

Industriales Consumidores Iniciales del Gas de Camisea y el Contrato de Suministro “Take or Pay” en el Perú

MARIO NICOLINI DEL CASTILLO

Profesor de Derecho Petrolero de la Pontificia Universidad Católica del Perú

INTRODUCCION

Después del rompimiento de las relaciones del gobierno peruano con el consorcio Shell-Mobil para la explotación del gas de Camisea, el gobierno se avocó a la tarea de hacer llegar a Lima el tan esperado gas. Con el objeto de ofrecer un beneficio adicional a quien resultara ganador de la buena pro para la producción del campo de gas, con el apoyo de asesores internacionales, se elaboraron contratos de última generación de suministro de gas para ser celebrados entre el gobierno y los industriales. Estos contratos, una vez que se supiera quién había sido favorecido con la producción del campo, serían transferidos a éste, quien tendría la ventaja de contar de antemano con contratos firmados y clientes fijos; y no cualesquiera clientes, sino los industriales peruanos que, por el hecho de firmar anticipadamente, tendrían como contraprestación, precios privilegiados al ser los primeros consumidores del gas, entre otros beneficios.

ANTECEDENTES

El gas de Camisea representa la obra de infraestructura energética más importante que desarrollará el Perú en los próximos años, con este megaproyecto se buscará insertar en la vida económica a diferentes regiones del Perú, y se intentará hacerlas participe de las importantes reservas descubiertas de gas y condensados.

A inicios de los años 90 se negocia con Shell un acuerdo de bases para fijar los términos de un contrato para la explotación de hidrocarburos y así, el 17 de mayo de 1996, se celebra el contrato de licencia entre PERUPETRO y las empresas SHELL PROSPECTING AND DEVELOPMENT (PERU) B.V. y MOBIL EXPLORATION AND PRODUCING PERU INC. para la explotación de hidrocarburos en los lotes 88-A y 88-B, que comprenden los yacimientos de gas y condensados de Camisea.

Los lotes 88-A y 88-B se encuentran ubicados en la provincia de La Convención, departamento de Cusco y tienen una extensión total de 213,000 hectáreas; dentro de ellas se encuentran los yacimientos Mipaya (88-A), San Martín y Cashiriari (88-B). Las reservas estimadas se calculan por el orden de los 12.2 billones de pies cúbicos de gas, considerándose como reservas recuperables 9.0 billones de pies cúbicos de gas y 640 millones de barriles de líquidos del gas. Estas reservas equivalen a 2,200 millones de barriles de petróleo por lo que representan seis veces el total de las reservas probadas de petróleo que tiene el país.

El consorcio Shell-Mobil cumple con el primer período que estipula el contrato de licencia, pero en julio de 1998, decide no pasar al segundo período.

1 El presente artículo es un recuento de la experiencia del autor en la negociación de contratos de suministro por el gas de Camisea a favor de los industriales y ante el CECAM, como representante de Nitratos S.A., compañía petroquímica.

El gobierno se decide entonces por la segmentación del proyecto y considerando que era necesario impulsar la explotación de yacimientos de gas natural de Camisea que habían pasado a propiedad del Estado con la ruptura del vínculo con el consorcio, y considerando también que, para darle unidad al proyecto, era necesario conformar un Comité Especial de alto nivel bajo el ámbito de los Decretos Legislativos N° 674 y N° 839 y las modificaciones y disposiciones complementarias, decreta, en setiembre de 1998, tanto la inclusión del proyecto de Camisea en el proceso de promoción de la inversión privada a que se refiere el Decreto Legislativo N° 674, como la creación del Comité Especial de alto nivel del proyecto Camisea², que se le conoce como Comisión Camet.

Esta comisión, fue específicamente creada para la coordinación, el diseño y la promoción de los procesos de licitación, así como para la adjudicación de los contratos requeridos para su implementación, desarrollo y explotación, conjuntamente con los entes responsables involucrados.

