

Concesiones Eléctricas: Una Propuesta Para Mejorar Su Financiamiento

Sergio Rodríguez¹
 Marco Castañeda²

SUMARIO

I. Introducción; II. Régimen general de las concesiones para la promoción de inversiones: De privatizaciones a APP; III. Régimen específico de las concesiones eléctricas; IV. Financiamiento; V. Hipoteca sobre la concesión; VI. Propuesta; VII. Conclusiones.

PALBRAS CLAVES

Asociación Público Privada (APP), Sector de Energía, Concesiones eléctricas, Proyectos Energéticos, Financiamiento de Proyectos, Hipoteca.

KEYWORDS

Public Private Partnership, Energy Sector, Electric Concessions, Energy Projects, Project Financing, Mortgage.

RESUMEN

El autor explica a grandes rasgos el rol preponderante del sector privado en la inversión y ejecución de obras de infraestructura pública, y en la prestación de servicios públicos en nuestro país, con el objetivo de disminuir la brecha de infraestructura en diversos sectores como el de saneamiento, telecomunicaciones, energía, etc. En adición a lo anterior, considera que deben generarse herramientas eficaces que busquen favorecer el desarrollo de proyectos de los diversos sectores, como el otorgamiento de concesiones eléctricas en garantía a favor de los financistas privados para promover proyectos energéticos. En ese sentido, compara la regulación para el financiamiento de proyectos sujetos al régimen de APP y los sujetos al marco normativo del sector energía, para luego indicar que la hipoteca es una importante garantía para el financiamiento de un proyecto energético, a pesar de algunas deficiencias identificadas por el autor en la regulación vigente.

ABSTRACT

The author explains the importance of the role of the private sector in the investment and execution of public infrastructure works, and in the provision of public services in our country, with the aim of reducing the infrastructure gap in various sectors such as sanitation, telecommunications, Energy, etc. In addition to the above, it believes that effective tools should be generated that seek to favor the development of projects in the various sectors, such as the granting of electric concessions in favor of private financiers to promote energy projects. In this sense, it compares the regulation for the financing of projects subject to the PPP regime and those subject to the regulatory framework of the energy sector, and then indicates that the mortgage is an important guarantee for the

¹ Abogado por la Universidad de Lima. Asociado del Área de Derecho Bancario, Financiero y Mercado de Capitales y del Área Corporativo / M&A en el Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado del Área de Energía, Minería y Recursos Naturales del Estudio Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría.

financing of an energy project, despite some deficiencies identified by the author in the current regulation.

I. Introducción

Una de las principales dificultades para lograr el desarrollo del país es cubrir la brecha de infraestructura existente en servicios públicos. Al respecto, de acuerdo con el estudio denominado “Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025”, preparado por la Escuela de Gestión Pública de la Universidad del Pacífico con apoyo de la Asociación para el Fomento de la Infraestructura Nacional – AFIN³, dicha brecha para los años 2016-2020 ascendería en total a US\$ 68,815 millones de dólares de los Estados Unidos de América, siendo que para el año 2025 se incrementaría a US\$159,549 millones de dólares de los Estados Unidos de América⁴.

Asimismo, de acuerdo con el “Plan Nacional de Infraestructura 2016-2025” anteriormente mencionado, la brecha de infraestructura para los períodos 2016-2020, 2021-2025 y 2016-2025, por los sectores de Agua y Saneamiento, Telecomunicaciones, Transporte, Energía, Salud, Educación e Hidráulico, asciende a las siguientes cifras⁵:

