Caso 2.

Uds. se encuentran a cargo de la Dirección de legales de una muy importante compañía de generación eléctrica (Generadora del Sud S.A.) que posee un importante proyecto construcción de un parque eólico de 120 MW de capacidad.

Ese parque eólico posee un contrato de abastecimiento con CAMMESA que fue adjudicado en una ronda del programa Renovar por la totalidad de su capacidad instalada.

A su vez el proyecto es desarrollado por una sociedad de propósito específico (SPE) quién obtuvo un préstamo de USD 150 millones bajo la modalidad de Project Finance para la construcción del parque.

El valor total del proyecto es de USD 200 millones. Los Sponsors ya han aportado vía capital a la SPE la suma de USD 50 millones. Asimismo, si bien los prestamistas financieros ya han desembolsado aproximadamente USD 80 millones, todavía resta desembolsar bajo el préstamo acordado la suma de USD 60 millones.

Por otro lado, la provisión de equipos del parque y la construcción del mismo ha sido encomendado a uno de los principales proveedores de este tipo de tecnología (el “Contratista”) mediante la suscripción de un contrato “Full EPC” llave en mano.

El Contratista ha suscripto un acuerdo directo con el SPE y los prestamistas con cláusulas usuales para este tipo de project finance.

Debido al COVID y varios incumplimientos por parte del Contratista la obra del parque lleva demorada más de 6 meses.

El Contratista ha presentado varios reclamos solicitando sobrecostos derivados de la situación de COVID. El Contratista ha alegado que el cambio de normas derivado de la situación del COVID ha generado atrasos y mayores costos. Principalmente por mayor permanencia en sitio (costos de personal, depósito, etc.) y mayores costos derivados del cumplimiento de las nuevas restricciones (nuevos gastos vinculados al cuidado de las personas, disminución de personal en sitio, establecimiento de trabajo en turnos para evitar contagios, incremento de gastos en transporte para disminuir la cantidad de personas transportadas, etc.).

También ha alegado que todas estas circunstancias han generado una disminución de la productividad de la obra y que el traslado del equipamiento necesario desde el exterior también se vio demorado por restricciones normativas desde los países de origen.

Todo ello derivó en demoras en el proyecto de más de 6 meses.

Al principio todos estos planteos fueron realizados en las reuniones que mantenían entre los jefes de proyectos del Contratista y de Generadora del Sud e intercambio de emails.

En esos intercambios, el Contratista fue enviando vía email notas informales conteniendo un Excel con los sobrecostos. Pero las notas eran confusas y los sobrecostos variaban todo el tiempo sin una explicación razonable al respecto.

Ud. ya se había reunido con el área de proyectos de la empresa quiénes le habían dicho que estaban negociando un precio de sobrecosto razonable y que el tema no iba a pasar a mayores.

El tiempo transcurrió y los respectivos representantes no llegaron a ningún acuerdo.

Es así que un día el jefe del proyecto lo viene a ver a su oficina con una Orden de Cambio por “Variación de Costo y Plazo” en los términos del art. 23 del contrato de EPC. En esa presentación el Contratista adjuntó un detalle en Excel de los sobrecostos valorizando cada uno de los ítems presentados. A Ud. le llamó la atención que por ejemplo la mayor permanencia en sitio estaba medida en dólares estadounidenses y que el Contratista había aplicado sus precios de mano de obra, transporte y depósito a valores internacionales. Asimismo, había realizado una simple cuenta multiplicando todos los costos diarios conforme el listado de precios internacionales publicados por el Contratista por el número de días de atraso. Esa cuenta resultaba en una suma aproximada de USD 15 millones.

Ud. sabía que, salvo la provisión de los equipos (aerogeneradores), el Contratista había subcontratado casi toda la obra en subcontratistas Argentinos. Ello por cuanto los subcontratistas habían sido presentados para aprobación por el Contratista en su momento. También sabía que todo el equipamiento proveniente del exterior ya estaba en sitio.

El Contratista también solicitó extensión de plazo sin penalidad y anticipó que atento a la situación de COVID no podía asegurar un plazo y que los costos podrían variar pues dependían de nuevas demoras y de ajustes que se encontraban pendientes de cálculo.

Tanto el reclamo de sobrecostos como el pedido de extensión de plazo lo fundó en un “cambio de ley” derivado de las nuevas normas en torno al COVID emitidas por el gobierno nacional, las Provincias y los municipios. Asimismo, alegó la existencia de normativa extranjera que limitó la producción de equipamiento en las plantas ubicadas en Alemania y en China sin dar mayores explicaciones al respecto.

Finalmente, el Contratista intimó a que estos mayores costos sean pagados en el término de 10 días pues consideró que era un tema ya conocido entre las partes y que el Contratista había reclamado en varias oportunidades con anterioridad. Asimismo, dijo que si los sobrecostos no eran pagados en el plazo de 60 Días procedería a resolver el contrato de EPC.

Justo luego de hablar con el jefe de proyectos de Generadora del Sud, le entra un email dirigido al CEO de la compañía con copia a Ud. proveniente del consorcio de acreedores que había otorgado el préstamo al SPE. En ese email informaron que habían recibido del Contratista una copia de la nota que el Contratista había enviado a Generadora del Sud por “Variación de Costo y Plazo” y que estaban muy preocupados porque el Contratista estaba intimando al pago de USD 15 millones bajo apercibimiento de resolver el contrato. Asimismo, recordaron que la resolución del contrato de EPC implicaba un evento de default bajo el préstamo pudiendo derivarse en la aceleración del pago del mismo. También cualquier variación al contrato de EPC por una suma superior a USD 1 millón o que el reemplazo del Contratista bajo el EPC requería su aprobación previa. Finalmente dijeron que el presupuesto del proyecto era de USD 200 millones y que un sobrecosto de USD 15 millones implicaría que ese dinero deba salir de los Sponsors, aún cuándo no había obligación para hacerlo.

Ante esta situación lo llama el CEO de la compañía muy preocupado. Le manifiesta que obviamente no puede entrar en default bajo el préstamo. Que la compañía ya había invertido USD 50 millones. Qué había comprometido la venta de energía con el contrato de abastecimiento con CAMMESA. Por otro lado, le dijo que no había en caja usd 15 millones para pagar al Contratista y que no pensaba aprobar un pago así porque consideraba que no correspondía y que era totalmente irrazonable. Que a su juicio esto era “una apretada” para que el Contratista se salve de las penalidades por las demoras y a la vez recibiera dinero para tapar los gastos incrementales que tuvo derivados de su propia negligencia. Finalmente, le pide que arme un plan de acción para presentar al Directorio con la estrategia legal a seguir. También que tenga en cuenta el escenario en que el Contratista cumpla con el apercibimiento y resuelva el contrato.