La Comisión Camet se encargó de diseñar y definir el esquema del desarrollo del proyecto. La segmentación del proyecto en sus partes componentes de producción, transporte y distribución, serían el marco para la contratación con sendos licenciatarios, pero era necesaria la transferencia a un órgano ejecutor.

Se determina entonces encargar a la COPRI la ejecución del proceso de promoción de la inversión privada, y la selección y adjudicación de los respectivos contratos que involucra dicho proyecto³. Mediante el Decreto de Urgencia N° 002-99, se desactiva la Comisión Camet y se le ordena preparar un informe final sobre todo lo actuado y transferir al Comité Especial que se constituya, los recursos económicos y toda la documentación existente que hubiera generado en relación al proyecto Camisea.

Finalmente, en abril de 1999, se constituye el Comité Especial Proyecto Camisea (CECAM) que llevaría adelante dicho proceso, el mismo que se encargaría de diseñar los contratos de suministro que se celebrarían entre los industriales, negociarlos y finalmente suscribirlos.

LOS INDUSTRIALES

En agosto de 1999, a iniciativa del Ministerio de Energía y Minas y con el patrocinio y la colaboración de la Sociedad Nacional de Industrias, se crea la Asociación de Consumidores de Gas, en adelante la Asociación, que está integrada por las empresas potenciales consumidoras del gas, asociaciones de consumidores de energía que se interesen en participar, así como otras empresas que sean aceptadas por la asamblea de asociados.

Las empresas que se reunieron para la conformación de la Asociación son principalmente las más grandes del medio y para su constitución asistieron y firmaron el acta las siguientes: Sider Perú, Sudamericana de Fibras S.A., Corporación Aceros Arequipa, Nitratos S.A., Cerámica Lima, ACIDE, Compañía Manufacturera de Vidrios del Perú Ltda. S.A., Alicorp S.A., Aguaytía Energy del Perú S.R.L., Unión de Cervecerías Peruanas Backus y Johnston S.A., Vidrios Industriales S.A., Etevensa y Empresa Eléctrica de Piura⁴.

La Asociación tiene como objeto primordial el promover los usos del gas natural en el Perú mediante diferentes actividades como la de fomentar el consumo de gas a través de la sustitución de combustibles líquidos y sólidos y su utilización como materia prima en la industria; dar a conocer los usos del gas y sus ventajas; facilitar, coordinar y promover la creación y transferencia tecnológica orientada a aumentar el consumo de gas; recolectar, procesar y difundir información relativa al gas natural, organizar actividades de enseñanza y entrenamiento para organizaciones, empresas y personas

2 Decreto de Urgencia N° 045-98.

3 Decreto de Urgencia N° 022-99.

4 Acta de Constitución de la Asociación de Consumidores de Gas en el Perú.

en general; proponer al Ministerio de Energía y Minas dispositivos legales que posibiliten la promoción y el desarrollo de la industria gasífera; contribuir a crear una cultura de gas en el Perú mediante la difusión de las ventajas de su utilización como combustible limpio, económico y seguro; y propender al abaratamiento de los precios de energía⁵.

LA NEGOCIACION

Los industriales reunidos en este marco, iniciaron las negociaciones para firmar un contrato con el Estado peruano, representado por el CECAM, para que se les diera ventajas en precios sobre cualquier otro consumidor que tratase posteriormente con quien resultara ganador de la licitación por la producción del gas de Camisea.

El objetivo de los industriales era el de conseguir un precio preferente en virtud de ser los primeros consumidores del gas cuando llegue a Lima; mientras que el objetivo del Estado era el de tener contratos de suministro celebrados para ofrecer clientes fijos del gas, como beneficio adicional, a quien resultara ganador de la producción del campo de Camisea y, de esta manera, conseguir un mayor porcentaje de regalía de entre los postores pre-calificados.

El gobierno, a través del CECAM, presentó un primer proyecto a los industriales quienes pasaron a analizarlo para determinar hasta qué punto les era conveniente y considerar sus pros y sus contras⁶.

