiere a toda operación que tenga como efecto garantizar una obligación con los bienes muebles del garante e incluye, entre otros (...) las garantías y transferencias sobre cuentas por cobrar, incluyendo compras, cesiones en garantía (...).”¹⁴ Así mismo, establece que los bienes dados en garantía a los que se refiere la ley pueden ser derechos futuros y derechos económicos derivados de contratos¹⁵ y créditos presentes o futuros.¹⁶ Los contratos de garantía mobiliaria tienen, por ende, la naturaleza de contratos de garantía o seguridad, y no de verdadera venta, y son comúnmente utilizados para garantizar contratos de crédito o financiación.

17. Adicionalmente, la ley establece en su artículo 8º que se considera garante para todos sus efectos al “cedente o vendedor de cuentas por cobrar, y al cedente en garantía de un derecho de crédito”. Por su parte, define el término crédito como “el derecho del garante de reclamar o recibir el pago de una suma de dinero de un tercero, adeudada actualmente o que pueda adeudarse en el futuro, incluyendo, entre otros, las cuentas por cobrar”.
18. Por lo tanto, con independencia de la nomenclatura y naturaleza contractual, si un acuerdo tiene por finalidad garantizar obligaciones propias o ajenas con bienes muebles, tangibles o intangibles, se considera un contrato de garantía mobiliaria bajo la ley colombiana. La labor del intérprete es determinar la finalidad económica de la operación; si lo que se buscaba era que el contrato o los contratos tuvieran por finalidad la de garantizar una obligación principal, necesariamente se debe reconocer que el contrato es de garantía mobiliaria y no una “verdadera venta”.

¹³ Ley 1676 de 2013, artículo 1.

¹⁴ Ley 1676 de 2013, artículo 3.

¹⁵ Ley 1676 de 2013, artículo 6.

¹⁶ Ley 1676 de 2013, artículos 23 y 24.

19. El énfasis de la interpretación es funcional; es decir, que serán contratos de garantía todos aquellos con los que se busque cumplir una función de garantía. Es necesario identificar la causa o la finalidad buscada por las partes al celebrar el contrato o contratos que integran la operación. En el caso de una venta o una cesión de créditos, si lo que llevó a las partes a contratar fue simplemente su intención de intercambiar de manera permanente un activo (crédito) por otro (dinero), sin que haya lugar a la reversión o devolución del crédito al vendedor, es probable que se trate de una verdadera venta o cesión. Pero, por el contrario, si el verdadero objetivo o causa contractual era lograr la obtención de un crédito, y la cesión de los créditos cumple una función de garantía y fuente de pago de dicho crédito, se le debe reconocer como una garantía mobiliaria para efectos de la ley colombiana. El hecho de que se pacte que, cumplidas ciertas condiciones, los créditos cedidos vuelven al vendedor o cedente es un claro indicio de que la verdadera intención de las partes no era celebrar una “verdadera venta” sino una cesión en garantía en los términos de la Ley 1676 de 2013, ya que la reversión o devolución del activo vendido no es propio de los contratos de compraventa, mientras que es exactamente lo que ocurre cuando se celebra una cesión de créditos con función de garantía.

III. Bajo la ley colombiana, la Transacción de USAV probablemente sería caracterizada como un contrato de garantía y no una “verdadera venta”

20. Por lo tanto, la Transacción de USAV no sólo se rige por lo que expresamente se haya acordado en él, sino por todas las demás normas aplicables, de acuerdo con su naturaleza. Para determinar su naturaleza y poder interpretarlo, se debe preferir la real intención de las partes sobre los términos plasmados en el acuerdo, atendiendo a la naturaleza misma de la operación económica global buscada.

