

El régimen de las declaraciones y garantías en el derecho contractual colombiano: Una propuesta de unificación desde la doctrina, laudos arbitrales y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia

Monografía jurídica para optar por el título de Abogados

Valentina Cardenas Jimenez – Miguel Espinosa Llaña

Departamento de Derecho Privado

Facultad de Ciencias Jurídicas

Pontificia Universidad Javeriana

Director

Darío Laguado Giraldo

Bogotá D.C.

2023

Resumen

La presente monografía de grado busca dar una aproximación al régimen jurídico de las declaraciones y garantías en Colombia, entendiendo estas como una figura trasplantada desde el derecho anglosajón, y de vital importancia en las transacciones que se realizan dentro del ordenamiento jurídico colombiano, particularmente en las fusiones y adquisiciones. Se dará una explicación de las posturas que se han tomado sobre la consecuencia jurídica que acarrea una falsedad o inexactitud en las declaraciones y garantías, para finalmente brindar una propuesta de unificación analizando doctrina nacional e internacional junto con jurisprudencia arbitral colombiana y de la Corte Suprema de Justicia.

Palabras clave: Declaraciones y garantías, trasplante jurídico.

Contenido

I.	Introducción.....	4
II.	Las declaraciones y garantías en la doctrina extranjera	5
III.	Trasplante de las declaraciones y garantías del derecho anglosajón al derecho colombiano.....	14
IV.	Fundamento de las declaraciones y garantías en el derecho colombiano.....	16
	a. Autonomía de la voluntad privada.....	16
	b. Deberes secundarios de conducta: el deber de información	18
V.	Consecuencias de las declaraciones y garantías en el derecho colombiano.....	20
	a. Vicios del consentimiento.....	21
	b. Incumplimiento contractual	28
	c. El saneamiento por vicios ocultos y la acción redhibitoria.....	30
VI.	Laudos arbitrales y jurisprudencia	32
	a. Laudo Arbitral Corporación Financiera Colombiana S.A. contra Invercol S.A., et al. (2005).....	32
	b. Laudo Arbitral Bancolombia contra Jaime Gilinsky Becal (2006)	36
	c. Laudo Arbitral Aguas de Bogotá contra Némesis et al (2010).....	41
	d. Laudo Arbitral Balclin Investments S.L., Altra Inversiones Ltda, et al contra Jairo Andrés Gutiérrez Robayo et al. (2011)	43
	e. Laudo Arbitral Cadena S.A. contra Invertlc S.A.S. et al. (2012)	49
	f. Laudo Arbitral Mercantil Galerazamba & Cía S.C.A. et al contra Muñoz Merizalde & Cía S.C.A. et al. (2020)	52
	g. Laudo Arbitral A Korn Arquitectos S.A.S. contra César Antonio Pérez Henao et al. (2021)	56
	h. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2013. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez	57
VII.	Conclusión	58
VIII.	Bibliografía	65

I. Introducción

Las fusiones y adquisiciones abarcan un porcentaje importante de las transacciones que se realizan en el mercado colombiano, y son operaciones de la mayor relevancia a la hora de tomar decisiones acertadas para el rumbo de los negocios de las partes. En este tipo de operaciones, que se suelen dar en un marco competitivo, las empresas buscan aprovechar las oportunidades que les brinda el mercado para ampliar su portafolio de inversión y generar valor.

Cada transacción de fusiones y adquisiciones es única y refleja una realidad negocial particular, que requiere de habilidades legales importantes para que el fin de cada operación sea cumplido y satisfaga a las partes involucradas. Para el caso particular de Colombia, la gran visibilidad en el mundo de las inversiones y el flujo constante de transacciones ha propiciado la adopción de ciertas instituciones jurídicas extranjeras para homogeneizar prácticas transaccionales y suplir necesidades de inversionistas sofisticados.

En el contexto de los contratos de fusiones y adquisiciones es usual que se pacten cláusulas orientadas a garantizar la veracidad de la información suministrada por el vendedor. De este modo, el comprador puede evaluar la compañía objetivo adecuadamente y tomar una decisión informada en torno al negocio. Estas cláusulas, propias del derecho anglosajón, se denominan declaraciones y garantías (*representations and warranties*), y han sido incorporadas en la práctica comercial colombiana, no sin las dificultades propias de los denominados “trasplantes jurídicos”. El régimen de las declaraciones y garantías en Colombia ha tenido una adopción dispersa y confusa debido a la grave ausencia de una regulación legal sobre esta figura en el ordenamiento jurídico. Ni la jurisprudencia, ni la doctrina, se han puesto de acuerdo a la hora de definir con claridad la naturaleza jurídica de esta institución. Es importante estudiar las funciones de las declaraciones y garantías en los negocios jurídicos, siendo la función informativa la principal y estando claramente relacionada con los deberes secundarios de

conducta. Estos deberes resultan de especial interés, pues tienen una incidencia directa en la atribución y distribución de responsabilidad a la hora de celebrar los contratos de fusiones y adquisiciones regidos por el derecho colombiano.

Resulta relevante definir cuál es el régimen de las declaraciones y garantías, en especial para el mercado de las fusiones y adquisiciones, dada su extensión en la práctica. Las declaraciones y garantías, al ser una figura importada del derecho anglosajón, deben explicarse y acomodarse a las instituciones jurídicas colombianas de manera adecuada para evitar problemas de interpretación en el desarrollo de los negocios, especialmente al establecer las consecuencias derivadas de la falta de veracidad en estas cláusulas.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la figura jurídica de las declaraciones y garantías: (i) es una institución jurídica de origen extranjero; (ii) es de uso frecuente en las transacciones más grandes del país; y (iii) que su implementación en la negociación de contratos bajo el ordenamiento jurídico colombiano es bastante reciente, este estudio pretende abordar el régimen de las declaraciones y garantías en el derecho contractual colombiano para identificar su estado actual, analizando la configuración de esta institución en otras jurisdicciones, particularmente en la anglosajona contrastando con la aplicación que se le ha dado en el derecho colombiano a través de la jurisprudencia arbitral y de la Corte Suprema de Justicia, para concluir dando respuesta a dos interrogantes: Primero, ¿Cuál es el régimen de las declaraciones y garantías en el derecho contractual colombiano? Y segundo, ¿Cuál es la consecuencia jurídica en caso de falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías?

II. Las declaraciones y garantías en la doctrina extranjera

Desde la doctrina norteamericana, las declaraciones y garantías son promesas con respecto a hechos pasados o presentes, directa o indirectamente relacionados con la compañía con la que se quiere fusionar o se quiere adquirir (en adelante el “Target”). Estas son usadas

junto con obligaciones del vendedor de indemnizar, a través de las cuales aquel que hace las declaraciones asume la obligación de mantener indemne a la contraparte por cualquier daño que resulte de la violación o falsedad en las declaraciones y garantías.

De igual forma, las declaraciones y garantías son una herramienta contractual cuyo propósito es el manejo y la asignación de riesgos. Aquel que formula la declaración está asumiendo el riesgo, bajo la garantía brindada, de que los hechos o el estado que está declarando no sea, o resulte no siendo, verdadero.

Según Juan Aguayo¹, doctrinante español, las declaraciones y garantías son manifestaciones sobre hechos que una parte hace a otra y que se incluyen en el documento contractual, acompañándose de un compromiso expreso de remediar su falta de veracidad. El autor afirma que las declaraciones y garantías tienen su origen en la práctica contractual de los países anglosajones, de gran importancia y evidente influencia en el derecho contractual de corte francés (como lo es el colombiano).

Es de la mayor importancia resaltar que estas declaraciones - o manifestaciones - y garantías no están coligadas exclusivamente a un determinado tipo de contrato, o a tipos de contratos, o a ramas del derecho, puesto que es una figura que se puede aplicar transversalmente a todo tipo de contrato en el que quepan las declaraciones de una o ambas partes sobre cuestiones relevantes, y a su vez, que se pueda asumir la responsabilidad sobre la veracidad o falsedad de estas declaraciones y asignar efectivamente los riesgos.

En el derecho anglosajón y particularmente en los contratos relativos a las fusiones y adquisiciones, las declaraciones y garantías son una de las figuras jurídicas más usadas.

Christopher Harrison², en su libro *Make the Deal, Negotiating Mergers & Acquisitions*, dedica un capítulo entero a explicar la teoría detrás de la figura jurídica de las declaraciones y garantías, en el cual describe los elementos y características de cada una de estas figuras.

¹ Aguayo, J. (2011). *Manifestaciones y Garantías en el Derecho de Contratos Español*. Civitas.

