



La Validez y Los Efectos de Las Declaraciones y Garantías en Los Contratos de Adquisición en Colombia

Jimena Rincón Montes¹

**Facultad de Ciencias Jurídicas
Especialización Derecho Comercial
9 de julio de 2018**

¹ Abogada de la Universidad del Rosario con profundización en Derecho Comercial; candidata a ser especialista en Derecho Comercial de la Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá. Actualmente se desempeña como abogada corporativa en Hoteles Decameron Colombia.

La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por qué las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia.

TABLA DE CONTENIDO

I.	INTRODUCCIÓN	3
II.	PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA.....	4
III.	MARCO TEÓRICO.....	4
IV.	CONTRATOS DE ADQUISICIÓN Y SU ESTRUCTURA	5
	(a) Formas de Adquisición.....	5
	(b) Proceso de Debida Diligencia	8
	(c) Estructura del Contrato de Adquisición	9
V.	DECLARACIONES Y GARANTÍAS.....	12
	(a) Concepto de las declaraciones y garantías	12
	(b) Propósito/finalidad de este tipo de cláusulas.....	13
	(c) Validez de las declaraciones y garantías en Colombia.....	14
	(d) Efectos de las declaraciones y garantías en Colombia	16
	(i) Vicios ocultos.....	16
	(ii) Vicios del consentimiento	18
	(iii) Autonomía de la voluntad	20
	(iv) Incumplimiento del contrato	23
VI.	CONCLUSIONES	25
VII.	BIBLIOGRAFÍA.....	26

I. INTRODUCCIÓN

A pesar de los diferentes eventos controversiales que actualmente está viviendo Colombia, dentro de los que cabe destacar la gran reforma tributaria que empezó a regir desde el 1 de enero de 2017; la ejecución radical o la no ejecución del acuerdo de paz suscrito por el Gobierno nacional colombiano y las FARC; el nuevo gobierno presidencial electo y la incertidumbre de la continuidad de los planes en marcha que dejó el Gobierno de Santos; la entrada de Colombia como país miembro de la OCDE; la connotación política inevitable que generan dichos eventos en Colombia; y la incertidumbre en los empresarios de una economía estable en Colombia; la práctica de adquirir o vender e integrar empresas continúa siendo un plan estratégico de inversión y de expansión de las empresas (sean colombianas o no) en el mercado respectivo, tanto en el territorio colombiano como en el extranjero.

El acompañamiento de asesores legales en este tipo de estrategias de inversión y expansión se ha vuelto necesario, no sólo con el fin de medir y mitigar riesgos incalculables, sino porque este tipo de transacciones normalmente implica que una de las partes sea extranjera y que los abogados colombianos interactúen con los abogados de la parte extranjera (que normalmente serán abogados extranjeros²); lo que ocasiona que las transacciones se vuelvan complejas, el tiempo dispendioso y el costo se vuelva verdaderamente oneroso. Por lo anterior, los empresarios no solo han optado por contratar a las mejores firmas de abogados en el país para disminuir dichos riesgos, sino que las mismas empresas han robustecido los equipos de abogados internos, con abogados expertos y con conocimiento específicos y especializados en las fusiones y adquisiciones.

Dicha experticia de los abogados en Colombia, no sólo se funda en sus estudios básicos de un pregrado de derecho en Colombia, si no que se funda y se ha ido nutriendo por el conocimiento de abogados que han estudiado en universidades extranjeras y han trabajado en firmas de abogados extranjeras, de donde han aprendido cómo funciona el negocio transaccional de las fusiones y adquisiciones (*mergers and acquisitions, M&A*) y poco a poco han ido adoptando y aplicando dicho aprendizaje (desde estructuras, figuras y elementos contractuales, así como la forma en cómo se deben llevar los estudios previos para consumar una transacción, hasta los efectos que dicha transacción conlleva) en los contratos de M&A en Colombia.

Es así, que la práctica de las fusiones y adquisiciones cada vez está cogiendo más fuerza, y se está volviendo una forma usual de invertir y expandir una empresa. En este contexto, y dado que la práctica de las fusiones y adquisiciones no nació en Colombia, la elaboración de un contrato de adquisición en el marco de una fusión y adquisición, es la realización de un contrato que incluye postulados del derecho anglosajón y que se pretende hacer válido bajo los postulados legales colombianos. Dicho lo anterior, este trabajo plantea resolver ese problema de la validez bajo la ley colombiana, de una figura muy particular de los contratos de adquisición, que es la cláusula de las declaraciones y garantías del vendedor, y a su vez plantea los efectos que bajo la ley colombiana dicha cláusula tendría. Para resolver el problema anteriormente esbozado, en este trabajo se va a ilustrar (i) las formas de realizar una transacción de fusiones y adquisiciones, (ii) la estructura de un contrato de adquisición en este tipo de transacciones, (iii) el concepto de las cláusulas y garantías, así como su incidencia en Colombia (tanto validez como efectos); y (iv) los pronunciamientos de la justicia colombiana en relación con la validez y efectos de las declaraciones y garantías.

² Lo que conlleva al aprendizaje de la celebración de contratos extranjeros, especialmente contratos provenientes de países anglosajones, a decir específicamente Estados Unidos.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Como se mencionó anteriormente, la estructuración, preparación y ejecución de un contrato de adquisición en el marco de una transacción de M&A en Colombia, recoge la mayoría de las figuras, directrices y postulados del derecho anglosajón, en especial del derecho en Estados Unidos. En este sentido, y dado que paulatinamente las transacciones de M&A han tenido auge en Colombia, cada vez los abogados colombianos se ven enfrentados a redactar y lidiar con este tipo de contratos, y los jueces se ven obligados a solucionar y dirimir controversias que surgen de dichos contratos; se está cuestionando mucho el trasplante o la importación del contrato de adquisición a Colombia, al ser éste en sentido abstracto un contrato atípico que no está contemplado en la legislación colombiana, por más que varios de sus elementos se puedan adecuar a determinados elementos de determinados tipos contractuales existentes en Colombia, y entrar en una zona gris en donde no se sabe que normas de la legislación colombiana aplicar.

En atención a lo anterior, y dado a la escasez de pronunciamientos en relación con este tipo de contratos de adquisición por parte de los doctrinantes colombianos, así como de los mismos jueces colombianos, que en este trabajo se cuestiona ¿cuál es la validez de la cláusula del contrato de adquisición que contiene las declaraciones y garantías, y cuáles son sus efectos en la legislación colombiana?

Es importante tener claro la respuesta de la pregunta planteada, pues su respuesta es un indicador de cómo se deberán estructurar, plantear, redactar y ejecutar los contratos de adquisición en Colombia, así como las bases que los jueces y los particulares investidos de la función de administrar justicia, deberán tener en cuenta y aplicar a la hora de resolver y dirimir alguna controversia que suscite de este tipo de contratos. La definición del problema, también tiene una gran incidencia en la incertidumbre que actualmente existe en Colombia en relación con este tipo de contratos, pues al no existir certeza jurídica y una opinión estandarizada y repetida por parte de la doctrina y los jueces en Colombia, ocasiona muchas veces que los empresarios tomen la decisión de estructurar una transacción de M&A de tal forma que estos contratos de adquisición no deban regirse por un ley colombiana³, y si lo hacen, de señalar de forma expresa que cualquier diferencia o disputa que surja del contrato de adquisición se resuelva por un tribunal de arbitramento, y si da cabida por un tribunal de arbitramento internacional, el cual prefieren los empresas e inversionistas extranjeros con ocasión a la seguridad jurídica que éste les brinda.

III. MARCO TEÓRICO

Para efectos de desarrollar el problema planteado en el acápite anterior (planteamiento del problema), esta investigación se centra en la revisión y análisis de forma principal, de las siguientes fuentes normativas:

³ Hay que tener presente que muchas de las transacciones de M&A, si bien tienen un punto de contacto con Colombia sea porque una de las sociedades que se quiere adquirir (sea de manera directa o indirecta) está ubicada en Colombia, porque una unidad de negocio opera en Colombia o porque ciertos activos se encuentran ubicados en Colombia, es claro que muchas veces la toma de decisión de la estructura de la transacción, no sólo depende de la incertidumbre jurídica existente en Colombia en relación con los contratos de M&A, sino de las cargas fiscales que genera este tipo de transacciones (sea por la actividad del negocio, el tipo de productos del negocio, la ubicación de las partes, entre otros) y/o la operación a largo o corto plazo del negocio que se quiere adquirir.

- a. Las normas atinentes al régimen general de obligaciones, el principio de la autonomía de la voluntad, los vicios del consentimiento, los vicios ocultos y al contrato de compraventa en Colombia contemplado en el Código Civil;
- b. Las normas relacionadas con las sociedades comerciales, los establecimientos de comercio, las sanciones por vicios del consentimiento, los vicios y defectos ocultos, y los contratos de compraventa en el régimen mercantil previsto en el Código de Comercio colombiano.

De igual forma, se estudiará y analizará de la doctrina que aborda los siguientes temas desde el año 2007 hasta el año 2016:

- a. Lecturas especializadas en el régimen general de las obligaciones, así como los principios por los que se rige el derecho mercantil;
- b. Artículos especializados y tesis de grados de maestría que abordan la problemática de la validez y los efectos de las declaraciones y garantías en diferentes jurisdicciones, así como de la validez y efectos de cláusulas limitativas de responsabilidad;
- c. Libros especializados que contienen los modelos más usuales de los contratos de compraventa de acciones y de compraventa de activos en el sistema anglosajón, y que explican cómo se deben redactar y negociar los mismos.

Finalmente, dado que actualmente no existe mucha jurisprudencia sobre el problema jurídico planteado, se consultó la jurisprudencia emitida por los tribunales arbitrales en Bogotá D.C. desde el 2005 hasta el 2016, en donde tratan de abordar y darle solución al problema de los efectos de las declaraciones y garantías, por más que los pronunciamientos no sigan todos los mismos lineamientos jurisprudenciales.

IV. CONTRATOS DE ADQUISICIÓN Y SU ESTRUCTURA

(a) Formas de Adquisición

A la hora de expandir una empresa, una determinada unidad de negocio, o incursionar en nuevos sectores de la economía, o inclusive a la hora salirse parcial o totalmente del negocio, generalmente hay diferentes formas de estructurar esa transacción que refleje los intereses de las partes involucradas.

