

La responsabilidad del operador frente a los no operadores en los contratos petroleros de operación conjunta y su desarrollo jurisprudencial en los Estados Unidos

The operator's responsibility face of the non-operators in joint operating agreements and the case law in the United States

*Carlos Arturo Torres Latorre**
Universidad Sergio Arboleda

Resumen

Este trabajo analiza las posiciones jurisprudenciales en Estados Unidos en torno al nivel de responsabilidad del operador en los contratos de operación conjunta que celebran las empresas de la industria del petróleo. El estudio se centra en tres aspectos principales: la incorporación o no en los acuerdos de deberes fiduciarios para el operador, el alcance de las cláusulas de exoneración de responsabilidad como limitante de la misma y, por último, analiza el estándar de operador prudente y razonable. El estudio realizado también permite concluir la existencia de una variedad de posiciones entre las cortes, que hace poco claro para la industria definir cuál es el nivel de responsabilidad del operador en este tipo de contratos.

Palabras clave: Contratos de Operación Conjunta (JOA), operador, responsabilidad del operador.

Abstract

This paper analyzes courts decisions in the United States of the level of responsibility that the operator holds in the joint operation contracts executed by companies in the oil industry. The study covers three main aspects: The existence or not of fiduciary duties for the operator and its impact on the level of responsibility; The application or not of the

* Abogado. Magíster en Derecho de la Universidad Sergio Arboleda. Árbitro de la Cámara de Comercio de Tunja. Correo electrónico: acatycia@gmail.com

exculpatory clauses as limitation to the operator's responsibility; and finally study the reasonable and prudent operator standard. The study allows us to conclude the existence of a variety of positions inside the courts that makes unclear for the industry to determine the real responsibility of the operator in this type of contract.

Keywords: Joint Operations Agreement (JOA), operator, operator responsibility.

Introducción

La búsqueda de hidrocarburos siempre ha conllevado asumir grandes riesgos, el primero de ellos, que es connatural a la actividad, es el geológico. Hoy en día, a pesar del desarrollo tecnológico y científico existente, además de utilizar las herramientas de búsqueda más avanzadas, el hallazgo de un pozo productor de petróleo implica una buena dosis de suerte. A manera de ejemplo, en Colombia el éxito exploratorio ha oscilado en los últimos años entre el 42 y 48% (ACP, 2016); igualmente, la búsqueda de hidrocarburos es costosa y precisa de cuantiosas inversiones, que sumadas al riesgo geológico obliga a que las empresas busquen compartir el compromiso de los proyectos exploratorios.

Además, es connatural a la práctica de la industria del petróleo, y así lo menciona Abidemi (2017), que cuando dos o más compañías se involucran en un proyecto se designa entre ellas a una operadora, que aparte de llevar a cabo las operaciones de manera directa también aporta recursos al proyecto, mientras que las otras pasan a ser únicamente socias aportantes de capital. Esta relación entre operador e inversionista se regula mediante el Acuerdo de Operación Conjunta o JOA, como comúnmente se conoce.

Por ejemplo, Estados Unidos es un país referente en la industria del petróleo, allí se han desarrollado dos de los modelos de operación conjunta más utilizados que vienen trabajando dos asociaciones diferentes dedicadas al estudio de temas relacionados con la industria de los hidrocarburos, la *American Association of Professional Landman* (AAPL) y la *Association of International Petroleum Negotiators* (AIPN)¹. Estos modelos han permitido evitar

¹ El modelo de la AIPN es el más utilizado para las operaciones internacionales, entre ellas las colombianas.

largas negociaciones entre las partes, pues las reglas en ellos incorporadas son universalmente aceptadas por la industria y hacen negociable solo las cláusulas que se deben ajustar de acuerdo con las características de cada proyecto (Laurent, 2011).

Pero a pesar de la existencia de estos modelos, las responsabilidades del operador –entendidas como el estándar de conducta que este debe tener en las operaciones y los deberes– hacia los no operadores y el alcance que se les dé a las cláusulas de exoneración de responsabilidad no han sido unívocos.

Por consiguiente, el propósito del este trabajo es realizar un análisis jurisprudencial en el ámbito de las cortes de Estados Unidos sobre tres aspectos que definen el grado y el nivel de responsabilidad del operador, que han sido objeto de controversias y de variadas posiciones jurisprudenciales. En primer término, se estudia el desarrollo jurisprudencial en torno al debate sobre la existencia o no de deberes fiduciarios en cabeza del operador. Para esto, se exponen posiciones tanto a favor como en contra y las consecuencias de asignarles estos deberes. En segundo término, se estudia el alcance de las cláusulas de exoneración de responsabilidad que los modelos incorporan y si estas terminan señalando una exoneración total de responsabilidad. Por último, se estudia el estándar de conducta a la luz de la jurisprudencia estadounidense.

De igual forma, los fundamentos que llevan a estudiar los fallos de las cortes de Estados Unidos son dos: primero, los contratos de operación conjunta por lo general pactan la ley de ese país; y segundo, allí en donde más se han dado pronunciamientos y planteado las diferencias, sin que exista una clara y unánime posición jurisprudencial². Por otro lado, la importancia de este estudio radica en dar a conocer a los operadores colombianos las posiciones existentes para que ellos tengan mejores herramientas

² En Australia y el Reino Unido, la actividad petrolera ha hecho que las cortes se pronuncien. No obstante, los acuerdos de operación firmados para las actividades en Colombia han pactado en su mayoría la legislación estadounidense, principalmente la de los estados de Texas y Nueva York. Por esta razón, este trabajo se enfocará en la jurisprudencia (*case-law*) de Estados Unidos.

en la toma de decisiones y puedan brindar a sus casas matrices una mejor asesoría.

Así pues, este trabajo se estructura en tres partes: en la primera se hace un análisis jurisprudencial sobre cómo las cortes de Estados Unidos han tratado el tema de los deberes fiduciarios como elementos de la responsabilidad del operador; la segunda hace un análisis de la jurisprudencia de ese país en torno al tema de las cláusulas de limitación de responsabilidad y, por último, se analizan dos sentencias sobre la existencia o no del estándar de operador prudente y razonable como parte de su estructuración de responsabilidad.

Desarrollo jurisprudencial sobre la existencia o no de deberes fiduciarios en el Acuerdo de Operación Conjunta (JOA) como determinante del nivel de responsabilidad del operador

Un principio general que establecen los diferentes modelos de contrato de operación conjunta en materia de responsabilidad es que cada parte responde, de conformidad con su porcentaje de participación, por cualquier pérdida, costo o gasto que surja o que esté conectado con las operaciones conjuntas³. Igualmente, el modelo incorpora que cada parte se obliga a mantener indemne a las otras partes de y contra cualquier incumplimiento, pérdida, gasto o daño que se produzca en exceso de su porcentaje de participación; lo que implica que las obligaciones con respecto a las partes entre sí son conjuntas y no solidarias.

Una explicación del porqué existe esta cláusula en los modelos la da Macatram (2006) al señalar la necesidad, de parte del operador, de limitar los riesgos al ser la industria de los hidrocarburos una operación con alta exposición financiera. Pero pronunciamientos judiciales han cuestionado la cláusula, los jueces han elevado el nivel de responsabilidad del operador al señalar la existencia de obligaciones implícitas en los acuerdos, como sería el caso de las obligaciones fiduciarias, inclusive y en contra de la

³ Para ampliar información se recomienda remitirse a la cláusula 4.6 del modelo AIPN 2002.

manifestación de las partes sobre la no existencia de estas de manera expresa en los contratos⁴.

Aunque no existe una definición sobre qué es lo que se considera un deber fiduciario, Kasibayo (2013), citando el fallo de *Henderson vs. Merrett Syndicates Ltd.* (1995), afirma que el término “deber fiduciario” es peligroso, pues da a entender que en todas las relaciones fiduciarias se deben las mismas obligaciones, cosa que no es cierta ya que, dependiendo de lo acordado en la relación contractual y la naturaleza del contrato, pueden surgir distintos deberes.

Para Kasibayo (2013), existen ciertas conductas imperantes en el JOA que pueden llevar a concluir la existencia de una relación fiduciaria. Hay una serie de obligaciones implícitas derivadas de la relación fiduciaria a cargo del operador, estas son: la de no tener utilidad, la de tener un deber de lealtad, la de nunca ponerse en una situación en la que exista un conflicto de interés entre su actuar y el actuar del copartícipe, y concluye que la relación fiduciaria existe porque el operador tiene estos deberes ya enumerados, que no nacen simplemente de denominar la relación como fiduciaria, sino de la realidad de los hechos, que es lo que predomina, no la forma como se nombren.

