

Las consecuencias del incumplimiento del socio bajo el contrato modelo de JOA de la AIPN frente al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación

Andrés Sabatini

Acerca del Contrato de Operación Conjunta o *Joint Operating Agreement* [\[arriba\]](#)

Los acuerdos de colaboración o asociación empresarial (Joint Ventures) son ampliamente utilizados para la exploración y explotación de campos petroleros ya sea debido al alto riesgo técnico u operativo, la necesidad de contar con el know-how o experiencia técnica de un socio (socio estratégico) o para financiar las necesidades de capital. Para lograr dichas asociaciones en general no se implementan vehículos especiales o nuevas sociedades (“SPVs”) sino que se suscribe el denominado “Contrato de Operación Conjunta” o “Joint Operating Agreement” (“JOA”) que rigen las relaciones entre las diversas empresas participantes del proyecto y en los que se designa a una de ellas como Operador del Consorcio. El JOA es una especie del género “cooperación empresaria”. Ha sido definido, en sentido amplio, como “todo acuerdo empresario que tiene por objeto la realización de un proyecto específico, con independencia de la forma jurídica que se adopte a tal fin”[1]. Dicha figura se asemeja al Contrato de Unión Transitoria de Empresas (UTE) previsto en nuestro ordenamiento jurídico, con varios agregados que hacen a las particularidades del negocio subyacente. El contrato es consensual, colaborativo y de larga duración (en general los JOA suelen tener plazos superiores a los 20 años, que resultan esenciales para el cumplimiento del objeto). “En general, se distingue entre: a) Joint Venture Societario, por medio del cual las partes constituyen un nuevo sujeto de derecho. En este supuesto, la autonomía de la voluntad se ve limitada por la obligación de adoptar alguna de las formas societarias establecidas por la legislación (conf. Rópolo, Esteban, “Joint venture y el control de concentraciones económicas”, LL 7/8/2008, 2008- D, 1308); y b) Joint Venture Contractual, en donde las partes deciden cooperar de distintas maneras pero sin crear un nuevo sujeto de derecho. En este caso, las formas que puede adoptar la cooperación son infinitas en virtud del principio de la autonomía de la voluntad (...)”[2].

En rigor, la práctica habitual en nuestro país es constituir un Contrato de UTE entre las empresas, a efectos de dar una forma jurídica al emprendimiento que permita limitar la responsabilidad frente a terceros, adoptar una clara estructura tributaria entre las partes y establecer como “reglamento” a dicho contrato de UTE, un JOA que regula, entre otros aspectos, las cuestiones que resultan objeto del presente trabajo.

La AIPN y el modelo internacional de JOA [\[arriba\]](#)

La Association of International Petroleum Negotiators (“AIPN”) es una asociación independiente sin fines de lucro creada en el año 1980 que nuclea a profesionales de todo el mundo vinculados al negocio petrolero y que tiene como objetivo generar un ámbito de colaboración y soporte entre todos los sectores[3].

Debido a la complejidad en la negociación de los JOAS y la similitud de prácticas internacionales, la AIPN ha desarrollado hace varias décadas ya, en cooperación con los principales referentes de los mayores estudios jurídicos internacionales y empresas petroleras del mundo, un modelo de contrato de JOA, con alternativas de cláusulas y opciones de negociación. Dicho modelo de JOA, normalmente reconocido

como el “modelo AIPN” es el internacionalmente adoptado como base de negociación y es el generalmente utilizado para operaciones petroleras conjuntas en la Argentina.

Ahora bien, dicho contrato debe ser revisado bajo la óptica del derecho continental puesto que ha sido elaborado principalmente tomando como base principios, derechos y facultades válidas bajo el Common Law. Situación que, en el caso argentino, normalmente no se adopta, transcribiendo cláusulas o disposiciones contractuales que muchas veces resultan de dudosa aplicación y/o validez bajo el derecho local.

Estructura del JOA e incumplimiento [\[arriba\]](#)

El JOA dispone una estructura básica donde una de las partes asume el rol de Operador (similar al Representante en la UTE) quien toma a su cargo la ejecución de las operaciones y la administración del consorcio. El Operador es el encargado de realizar todas las contrataciones necesarias para la ejecución de los trabajos en campo para lo cual informa a los socios sobre las necesidades de capital en el inmediato y mediano plazo y requiere de los mismos los aportes de fondos necesarios para continuar con las operaciones (“Cash Calls” o “Pedidos de fondos”). Asimismo, el Operador es quien administra y asigna la producción de petróleo y gas proveniente del bloque.