Normalmente, a la hora de elegir la estructura de la transacción, hay varios temas que las partes deben evaluar, tales como los intereses y objetivos finales de un comprador y un vendedor, las implicaciones fiscales y tributarias que ocasionan la transacción, la forma en que se lleva un negocio en un determinado sector de la economía, las leyes aplicables donde el negocio va a emerger, los riesgos que conlleva determinada estructura, entre otras. No obstante, el presente documento no trata de determinar cuál negocio es el más favorable para un comprador o un vendedor, pues para ello no sólo sería necesario un análisis jurídico sino que financiero, y no es el objeto del presente trabajo. De todas formas, sí es objeto del presente trabajo esbozar un breve resumen de las estructuras más usuales en Colombia que utilizan los compradores y vendedores de empresas o negocios, con el fin de poder tener claridad el porqué de la existencia y uso de las cláusulas llamadas las declaraciones y garantías.

Es así, que normalmente en una transacción de adquisición se puede estructurar como: (i) una compraventa de activos, (ii) una compraventa de establecimiento de comercio; y (iii) una compraventa de acciones.

Una *compraventa de activos*⁴ consiste generalmente en la transacción en la que un comprador adquiere una porción del negocio de una empresa o quiere asumir sólo una porción de las obligaciones y responsabilidad de una empresa, a cambio de la entrega de un dinero en efectivo como medio de pago⁵. Dicho esto, generalmente el comprador compra los activos que específicamente se describen en el contrato de adquisición⁶, y dependiendo del tipo de activos que compra; sean activos intangibles como marcas y demás derechos de propiedad intelectual, maquinaria, vehículos, inmuebles, contratos con clientes y proveedores, empleados, entre otros; se requerirá ciertas formalidades adicionales o no al contrato de compraventa de activos y se volverá más compleja la misma transacción. Lo anterior, ya que se debe dejar constancia de la transferencia del bien o los bienes que se estén comprando, y muchas veces, dependiendo del activo que se está comprando, esa constancia requiere generar o producir documentos adicionales al contrato de adquisición, dependiendo de la ley aplicable al activo que se esté comprando. Por ejemplo, en Colombia para que se dé la transferencia de un inmueble se requiere realizarlo por escritura pública; para la cesión de contratos normalmente se requiere el consentimiento de la contraparte del contrato en específico o de un tercero; las licencias otorgadas por el INVIMA a empresas para operar no se pueden ceder al comprador por lo que se requeriría la solicitud del comprador de nuevas licencias ante el INVIMA; los permisos otorgados por las autoridades ambientales deberán ser cedidos al comprador previa su solicitud y el acto de otorgamiento de la licencia por parte de la autoridad ambiental respectiva; si va a haber una sustitución patronal, se requerirá el respectivo acuerdo⁷; y así sucesivamente se pueden describir formalidades adicionales o actividades adicionales que se requieren al simple contrato de compraventa. Por otro lado, las responsabilidades que un comprador quiere asumir tras una compraventa de activos son fundamentales a la hora de estructurar el contrato de adquisición, pues el comprador normalmente elige qué responsabilidades quiere asumir⁸.

⁴ Brown, J. Giles, Tyler. (2014). *Stock Purchase Agreements Line by Lines, a detailed look at stock purchase agreements and how to change them to meet your clients' needs*. P. 12 – 16.

⁵ Normalmente en este tipo de transacciones el dinero en efectivo es el medio idóneo para el pago de los activos que se compran, no obstante esto no implica que el comprador en vez de entregar dinero en efectivo, entregue otro activo a cambio al vendedor, o entregue acciones en una empresa, o se haga través de un cheque o cuentas por cobrar, entre otras. No hay como tal una regla definida.

⁶ Valga hacer la aclaración que es preferible dejar en el contrato de compraventa de activos una descripción amplia de los activos que se están comprando, y en caso que uno de los activos o categorías de activos sean importantes para el comprador, se podría hacer una descripción más específica para dichos activos y categorías de gran trascendencia para el comprador. Inclusive, se podría dejar claro que activos se excluyen y no hacen parte de la transacción.

⁷ La sustitución patronal bajo la ley colombiana implica el cambio de empleador y la continuidad (es decir no hay terminación) de las relaciones laborales de los trabajadores que se transfieran. Conforme al artículo 67 y 68 del Código Sustantivo de Trabajo, habrá sustitución patronal cuando (i) hay un cambio de empleador cualquiera sea su causa; (ii) la empresa subsista, y (iii) los trabajadores permanecen bajo el mismo contrato laboral.

⁸ El tema de las responsabilidades es de gran importancia a la hora de estructurar una transacción, pues por ejemplo, en caso que se lleve a cabo una sustitución patronal, tanto el comprador como el vendedor serán solidariamente responsables por cualquiera y todas las obligaciones laborales que fueron conferidas al antiguo empleador (vendedor) en la fecha en que se produce la sustitución patronal. De igual forma el comprador será responsable por las nuevas obligaciones laborales que surjan desde el día en que la sustitución patronal tenga efecto.

Una *compraventa de establecimiento de comercio*⁹ es una transacción muy similar a la compraventa de activos; no obstante, difieren porque en Colombia un establecimiento de comercio es considerado como “un conjunto de bienes organizados para realizar los fines de la empresa”¹⁰, por lo que si bien un establecimiento de comercio no es una persona jurídica (es decir una sociedad que conforma un patrimonio social diferente al propietario como tal) ni un patrimonio autónomo, sí es una universalidad de bienes¹¹, compuesto por no sólo los bienes que señala el artículo 516 del Código de Comercio¹², sino por aquellos otros derechos reales y no reales, tangibles e intangibles, que componen el negocio en marcha. Dicho esto, cuando se trata de la enajenación de un establecimiento de comercio, la ley colombiana es clara en decir que la venta de un establecimiento se hace en bloque como una sola unidad económica, lo que implica que, a diferencia del contrato de compraventa de activos, no se debe hacer una descripción detallada de los activos que se compran y que configuran el establecimiento de comercio, pues basta con señalar que se compra el establecimiento en bloque, con todos los activos que lo componen¹³. Adicionalmente, a diferencia de la compraventa de activos, la compraventa del establecimiento de comercio es un acto solemne, que se debe realizar a través de documento privado reconocido por las partes ante funcionario competente o en escritura pública para que surta efectos entre las partes¹⁴. Así mismo, la legislación colombiana señala que para la enajenación del establecimiento de comercio, (i) el vendedor debe entregar un balance general certificado por un contador público, en donde se discrimine todos los pasivos; (ii) para efectos de oponibilidad a terceros se debe registrar la enajenación ante el Registro Mercantil respectivo; y (iii) se debe notificar a todos los acreedores¹⁵. Así como en una transacción de compraventa de activos, se debe evaluar los riesgos¹⁶ y responsabilidad que quiere asumir o no el comprador y el vendedor, las implicaciones fiscales que se generan, y en si es el objetivo del comprador como tal realizarlo de esta manera.

⁹ Artículo 515 -533 del Código de Comercio.

¹⁰ Definición del artículo 515 del Código de Comercio.

¹¹ Para efectos de claridad, un ejemplo de un establecimiento de comercio puede ser un local donde funciona una farmacia. Dicho esto, el nombre o marca asociado al local, los productos que vende la farmacia, el mobiliario, los contratos con proveedores y clientes, el contrato de arrendamiento del local, y demás bienes asociados al local, componen y constituyen un establecimiento de comercio.

¹² El artículo 516 del Código de Comercio señala una lista elementos que configuran de manera presunta un establecimiento de comercio; no obstante, dicha lista puede ser pactada en contrario por lo que es factible decir que la lista contenida en el Código de Comercio es meramente enunciativa y no taxativa.

¹³ El artículo 525 al señalar que la enajenación de un establecimiento de comercio, a cualquier título, se realizará en bloque, simplifica el problema de la compraventa de activos de dar detalle de cada bien que se compra, e inclusive permite darle un mayor valor económico a la unidad que se vende.

¹⁴ Esta solemnidad surge del artículo 526 del Código de Comercio.

¹⁵ Artículo 526 – 531 del Código de Comercio.

¹⁶ Bajo la legislación colombiana, en una compraventa de establecimiento de comercio, el vendedor y comprador son solidariamente responsables por las obligaciones que el establecimiento haya contraído hasta la fecha de la enajenación y que consten en los libros contables, por dos meses contados a partir de la fecha de registro de la enajenación ante el Registro Mercantil, siempre que se hubiesen notificado a los acreedores conforme a lo señalado en el artículo 528 del Código de Comercio, y que en dicho término de dos meses no existieren objeciones por alguno de los acreedores.

En una *compraventa de acciones*¹⁷, el comprador adquiere un negocio o una empresa al comprar la totalidad o un porcentaje de las acciones de una empresa. Esto implica, que el comprador al adquirir las acciones de una sociedad¹⁸ adquiere automáticamente el negocio en marcha de propiedad de dicha sociedad, con todos los riesgos y obligaciones que la misma contraiga a futuro, sean o no de la operación misma de su negocio¹⁹. Dicho lo anterior, al comprarse las acciones de una sociedad, lo que realmente se está comprando es el negocio adyacente a la sociedad adquirida, con todos sus activos y pasivos.²⁰ La compraventa de acciones se perfecciona en Colombia con la anotación de la transferencia de acciones en el respectivo libro de registro de accionistas de la sociedad, y si bien no se requiere alguna solemnidad adicional, normalmente la compraventa de acciones se instrumenta en un documento privado que contiene el contrato de compraventa de acciones. Normalmente hay obstáculos para realizar esta transacción cuando se compra sólo un porcentaje de acciones y no la totalidad de las acciones, ya que el vendedor requiere la constancia de la renuncia al ejercicio de derecho de preferencia por parte de los otros accionistas, y/o la debida autorización por parte de los otros accionistas²¹, y normalmente implica negociar un acuerdo de accionistas para que así, entre los accionistas nuevos y los que quedan, se acuerde el manejo del gobierno corporativo y la toma de decisiones de los órganos sociales de la sociedad..

(b) Proceso de Debida Diligencia²²

En el marco de una transacción de M&A, independientemente si se trata de una compraventa de acciones, activos o un establecimiento de comercio, normalmente el determinante para la toma de decisión de comprar o no, son los hallazgos encontrados en un proceso de debida diligencia, el cual puede ser de carácter jurídico, financiero, o técnico. En este caso, haremos énfasis al proceso de debida diligencia jurídico, el cual se puede considerar como el proceso por medio del cual se hace una investigación, la cual puede ser exhaustiva o no dependiendo del alcance que el comprador o el vendedor quiera²³, de la situación jurídica de una empresa, de unos activos o de un establecimiento de comercio.

¹⁷ A lo largo del trabajo se hablará de compraventa de acciones, no obstante es claro que si por ejemplo lo que se quiere comprar es una sociedad de responsabilidad limitada no se adquiere acciones si no cuotas.