Por otro lado, para Smith (2013) existen cuatro líneas de pensamiento interrelacionadas que las cortes han utilizado para justificar la imposición de obligaciones fiduciarias, estas son: que el operador es un agente (mandatario) de los no operadores; la figura del *trust*, es decir, el operador como administrador gratuito; la figura del copropietario, y, por último, el que la naturaleza

⁴ En la cláusula 14.1 del modelo de JOA AIPN dice: “Los derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades de las partes bajo este acuerdo serán individuales y no conjuntas o colectivas. No es la intención de las partes crear, ni podrá este acuerdo presuponer o construir una relación de ‘partnership’, ‘joint venture’ o cualquier tipo de asociación o ‘trust’. Este acuerdo no presupone o construye o autoriza a cualquier parte para actuar como agente, sirviente o empleado de la otra parte para propósito alguno salvo lo establecido en este acuerdo. En su relación bajo este acuerdo las partes no serán consideradas fiduciarias excepto que expresamente se provea en este acuerdo” (traducción del autor).

del contrato sea de los llamados *joint ventures*, que incorporan obligaciones fiduciarias.

El operador como agente

En el caso de Britton *vs.* Greens (1963), llevado en la Corte de Apelaciones de los Estados Unidos, Décimo Circuito, se estudia la existencia de la relación fiduciaria a partir de la representación o agenciamiento. En este caso, siendo todas las partes copartícipes y codueñas de unos intereses en dos áreas exploratorias en el Condado de Lincoln, acordaron con la propietaria original de los derechos (Brittton) la perforación y completamiento de un pozo en cada una de las dos áreas, e igualmente la operación de los mismos para beneficio de todas las partes. Los demandantes alegan que Britton, como operadora, les causó un daño irreparable al no completar los pozos y no operar adecuadamente la concesión, por lo cual se solicitó la remoción de la operadora.

La Corte de Primera Instancia halló probadas las afirmaciones de los demandantes y ordenó remover a Britton como operadora. Sin embargo, dentro de la apelación la Corte de Apelaciones estudió la existencia o no de los deberes fiduciarios como elemento decisorio del incumplimiento o no de parte del operador; en primer término, señaló que, en principio, una copropiedad o una cotenencia no genera de por sí una relación fiduciaria o *trust*, pues cada quien responde por su porcentaje de participación de manera individual, pero que cuando dentro de esta cotenencia las partes nombran a una de ellas como agente operador para explotar el activo en beneficio de todos los demás, entonces allí sí surge una relación fiduciaria. Con estos argumentos la Corte confirmó la sentencia de primera instancia. Nótese que en la anterior sentencia la Corte utiliza la figura del agenciamiento para determinar la existencia de un deber fiduciario⁵.

⁵ De acuerdo con el *restatement* de agenciamiento del American Law Institute (1958), el agenciamiento se da cuando una persona actúa en nombre de otra y queda obligada a actuar exclusivamente en beneficio del que otorga la agencia, cualquier beneficio o utilidad que se obtenga es exclusivamente para quien otorga el poder.

Pero Smith (2013) crítica esta posición, para él la clasificación del operador como agente distorsiona la figura del operador, toda vez que, de acuerdo con la ley estadounidense de agenciamiento, el verdadero agente está sometido a un control total de parte del agenciado, aun en contra de la voluntad del primero. Esto no es cierto en el JOA porque el operador, si bien tiene cierto grado de control de parte de los no operadores, es autónomo en la toma de sus decisiones y no puede ser cuestionado posteriormente, ya que no responde por errores de criterio en la toma de las decisiones. Igualmente, el agenciado no puede revocar de forma unilateral el mandato dentro del JOA, como sí podría hacerlo en la figura del agenciamiento.

El "trust" como criterio para establecer una relación fiduciaria

En el caso de *Reserve Oil vs. Dixon, Blake & Petroleum Investments* (1987) se reconoce la existencia de la relación fiduciaria sobre la base de la existencia de una relación de confianza y lealtad debida.

Reserve Oil, titular de una participación en un determinado pozo productor, demandó a los señores Dixon y Blake es sus calidades de directores de la operadora, la firma PENGGO. La demandante alegó que Dixon y Blake, como directores de PENGGO, quebrantaron el JOA al disponer de una manera inapropiada la producción perteneciente a Reserve Oil, toda vez que utilizaron los dineros producto de la venta de esta en pagos operacionales no autorizados, así como en el pago de las participaciones que se le debían a otros copartícipes, incluidos el propio Dixon y Blake, en lugar de entregar el producto de la venta a todos los copartícipes, de conformidad con los porcentajes de participación; en otras palabras, tomaron la producción de sus copartícipes, la vendieron y con el producto de dicha venta se pagaron un dinero que los copartícipes les debían por situaciones no operacionales.

La Corte de Primera Instancia falló a favor de los demandados alegando que no existían deberes fiduciarios y, por ende, no habían hecho un uso abusivo de los dineros. Por el contrario, la Corte de Apelaciones se manifestó diciendo que los deberes fiduciarios si

existían y que, por lo tanto, PENG O y sus directores habían violado la relación de confianza en ellos depositada. Esta Corte hizo un análisis del contrato y determinó que las partes habían acordado que el crudo producido pertenecía a cada parte de conformidad con su participación; que las partes eran libres de determinar el uso de ese crudo, ya bien tomándolo en especie o vendiéndolo. En caso de que las partes no hicieran los arreglos necesarios para su disposición, entonces el operador podría tomarlo para la venta en calidad de agente o podría proceder a comprarlo. El contrato le daba pleno poder de disposición a las partes y el operador únicamente podría invadir dicha esfera en caso de que las partes no dispusieran de él o no cumplieran con sus obligaciones de aportar los dineros para la operación conjunta. Lo anterior es importante, ya que el propio JOA establecía expresamente que no existía una relación fiduciaria entre las partes.

No obstante, la Corte concluyó que las partes habían pactado de manera explícita la no existencia de una relación fiduciaria que en realidad sí existía, pues el contrato había creado una especie de relación de *trust* y con ella imponía, en consecuencia, un deber de trato justo entre el operador y los no operadores. Esta sentencia no reconoció la existencia de la figura del agenciamiento o representación, que expresamente rechaza, pero estima que existe un deber de justicia o trato equitativo que el operador debe tener con las partes, y condena al operador demandado. Smith (2013) crítica esta sentencia porque el caso trata del uso indebido de dineros más que de la aplicación del mismo JOA, situación que la jurisprudencia siempre ha manejado como un criterio fiduciario independientemente del tipo de contrato.

Los deberes fiduciarios derivados del joint venture

La línea jurisprudencial que acepta la existencia del *joint venture* en los acuerdos de operación conjunta se puede estudiar con la sentencia proferida dentro de la apelación del caso Dime Box *vs.* Luisiana Lands (1991), discutido en la Corte de Apelaciones de Texas, Décimo Circuito. El fallo analizó la existencia de deberes fiduciarios a partir de la conformación de un *joint venture*

y concluyó que en este tipo de acuerdos se incorporan derechos fiduciarios. Para la Corte la existencia o no de deberes fiduciarios es una cuestión de hecho y no de derecho, lo que implica que no es en la norma sustantiva donde las partes deben buscar la existencia o no de un *joint venture*, sino en la realidad de sus relaciones.

En este caso el conflicto surgió entre un no operador (Dime) y el operador (Luisiana Lands), y se originó al este alegar incumplimiento del JOA de parte de Dime, entre otros motivos, por no rembolsar el no operador algunos costos sobrefacturados por el operador. Luisiana Land también demandó a Dime por el no pago de la adquisición de ciertos derechos superficiarios.

Por lo cual la Corte analizó la existencia o no del *joint venture* señalando los requisitos para tal, así: i) un interés conjunto en una propiedad; ii) un acuerdo expreso o implícito de compartir utilidades en la aventura; y 3) una conducta de las partes que muestre un grado de cooperación en la aventura. De tal forma, y como se señaló anteriormente, que la existencia o no de un *joint venture* no es un asunto que determine la ley, sino que es una cuestión que surge de los hechos⁶.

Además, al estudiar los requisitos señalados en este pronunciamiento y comparándolos con el acuerdo de operación, se destaca que efectivamente en el JOA las partes tenían un interés conjunto y existe entre ellas un ánimo de cooperación; pero tal vez este segundo punto no es claro en cuanto a la existencia de un acuerdo para compartir utilidades, toda vez que el JOA señala que el operador no puede ganar ni perder como consecuencia de la operación.

En el caso *Amoco Production Company vs. Wilson, Ch.; UMC Petroleum Corporation; Wilson, Ch. Jr.; Powell, B. &*

⁶ Al respecto se debe aclarar que, en el derecho anglosajón, el *joint venture* no es de naturaleza legal, entendiéndose como tal la categorización del deber por la aplicación de una norma sustantiva, sino que nace de la realidad de los hechos (*Agland, Inc. vs. Koch Truck Line, 1988*). Ahora bien, en el deber fiduciario una parte actúa en interés exclusivo de otra parte, por lo que la parte que actúa en favor de la otra no puede lucrarse de esta relación ni tener conflictos de interés.