21. Con base en la documentación que he revisado, y por los motivos que menciono a continuación, podría considerarse que la real intención de las partes no era celebrar una venta de derechos económicos y créditos. Lo anterior, empezando porque USAV es un vehículo de propósito especial, que no tiene interés alguno en la celebración de este acuerdo, y sólo sirvió como puente y mecanismo de garantía y forma de pago para la operación económica de préstamo buscada tanto por Avianca como por los prestamistas

de USAV, que son realmente prestamistas de Avianca. El único objetivo, móvil y finalidad económica de toda la operación, instrumentalizada a través de una pluralidad de contratos, era lograr dicha financiación para Avianca, de manera segura para los prestamistas, instituyendo un mecanismo que sirviera como garantía y fuente de pago de dicho préstamo. En consecuencia, debe entenderse que los contratos que hacen parte de la Transacción de USAV son contratos coligados y se deben interpretar en atención a esa realidad.

22. Ahora, si bien el RSPA establece en varias ocasiones que se trata de una “verdadera venta”, se debe preferir la verdadera intención de las partes, atendiendo a la naturaleza misma de la operación económica global, que la literalidad de las palabras. Llama la atención que en la página 5 del RSPA se estableció que, para efectos del artículo 1618 del Código Civil, la real intención de las partes era que se tratase de una “verdadera venta”. Sin embargo, esa afirmación es un contrasentido y atenta contra el espíritu mismo de esa norma, ya que pretende que la literalidad de esas palabras prevalezca sobre la verdadera intención de las partes. Lo que busca la norma es precisamente que, con independencia del clausulado del contrato, se deba preferir la real intención, la cual no puede extraerse de la literalidad de las palabras, ya que la norma perdería todo sentido. Por el contrario, debe extraerse de la apreciación del contrato, de la operación económica en su conjunto y del contexto en el cual se negoció y ejecutó el contrato. Por lo tanto, a esa afirmación no debe otorgársele mayor efecto.

23. Con base en la documentación que he revisado y lo antes expuesto, considero que los jueces colombianos llegarían a la conclusión de que, en atención a la naturaleza global de la operación y el propósito perseguido por las partes en el RSPA y los demás contratos relacionados, concretamente, instrumentar la obtención de un crédito dirigido a la financiación de Avianca, mediante la transferencia de unos derechos económicos y de crédito como garantía y fuente de pago del préstamo otorgado, los contratos que conforman la Transacción de USAV son contratos de garantía a la luz de la Ley 1676 de 2013.

24. De manera adicional, es preciso indicar que esta misma conclusión es predicable de la aplicación práctica que las partes han hecho de la Transacción de USAV. Como se señaló anteriormente, USAV es un vehículo cuya existencia se explica únicamente en la necesidad de estructurar un mecanismo seguro de financiación en favor de Avianca. En este sentido: (i) la cesión de los derechos económicos y de crédito tiene por objeto servir de garantía y fuente de pago de la obligación contraída con los prestamistas. Por esta razón, en cada periodo de pago, USAV debe utilizar el dinero obtenido con ocasión de la cesión de derechos para pagar las obligaciones de los prestamistas y posteriormente pagar (o más precisamente reembolsar) el excedente a Avianca (el “Precio Adicional de Venta”); (ii) una vez el préstamo sea pagado íntegramente los derechos económicos y de crédito deben regresar a Avianca, circunstancia que no se corresponde con una “verdadera venta” y; (iii) las partes suscribieron un contrato de garantía mobiliaria sobre los derechos económicos y de crédito, que ha sido debidamente inscrito en el Registro de Garantías Mobiliarias, circunstancia que da cuenta de que la operación fue siempre de financiación y no una mera venta. Por consiguiente, resulta claro que USAV ostenta el dominio de los derechos económicos y de crédito en calidad de “titular en garantía”¹⁷ y no estrictamente como adquirente final de los mismos.

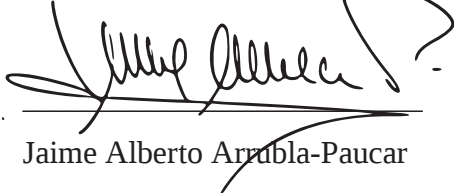
IV. Las opiniones legales provenientes de los abogados de las partes en relación con ciertos negocios o transacciones no son vinculantes en el derecho colombiano