¹⁸ Una sociedad debidamente constituida bajo la ley del domicilio, y que forma un patrimonio autónomo diferente al de sus propietarios (accionistas o cuotistas).

¹⁹ La sociedad que se adquiere sigue siendo responsable de todos sus pasivos reales, devengados o contingentes. Dicho esto, el comprador, indirectamente de alguna forma “hereda” todas esas responsabilidades. No obstante, el comprador en su condición de accionista, adquiere el beneficio de la separación provista por el velo corporativo.

²⁰ Brown, J. Giles, Tyler. (2014). P. 11 – 12.

²¹ Este tipo de acciones previas dependerán de lo que los estatutos sociales de la sociedad o la ley aplicable del tipo de sociedad señalen.

²² Fox, C.E (2008). Working with Contracts: *What Law School Doesn't teach you*. Practising Law Institute, Second Edition. P.130 – 142.

²³ Es menester resaltar que normalmente el comprador en una transacción de adquisición es el que realiza un proceso de debida diligencia; no obstante un vendedor también puede desarrollar el proceso de debida diligencia con el fin de revisar la situación jurídica de su empresa, activos o establecimientos de comercio y anticiparse a situaciones de hecho o contingencias que pueden surgir o revelarse en la transacción, y que posiblemente puedan corregir antes del cierre de una transacción.

Los hallazgos del proceso de debida diligencia, que se pueden denominar como los resultados de la investigación, proveen un estado real de la situación jurídica del objeto de la adquisición o una foto completa de la situación actual, que facilita al inversionista comprador a tomar la decisión de comprar o no. Así mismo, dichos resultados (i) pueden confirmar que no hay contingencias legales que ameriten una renegociación del precio de la transacción, o que por el contrario se deba renegociar; (ii) ayudan a identificar si antes de cerrar la transacción se deben solicitar autorizaciones previas o se deben realizar acciones previas; y (iii) en general protegen al comprador y sus respectivos funcionarios frente a demás accionistas, terceros, grupos de interés y autoridades gubernamentales, pues con el proceso de debida diligencia, se estaría cumpliendo el deber legal y fiduciario de la debida diligencia y la buena fe.

Dependiendo del alcance, del sector de la empresa o los activos que se quiere vender/comprador y de la estructura de la transacción, en un proceso de debida diligencia se deberá revisar generalmente: (i) *en una compraventa de activos o establecimiento de comercio*: los contratos comerciales que se van a ceder, con el fin de identificar la existencia de cláusulas de cambio de control, de autorización previa para la cesión, de terminación del contrato por cesión, de aceleración de un crédito por la transacción, y cláusulas que restrinjan en sí la transacción en mente; la existencia de algún gravamen sobre los activos que se van a adquirir (i.e. prendas, hipotecas, servidumbres, etc.); los permisos y licencias para la operación, si los mismos se pueden ceder o si por el contrario el comprador debe solicitarlos; realizar un estudio de títulos para revisar la cadena de transferencia de un inmueble y determinar la existencia de afectaciones o limitaciones del inmueble; cumplimiento de pagos a la seguridad social y parafiscales estén en debida forma, existencia de trabajadores temporales por fuera del tiempo límite establecido por la ley; litigios en curso y los que sean probables de iniciarse, así como su cuantía y probabilidades de éxito; autorizaciones corporativas necesarias conforme a los estatutos sociales de la empresa que vende, etc. y (ii) *en una compraventa de acciones*: los estatutos sociales de la sociedad que se va a adquirir, y así determinar si hay derecho de preferencia en la negociación de acciones, límites en cuantía de transacciones, mayorías especiales, acuerdos de accionistas, autorizaciones corporativas; existencia de cláusulas de cambio de control en contratos, cláusulas de aceleración en contratos de créditos por cambio de accionistas; estado de importaciones o exportaciones conforme a la ley aplicable, así como cómo la guarda de documentación soporte de dichas operaciones; registro de inversión extranjera y canalización de la misma a través del mercado cambiario conforme a las normas aplicables; el endeudamiento de la empresa así como las garantías que se otorgaron; endeudamiento con compañías relacionadas y trabajadores; declaraciones de impuestos conforme a ley aplicable así como su pago oportuno, etc., y en general todo los aspectos dependiendo de negocio de la sociedad.

(c) Estructura del Contrato de Adquisición

En Colombia, los contratos de adquisición que se han señalado brevemente en este trabajo, generalmente se han redactado tomando de base los modelos de contratos de adquisición de la legislación algosajona, estructurándolos normalmente en 4 partes²⁴ (pero que no necesariamente tienen el orden en el que se enuncian a continuación): (i) *la primera parte*, que se compone por el preámbulo, las definiciones, el precio y la estructura del acuerdo; (ii) *la segunda parte*, que se compone de las condiciones precedentes al cierre; (iii) *la tercera parte*, que se compone del paquete

²⁴ Perelman M. (2010). Merger and Acquisitions Committee – American Bar Association Business Law Section: Model stock purchase agreement with Comentario. Second Edition. Volume I.

de indemnidades, el cual incluye las declaraciones y garantías, los acuerdos de obligaciones de hacer y no hacer (*covenants*), y las cláusulas de indemnidad; y (iv) *la cuarta parte*, contiene las disposiciones varias.

En relación con la primera parte, *el preámbulo o los considerandos (preamble o recitals)*²⁵ es la parte inicial del contrato de adquisición, donde se describen las partes del contrato, y las mismas partes realizan declaraciones de hecho en donde está la esencia en general del contrato de adquisición, pues se señala qué parte transfiere qué a quien, dependiendo de cómo se haya estructurado la transacción²⁶, y generalmente se define en qué consiste el “Negocio” de la sociedad objetivo o el establecimiento de comercio, o el negocio en el que se enmarca el uso de los activos.

Los *términos definidos*²⁷, generalmente también suelen incluirse al inicio del contrato²⁸, y consisten en incluir el significado de los términos que se utilizan en más de una sección del contrato de adquisición, con el fin de facilitar la lectura e inclusive la negociación del contrato. Así mismo, se incluye unas breves cláusulas de cómo se deberán interpretar ciertos términos y el uso que tendrán.

La *estructura del acuerdo y el precio*²⁹, consisten en cláusulas donde se señala exactamente el objeto del contrato³⁰, es decir si la adquisición es de acciones se señala el número de acciones que se están adquiriendo, si la adquisición es de activos, se debe hacer la descripción de los activos³¹, y si la adquisición es del establecimiento de comercio, se debe señalar así. A lo anterior, le sigue la cláusula del precio de compra, la cual señala el valor en sí de la transacción y cómo se hará el pago del precio de compra³². En el caso de los contratos de compraventa de acciones, esta sección incluye además cláusulas de ajuste al precio, en caso que se negocien o sean aplicables.

En relación con la segunda parte, las *condiciones precedentes al cierre*³³, o también conocida como la cláusula donde se listan los entregables al cierre, es una cláusula del contrato de adquisición

²⁵ Stark T.L. (2007). Drafting Contracts: How and Why Lawyers Do what They Do. Stark Legal Education Inc. Aspen Publishers. P.49 –66.

²⁶ Si es una adquisición de acciones, se señalará que el vendedor quiere transferir al comprador X número de acciones equivalente al X% de las acciones en circulación de la sociedad. Si es una adquisición de activos, se señalará por lo general, que el vendedor quiere transferir los “Activos” (incluyendo el término con a mayúscula, pues es un término que estará definido más adelante en el contrato como se verá más adelante).

²⁷ Opcit. Stark T.L. (2007). 73 – 88.

²⁸ No obstante, como lo mencioné anteriormente, nada obsta para que las partes incluyan la sección de términos definidos al final del contrato o como un simple anexo al contrato.

²⁹ Opcit. Brown, J. Giles, Tyler. (2014) P. 28 – 34.

³⁰ Normalmente la declaración de transferencia, señala que las acciones, el activo o el establecimiento de comercio se va a transferir libre de todo gravamen que pueda limitar o prohíba en sí la transacción objeto del contrato.

³¹ Tener en cuenta lo mencionado en la sección de compraventa de activos en relación con la descripción de los activos que se van a adquirir.

³² Es menester resaltar que mediante la cláusula del precio de compra, se puede establecer si la transacción de adquisición objeto del contrato tendrá una firma y cierre simultánea, o si tendrá dos etapas, primero la firma del acuerdo y después el cierre de la transacción, donde se perfecciona la compra. En todo caso, el precio de compra siempre será pago en el cierre, cuando se dé el intercambio por la transferencia de propiedad de las acciones, activos o el establecimiento de comercio.

³³ Opcit. Perelman M. (2010) P. 175 – 195.

donde se describen las obligaciones que cada parte, sea comprador o vendedor, debe realizar para que el acuerdo de adquisición sea firmado y cerrado, tales como por ejemplo la entrega de las autorizaciones corporativas para la realización de la enajenación o la compra, los certificados de las acciones en donde constan que el comprador es el propietario del número de acciones que se compraron, los libros sociales y corporativos de la empresa que se adquirió, las licencias y permisos en donde consta que el comprador es el titular, entre otras dependiente del tipo de transacción; y establece cuándo y dónde será el cierre de la transacción³⁴.

En relación con la tercera parte, el *paquete de indemnidades*, se ve reflejado en el contrato de adquisición con las siguientes secciones: (i) las *declaraciones y garantías*, que serán definidas en la siguiente sección del presente trabajo, que normalmente son otorgadas por el vendedor en relación con las acciones, los activos, y el establecimiento de comercio objeto del contrato de adquisición³⁵; (ii) las *obligaciones de hacer y no hacer (covenants)*³⁶ son cláusulas donde se describen obligaciones de hacer o no hacer para las partes o en ciertos casos, especialmente para el vendedor, que deben cumplirse normalmente entre la firma y el cierre de la transacción, aunque algunas de las obligaciones deban ejecutarse inclusive después de un determinado periodo después del cierre. Un ejemplo de estos *covenants* es la obligación del vendedor de ejecutar los negocios bajo el giro ordinario del negocio de tal forma que no se ocasione ningún cambio material adverso que pueda afectar la transacción el día del cierre o no se genere una pérdida material en la empresa o en el establecimiento, la obligación del vendedor de no mostrar o inclusive no negociar su negocio o vender las acciones o los activos a terceros diferentes a los compradores del acuerdo de adquisición, o la obligación del vendedor de no comprar una empresa o no trabajar en otra empresa con un objeto similar a la de la empresa objeto del acuerdo de adquisición sin previa autorización de comprador o dentro de un periodo de tiempo determinado después del cierre³⁷; y (iii) las *cláusulas de indemnidad*³⁸, son las disposiciones del acuerdo de adquisición que prevén cuándo una de las partes debe ser indemnizada, e inclusive prevé el acuerdo de mantener indemne a la otra, normalmente el vendedor al comprador, de perjuicios o pérdidas que se deriven del incumplimiento de las declaraciones y garantías con ocasión a su inexactitud y/o no veracidad, e inclusive por el

³⁴ En Colombia es usual que el cierre de una transacción sea presencial, en donde las partes se reúnen e intercambian documentos de cierre, no obstante normalmente en los países anglosajones como Estados Unidos ese cierre en persona no es tan usual, y es más bien costumbre tener un cierre virtual, mediante el cual los documentos de cierre se intercambian a través de correos electrónicos y los documentos originales son enviados después por los abogados a cada parte.