² Harrison, C.S. (2016). *Make the Deal, Negotiating Mergers & Acquisitions*. Bloomberg Press.

Sobre las declaraciones, el autor las define como afirmaciones de hecho, usualmente sencillas, que confirman la ausencia de problemas. Vale mencionar que, de acuerdo con Harrison, la diferencia entre una declaración y una garantía es usualmente ignorada, puesto que es común ver que se haga referencia a las declaraciones y garantías únicamente bajo el término “declaraciones” (o “reps”, abreviatura del término en inglés “*representations and warranties*”). Sin embargo, la verdadera diferencia radica en que las declaraciones son manifestaciones que confirman hechos que las partes esperan que sean ciertos, mientras que las garantías son precisamente eso, garantías, de que un hecho será cierto cuando la parte que está haciendo la declaración no esté segura o no tenga el control sobre la veracidad del hecho.

Según Harrison, las declaraciones y garantías se hacen con referencia a ciertos momentos en el tiempo, enfocados en el pasado y el presente de lo que se declara, pero no en el futuro.

Igualmente, el autor afirma que los principales puntos a ser cubiertos por las representaciones y garantías con respecto al Target son las siguientes:

1. Autoridad corporativa, mediante la cual se declara que el Target tiene la autoridad corporativa para firmar el contrato de adquisición y para cerrar la transacción, e, igualmente, se estipula que el contrato de adquisición será vinculante para el Target.
2. Capitalización, mediante la cual se hace referencia a los detalles de la estructura corporativa del Target (incluyendo sus subsidiarias o deudas).
3. Ausencia de conflictos, mediante la cual se estipula que la transacción no generará un cambio de control u otros conflictos bajo los contratos y/o acuerdos de negocios del Target. Igualmente, se estipula que llevar a cabo la transacción no viola ninguna ley (según sea la aplicable para cada caso), y que no se requiere ninguna presentación de documentos regulatorios para el cierre (según sea el caso).

4. Cumplimiento con la ley aplicable, mediante la cual se declara que el negocio del Target opera e históricamente ha operado de conformidad con la ley aplicable.
5. Ausencia de litigios, mediante la cual se declara que no hay litigios presentes o potenciales en contra del Target.
6. Estados financieros, mediante la cual se declara que los estados financieros históricos presentan la condición del negocio y del Target.
7. Ausencia de pasivos no declarados, mediante la cual se declara que no hay contingencias u otros pasivos del negocio, además de los identificados en los estados financieros o de los que surjan en el curso ordinario del negocio posterior a la fecha de los últimos estados financieros.
8. Contratos, mediante la cual se declara que la lista de contratos materiales (según la transacción) están identificados y categorizados, y que no han ocurrido eventos de incumplimiento dentro de los mismos.
9. Ausencia de efecto material adverso, mediante la cual se declara que no ha ocurrido ningún efecto material adverso desde la fecha de los últimos estados financieros auditados.
10. Contingencias ambientales, mediante la cual se declara que el negocio está en cumplimiento de las leyes ambientales y no está sujeto a ninguna responsabilidad ambiental.
11. Propiedad intelectual, mediante la cual se listan todos los derechos sobre propiedad intelectual del Target (incluyendo patentes, marcas, y demás), y se declara que la propiedad intelectual del negocio no infringe los derechos de terceros, y que no está siendo infringida por parte de terceros.
12. Asuntos laborales, mediante la cual se describen las relaciones laborales y sindicales junto con conflictos potenciales en el marco de la regulación aplicable.

13. Clientes y proveedores, mediante la cual se declara que los clientes y proveedores especificados no han terminado o amenazado con terminar la relación comercial con el Target.
14. Aspectos industriales, mediante la cual se mencionan asuntos específicos de la industria en la que el Target opera.

Ante lo anterior, es importante mencionar que, dependiendo del sector al que pertenezca la empresa Target, se pactarán más o menos declaraciones y garantías, según la especialidad del negocio en cuestión. Por ejemplo, tratándose de la compra de una compañía cuyo sector tiene que ver con la propiedad intelectual, afirma Troy Ungerman³, es común que el comprador pida que se pacten declaraciones y garantías relacionadas con: (i) la propiedad exclusiva de la propiedad intelectual por parte del Target; (ii) que la propiedad intelectual no esté sujeta a gravámenes; (iii) que se cuente con las licencias adecuadas de terceros relacionados con la propiedad intelectual; (iv) que el Target no hace parte de litigios o procesos que pongan en cuestión sus derechos sobre la propiedad intelectual; y (v) que la propiedad intelectual no viola ni infringe derechos de propiedad intelectual de terceros, al igual que la propiedad intelectual de terceros no viola ni infringe derechos de propiedad intelectual del Target.

Sin embargo, con respecto a las declaraciones y garantías que hace la empresa compradora, Harrison afirma que el Target también está interesado en que las mismas se pacten, ya que, si bien el vendedor no está adquiriendo un negocio, está confiando en el comprador con respecto a la forma en que ejecuta las obligaciones dentro del contrato y paga el precio acordado (y dependiendo de cual sea el mecanismo de pago habrá declaraciones más o menos extensivas de conformidad con la modalidad escogida).

³ Ungerman, T. (2017). *Canada: IP Representations and Warranties in Tech M&A*. Mondaq.

Ampliando, de conformidad con Timothy R. Donovan y Jodi A. Simala⁴, las declaraciones y garantías sirven tres grandes propósitos: debida diligencia, condiciones de cierre, e indemnización. Con respecto a la debida diligencia, estas declaraciones y garantías sirven para brindar una “fotografía” de la situación del Target desde una variedad de perspectivas, cubriendo distintas áreas del negocio.

Harrison, con respecto a las funciones de las declaraciones y garantías, afirma que la importancia de las mismas depende no solo de cómo estén redactadas sino también de cómo sean usadas dentro del contrato de adquisición, puesto que juegan un rol con respecto a las indemnizaciones, las condiciones de cierre y los derechos de terminación. Harrison identifica tres maneras generales en las que las declaraciones y garantías operan:

1. Antes de la firma, durante el cual el proceso de la negociación de las declaraciones y garantías complementa el reporte de debida diligencia del comprador;
2. Después de la firma y antes del cierre, durante el cual el comprador puede negarse a cerrar la transacción o puede dar por terminado el acuerdo si las representaciones del Target no son lo suficientemente acertadas; y
3. Después del cierre, durante el cual el comprador puede alegar una indemnidad en contra del Target (en caso de que el acuerdo consagre indemnidades) por violaciones en las declaraciones y garantías del Target.

Con respecto a la debida diligencia, menciona Harrison, que al solicitar al Target que realice declaraciones y garantías sobre temas del negocio, el comprador puede extraer información valiosa que puede ayudar al comprador. En este caso, el Target podría decidir no hacer dicha declaración por cualquier hecho específico del negocio debido a que carece de la

⁴ Donovan, T., Simala, J. (2021). *The definitive M&A agreement – Representations and warranties*. Thomson Reuters.

información que la pueda respaldar, lo cual dejaría entrever al comprador los riesgos y problemas subyacentes de la operación y del negocio del Target. Igualmente, en caso de que haya información que no es visible en la revisión documental que se hace sobre el Target, se podrían negociar dichas declaraciones para proveerle al comprador la información que no pudo revisar o que no estaba en los documentos.

Sobre las condiciones de cierre y derechos de terminación, usualmente, los acuerdos de adquisición dan al comprador el beneficio de una condición bajo la cual no está obligado a cerrar el acuerdo si las declaraciones y garantías no son lo suficientemente acertadas y verdaderas. Igualmente, se consagra para el Target lo que es conocido como “derechos de cura”, en los que se consagra un periodo de tiempo que tiene el Target para poder ajustar lo necesario para que las declaraciones y garantías sean verdaderas, antes de que el comprador pueda hacer uso del derecho de terminación.

En lo relativo a la indemnización, en caso de que una declaración llegase a ser falsa, posterior al cierre se podría reclamar dicha indemnización, en caso de esta estar consagrada. Una indemnidad está estructurada para requerir al Target el pago por las pérdidas que resulten de la falsedad o violación de las declaraciones y garantías. De lo anterior se desprende que cada detalle con respecto a las declaraciones y garantías de una transacción sea crítico, puesto que de esto depende el pago o no, por parte del vendedor, de una indemnización posterior al cierre.