Dada la criticidad en la continuación de las operaciones y la importancia de mantener el financiamiento constante de las mismas, es que el Contrato de JOA prevé severas sanciones ante el caso de incumplimiento en el pago de los Cash Calls. Así, frente al incumplimiento de una de las partes, las demás deben aportar los fondos faltantes y “apropiarse” de la producción de la parte incumplidora para poder repagarse. El presente trabajo se enfoca particularmente en el análisis de la cláusula vinculada a las facultades de las partes y/o el Operador del JOA ante un evento de incumplimiento de alguna de las empresas asociadas respecto a dichos Cash Calls.

Las cláusulas del JOA son las siguientes (traducción para la versión en español):

“1.1 Definiciones. En el presente Acuerdo, los siguientes términos en mayúsculas tendrán el significado que se les asigna a continuación: (...)

Titularidad: significa una cantidad de Hidrocarburos (excluidas las cantidades utilizadas o perdidas en las Operaciones Conjuntas) que una Parte tiene el derecho y la obligación de poseer, tomar en especie y disponer según el presente Acuerdo y el Contrato, según dicho derecho y obligación puedan modificarse mediante cualquier acuerdo de retiro (lifting), balanceo, ventas y otros acuerdos de disposición celebrados según el Artículo 9.

(...) 8.4.A Durante el Período de Incumplimiento, la Parte Incumplidora no tiene derecho a tomar en especie o disponer separadamente de su Titularidad, cuya Titularidad bajo este Artículo 8.4.A pasará a ser propiedad de las Partes no incumplidoras. El Operador (o la Parte que notifique si el Operador es una Parte Incumplidora) estará autorizado y bajo el Artículo 8.4.1 tiene un poder para tomar y a vender esa Titularidad en condiciones de mercado, en términos que sean comercialmente razonables conforme a las circunstancias y, luego de deducir todos los costos y obligaciones incurridos con respecto a esa venta, pagará el producido neto a las Partes no incumplidoras en proporción al importe que les adeude la Parte

Incumplidora como parte del Monto Total en Incumplimiento (en pago, primero de los intereses y luego del capital) y destinará ese producido neto al establecimiento del Fondo de Reserva, si correspondiere, hasta que se recupere el Monto Total en Incumplimiento y se establezca dicho Fondo de Reserva. Todo excedente remanente deberá ser pagado a la Parte Incumplidora, y todo déficit se arrastrará como Monto en Incumplimiento. Cuando se efectúen ventas según este Artículo 8.4.A, las Partes no incumplidoras no tendrán obligación de compartir un mercado existente u obtener un precio igual al precio al que se venda su propia producción. (...)”[4].

Análisis de las facultades del Operador a luz del Código Civil y Comercial de la Nación [\[arriba\]](#)

Se generan interrogantes sobre la validez, ejecutabilidad y oponibilidad bajo el derecho argentino de las disposiciones contractuales transcriptas, puesto que disponen la retención y venta privada de la producción del socio incumplidor de los Cash Calls para hacer frente a sus obligaciones hacia el Joint Venture. En tal sentido, cabría analizar: ¿Acaso estas cláusulas colisionan con disposiciones del Código Civil y Comercial de la Nación? ¿Bajo qué figura jurídica el Operador podría ejecutar dichas garantías por incumplimiento?

¿Hasta qué punto resultan ejecutables y/o oponibles frente a terceros, particularmente en el supuesto de concurso o quiebra? ¿Es posible adaptar estas facultades al derecho argentino?

a. Constitución de un poder o mandato irrevocable a favor del Operador:

La alternativa más sencilla sería considerar que existe un mandato irrevocable a favor del operador para vender la cosa ajena. Esta solución, presentaría problemas en el caso de un concurso, quiebra o reclamo de acreedores del mandante, puesto que no se contaría con ninguna preferencia de cobro o privilegio sobre la producción de la parte incumplidora, quedando así la garantía vacía de toda utilidad. El mandato puede ser irrevocable siempre que sea en interés legítimo de representante o de un tercero (el Operador, las partes del JOA) y por un plazo determinado (plazo del contrato). En cualquier caso, quedaría latente la posibilidad de revocación del mandato por justa causa.

