

25 de junio 2020

## El futuro de los contratos de energías renovables con grandes usuarios tras nuevas medidas del Gobierno

José Carlos Cueva, socio del estudio Beccar Varela, analizó la situación de los contratos de energías renovables en una entrevista para Energía Estratégica.

¿Se reconocerán extensiones por problemas marcoeconómicos? Una mirada legal sobre el tema.



Por **Gastón Fenés**  
gaston.fenes@energiaestra

**Argentina**, , , , ,

**Energía Estratégica** consultó al abogado experto en derecho energético, **Carlos Cueva**, respecto a la nueva disposición de la secretaría de energía para la Compañía Administradora del Mercado Eléctrico Mayorista (Cammesa) en lo que respecta a plazos de construcción de proyectos de energías renovables sujetos al Mercado a Término (MATER) de la Resolución 281 E2017 del entonces Ministerio de Energía y Minería. (Nota NO 2020-37458730-APN-SE#MDP, del 10 de junio 202 de la Secretaría de Energía)

### **¿Qué implica para el MATER?**

En términos generales, a través de la nota mencionada, la Secretaría de Energía instruyó a que se suspenda entre el 12 de marzo de 2020 y el 12 septiembre de 2020 el cómputo de plazos de ejecución de contratos que no hubieran sido habilitados comercialmente al 12 de marzo de 2020, incluyendo a aquellos proyectos en el marco del Mercado a Término de Fuentes Renovables (MATER), regulado por la Resolución ex MEyM N° 281/2017 y otras normas complementarias.

Conforme la nota, ello se funda en circunstancias relativas a la pandemia COVID-19 y al aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el DNU N° 297 del 19 de marzo de 2020.

### **¿Cómo interpreta sus efectos?**

El primer impacto de esta suspensión es que los generadores del MATER con proyectos en construcción, contarán con un plazo mayor para poder cumplir ya sea con el plazo máximo de construcción declarado o con el plazo máximo de 2 años -más 6 posibles meses de prórroga- para lograr la habilitación comercial, y mantener entonces su derecho a conexión a la capacidad de transporte y prioridad de despacho que le fueran previamente reconocidas.

Pero al mismo tiempo no deben soslayarse las consecuencias legales que, por este mayor plazo, se generarán también sobre la otra parte en la relación que implica la operatoria en el MATER, es decir, el Gran Usuario comprador de la energía -además del Generador y del Estado (Cammesa, Secretaría de Energía)-, quien tiene expectativas de recibir la energía comprometida de fuente renovable y en los plazos también comprometidos.

Dicho en otras palabras, la suspensión de plazos dispuesta por la nota debe analizarse tanto en la relación Generador – Estado (otorgante de la prioridad de despacho), como también en la relación contractual Generador – Gran Usuario.

### **¿Qué se supone que puede pasar con las multas?**

En relación al MATER y al generador, las consecuencias por demora en la fecha de habilitación comercial pueden llegar a la pérdida de la prioridad de despacho y la ejecución de la caución de 250.000 USD/MW declarado –más eventualmente 62.500 USD/MW en caso de solicitud de prórroga-, que debió constituir el generador a quien se le asignó tal prioridad.

En este caso, el FODER deberá ejecutar las cauciones presentadas por el generador para cubrir el cumplimiento del plazo máximo de construcción, conforme así lo prevé el art. 11 de las Resolución N° 281/17, lo que implicaría prácticamente la quiebra de la SPE a cargo del proyecto. Pero también implica una consecuencia muy dura para la industria, al perderse un proyecto.

### **¿Qué se espera en este escenario?**

En cuanto a qué puede pasar con las multas, desconozco si hay proyectos del MATER que encuadran en esta problemática, pero de existir, es claro que debe revisarse su situación de manera particular, en pos del desarrollo de la industria.

En una nota publicada la semana anterior en su portal, y en referencia el caso similar de RenovAr, mi colega **Agustín Siboldi** planteaba distintos escenarios de terminación, reconducción y espera de contratos con aplicación o no de penalidades, en función del impacto de la crisis financiera sobre cada caso particular, a lo que adhiero como solución también para el caso de MATER.