Los industriales querían estar bien preparados para la negociación y ulterior firma de esos contratos, así pues, con la colaboración de la Asociación de Consumidores Intensivos de Energía (ACIDE) decidieron

buscar la asesoría de un especialista que manejara y fuera un experto en el tema del gas. Teniendo en cuenta la experiencia argentina, con más de cuarenta años de producción y uso de gas natural, se buscó la ayuda de un especialista, que fue la persona encargada de revisar la propuesta del CECAM y emitir un informe al respecto que serviría como guía para los industriales; este informe contenía detalladamente los puntos de la propuesta de contrato que podrían ser materia de discusión.

No contentos del todo con el informe, los industriales iniciaron una serie de sesiones de discusión y aprendizaje; además, ACIDE organizó un conversatorio taller denominado “Análisis de Contratos de Suministro y de Transporte de Gas” que contó con la participación como expositor de tal experto argentino.

***“El Gas de Camisea representa
la Obra de infraestructura
más importante que
desarrollará
el Perú en los próximos años”***

Listos para iniciar las negociaciones, tras una serie de reuniones en la sede de la Sociedad Nacional de Industrias y armados con todo el conocimiento que se había podido obtener en esos pocos meses, pero con el espíritu

lleno de energía para sacar adelante al país y modernizar y mejorar considerablemente sus propias industrias, los industriales analizaron en detalle la propuesta de contrato presentada y se comenzó con las reuniones entre los industriales y el CECAM para obtener un contrato de suministro de última generación y con las condiciones y a la altura de los contratos que se celebran en los países industrializados y con experiencia en el negocio del gas.

El ejercicio negociador fue todo un éxito, y después de muchas y muy largas reuniones en los ambientes del Ministerio de Energía y Minas se consiguió, el 11 de febrero del 2000, que seis de las empresas industriales más importantes del país firmaran contrato

5 Estatuto de la Asociación de Consumidores de Gas en el Perú.

6 Una parte importante del análisis legal fue determinar por qué se debía firmar estos contratos con un intermediario como el Estado y no hacerlo directamente con el productor; la respuesta a la que se llegó fue simple, el Estado avala a los industriales como gremio mientras que el industrial individual que pretenda celebrar contratos con el productor no va a ser un consumidor de cantidad significativa y no va a lograr lo que si podría teniendo al Estado como aval.

con el CECAM. Las empresas signatarias de tales contratos fueron Cerámica Lima, Corporación Cerámica, Cerámicas San Lorenzo, Vidrios Industriales, Sudamericana de Fibras y Alicorp⁷.

Los contratos de suministro que firmó el llamado grupo de los seis, fueron los llamados contratos *take or pay*, que son contratos de última generación en la industria del gas y contienen cláusulas de reajuste y compensaciones, que aún no se encuentran fácilmente en otras partes del mundo.

CONTRATOS DE SUMINISTRO

Los contratos de suministro de gas, también conocidos como contratos *take or pay* por una de sus cláusulas sobresalientes, es un contrato para adquirir un producto relativamente homogéneo. Por ello este tipo de contrato es bastante más simple que la mayoría de contratos comerciales y no se diferencia mucho de los contratos que hoy operan para adquirir otro tipo de combustibles.

Los contratos de suministro de gas tienen como característica particular el que se suele incluir plazos que superan cómodamente el año. Por lo general superan los cinco años y, a veces, llegan hasta quince años o más. Por regla general, los contratos de gas contienen una fórmula de ajuste para determinar el precio de la transacción, ya que, por ser contratos a largo plazo, no hay elementos para establecer un precio único durante toda su vigencia.

Las cláusulas modernas más frecuentes en los contratos de gas son *take or pay*, *delivery or pay*, *make up* y *carry forward*, sin embargo hay otras cláusulas que se suelen encontrar en los contratos de suministro que repasaremos brevemente.