Ahora bien, Harrison hace referencia a las calificaciones que se le pueden dar a las diferentes declaraciones, y además afirma que el Target usualmente querrá limitar el aseguramiento que da en las garantías. Hay diversas formas de calificar las declaraciones y garantías, como lo son:

1. Materialidad, por ejemplo, que el negocio cumple materialmente con la ley aplicable.

2. Conocimiento, por ejemplo, que, a conocimiento del vendedor, el negocio cumple con la ley aplicable.
3. Anexo de revelaciones, por ejemplo, que a excepción de lo establecido en los anexos de revelaciones, el negocio cumple con la ley aplicable.
4. Periodo de tiempo, por ejemplo, que desde la fecha “x” y hasta la fecha del acuerdo, el negocio cumple con la ley aplicable.
5. Jurisdicción, por ejemplo, que las operaciones del negocio bajo determinada jurisdicción cumplen y han cumplido con la ley aplicable.
6. Especialidad y ámbito, por ejemplo, que el negocio cumple con la ley aplicable relacionada con la línea de negocio.
7. Cuantificación, por ejemplo, que el negocio cumple con la ley aplicable, excepto cuando el no cumplimiento de la norma no resulte en pérdidas superando “x” suma.

Por otra parte, en palabras de Stephen L. Sepinuck⁵, la diferencia entre una declaración y una garantía es que la declaración implica un *statement* de hecho (una afirmación), mientras que la garantía consiste en una promesa de hecho. Se adentra aún más en dicha distinción al afirmar que las declaraciones son aquella figura jurídica que marca la diferencia entre el derecho contractual y la responsabilidad civil.

Por un lado, según el derecho contractual, una declaración falsa puede llegar a impedir que un contrato se celebre, haciendo que el mismo sea anulable o dando lugar a una reforma. Por otro lado, una acción por daños y perjuicios fundamentada en la falsedad de una declaración es esencialmente una reclamación extracontractual. A diferencia de lo mencionado con anterioridad, si bien el incumplimiento de una garantía tiene su origen en la responsabilidad civil extracontractual, en la actualidad se consagra como una acción contractual. De lo anterior

⁵ Sepinuck, S.L. (2015). *The Virtue of “Represents and Warrants”*: Another View. American Bar Association.

se desprende que los elementos de una reclamación por una falsa declaración y la reclamación por incumplimiento de la garantía sean diferentes.

Igualmente, es importante resaltar la diferencia conceptual entre una *representation* o declaración, y una *misrepresentation* o falsa declaración. De conformidad con Joaquín Recart⁶, una *representation* implica una declaración de un hecho, bien sea pasado o presente, que es efectuada para inducir a la otra parte del contrato a actuar. Ahora bien, si este hecho resulta ser falso, se está incurriendo en una *misrepresentation*, que no es otra cosa más que la transmisión de información falsa bien sea a través de palabras o a través de una conducta.

Con respecto a las falsas declaraciones, afirma el autor, estas se pueden categorizar en tres: las fraudulentas o dolosas, las negligentes, y las inocentes (estas últimas cuentan con prescindencia del declarante). Estas estarán sujetas a los siguientes requisitos para que pueda efectivamente determinarse una *misrepresentation*:

1. Debe consistir en la declaración falsa que se hace sobre un hecho, bien sea pasado o presente, en relación con el momento en el que se realiza la declaración.
2. Deberá ser relevante y formulada de una manera negligente, esto quiere decir que debe ser lo suficientemente apta para inducir a la celebración de un contrato por la contraparte, y, además, quien la emite deberá ser consciente de la falsedad y la intención del engaño.
3. A quien ha sido dirigida la declaración debe haber confiado en que la misma es verdadera, y por medio de esto, la persona ha sido inducida a consentir en la celebración del contrato. Vale la pena resaltar que, en caso de que el receptor de la declaración haya sabido de su falsedad, no tendrá derecho a reclamar sobre dicha falsedad.

⁶ Recart J. (2020). *Sobre el conocimiento del comprador, antes de la firma del contrato o del cierre, de la falsedad de las declaraciones y garantías*. Revista Chilena de Derecho, 2020 Mayo – Agosto. Vol 46, No. 2.

4. En el derecho norteamericano se requiere que la confianza depositada esté justificada, esto quiere decir que en caso de que la declaración sea evidentemente falsa o no pueda ser considerada seriamente, la confianza no estará justificada. Por su parte, el derecho inglés exige que la declaración sea inequívoca, lo que significa que la misma no pueda ser interpretada en más de un sentido, sin ambigüedades, por lo cual, en caso que la declaración pueda tener más de una interpretación, la parte afectada deberá explicar en qué sentido fue interpretada y por qué en este sentido resultó ser falsa.

Ante estas falsas declaraciones, afirma Recart, la parte afectada puede hacer uso de dos acciones: en primer lugar, podrá rescindir del contrato, restituyendo entonces todo lo que se haya entregado y pagado mutuamente, bajo el fundamento que esta falsa representación es consecuencia de un defecto en la formación de la voluntad para contratar; y, en segundo lugar, la parte afectada tendrá derecho a una indemnización de perjuicios por la falsedad en la declaración.

III. Trasplante de las declaraciones y garantías del derecho anglosajón al derecho colombiano

En palabras de Darío Laguado⁷, la figura de las declaraciones y garantías ha sido trasplantada a la gran mayoría de las jurisdicciones latinoamericanas y españolas. El trasplante de esta figura jurídica ha generado un aumento en la incertidumbre de aquellos que ejercen el derecho en los lugares a los que es traída, puesto que, si bien es innegable que las declaraciones y garantías son una herramienta poderosa y muy útil a la hora de asignar riesgos a través del contrato, no es del todo claro el régimen al cual pertenecen.

⁷ Laguado, D. (2015). *Transplanting Contractual Terms: The Influence of the Common Law in the Civil Law of Contracts, a view from the Periphery*. Bepress.

De conformidad con el autor, los principales responsables del trasplante de esta figura al ordenamiento jurídico colombiano han sido las firmas de abogados en las que se documentan adquisiciones y financiaciones con clientes internacionales. Si bien la doctrina no se ha pronunciado a profundidad sobre este trasplante, aquellos que ejercen la profesión debaten ávidamente sobre el lugar que deben tener las declaraciones y garantías en el sistema jurídico colombiano. En Colombia se puede explicar la consecuencia jurídica de las declaraciones y garantías desde diversas figuras traídas de la doctrina española, en palabras de Ángel Carrasco Pereira⁸ en su libro *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*.

Una teoría supone que las representaciones y garantías vienen de la doctrina de los vicios ocultos, Carrasco afirma que la falsedad o la inexactitud de las declaraciones y garantías es el equivalente a la de un vicio oculto que afecta a la calidad del activo que ha sido vendido. En este caso, a quien se le ha prometido a través de la declaración y garantía, podrá demandar la resolución del contrato o un ajuste en el precio de la compra.

Desde la teoría del dolo, Carrasco afirma que la falsedad o la inexactitud de las declaraciones y garantías constituyen dolo precontractual (entendiéndose el dolo como el uso de palabras o construcciones fraudulentas que inducen a otra parte al contrato). En este caso, la consecuencia del dolo sería la resolución del contrato, lo cual no siempre está dentro de los intereses del comprador.

Desde la teoría del incumplimiento, Carrasco establece que las reglas generales del incumplimiento contractual podrían llegar a aplicar al ámbito de las declaraciones y garantías hasta el punto en el que las mismas constituyan una promesa o sean de tal carácter sustancial que cualquier incumplimiento de estas sería equiparable a la entrega de un activo diferente al efectivamente comprado.

⁸ Carrasco, A., et al. (2004). *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*. Editorial Aranzadi.

En Colombia, el desarrollo de la figura de las declaraciones y garantías se ha dado principalmente a través de laudos arbitrales, los cuales no se han alejado de las diversas posturas doctrinales previamente explicadas. Estos serán analizados a profundidad más adelante. Vale resaltar, también que el vacío legal relativo a la consecuencia de la falsedad en las declaraciones y garantías no es exclusivo del ordenamiento jurídico colombiano. Por ejemplo, en la legislación española, como lo afirma Marian Gili⁹ en su artículo *Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías*, “(e)l Derecho español no regula acciones ni remedios específicos frente a su incumplimiento (de las declaraciones y garantías) por lo que el comprador debe acudir a las acciones derivadas del propio contrato.”

IV. Fundamento de las declaraciones y garantías en el derecho colombiano

Como se ha mencionado anteriormente, las declaraciones y garantías en un negocio jurídico tienen la finalidad de informar al comprador sobre el estado de la cosa vendida, y en Colombia ha habido un amplio desarrollo jurisprudencial, principalmente arbitral, respecto de la validez y alcance de esta figura la cual está íntimamente relacionada con los artículos 1603 del Código Civil¹⁰ y 871 del Código de Comercio¹¹.

a. Autonomía de la voluntad privada

⁹ Gili, M. (2010). *Compra venta de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías*. InDret, Vol. 02, 2010.