³⁵ Esto no obsta para que el vendedor y el comprador otorguen declaraciones y garantías sobre sí mismos.

³⁶ Opcit. Brown, J. Giles, Tyler. (2014) P. 117 – 124.

³⁷ Cabe señalar que las cláusulas que contienen este tipo de obligación, más conocida en el mundo anglosajón como una cláusula de *non-compete*, en Colombia ha habido gran discusión sobre su validez ya que parte de la doctrina y la jurisprudencia considera que este tipo de cláusulas contraría del derecho fundamental al trabajo, el derecho a la libre asociación, y la libertad de ejercer una profesión u oficio. Por otro lado, y en lo atinente a los postulados de la libre competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado que este tipo de acuerdos en ciertas ocasiones puede llegar a contrariar los postulados de la libre competencia. En ocasión que dicha autoridad lo ha permitido, ha señalado que dichos acuerdos no pueden ser mayores a 3 años. Dicho esto, a pesar de que la validez de esta cláusula no es objeto del presente trabajo, considero que antes de incluir este tipo de cláusulas, se debe evaluar las circunstancias y el contenido de la cláusula (tanto el territorio, le mercado relevante, la actividad o sector de la economía que sería aplicable la prohibición, y la condición del titular de la obligación).

³⁸ Opcit. Brown, J. Giles, Tyler. (2014) P. 124 - 144.

incumplimiento de los *covenants*³⁹. Generalmente estas cláusulas también prevén el tiempo durante el cual las partes pueden interponer una acción de reclamación, imponen límites de cuantía en relación con las reclamaciones, el procedimiento aplicable y a seguir por las partes en caso que haya una reclamación e indemnidad.

Finalmente, en la cuarta parte, *las disposiciones varias (miscellaneous provisions)* son las cláusulas generales del contrato de adquisición que no encajan en ninguna de las otras partes anteriores, por lo que generalmente en esta parte están las cláusulas de notificación, cesión, la ley aplicable y la cláusula compromisoria, el número de facsímiles en los que se suscribe el acuerdo, entre otros.⁴⁰

V. DECLARACIONES Y GARANTÍAS

(a) Concepto de las declaraciones y garantías

Las declaraciones y garantías son afirmaciones de hecho, que conllevan al comprador a realizar la transacción de adquisición y al vendedor de enajenación, en relación con la empresa objeto que se está comprando a través de las acciones, o los activos o el establecimiento de comercio que se está adquiriendo mediante el contrato⁴¹; y que se garantizan en una misma frase de manera consecuente, con la declaración de que dichas afirmaciones son y serán ciertas, veraces y exactas al momento del cierre de la transacción, *so pena* de activar la cláusula de indemnidad, ya descrita en la sección pasada del presente documento, por el incumplimiento de dichas declaraciones y garantías o por la inexactitud de ellas. Normalmente, este tipo de cláusulas son redactadas en forma positiva o negativa, de manera general y absoluta, con excepciones que se señalan en un anexo, conocido normalmente como un anexo revelación (*disclosure schedule*).⁴²

Es así, que bajo la doctrina anglosajona⁴³ se dice que las declaraciones y garantías son “la herramienta contractual más común para asignar riesgos”⁴⁴ entre las partes que suscriben el contrato, ya que las mismas permiten distribuir los riesgos que un comprador no quisiera asumir tras la adquisición que está haciendo. Lo anterior implica que, por ejemplo, si un comprador no quiere asumir el riesgo por el mal pago a la seguridad social dado que la empresa pudo haber calculado de forma errónea la base salarial sobre la cual se calculan los pagos a la seguridad social antes de la fecha de cierre de la adquisición, entonces en ese caso el comprador debería lograr que el vendedor realice una declaración y garantía sobre dicho hecho en donde se afirme que la empresa siempre realizó de forma correcta e hizo a tiempo los pagos a la seguridad social de sus trabajadores, de tal

³⁹ *Ibíd.* P. 124- 125.

⁴⁰ *Ibíd.* p. 145 – 154.

⁴¹ Es importante señalar que también en este tipo de contratos las declaraciones y garantías pueden versar sobre el mismo vendedor o comprador, pero en este caso dichas declaraciones y garantías van a querer afirmar y garantizar temas relacionadas con la capacidad de cada parte para comprar o enajenar, de tener los recursos necesarios para realizar la adquisición, de la existencia de cada una de las partes, de la capacidad de garantizar a la otra parte en caso de algún incumplimiento, entre otras.

⁴² *Opcit.* Brown, J. R.; Giles, T. E. (2014). Pag.39

⁴³ *Opcit.* Fox, C.E (2008). P.11

⁴⁴ Laguado Giraldo, D. (2015). *Transplanting Contractual Terms: The Influence of the Common Law in the Civil Law of Contracts, a view from the Periphery.* P. 43

forma que si en efecto la empresa realizó mal los pagos a la seguridad social por calcular de forma errónea la base salarial, el vendedor debe responder por ello, asumiendo las responsabilidades derivadas de la inexactitud o incumplimiento de la declaración y garantía y los daños provocados al comprador por esto. En este sentido, un comprador o un vendedor al obtener una declaración y garantía, obtiene la legitimidad de realizar una reclamación a la contraparte con el hecho que está declarando y garantizando.

Las declaraciones y garantías en Colombia no tienen una definición propia, pues realmente ni el Código de Comercio, ni el Código Civil, ni demás leyes contienen una definición expresa. La misma jurisprudencia colombiana, tampoco se ha atrevido a aventurarse a dar una definición clara y consistente de las mismas⁴⁵, por lo que es viable decir que las declaraciones y garantías al ser una figura extranjera y un poco desconocida en Colombia, pueden tener diferentes acepciones que se enmarcan en el mundo de la atipicidad.

De todas formas, algunos expertos en derecho en Colombia se han atrevido a escribir sobre las declaraciones y garantía en el marco de la ley colombiana, y han llegado a la conclusión que tanto su definición como sus efectos van a depender del trato que se le dé a las declaraciones y garantías bajo las leyes locales.

(b) Propósito/finalidad de este tipo de cláusulas

Conforme al derecho anglosajón, las declaraciones y garantías en general, tienen tres finalidades principales: (i) establecer un punto de referencia para la responsabilidad del vendedor después del cierre, en caso que alguna de las declaraciones y garantías otorgadas en el contrato sean falsas o inexactas; (ii) confirma el proceso de debida diligencia que el comprador realizó previamente sobre la empresa y el negocio, de tal forma que el comprador siempre va a tratar de obtener por parte del vendedor declaraciones y garantías sobre temas fundamentales y característicos del tipo de adquisición que esté realizando y el negocio de la empresa, así como de temas que no alcanzó a cubrir en el proceso de debida diligencia; y (iii) son una condición para que el comprador cierre la transacción de adquisición, sobre todo cuando en una adquisición hay firma y cierre diferido, pues si entre la firma y el cierre una declaración y garantía se ha tornado en falsa o inexacta, si el vendedor no la subsana, el comprador puede desistir del negocio y terminar el contrato.⁴⁶

En Colombia, algunos se han atrevido a decir que “la finalidad perseguida con la inclusión de este tipo de cláusulas, es sujetar las bases de la negociación contractual a la veracidad y exactitud de tales afirmaciones, de manera que, si éstas no resultan ajustadas a la realidad, se genera la indemnización correspondiente.”⁴⁷; y que las declaraciones y garantías buscan “dar seguridad al negocio, en el entendido de que las partes podrán acceder a la indemnización pactada en caso que las manifestaciones hechas por la contraparte hayan sido incompletas o hayan faltado a la

⁴⁵ A pesar de que son pocos los casos en la que los jueces colombianos han entrado a evaluar controversias derivadas de las declaraciones y garantías, los pocos pronunciamientos que han hecho no han sido consistentes bajo una misma línea jurisprudencial, por lo que todavía es vago decir que en Colombia hay una clara definición de las declaraciones y garantías.

⁴⁶ Opcit. Brown, J. R.; Giles, T. E. (2014). Pag.39

⁴⁷ Avendaño Sánchez, E. Estela Montes, D. (Noviembre de 2016). *Aplicación y Eficacia de las Cláusulas de Declaraciones y Garantías y de Limitación de la Responsabilidad en los Contratos de Compraventa de Acciones*. P. 5 – 6

veracidad.”⁴⁸, garantizando así “a las partes que no existen otras contingencias o pasivos ocultos a la empresa cuyas acciones se están enajenando, y que en caso de haberlas, el contratante afectado podrá recurrir a la indemnización.”⁴⁹

No obstante lo anterior, y conforme a lo que se entiende por declaraciones y garantías, la finalidad de este tipo de cláusulas (i) es motivar a que el negocio transaccional consistente en la adquisición de una empresa a través de sus acciones, o de un establecimiento de comercio o de activos, se cierre y el comprador pueda ser finalmente el propietario del negocio; y (ii) que se distribuya y asigne los riesgos que se puedan derivar del negocio conforme a las declaraciones y garantías otorgadas en el contrato.

(c) Validez de las declaraciones y garantías en Colombia

En Colombia, como se ha mencionado anteriormente, aun no se tiene claro cuál es el trato que se le debe dar a las declaraciones y garantías, así como los efectos que se deriven de ellas.

Para justificar la validez de las declaraciones y garantías, debemos partir no sólo del principio de la autonomía de la voluntad (principio que será desarrollado en la sección atinente a los efectos de las declaraciones y garantías), sino del concepto general de “obligaciones”, pues las declaraciones y garantías son cláusulas que por la voluntad de las partes establecen unas obligaciones de hacer o no hacer, en donde la parte que otorga la declaración y garantía, se obliga a que una afirmación debe ser veraz y/o exacta, o se obliga a no incumplir la afirmación al momento del cierre, que es cuando se perfecciona la transacción⁵⁰.