1. Take or Pay (TOP)

La cláusula *take or pay* es básicamente el compromiso de un pago mínimo obligatorio del consumidor por una cantidad de gas. Siempre se paga esa cantidad y se pagará así sea consumida o no. La justificación es asegurarle al productor un ingreso mínimo de dinero y al consumidor un monto asegurado de gas⁸.

La cláusula *take or pay* establece un porcentaje mínimo de un volumen de referencia que normalmente se denomina Cantidad Diaria Máxima (CDM)⁹. El productor determina un volumen mínimo cuyo pago está garantizado, se consuma o no.

Normalmente se establecen cantidades programadas diarias para cada mes de contrato. Los *take or pay* a veces se establecen sobre las cantidades del mes y otras veces sobre las diarias. Sin embargo, lo usual es sobre las cantidades totales del mes para obtener mayor flexibilidad dentro de ese lapso. Es decir, si se toma un *take or pay* del 75% mensual, no significa que todos los días se tomó un 75% de lo programado para ese día o más. Habrá días en que se tome menos. Esto no significa que se cobra el gas no consumido sino que el balance y el saldo se harán a fin de mes.

En algunos contratos, se considera la Cantidad Mínima Diaria Operativa (CMO). Obviamente esta exigencia puede ser mucho más importante que la anterior, dependiendo de dónde esté la CMO respecto de la Cantidad Diaria Programada (CDP). Si la CMO está muy cerca de ella, no habrá mayores problemas. Por lo general, la cláusula de *take or pay* se ubica por encima de la CMO; la cantidad mínima diaria será, por lo tanto, una restricción meramente técnica y que opera en el día a día, mientras que el *take or pay* opera a partir del saldo a fin de cada mes.

7 Actualmente se está negociando entre las empresas signatarias de los contratos *take or pay* un adendum en virtud al cual las partes convienen en modificar anualmente el precio base establecido mediante la aplicación de una fórmula polinómica que se estipula en tal adendum; esto se está haciendo con el propósito de otorgar un mayor beneficio a los industriales.

8 Extracto del Memorandum Interno N° AL-005-99 de Nitratos S.A., dirigido a la Gerencia General por la Oficina de Asesoría Legal el 22 de diciembre de 1999.

9 CDM es la cantidad de gas que, como máximo para consumos regulares, puede nominar el cliente en cada día de contrato. Sin embargo, para consumos irregulares la cantidad de gas puede coincidir con una determinada demanda.

En los contratos con pequeños productores suele haber una CMO bastante baja pero con una cláusula *take or pay* que, para el saldo mensual, supera bastante a la cantidad mínima diaria acumulada. Eso provoca algún tipo de problemas. Para quien tenga una curva de consumo irregular, si tiene un *take or pay* alto, tendrá que pensar qué hacer con todo el gas que no pueda consumir y que esté dentro de los límites del TOP.

Para el productor, la cantidad mínima diaria es una condición operativa originada en que, por ejemplo, según el tipo de yacimiento que opere, no se puede producir menos de una cierta cantidad por día. Si no le consumen esa cantidad, eventualmente tiene que ventear¹⁰.

Algunos productores no sólo piden *take or pay* sino *take or take*: el retiro del gas es obligatorio o en su defecto se paga una multa por no retirarlo. Esto ocurre porque el productor se ve perjudicado cuando no se toma gas, pues se ve obligado a ventear y pagar multas por ello.

2. Delivery or Pay (DOP)

Delivery or pay es la contraparte de la cláusula *take or pay*. Es el compromiso del productor de entregar un volumen diario correspondiente a la cantidad solicitada o al pago de la misma además de los daños y perjuicios ocasionados por no haberlo entregado a tiempo.

Si el productor entrega una parte de la cantidad diaria pero no toda, por efecto de la cláusula *delivery or pay* deberá pagar la diferencia entre lo que no haya entregado y los daños y perjuicios que produce esta falta de suministro; tales daños podrían ser representativos del costo del combustible alternativo que el consumidor vaya a utilizar, ya sea gas provisto por otro productor o, en algunos casos, otros combustibles como el petróleo residual o el GLP.