¹⁰ Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

¹¹ Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe, y en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Puede afirmarse que las declaraciones y garantías en el derecho colombiano tienen su fundamento en la autonomía de la voluntad privada. Fernando Hinestrosa¹² define a la autonomía de la voluntad privada como *“el 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”*.

Este postulado está consagrado en el artículo 1602 del Código Civil, el cual 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”*, y sus límites en el artículo 16 del Código Civil¹³, el cual señala que la autonomía de la voluntad privada está limitada por el orden público y las buenas costumbres. Es importante mencionar que la legislación mercantil colombiana no consagra nada con respecto al postulado de la autonomía de la voluntad privada, sin embargo, por remisión del artículo 822 del Código de Comercio¹⁴, aplica en materia comercial lo regulado por el Código Civil.

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia¹⁵ ha señalado que:

“(L)a legislación civil colombiana tiene como uno de sus principios fundamentales el de la autonomía de la voluntad privada en virtud del cual éstos pueden efectuar actos jurídicos sujetos a las normas que regulan su eficacia y validez, y dentro de las limitaciones interpuestas por el orden público y el derecho ajeno, entre otros, principio que en relación con los contratos se halla consagrado en el artículo 1602 del Código Civil”.

¹² Hinestrosa, F. (2014). *Función, límites y cargas de la autonomía privada*. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia (No. 26).

¹³ No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres.

¹⁴ Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2002. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

Es entonces posible afirmar que el fundamento de validez de las declaraciones y garantías en el derecho contractual colombiano es precisamente el principio de la autonomía de la voluntad privada, apoyándose en que el contrato constituye ley para las partes y debe ser cumplido por las mismas siempre y cuando no contraríe el orden y las buenas costumbres. Igualmente, del principio de la autonomía de la voluntad privada se desprende que en los contratos que se pactan declaraciones y garantías, también se puedan pactar cláusulas de indemnidad como consecuencia del incumplimiento de estas declaraciones y garantías.

Como será analizado más adelante, diversos laudos arbitrales han defendido que el fundamento para la validez de las declaraciones y garantías en Colombia viene del postulado de la autonomía de la voluntad privada.

b. Deberes secundarios de conducta: el deber de información

Arturo Solarte¹⁶ establece que los deberes secundarios de conducta tienen la finalidad de la realización del interés común perseguido tanto por el acreedor como el deudor de la relación obligatoria. Estos deberes secundarios de conducta no se limitan a la ejecución del contrato, sino también en la etapa tanto precontractual como postcontractual, dado que con estos deberes se preparará el cumplimiento de los deberes de prestación y posteriormente se “liquidarán” los efectos de la relación contractual de manera ordenada.

El deber secundario de información, explica Solarte, es un deber secundario de finalidad positiva, en tanto está destinado a complementar los deberes prestacionales “*con el fin de que su cumplimiento se realice adecuadamente*”, y en cuanto a su definición, cita a Rubén Stiglitz¹⁷, quien establece que “*el deber de informar constituye una obligación legal, fundada en una regla accesoria de conducta cuyo contenido consiste en cooperar, desde la etapa de las*

¹⁶ Solarte, A. (2004). *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. Pontificia Universidad Javeriana. Revista Universitas.

¹⁷ Stiglitz, R. S. (1998). *Contratos civiles y comerciales. Parte General*. Abeledo Perrot S.A. e I.

tratativas, con quien se haya disminuido con relación a la persona que dispone de la información”.

Bajo este deber secundario, el sujeto que se encuentra informado sobre las condiciones del negocio tendrá el deber de suministrar a su contraparte la información de la cual este último carece, siempre esto de una manera objetiva, clara, oportuna y veraz, para que, con fundamento en esta información, el recipiente pueda adoptar decisiones.

Vale resaltar que, si bien el deber de información tiene una dimensión positiva, también cuenta con una dimensión negativa, la cual consiste en abstenerse de engañar o inducir en error a la contraparte sobre la información que suministra.

Con respecto a la etapa precontractual, este deber de información es de la mayor importancia, puesto que es en este momento en el que las dos partes del negocio, como lo sería el comprador y el Target, se están abasteciendo de toda la información necesaria para emitir una declaración de voluntad con respecto a la realización o no del negocio jurídico.

Igualmente, como lo explican Efrén Camilo Avendaño y Diego Andrés Estela¹⁸ en su trabajo *Aplicación y Eficacia de las Cláusulas de Declaraciones y Garantías y de Limitación de la Responsabilidad en los Contratos de Compraventa de Acciones*, en relación con el principio de buena fe, vale la pena resaltar:

“Si la información aportada por una de las partes contratantes en la etapa previa de la celebración del negocio, es de tal entidad, que una de ellas de haber conocido la situación real, no hubiese celebrado el negocio o lo hubiese celebrado bajo otras circunstancias de hecho o de derecho, se puede advertir que hubo un incumplimiento del principio de buena fe en general y del deber de información en particular.”

¹⁸ Avendaño, E., Estela, D. (2016). *Aplicación y Eficacia de las Cláusulas de Declaraciones y Garantías y de Limitación de la Responsabilidad en los Contratos de Compraventa de Acciones (Application and Effectiveness of the Clauses of Representations and Warranties and Limitation of Liability in Share Purchase Agreements)*. SSRN.

Paola Ordóñez¹⁹, haciendo referencia al deber de información en su sentido precontractual, trae a colación el laudo arbitral de Balclín Investments S.L., Altra Inversiones Ltda, et al contra Jairo Andrés Gutiérrez Robayo et al, en el cual se establece que las declaraciones y garantías son:

“(e)stipulaciones 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.” (Subraya fuera del texto)

V. Consecuencias de las declaraciones y garantías en el derecho colombiano

El régimen aplicable a las declaraciones y garantías en Colombia es eminentemente convencional, y vale mencionar que estas no constituyen un vínculo obligacional por sí solas, sin embargo, en tanto son fundamento de las obligaciones principales del contrato, su falsedad o inexactitud puede entenderse como: (i) un incumplimiento del contrato; (ii) un vicio en el consentimiento; o (iii) un vicio oculto.

De lo anterior se desprende que el deudor de una declaración responde por el contenido y la veracidad de la misma, y de esta forma se protege al comprador que no tiene el control vigente sobre el Target. Uno de los riesgos que el vendedor asume en las declaraciones y garantías es la responsabilidad por la veracidad, la certeza y la fidelidad de la información que suministra.

¹⁹ Ordóñez, P. (2013). *Validez y efectos de cláusulas de limitación de responsabilidad en contratos de compraventa de acciones en Colombia*. Universidad de los Andes, Revista de Derecho Privado No. 49.

Igualmente, las partes pueden (i) modificar los criterios de determinación de responsabilidad establecidos en el artículo 1616 del Código Civil, intensificarlos o reducirlos, y (ii) establecer límites cuantitativos a la responsabilidad contractual.

Las declaraciones y garantías, de acuerdo con lo que ha sido establecido en los distintos laudos arbitrales que serán analizados más adelante, son vinculantes ya que no van en contra de la ley imperativa, el orden público y las buenas costumbres, y por ser el contrato ley para las partes.

Ahora bien, se analizarán las diferentes posturas doctrinales que tienen cabida en el evento que ocurra una inexactitud o falsedad en las declaraciones y garantías.

a. Vicios del consentimiento

Como bien lo explica Jorge Cubides Camacho²⁰ en su obra *Obligaciones*, la voluntad está compuesta de tres propiedades; esta debe ser real, libre y recta. En el momento en que ocurra alguno de los tres llamados vicios del consentimiento, siendo estos el error, la fuerza, y el dolo, se atenta contra las propiedades de la voluntad.

Las declaraciones y garantías pueden llegar a ser un elemento fundamental para manifestar el consentimiento, por ello, la inexactitud o falta de veracidad respecto de alguna de ellas podría dar origen a un vicio del consentimiento. Dicho esto, se podría argumentar que en caso de pertenecer a un vicio del consentimiento, habría lugar a la declaración de una nulidad relativa que deberá ser alegada por la parte afectada.

i. El error

²⁰ Cubides, J. (1991). *Obligaciones*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.