¹⁷ Laudo Arbitral de 04 de mayo de 1999. Banco Standard Chartered Colombia S.A. v. Leasing Capital S.A. y Fondo de Garantías de Instituciones Financieras “Fogafin”. En este proceso el Tribunal reconoció que la cesión de los derechos económicos y créditos y cesión parcial de la posición contractual realizada era realmente un negocio de garantía y que, por lo tanto, el cesionario era un “titular en garantía” de los mismos. “Modernamente la práctica comercial y financiera da a ciertas garantías, por su determinación y certeza, el alcance adicional de ser fuente de pago de la obligación garantizada. A juicio del tribunal esta finalidad no estuvo ausente de la intención de las partes como quiera que en los textos de las cesiones de los derechos económicos de los contratos de Leasing objeto del proceso, claramente se advierte que además de la garantía en que tal cesión consiste, el cesionario queda investido de la facultad de recaudar los cánones, recibirlos a título de depósito en garantía y aplicarlos al pago de las obligaciones garantizadas, restituyendo al deudor el excedente. La cita que los documentos de cesión hacen del artículo 1173 del Código de Comercio -referente al depósito de dinero en garantía- revela y confirma claramente la intención que las partes tuvieron al momento de realizar las cesiones, que no fue otra que la de constituir una forma de tenencia en manos del acreedor, y nunca de dominio”. Se debe tener en cuenta que el Tribunal no extrae la naturaleza de la cesión como un contrato de garantía de la mención expresa del artículo 1173 del Código de Comercio, sino que con ella confirma su análisis sobre la real intención de las partes, que como ya hemos dicho debe prevalecer sobre la literalidad del contrato.

25. Finalmente, se nos ha pedido mi concepto sobre si una opinión o concepto jurídico rendido anteriormente por las partes en relación con el RSPA y su naturaleza jurídica, es de carácter obligatorio o vinculante para las partes y, concretamente, para Avianca. Específicamente, es necesario señalar claramente que las opiniones legales de los abogados en Colombia no tienen ningún carácter vinculante en el derecho colombiano. Estas se consideran precisamente opiniones de quien las elabora y de ellas no se pueden desprender derechos ni obligaciones de ningún tipo; especialmente cuando lo que en ellas se indica contrarían lo establecido en la ley colombiana. Además, no resulta posible afirmar que dicha opinión hubiere generado expectativas legítimas en cabeza de alguno de los contratantes acerca de la naturaleza de la operación como una “verdadera venta”, pues como se explicó de manera precedente han sido las mismas partes quienes con sus conductas en la etapa pre contractual y en la aplicación práctica que le han dado contrato, han demostrado que su real intención era que se tratase de una operación de financiamiento. Pretender que una opinión legal de un abogado prevalezca sobre la verdadera intención de los contratantes desconoce lo establecido en el artículo 1618 del Código Civil. Si esta norma le da preferencia a la verdadera intención de las partes y la verdadera naturaleza de los contratos sobre los términos de los contratos, con mayor razón esta debe prevalecer sobre una opinión jurídica de una persona que ni siquiera hace parte del contrato, como lo son los abogados o asesores de las partes.

Declaro bajo pena de perjurio que lo anterior es verdadero y correcto de acuerdo con mi conocimiento e información.

Firmado el 13 de octubre de 2020.



Jaime Alberto Arrubla-Paucar

EXHIBIT A

**CERTIFIED TRANSLATION OF
THE DECLARATION OF JAIME ALBERTO ARRUBLA-PAUCAR**



Ubiquitous Reporting, Inc.
61 Broadway, Ste 1400
New York, NY 10006
Tel.: (212) 346.6666
Fax: (888) 412.3655

STATE OF NEW YORK)
) ss
COUNTY OF NEW YORK)

CERTIFICATE OF TRANSLATION

This is to certify that the accompanying, to the best of my knowledge and belief, is a true and accurate translation into English, completed on October 14, 2020 of “**Avianca - USAVflow - Declaración Jaime Arrubla Paucar (13.10.2020)**” originally written in Spanish.

Patrick Volpe

Patrick Volpe
Director of Production
Ubiquitous Reporting, Inc.

Sworn to and subscribed before me,
this October 14, 2020.