Powell, B. (1999), si bien la Corte le dio especial importancia al acuerdo de voluntades como criterio determinante de obligaciones, concluyó que la existencia o no de los deberes fiduciarios se da de la existencia o no de un *joint venture*. En este pronunciamiento se critica que la Corte no analizó la existencia o ausencia del *joint venture*, sino que dio por cierto que al haber un JOA se daba el *joint venture* por defecto.

Continuando con el caso, sen agosto de 1980 Charles B. Wilson Jr. y Amoco habían celebrado un acuerdo para explorar conjuntamente hidrocarburos y gas por debajo de la base de la formación geológica Hugoton en un área debidamente delimitada en superficie en el estado de Kansas, Estados Unidos. Wilson tenía los derechos de la mitad sur de la concesión y Amoco afirmó que tenía los derechos de la parte norte. La realidad fue que Amoco no tenía los derechos de exploración a profundidades mayores a 3.400 pies, hecho que no comentó a Wilson al momento de celebrar el JOA.

Sin embargo, se empezaron a desarrollar los trabajos en la parte sur mientras Amoco adquirió en 1995 los derechos para perforar a profundidades mayores a 3.400 pies. Wilson solicitó perforar en la parte norte a profundidades mayores a 3.400 pies, pero Amoco argumentó que estas profundidades no estaban en el acuerdo, toda vez que por la época de celebración del JOA no tenían esos derechos, y por ende no habían quedado incluidos en el contrato.

En consecuencia, Wilson demandó a Amoco alegando incumplimiento del JOA, manifestó que el acuerdo era ambiguo porque no especificaba profundidades y que, por lo tanto, involucraba toda el área acordada sin limitaciones de profundidad. Además, el que Amoco no hubiera notificado el hecho de carecer de los derechos de exploración de la zona norte por debajo de los 3.400 pies no excluía dicha zona dentro del contrato.

Pero el juez de primera instancia falló a favor de Amoco al declarar que el acuerdo no era ambiguo y que el JOA no podría incluir un área que Amoco no tenía al momento de celebrar el

acuerdo, así que trasladó la carga a Wilson manifestando que él como experto en la industria debió haber tomado las medidas prudentes y razonables de averiguar o realizar un estudio de los títulos de Amoco antes de proceder a firmar el JOA. Por su parte, el juez de apelaciones tuvo una visión distinta del caso: comenzó argumentando que para él era ambiguo el acuerdo y que, específicamente, las partes habían acordado no revisar los títulos, razón por la cual Wilson no tenía esa carga que le había sido imputada por el juez de primera instancia.

También hizo un análisis de los deberes de las partes en un *joint venture* manifestando que los partícipes, como los socios en una sociedad, se deben los unos a los otros los deberes más estrictos de lealtad. Muchas de las conductas permisibles hoy para quienes actúan bajo sus propios intereses, individualmente considerados en el mercado, son prohibidas para aquellos a quienes atan los vínculos de los deberes fiduciarios. En un *joint venture* las partes se encuentran en una relación cercana de confianza y credibilidad, y de la misma manera tienen el derecho de demandar y esperar de la otra total, abierta y honesta información de todo lo que afecte la relación. No se puede hablar solamente de honestidad, sino del más estricto honor entre las partes. Un copartícipe que toma provecho para sí de una concesión sin advertirle a su otra parte deberá esperar que dicha conducta sea reprochable.

Sin embargo, en el JOA las partes habían acordado expresamente que su relación excluía conformar un *joint venture*, *partnership*⁷ o cualquier otra forma de asociación. La Corte analizó este punto y al respecto manifestó que al entrar en un *joint venture* las partes empezaron otro nivel de relación distinto al de las relaciones mercantiles, e ingresaron a un nivel en el cual la lealtad,

⁷ El *partnership* es un contrato entre dos o más personas para poner sus esfuerzos y su capital en empresas bajo el entendimiento de que habrá un compartir equitativo de las utilidades y las pérdidas. Para los efectos de este trabajo, los términos *partnership* y *joint venture* son equivalentes, aunque en el derecho estadounidense el *partnership* es el género y el *joint venture* es una de las manifestaciones del *partnership*; el *joint venture* se constituye con un propósito específico, mientras que el *partnership* se establece para que perdure en el tiempo (Black, 1979, “*partnership*”).

el actuar en beneficio del otro y la apertura total son elementos inherentes a estos acuerdos, por lo cual desestimó lo pactado por las partes⁸.

Con respecto al caso de *US Truck Lines vs. Texaco Inc.* (1963), que se discutió ante la Corte Civil de Apelaciones de Texas, esta analizó si en el JOA existía la figura del *partnership*; para que ello ocurriera, dijo la corte, se deben cumplir ciertos requisitos, sin los cuales no se da la figura y en consecuencia no existen deberes fiduciarios. En concreto, US Truck demandó solidariamente a los integrantes del JOA entre Merrill Richardson y Texaco por el alquiler de unos camiones utilizados en la operación, aunque Merrill Richardson había sido el operador.

En primera instancia, se condenó a Merrill Richardson Inc. en su carácter de operador y directo contratante, pero Texaco fue absuelta. Sin embargo, en la Corte de Apelaciones el demandante solicitó que también se condenara a Texaco porque, en virtud del JOA, era solidariamente responsable. Los demandados manifestaron que el JOA nunca había tenido la intención de formar un *partnership*, que el contrato no incluía la formación de uno y que, por el contrario, en su redacción excluía expresamente la intención de conformarlo; el JOA también establecía que las obligaciones de las partes eran conjuntas y no solidarias. Igualmente, los demandados manifestaron que el operador tenía total autonomía y que Texaco nunca lo había autorizado para actuar en su nombre y representación.

Para la Corte de Apelaciones, las personas que son copartícipes en un proyecto no pueden ser tenidas como socias respecto de

⁸ Aunque el propósito de este trabajo no es realizar un análisis comparativo entre los sistemas estadounidenses y canadienses, sí es importante mencionar la sentencia de *Lac Minerals Ltd. vs. International Corona Resources Ltd.* (1989). En ella Lac entregó cierta información sobre un área de interés, aun libre, a Corona para que esta, si deseaba, formara un *joint venture* con Lac y conjuntamente solicitaran el área. International analizó la información y adquirió el área sin la participación de Lac. La Corte determinó que aunque no existiera un JOA los actos previos a este llevaban implícitos deberes fiduciarios originados en el deber de lealtad y confidencialidad que las partes se debían antes de la celebración del JOA.

terceros en la ausencia de algún elemento que permita concluir que existe un *partnership*, bien sea por el principio de *estoppel*⁹ o por la existencia de un acuerdo en el que las partes manifiesten su intención de crear uno. La regla general para la Corte de Apelaciones de Texas es que el hecho de ser copropietarios en una exploración no hace surgir de forma automática un *partnership*, la ley no los cataloga como *partners*; entonces, cuando simplemente acuerdan llevar a cabo la explotación de manera mancomunada y responsable por las obligaciones señaladas en el JOA, solo responderán por sus propios actos, no por los actos de las otras partes.

Según la citada corte, los elementos para que se forme un *joint venture* son: i) la existencia de una propiedad conjunta; ii) que se lleven a cabo operaciones conjuntas; iii) el empoderamiento mutuo; iv) la comunidad de intereses y, v) el compartir utilidades. Para la corte, en este caso no se dieron los supuestos ii) y iii). Además, al citar otros casos de la Corte Suprema de Texas, esta advierte que aun al presentarse elementos en los cuales los no operadores participan de cierta forma en la operación como consejeros, como aportantes de dinero y siendo copropietarios, estos no son elementos suficientes para determinar que existe un *partnership*.

Por su parte, en el desarrollo de esta línea jurisprudencial el modelo de la AIPN incorpora una cláusula que precisamente define la intención de las partes con respecto al tema¹⁰, esta, con

⁹ El principio de *estoppel* establece que aquel que ha inducido a otro a pensar en algún sentido debido a sus actuaciones o manifestaciones, no puede posteriormente negar lo dicho o hecho porque ese actuar le resulte desfavorable y por lo tanto se deriven consecuencias por la manifestación de los propios actos.

¹⁰ Los derechos, deberes, obligaciones y responsabilidades de las partes en virtud del presente acuerdo será individual, no será conjunto ni colectivo. No es la intención de las partes crear ni se considerará o interpretará para crear una asociación minera u otra forma asociativa, empresa conjunta o *trust* (salvo lo dispuesto expresamente en el presente acuerdo). El presente acuerdo no se considerará o interpretará para autorizar a cualquiera de las partes que actúe como un agente, empleado o empleado de cualquier otra parte para cualquier propósito, excepto para lo explícitamente establecido en este acuerdo. En sus relaciones entre sí en virtud del presente acuerdo,

algunas variaciones, establece que las obligaciones, deberes y responsabilidades de las partes bajo el acuerdo serán individuales y no conjuntas o colectivas. No es la intención de las partes presumir o construir un *partnership* o *joint venture*, o cualquier otra asociación.