Sector	Brecha a mediano plazo 2016-2020	Brecha 2021-2025	Brecha a largo plazo 2016-2025
Agua y Saneamiento ¹	6.970	5.282	12.252
Agua potable	1.624	1.004	2.629
Saneamiento	5.345	4.278	9.623
Telecomunicaciones	12.603	14.432	27.036
Telefonía móvil	2.522	4.362	6.884
Banda Ancha	10.081	10.070	20.151
Transporte	21.253	36.246	57.499
Ferrocarriles	7.613	9.370	16.983
Carreteras	11.184	20.667	31.850
Aeropuertos	1.419	959	2.378
Puertos	1.037	5.250	6.287
Energía	11.388	19.387	30.775
Salud	9.472	9.472	18.944
Educación ²	2.592	1.976	4.568
Inicial	1.037	585	1.621
Primaria	137	137	274
Secundaria	1.418	1.254	2.672
Hidráulico	4.537	3.940	8.477
TOTAL	68.815	90.734	159.549

1/ La brecha de agua y saneamiento sólo considera acceso al servicio, no mejora en las conexiones ya existentes y tratamiento de aguas residuales.

2/ La brecha de educación contempla únicamente incrementos en la cobertura. no toma en consideración adecuación funcional de los colegios, rehabilitación o reforzamiento antisísmico.

³ http://www.afin.org.pe/images/publicaciones/estudios/plan_nacional_infraestructura_2016_2025_2.pdf.

⁴ Dólares de los Estados Unidos de América correspondiente al tipo de cambio aplicable del año 2015

⁵ Ver página 3 de dicho Plan.

Conforme se podrá apreciar del cuadro anterior, la brecha en el sector Energía es la tercera más grande para el período 2016-2020, convirtiéndose en la segunda de mayor necesidad de cobertura para el 2025, por encima de los sectores de Agua y Saneamiento, Salud y Telecomunicaciones.

Frente a esa situación, el generar posibilidades para disminuir la brecha en el sector Energía se convierte en una tarea vital no solo para el Estado Peruano sino inclusive para todos los agentes económicos inmersos en él. Una de las principales alternativas es generar herramientas eficaces que busquen favorecer el desarrollo de proyectos energéticos que contribuyan en su ejecución a reducir la brecha anteriormente descrita, lo cual incluye reglas claras y eficientes para los financistas de dichos proyectos.

Para estos efectos, el propósito del presente artículo es proponer un cambio normativo específico en la forma cómo las concesiones eléctricas se otorgan en garantía –entiéndase hipoteca- a favor de los financistas que promueven los proyectos energéticos. Cabe señalar que la presente publicación examinará de manera general los alcances de las respectivas concesiones eléctricas (explicando también el régimen general de concesiones) y la forma cómo se otorgan en garantía para el financiamiento de proyectos energéticos, no abarcando una crítica al respecto (esto es, por ejemplo, no se busca determinar si efectivamente debería ser una hipoteca o un permiso por parte del Estado a efectos de mantener la concesión en beneficio de los prestamistas), lo cual escapa del contenido del presente artículo.

II. Régimen general de concesiones para la promoción de inversiones: De privatizaciones a APP's

En la última década del siglo pasado, el Estado Peruano se embarcó en una serie de reformas estructurales con la finalidad de promover la inversión privada en sectores que hasta ese entonces eran de dominio casi exclusivo del aparato gubernamental. Es así que se inició el proceso de privatizaciones y entrega en concesión de bienes, empresas y participaciones del Estado buscando que:

(...) sean los privados y no el Estado los que asuman no solo el riesgo de las actividades económicas, sino que sean ellos los que inviertan en la implementación, mejoramiento y mantenimiento de infraestructura esencial para el desarrollo del país como son las carreteras, los puertos, los servicios de telecomunicaciones y los servicios de saneamiento. De este modo, el sector privado realiza las inversiones que el Estado en un país pobre como el Perú no puede llevar a cabo por falta de recursos o, en todo caso, podría llevar a cabo pero a costa de dejar de lado otros proyectos de desarrollo.⁶

