

Cesión en garantía de concesiones de explotación de hidrocarburos

Alex Máculus

1. Introducción [\[arriba\]](#)

El principal activo que tienen las empresas dedicadas a la producción de hidrocarburos en la Argentina son sus concesiones de explotación, por ser éstos los títulos que les otorgan el derecho a disponer de los hidrocarburos que extraigan del suelo.[1]

Consecuentemente, cualquier sujeto le preste dinero a una empresa petrolera con actividades en la Argentina tendrá interés en que ésta última garantice sus obligaciones con su/s concesión/es de explotación.

El objetivo de este trabajo consiste en analizar la figura de la cesión en garantía de las concesiones de explotación de hidrocarburos.

Dividiré el trabajo de la siguiente manera. En primer lugar, explicaré cómo está regulada actualmente en la Argentina la figura de la cesión en garantía de concesiones hidrocarburíferas. A continuación, analizaré una reciente propuesta de regulación que fue presentada al Congreso Nacional por un grupo de Senadores de la Unión Cívica Radical. Luego esbozaré una propuesta de regulación que podría mejorar el funcionamiento de esta garantía. Por último, explicaré una variante muy utilizada en la práctica bajo la regulación vigente: la combinación de la cesión en garantía de concesiones hidrocarburíferas con la figura del fideicomiso.

Considero que el tema es de suma importancia si tenemos en cuenta el momento que vive el país en materia energética y la imperiosa necesidad de atraer inversiones que impulsen la producción nacional de petróleo y gas. Como sabemos, el nivel de inversiones se ve favorecido cuando hay financiamiento, y el financiamiento se ve favorecido cuando hay buenas garantías a disposición.

2. La regulación vigente en materia de cesión en garantía de concesiones hidrocarburíferas [\[arriba\]](#)

La figura de la cesión en garantía de las concesiones de explotación de hidrocarburos se encuentra regulada en el art. 73 de la Ley Nacional N° 17.319 (la “Ley Federal de Hidrocarburos” o la “LFH”). Dicha norma establece lo siguiente:

“Los concesionarios de explotación podrán contratar préstamos bajo la condición de que el incumplimiento de tales contratos por parte de ellos, importará la cesión de pleno derecho de la concesión en favor del acreedor. Dichos contratos se someterán a la previa aprobación del Poder Ejecutivo, la que sólo será acordada en caso de garantizarse satisfactoriamente el cumplimiento de las condiciones exigidas en el art. 72.”

El art. 72 de la Ley Federal de Hidrocarburos, al que remite el art. 73 dispone lo siguiente:

“Los permisos y concesiones acordados en virtud de esta ley pueden ser cedidos, previa autorización del Poder Ejecutivo, en favor de quienes reúnan y cumplan las condiciones y requisitos exigidos para ser permisionarios o concesionarios, según

corresponda. La solicitud de cesión será presentada ante la autoridad de aplicación, acompañada de la minuta de escritura pública.”

Como vemos, es requisito bajo la regulación vigente que la cesión en garantía de concesiones hidrocarburíferas sea previamente aprobada por la autoridad concedente. El objetivo que persigue la regulación es que la autoridad concedente intervenga para asegurarse que el cesionario reúna las condiciones para ser titular de concesiones de explotación de hidrocarburos. [2] Esto se explica por el mecanismo de ejecución que prevé la LFH. Bajo el sistema de la LFH, ejecutar la garantía equivale a adquirir el carácter de concesionario en reemplazo del deudor.

El requisito de aprobación previa de la autoridad concedente es un factor que, en la práctica, puede dificultar la utilización de esta garantía. La aprobación de las cesiones de concesiones de hidrocarburos, que desde el año 2007 -con la sanción de la Ley Nacional N° 26.197- pasó a ser facultad de las Provincias, generalmente demora cuanto menos seis meses. Por lo tanto, puede ocurrir que el acreedor no tenga certeza al momento de realizar el préstamo de que la Provincia autorizará la cesión de la concesión a favor suyo. Esto lógicamente impulsa a los acreedores a exigir garantías adicionales, lo que redundará en mayores costos transaccionales, que podrían evitarse con una mejor regulación.

Como se explicó supra, la LFH exige la aprobación gubernamental previa de la cesión de concesiones en garantía con el fin de asegurar que el cesionario reúna las condiciones para ser titular de concesiones de explotación de hidrocarburos. Sin embargo, en la práctica ocurre que al momento de celebrar el contrato de cesión fiduciaria no se sabe quién se convertirá en el nuevo concesionario si llegara a ejecutarse la garantía.