De otro lado, algunas cortes, como en el caso de *Hamilton vs. Texas Oil & Gas Corp* (1982), de la Corte de Apelaciones del Paso (Texas), se abstienen de reconocer la existencia de relaciones fiduciarias en el JOA, para ellas el acuerdo de operación conjunta no es un *joint venture* porque la relación contractual carece de los elementos propios de este negocio jurídico. En el caso anterior, el proceso empezó como una demanda del operador en contra de los dos no operadores por el pago de unas sumas de dinero no aportadas por las operaciones adelantadas. Los no operadores contrademandaron alegando daños y solicitando indemnizaciones por la violación de los deberes fiduciarios del operador al realizar dichas conductas con *gross negligence* e incurriendo en mala práctica.

Los no operadores alegaron incumplimiento del contrato toda vez que el operador señaló y colocó el pozo B-3 en unas coordenadas erróneas, por lo cual fue necesario relocalizar el pozo y realizar de nuevo las obras de adecuación; además, el operador exigía el aporte de los costos de estas nuevas obras. La Corte, citando jurisprudencias anteriores, afirmó que eran cuatro los elementos para que un *joint venture* tuviera lugar: i) derechos mutuos de control, ii) comunidad de intereses, iii) el compartir las utilidades, y iv) el compartir las pérdidas, costos y gastos. También eran importantes los derechos mutuos de control de la empresa. Para la corte, la evidencia del caso mostró que no existía un control mutuo de las operaciones, pues los no operadores no tenían esa facultad, razón por la cual negó la existencia del *joint venture* y, en consecuencia, la existencia de deberes fiduciarios.

Lo manifestado por la Corte con respecto a que un JOA no cumple con los criterios para la existencia de un *joint venture*, a criterio de este autor, no es totalmente cierto. Para el primer cri-

las partes no se considerarán fiduciarios salvo lo dispuesto expresamente en el presente acuerdo (traducción realizada por el autor).

terio, sí existieron derechos mutuos de control toda vez que tanto los operadores como los no operadores tenían control compartido sobre las operaciones, de conformidad con lo establecido en el JOA a través de los llamados comités operativos y en la medida de su porcentaje de participación. Para el segundo criterio, en el desarrollo de las operaciones conjuntas se adquirieron bienes y derechos (comenzando por el del propio contrato de Exploración y Producción), que son de propiedad conjunta y forman un interés único. Para el tercer criterio, si bien el operador por definición no tiene utilidades y el objeto de los acuerdos de operación conjunta no es el de percibir utilidades, por ser estos puramente operativos, si en caso de que percibiera ingresos estos deben ser repartidos a todas las partes. En cuanto al último criterio, es claro que todas las partes asumen las consecuencias de la operación de conformidad con su porcentaje de participación.

Por lo anterior, los acuerdos de operación conjunta sí podrían ser considerados un *joint venture* y, por ende, generar obligaciones fiduciarias para el operador. En resumen, los fallos antes citados que aceptan la teoría de la existencia de las obligaciones fiduciarias implícitas se soportan en la existencia de otras figuras jurídicas dentro del JOA, como el agenciamiento, el *trust* o el *joint venture*, estas incorporan en el derecho estadounidense las obligaciones fiduciarias, incluso los fallos que no lo aceptan lo hacen porque no ven allí los requisitos para que la figura jurídica exista.

¿Pero cuáles son estas obligaciones? Smith (2000) está de acuerdo con Kasibayo en señalar que los deberes fiduciarios son de aquellos conceptos con mayor frecuencia invocados pero con menor certeza definidos. El principio sobre el que se basa el concepto no tiene claridad, en sus fallos las cortes se han preocupado más por justificar la existencia de las obligaciones que en señalar propiamente cuáles son estas.

La respuesta pareciera estar en cada una de las figuras jurídicas que las cortes han señalado estar inmersas dentro del JOA. Así, por ejemplo, en el agenciamiento el *Restatement (second) of Agency* emanado del American Law Institute (1958) señala dentro de su articulado una serie de deberes del agente que podrían ser

aplicables a los contrato de operación, a saber: a) deber de actuar en beneficio exclusivo del agenciado (§387), b) transferir las utilidades en caso de que ellas existan (§388), c) no competir en los asuntos dados en su encargo (§393), d) no usar de manera indebida la información confidencial dada por el agenciado (§395), y e) no utilizar los activos dados por el agenciado en su propio beneficio (§403). De aquellos que ven al operador dentro de la figura del *trust* y que serían aplicables al operador, Rabasa (1944) menciona: i) proporcionar informes de todo lo concerniente a la operación, ii) dar un buen manejo a los dineros entregados y iii) conservar los bienes con la prudencia exigida de todo administrador de cosa ajena, además de la tener un trato justo y equitativo hacia los no operadores.

En relación con aquellas cortes que ven en los contratos de operación conjunta un *joint venture*, afirman que surgen entre ellos los deberes más estrictos de lealtad, se encuentran en una relación cercana de confianza y credibilidad y tienen, de la misma manera, el derecho de demandar y esperar de la otra parte total, abierta y honesta información de todo lo que afecte la relación. Las cortes que niegan la existencia de deberes fiduciarios se remiten al texto de los acuerdos para, de allí, determinar la carencia de requisitos constitutivos de un *joint venture* con el fin de catalogar la figura y señalar que las obligaciones del operador son aquellas acordadas con sus otros copartícipes.

Cláusulas de restricción de la responsabilidad para el operador

Dentro de los modelos de JOAS las partes han incluido cláusulas de restricción de la responsabilidad, estas exoneran al operador de cualquier responsabilidad ante los no operadores derivada por su actuación, y de los perjuicios, pérdidas y daños que esta actuación ocasione. En los modelos de la AAPL el operador solo responde si la actuación hubiera sido realizada con *willful misconduct* o *gross negligence*, en el modelo de la AIPN no responde aunque el operador incurra en dichas conductas¹¹ y, en consecuen-

¹¹ En el modelo de AIPN la cláusula 4.6 dice lo siguiente (en una traducción al castellano hecha por el autor): “(a) Ni el operador ni cualquier

cia, solo asume las pérdidas de conformidad con su porcentaje de participación de acuerdo con lo establecido en la cláusula 4.6 del modelo AIPN. Este tipo de cláusulas, aunque se usan con frecuencia, son vistas con recelo por las cortes angloamericanas ya que pueden envolver asuntos de orden público y desequilibrio contractual. Las discusiones se han centrado en si esta limitación de la responsabilidad se extiende a la totalidad de las actividades del operador o solo a las relacionadas con las operaciones de manera exclusiva.

La cláusula aplicable a todas las actividades del operador

En la sentencia de *Stine vs. Hulskey Oil Company Marathon Oil Company* (1993), la Corte extendió los efectos de la cláusula de exoneración de responsabilidad a todas las actuaciones del operador. En efecto, dijo que la cláusula se podría aplicar en todas las disputas entre las partes. El caso se refiere a una disputa entre Stine, el no operador, y Marathon, el operador, este inició la demanda alegando el no pago del no operador de los gastos de perforación de unos pozos; el no operador contrademandó

otro indemnizado (tal y como se define abajo) deberá soportar (excepto como parte en el porcentaje de su participación) cualquier daño, pérdida, costo, gasto u obligación resultante de la ejecución (o falta de ejecución) de sus funciones como operador, y los indemnizados por medio de la presente son liberados de cualquier obligación hacia los no operadores de cualquier daño, pérdida, costo, gastos u obligaciones que surjan como resultado de o resultante de tal actuación o falta de actuación, aun causado en todo o en parte por un defecto preexistente o de negligencia (así sea única o conjunta o concurrente) *gross negligence, willful misconduct, strict liability* o cualquier otra falta legal del operador. (b) Las partes deberán (en proporción a su porcentaje de participación) defender e indemnizar al operador y sus afiliados y sus respectivos directores y empleados (colectivamente los indemnizados) de cualquier y todos los daños, pérdidas, costos, gastos (incluyendo los costos legales razonables y gastos de abogado) y obligaciones que puedan surgir de reclamos, demandas o acciones llegadas por o en nombre de cualquier persona o entidad que reclame, demande o inicie alguna acción ya bien sea incidental o resultante de las operaciones conjuntas, aun causadas en todo o en parte por defectos preexistente o la negligencia (sola, conjunta o concurrente) *gross negligence, willful misconduct, strict liability* o cualquier otra falta legal del operador (o cualquier indemnizado)".

argumentando que el operador había violado el JOA en varios sentidos, uno de los cuales incluía abandonar unos pozos exploratorios en lugar de ofrecer la operación de los mismos a otros no operadores para que ellos continuaran con las pruebas, no entregando la información obtenida de las pruebas a los no operadores y realizando cargos exagerados en los costos. Al respecto, la Corte manifestó que, si bien en las operaciones el nivel de conducta era el del operador prudente y razonable, también era cierto que, de conformidad con la cláusula exculpatoria, solo respondía por *gross negligence* o *willful misconduct*¹², y que cubría todas las actividades del operador, no solo las operacionales sino también las de naturaleza administrativa.