Nashakeem Uzzell

Notary Public

NASHAKEEM UZZELL
NOTARY PUBLIC—STATE OF NEW YORK
No. 01UZ6349937
Qualified in New York County
My Commission Expires 10—31—2020

Dennis F. Dunne
Evan R. Fleck
MILBANK LLP
55 Hudson Yards
New York, New York 10001
Telephone: (212) 530-5000
Facsimile: (212) 530-5219

Gregory Bray
MILBANK LLP
2029 Century Park East, 33rd Floor
Los Angeles, CA 90067
Telephone: (424) 386-4000
Facsimile: (213) 629-5063

Andrew M. Leblanc
Aaron L. Renenger
MILBANK LLP
1850 K Street NW,
Suite 1100
Washington, D.C. 20006
Telephone: (202) 835-7500
Facsimile: (202) 263-7586

*Counsel for Debtors and
Debtors-in-Possession*

**UNITED STATES BANKRUPTCY COURT
SOUTHERN DISTRICT OF NEW YORK**

-----X		:	
In re:		:	Chapter 11
		:	
AVIANCA HOLDINGS S.A., <i>et al.</i> ,		:	Case No. 20-11133 (MG)
		:	
Debtors.		:	(Jointly Administered)
		:	

-----X

**DECLARATION OF JAIME ALBERTO ARRUBLA-PAUCAR IN SUPPORT OF THE
REQUEST FOR RECHARACTERIZATION**

I, Jaime Alberto Arrubla-Paucar, hereby declare the following:

I. Qualifications

1. I am a Colombian attorney whose practice is centered on advising in commercial and contractual law, as well as in arbitration and civil and commercial litigation and administrative disputes. I am specialized in contract law, contractual and civil liability, and in commercial disputes in general.
2. For a period of eight years, I was a Justice of the Civil Division of the Supreme Court of Justice, the highest judicial body in Colombia for civil and commercial matters.
3. I am a law professor at the principal universities of Colombia, and I have published at the national and international level on commercial law, extracontractual civil liability and contracts.
4. My academic and professional credentials are summarized in greater detail below.

A. PROFESSIONAL BACKGROUND

5. I obtained my law degree from Universidad Pontificia Bolivariana in the city of Medellín, in 1976. After graduation, I immediately began to practice law in Colombia. Later, I obtained **(a)** four specialization titles (In Colombia, these are one year part-time graduate programs, focused on a specific area of the law), in Canon law, civil law, commercial law and labor law, between 1978 and 1996; **(b)** a master's degree in private law (e.g. civil liability, contracts and commercial law) in 1998; **(c)** a master's degree in advanced studies in private law from Universidad de Salamanca, Spain; and **(d)** a doctorate in law from Universidad de Salamanca in 2014; I graduated *cum laude*.

B. PROFESIONAL EXPERIENCE

6. I have worked in the legal field for more than 40 years. As presented in detail below, in my career I have worked in both private practice and for the government. Specifically, from 1988 to the present, I have been a founding partner at my own law firm, today called Arrubla Devis, whose practice is centered on consulting and contractual, civil liability and commercial dispute resolution in general.
7. On three different occasions, I left private practice to work in the government, specifically: **(a)** in 1982, I worked for one year as the Chief of Staff for the Governor of Antioquia; **(b)** from 1998 to 2000, I was the Legal Secretary to the Presidency; and **(c)** from 2004 to 2012, I was a Justice of the Civil Division of the Supreme Court of Justice, the most important judicial body for civil and commercial matters. In addition, I was its president in 2010.
8. Moreover, since 1980 I have been an arbitrator at the Chamber of Commerce of Medellín, and since 2000, at the Chamber of Commerce of Bogotá, the two largest arbitration centers in Colombia, and I have worked as an arbitrator in more than 50 proceedings. I have been a representative in many arbitration proceedings at the principal Arbitration Centers in the country, and I have acted as an expert in Colombian law in at least 7 judicial and arbitration proceedings, principally in the United States and Europe.