Es habitual que los acreedores a quienes se les ceden concesiones en garantía sean entidades que no se dedican a actividades hidrocarburíferas (e.g.: entidades financieras). Por lo tanto, en caso de ejecutar la garantía, estos sujetos no pasarán a ocupar el lugar del deudor-concesionario, sino que transferirán la concesión a un tercero que reúna las condiciones para ser titular de concesiones hidrocarburíferas.[3]

Cuando eso ocurre, la autoridad concedente necesariamente deberá intervenir al momento de la ejecución de la garantía para controlar que el nuevo concesionario sea un sujeto apto para ser titular de concesiones hidrocarburíferas;[4] con lo cual pierde sentido que intervenga también al momento de la constitución de la garantía.

Pero, dado que el art. 73 de la LFH claramente establece que la aprobación de la cesión en garantía deber ser previa, en la práctica se solicita la venia de la autoridad concedente incluso cuando el acreedor no es una empresa petrolera.

De todas maneras, aún en los casos en que el acreedor sea una empresa petrolera, tampoco es práctico que la LFH requiera la aprobación gubernamental de la cesión en forma previa. El acreedor apto para ser titular de concesiones puede no estar interesado en adquirir para sí la titularidad de la concesión que se le cedió en garantía. Tal vez prefiera transferir la concesión a un tercero y quedarse con el precio que este último pague por la concesión.

En definitiva, lo que intento de poner de manifiesto es que la aprobación gubernamental tiene relevancia al momento de la ejecución de la garantía, y no al momento de su constitución, como exige la LFH.

Como se verá en el punto 5 infra, cuando se combina la cesión de concesiones hidrocarburíferas en garantía con la figura del fideicomiso es posible soslayar, en términos prácticos, esta deficiencia regulatoria.

Hasta aquí el análisis de la regulación vigente. En el siguiente apartado examinaré una reciente propuesta de regulación que fue presentada al Congreso Nacional por un grupo de Senadores de la Unión Cívica Radical. Se trata en realidad de un proyecto integral de Ley de Hidrocarburos, que regula -entre otras cuestiones- la figura de la cesión de concesiones hidrocarburíferas en garantía.

3. Análisis de una reciente propuesta de regulación presentada al Congreso Nacional [\[arriba\]](#)

El 1 de agosto de 2013, un grupo de Senadores de la Unión Cívica Radical presentó un proyecto de Ley de Hidrocarburos al Congreso de la Nación, identificado con el siguiente número S-3030/2013 (en adelante, el “Proyecto”).^[5] Se trata de un proyecto integral de Ley de Hidrocarburos, que regula -entre otras cuestiones- la figura de la cesión en garantía de concesiones de hidrocarburos.

En lo que concierne a la cesión de concesiones en garantía, el Proyecto implica un retroceso respecto de la regulación vigente, ya que no sólo mantiene las deficiencias de la LFH (i.e.: prevé la necesidad de aprobación previa de la autoridad concedente y dispone la cesión de pleno derecho a favor del acreedor en caso de incumplimiento), sino que agrega nuevos obstáculos a la utilización de esta garantía. Ello es así debido a que el Proyecto, en el artículo 62, establece requisitos más rigurosos que la LFH para que proceda la autorización gubernamental de la cesión de concesiones.

La LFH únicamente exige que el cesionario reúna las condiciones para ser titular de concesiones de explotación de hidrocarburos,^[6] mientras que el Proyecto agrega otros requisitos; a saber: (i) que haya transcurrido al menos el 50% del plazo de la concesión, y (ii) que el cedente no se encuentre en incumplimiento de sus obligaciones como concesionario. El Proyecto además aclara que las concesiones sólo podrán ser cedidas “en forma excepcional” y cuando “ello sea notoriamente conveniente al interés público.”^[7]

De aprobarse el Proyecto en estos términos, la figura de la cesión en garantía de concesiones hidrocarburíferas quedaría sentenciada a muerte. En primer lugar, porque sólo podría utilizarse en aquellas concesiones en las que haya transcurrido más del 50% del plazo, cuando es sabido que en la industria hidrocarburífera el mayor volumen de inversiones (y por ende la mayor necesidad de financiamiento) se da en la primer etapa de los proyectos. En segundo lugar, porque el Proyecto exige que el cedente se encuentre en cumplimiento de sus obligaciones como concesionario, lo que impediría que las empresas petroleras utilicen la cesión en garantía como herramienta para obtener fondos que les permitan salir de una situación de atraso en el cumplimiento de las inversiones comprometidas. Pero aún cuando se logre satisfacer los requisitos hasta aquí mencionados, puede que la

cesión no sea aprobada por la autoridad concedente si ésta entiende que la misma no es “notoriamente conveniente al interés público.”