La *delivery or pay* es una cláusula que garantiza la capacidad de acceder a una determinada cantidad de energía para consumir, ya sea en forma de gas por el productor que abastece, gas de otro productor, dinero en efectivo o un determinado volumen de otro combustible.

Tanto las cláusulas *take or pay* como la *delivery or pay* son cláusulas nominales; pero a partir de ellas se pueden establecer una serie de modalidades que se ajustan a las necesidades de la industria. Algunos podrán preferir una cláusula *delivery or pay* de gas o gas que podemos denominar *delivery or delivery*, otros de gas o efectivo, y otros de gas o un combustible particular que les resulte sustituto fácil del gas que podemos denominar *delivery or supply*.

3. Make Up (MU)

Make up es una cláusula que contrarresta el efecto del *take or pay*. En virtud a la cláusula *make up* se recupera la cantidad que se ha perdido como efecto del *take or pay*.

La cláusula *make up* permite recuperar lo que se pagó en exceso como consecuencia de la cláusula *take or pay*. Es decir, si se consumieron 50 unidades y se pagó por 80 porque se tenía un TOP de 80, se pagaron 30 unidades de más que no se consumieron efectivamente y, en virtud al *make up*, se crea una cuenta a recuperar por 30. La cantidad a recuperar viene a ser la diferencia entre el TOP establecido y lo que efectivamente se demanda.

En la mayoría de contratos modernos, la cláusula *make up* se agota en el tiempo; esto quiere decir que el derecho de recuperar en el futuro aquello por lo que se ha pagado y no ha sido consumido hoy, rige por un plazo determinado; en consecuencia, si no se toma el saldo dentro del plazo establecido, este se pierde.

¹⁰ A veces hay restricciones y multas al venteo aplicadas por las autoridades energéticas. En Argentina, por ejemplo, el venteo es castigado, lo cual puede ser correcto desde que son recursos no renovables a los que se agrega el problema de la contaminación ambiental que provoca su dispendio. Tal vez se esté venteando un producto cuyo precio actual podemos establecer pero cuyo precio dentro de cinco años no sabemos y podría ser el triple de lo que vale hoy.

Lo más favorable para el consumidor será tener una cláusula *make up* que señale tiempos prolongados, pero es poco probable que el suministrante (productor) acepte esto. Lo que se suele encontrar en los contratos de gas es un *make up* de hasta seis meses.

4. *Carry Forward* (CF)

La cláusula *carry forward*, combinada con la *make up*, posibilita reducir la penalización derivada de la cláusula *take or pay* de forma tal que los clientes tienden a pagar únicamente el gas que consumen.

El *carry forward* permite acumular a los clientes los volúmenes que se consumen por encima del *take or*

pay, para utilizarlo cuando la demanda sea menor que éste y de esa forma no ser penalizados pagando por un consumo no realizado. Es una ventaja que ofrece el productor (suministrante) a los clientes y que evidentemente tiene un costo que se refleja en los precios de venta.

Esta cláusula convierte el *take or pay* ya no sólo en el derecho a recuperar algo, un volumen no consumido sobre el *take or pay*, sino también a trasladar los volúmenes que se consumen por encima del *take or pay* a una cuenta que se resta de los futuros volúmenes que corresponden periódicamente a este concepto (TOP).

Lo fundamental del *carry forward* es constituirse en un beneficio para el suministrado, que hace que el suministrante “recuerde” que aquel vino demandando con mayor intensidad en meses previos. Así, cuando el suministrado entra en déficit de pago por el suministro, o cuando sólo demanda 50 unidades teniendo un límite TOP de 80, en lugar de pagarle al suministrante los 80, éste sólo le cobrará por las 50 unidades y no aplicará la cláusula *take or pay*.

En síntesis, las cláusulas *make up* y *carry forward* contrarrestan el efecto del *take or pay*.