La cláusula aplicable solo a las actividades operacionales

En el caso de IP Petroleum Company, Inc. *vs.* Wevanco Energy, L.L.C. (2003) se discute, entre muchos otros, el punto de la validez y el alcance de las cláusulas de la limitación de responsabilidad del operador. Los hechos que dieron origen al caso sucedieron cuando se instruyó al operador para reperforar un pozo existente hasta una profundidad en la que los geólogos consideraban que debería existir un yacimiento de hidrocarburos.

El operador inició las operaciones de perforación, pero en el proceso encontró problemas técnicos que elevaron los costos de estas, inicialmente estimó haber llegado a la formación objetivo, a la cual fue instruido llegar, mostró del pozo solo algunas muestras de crudo que hacían imposible determinar si existía un descubrimiento comercial o no; para esto sería necesario realizar las pruebas y el completamiento del pozo. Los socios creyeron que la profundidad ya se había alcanzado, sobrepasado y se había llegado al contacto agua/aceite, con lo cual se puso en riesgo el pozo y por ende la formación geológica productora.

¹² Se considera *gross negligence* la conducta intencional de no realizar el deber manifiesto, pasando por alto las consecuencias de afectar la vida o propiedad de otro (Black, 1979). *Willful misconduct* es aquella conducta voluntaria e intencional y con el propósito específico de realizar algo que la ley prohíbe o de no realizar algo de manera intencional que la ley obliga específicamente hacer (Black, 1979).

Los socios tuvieron algunas discusiones sobre si debían seguir perforando, probaban el pozo o lo abandonaban; pero el operador decidió seguir perforando hasta llegar a la profundidad originalmente acordada, para ello solicitó la autorización de los socios con el fin de realizar las pruebas. El pozo fue probado y se encontró que su producción tenía un porcentaje de 3% crudo y 97% agua, lo que hacía antieconómica su explotación.

Después de los resultados, algunos socios (entre ellos el demandante) ordenaron al operador continuar con la perforación, ante lo cual este no estuvo de acuerdo y manifestó que si querían ellos podían tomar la operación, pero ninguno la asumió. Por consiguiente, los no operadores demandaron a IP como operadora alegando violación del JOA al negarse a profundizar el pozo y, a su vez, IP contrademandó solicitando el reintegro de los mayores costos incurridos. Pero en primera instancia se condenó a IP al estimar que el operador había fallado en no profundizar el pozo.

En este caso, el JOA estableció un nivel o estándar de conducta del operador aplicable a las operaciones de perforación, pero igualmente determinó que si el operador incumplía con alcanzar este estándar no sería responsable por los perjuicios que este incumplimiento causara, salvo que se estuviera ante una conducta de *gross negligence* o *willful misconduct* de parte del operador (Walters, G. *vs.* Whessoe Ltd & Shell Refining Co Ltd, 1960).

Al respecto, la Corte estudió dos antecedentes jurisprudenciales, el primero es el de Cone *vs.* Fagadau (2001), y el segundo es el de Abraxas Petroleum *vs.* Hornburg (2001). En el primero, Cone *vs.* Fagadau, la Corte tomó en consideración para su decisión el acuerdo de voluntades, respetando la cláusula que las partes habían pactado y limitando la responsabilidad del operador. Este caso involucra una disputa entre dos partes relacionadas por un acuerdo de operación conjunta sobre un grupo de concesiones que cubrían aproximadamente 850 acres, en aquel Fagadou Energy era el operador, Cone era un contratista y parte dentro del acuerdo.

Los hechos relacionados con este caso se resumen de la siguiente manera: el operador propuso iniciar un proyecto de inyección de agua para los campos, que no fue aceptado por Cone; no obstante, aquel decidió adelantarlos y le realizó cargos a Cone de gastos relacionados con la inyección de agua, que Cone rechazó por ser una parte no participante al no haber aceptado el proyecto.

En el caso de Cone, la Corte se enfrentó al hecho de que la cláusula de exoneración de responsabilidad se ubicaba dentro del JOA inmediatamente después de la cláusula que requería al operador a conducir sus operaciones de perforación de manera prudente y razonable; pero la demanda no acusaba al operador de violar este estándar, sino de no llevar apropiadamente la contabilidad, y la supuesta violación del operador radicaba en sus deberes contables no operacionales.

Así pues, la Corte encontró que la cláusula de exoneración de responsabilidad era clara pero que estaba atada al deber del operador de actuar de acuerdo con un operador prudente y razonable, lo cual cubría únicamente las situaciones en las cuales el operador actuaba en la perforación de pozos y, por lo tanto, no cobijaba otras situaciones que implicaban una posible violación del JOA, como por ejemplo no llevar la contabilidad en la debida forma y, por tanto, en este punto la Corte falló a favor de los no operadores en cuanto a la exoneración de responsabilidad, pues no aplicaba los actos de administración.

En el segundo antecedente, *Abraxas Petroleum Corp. vs. John H. Hornburg*, la Corte analizó la situación y determinó que los acuerdos de exoneración de responsabilidad son válidos, a no ser que una de las partes se encuentre en desventaja en su poder de negociación. Este caso trata sobre las discrepancias surgidas entre el operador Abraxas y sus contrapartes no operadores, en relación con la baja producción del campo y la necesidad de llevar a cabo trabajos adicionales para mantener la producción, que históricamente había tenido niveles cercanos a los 1.000 barriles diarios, pero que de manera sorpresiva bajó ostensiblemente y al cabo de un tiempo el operador decidió suspender la producción del campo. Al ser interrogado por los no operadores sobre el porqué de

esta situación, manifestó que se habían presentado daños en las tuberías del pozo, lo que hacía necesario realizar algunos trabajos en los cuatro pozos existentes.

Así pues, el operador les envió a los no operadores una carta en la que les señalaba los trabajos por realizar y el costo de estos, manifestando que de acuerdo con el JOA ellos tenían treinta días para determinar si participaban o no. Ninguno de los no operadores manifestó su intención de participar, con lo cual, y de acuerdo con el JOA, el operador podría retener la producción hasta en un 300% de la parte de los no operadores para reembolsarse los trabajos por realizar. El operador no adelantó los trabajos enunciados, o mejor, los hizo solo parcialmente, y dejó un pozo en producción de un barril diario.

Los no operadores demandaron al operador con varios argumentos, entre los que se incluyeron: violación del JOA por *gross negligence* o *willful misconduct* ocurrida debido a que se efectuó una notificación incorrecta, no conforme con el procedimiento establecido en el JOA de los trabajos por realizar, y una errónea imputación a los no operadores de cargos contables no debidos.

En el caso de Abraxas, la Corte determinó que la cláusula exculpatoria era ambigua, toda vez que estaba incluida dentro de un artículo que hablaba de los deberes del operador como autoridad para conducir la operación en el área del contrato; pero de manera más significativa, en la cláusula la limitación de la responsabilidad del operador de obrar de una forma prudente y razonable estaba ligada directamente con las operaciones de perforación. Sin embargo, la demanda se centraba en la violación de los deberes del operador de no enviar una correspondencia en la debida forma, y en una violación de sus deberes profesionales, por lo tanto, la Corte se manifestó aduciendo que no era aplicable al caso de la demanda.

Con respecto a IP Petroleum, los demandantes alegaron una mala conducta relacionada con la forma en que IP, en su calidad de operador, condujo las operaciones de perforación. A diferencia de los casos de Cone y Abraxas, sus alegatos sí estaban relacio-

nados con no conducir las operaciones de una manera prudente y razonable. La opinión de la Corte en el caso de IP fue que aplicaba la cláusula exculpatoria, toda vez que la supuesta infracción estaba ligada a la manera como el operador había conducido la perforación del pozo y se había negado a llegar a la profundidad previamente acordada.

Así las cosas, los demandantes debían tener la carga de la prueba en establecer que el operador había obrado con *gross negligence* o *willful misconduct*, cosa que no probaron y, por lo tanto, la Corte falló a favor del operador. Por su parte, Hollimon (2005) señala en su monografía que las cortes de Texas (teniendo en cuenta el año de su artículo) se inclinaban en sus pronunciamientos a restringir la aplicación de la cláusula solo a las actividades operacionales del operador; en otras palabras, esa era la tendencia jurisprudencial que instó a los redactores del modelo AAPL a modificar la cláusula, que se puso a prueba en el 2010.

El anterior modelo, como el usado en la sentencia antes comentada, ataba la cláusula de exoneración a que se aplicara a las operaciones de manera exclusiva. Bajo el nuevo modelo se modificó la redacción y se mencionó que se aplica a las actividades bajo el acuerdo, entendiéndose entonces por los redactores que es aplicable a todas las actividades del contrato.