C. ACADEMIC EXPERIENCE

9. I have been a professor of commercial law and contracts at several universities in the country, both at the undergraduate and graduate levels, including the law schools of Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá, Universidad de los Andes, Universidad Externado de Colombia and Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, and I am a professor emeritus at Universidad Pontificia Bolivariana in Medellín (the highest honor that a professor can receive at that university).
10. I am the author of several publications on civil liability, commercial law and contracts, including a treatise entitled Commercial Contracts, in four (4) volumes,

which is used in the principal law schools in the country for classes on contracts and similar matters, and is repeatedly cited in academic articles, court judgments at the different levels, and in arbitral awards. In addition, I have published dozens of articles on these same topics in specialized magazines and publications in Colombia, Latin America and Europe. In addition, I frequently give presentations at Colombian and international conferences on these topics.

D. OTHER CREDENTIALS

11. Currently, I am **(a)** a numbered member of the Colombian Academy of Jurisprudence, one of the most prestigious law studies centers in Colombia, which is composed principally of former members of the Supreme Court and other high courts, as well as distinguished professors; **(b)** a member of the Special Committee of Legal and Academic Investigation of the Excellence Corporation in Justice, the largest public interest and legal reform group in Colombia; and; **(c)** Honorary President of the Bar Association of Medellín.

II. Colombian law seeks to determine the true intention of the parties in order to determine the nature of a contract

12. Article 1618 of the Colombian Civil Code¹ establishes the most important rule in matters of interpretation of contracts. According to this rule, when interpreting a contract, the true intention of the parties should always be given preference over the literal meaning of the words set down in the agreement. Additionally, the articles of a contract can also be interpreted in accordance with those in other contracts between the same parties on the same matter, as well as by the practical application of the contract.² It's important to note that in order to identify the true nature of the contract, the judge must not be restricted by the name or attribution that the parties have given in its text,

¹ Civil Code, article 1618: "If the intention of the contracting parties is clearly known, this must be given more weight than the literal meaning of the words."

² Civil Code, article 1622: "The articles of a contract will be interpreted in line with the other articles, with each given the meaning that best applies to the contract in its totality. They can also be interpreted in accordance with those in another contract between the same parties about the same matter. Or by the practical application that both parties have made of them, or by one of the parties with the approval of the other party."

no matter how often it is repeated but must instead determine the true content of the contract in order to define what type it is³.

13. As a result, the true intention of the parties must be obtained through an analysis of different factors, such as: (a) the purpose sought by the parties at the time the contract was negotiated and executed⁴; (b) the nature of the economic operation as a whole; (c) the practical application of the contract by the parties⁵ and; (d) the context in which the contract was negotiated and executed⁶. These elements can be determined by using the precontractual documents signed by the parties⁷, as well as other types of evidence outside the contract itself. In fact, the true intention of the parties must prevail even when the terms used in the contract reflect "clarity and precision."⁸

³ Supreme Court of Justice, Civil Division, judgment of December 19, 2011, Filing No. 2000-01474- 01; Supreme Court of Justice, Civil Division, judgment of September 20, 2016, Filing 08001-31-03-010-2010- 00254-01.

⁴ Supreme Court of Justice, Civil Division, judgment of February 18, 2003, Filing No. 6806. The Court recognized that the object of contractual interpretation consists of establishing "the genuine will and true will that led them to execute the contract and to identify the purpose sought in agreeing to it, (...)". In the Arbitral Award dated May 13, 2005, Teleconsorcio S.A. et al v. Empresa Nacional de Telecomunicaciones, the Tribunal stated that the real and genuine will of the parties is "[t]hat which presided over the formation and execution of the contract; that is, the will of a historical nature, and not that which the parties may come to have at a later moment, after the execution of the agreement (...). In order to determine the true will, it is necessary to keep in mind the relevant circumstances at the time of the negotiation, the economic basis of the contract, the underlying interests at stake, the regulation under which the parties, through the contract, have sought to achieve these interests, as well as the motivations and purposes that led them to negotiate and the objectives sought through the agreements they reached."

⁵ Supreme Court of Justice, Civil Division, judgment of February 28, 2005, Filing No. 7504.