5. Otras Cláusulas

Todas estas cláusulas tienen mecanismos pautados de lapsos a transcurrir entre notificaciones y efectivizaciones, que son negociados a la firma del contrato. Al negociar un contrato, aparecen una serie de detalles puntuales: “esto ¿a qué hora va a ocurrir? ¿en qué días? ¿en días hábiles o calendario? y ¿cómo se notifica?”. Son detalles que tienen importancia a la hora de redactar el contrato y que no son objeto de política alguna, sino que cada parte tendrá que definir su utilidad y sus límites.

Las cláusulas más destacables en el aspecto

“La cláusula *Take or Pay* establece un porcentaje mínimo de volumen de referencia que normalmente se denomina Cantidad Diaria Máxima CDM”

comercial que deben contener los contratos de suministro de gas son las siguientes: Vigencia, Principio de Ejecución y Duración, Volumen, Derechos del Comprador, Derechos del Productor, Precios con Fórmulas de Ajuste, Modalidad de Facturación,

Sub-productos (qué se hace con ellos).

Así mismo, los contratos modernos de suministro de gas contemplan la inclusión de cláusulas como: Objeto del Contrato, Procedimientos para Nominaciones Diarias, Calidad del Gas, Penalidades - Cargos, Puntos de Entrega, Caso Fortuito/Fuerza Mayor, Mantenimiento Programado, Cesión y Resolución Anticipada, Desplazamiento, Legislación Aplicable - Arbitraje, Confidencialidad.

DESTINO DE LOS CONTRATOS

Finalmente, el 16 de febrero del 2000, se realizó el acto público de otorgamiento de la buena pro al postor ganador de la licitación en el auditorio de Petróleos del

Perú. Dos consorcios presentaron sus propuestas, ambos comprendidos por postores que habían sido previamente pre-calificados. Resultaría ganador aquel postor o grupo de postores que hiciera la mayor oferta de regalías para el Estado cuyo límite inferior había sido establecido en un tímido 10%.

El consorcio liderado por la argentina Pluspetrol y conformado por la compañía norteamericana Hunt Corporation y la coreana SK, fue quien se hizo acreedor de la buena pro para la producción en el campo en virtud al compromiso de entregar al Estado peruano regalías por el orden de 37.24% sobre los ingresos que obtenga. Consecuentemente, los contratos por el suministro de gas firmados por los industriales y el Estado fueron trasladados al consorcio Plupetrol-Hunt-SK, quien en ese momento se subrogaba en el estado peruano.

Los contratos, con todas estas cláusulas modernas, aseguran un negocio moderno, un flujo comercial activo y un buen negocio tanto para el productor como para el consumidor, con la venia del estado peruano.

CONCLUSIONES

Hoy día, como lo señala Jorge Luis Borges en su narración titulada “La muerte y la brújula”¹¹, la última de las letras del nombre ha sido articulada. Ya sabemos quienes serán los encargados de desarrollar el proyecto de Camisea, todos los segmentos han sido licitados y otorgados. La producción del campo ha sido otorgada al grupo liderado por Pluspetrol, mientras que el transporte y distribución se le otorgó al consorcio liderado por Techint quien, en concordancia con lo que se estipula en la ley, deberá escindir la distribución antes de que se cumplan los cinco años de la fecha de cierre.

Cuando el gas de Camisea llegue a Lima, en noviembre del 2003, que es el compromiso de los operadores, los contratos de suministro entrarán a operar y precluirá esta etapa de *vacatio pacti* en la que se encuentran actualmente. Ahí recién podremos verificar si la celebración de tales contratos fue el éxito que pensábamos o hay que afinar ciertas cláusulas con el objeto de brindarles plena viabilidad. Mientras tanto, el Estado, el productor, el transportista-distribuidor y los industriales, estamos todos satisfechos y seguros de haber hecho lo que debimos hacer. [D&S]

11 Jorge Luis Borges, La muerte y la brújula en Artificios, 15ª Edición de Alianza Editorial S.A. bajo autorización de Emecé Editores S.A, Madrid, 1985. p. 154.