En el 2010 la nueva cláusula se puso a prueba ante la Corte Suprema de Texas en el caso *Reeder vs. Wood County* (2010), al respecto manifestó que efectivamente el cambio en la redacción introdujo una variable sustancial que amplió el espectro de la cláusula, y por ende la protección al operador al cobijar no solo los aspectos operativos sino también los administrativos dentro del contrato.

El caso se refirió a la violación de unas obligaciones establecidas en el JOA de parte de Reed, que era el operador. Entre muchos temas que esta sentencia revisó, la Corte encontró que a Reed se le imputada no haber cumplido con la obligación de ofrecer su participación en un área específica a los no operadores al momento de abandonar un pozo. En efecto, bajo la ley esta-

dounidense y el contrato, un operador que es parte de un JOA al momento de abandonar un área debe ofrecer su participación a las otras partes para que estas decidan si continúan o no con la explotación del área, cosa que Reeder no hizo.

Los no operadores demandaron incumplimiento del contrato, a lo cual Reeder se opuso manifestando que no existía evidencia de haber obrado con *gross negligence* o *willful misconduct*, que era el nivel que la cláusula exculpatoria exigía para poder imputar una responsabilidad al operador.

La Corte analizó el JOA modelo 1989 de la AAPL y se manifestó diciendo que evidentemente este modelo difería de los modelos anteriores, ya que hacía referencia a las actividades del operador, mientras que los modelos anteriores hablaban de las operaciones llevadas a cabo por el operador, además concluyó que el cambio había sido importante.

Con este fallo quedó confirmado que el nuevo modelo aseguró para el operador una exoneración de responsabilidad por todas las actividades que desarrollara en la ejecución del contrato, fueran estas operacionales, administrativas o de cualquier otra índole, y dicha responsabilidad quedaba condicionada a la existencia o no de un *gross negligence* o *willful misconduct*. Es necesario señalar que las sentencias relacionadas son del Estado de Texas y bajo el modelo de la AAPL. Por su parte, el modelo de la AIPN tiene diferencias sustanciales que hacen que las sentencias no necesariamente sean aplicables. A continuación, se presenta una tabla comparativa:

Tabla 1: Comparación de los modelos AAPL 1977 y AIPN

Modelo AAPL 1977	Modelo AIPN
<p>El operador deberá dirigir y tener total control de las operaciones en el área contratada como lo permita y lo requiera este acuerdo. Deberá conducir todas las operaciones de una manera prudente y razonable, pero no tendrá responsabilidad como operador hacia las otras partes por las pérdidas incurridas, excepto las que puedan resultar de <i>gross negligence</i> y <i>willful misconduct</i>.</p> <p>El modelo 1989 dice, en su parte pertinente:</p> <p>El operador deberá conducir sus actividades bajo este acuerdo como un operador prudente y razonable de manera profesional, con una diligencia debida de acuerdo a las prácticas de la industria, la ley y las regulaciones, pero en ningún evento deberá tener responsabilidad como operador hacia las otras partes por pérdidas ocurridas excepto con ocasión de <i>gross negligence</i> o <i>willful misconduct</i> (traducción del autor).</p>	<p>(a) Ni el operador ni cualquier otro indemnizado (tal y como se define abajo) deberá soportar (excepto como parte en el porcentaje de su participación) cualquier daño, pérdida, costo, gasto u obligación resultante de la ejecución (o falta de ejecución) de sus funciones como operador, y los indemnizados por medio de la presente son liberados de cualquier obligación hacia los no operadores de cualquier daño, pérdida, costo, gastos u obligaciones que surjan como resultado de o resultante de tal actuación o falta de actuación, aun causado en todo o en parte por un defecto preexistente o de negligencia (así sea única o conjunta o concurrente) <i>gross negligence</i>, <i>willful misconduct</i>, <i>strict liability</i> o cualquier otra falta legal del operador.</p> <p>(b) Las partes deberán (en proporción a su porcentaje de participación) defender e indemnizar al operador y sus afiliados y sus respectivos directores y empleados (colectivamente los indemnizados) de cualquier y todos los daños, pérdidas, costos, gastos (incluyendo los costos legales razonables y gastos de abogado) y obligaciones que puedan surgir de reclamos, demandas o acciones llegadas por o en nombre de cualquier persona o entidad que reclame, demande o inicie alguna acción ya bien sea incidental o resultante de las operaciones conjuntas, aun causadas en todo o en parte por defectos preexistente o la negligencia (sola, conjunta o concurrente) <i>gross negligence</i>, <i>willful misconduct</i>, <i>strict liability</i> o cualquier otra falta legal del operador (o cualquier indemnizado) (traducción del autor).</p>

Fuente: elaboración propia.

Son claras las diferencias existentes: el modelo AAPL 1977 se enfoca en los aspectos puramente operacionales, en cambio el lenguaje del AIPN limita la responsabilidad del operador a todas sus funciones, sin distinguir si son operativas, administrativas o de relacionamiento. El modelo 1989 de la AAPL se asemeja al modelo AIPN, por cuanto incluye todas las actividades del operador.

Así mismo, al analizar el modelo AAPL y extraer lo manifestado por la Corte en el caso de IP, las siguientes son las características que deben existir para que una conducta sea tomada como *gross negligence*: i) que el operador tenga un conocimiento subjetivo del extremo riesgo y el serio daño por causar; ii) que el que daño no sea un normal ocasionado en los incumplimientos contractuales, sino que debe ser un extraordinario. Igualmente, para el *willful misconduct* se señala que este debe contener una intencionalidad específica del operador de causar perjuicios sustanciales a los no operadores.

Pero adicional a ello el modelo AIPN va más lejos, pues establece que el operador no responde ni siquiera por conductas ocurridas con *willful misconduct* o *gross negligence* en todos sus niveles de actuación. Es fácil concluir que los redactores tomaron atenta nota de los fallos antes enunciados y los incorporaron en la redacción para blindar al operador con respecto a cualquier situación surgida en el contrato; también abrieron una puerta para que la cláusula eventualmente no fuera tan cuestionada, el artículo 4.6 (c) del modelo, que dicho sea de paso es opcional, se relaciona con la aplicación de responsabilidad al operador por *gross negligence* o *willful misconduct* pero bajo determinados condicionantes, como que dichas conductas solo sean imputables a cierto nivel directivo del operador.

El artículo dice que no obstante lo manifestado en los artículos 4.6. A y 4.6 B (ya vistos) si cualquier personal de supervisión senior (como se define en el propio JOA) incurre en *gross negligence* o *willful misconduct* que ocasiona a las partes un daño, pérdida, incremento en su responsabilidad o demandas, entonces, en adición a su porcentaje de participación correspondiente, el operador deberá indemnizar: por una suma determinada, o por los daños

actuales sufridos, o eventualmente responder por todo el daño. Cualquiera de estos criterios debe ser acordado por las partes.

Así mismo, el concepto de supervisor sénior se limita a aquel a quien se le puede imputar el comportamiento por *gross negligence* o *willful misconduct*, esto es, solo responde el operador si ese comportamiento es atribuible a un determinado nivel jerárquico de la organización del operador; es decir, si un operario en campo incurre en una conducta dolosa, como por ejemplo fumar cerca del combustible y con ello causar un incendio, no es posible imputar al operador con un comportamiento por *gross negligence* o *willful misconduct*. Siguiendo la lógica de las cortes, en donde se le da gran importancia a la autonomía de la voluntad y a la forma como se estructuran las cláusulas, es factible pensar que en los JOAS de la AIPN el operador es virtualmente irresponsable.

Por su parte, Macatram (2006) señala dos casos como base de estudio en relación con el alcance de las cláusulas limitantes de responsabilidad, el primero que menciona es el de *Walters vs. Whessoe Ltd and Shell Refining Co. Ltd* (1960), en este la Corte fue enfática en señalar que no son aplicables las cláusulas de restricción de la responsabilidad si no están claramente redactadas o no tienen una evidente necesidad o explicación, porque es poco probable que una persona acuerde indemnizar a otros por las consecuencias negligentes de la otra parte.

Igualmente cita el caso *EE Caledonia Ltd vs. Orbit Valve Co* (1994). Aunque es un caso decidido bajo ley inglesa, es importante incluirlo en este estudio porque se refiere a tal vez uno de los peores accidentes en la industria del petróleo, la explosión de la plataforma Piper Alfa en el Mar del Norte, y aunque fue un caso fallado bajo el derecho común, su jurisprudencia es igualmente válida. Se trata de una demanda que interpuso la empresa Orbit Valve, contratista de EE Caledonian y operadora de la plataforma Piper Alfa. Orbit Valve tenía a un empleado trabajando en la plataforma en el momento de la explosión y este murió. Orbit había celebrado un contrato de servicios con Caledonian.