b. Ejercicio del derecho de retención

El derecho de retención se encuentra regulado en los arts. 2587 y ss del CCyCN. Si bien podría pensarse que el Operador ejerce este derecho por cuanto retiene la cosa obtenida por medios lícitos (producción de petróleo y gas de los pozos) como garantía de una obligación cierta y exigible (Cash Call), a poco que nos adentramos en el análisis de este instituto nos topamos con algunos inconvenientes. En primer lugar, salvo que el Joint Venture sea bilateral y no multilateral, como usualmente ocurre, el Operador retiene la producción en garantía del total de la deuda de la parte incumplidora hacia todas las partes del contrato, lo que pondría en duda su legitimidad para ejercer dicho derecho por cuenta y orden de las demás partes del contrato y no sólo por su porción de deuda cierta y exigible[5]. En segunda medida y como mayor restricción, conforme lo dispuesto en los arts. 2591 y 2592 del CCyCN, el Operador estaría imposibilitado de disponer de la cosa retenida y debiera conservarla hasta tanto se produzca el pago, aspecto que desnaturaliza el objetivo de la cláusula y es de imposible práctica para el caso de la producción de gas natural y totalmente ineficiente y antieconómica para el caso de la producción de petróleo

crudo (costos de almacenaje, restricciones operativas, fluctuación de precios de los commodities, etc.). Si bien cabe preguntarse si acaso bajo el art. 2591 inc. a) del CCyCN cabe la posibilidad de que la parte incumplidora autorice anticipadamente la realización del bien en el mercado, aún en tal presupuesto sólo podría retenerse la producción extraída del pozo, mas no la producción futura, con lo que garantía sería insuficiente.

c. Cesión de créditos en garantía

Otra posibilidad sería considerar que, en rigor de verdad, bajo el JOA las partes efectúan una cesión de créditos en garantía de sus obligaciones. El nuevo CC y CN recepta la figura de la cesión de créditos y resuelve la controversia respecto a su naturaleza, al disponer en el art. 1615 la aplicación de las normas de la prenda de créditos a la cesión de créditos en garantía. Concebida de esta manera, la cesión de créditos en garantía no transmitiría la propiedad del crédito al cesionario, a diferencia de lo que ocurre si se entiende a dicha cesión como un negocio fiduciario[6]. Cabe resaltar que la disposición del art. 1615 en nada obstaría la posibilidad de estructurar la garantía como un negocio fiduciario (cuestión que se analizará seguidamente). Realizada dicha salvedad, la figura de prenda de créditos presentaría el inconveniente de intentar cuadrar dicha garantía en el negocio particular puesto que “para que se perfeccione ese derecho real, es necesaria la entrega del título en que consta el crédito (por ello sólo pueden prendarse los créditos susceptibles de ser instrumentados por escrito) (...)”[7], situación que no se cumpliría en el caso particular por no contar con un crédito instrumentado. Por otro lado, el derecho de prenda se estaría constituyendo para garantizar una eventual obligación de pago, dinámica e indefinida en principio, puesto que las obligaciones de pago de Cash Calls recién serían liquidadas y exigibles una vez que las partes aprueben el presupuesto anual y la obligación surja según los requerimientos del Operador. Adicionalmente el crédito en sí mismo también es incierto e indeterminado al momento de firmar el contrato, con lo que más que preñar un “crédito” se estaría prendando un derecho a una eventual producción futura; aspecto que no parecería posible bajo las normas del CCyCN.

d. Fideicomiso en garantía

Finalmente cabe analizar la figura novedosa incorporada en forma expresa en el CCyCN de la transferencia fiduciaria en garantía. Ésta, brindaría una estructura jurídica suficiente para implementar las garantías requeridas por las partes bajo el contrato, debiendo en este sentido adaptar el texto de la mentada cláusula para reflejar esta transferencia fiduciaria. “En lo que al fideicomiso en garantía atañe, su utilidad radica en la posibilidad de sustituir la función de garantía de la hipoteca y la prenda. Para que ello suceda, el fiduciante/deudor debe transferir un bien (mueble o inmueble) en propiedad fiduciaria al fiduciario, garantizando el cumplimiento de la obligación que mantiene con un tercero (beneficiario/acreedor) con instrucciones de que, no pagada la deuda a su vencimiento, el fiduciario proceda a disponer la cosa y con su producido neto desinterese al acreedor (beneficiario del fideicomiso) y el remanente líquido lo reintegre al deudor (fiduciante). De tal modo, el fideicomiso en garantía se presenta como una opción contractual por la que las partes pueden eludir la excesiva onerosidad y difícil ejecución que presentan otras garantías (tales como la prenda y la hipoteca), pudiendo dentro del amplio campo del principio de la autodeterminación que rige la materia contractual establecer los medios más adecuados para evitar costos y fijar vías extrajudiciales de liquidación de bienes. Así, la nota más trascendente del fideicomiso en garantía resulta ser el *ius vendendi* que tiene el fiduciario, esto es, la posibilidad de vender o ejecutar el