En este escenario, en 1996 se emitió el Decreto Supremo No. 059-96-PCM que aprobó el Texto Único Ordenado de las normas con rango de Ley que regulan la entrega en concesión al sector privado de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos (en adelante, el "TUO"). Esta norma estableció la concesión como la modalidad bajo la cual se promueve la inversión privada en el ámbito de obras públicas de infraestructura y servicios públicos y, asimismo, establece el régimen que regula el proceso de otorgamiento

⁶ REY, Alonso y MENDOZA, Ana Julia. Privatizaciones y Concesiones. Por qué sí. En: Derecho y Sociedad. No. 26. Lima. 2006. p. 149.

de las concesiones, sus modalidades, garantías e incentivos tributarios. Sin embargo, el TUO no estableció una regulación expresa respecto al otorgamiento en garantía de las concesiones, ya que su única mención al tema es que los bienes que devengan en partes integrantes o accesorios de la concesión, no podrán ser hipotecados durante el plazo de vigencia de la misma, sin la aprobación del sector u organismo correspondiente del Estado.

Posteriormente, en 1997 se emitió la Ley de Incentivos a las Concesiones de Obras de Infraestructura y de Servicios Públicos, Ley No. 26885, que señaló expresamente que se puede constituir hipotecas sobre el derecho de concesión de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos a las que se refiere el TUO. Asimismo, indica que la hipoteca podrá ser ejecutada extrajudicialmente en la forma pactada por las partes siendo necesaria la opinión favorable del Estado, a través del sector u organismo correspondiente, de manera tal que el derecho de concesión sólo pueda ser transferido a favor de quien cumpla con los requisitos establecidos en las bases de la licitación.⁷

Hacia finales del siglo pasado e inicios del presente, el proceso de privatización empezó a concluir en la medida que el Estado ya había transferido al sector privado la mayoría de sus activos en los sectores económicos. En este escenario el Estado comenzó a propiciar el desarrollo de Asociaciones Público Privadas (APP) con la finalidad de promover el desarrollo de infraestructura y provisión de servicios públicos. La principal diferencia de las simples privatizaciones con las APP es que en el primer caso el Estado transfiere los activos o instalaciones al sector privado, mientras que en el segundo, el Estado es el promotor del proyecto estableciendo las metas y objetivos que se deben de alcanzar⁸.

En ese sentido, con la finalidad de promover el desarrollo de las APP es que el Estado Peruano emitió el Decreto Legislativo No. 1012 que aprueba la ley marco de asociaciones público - privadas para la generación de empleo productivo y dicta normas para la agilización de los procesos de promoción de la inversión privada, el cual buscaba mejorar los niveles de servicios públicos a un menor costo, elevar los estándares de calidad de infraestructura públicas y hacer explícitos los compromisos firmes y contingentes cuantificables derivados de los contratos sujetos al régimen de las APP's⁹.

Ante una disminución en la ejecución de proyectos de APPs es que en el año 2015, con

⁷ Ley No. 26885, Ley de incentivos a las concesiones de obras de infraestructuras y de servicios públicos:

"Artículo 3.- Establézcase una hipoteca sobre el derecho de concesión de las obras públicas de infraestructura y de servicios públicos a que se refiere el Texto Único Ordenado aprobado por el Decreto Supremo No. 059-96-PCM, la que podrá constituirse, previa autorización del sector u organismo correspondiente del Estado.

Dicha hipoteca surtirá efecto desde su inscripción en el Registro de Hipoteca de Concesiones de Obras Públicas de Infraestructura y de Servicios Públicos. El indicado Registro estará a cargo de las Oficinas Registrales de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos.

La hipoteca a que se refiere esta norma, podrá ser ejecutada extrajudicialmente en la forma pactada por las partes al constituirse la obligación.

Para la ejecución de la hipoteca a que se refiere este artículo, será necesaria la opinión favorable del Estado, a través del sector u organismo correspondiente, de manera tal que el derecho de concesión sólo pueda ser transferido a favor de quien cumpla con los requisitos establecidos en las bases de la Licitación Pública Especial o del Concurso de Proyectos Integrales. La opinión del Estado deberá emitirse dentro de los sesenta días de presentada la solicitud. Vencido este plazo, sin que el Sector u Organismo del Estado hubiere expresado su opinión, la solicitud se considerará aprobada."