El error debe entenderse como “*la disconformidad entre la realidad y la idea que se tiene de ella*”. De lo anterior se desprende que el error en la voluntad compone una falsa representación de los elementos que llevan a una persona a consentir en un acto o negocio jurídico. Ahora bien, es de la mayor importancia diferenciar el error *de derecho* sobre el error *de hecho*. El primero no vicia el consentimiento, puesto que aplica la máxima legal “la ignorancia de las leyes no es excusa para su incumplimiento”. Sin embargo, el segundo sí tiene la potestad de viciar el consentimiento bajo los siguientes supuestos expuestos por la Corte Suprema de Justicia y la doctrina.

Dentro de la diversidad de errores de hecho, que son los únicos capaces de viciar el consentimiento, se distinguen los *errores-obstáculos* y los *errores-nulidades*.

Los errores-obstáculos, de conformidad con la Corte Suprema de Justicia²¹, son aquellos que impiden u obstaculizan la formación del consentimiento o de la voluntad. El artículo 1510 del Código Civil los consagra dentro del ordenamiento jurídico colombiano como aquellos que recaen “*sobre la especie del acto o contrato que se celebre, como si una de las partes entendiese empréstito y la otra donación; o sobre la identidad de la cosa específica de que se trate, como si en el contrato de venta el vendedor entendiese vender cierta cosa determinada, y el comprador entendiese comprar otra*”. El primero, desde la época de los romanos, es reconocido como el *error in negotio*, y el segundo como *error in corpore*, y el Código Civil sanciona este tipo de errores con la nulidad del acto, sin embargo, la doctrina de existencia y validez del acto jurídico concluye que, puesto que este error impide la formación del consentimiento o de la voluntad, la consecuencia de la existencia de los mismos sería entonces la inexistencia del acto, lo que hace que los errores-obstáculos no sean propiamente un vicio de la voluntad o consentimiento.

²¹ Sentencia de febrero 28 de 1936.

Ahora bien, los conocidos como errores-nulidades se encuentran consagrados en los artículos 1511²² y 1512²³ del Código Civil, dentro de los cuales se puede hacer una distinción de los mismos en tres: los errores sobre la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato, los errores de cualquier otra calidad que sea determinante, y los errores acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar (siendo la consideración de esta persona determinante en la celebración del acto jurídico). Estos errores-nulidades acarrearán como consecuencia la nulidad relativa.

Si bien la anterior diferenciación ha sido establecida por la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia arriba citada, la doctrina ha acogido estos conceptos y ha concluido en admitir como el único error que vicia el consentimiento al error *determinante*, entendiendo este como el error que propulsa la voluntad jurídica. Lo anterior ha sido aceptado también por la Corte Suprema de Justicia, al afirmar que tanto el error en la sustancia, como el error acerca de la persona, o el referente a cualquier otra calidad, solo serán vicios siempre y cuando los mismos sean considerados determinantes para el acto jurídico, es decir, sean considerados el principal motivo para la celebración de este.

Por último, sobre el vicio del consentimiento configurado como error, en el caso Diego Muñoz Tamayo contra La Fortaleza S.A.²⁴, el tribunal anota sobre el momento del error lo siguiente:

“Entiende el tribunal que en el error vicio, la falta de concordancia entre lo que piensa el contratante y la realidad, debe referirse a una situación existente en el momento mismo en el que se presta el consentimiento. En otras palabras, la “fotografía” de la

²² El error de hecho vicia asimismo el consentimiento cuando la sustancia o calidad esencial del objeto sobre el que versa el acto o contrato, es diversa de lo que se cree; como si por alguna de las partes se supone que el objeto es una barra de plata, y realmente es una masa de algún otro metal semejante. El error acerca de otra cualquiera calidad de la cosa no vicia el consentimiento de los que contratan, sino cuando esa calidad es el principal motivo de una de ellas para contratar, y este motivo ha sido conocido de la otra parte.

²³ El error acerca de la persona con quien se tiene intención de contratar, no vicia el consentimiento, salvo que la consideración de esta persona sea la causa principal del contrato. Pero en este caso la persona con quien erradamente se ha contratado tendrá derecho a ser indemnizada de los perjuicios en que de buena fe haya incurrido por la nulidad del contrato

²⁴ Diego Muñoz Tamayo V. La Fortaleza S.A., Tribunal de arbitramento (1999).

realidad contra la cual se compara lo que el contratante tiene en la mente, debe tomarse en el momento en el que éste manifiesta su voluntad”.

Teniendo en cuenta lo anterior, podría llegar a argumentarse que una falsa representación de las declaraciones y garantías implicaría la configuración de un vicio del consentimiento, determinado este como error, puesto que es con base en estas declaraciones y garantías que el negocio jurídico se configura, junto con todas sus características, y aquel que ha sufrido de este error podría alegar la nulidad relativa del negocio.

ii. La fuerza

La fuerza, también llamada violencia, en palabras de Cubides, es *“la presión injusta, física o psicológica, que obliga a una persona a manifestar su voluntad o consentimiento en la celebración de un acto jurídico”.*

En sentencia de 5 de octubre de 1939, la Corte Suprema de Justicia precisó que *“en el concepto mismo de fuerza se halla implícito el que el temor bajo cuyo imperio consentimos resulte de hechos cumplidos con la intención de provocar un acto jurídico”.* De la misma sentencia, se desprenden las tres características que se requieren para que la fuerza pueda ser considerada un vicio del consentimiento: debe ser injusta, debe ser determinante, y debe ser grave.

Con respecto a que la fuerza sea injusta, tendrá esta característica cuando los actos que constituyen la misma no tengan cabida en el ordenamiento jurídico. Será determinante cuando el objeto sea el de atemorizar e intimidar al destinatario de manera que se obligue a celebrar el acto o negocio jurídico. Por último, será grave cuando, en los términos del artículo 1513 del

Código Civil, la misma sea “*capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición*”.

Es de la mayor importancia aclarar que el temor reverencial, entendido como “*el temor de desagradar a las personas a quienes se debe sumisión y respeto*” en los términos del artículo 1513 del Código Civil, no bastará para viciar el consentimiento.

El consentimiento sólo será viciado cuando se cumplan las características anteriormente mencionadas, y acarrea como consecuencia la nulidad relativa del acto o negocio jurídico.

iii. El dolo

El dolo, desde el punto de vista de la validez del acto jurídico, en palabras de Cubides, debe ser entendido como “*la maquinación fraudulenta o engañosa tendiente a inducir a otro a manifestar su voluntad o consentimiento*”. Esta definición no debe ser confundida con la que consagra de manera general el Código Civil en su artículo 63, donde define al dolo como “*la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro*”.

El artículo 1515 del Código Civil establece que el dolo solo viciará el consentimiento cuando “*es obra de una de las partes, y cuando además aparece claramente que sin él no hubiera contratado*”, es decir, cuando el dolo sea determinante. Es de la mayor importancia resaltar que el dolo no se presume si no en los casos expresamente estipulados por la ley. En todo lo demás, el mismo deberá ser probado.

Nuevamente, al tratarse de un vicio del consentimiento, el dolo acarrea la nulidad relativa del negocio jurídico.

Vale resaltar que, el hecho de que los vendedores acepten la realización de un proceso de debida diligencia previo a la transacción pone de presente su voluntad de colaboración y

apertura, y por ello, la sola existencia del proceso de debida diligencia descarta el dolo en el incumplimiento de declaraciones y garantías.

iv. De la nulidad relativa y su saneamiento

Teniendo en cuenta que la falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías podría llegar a configurar un vicio en el consentimiento determinado como error, si así se quisiera argumentar, vale la pena tener en cuenta las generalidades respecto de la nulidad relativa y al saneamiento de la misma.

De acuerdo con Cubides, se determina que un acto adolece de nulidad relativa cuando “*se pretermiten requisitos o condiciones exigidos en atención a un interés particular*”. Esta nulidad relativa tiene como fin proteger a aquellos que celebran actos jurídicos bajo determinadas condiciones que generan vicios del consentimiento, en otras palabras, tiene como objetivo proteger el interés de los particulares como valor superior.

Es importante resaltar que, en los términos del Código Civil²⁵, la nulidad relativa es toda aquella que se produzca de vicios diferentes al objeto o causa ilícita, la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan. De igual forma, el mencionado artículo establece como consecuencia jurídica a la nulidad relativa, el derecho a la rescisión del acto o contrato.

Sin embargo, en los términos del Código de Comercio²⁶, este designa a la nulidad relativa bajo el nombre de anulación, y esta ineficacia cabrá en todo negocio jurídico celebrado por persona relativamente incapaz y en aquellos negocios jurídicos en que el consentimiento

²⁵ Artículo 1741 del Código Civil

²⁶ Artículo 900 del Código de Comercio

ha sido viciado por error, fuerza o dolo. También establece la ley comercial que esta acción sólo podrá ser ejercida por la persona en cuyo favor se haya establecido, o por sus herederos.