En los hechos los familiares del ingeniero fallecido demandaron a Caledonian por los perjuicios a ellos ocasionados a causa del

fallecimiento del profesional. Caledonian procedió al pago de la indemnización y solicitó el reembolso de parte de Orbit por los pagos efectuados, toda vez que, según Caledonian, en su calidad de operador solo respondía por *willful misconduct* y *gross negligence*. La Corte negó la aplicación de la cláusula de indemnidad al manifestar que no estaba expresamente incorporada en el documento.

De igual manera, retrocediendo un poco al caso de Abraxas, se enuncian tres hechos importantes referentes a la limitación de la responsabilidad del operador para que pueda operar: la primera es la necesidad de que la cláusula sea absolutamente clara; la segunda consiste en que no haya existido acuerdo cuando una de las partes se encuentre en una posición de inferioridad; por último, su interpretación debe ser restrictiva y se aplica única y exclusivamente a los casos expresamente señalados en la cláusula que se estudie. De esta manera, se enuncia lo que varias cortes habían manifestado con respecto a que la limitante de esta cláusula involucra situaciones únicamente operacionales.

En resumen, para las cortes el acuerdo de una cláusula de exoneración de responsabilidad entre las partes es válida, está sujeta a determinadas condicionantes y la discusión se centra en su alcance. ¿Se puede aplicar a todas las actividades del operador bajo el contrato, o solamente a los aspectos operacionales? No pareciera existir unanimidad en los fallos, lo que sí es recurrente en todos ellos es que la respuesta depende de la redacción y de ubicación de la cláusula dentro del contrato. El fallo más reciente deja en evidencia que el modelo angloamericano de JOA cubre ampliamente al operador. Por su parte, el modelo internacional AIPN es incluso más proteccionista, toda vez que no es responsable siquiera por *gross negligence* o *willful misconduct*.

¿Cuál es el estándar de actuación del operador?

Los niveles de responsabilidad del operador están determinados por tres factores: las consideraciones sobre la existencia de obligaciones fiduciarias o no, vistas en el aparte primero de este documento; el alcance de la cláusula de exoneración de responsa-

bilidad, que se acabó de estudiar, y, por último, el estándar de actuación. Los redactores del modelo, conscientes de la importancia de este tema, establecieron en el modelo AIPN (Cláusulas 4.2 (b) (2),(8)) que el operador deberá conducir todas operaciones de una manera diligente, segura y eficiente de acuerdo con las buenas y prudentes prácticas de la industria internacional del petróleo, generalmente aceptadas bajo circunstancias similares.

¿Pero cuál es el alcance de este estándar? Conine (2001) afirma que el alcance no va más allá de señalarle al operador un debido cuidado en las operaciones, sin crear responsabilidades adicionales a las que contienen los propios acuerdos de operación conjunta, pero esto no es lo que la jurisprudencia estadounidense ha dicho sobre este tema. Es necesario aclarar que el JOA se refiere a un estándar de buenas prácticas, concepto distinto al de operador prudente y razonable que se deriva del primero, aunque tienden a confundirse o a equipararse.

En el caso de *Johnston vs. American Cometra, Inc.* (1992), el juez interpretó de manera parcial el JOA y estableció un estándar de operador prudente y razonable que este no incorporaba. El pleito tiene fundamento en una reclamación que los no operadores de un *joint venture* hicieron al operador sobre un contrato de venta de gas por no haber realizado una reclamación al comprador del fluido por aplicar un *tome o pague*¹³ en el contrato de compraventa de gas.

El operador, en efecto, celebró un contrato de venta de gas, pero los no operadores individualmente se adhirió al mismo obligándose todos de esta forma frente al comprador. En 1985 se cambió de operador y el nuevo no hizo efectiva la cláusula de *tome o pague* frente al comprador. Este hecho disparó la acción por incumplimiento del operador.

El operador argumentó que no estaba obligado a realizar reclamación alguna en favor de los no operadores, ya que no exis-

¹³ *Take or Pay* (tome o pague) significa que el comprador se compromete a pagar una suma mínima de dinero por el gas; en el caso de que no lo tome, de todas formas deberá pagar y conserva el derecho a tomarlo posteriormente.

tía un *joint venture* entre las partes y, en consecuencia, no había obligaciones fiduciarias; igualmente, argumentó que sus obligaciones estaban limitadas por aquellas expresamente señaladas en el JOA y como estas no estaban acordadas, el operador no tenía dicha carga. Por otro lado, los no operadores contrargumentaron manifestando la existencia del deber del operador para actuar de acuerdo con las buenas y razonables prácticas; para ellos, la expresión incluida en el JOA de *Good and Workmanlike Manner* es equivalente con las buenas y razonables prácticas, y el operador ha debido actuar de una manera prudente y razonable.

La Corte les dio la razón a los no operadores al manifestar que el deber del operador incluía una obligación implícita de actuar de una manera prudente y razonable, por tanto, incluía el deber de haber realizado la reclamación al comprador en nombre de los no operadores.

Con lo anterior, lo que hizo la Corte fue crear un deber implícito que no estaba dentro del contrato. Conine (2001) critica este fallo en su artículo antes citado, diciendo que la Corte se equivocó porque no aplicó adecuadamente las reglas de interpretación de los contratos, ya que no lo analizó en su integralidad y le dio al mismo un efecto que las partes no habían acordado, e ignoró las cláusulas de limitación de la responsabilidad del operador, puesto que bajo el concepto de operador prudente y diligente va implícita la noción de que se responde por simple negligencia, mientras que en las cláusulas de exoneración va incluida la noción de que el operador solo responde por *willful misconduct* y *gross negligence*.

Por último, en el caso de Norman *vs.* Apache Corporation (1994) la Corte extendió los deberes del operador más allá de los expresamente señalados en el JOA. Apache Corporation era operador de un bloque y tenía un pozo productor que había venido siendo explotado de forma continua desde 1976. En este caso, el no operador (Norman) inició acciones judiciales en contra del operador Apache por varios motivos, pero para efectos del tema que nos interesa solo se mencionará uno de ellos: el demandado manifestó violación del estándar de conducta del operador, toda vez que en 1990 Apache decidió clausurar de manera definitiva la

perforación del pozo por antieconómico, lo que ocasionó la pérdida de los derechos sobre el área.

Así pues, entre los varios fundamentos de la demanda los no operadores alegaron violación del contrato por incumplimiento del estándar del operador prudente y razonable, especialmente en evitar tomar los pasos correctos para prevenir la pérdida de los derechos de explotación sobre el área. Apache argumentó que la cláusula del JOA que hablaba sobre buenas y prudentes prácticas, y que obligaba a actuar como un operador prudente y razonable, simplemente establecía el estándar para que fuera aplicado por el operador en las operaciones expresamente acordadas dentro del contrato, y que no establecía obligaciones adicionales para las otras actividades.

Los no operadores argumentaron que este raciocinio no era correcto teniendo en cuenta que en el caso de Johnston, precisamente, la Corte extendió el deber de actuar de manera prudente y razonable a situaciones no establecidas dentro del JOA. La Corte reconoció que el alcance de los deberes del operador no necesariamente está limitado a aquellos expresamente detallados en el acuerdo de operación; por otro lado, equiparó los términos de operador prudente y razonable a aquellas situaciones requeridas o permitidas por el acuerdo de operación. Por ende, no les dio la razón a los operadores. Y, tal como se ve, el estándar de operador prudente y razonable no tiene jurisprudencialmente un alcance definido, depende más bien de la redacción del JOA y del criterio de la Corte que lo estudie.

Conclusiones

1. La construcción de modelos contractuales en la industria del petróleo ha resultado útil en la firma de los acuerdos sobre operaciones conjuntas. Pero esta construcción ha llevado necesariamente a la búsqueda de una estandarización dentro del modelo de las obligaciones y deberes de las partes, cuando la realidad es que las operaciones no son iguales y cada una es única y particular. Por esto, al analizar los casos las cortes de los Estados Unidos parti-

cularizan cada situación y llegan a conclusiones variadas en torno a temas tan sensibles como el nivel o grado de responsabilidad del operador.

2. La existencia de deberes fiduciarios ha sido objeto de estudio de diferentes cortes angloamericanas (en la primera sección de este trabajo se analizaron), las que justifican la existencia de deberes fiduciarios han tomado aproximaciones distintas para llegar a validar su posición apoyándose en figuras jurídicas existentes, desde aquellas que ven a un agente en el operador y extrapolan la figura del agenciamiento para justificar los deberes fiduciarios, hasta aquellas que analizan los elementos constitutivos de un *joint venture* para llegar a la misma conclusión.
3. Tal vez la uniformidad nunca sea posible pero la solución quizá la tenga Smith (2013) cuando dice que lo mejor es observar no el estándar aplicable al operador sino las actividades por él desarrolladas; así, por ejemplo, cuando ejecute funciones operacionales podrá tener un nivel de responsabilidad fiduciario y realizar sus labores de manera prudente y diligente, pero puede tener un nivel de responsabilidad distinto cuando ejecute funciones administrativas, como en el caso de *Johnston vs. American Cometra* (1992).
4. Lo anterior se contrapone a las cláusulas de exoneración de responsabilidad, pues las partes, en desarrollo del principio de la autonomía de voluntad, son libres de restringir la responsabilidad y por ende los deberes implícitos. Las cortes dan validez a estas cláusulas siempre y cuando el principio de igualdad no sea vulnerado; pero el alcance de las mismas dependerá igualmente de la redacción que las partes hayan estipulado. Hoy en día, la gran mayoría de los JOAS incorporan este tipo de cláusulas y están incluidas dentro del modelo.
5. El tercer aspecto que incide en el nivel de responsabilidad del operador es el estándar de actuación. El modelo

AIPN habla de prácticas prudentes y razonables. Aquí la discusión se centra en el alcance de las mismas. ¿Se aplica a todas las actividades del operador o solo a las técnicas operativas? Nuevamente la respuesta se encuentra en la redacción de los contratos.