Presumiblemente el Proyecto pone obstáculos a la cesión de los permisos y concesiones hidrocarburíferas con el propósito de desincentivar una operatoria que se dio en los últimos años, mediante la cual algunas empresas adjudicatarias de licitaciones vendieron los permisos y/o concesiones al poco tiempo de haber ingresado al área, realizando un negocio puramente especulativo.

Si ese es el objetivo, la manera de lograrlo debería ser mejorar los procesos licitatorios, no poner obstáculos a una herramienta útil para lograr mayores inversiones en el sector hidrocarburífero, como lo es la cesión en garantía de las concesiones.

Como anticipé en la introducción, en el próximo apartado esbozaré una propuesta propia de regulación que podría mejorar el funcionamiento de esta garantía.

4. Propuesta propia de regulación [\[arriba\]](#)

Considero que la cesión en garantía de concesiones hidrocarburíferas debe regularse más como una hipoteca o una prenda que como una cesión de derechos, que es como está regulada actualmente.

Creo que la figura funcionaría mejor si (i) se elimina el requisito de la aprobación gubernamental previa del contrato de cesión en garantía, (ii) se prevé un sistema opcional de remate de las concesiones cedidas, en el que tenga intervención la autoridad concedente, y (iii) se otorga un privilegio al acreedor que recibe la concesión en garantía para el caso de concurso o quiebra del deudor-concesionario.

En el sistema que propongo, el cesionario no se convertiría automáticamente en titular de la concesión ante el incumplimiento del deudor-cedente (ergo, no tendría que reunir necesariamente las condiciones para ser titular de concesiones hidrocarburíferas), sino que podría optar entre (a) rematar la concesión en un proceso público en el que participen las empresas petroleras interesadas y la autoridad concedente (que tendrá la facultad aprobar o no la cesión a favor del ganador del remate), o (b) conservar la concesión para sí mismo, en cuyo caso deberá reunir las condiciones para ser concesionario y contar con la aprobación de la autoridad concedente.

De todas maneras, cabe aclarar que bajo la regulación vigente puede lograrse un resultado similar al propuesto supra si se combina la cesión de concesiones hidrocarburíferas en garantía con la figura del fideicomiso. A continuación explicaré cómo funciona dicho esquema, y cuáles son sus ventajas.

5. La utilización del fideicomiso para la cesión de concesiones hidrocarburíferas en garantía [\[arriba\]](#)

En la práctica, es habitual (y conveniente) combinar la cesión de concesiones hidrocarburíferas en garantía con la figura del fideicomiso.

El esquema contractual es el siguiente: el deudor-concesionario (fiduciante) transfiere la concesión en fideicomiso al fiduciario (que puede ser el acreedor o un

tercero designado al efecto) ordenándole que en caso de producirse una causal de ejecución (i) organice una licitación privada entre empresas aptas para ser titulares de concesiones hidrocarburíferas,[8] (ii) ceda la concesión al oferente que realice la mejor propuesta, y (iii) entregue el producido de la cesión a los beneficiarios (el acreedor en primer lugar, y si existiera un remanente el deudor-fiduciante).[9]

En cambio, si el préstamo se repaga en tiempo y forma, el fiduciario deberá transferir la concesión nuevamente al deudor-fiduciante.

El contrato también puede incluir un mecanismo por el cual, durante la vigencia de la garantía, se transfiere al fideicomiso un porcentaje de las ventas de la producción de hidrocarburos de la concesión cedida, con el objetivo de repagar la deuda.