⁸ FELICES SAAVEDRA, Enrique. Asociaciones público-privadas para el financiamiento de infraestructura: el nuevo rostro del Project finance. En: Themis Revista de Derecho No. 50. Lima 2005. p 148.

⁹ Exposición de Motivos del Decreto Legislativo No. 1012.

la finalidad de modernizar y reducir la demora en el desarrollo de los mismos, el Estado Peruano emitió el Decreto Legislativo del Marco de Promoción de la Inversión Privada mediante Asociaciones Público Privadas y Proyectos en Activos, el Decreto Legislativo No. 1224 (en adelante, el “Decreto Legislativo”), que introdujo una serie de cambios al régimen de promoción de la inversión privada, derogando la Ley No. 26885, el Decreto Legislativo No. 1012 y dejando sin efecto casi la totalidad del TEO, convirtiéndose así en la norma que en la actualidad regula el proceso de promoción de la inversión privada.

Entre los cambios más significativos se encuentra la creación del Sistema Nacional de Promoción de Inversión Privada para APPs y Proyectos en activos así como el empoderamiento de los sectores y entidades a través de los comités de inversiones. Al respecto, cabe precisar que el Decreto Legislativo mantiene las ventajas de la ejecución extrajudicial de las concesiones estableciéndose lo siguiente:

Artículo 25.- Autorización para el otorgamiento de garantías

25.1 Tratándose de concesiones de obras públicas de infraestructura y de servicios públicos, el Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local puede autorizar al inversionista el **establecimiento de una hipoteca sobre el derecho de concesión**. Dicha hipoteca surte efectos desde su inscripción en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. **La hipoteca puede ser ejecutada extrajudicialmente en la forma pactada por las partes al constituirse la obligación con la participación del Estado y los acreedores.**

25.2 Para la ejecución de la hipoteca es necesaria la opinión favorable del Ministerio, Gobierno Regional o Gobierno Local correspondiente, de manera que el derecho de concesión sólo pueda ser transferido a favor de quien cumpla, como mínimo, con los requisitos establecidos en las bases del proceso de promoción.

25.3 En los contratos de Asociación Público Privada puede constituirse, entre otros, garantía sobre los ingresos respecto a obligaciones derivadas de dicho contrato y de su explotación y garantía mobiliaria sobre las acciones o participaciones del inversionista. [Énfasis agregado]

Como se desprende de lo antes señalado, el Decreto Legislativo mantiene la facilidad otorgada para la ejecución extrajudicial de concesiones sujetas al régimen de APP, lo cual le otorga una seguridad adicional a los financistas de dichos proyectos, ya se trate de *lenders* (prestamistas) o *noteholders* (compradores de bonos en caso de haberse realizado una emisión).

III. Régimen específico de las Concesiones Eléctricas

Las concesiones eléctricas son obtenidas a través de un procedimiento de solicitud iniciado a pedido de parte¹⁰. No se producen licitaciones o concursos como en el caso del régimen

¹⁰ Si bien el objeto del presente artículo no es evaluar la relación entre el régimen de concesiones eléctricas y el del régimen general de concesiones, los autores consideran importante hacer algunas precisiones con respecto a este punto, las mismas que indicamos a continuación.

Al igual que en el caso de proyectos de infraestructura (carreteras, ferrocarriles, puertos, aeropuertos, etc.) el Estado peruano busca promover el desarrollo de proyectos eléctricos. Es así que el Ministerio de Energía y Minas (MEM) con la finalidad de implementar sus políticas sectoriales le ha encargado a

general de concesiones descrito en la sección II anterior. Al respecto, a continuación se realizará un análisis de los principales aspectos de dicho procedimiento¹¹, pues con la finalidad de entender como este hecho tiene implicancias en los financiamientos de proyectos, corresponde realizar un pequeño desarrollo del marco legal aplicable al otorgamiento de los derechos eléctricos.