Una obligación es “un vínculo jurídico que obliga a dos personas de tal manera que una de ellas, el acreedor, tiene derecho a demandar a la otra, el deudor u obligado, cierta prestación.”⁵¹ El Código Civil colombiano, establece que un “contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”⁵²

Así mismo, el Código Civil clasifica de diferentes formas las obligaciones: Obligaciones civiles⁵³ o meramente naturales⁵⁴, obligaciones condicionales⁵⁵ o modales⁵⁶; obligaciones alternativas⁵⁷ o facultativas⁵⁸; entre otras.

⁴⁸ Ordóñez Arias, P. (Enero-Junio de 2013). Revista de Derecho Privado: *Validez y efectos de cláusulas de limitación de responsabilidad en contratos de acciones en Colombia*, 49, ISSN 1909-7794. P. 6

⁴⁹ *Ibíd.*

⁵⁰ Es decir, cuando se han cumplido todas las condiciones precedentes al cierre, y el comprador gira el dinero o entrega la contraprestación al vendedor, y el vendedor hace el traspaso de las acciones (mediante la inscripción de la transferencia en el libro de registro de accionistas), el establecimiento de comercio o los activos al comprador.

⁵¹ Acevedo Rehbein, A. (Julio-Diciembre 2006). Revista Estudios Socio-Jurídicos: *Los mejores esfuerzos (best efforts) en el derecho contemporáneo de los contratos*. Volumen 8., núm. 2, julio-diciembre, 2006. ISSN: 0124-0579. Universidad del Rosario, Bogotá Colombia. P. 114.

⁵² Art. 1495 del Código Civil colombiano.

⁵³ Son civiles, las obligaciones que dan derecho a exigir su cumplimiento. Art. 1527 del Código Civil.

⁵⁴ Son naturales, las obligaciones que no dan derecho a exigir su cumplimiento. Art. 1527 del Código Civil.

Adicional a la clasificación de obligaciones señaladas en el Código Civil, en Colombia también se ha aceptado la clasificación doctrinaria de las obligaciones de medio y de resultado. Las obligaciones de medio son aquellas “en las cuales el deudor está obligado a cumplir una actividad, prescindiendo de la realización de una determinada finalidad”⁵⁹, es decir que el deudor no se compromete con un resultado específico, sino sólo con el empleo máximo de su diligencia para lograr el resultado propuesto por el acreedor; mientras que las obligaciones de resultado son aquellas en las “que una de las partes se obligó a alcanzar un resultado específico”⁶⁰, independientemente de su esfuerzo o diligencia.

Teniendo en cuenta lo anterior, las declaraciones y garantías podrían considerarse bajo la legislación colombiana como un conjunto de obligaciones de resultado, en donde alguna de las partes, normalmente el vendedor, se compromete y se obliga a que las declaraciones y garantías otorgadas sean verdaderas y exactas a la fecha de cierre de la transacción, de tal forma que el comprador no sufra ningún perjuicio en caso que no fueran verdades ni exactas. Es así, que es claro que si hubiera un incumplimiento de dichas afirmaciones, habría un incumplimiento a la obligación de resultado, pues sin tomar en cuenta la buena fe ni el esfuerzo ni la diligencia del que otorgó la declaración y garantía para que la misma fuera cierta y exacta al momento del cierre, el vendedor sería responsable por los perjuicios causados o las pérdidas que de otro modo le tocarían asumir al comprador.

Ahora bien, entrando en el plano de responsabilidad civil contractual en Colombia, se ha dicho que el concepto de las obligaciones de medio y de resultado se fundamenta en el concepto de culpa, pues para que en una obligación de medio el deudor no sea responsable por el incumplimiento de la obligación, debe probar la ausencia de la culpa (la teoría de la culpa probada), mientras que en las obligaciones de resultado el deudor sólo se podrá exonerar de su responsabilidad si prueba que hubo causa extraña en la ejecución de la obligación, es decir, si se llegó a presentar una situación de fuerza mayor, culpa de un tercero o del mismo acreedor de la obligación.⁶¹ Dicho esto, también es claro que para que una de las partes sea responsable por incumplir la veracidad y exactitud de la declaración y garantía otorgada, no se requiere demostrar que la persona que la otorgó tenía conocimiento de ella al momento del cierre de la transacción, ni se requiere probar ningún elemento de culpa, pues si en la cláusula de indemnidad ya está regulado que la parte que incumpla su obligación deberá responder por los perjuicios y pérdidas causadas, dicho pacto de la autonomía de la voluntad prevalecerá y no se necesitará recurrir al mundo probatorio.

⁵⁵ Son condicionales cuando dependen de una condición, es decir que acaezca o no un acontecimiento futuro. Art. 1530 del Código Civil.

⁵⁶ Son modales cuando dependen de un modo, sea un plazo, condición o cargo.

⁵⁷ Son alternativas cuando la ejecución de la obligación de una de ellas exonera la ejecución de las demás. Art. 1556 del Código Civil.

⁵⁸ Son facultativas las que conceden al deudor la facultad de pagar con una cosa o con otra. Art. 1562 del Código Civil.

⁵⁹ Rozo Sordini, P. (1999). *Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano*. Revista de Derecho Privado. 4 (dic. 1999). P. 139-150.

⁶⁰ Opcit. Acevedo Rehbein, A. (Julio-Diciembre 2006). P. 114

⁶¹ Opcit. Acevedo Rehbein, A. (Julio-Diciembre 2006). P. 114 – 115.

(d) Efectos de las declaraciones y garantías en Colombia

Dado que las declaraciones y garantías, son cláusulas atípicas en Colombia, los efectos de estas cláusulas aún no han sido detalladamente establecidos por los doctrinantes ni por la propia jurisprudencia. No obstante, conforme a los pocos pronunciamientos de los jueces colombianos sobre este tema, se ha podido dilucidar los efectos de las declaraciones y garantías en los ámbitos de las siguientes figuras: (i) vicios ocultos; (ii) vicios del consentimiento; (iii) autonomía de la voluntad; e (iv) incumplimiento del contrato.

(i) Vicios ocultos

Los vicios ocultos es una institución regulada en el derecho colombiano, aplicable para la compraventa, sea civil⁶² o mercantil⁶³. Como los contratos de adquisición objeto del presente documento son mercantiles, señalaré sólo lo atinente a la teoría de los vicios ocultos en un contrato de compraventa bajo la regulación mercantil.

Señala el artículo 934 del Código de Comercio que si la cosa vendida, después de su entrega, presenta vicios o defectos ocultos que se hubiesen originado con anterioridad a la fecha de la celebración del contrato, y dichos vicios o defectos fueron ignorados por el comprador sin culpa, que hagan que la cosa vendida sea impropia para su natural destinación o para el fin previsto en el contrato de compraventa, el comprador tendrá derecho a (i) solicitar la resolución del contrato (acción redhibitoria), caso en el cual el comprador deberá restituir la cosa vendida; o (ii) la rebaja del precio de compra (acción *quanti minoris*), más la indemnización de perjuicios, en cualquiera de los dos casos, siempre y cuando el vendedor tuviera conocimiento o debía conocer el vicio o defecto al momento de la celebración del contrato.

En todo caso, la acción que el comprador deberá interponer para solicitar lo indicado en el párrafo anterior tiene un término de prescripción de seis (6) meses contados a partir de la entrega de la cosa vendida, y el vendedor tendrá la carga de la prueba de demostrar que el comprador tenía conocimiento del vicio o defecto al momento de celebrar el contrato de compraventa, aduciendo al elemento de la culpa del comprador, la cual se tendrá en cuenta conforme a la costumbre.⁶⁴

Dicho lo anterior, en el caso de una transacción de compraventa de acciones, si bien se puede argumentar que la cosa vendida como tal son las acciones de una empresa, las cuales difícilmente podrían tener un vicio o defecto oculto (caso que podría ser que exista un contrato de prenda sobre las acciones debidamente firmado por las partes, pero la anotación de la prenda no está inscrita en el libro de registro de accionistas ni el registro de garantías mobiliarias), y por ende la empresa o el negocio en marcha como tal que se está adquiriendo con las acciones no se puede considerar como parte de la cosa vendida, aislando el patrimonio social de la empresa a los títulos de las acciones de la empresa que se están comprando, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, si bien no hizo alusión directa a los efectos de la declaraciones y garantías, señaló que conforme a la

⁶² Desarrollado en los artículos 1914 – 1927 del Código Civil.

⁶³ Desarrollado en los artículo 934 – 938 del Código de Comercio.

⁶⁴ Artículo 935 y 938 del Código de Comercio.

autonomía de la voluntad las partes, las mismas pueden señalar el verdadero objeto del contrato de compraventa, de tal forma que pueden

*“ (...) negociar no sólo un número plural de títulos sino, además, un paquete integral de acciones que otorgue al adquirente el dominio y control de la empresa, y la sustitución de su posición en la sociedad con todos los derechos que ello implica, tales como los créditos; las inversiones permanentes; el capital circulante; las participaciones; el capital social; las reservas legales, estatutarias y facultativas; los débitos y compromisos; y, en general, todos los elementos que constituyen el patrimonio, tanto activos como pasivos”.*⁶⁵

Así mismo, recalcó la Corte

“(…) la doble garantía debida por el vendedor, ya sea por la evicción, ya sea por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, se extiende a todos y a cada uno de los bienes singulares y los derechos comprendidos en el establecimiento, abriendo el camino a las relativas acciones por el contrato entero.

De manera que la cesión del paquete de acciones no tuvo otro objeto que la venta de la empresa en su conjunto, por lo que la solicitud de cumplimiento de la prestación contenida en la garantía recayó, claramente, sobre el patrimonio del establecimiento de comercio que adquirieron los demandantes y no sobre un defecto de los títulos de participación en sí mismos considerados.”

Teniendo en cuenta lo señalado por la Corte, es claro que tras la venta de las acciones de una empresa, el término de cosa vendida se extiende a todo lo que comprende e implica dichas acciones, es decir incluyendo todo el patrimonio y activos de la empresa, por lo que es viable acudir a la teoría de los vicios ocultos, cuando un vendedor declara y garantiza en un contrato de adquisición que la empresa no tiene pasivos adicionales a los reflejados en los estados financieros con corte a X mes de X año, y después de la compraventa el comprador se da cuenta que dicha declaración y garantía realizada por el vendedor es falsa pues sí existían otros pasivos que no fueron reflejados en los estados financieros.