El artículo 1743 del Código Civil establece que las características de la nulidad relativa son las siguientes:

1. No podrá ser declarada por el juez o prefecto sino a petición de parte;
2. No podrá pedirse su declaración por el ministerio público en el solo interés de la ley;
3. No podrá alegarse por aquellos en cuyo beneficio la han establecido las leyes, o por sus herederos o cesionarios; y
4. Podrá sanearse por ratificación de las partes o por prescripción de cuatro años.

Vale resaltar que el Código de Comercio, en su artículo 900, señala que el término de prescripción de la nulidad relativa son dos años, los cuales empezarán a contar a partir de la fecha en la que se celebró el respectivo negocio jurídico, a menos que se trate de nulidad por incapacidad legal, caso en el cual el término empezará a contarse desde el día en que la incapacidad haya cesado.

Con la declaratoria de la nulidad relativa por parte del juez, se tendrá como efecto principal dar a las partes “*derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo*”²⁷. Sin embargo, de este efecto principal se desprenden diversas consecuencias de la declaratoria de nulidad relativa, como son las siguientes:

1. La posibilidad de ejercer la acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales

²⁷ Artículo 1746 del Código Civil

2. La necesidad de restituir mutuamente lo que se deban los contratantes, de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil
3. La obligación de indemnizar los perjuicios causados derivados de la declaratoria de nulidad del acto, siempre y cuando esta haya sido ocasionada por dolo o culpa, de conformidad con las reglas relativas a la responsabilidad civil.

Por último, es importante mencionar que el mecanismo por medio del cual se sanean los actos nulos o anulables es la ratificación de la manifestación de voluntad. Esta puede ser de manera expresa, cuando se requieren las mismas solemnidades a las que debió sujetarse el acto que se está ratificando, o tácita, cuando ocurre la ejecución voluntaria de las obligaciones resultantes del negocio.

b. Incumplimiento contractual

El artículo 1546 del Código Civil establece que “*en todos los contratos bilaterales se encuentra envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado*”, y además establece que el otro contratante, es decir el contratante cumplido, podrá pedir a su arbitrio la resolución del contrato o el cumplimiento del mismo con la respectiva indemnización de perjuicios.

Sin embargo, es importante mencionar que, de acuerdo con Guillermo Ospina Fernández²⁸, para que ocurra la resolución judicial de un contrato por incumplimiento debe identificarse que la causa, es decir la obligación no cumplida, de la resolución por incumplimiento del contrato es culposa, lo que implica que, no puede derivar en la inejecución del mismo por fuerza mayor o caso fortuito.

²⁸ Ospina Fernández, G., Ospina Acosta, E. (2021). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Editorial Temis.

Es importante recalcar que, si bien las declaraciones y garantías como figura jurídica no se encuentran consagradas en el ordenamiento jurídico colombiano, en caso que estas cláusulas se consagren en contratos de adquisiciones, lo que a luz de la ley colombiana son contratos de compraventa en los que hay un vendedor y un comprador, aplicarían entonces las sanciones consagradas en el artículo 870 del Código de Comercio, el cual establece que *“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”*.

Entonces, bajo el entendido que en Colombia todo contrato legalmente celebrado es ley para las partes²⁹, y apelando a la máxima de la autonomía de la voluntad privada, se podría argumentar, si así se quisiera, que en caso de existir una falsedad o inexactitud en alguna de las declaraciones, se estaría incumpliendo el contrato, lo que daría derecho a la parte cumplida a interponer o bien una acción de cumplimiento, o una acción rescisoria, con la debida indemnización de los perjuicios.

Teniendo en cuenta que la cláusula de declaraciones y garantías implica un efecto legal de garantía, o mejor, de promesa, se podría argumentar que la inexactitud o falsedad de las mismas por uno de los contratantes puede dar lugar a que la otra parte tenga derecho a reclamar la correspondiente indemnización de perjuicios, al margen de la facultad de solicitar la terminación del contrato. En tal caso, si el afectado decide terminar el contrato podrá pedir una indemnización de perjuicios, a diferencia de la rescisión que tiene por propósito privar de todo efecto el contrato con efectos retroactivos.

Bajo el supuesto de que la falta de veracidad en las declaraciones y garantías supone un incumplimiento contractual, las partes expresamente deben pactar que cualquier perjuicio

²⁹ Artículo 1602 del Código Civil

derivado por la inexactitud, falta de veracidad o incumplimiento de cualquier declaración y garantía, daría lugar a una indemnización a la parte afectada.

Con respecto a las indemnizaciones, las mismas pueden verse limitadas por la voluntad de las partes en el contrato. La responsabilidad generada por las inexactitudes en las declaraciones y garantías es una responsabilidad objetiva, por lo tanto, no tiene relevancia la intención con la que se actuó, simplemente se debe analizar el incumplimiento del contrato y la generación de un perjuicio.

Es igualmente importante recalcar, que el hecho de que el comprador por medio del proceso de debida diligencia se pudiera enterar de inexactitudes frente a las declaraciones y garantías, no exonera de responsabilidad a los vendedores, pero tampoco el comprador se puede escudar en esto, ya que en el análisis de las reclamaciones derivadas por pérdidas se tienen en cuenta parámetros como la buena fe.

Como será analizado más adelante, esta tesis ha sido defendida por el tribunal de arbitramento en el caso Corporación Financiera de Colombia S.A. contra Invercol S.A. et al., del año 2005, en cuyo laudo se establece que, debido a la masiva incorporación que han tenido las declaraciones y garantías en el contrato comercial colombiano, con copia de los contratos norteamericanos, *“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”*.

c. El saneamiento por vicios ocultos y la acción redhibitoria

Dentro de las obligaciones del vendedor en el contrato de compraventa, está contemplada la obligación de saneamiento, ya sea por evicción o por vicios redhibitorios. Es importante recordar que el vicio redhibitorio es aquel que está oculto en razón que el vendedor no lo dio a conocer al comprador en el momento de la venta. De lo anterior, cualquier defecto

o gravamen que afecte la cosa vendida al momento de hacerse la venta debe darse a conocer al comprador para evitar viciar el contrato de compraventa.

Cuando una cosa vendida presenta vicios redhibitorios, el comprador tiene la facultad de iniciar una acción redhibitoria, con el objetivo de rescindir del contrato de compraventa, o en su defecto ajustar el precio pagado por la misma. A través de la acción redhibitoria, consagrada en el artículo 1914 del Código Civil³⁰, el comprador puede pedir que se dé por terminado el contrato o que se rebaje el precio de la cosa vendida por los vicios ocultos que esta posea. Con esta acción se busca proteger al comprador para que la cosa vendida sea garantizada por el vendedor si presenta vicios que afectan el normal funcionamiento de la cosa comprada.

Ahora bien, para que un vicio sea considerado como “redhibitorio”, se deben llenar los siguientes requisitos, de conformidad con el artículo 1915 del Código Civil:

1. El vicio debe haber existido al tiempo de la venta, es decir, que no se generara después de esta, sino que al momento de la celebración del contrato ya estaba presente;
2. El vicio debe afectar el funcionamiento de la cosa vendida, tanto que si el comprador los hubiese conocido no hubiere comprado la cosa o hubiese pagado menos por ella; y
3. El vicio no ha sido manifestado por el vendedor, y es difícil de detectar por parte del comprador.

Para que sea procedente la acción redhibitoria es necesario que los vicios cumplan estos requisitos, de lo contrario, no se obtendrá una decisión judicial favorable.

Igualmente, es relevante mencionar que, si en el contrato se estipula que el vendedor no se ve obligado al saneamiento por vicios ocultos de la cosa, estará obligado a responder por

³⁰ Se llama acción redhibitoria la que tiene el comprador para que se rescinda la venta o se rebaje proporcionalmente el precio por los vicios ocultos de la cosa vendida, raíz o mueble, llamados redhibitorios.

aquellos de los cuales tenía conocimiento y no declaró al comprador. Si el vendedor conocía los vicios de la cosa y no los declaró o debía haberlos conocido por su oficio y aún a sabiendas vende la cosa, será obligado además de la disminución del precio o la restitución según el caso, a indemnizar al comprador por los perjuicios causados.

Se podría entonces argumentar, si así se quisiera, que la inexactitud de las declaraciones y garantías se configura como un vicio redhibitorio, para lo cual la parte afectada podrá hacer uso de la acción redhibitoria, la cual prescribe en seis meses para las cosas muebles y un año para las inmuebles, de conformidad con el artículo 1923 del Código Civil³¹.