La Ley de Concesiones Eléctricas- Decreto Ley No. 25844 ("LCE") y su reglamento aprobado por Decreto Supremo No. 009-93-EM ("RLCE") divide las actividades del sector eléctrico en generación, transmisión y distribución eléctrica.

Con respecto a las actividades de generación la LCE ha establecido que para el desarrollo de actividades de generación que utilice recursos hidráulicos, con potencia instalada mayor de 500 KW y de generación con recursos energéticos renovables (recursos energéticos tales como biomasa, eólico, solar, geotérmico¹² y mareomotriz) se requiere el otorgamiento de una concesión por parte del MEM¹³. Para el caso de actividades de generación termoeléctrica, cuando la potencia instalada sea superior a 500 KW la regulación establece que se deberá de contar con una autorización del MEM¹⁴.

De otro lado para la ejecución actividades de transmisión y de distribución eléctrica (cuando la demanda supere los 500 KW) se requiere contar con una concesión.

El MEM es quien otorga las concesiones y autorizaciones, salvo por los casos de instalaciones de generación con una potencia instalada mayor a 500 Kw. y menores a 10 MW (minicentrales) en los que la autoridad competente para otorgar los derechos eléctricos es el gobierno regional¹⁵.

La LCE establece que las concesiones y autorizaciones son otorgadas a pedido de parte. Los solicitantes deberán presentar sus solicitudes para el otorgamiento de concesiones de generación, transmisión o distribución cumpliendo con los requisitos establecidos

Proinversión la implementación de los respectivos procesos de licitación. Es así que dicha entidad ha conducido una serie de procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones para el desarrollo de proyectos de generación eléctrica (centrales hidroeléctricas, centrales de generación termoeléctrica y centrales de generación tipo "reserva fría", entre otros) y líneas de transmisión eléctrica (sistema garantizado de transmisión). El MEM, en representación, del Estado Peruano suscribe los correspondientes contratos de concesión u el otro tipo de figura contractual que se haya establecido en el proceso de licitación. Asimismo, el Estado busca el desarrollo de proyectos de generación con recursos energéticos renovables (RER). Estas subastas son conducidas por el Organismo Supervisor de la Inversión en Energía y Minería - OSINERGMIN y el MEM suscribe los correspondientes contratos de concesión para el suministro RER (recursos energéticos renovables) con los ganadores de dichas licitaciones, por ejemplo.

Ahora bien, el MEM suscribe los correspondientes contratos con los adjudicatarios de los procesos de licitación, sin embargo dichos contratos no otorgan los correspondientes derechos eléctricos. En este sentido, los adjudicatarios de los proyectos deberán de obtener las correspondientes concesiones y/o autorizaciones establecidas en la regulación sectorial para la ejecución de las actividades eléctricas.

¹¹ Pueden encontrarse más detalles con respecto a las concesiones eléctricas en SALVATIERRA COMBINA, Rolando. Los contratos de concesión en el sector eléctrico. En Revista de Derecho Administrativo. No. 7.Lima 2009. Los autores no comparten las conclusiones de dicho artículo pero valoran los alcances informativos del artículo.

¹² Cabe señalar que el procedimiento para obtener la concesión de generación geotérmica tiene una regulación particular que se encuentra establecida en la Ley Orgánica de Recursos Geotérmicos-Ley No. 26848 y su reglamento aprobado con Decreto Supremo No. 019-2010-EM.

¹³ LCE, Artículo 3.

¹⁴ LCE, Artículo 4.

¹⁵ Decreto Supremo No. 056-2009-EM.

en el artículo 25 de la LCE. Las solicitudes para el otorgamiento de concesiones de generación de recursos energéticos renovables y las autorizaciones de generación deben de cumplir con los requisitos indicados en el artículo 38 de la LCE.