De igual forma, el tribunal de arbitramento del caso Cadena S.A. vs. Invertlc S.A.S., Poetac Cano y CIA S en C, Pesaj Inversiones Limitada, Asesores Gerenciales Tcal S.A., Amalia Caldas C.G. y CIA S en C, Invermcc S.A.S., Inverpcc S.A.S., Legislación Económica S.A. Legis S.A., Inver Roberca S.A.S., Inversiones Dcg Ltda, Jesús María Beltrán Polo, Consuelo Caldas Cano, Luz Ángela Caldas Cano, Roberto Caldas Cano Y Salomón Tobar Díaz (2012) hizo un análisis de los efectos de las declaraciones y garantías basado en la teoría de los vicios ocultos, y señaló que

“La inclusión de este tipo de ‘declaraciones y garantías’ en un negocio jurídico como el que ocupa a este arbitraje estriba, en buena medida, en el hecho que como lo que se enajena son las acciones de una ‘empresa en marcha’, para el comprador resulta útil y conveniente que además de la información que usualmente debe ser suministrada por el vendedor respecto de la cosa vendida en los términos generales

⁶⁵ Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 16 de diciembre de 2013. No. Radicado 11001-3103-023-1997-04959-01. M.P. Salazar Ramírez Ariel.

*de las normas civiles y comerciales (artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio), el enajenante adquiera un compromiso mayor en lo que concierne a la situación de la empresa y, en particular, a la información de índole contable y financiera de la misma, que como en el caso sub-lite, está bajo su control.*⁶⁶

Es así, que el tribunal de alguna forma precisó que la obligación por parte del vendedor de revelar la información de la empresa en una transacción de compraventa de acciones, no debe ser sólo concerniente a las acciones que se van a adquirir, sino al negocio adyacente a las acciones. De igual forma adujo una carga limitada para el comprador de revisar la información proporcionada por el vendedor

*“Naturalmente, la responsabilidad por la veracidad, la certeza y la fidelidad de la información que proporciona el vendedor no cesa con la práctica de la debida diligencia que de ordinario realiza el comprador, toda vez que, por una parte, se trata de un riesgo que el vendedor asume en las declaraciones y garantías y, por otra, al efectuar tal diligencia el comprador parte de la base de que la información que se le ha suministrado es cierta y veraz y no tiene motivo para desconfiar de ella. Así pues, la debida diligencia no tiene por objeto desvirtuar o demeritar la información que se pone a disposición del comprador, quien, valga la pena reiterarlo, actúa bajo la confianza que deposita en el vendedor y en la información que este le entrega.”*⁶⁷

(ii) Vicios del consentimiento

Bajo la legislación civil colombiana, para que una parte, se obligue para con la otra parte en un contrato

*“(…) es necesario: 1. que sea legalmente capaz; 2. que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio; 3. que recaiga sobre un objeto lícito; 4. que tenga una causa lícita. (…)*⁶⁸ (Subraya por fuera del texto original)

Dicho esto, la ley establece que para que un contrato sea válido, el mismo no puede estar viciado por el consentimiento, es decir que el consentimiento no puede presentar error, fuerza o dolo⁶⁹ so pena que el negocio jurídico sea declarado nulo⁷⁰.

“La fuerza o violencia es la presión física o moral que se ejerce sobre una persona para obtener su consentimiento, la cual infunde miedo o temor en la misma.

⁶⁶ Cadena S.A. vs. Invertlc S.A.S., Poetac Cano y CIA S en C, Pesaj Inversiones Limitada, Asesores Gerenciales Tcal S.A., Amalia Caldas C.G. y CIA S en C, Invermcc S.A.S., Inverpcc S.A.S., Legislación Económica S.A. Legis S.A., Inver Roberca S.A.S., Inversiones Dcg Ltda, Jesús María Beltrán Polo, Consuelo Caldas Cano, Luz Ángela Caldas Cano, Roberto Caldas Cano Y Salomón Tobar Díaz (2012). P. 63 - 64

⁶⁷ *Ibíd.* P. 65.

⁶⁸ Artículo 1502 del Código Civil.

⁶⁹ Artículo 1508 del Código Civil.

⁷⁰ Artículo 1741 y 1743 del Código Civil, así como el Artículo 900 del Código de Comercio.

El dolo es toda especie de artificio para engañar a otro sujeto del negocio jurídico y que induce o provocar un error en él.

*El error, por su parte, consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad. Se distingue de la ignorancia, en cuanto ésta consiste en la ausencia de conocimiento.*⁷¹ (Subraya por fuera del texto original).

Dicho esto, las declaraciones y garantías en un contrato de adquisición, que normalmente son otorgadas conforme a los hallazgos del proceso de debida diligencia, pueden constituir un elemento determinante en la toma de decisión de compra; por lo que se puede decir que si bien, por ejemplo, en una compraventa de acciones de una empresa se está comprando como tal las acciones, no sería válido decir que una falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías realizadas por el vendedor de la empresa objeto de las acciones de compra no comportan un elemento esencial del contrato de adquisición. Es claro que si un comprador va a comprar las acciones de una empresa, es porque lo que realmente le interesa es el negocio adyacente de dichas acciones, es decir la empresa como tal, de propiedad de los accionistas, que es la que desarrolla el negocio y la que va a generarlas utilidades y ganancias al potencial comprador, cuando adquiera la calidad de accionista. En este sentido, si un vendedor declara y garantiza que todos los pasivos de la empresa son los reflejados en los estados financieros con corte a X mes de X año, es claro que el comprador se va a motivar a comprar la empresa porque lo que realmente está viendo en dichos estados financieros y por la seguridad que le está brindando el vendedor al realizar la declaración y garantía. No obstante, si después de comprada la empresa el comprador se da cuenta que hay pasivos por un alto valor que no estaban reflejados en los estados financieros, pues el comprador se va a dar cuenta que la empresa que compró a través de las acciones que adquirió, no es la empresa que el comprador pensó que estaba comprando, por lo que es claro que el consentimiento que el comprador aceptó dar al firmar el contrato de adquisición estuvo adolecido por un vicio, sea en este caso por error o dolo, conforme a la definición de dichos vicios antes mencionada.

En el ejemplo mencionado anteriormente, es claro que la causa fundamental de la adquisición por parte del comprador, fue la declaración y garantía de los estados financieros al no haber pasivos mayores a los reflejados en los mismos, pero, si el vendedor “maquilló” los estados financieros con el fin de ocultar la realidad de los pasivos de la empresa, de tal forma que pudiera salir de la empresa y venderla, pues debería evaluarse el dolo del vendedor, como vicio del consentimiento, al hacer con intención que el comprador cayera en un error. Es menester precisar, que conforme a lo señalado por el artículo 1516 del Código Civil, el dolo debe probarse salvo que la misma ley lo presuma, por lo que en el presente ejemplo, si el comprador va a alegar dolo con el fin de que el negocio jurídico se declare nulo, de tal forma que el negocio nunca existió, al comprador le va tocar probar ante un juez dicho dolo.

Ahora bien, si el vendedor realmente no sabía de la existencia de los pasivos no reflejados en los estados financieros, de todas formas el comprador incurrió en error pues los estados financieros entregados por el vendedor y las declaraciones y garantías en relación con dichos estados financieros, realmente no mostraban la realidad de la empresa. Como lo mencioné en el ejemplo, dichas declaraciones y garantías eran el motivo fundamental por el cual se

⁷¹ Sentencia C- Sentencia C – 993 de 2006. M.P. Jaime Araujo Rentería.

compró las acciones y su negocio adyacente, por lo que se puede reclamar también la nulidad del contrato de adquisición con fundamento en el vicio del consentimiento del error.

En la jurisprudencia colombiana, solo un laudo arbitral ha consentido la tesis de los efectos de las declaraciones y garantías bajo los vicios del consentimiento. En el caso de Balclín y otros Vs. Gutierrez Robayo y otros (2011), el tribunal consideró que

“Las declaraciones y garantías también están relacionadas con el consentimiento y pueden ser elementos fundamentales para el mismo; por ello, una inexactitud o una falsedad en ellas puede dar lugar a que se presente un vicio del consentimiento en cabeza de la parte afectada por tal inexactitud o falsedad.”⁷²

Dicho lo anterior, el tribunal es claro en decir que cuando media vicio del consentimiento, el efecto es que la parte afectada por el vicio, debe solicitar la nulidad relativa (anulabilidad en el régimen mercantil) del contrato ante el juez competente.

Finalmente, cabe decir que la acción por anulabilidad, tiene un término de prescripción de dos (2) años contados a partir de la fecha del negocio jurídico.⁷³

(iii) Autonomía de la voluntad

Los efectos de las declaraciones y garantías bajo la luz del principio de la autonomía de la voluntad, es otra tesis que conforme a la legislación colombiana, también puede ser defendible.

La autonomía de la voluntad parte del artículo 1602 del Código Civil en donde se señala que “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.” Adicionalmente, el artículo 16 del Código Civil colombiano señala los límites de la autonomía de la voluntad de la siguiente manera “no podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.”

A diferencia de la legislación civil colombiana, el Código de Comercio no contiene como tal el principio de la autonomía de la voluntad, por lo que acudiendo a la remisión al régimen civil señalada en el artículo 822 del Código de Comercio, en materia mercantil la autonomía privada se debe regular por los postulados del Código Civil.

Fernando Hinestrosa señala que la autonomía privada

“se puede concebir (...) como poder reconocido a los particulares "para disciplinar por sí mismos sus propias relaciones, atribuyéndoles una esfera de intereses y un poder de iniciativa para la reglamentación de los mismos”.⁷⁴

⁷² Balclín Investments S.L., Altra Inversiones S.A.S. y Otros vs. Jairo Gutierrez Robayo, Jimena Gross Mejía y Otros (2011) P. 41

⁷³ Artículo 900 del Código de Comercio.

⁷⁴ Hinestrosa F. (Ene-Junio de 2014). *Función, límites y cargas de la autonomía privada*. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia (No. 26). P5-39.

A su vez, la Corte Suprema de Justicia de Colombia ha señalado que la autonomía privada es el poder que se la da a un sujeto de derechos para “disciplinar, regular, gobernar u ordenar su esfera dispositiva en el tráfico jurídico mediante el negocio jurídico y el contrato”⁷⁵, es decir el poder o la libertad contractual para concretar un negocio jurídico, delimitando así la noción de la autonomía de la voluntad ya señalada en el Código Civil colombiano.

En este orden de ideas, en relación con esta tesis, la validez de las declaraciones y garantías bajo el contrato de adquisición se funda en el principio de la autonomía de la voluntad, en donde el contrato es ley para las partes y las mismas deben cumplirlo a cabalidad conforme a lo que las partes regularon en el mismo. En este sentido, los efectos de las declaraciones y garantías son los establecidos en el contrato de adquisición por las partes, claro está siempre y cuando esos efectos estén dentro de los límites señalados por la ley para la autonomía de la voluntad.