⁶ Supreme Court of Justice, Civil Division, judgment of July 31, 2018, Filing No. 2013-00162- 01: "interpretation (...) consists of establishing and defining the normative relevance of its meaning in accordance with the 'reciprocal intention of the parties' (art. 1618 C.C.)...", which is to be sought in line with "a retrospective and prospective perspective; that is, considering beyond the execution, performance and practical conduct of the negotiation, the prodromic phase of management or formation, taking into account the fact that '[...] the preliminary acts, agreements or conversations designed to prepare for contractual consent are not non-transcendent; to the contrary, once consent has been formed, they are an integral part of it, and their importance is shown by the fact that they serve as auxiliary means to interpret the true intention of the parties, as crystallized in the articles of the contract' (civil case June 28/1989)."

⁷ Supreme Court of Justice, Civil Division, judgment of October 3, 2013, Filing No. 2004-0413- 01. After conducting an analysis to identify the true intention of the parties, the Court indicated that "first evoking the contact prior to the agreement, one of the possible illustrative elements of the criteria used by the parties could be the document that preceded it [the contract]".

⁸ Supreme Court of Justice, Civil Division, judgment of February 28, 2005, Filing No. 7504. "That search - the ex-post search for the common intention, should also not be eradicate by the fact that the words used by the contracting parties reflect, prima facie, clarity and precision, since we must not forget that if the shared will of the parties is different and is known, it must be followed more closely than the literal meaning,

14. In relation to the analysis of the goal sought by the parties and the nature of the operation conducted as a whole, it is necessary to refer to the figure of contractual union. This legal institution has been recognized by the Supreme Court of Justice when there is a plurality of contracts that are inter-related in regard to their overall economic purpose, so that each of them has repercussions on the others, and which may be based on a single shared cause or objective. In these events, the contracts cannot be understood in isolation; instead, they must be interpreted in accordance with the "supra contractual" economic function of the operation as a whole.⁹ As the Supreme Court of Justice has recognized, "the reality of business teaches us that nowadays, many transactions require the execution of two or more contracts, strictly speaking, since it is only through the complete and timely performance of each of them and all of them together that it is possible to achieve the intended purpose (...)".¹⁰
15. Therefore, from a legal standpoint, when contractual union is present, the contracts cannot be analyzed or interpreted as absolutely independent legal transactions.¹¹ Thus, in order to determine the existence of a union, the emphasis of the interpretation must not fall on each contract in particular; rather, it should be on the entire transaction as an economic reality, whenever the different contracts seek the same overall economic goal, including those designed to obtain credit.¹²¹
16. For the case in question, we must keep in mind what was established in Law 1676 of 2013, which regulates personal property security in Colombia, in order to "expand access to credit through the increase of assets, rights, or

which, *in radice*, under certain circumstances, may eclipse, thereby disfiguring the true *voluntas* of the contracting parties (...)"

⁹ Supreme Court of Justice, Civil Division, judgment of December 19, 2018, Filing no. 11001-31- 03- 32- 2008-00635-01.

¹⁰ Supreme Court of Justice, Civil Division, judgment of November 15, 2017, Filing no. 68001- 31-001-1998- 00181-02.

¹¹ Supreme Court of Justice, Civil Division, judgment of September 25, 2007, Filing no. 2000- 000528-01.

¹² Supreme Court of Justice, Civil Division, judgment of November 15, 2017, Filing no. 68001- 31-001-1998- 00181-02.

actions that can be the object of a security guarantee."¹³ In developing the interpretation principles previously indicated, this Law affirms that all contracts that serve to guarantee a party's own obligations or those of another party non-real estate assets, independent of their name and nature, will be considered to be guarantee contracts. This law expressly states that "independent of the form or nomenclature, the concept of personal property security refers to all operations that have as their effect the guaranteeing of an obligation with the non-real estate assets of the guarantor, and includes, among others (...) the guarantees and transfers over accounts receivable, including purchases, assignments in guarantee (...)." ¹⁴ Additionally, it states that the assets given in guarantee to which the law refers can be future rights and economic rights resulting from contracts¹⁵ and credits, whether present or future.¹⁶ Personal property security contracts therefore have the nature of guarantee or security contracts, and not those of a true sale, and are commonly used to guarantee credit or financing contracts.