El MEM evalúa las solicitudes y determinará si procede o no el otorgamiento de los derechos eléctricos. Las concesiones y autorizaciones son otorgadas mediante Resolución Ministerial.

Cabe señalar que conforme con el artículo 29 de la LCE, la concesión adquiere carácter contractual cuando el peticionario suscribe el contrato correspondiente (contrato de concesión), el que debe elevarse a escritura pública en un plazo máximo de sesenta (60) días hábiles, contado a partir del día siguiente de la fecha de publicación de la Resolución Ministerial. El titular está obligado a entregar al MEM un testimonio de la escritura pública con la constancia de inscripción en el Registro de Concesiones para la Explotación de Servicios Públicos de la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos - SUNARP, dentro del plazo de veinte (20) días hábiles desde la fecha de inscripción.

Lo anterior garantiza que los titulares puedan establecer hipotecas sobre los derechos eléctricos, sin embargo al no existir regulación específica respecto de la ejecución de hipotecas otorgadas sobre las concesiones se aplicara el régimen general de las mismas por lo que no es posible realizar la ejecución extrajudicial de dichas concesiones.

Por tanto, de acuerdo a la legislación aplicable a la fecha las concesiones eléctricas pueden ser otorgadas en hipoteca a favor de los financistas de un determinado proyecto, pero a diferencia del marco general de APP, estas garantías no pueden ser ejecutadas de manera extrajudicial.

IV. Financiamiento

Considerando lo anterior, se debe mencionar que desde un punto de vista general de estructura el financiamiento de un proyecto relacionado a una concesión de obras y servicios públicos y una concesión eléctrica no guardan mayores diferencias¹⁶. Es así que, sea en un caso u otro, tenemos los siguientes principales documentos relacionados con su financiamiento:¹⁷

a) Contrato de Financiamiento

Es el contrato marco bajo el cual se regula la relación entre los financistas y la concesionaria titular de la concesión. Puede ser básicamente a través de dos (2) tipos: (i) un financiamiento directo (emisión de valores mobiliarios), o (ii) un financiamiento indirecto (otorgamiento de un préstamo).

En caso sea una emisión de valores mobiliarios, el principal contrato del financiamiento es el acuerdo marco de emisión que incluye las características de dicha emisión, así como los términos y condiciones generales que rigen la relación entre el emisor (la concesionaria), los tenedores de los valores mobiliarios y su respectivo representante.

¹⁶ No nos referimos a las características propias del financiamiento que varían de proyecto a proyecto, sino al soporte legal que se otorga a dicho financiamiento.

¹⁷ Considerar que se menciona de manera general los documentos del financiamiento para que el lector pueda entender la estructura legal del mismo, por lo que no se busca desarrollar exhaustivamente las características de dichos documentos o el proceso de negociación, aprobación o suscripción de los mismos, lo cual escapa al objeto del presente artículo.

Para el caso de un préstamo bancario por obvias razones el acuerdo más importante es el contrato de préstamo que regula los términos y condiciones al amparo de los cuales se otorgaría el dinero a la concesionaria por parte del prestamista o prestamistas, y la relación entre éstos y la prestataria.

En cualquier caso, en dichos contratos se incluyen las obligaciones de hacer, no hacer, financieras y demás condiciones, declaraciones y aseveraciones de la concesionaria, a efectos de respaldar el debido desarrollo del proyecto y obtener así el repago del financiamiento.

b) Garantías

No obstante la regulación contractual y la inclusión de obligaciones para la concesionaria que respaldan el repago del crédito o de los valores mobiliarios colocados, y debido a los montos desembolsados para el financiamiento de los proyectos respectivos (usualmente de varios millones de dólares de los Estados Unidos de América), es práctica común el otorgamiento de las siguientes garantías principales¹⁸:

- i) Hipoteca sobre la concesión.¹⁹
- ii) Garantía mobiliaria sobre las acciones o participaciones de la concesionaria.
- iii) Fideicomiso sobre los activos y/o flujos del proyecto.