La figura del fideicomiso es especialmente útil en aquellos casos en que el acreedor (a) no es una empresa petrolera, o (b) siendo una empresa petrolera, no está interesada en quedarse con la concesión en caso de incumplimiento del deudor. De esta forma, cuando se presenta el contrato de cesión fiduciaria para la aprobación de la autoridad concedente, no es necesario especificar de antemano quién será el nuevo concesionario en caso de ejecución de la garantía, sino que alcanza con demostrar que el contrato ordena al fiduciario licitar privadamente la concesión entre empresas aptas para ser titulares de concesiones hidrocarburíferas. Sin perjuicio de ello, al momento de ejecutarse la garantía, la autoridad concedente deberá verificar que el sujeto que efectivamente adquiera la concesión reúna las condiciones para ser titular de concesiones hidrocarburíferas.[10]

Además, la figura del fideicomiso tiene la importante ventaja de poner la concesión a salvo de los ataques del resto de los acreedores del deudor-concesionario, incluso en un escenario falencial.

Lo que la figura del fideicomiso no evita es el requisito de la aprobación previa de la autoridad concedente. Sin embargo, debe reconocerse que antes de la transferencia de la administración de los permisos y concesiones de hidrocarburos a las Provincias, es decir, cuando el Poder Ejecutivo Nacional era la autoridad concedente de todos los permisos y concesiones del país, el trámite de aprobación de los contratos de cesión fiduciaria funcionaba de manera ágil. No se sabe aún si podrá decirse lo mismo de las Provincias, que hasta el momento han tenido que lidiar con pocos casos de cesiones de concesiones hidrocarburíferas en garantía.

6. Conclusión [\[arriba\]](#)

La regulación vigente en materia de cesión en garantía de concesiones hidrocarburíferas presenta algunas deficiencias que entorpecen su utilización. El Proyecto de reforma analizado no sólo no mejora la figura sino que agrega nuevas barreras para su implementación.

He planteado algunas ideas sobre las que podría construirse una nueva regulación más favorable a la utilización de la cesión en garantía de concesiones hidrocarburíferas.

Mientras permanezca vigente la regulación actual, es aconsejable combinar la cesión de concesiones hidrocarburíferas en garantía con la figura del fideicomiso.

-
- [1] Conf. artículo 6, primer párrafo, de la Ley Federal de Hidrocarburos. Corresponde aclarar que las concesiones de explotación no son la única vía para adquirir derechos sobre la producción de hidrocarburos. Los contratos asociativos conocidos en la jerga como “Production Sharing Agreements” son -por ejemplo- otra manera de adquirir derechos de disposición sobre los hidrocarburos puestos en producción. Sin embargo, en el presente trabajo me ocuparé exclusivamente de la cesión en garantía de las concesiones de explotación, cuyo régimen se encuentra regulado en la Ley Federal de Hidrocarburos.
- [2] Dichas condiciones están reguladas, inter alia, en las Resoluciones N° 193/2003 y 407/2007 de la Secretaría de Energía de la Nación
- [3] En estos casos es habitual combinar la cesión de la concesión en garantía con la figura del fideicomiso. Ver explicación en el punto 5 infra.
- [4] Ver, por ejemplo, la Decisión Administrativa N° 45/1995 (publicada en el B.O. el 5 de octubre de 1995) que aprobó el contrato de cesión fiduciaria suscripto entre The First National Bank of Boston y Capex S.A., titular este último de la concesión de explotación del área CNQ-14 “Agua del Cajón”. El artículo 3 de la Decisión Administrativa N° 45/1995 dispuso lo siguiente: “La Autoridad de Aplicación deberá verificar en caso de operarse la plena cesión de la concesión de explotación mencionada a terceros, como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones garantizadas, que se observe el cumplimiento de las condiciones exigidas por el Artículo 72 de la Ley N° 17.319.
- [5] Figuran como autores del proyecto: Alfredo A. Martínez, Gerardo R. Morales, Luis C. Petcoff Naidenoff, José M. Cano y Eugenio J. Artaza.
- [6] Dichas condiciones están reguladas en las Resoluciones N° 193/2003 y 407/2007 de la Secretaría de Energía de la Nación.
- [7] Artículo 62 del Proyecto.
- [8] Puede establecerse, por ejemplo, que el fiduciario deberá invitar a participar en la licitación privada a todas las empresas inscriptas en el Registro de Empresas Petroleras de la Secretaría de Energía de la Nación.
- [9] Si el acreedor es una empresa petrolera, se puede estipular que en caso de incumplimiento, éste podrá optar entre (a) adquirir la titularidad de la concesión para sí mismo, o (b) licitar privadamente la concesión y quedarse con el producido de la venta.
- [10] Ver ejemplo en nota al pie N° 4 supra.