17. Moreover, the law, in article 8, considers a guarantor for all effects to be "the assignor or seller of accounts receivable, and the assignor in guarantee of a credit right." In turn, it defines the term credit as "the right of the guarantor to claim or receive payment of a sum of money from a third party, currently in debt or that may become owed in the future, including, among others, accounts receivable."
18. Therefore, independent of the name and contractual nature, if the purpose of an agreement is to guarantee a party's own or third party obligations with property that is not real estate, whether tangible or intangible, it is considered a personal property security contract under Colombian law. The work of the legal interpreter is to determine the economic purpose of the operation; if what the contract or contracts sought was to guarantee a principal obligation, then it must be recognized that it is a personal property security contract and not a "true sale."

¹³ Law 1676 of 2013, article 1.

¹⁴ Law 1676 of 2013, article 3

¹⁵ Law 1676 of 2013, article 6.

¹⁶ Law 1676 of 2013, articles 23 and 24.

19. The emphasis of the interpretation is functional; that is, that guarantee contracts will be all those that are intended to carry out a guarantee function. It is necessary to identify the cause or the purpose sought by the parties when they execute the contract or contracts that are part of the operation. In the case of a sale or assignment of credits, if what led to parties to execute the contract was simply their intention to permanently exchange one asset (credit) for another (money), without having the reversal or return of the credit to the seller, it is likely that it is a true sale or assignment. However, if the opposite is true, if the true objective or cause of the contract was to obtain a credit, and the assignment of the credits fulfills a function of guarantee and source of payment of that credit, it must be recognized as a personal property security for the purposes of Colombian law. The fact that it is agreed, that upon compliance with certain conditions, the credits assigned will return to the seller or assignor is a clear indication that the true intention of the parties was not to execute a "true sale" but instead, an assignment or guarantee, pursuant to the terms of Law 1676 of 2013, since the reversion or return of the asset sold is not part of a sale contract, while it is exactly what occurs when a credit assignment with a guarantee function is executed.

III. Under Colombian law, the USAV Operation would probably be characterized as a guarantee contract and not a "true sale"

20. Therefore, the USAV Operation is not only governed by what is expressly agreed upon in it, but rather by all the other applicable rules, according to its nature. In order to determine its nature and to be able to interpret it, preference must be given to the real intention of the parties over the terms placed in the agreement, in line with the nature of the overall economic operation sought.
21. Based on the documentation that I have reviewed, and for the reasons I will mention below, it is possible to see that the real intention of the parties was not to execute a sale of economic and credit rights. This is firstly because USAV is a special purpose vehicle, which has no interest whatsoever in the execution of this agreement, and only served as a bridge and mechanism of guarantee and form of payment for the economic loan operation sought by both Avianca and by the

USAV lenders, which are really lenders of Avianca. The sole economic objective of the entire operation, which was made instrumental through a plurality of contracts, was to obtain that financing for Avianca, in a safe manner for the lenders, establishing a mechanism that served as a guarantee and source of payment of that loan. As the result, it must be understood that the contracts that are part of the USAV Operation are united contracts and must be interpreted considering this reality.

22. Now, while it is true that on several occasions the RSPA states that it refers to a "true sale," we must give preference to the true intention of the parties, in response to the nature of the overall economic operations, over the literal meaning of the words. Notable is the fact that on page 5 of the RSPA it states that for the purpose of article 1618 of the Civil Code, the real intention of the parties was for it to be a "true sale." Nevertheless, this affirmation does not make sense, and violates the very spirit of this rule, since it would seek that the literal meaning of the words would prevail over the true intention of the parties. What the rule seeks is precisely that, independent of the articles in the contract, preference must be given to the real intention, which cannot be taken from the literal meaning of the words, since the rule would no longer make any sense. To the contrary, it must be taken from an appreciation of the contract, of the economic operation as a whole and from the context in which the contract was negotiated and performed. Therefore, this affirmation should not be given any attention.
23. Based on the documentation that I have reviewed, and on what has been presented above, I believe that the Colombian judges would reach the conclusion that in light of the global nature of the operation and the goal sought by the parties in the RSPA and in the other related contracts, which is to enable credit to be obtained in order to finance Avianca, through the transfer of some economic and credit rights as a guarantee and source of payment of the loan granted, the contracts that make up the USAV Operation are guarantee contracts, in accordance with Law 1676 of 2013.