Las garantías anteriormente mencionadas permiten a los financistas colocar al proyecto en una especie de *paquete* a favor de éstos, para que, entre otras finalidades, puedan controlar el manejo de la concesionaria sobre el mismo y respaldar el repago del financiamiento en un eventual caso de incumplimiento de sus obligaciones, a través de la ejecución de las garantías. Al respecto, es preciso señalar que si bien los financistas buscan en primer lugar el repago de los flujos dinerarios desembolsados, esto no quiere decir que un eventual caso de incumplimiento de la concesionaria se busquen rematar los bienes del proyecto mediante la ejecución de las garantías, sino justamente colocar dichos bienes en un mejor operador que permita mejorar la rentabilidad del referido proyecto.

c) Acuerdos adicionales

Adicionalmente a los documentos mencionados, los financistas pueden requerir el otorgamiento de otros acuerdos o convenios que respalden al proyecto o que garanticen el repago del financiamiento. Usualmente entre estos documentos se exige la suscripción de un compromiso de apoyo financiero por parte de los *sponsors* de la concesionaria a favor de ésta a efectos de acreditar flujos necesarios para el proyecto (adicionales a los colocados por los financistas) y asegurarse así que éstos comparten el riesgo del manejo y operación de la concesión, así como la cesión –normalmente condicionada– de los principales contratos del proyecto a favor de los financistas (entre los que se incluyen el contrato de construcción del proyecto, el contrato de mantenimiento y operación, el de supervisión, entre otros como el de suministro).

¹⁸ Dependiendo de la estructura de cada financiamiento es posible el otorgamiento de garantías adicionales (fianzas de los *sponsors* por ejemplo), o inclusive prescindir de algunas de ellas. Sin embargo, debido al nivel de particularidad de cada financiamiento se ha decidido mencionar las principales y usualmente requeridas en el mercado.

¹⁹ Hablamos de hipoteca pues es lo que permite expresamente la norma aplicable en energía pero podría ser factible (si la legislación respectiva o el contrato de concesión así lo establece) que se pueda otorgar la concesión en fideicomiso. Existen experiencias que así lo acreditan.

V. Hipoteca sobre la Concesión

La hipoteca sobre la concesión es una de las principales y más importantes garantías en el marco del financiamiento de un proyecto, pues mediante su ejecución permite la adjudicación de la concesión misma a favor de un tercero en beneficio del acreedor garantizado.²⁰

Es preciso señalar que la hipoteca debe su valor a que justamente en caso de incumplimiento de la concesionaria el acreedor garantizado pueda requerir la transferencia de la concesión a favor del tercero respectivo, quien deberá cumplir con los mismos requisitos que fueron exigidos para la concesionaria actual (principalmente operativos y de experiencia), lo cual es revisado por el concedente correspondiente.

Es ahí donde reside su importancia, en la posibilidad de exigir al concedente el cambio de titular de la concesión y, por tanto, del pago que corresponda recibir a su favor por dicho cambio.

VI. Propuesta

Al ser la hipoteca un respaldo fundamental para los financistas es de suma importancia que las reglas sobre su ejecución sean no solo claras sino lo más expeditivas posibles (claro está, cumpliendo la normatividad respectiva en relación con los requisitos exigibles al nuevo concesionario).

De esa forma, las diferencias entre lo que se permite para la ejecución de hipotecas sobre concesiones de obras y servicios públicos y sobre concesiones eléctricas, según lo desarrollado en las secciones II y III, podrían originar que los financistas puedan considerar que el esquema de uno u otro sea más atractivo. Si bien esto podría señalarse como un tema menor, considerando la brecha vigente y esperada en el sector energía que se busca cubrir, consideramos que no está demás enmendarlo.