6. Determinar el nivel de responsabilidad de un operador dentro de los Acuerdos de Operación Conjunta no es una cuestión sencilla, pues como se vio, son múltiples las variables que las cortes han estudiado y no existe un criterio único al respecto.
7. Mientras que a través de principios como la lealtad, la confianza, la confidencialidad y la igualdad, las Cortes buscan una solución a los desequilibrios que surgen en las relaciones, los modelos contractuales buscan exonerar de manera más amplia al operador. En el caso del modelo AIPN, aquel es prácticamente irresponsable. Las cláusulas de exoneración de responsabilidad cada día cobran mayor importancia y hacen que las discusiones sobre deberes fiduciarios se tornen más académicas que reales. El plano de la discusión cambia, pues se centra es en la aplicación del *gross negligence* o *willful misconduct* para todas las actividades del operador o solo para las operacionales que, como se vio en el nivel probatorio, es una cuestión bastante difícil.

Referencias

- Abedimi, A. (2017). Swinging the Pendulum of Privity in Favour of the Non-operators In A Joint Operating Agreement, *CEPMLP Annual Review*, 12. Disponible en: <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/?news=29848>
- Abraxas Petroleum *vs.* Hornburg (2001). Court of Appeals of Texas, El Paso. 741 (no pet.). Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1172636.html>
- Agland, Inc. *vs.* Koch Truck Line. (1988). Colorado Court of Appeals, Div. I. Inc. 757 P.2d 1138. Disponible en:

<https://law.justia.com/cases/colorado/court-of-appeals/1988/85ca1813-0.html>

American Law Institute [ALI] (1958). Restatement Second of Agency. Disponible en: <http://blenderlaw.umlaw.net/wp-content/uploads/2007/08/restatement-second-of-agency.pdf>.

Amoco Production Company *vs.* Wilson, Ch.; UMC Petroleum Corporation; Wilson, Ch. Jr.; Powell, B. & Powell, B. (1999). Supreme Court of Kansas. 976 P. 2d 941. Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/ks-supreme-court/1412348.html>.

Asociación Colombiana del Petróleo [ACP] (2016), Informe Estadístico Petrolero. Disponible en: <http://acp.com.co/web2017/es/>

Black, H. (1979). *Black's Law Dictionary* (5.^a ed.). St. Paul, Minn: West Publishing Co.

Britton, C. W.; Britton, W. R.; Ballou, R.J. & Ballou, F. *vs.* Green, M.; Bloink, D.; Hockenberger, M.; Hockenberger, M.; Mitchell, R. & Thompson, W. (1963). United States Court of Appeals 10th Circuit. 325 F.2d 377. Disponible el 9 de agosto del 2015 en: <http://openjurist.org/325/f2d/377>

Cone *vs.* Fagadau (2001). Court of Appeals of Texas, Eastland. 68 S.W.3d 147 (pet. filed). Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1484396.html>.

Conine, G. B. (2001). The Prudent Operator Standard: Applications Beyond The Oil And Gas Lease. *Natural Resources Journal*, 41(23). Disponible en: <http://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1560&context=nrj>

Dime Box *vs.* Luisiana Lands (1991). United States Court of Appeals 10th Circuit. 938 F2d 1144, 1147-48. Disponible en: <http://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/717/717/1584489/>.

EE Caledonia Ltd *vs.* Orbit Valve Co (1994). Court of Appeal. [1994] 2 Lloyd's Rep. 239. Disponible en: <https://www.lawteacher.net/cases/e-e-caledonia-v-orbit-valve.php>

Graham *vs.* Asbury (1975). Supreme Court of Arizona, In Division. Ariz.184, 540 P2d 656 658, 112. Disponible en: <http://law.justia.com/cases/arizona/supreme-court/1975/12008-0.html>.

Hamilton, D. *vs.* Texas Oil & Gas Corp (1982). Court of Appeals of Texas, El Paso. 648 S.W.2d 316. Disponible en: http://www.leagle.com/decision/1982964648SW2d316_1939/HAMILTON%20v.%20TEXAS%20OIL%20&%20GAS%20CORP.

Henderson *vs.* Merrett Syndicates Ltd (1995), United Kingdom House of Lords Decisions, HL(E) 1995 2AC 145. Disponible en: <https://www.scottishlaw.org.uk/lawscotland/hender.pdf>

Hollimon, S. (2005). Joint Operation Agreements, *Texas Oil and Gas Law Journal*, 19(5). Disponible en: https://www.andrewskurth.com/media/article/804_Doc_ID_3182_4720061416379.pdf

IP Petroleum Company, Inc. *vs.* Wevanco Energy (2003). Court of Appeals of Texas, Houston (1st Dist.). l.l.c.; 116 S.W.3d 888. Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1273492.html>

Johnston *vs.* American Cometra (1992). Court of Appeals of Texas, Austin. Inc. 837 S.W.2d 711. Disponible en: <https://www.leagle.com/decision/19921548837sw2d71111484>

Kasibayo, K. (2013) Fiduciary relationship between an operator and non-operators under a JOA. Do the fiduciary duties get extinguished upon control of the operator by the non-operators?, *CEPMLP Annual Review*, 17. Disponible en: http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/files.php?file=cepmlp_car17_43_347029882.pdf.

LAC Minerals Ltd. *vs.* International Corona Resources Ltd. (1989). Supreme Court of Canada. 2S.C.R. 574,61 D.L.R. 4th. Disponible en: <http://www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1989/1989canlii34/1989canlii34.html>.

Laurent, N. P. (2011). *A Day in the Life of a JOA Selected Daily Operational Issues*, South Texas College of Law. Disponible en: http://www.mcginislaw.com/images/uploads/news/11-09-01_Laurent_A_Day_in_the_Life.pdf.

Macattram, G. (2006). How can the indemnity clause expand or limit the responsibility for liability of the parties in international oil and gas contracts?, *10 CEPMLP Annual Review*, 2. Disponible en: <https://xa.yimg.com/kq/groups/77904780/104572387/name/Indemnity+clauses+1.pdf>

Norman, H. *vs.* Apache Corporation (1994). United States Court of Appeals, Fifth Circuit. 19 F.3d 1017. Disponible en: <http://openjurist.org/19/f3d/1017/norman-v-apache-corporation>

Rabasa, O. (1949). *El derecho angloamericano*. México: Fondo de Cultura Económica.

Reeder *vs.* Wood County Energy L.L.C. (2010). Court of Appeals of Texas, Tyler. 320 S.W.3d 433. Disponible en: <http://caselaw.findlaw.com/tx-court-of-appeals/1520105.html>

Reserve Oil Inc., *vs.* Dixon, F.; Blake, B. & Petroleum Investments Ltd. (1987). United States Court of Appeals 10th Circuit. 711 F.2d 951. Disponible en: <http://openjurist.org/711/f2d/951>.

Smith, E. (2013). Duties and obligations owed by an operator to non-operators, investors, and other interest owners, *Selected Works*. Austin (Texas): Texas Journal of Oil, Gas and Energy Law, 222–245

Smith, E.; Dzienkowski, J.; Anderson, O.; Conine, G.; Lowe, J.; Kramer, B. (2000). *International Petroleum Transaction* (2a ed.), Denver, Colorado: Rocky Mountain Mineral Law Foundation.

Stine *vs.* Marathon Oil Company (1993). United States Court of Appeals, Fifth Circuit. 976 F.2d 254 (5th Cir. 1993). Disponible en: <https://openjurist.org/976/f2d/254/rn-stine-v-marathon-oil-company-rn-stine>

US Truck Lines *vs.* Texaco (1960). Court of Civil Appeals of Texas, Eastland. Inc., 337 S.W. 2d 497. Disponible en: <https://www.leagle.com/decision/1960834337sw2d4971770>

Walters, G. *vs.* Whessoe Ltd & Shell Refining Co Ltd (1960). Court of Appeal (Civil Division) 6 Build LR 23, p. 10-25. Disponible en: <http://www.dundee.ac.uk/cepmlp/gateway/?-news=28104>