24. Furthermore, it must be noted that this same conclusion is predicable of the practical use that the parties have made of the USAV Operation. As previously indicated, USAV is a vehicle whose existence is only explained by the need to structure a safe mechanism of financing in favor of Avianca. In this regard: (i) the assignment of the economic and credit rights is designed to serve as a guarantee and source of payment of the obligation assumed to the lenders. For this reason, in each payment period, USAV must use the money obtained from the assignment of rights to pay the obligations of the lenders, and later pay (or to be more precise, reimburse), the excess amount to Avianca (the "Additional Sale Price"); (ii) once the loan has fully been fully paid, the economic and credit rights are to be returned to Avianca, a circumstance that does not correspond to a "true sale" and; (iii) the parties signed a securities contract over the economic and credit rights, which has been duly registered at the Securities Guarantees Registry, which shows that the operation was always a matter of financing, not a mere sale. Therefore, USAV clearly owns the economic and credit rights in its capacity as "holder in guarantee"¹⁷ and not strictly as the final party to acquire them.

IV. The legal opinions issued by the attorneys to the parties in relation to certain operations or transactions are not binding under Colombian law

¹⁷ Arbitral Award of May 4, 1999. Banco Standard Chartered Colombia S.A. v. Leasing Capital S.A. and Fondo de Garantías de Instituciones Financieras "Fogafin." In this case, the Tribunal recognized that the assignment of the economic and credit rights, as well as the partial assignment of the contractual position made was really a guarantee transaction, and that therefore the assignee was a "holder in guarantee" of them. "Nowadays, the commercial and financial practice is to give certain guarantees, based on their determination and certainty, the additional scope of being a source of payment of the obligation guaranteed. From the standpoint of this court, this purpose was not absent from the intention of the parties, as the texts of the assignments of the economic rights of the Leasing contracts that are the object of the proceeding, clearly note that in addition to the guarantee which this assignment consists of, the assignee has the right to collect the rents, to receive them as a deposit in guarantee and to apply them against payment of the guaranteed obligations, returning the excess to the debtor. The citation made in the assignment documents of article 1173 of the Commercial Code, which refers to the deposit of money as a guarantee, clearly reveals and confirms the intention of the parties at the time the assignments were made, which was to establish a form of possession in the hands of the creditor, never of ownership." It must be kept in mind that the Tribunal does not extract the nature of the assignment as a guarantee contract from the express mention of article 1173 of the Commercial Code; rather, this is used to confirm its analysis of the real intention of the parties, which, as we have said, must prevail over a literal interpretation of the contract.

25. Finally, we have been asked my position as to whether an opinion or legal argument issued previously by the parties in relation to the RSPA and its legal nature is mandatory or binding for the parties, and concretely, for Avianca. Specifically, it is necessary to clearly state that the legal opinions of attorneys in Colombia do not have any binding nature under Colombian law. They are treated as the opinions of those who prepare them, and they do not give rise to rights or obligations of any kind, especially when what is stated in them is in violation of what is established in Colombian law. In addition, it is not possible to affirm that this opinion has created legitimate expectations in the mind of any of the contracting parties in regard to the nature of the operation as a "true sale," since, as explained above, it was these same parties who, with their behavior in the precontractual stage, and in the practical application of what they contracted for, have shown that their real intention was for it to be a financing operation. To seek to have the legal opinion of an attorney prevail over the true intention of the contracting parties would be to ignore the content of article 1618 of the Civil Code. If this rule gives preference to the true intention of the parties and the true nature of contracts over the terms of the contracts, then there is even more reason for it to prevail over the legal opinion of a person who is not even a party to the contract, such as the attorneys and advisors to the parties.

I declare under the penalties of perjury that the foregoing is true and correct, in accordance with the knowledge and information that I have.

Signed on October 13, 2020

[Signature]

Jaime Alberto Arrubla-Paucar