Por tanto, consideramos necesario que se incluya una disposición legal en la normativa aplicable al régimen específico de concesiones eléctricas que permita de manera expresa que el otorgamiento de una hipoteca sobre las mismas pueda ser ejecutable tanto de modo judicial como de modo extrajudicial, igual a lo que se permite para las concesiones de obras y servicios públicos bajo el régimen general.

De aprobarse lo anterior, desde un punto de vista de los financistas estimamos que se podrían obtener los siguientes beneficios:

a) Posibilidad de Elección

Los financistas podrían escoger entre la ejecución extrajudicial o judicial de una hipoteca, evaluando los riesgos que ello implica, pero siempre bajo un camino que escogerían a voluntad propia.

²⁰ Es importante tener en cuenta que hablamos de una hipoteca sobre la concesión pues es la herramienta legal que manejamos a la fecha para mantener la concesión en respaldo de los acreedores garantizados. Sin embargo, no vemos razón por la cual no se pueda incluir en un futuro alguna disposición legal que permita la transferencia de la concesión sin necesidad de una hipoteca, lo cual podría ser materia de análisis en un futuro estudio.

b) Rapidez

Lo menos que se busca al momento de subsanar el incumplimiento de un deudor es obtener dilaciones adicionales en su remediación. Por tanto, al tener la posibilidad de ejecutar una hipoteca extrajudicialmente se tiene el respaldo de poder hacerlo a una mayor velocidad de lo que la harían en un poder judicial tan sobre congestionado de carga procesal.

c) Mayor Confianza

La desconfianza en los tribunales judiciales peruanos es una preocupación que cada vez aumenta más, motivo por el cual el arbitraje ha tenido mayor cabida en los últimos años. Si inclusive para los conflictos con el Estado, se pacta arbitraje con la concesionaria, no vemos razón por la cual en una ejecución de la hipoteca sobre la concesión los financistas no puedan recurrir a un tribunal arbitral, el mismo que se encuentra desprovisto de todos los defectos que, justificados o no, se le atribuyen a la administración judicial pública.

d) Conocimiento

Bajo la misma línea de lo anterior, y aunado a los defectos que usualmente se le atribuyen al poder judicial, con la posibilidad de ejecución extrajudicial de la hipoteca se podría acceder a que la misma sea dirigida por personas instruidas en el tema y que podrían estar mejor preparadas para el encargo de llevar a buen flote la ejecución respectiva.

Los beneficios anteriormente mencionados se reflejarían en una mejor y más rápida negociación de los documentos del financiamiento, así como en el respectivo proceso de ejecución de hipoteca, lo cual conllevaría a su vez a una disminución de los costos involucrados.

Finalmente, debemos dejar constancia que no encontramos una razón válida y suficiente para restringir la ejecución de dicha hipoteca únicamente al ámbito judicial, conforme a la regulación vigente. Esto pues, de acuerdo a lo anteriormente indicado, la evaluación del nuevo concesionario pasa por un filtro de calificación del concedente (sea cual sea la forma de ejecución).

VII. Conclusiones

En base a lo expuesto en el presente artículo, consideramos que se pueden obtener las siguientes conclusiones:

- a) El régimen general de concesiones de obras y servicios públicos permite que las hipotecas otorgadas sobre éstas puedan ser ejecutadas de manera extrajudicial, a diferencia de las concesiones eléctricas, que solo se restringen a la ejecución judicial.
- b) No hay a una razón válida para restringir la ejecución de hipotecas sobre concesiones eléctricas a la ejecución judicial, toda vez que en cualquier caso el concedente debe validar que el nuevo concesionario cumpla con los requisitos de ley.
- c) La posibilidad que las concesiones eléctricas otorgadas al amparo de la LCE puedan ser ejecutadas ayudaría al financiamiento de los proyectos, al obtener beneficios para los financistas principalmente al disminuir los riesgos en su ejecución.