Como lo hemos visto anteriormente, normalmente en los contratos de adquisición las partes regulan las cláusulas de indemnidad, en donde se establecen cuando alguna de las partes está obligada a responder por los perjuicios causados con ocasión a la falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías. Dicho esto, es claro que bajo el principio de la autonomía de la voluntad, los efectos de las declaraciones y garantías es la indemnidad señalada en los contratos, en donde la parte afectada tiene derecho a reclamar los perjuicios que le toca sufrir con ocasión a un incumplimiento de las declaraciones y garantías con ocasión a su falsedad o inexactitud.

Ahora bien, dado que conforme a lo anterior los efectos de las declaraciones y garantías se pueden entender que son netamente convencional, es importante traer a colación que dicha autonomía de la voluntad está sujeta a los límites que hemos mencionado en el presente documento, que son los indicados en el artículo 16 del Código Civil: (i) el orden público, y (ii) las buenas costumbres, entendiendo por las primeras “dictados políticos que señalan terminantemente la primacía del interés social sobre el individual y procuran enrumbar la actividad privada del modo que sea más conveniente para la comunidad entera.”⁷⁶; y entendiendo por las segundas “formas y maneras de comportamiento de las personas en las relaciones sociales que tienen lugar en los escenarios cotidianos de la vida en sociedad.”⁷⁷

En relación con el tiempo en que tiene la parte afectada por el incumplimiento de la declaración y garantía para realizar la reclamación, es claro que para reclamar perjuicios con ocasión a un mero incumplimiento contractual, la acción para hacer la debida reclamación expirará a los diez (10) años contados a partir desde la fecha en que se hace exigible la obligación⁷⁸ (salvo las excepciones señaladas en la ley⁷⁹). No obstante lo anterior, los contratos de adquisición normalmente contemplan cláusulas en donde limitan dicho tiempo de prescripción para hacer exigible la reclamación⁸⁰. Sobre este punto, considero que también es aplicable el principio de la autonomía de

⁷⁵ Arrubla Paucar J. (2012). *Contratos Mercantiles - Teoría general del negocio mercantil*. Colombia. Legis Editores S.A. Decimotercera Edición. p 15

⁷⁶ Opcit. Hinestrosa F. (Ene-Junio de 2014)

⁷⁷ Opcit. Avendaño Sánchez, E. Estela Montes, D. (Noviembre de 2016). P. 22

⁷⁸ Artículo 2536 del Código Civil, modificado por la Ley 791 de 2002.

⁷⁹ El término de prescripción de la acción de cobro de las obligaciones fiscales es de cinco (5) años, el término de prescripción general para temas laborales es de tres (3) años salvo en el caso de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones en los cual no existe prescripción.

⁸⁰ En el derecho anglosajón se conocen como las “survival provisions”.

la voluntad, siempre y cuando se respeten los límites establecidos en la ley. Adicional a los límites ya mencionados, la legislación colombiana prevé que no es posible condonar el dolo futuro⁸¹, por lo que las cláusulas de limitación siempre serán válidas si se sujetan a dicho presupuesto, pues la renuncia al derecho no está prohibido por la ley y no se vulnera los intereses públicos⁸², pues “no existe disposición legal que manifieste que los términos de prescripción son inmodificables por las partes, de manera que debería aplicar la presunción de que aquello que no se encuentra prohibido puede ser realizado por los particulares.”⁸³

La presente tesis ha sido defendida en dos ocasiones por los tribunales de arbitramento en Colombia. La primera vez fue en el caso de Bancolombia Vs. Jaime Gilinsky (2006), en donde el tribunal aduce que

“No cabe duda, entonces, del perfil eminentemente convencional del régimen de —declaraciones y garantías— reseñado, y sus consecuencias indemnizatorias en el evento de incumplimiento, introductorio de elementos que, en puridad legal, puede aceptarse que van más allá de los que corresponden a la esencia y la naturaleza (artículo 1501 del Código Civil) propias de los actos jurídicos celebrados (contratos de promesa y de compraventa).

(...)

Es sabido que el artículo 1604 del Código Civil, en su inciso final, autoriza a los contratantes para modificar el régimen general de responsabilidad previsto para la respectiva entidad negocial, por supuesto que dentro de parámetros que la misma ley se encarga de señalar.”⁸⁴

Adicionalmente, en el caso de Bancolombia Vs. Jaime Gilinsky (2006) el tribunal señaló que la responsabilidad derivada del incumplimiento de las declaraciones y garantías se le debe dar un tratamiento objetivo, en donde el concepto de la culpa que trata la legislación civil es inminentemente irrelevante ya que, en relación con la convención de las partes del régimen de responsabilidad

“(...) presente un perfil objetivo en cuanto a que su estructuración ocurrirá o se desestimarán en función del acaecimiento o no de los supuestos tipificados en las mencionadas convenciones, con independencia de la existencia o no de culpa de los potenciales deudores, o de buena o mala fe en su conducta, e incluso de su conocimiento o no de los hechos que eventualmente la configurarían.” (Subraya por fuera del texto original).

Finalmente, como punto importante a resaltar del caso en mención, el tribunal hizo mención que el hecho de que el comprador haya hecho un proceso de debida diligencia, el conocimiento adquirido por el mismo, no exonera de responsabilidad a los vendedores por algún incumplimiento frente las

⁸¹ Artículo 1522 del Código Civil.

⁸² Opcit. Ordóñez Arias, P. (Enero-Junio de 2013). P. 13- 20.

⁸³ Opcit. Ordóñez Arias, P. (Enero-Junio de 2013). P. 19

⁸⁴ Bancolombia v. Jaime Gilinsky, Tribunal de arbitramento (2006), P. 82 – 83

declaraciones y garantías, pero tampoco puede dejarse de lado ni desconocer el proceso de debida diligencia en la evaluación de las reclamaciones.⁸⁵

A su vez, en el caso de Balclin y otros Vs. Gutierrez Robayo y otros (2011), el tribunal de arbitramento afirma lo señalado por el tribunal de arbitramento Bancolombia Vs. Jaime Gilinsky (2006), al señalar que es claro que “las declaraciones y garantías es de corte eminentemente convencional.”⁸⁶ No obstante lo anterior, el tribunal en este caso, añade el ingrediente de la causa del negocio y dice que las declaraciones y garantías son

“(…) estipulaciones accesorias a las obligaciones principales, que se relacionan con y son consecuencia del deber precontractual de información y constituyen como tal, manifestaciones o compromisos de quien efectúa las declaraciones y garantías sobre hechos cuya veracidad puede ser elemento esencial o causa determinante de un negocio. Sin embargo, aún a pesar de ser accesorias, en tanto son fundamento de las obligaciones principales consagradas en el contrato, su incumplimiento puede entenderse como un incumplimiento del mismo y un desconocimiento de las causas que llevaron a su celebración, que da lugar a generar las consecuencias jurídicas derivadas de cualquier incumplimiento contractual.”⁸⁷ (Subraya por fuera del texto original)

Dicho lo anterior, el tribunal al traer a colación que las declaraciones y garantías, a pesar de ser cláusulas accesorias a las cláusulas principales que retratan la compraventa de acciones, son cláusulas que constituyen la causa esencial de celebrar el negocio de adquisición, por lo que retrata los efectos de la teoría de los vicios del consentimiento, tal como se describió anteriormente.

(iv) Incumplimiento del contrato

Bajo la ley colombiana, uno de los efectos del principio de la autonomía de la voluntad está señalado en el Código Civil, y es que todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes⁸⁸. Así mismo, dicho código señala que los contratos deben ejecutarse de buena fe, y el régimen mercantil complementa señalando que todo contrato deberá celebrarse y ejecutarse de buena fe⁸⁹. Lo anterior implica que las partes no sólo se obligan a lo señalado en el contrato, sino a todas las cosas que surgen de la naturaleza de las obligaciones señaladas en los mismos contratos.⁹⁰

A su vez, la legislación colombiana se ha encargado de establecer las sanciones que se pueden derivar de un incumplimiento bajo el Código Civil: (i) cuando el incumplimiento es con ocasión a la negligencia de alguna de las partes, haciendo alusión a la teoría tripartita de la culpa del artículo 1604 del Código Civil, (ii) cuando hay mora del contrato conforme a lo señalado en el artículo 1610

⁸⁵ Laguado Giraldo, D. (2015). P. 51. / Bancolombia v. Jaime Gilinsky, Tribunal de arbitramento (2006), P. 103 – 104

⁸⁶ Balclin Investments S.L., Altra Inversiones S.A.S. y Otros vs. Jairo Gutierrez Robayo, Jimena Gross Mejía y Otros (2011) P. 40.

⁸⁷ Ibid. P. 41.

⁸⁸ Artículo 1602 del Código Civil colombiano.

⁸⁹ Artículo 871 del Código de Comercio colombiano.

⁹⁰ Artículo 1603 del Código Civil colombiano / Artículo 871 del Código de Comercio colombiano.

del Código Civil, (iii) cuando hay incumplimiento de alguna de las partes en los contratos bilaterales tras la condición resolutoria tácita conforme al artículo 1546 del Código Civil.

El Código de Comercio también prevé las sanciones aplicables en caso de que ocurra un incumplimiento al contrato: (i) cuando hay mora en un contrato bilateral conforme a lo señalado en el artículo 870 del Código de Comercio, (ii) cuando no se hace la tradición válida de la cosa vendida en un contrato de compraventa conforme al artículo 925 del Código de Comercio, (iii) cuando hay incumplimiento de un vendedor en un contrato de compraventa conforme al artículo 942 del Código de Comercio, (iv) cuando hay mora en el pago del precio en un contrato de compraventa conforme al artículo 948 del Código de Comercio, (v) cuando hay incumplimiento de una de las partes en relación con alguna de las prestaciones en el contrato de suministro conforme al artículo 973 del Código de Comercio.

Dicho lo anterior, es posible enmarcar la regla general del incumplimiento de un contrato en Colombia, al incumplimiento de las declaraciones y garantías, pues si bien las cláusulas de declaraciones y garantías no están tipificadas en el régimen mercantil ni civil, el contrato de adquisición es un contrato de compraventa mercantil, en donde le deberían ser aplicable las normas vigentes al respecto. En consonancia con lo anterior, si el vendedor llegase a incumplir las declaraciones y garantías otorgadas por el vendedor en un contrato de adquisición, teniendo claro que en dicho contrato de adquisición sólo hay dos partes un vendedor y un comprador, le debería ser aplicable las sanciones que el ordenamiento jurídico colombiano señala en el artículo 870 del Código de Comercio en donde señala “en los contratos bilaterales en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios ”.