También resultan interesantes los beneficios resultantes que mencionó Agustín, en resumen, liberación de PDI y evitar procesos arbitrales, que en el caso del MATER pueden ser procesos administrativos ante el Estado además de procesos judiciales o arbitrales ante el GU, con el dispendio que ello implica para todas las partes.

### **¿Y cuáles serían entonces las consecuencias legales frente al GU comprador?**

Desde el punto de vista de la relación Generador – Gran Usuario, dependerá de los acuerdos que al respecto hayan alcanzado, pudiendo incluso implicar hasta la rescisión del Contrato a Término, si ello estuviere pactado o resulte de normas supletorias aplicables (Código Civil y Comercial).

Es de destacar que, si bien el Estado puede ejecutar garantías por incumplimiento de la fecha de habilitación comercial, el beneficiario del producido de esa ejecución no es el GU eventualmente perjudicado, sino el FODER.

Debe tenerse presente al respecto que –más allá de muchos matices- el interés principal del GU al firmar un Contrato a Término bajo el MATER es recibir energía de fuente renovable y cubrir así la cuota obligatoria que prevé la ley 27.191.

La experiencia en este sentido muestra que los GU contratan incluso volúmenes superiores a esta cuota mínima, y en muchos casos, el interés en la compra es una decisión corporativa que va más allá de la ecuación simple de precio de energía renovable versus precio de energía convencional desplazada por la compra o de su obligatoriedad.

Por eso, los GU requieren contratos con suministro en firme, como así también que el proyecto tenga otorgada la prioridad de despacho para contar con transporte relativamente firme.

La falta de suministro en debido tiempo podría generar incumplimientos a las decisiones corporativas de contar con energía limpia, incumplimientos a las cuotas mínimas establecidas por ley 27.191 y consecuente aplicación de multas al GU por parte de Cammesa y finalmente, sobrecostos por compra de energía para reemplazar a la energía renovable no suministrada.

Si las medidas de aislamiento se extienden, entonces las consecuencias pueden agravarse.

### **¿Cómo afectaría esta suspensión de plazos?**

Se planteará seguramente es la discusión sobre si la suspensión de plazos dispuesta por la Secretaría de Energía bajo la Nota comentada puede extenderse automáticamente al Contrato a Término firmado con el Gran Usuario o si, por el contrario, para eximirse de responsabilidad por la demora, el Generador deberá probar ante el GU que los efectos de las normas obligatorias del aislamiento social, preventivo y obligatorio dispuesto por el DNU N° 297 del 19 de marzo de 2020, resultaron un “hecho que no ha podido ser previsto o que, habiendo sido previsto, no ha podido ser evitado” –como dice el Código Civil y Comercial de la Nación-, y por lo tanto, causal de fuerza mayor. De nuevo, la respuesta dependerá en gran medida de lo que hayan pactado las partes en su Contrato a Término.

### **¿Qué medidas pueden preverse para mitigar estos riesgos?**

Recordemos que el principio rector de los Contratos a Término bajo el MATER –así como también los “viejos” Contratos a Término concebidos bajo el Marco Regulatorio Eléctrico ley 24.065 y actualmente suspendidos, salvo los casos excepcionales, por ejemplo, casos de contratos bajo el régimen de “Energía Plus”-, es la libertad de negociación y contratación de precios, cantidades y demás términos y condiciones.

En aquellos contratos ya firmados el remedio deberá buscarse en las condiciones contractuales acordadas en cada caso, y en aquellos contratos aún en negociación, deberá tenerse en cuenta esta situación para poder buscar el remedio consensuado adecuado para ambas partes, por ejemplo, prestando atención el plazo de inicio del suministro y a los volúmenes

comprometidos, fijando multas por incumplimientos a compromisos de entregas, indemnizaciones, garantías, entre otras variables contractuales.