bien fideicomitido con el fin de satisfacer el crédito del beneficiario (cfr. C.S.J.N. Fallos 326:4504 -del voto de la minoría-)”[8].

Por lo expuesto, nada obstaría a hacer una cesión fiduciaria de los derechos sobre la producción del área petrolera, con la instrucción al Operador (Fiduciario) de que, frente al incumplimiento de unos de los miembros, liquide dicha producción en el mercado y aplique los fondos en favor de las partes en el negocio conjunto (Beneficiarios) y el remanente, si existiese, fuera entregado a la parte incumplidora (fideicomisario). El fideicomiso en garantía brinda protección suficiente frente a terceros acreedores de la parte incumplidora, por cuanto los bienes aportados salen de su patrimonio y se incorporan en un patrimonio independiente no atacable por los acreedores del fiduciante, ni del fiduciario. De adoptar esta estructura para obtener una garantía de cobro frente a terceros, debiera adicionalmente adaptarse el texto de la mentada cláusula y adicionalmente analizar detenidamente los requisitos del CCyCN sobre los contratos de fideicomiso respecto a su registración y contratación de seguros.

Conclusión [\[arriba\]](#)

Conforme lo señalado, ¿podría afirmarse que, en el uso de la autonomía de la voluntad? nada obstaría a las partes a pactar lo establecido en la cláusula modelo de incumplimiento del JOA de la AIPN.

Sin embargo, el principal inconveniente estaría dado por su oponibilidad frente a terceros, toda vez que para surta ese efecto sería necesario cuadrar y estructurar dicho derecho de “ejecución” en alguna de las formas reconocidas como válidas para nuestro ordenamiento jurídico. Ello así pues no es posible crear privilegios o preferencias de cobro sobre terceros fuera de aquellos supuestos expresamente previstos por la ley, como ocurre con las garantías reales de prenda o hipoteca.

Por tal motivo, dada la imposibilidad de constituir dichas garantías en el caso particular, la figura de cesión fiduciaria en garantía aparece como una opción válida y útil para garantizar el pago de los cash calls bajo el JOA. Ello, por cuanto se configura un patrimonio de afectación separado de los reclamos de terceros sobre la parte incumplidora. En cualquier caso, claro está, ello ocurriría siempre que esta cesión no fuera revocada por alguno de los supuestos previstos por la normativa concursal.

Notas [\[arriba\]](#)

[1] Le Pera, Sergio, "Joint Venture y sociedad", Ed. Astrea, Buenos Aires, pág. 83.

[2] Cam. Nac. Apel Com. Sala C. TINTAS ESPECIALES SA C/ XSYS PRINT SOLUTIONS DEUTSEHLAND GMBH S/ ORDINARIO, 15/05/2014.

[3] Para más información: www.aipn.org/about-aipn.

[4] AIPN Contract Model Rev. 2012 - Spanish Version.

[5] Art. 2587.CCyN- Legitimación. Todo acreedor de una obligación cierta y exigible puede conservar en su poder la cosa que debe restituir al deudor, hasta el pago de lo que éste le adeude en razón de la cosa.

[6] HEREDIA, Pablo - Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación,

Tomo I, Rubinzal y Culzoni Editores, Buenos Aires pág. 573.

[7] (CNCom., E, 14.6.90, "Flor de Lis SA s/ concurso, s/ inc. de elevación a Cámara"; texto según la base de datos elaborada por la Secretaría Letrada de Informática de la CSJN; en igual sentido -y según la misma base- CNCom., B, 5.10.93, "Banco Español del Río de la Plata Ltda. c/ Gobenia SA").

[8] Causa P-6289-MP1 - "A.R.B.A. c/ Pagano, Francisco Salvador s/ Apremio provincial" - CÁMARA DE APELACIÓN EN LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE MAR DEL PLATA (Buenos Aires) - 25/02/2016.