En concordancia con lo anterior, es claro que si llegase a haber un incumplimiento de una declaración y garantía con ocasión a una falsedad o inexactitud, se debe ejercitar una acción ordinaria en donde se solicite la resolución del contrato de adquisición o el cumplimiento específico de la obligación, más la indemnización de perjuicios causados. Es importante recordar que dicha acción ordinaria tiene un término de prescripción de diez (10) años⁹¹ contados a partir de la fecha en que se hace exigible la obligación.

Esta tesis ha sido defendida una sola vez por un tribunal de arbitramento en Colombia, en el caso de Confisura Vs. Inversolsa y otros (2005) en donde el tribunal señaló

*“Por lo que de su masiva incorporación al contrato comercial doméstico, a la luz de la creciente copia de las minutas norteamericanas, deben seguirse los efectos propios de toda estipulación contractual según la legislación nacional; es decir, su incumplimiento puede dar lugar a la resolución del negocio o a la ejecutoriedad del acuerdo con indemnización de perjuicios.”*⁹²

Así mismo, el tribunal complementa su tesis de aplicar los efectos de un incumplimiento contractual bajo la ley colombiana al incumplimiento de las declaraciones y garantías, aclarando que las declaraciones y garantías van de la mano de la cláusula de indemnidad que las partes contemplan en el contrato, por lo que debe existir una relación lógica entre la cláusula de indemnidad y las declaraciones y declaraciones y garantías, de tal forma que se indique el vendedor será responsable

⁹¹ Artículo 2536 del Código Civil, modificado por la Ley 791 de 2002.

⁹² Corporación Financiera Colombiana S.A. v. Invercols S.A. y otras, Tribunal Arbitral 40-43 (2005).

por el incumplimiento de la veracidad o por la inexactitud de la declaración y garantía, para que así se pueda surtir el procedimiento de reclamación por parte del vendedor y éste pueda tener un remedio ante la situación de incumplimiento. Precisa el tribunal de arbitramento sobre lo anterior que

“Ante la falta de regulación expresa de esta figura contractual en el derecho latino y en especial en el derecho contractual colombiano, la estipulación de la cláusula de “Representations and Warranties” es seguida de ordinario de la previsión de un efecto propio en la cláusula de garantía, también denominada de “indemnidad”. Por manera que es de usanza entre nosotros que para hacer relevante la cláusula de “Representations and Warranties”, las partes convienen que los perjuicios derivados de su incumplimiento deben ser indemnizados de conformidad con la garantía convenida o la cláusula de indemnidad estipulada.”⁹³ (Subraya por fuera del texto original)

VI. CONCLUSIONES

Si bien las cláusulas de declaraciones y garantías en los contratos de adquisición tienen una gran connotación jurídica anglosajón, es claro que en Colombia, a pesar de la ausencia de su tipificación y de su regulación así sea por vía jurisprudencial, se está tratando de moldear y adecuar este tipo de cláusulas a los postulados existentes en nuestra legislación.

Si bien, conforme a las normas aplicables en Colombia se podría decir que las declaraciones y garantías son obligaciones de resultado, mediante el cual normalmente el vendedor se obliga a garantizar la veracidad y la exactitud de ciertas afirmaciones, dichas obligaciones pueden llegar a ser de medio, si por la autonomía de la voluntad de las partes así lo deciden, pues es posible, por ejemplo, que las declaraciones y garantías se califiquen conforme al conocimiento específico de un determinado grupo de personas, por lo que su veracidad y cumplimiento ya no va a depender como tal del vendedor si no de terceros; o se califiquen con obligaciones de mejores esfuerzos en donde la diligencia, el cuidado y la prudencia del vendedor, entran a jugar un papel fundamental en el cumplimiento de las mismas, así como en la asignación de riesgos.

Ahora bien, en lo atinente a los efectos de las declaraciones y garantías, si bien se trata de enmarcar los efectos de dichas cláusulas bajo diferentes figuras jurídicas, trayendo a colación los pocos pronunciamientos jurisprudenciales en Colombia, es claro que este tema aún no está definido en Colombia y todavía hay una distancia para concertar una seguridad jurídica sobre este tema.

No obstante, conforme a lo señalado en el presente trabajo, para mí la aproximación más aceptable y coherente de los efectos que tienen las declaraciones y garantías en Colombia, es la derivada del principio de la autonomía de la voluntad, pues las partes, siempre y cuando estén dentro de los límites señalados por la ley, son libres de señalar los efectos del incumplimiento de las declaraciones y garantías, inclusive teniendo la posibilidad de limitar dicha responsabilidad, en caso que llegase a ser necesario, claro está, bajo los límites que la ley señala.

Ahora bien, la teoría de los efectos bajo los vicios ocultos, en donde un incumplimiento de las declaraciones y garantías otorga la facultad de la parte cumplida a solicitar la resolución del contrato o ajustar el precio de compra por vicios o defectos ocultos, considero que si bien esta teoría

⁹³ Ibid.

plantea hacer un reajuste en el precio de compra, medida viable que normalmente se contempla en este tipo de contratos no por el incumplimiento de las declaraciones y garantías, sino por razones financieras, considero que (i) la resolución del contrato puede llegar a ser inviable, pues aparte de los costos que se generarían para tornar las cosas como antes, demostrar que el defecto o vicio oculto hace que la cosa vendida sea impropia para su natural destinación o finalidad, sería algo realmente complicado; y (ii) el término de prescripción para ejercer la acción es demasiado corto, pues en seis (6) meses los nuevos compradores normalmente no alcanzan a dilucidar todos los incumplimientos a las declaraciones y garantías.

A su vez, los efectos bajo los vicios del consentimiento también puede llegar a ser una teoría inviable, pues la carga probatoria del dolo o del error puede llegar a ser algo que nunca de consiga, y que se declare nulo el negocio jurídico, puede que no sea el interés del nuevo comprador. La teoría de los efectos bajo la regla general del incumplimiento contractual, al igual que la de los vicios del consentimiento, considero que tampoco pudiera ser viable, o al menos en cuanto a la resolución del contrato o al cumplimiento específico de la obligación se trata, pues (i) la terminación del contrato podría acarrear gastos incalculables que ninguna de las partes estarían dispuestas a asumir, (ii) los intereses del comprador puede que no se reflejen con esta teoría, y (iii) el cumplimiento de la obligación puede que ya sea tardía para el momento en que se descubra el incumplimiento.

En este orden de ideas, los efectos de las declaraciones y garantías con ocasión a su incumplimiento debe ser el determinado por las partes, pues ellas, con base en el principio de la autonomía de la voluntad, asignan los riesgos conforme a sus intereses, de tal forma que la indemnización de perjuicios sea la vía más eficaz y eficiente para solucionar cualquier problema derivado de un incumplimiento.

VII. BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

Laguado Giraldo, D. (2015). Transplanting Contractual Terms: The Influence of the Common Law in the Civil Law of Contracts, a view from the Periphery. Recuperado de: https://works.bepress.com/dario_laguado/1/

Gili Saldaña, M. (2010). Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías. Recuperado de: http://www.indret.com/pdf/736_es.pdf

Ordóñez Arias, P. (Enero-Junio de 2013). Revista de Derecho Privado: *Validez y efectos de cláusulas de limitación de responsabilidad en contratos de acciones en Colombia*, 49, ISSN 1909-7794. Recuperado de: https://derechoprivado.uniandes.edu.co/components/com_revista/archivos/derechoprivado/pri473.pdf

Hinestrosa F. (Ene-Junio de 2014). Función, límites y cargas de la autonomía privada. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia (No. 26). Recuperado de <http://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3794/4033>

Brown, J. Giles, Tyler. (2014). *Stock Purchase Agreements Line by Lines, a detailed look at stock purchase agreements and how to change them to meet your clients' needs.*

Perelman M. (2010). Merger and Acquisitions Committee – American Bar Association Business Law Section: *Model stock purchase agreement with Comentary.* Second Edition. Volume I.

Fox, C.E (2008). Working with Contracts: What Law School Doesn't teach you. Practising Law Institute, Second Edition.

Stark T.L. (2007). Drafting Contracts: How and Why Lawyers Do what They Do. Stark Legal Education Inc. Aspen Publishers.

Avendaño Sánchez, E. Estela Montes, D. (Noviembre de 2016). *Aplicación y Eficacia de las Cláusulas de Declaraciones y Garantías y de Limitación de la Responsabilidad en los Contratos de Compraventa de Acciones.* Recuperado de:

<https://poseidon01.ssrn.com/delivery.php?ID=859095117066064115100121119118100112023069025084090022029080122123075075073024064085045043007017025043026070105127067065019002046002027035000099004116007094118124097068050008065108004000084005101004127097087092119114095115017073064109104074009083121120&EXT=pdf>

Rozo Sordini, P. (1999). Las obligaciones de medios y de resultado y la responsabilidad de los médicos y de los abogados en el derecho italiano. Revista de Derecho Privado. 4 (dic. 1999). Recuperado de: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/669/632>

Garzón Arévalo D., Parada Vargas D. (2014) Las obligaciones de medio y de resultado y su incidencia en la carga de la prueba de la culpa contractual. Universidad Javeriana. ISSN 1794-5216. Recuperado de: <http://cienciasjuridicas.javeriana.edu.co/documents/3722972/6187126/11.+Garzon-Parada.pdf/58326ebf-59cd-499f-952e-f62a03376f64>

Jurisprudencia

Corporación Financiera Colombiana S.A. vs. Inversola S.A. y Otras (2005)

Bancolombia S.A. vs. Jaime Gilinski Bacal (2006)

Balclin Investments S.L., Altra Inversiones S.A.S. y Otros vs. Jairo Gutierrez Robayo, Jimena Gross Mejía y Otros (2011)

Cadena S.A. vs. Invertlc S.A.S., Poetac Cano y CIA S en C, Pesaj Inversiones Limitada, Asesores Gerenciales Tcal S.A., Amalia Caldas C.G. y CIA S en C, Invermcc S.A.S., Inverpcc S.A.S., Legislación Económica S.A. Legis S.A., Inver Roberca S.A.S., Inversiones Dcg Ltda, Jesús María Beltrán Polo, Consuelo Caldas Cano, Luz Ángela Caldas Cano, Roberto Caldas Cano Y Salomón Tobar Díaz (2012)

Sentencia de la Corte Suprema de Justicia del 16 de diciembre de 2013. No. Radicado 11001-3103-023-1997-04959-01. M.P. Salazar Ramirez Ariel.

Tesis de Grado

Escandón Lozano, C. (2015). *Efectos de la Inexactitud o Falta de Veracidad de la Causa Expresada en el*

Contrato Caso de Estudio (tesis de maestría). Universidad Icesi, Cali, Colombia.

Normatividad

Código de Comercio colombiano

Código Civil colombiano