### **Dado que la instrucción refiere a problemas originados en la pandemia, ¿qué actitud tomaría el Gobierno en el futuro?**

Más allá de suspensiones de plazos por problemas contingentes, entiendo que el Gobierno debería considerar todos los problemas existentes para poder reencauzar los proyectos bajo MATER y reimpulsar el desarrollo de las energías renovables, siendo los problemas financieros y la falta de capacidad de transporte, los que más se escuchan entre los especialistas como temas críticos.

En el MATER se presenta una situación particular, ya que no existe capacidad actualmente de generación excedente, sino por el contrario, para poder tomar la decisión de invertir en nuevos proyectos es necesario que en un mismo momento converjan:

(i) contratos firmes de abastecimiento en moneda fuerte y otras condiciones óptimas que hagan financierable al proyecto

(ii) más capacidad efectiva de poder entregar la energía a generar –v.g, acceso al transporte y prioridad de despacho-,

(iii) más constitución de una caución que garantice el cumplimiento del plazo de habilitación comercial y (iii) más condiciones financieras –plazos de gracia, tasa de interés, etc.- que permitan una óptima inversión, con una rentabilidad razonable. Sumado ello a la decisión que debe tomar el GU para firmar un Contrato a Término implica que previamente debe tomar la decisión de salir del mecanismo de compras conjuntas –para poder reingresar recién pasados 5 años-, con los que toda la operatoria se vuelve un círculo vicioso de difícil solución.

Por eso, más allá del tema puntual de demoras en el sector, entiendo que no pueden dejar de considerarse todos los factores que impactan en el desarrollo del MATER para permitir concretar proyectos y fomentar un mayor desarrollo.

Pero, reitero, las soluciones contractuales pactadas en el Contrato a Término darán el marco principal de los derechos y obligaciones de las partes, salvo normas superiores de orden público y excepcionales que puedan aplicarse.

### **¿Qué resolución legal podría tomar el Gobierno sobre el tema contratos bajo el MATER?**

Limitándonos al sector de energía y dentro de lo razonablemente posible, en mi opinión, unos de los puntos a rever es el alto monto de las cauciones que se exigen al proyecto adjudicatario de prioridad de despacho.

Además, conforme la Resolución 281/17, el plazo de constitución de esta garantía es solo de 10 días hábiles desde que Cammesa notifique el otorgamiento de la prioridad de despacho, plazo que es por demás exiguo.

Volviendo al tema de la “circularidad” que mencioné en una respuesta anterior, en ese plazo exiguo y casi al mismo tiempo, el generador deberá firmar (o “perfeccionar”) un contrato con un GU, obtener la elevada garantía y finalmente, firmar (o “perfeccionar”) los contratos de financiamiento. Salvo casos excepcionales, por ejemplo, empresas integradas, difícil es poder cerrar alguno de estos elementos, sin que existan los demás.

En otras palabras, la flexibilización de la caución exigida, podría ser una medida que ayude.

### **¿Alguna sugerencia?**

Otra medida podría ser la identificación de mayores puntos de interconexión con capacidad de transporte, tomando aquellos nodos que se vayan liberando por proyectos que no pudieron concretarse, ya sea de RenovAr o de MATER, o incluso asumiendo las autoridades mayores riesgos de déficit de capacidad del PDI poniendo mayor capacidad a disposición en cada convocatoria, más aún en tiempos actuales de menor demanda, si ello fuera técnicamente posible.

Incluso se podría disponer –como entiendo que así se hace en otros países de la región- que en las convocatorias trimestrales se identifique la inversión de transporte corresponderá afrontar a los adjudicatarios para que sea otra variable en la decisión de adjudicación, a la vez que contribuya a la participación privada en las ampliaciones de transporte.

Por el lado de los GU, la regulación que exige mantenerse en el MATER por 5 años como mínimo luego de salir del mecanismo de compras conjuntas, junto a las multas por incumplimientos a su cuota obligatoria, hace más difícil la decisión de los GU de optar por operar en el MATER. Tal este tema pueda flexibilizarse a manera de facilitar la decisión de los GU de salir del mecanismo de compras conjuntas y volcarse al MATER.

Finalmente, hay por cierto temas estructurales económicos y de infraestructura que son más generales y entiendo, exceden la pregunta.