VI. Laudos arbitrales y jurisprudencia

Como fue explicado con anterioridad, en Colombia el ámbito de aplicación de las declaraciones y garantías dentro del sistema jurídico ha sido analizado mayoritariamente por la jurisprudencia arbitral y por medio de un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia. A continuación, se destacarán los puntos claves sobre la figura en cada decisión:

a. Laudo Arbitral Corporación Financiera Colombiana S.A. contra Invercol S.A., et al. (2005)

El problema jurídico en este caso gira en torno a determinar los efectos de la promesa de compraventa celebrada entre Progreso Corporación Financiera S.A., (en adelante “Progreso”) y Corporación Financiera Colombiana S.A., para la venta del cien por ciento (100%) de las acciones de Progreso.

En este caso refiriéndose a las declaraciones y garantías, en particular a una declaración realizada sobre la contabilidad de Progreso, el tribunal expresó que:

³¹ La acción redhibitoria durará seis meses respecto de las cosas muebles y un año respecto de los bienes raíces, en todos los casos en que las leyes especiales o las estipulaciones de los contratantes no hubieren ampliado o restringido este plazo.

*“Estas disposiciones corresponden en el contrato anglosajón a las denominadas cláusulas de “representations and warranties”, de particular importancia en el contrato escrito americano ya que en tales casos se aplica la regla de “Parol Evidence Rule”, que consiste en la prevalencia del documento escrito, dada su confiabilidad respecto del testimonio oral y que se justifica en la premisa de que, normalmente, lo que buscan las partes con el escrito es establecer un relato completo y exclusivo de los derechos y obligaciones creados en su propio acuerdo.”*³²

Cuando se pactan declaraciones y garantías dentro de un contrato, toma particular importancia la “*parol evidence rule*”, puesto que en el momento en el que los contratantes incorporan un supuesto de hecho dentro del contrato, el sistema anglosajón impone una estricta responsabilidad en la parte representada. De lo anterior se desprende que hay una promesa, por parte del representado, de que la afirmación que ha dado sobre el supuesto de hecho es o será verdadera.

El tribunal continúa definiendo lo que significan “*representations*” y “*warranties*” y sus efectos con respecto a la responsabilidad, y establece que “(l)os “*Representations*” corresponden a las afirmaciones que formulan las partes acerca de supuestos de hecho para la celebración del contrato, al paso que las “*Warranties*” constituyen promesas de que los hechos son o serán verdaderos al momento de la celebración o cierre del negocio.”³³

De igual manera, sobre la cláusula de declaraciones y garantías, el tribunal establece que la misma:

“(…) trata de representaciones explícitamente incorporadas al contrato y no meras representaciones extracontractuales. Pues las primeras son consideradas como

³² Pág. 18.

³³ Pág. 18

términos expresos del contrato, mientras que las últimas son términos implícitos que tienen efectos legales diferentes y requieren de todo un método de interpretación para que lleguen a producir efectos entre las partes.”³⁴

El tribunal continúa explicando las consecuencias del incumplimiento de las declaraciones y garantías, que se resumen en: (i) rescisión del contrato; y (ii) terminación del contrato cuando la representación es sustancial para el negocio, con una posible reclamación de perjuicios. Al respecto el tribunal menciona:

“Teniendo en cuenta, que la cláusula sobre las representaciones implica un efecto legal de garantía, o mejor, de promesa, es necesario poner de presente que el incumplimiento de las representaciones por uno de los contratantes da lugar a que la otra parte tenga derecho a reclamar perjuicios, sin perjuicio de la facultad de solicitar la terminación del contrato, cuando la representación es sustancial para el negocio. En tal caso, si el afectado decide terminar el contrato podrá pedir perjuicios, a diferencia de la rescisión que tiene por propósito privar de todo efecto el contrato con efectos retroactivos, por lo cual lo procedente es simplemente colocar a las partes en la posición en que se encontraban antes de su celebración. Es que cuando se pide la terminación del contrato la parte no se priva del pago indemnizatorio, pues la terminación no elimina retrospectivamente los resultados del incumplimiento.”³⁵

De igual forma, profundiza que la figura de las declaraciones y garantías no se encuentra consagrada en el ordenamiento jurídico colombiano, sin embargo, en la cláusula de indemnidad se ven reflejados los efectos de su incumplimiento. Al respecto, precisa:

³⁴ Pág. 19

³⁵ Pág. 19

“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 ordinaria 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. Así, por ejemplo, para que el comprador en este tipo de negocios quede garantizado frente al incumplimiento de la declaración del vendedor (“representation”) acerca de que el balance de la empresa a una fecha cierta se ajusta integralmente a los principios y normas de contabilidad, se conviene que cualquier inexactitud al respecto y que cause un deterioro patrimonial al comprador, como por ejemplo, por la inexistencia de activos, la misma será cubierta por la garantía del contrato, por lo general establecida a través de un fideicomiso.”³⁶

En el caso en concreto, la hipótesis que cubriría la representación sobre la contabilidad de Progreso no quedó prevista dentro de los eventos indemnizables y por eso el tribunal se abstuvo de resolverla, explicando que:

“las partes, apartándose de la técnica contractual más extendida, en la cláusula de “indemnización y asuntos relacionados” se abstuvieron de reconocer cobertura alguna, como evento indemnizable, a la inexactitud o al incumplimiento de las

³⁶ Pág. 19-20

declaraciones (“Representations and Warranties”) formuladas en las cláusulas décima primera y décima segunda del contrato de promesa.”³⁷

El tribunal concluye entonces que la falsedad o incumplimiento de las declaraciones y garantías acarrea en un incumplimiento contractual, al señalar lo siguiente:

“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”³⁸

b. Laudo Arbitral Bancolombia contra Jaime Gilinsky Becal (2006)

En el presente caso, el tribunal pretende resolver problemas jurídicos en lo atinente a la vinculatoriedad de las declaraciones y garantías, el efecto del incumplimiento de las mismas, los efectos de cara al comprador que pudo enterarse de las inexactitudes de las mismas mediante la realización del proceso de debida diligencia, y la posibilidad de pactar declaraciones y garantías bajo la normatividad colombiana.

Con respecto a la posibilidad de pactarse las declaraciones y garantías según la normatividad colombiana, el tribunal afirma que, en virtud de la autonomía de la voluntad privada, estas sí se pueden pactar. Igualmente, afirma que la inclusión de declaraciones y garantías en el contrato está íntimamente relacionada con los términos de negociación contractual, y estas estipulaciones son de inmensa importancia en la fijación del precio de lo

³⁷ Pág. 20

³⁸ Pág. 19

que se está comprando, por lo cual guardan una relación directa con el valor económico del negocio que se vende. El tribunal profundiza en esta idea afirmando:

“Al participar en el tráfico de bienes y servicios, suelen las personas autorregular sus intereses, en desarrollo de la autonomía privada, mediante la celebración específica de negocios jurídicos que, de ordinario, son el fiel reflejo de la inequívoca intención - o querer- que tienen aquellas de vincularse en una determinada operación juridico-negocial, disciplinada o no expresamente por la ley. El respectivo acuerdo, entonces, recoge o traduce -las más de las veces- el genuino propósito de los contrastes, quienes lo ciñen a las formalidades que convencional o legalmente se imponen, lo que explica que sus cláusulas, que el entramado contractual propiamente dicho, impere entre ellas y que, en caso de duda, extra muros, deba el hermeneuta atenerse más a la intención de aquellos que al tenor literal de tales estipulaciones (C.C., arts. 1602 y 1618).”³⁹

Con respecto a la vinculatoriedad de las declaraciones y garantías, el tribunal establece que las mismas efectivamente son vinculantes, y explica:

“A manera de breve rememoración, recuérdese que por virtud de la normatividad, el contrato válidamente celebrado ‘es una ley para los contratantes’ (C.C., art. 1602); que por razón de la relatividad, los derechos y obligaciones nacidos del acto se radican -es la regla general- en la esfera patrimonial de quienes intervienen como parte en su celebración (véase el mismo art. 1602); y que en consideración a la buena fe, los contratos obligan ‘no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que

³⁹ Pág. 85

emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella' (art. 1603 ibidem).”⁴⁰

En cuanto al caso bajo análisis, el tribunal señaló que se debe seguir el procedimiento contractual, al establecer que:

“Conforme a la ley contractual, tal como se ha reseñado, la aparición, a juicio del comprador -hoy Bancolombia, demandante en el proceso-, de incumplimientos de los vendedores -entre ellos el demandado Jaime Gilinski Bacal- respecto de las “declaraciones y garantías” de que trata la cláusula octava del contrato de promesa que precedió a la compraventa perfeccionada, originaba la necesidad, en aras de obtener su efectividad, de observar los parámetros convenidos en el mismo contrato acerca del modo de hacer el correspondiente reclamo, de su oportunidad o momento idóneo en el tiempo para realizarlo, y de la atención de ciertos deberes o cargas de información, en función de la naturaleza del particular requerimiento, todos aspectos vinculantes para las partes, en la órbita eminentemente convencional de lo estipulado.”⁴¹

Sobre el efecto del incumplimiento de las declaraciones y garantías, afirma el tribunal que la responsabilidad que surge por la inexactitud en las mismas genera la obligación de indemnización:

“Las anteriores “declaraciones y garantías” se traducen en el marco de lo pactado para eventos de su desatención, en el régimen indemnizatorio de que da cuenta la

⁴⁰ Pág. 84

⁴¹ Pág. 87

*cláusula novena del mismo contrato, en virtud de la cual “Los promitentes vendedores se obligan a indemnizar al promitente comprador por los conceptos que se establecen a continuación”, conceptos que incluyen una previsión genérica por razón de “Inexactitudes” respecto de tales “declaraciones y garantías.”*⁴²

Sin embargo, como se establece en el artículo 1604 del Código Civil⁴³, los contratantes podrán modificar el régimen general de responsabilidad, dentro de los parámetros que la ley imponga. Vale resaltar que, en caso de alegarse la irregularidad en las declaraciones y garantías, quien las alega deberá demostrar dicha irregularidad.

En el caso objeto del laudo, se establecieron limitaciones con respecto al tiempo en el que procede la obligación de indemnización que surge de la inexactitud en las declaraciones y garantías, y sobre lo anterior, el tribunal indica que dichas limitaciones a la responsabilidad proceden, puesto que es un reflejo de la voluntad privada de los contratantes:

*“En ningún caso los promitentes vendedores indemnizarán al promitente comprador, ni legal, ni contractual, ni extracontractualmente, por obligaciones o por responsabilidades cuyas demandas no hayan sido notificadas al Banco de Colombia y sus subordinadas o al BIC dentro de los tres (3) años siguientes a la fecha de aprobación de la fusión por parte de la asamblea de accionistas del Banco de Colombia, por hechos ocurridos con posterioridad al primero de febrero de 1994.”*⁴⁴

⁴² Pág. 79

⁴³ El deudor no es responsable sino de la culpa lata en los contratos que por su naturaleza solo son útiles al acreedor; es responsable de la leve en los contratos que se hacen para beneficio recíproco de las partes; y de la levisima en los contratos en que el deudor es el único que reporta beneficio.

El deudor no es responsable del caso fortuito, a menos que se haya constituido en mora (siendo el caso fortuito de aquellos que no hubieran dañado a la cosa debida, si hubiese sido entregado al acreedor), o que el caso fortuito haya sobrevenido por su culpa.

La prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo; la prueba del caso fortuito al que lo alega.

Todo lo cual, sin embargo, se entiende sin perjuicio de las disposiciones especiales de las leyes, y de las estipulaciones expresas de las partes.

⁴⁴ Pág. 82

El tribunal determina que la responsabilidad derivada sobre las inexactitudes en las declaraciones y garantías en el caso analizado es de carácter objetivo, lo cual implica que la categorización de la culpa que tenga quien hace las declaraciones no es relevante, si no lo único que importa es el acaecimiento de las situaciones de hecho que generan el perjuicio:

“Con lo dicho hasta aquí, en opinión del Tribunal puede señalarse que el convenio de responsabilidad a cargo de los promitentes vendedores, conforme a lo plasmado en las cláusulas octava y novena del contrato de promesa y en el otrosí de octubre 30, presenta un perfil objetivo en cuanto a que su estructuración ocurrirá o se desestimará 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.”⁴⁵

Afirma el tribunal que no solo basta con el incumplimiento derivado de la inexactitud de las declaraciones y garantías para pedir la indemnización, sino que además se deberá demostrar la existencia del perjuicio personal y directo sobre el representado, desde la existencia de un daño, el deber contractual, y la relación de causalidad entre estos dos elementos. En cuanto a la carga de la prueba, esta está en cabeza de quien alega las inexactitudes en las declaraciones y garantías. El tribunal afirma que *“corresponde al comprador, en el evento de alegar derecho a indemnización conforme a lo pactado, la carga de la prueba de los supuestos fácticos que soportan la respectiva inconformidad.”⁴⁶*

⁴⁵ Pág. 94

⁴⁶ Pág. 92

Ahora bien, sobre los efectos de las declaraciones y garantías, frente a un comprador que podía haberse enterado de las inexactitudes habiendo realizado el proceso de debida diligencia, el tribunal resalta que el hecho de que el comprador hubiera podido enterarse de las inexactitudes a través de este medio, no implica una exoneración de los vendedores de su responsabilidad frente al incumplimiento en las declaraciones y garantías:

“(...) es que, conforme a lo pactado, la responsabilidad de los promitentes vendedores puede comprometerse por la comprobación de “inexactitudes” respecto de las aludidas “declaraciones y garantías”, con independencia de que versen o no sobre puntos que pudieron ser objeto de conocimiento del promitente comprador con ocasión del procedimiento de verificación adelantado.”⁴⁷

En el caso en particular, las declaraciones y garantías fueron pactadas con anterioridad a la realización de la debida diligencia, pero no se probó la mala fe de los reclamantes al momento de realizar cambios en la promesa. De lo anterior se desprende que el momento en el que se realizan las declaraciones y garantías (bien sea antes o después de realizar la debida diligencia) no tiene consecuencias al momento de asignar responsabilidad por el incumplimiento o inexactitud de las mismas.

Dicho esto, el tribunal adoptó la tesis de que la inexactitud en las declaraciones y garantías generan un incumplimiento contractual que da lugar a la respectiva indemnización de perjuicios.

c. Laudo Arbitral Aguas de Bogotá contra Némesis et al (2010)

⁴⁷ Pág. 100

El tribunal arbitral en el caso de Aguas de Bogotá establece que el vendedor tiene el deber de actuar lealmente al poner la información en disposición del comprador y por esa misma razón debe asumir cualquier inexactitud derivada de la misma. Dicho eso, la consecuencia que impone el tribunal ante cualquier inexactitud de la información u omisión es el incumplimiento contractual.

En el caso objeto de estudio de este laudo arbitral, el tribunal es claro en establecer que el comprador como destinatario de la información parte de la base de que la información es fidedigna, sin perjuicio de que haya realizado una debida diligencia previa. Así, el vendedor debería responder por los daños indemnizables derivados del suministro de una información inexacta o irregular.

En palabras del tribunal:

*“En estas materias, el Tribunal considera relevante sentar la premisa consistente en que el destinatario de la información, en este caso el comprador, no está obligado a presumir la inexactitud de la misma ni a desconfiar de ella; por el contrario, **tiene el derecho a confiar en su fidedignidad al llevar a cabo el correspondiente análisis de lo informado**, que tiene que ser diligente, pero puede ser desprevenido; y ello explica el sentido, pero también el alcance, que las declaraciones y las renunciaciones del considerando cuarto tienen.*

(...)

*En relación con el punto (vi), que se presentaron omisiones e inexactitudes en los estados financieros de las sociedades Hydros Chía, Hydros Melgar e Hydros Mosquera que **constituyen un incumplimiento de los cedentes a su deber de información frente al cesionario, derivado de los deberes de conducta que se desprenden del principio de la buena fe contractual**, como se indica a continuación:*

(...)

*Máxime si se tiene en cuenta que la convocante, como se establecerá más adelante, habría podido advertir la situación en la que se encontraba la sociedad Hydros Melgar, con base en los estados financieros y en la información que tuvo a su disposición para efectos de la debida diligencia, no obstante lo cual en la parte pertinente del fallo se le **reconocen a la convocante los perjuicios sufridos por las omisiones e inexactitudes en los estados financieros constitutivas de un incumplimiento contractual.***⁴⁸

(Énfasis fuera del texto original).

d. Laudo Arbitral Balclin Investments S.L., Altra Inversiones Ltda, et al contra Jairo Andrés Gutiérrez Robayo et al. (2011)

En el presente caso, se analiza si se puede llegar a declarar incumplido un contrato por la inexactitud de las declaraciones y garantías pactadas. El tribunal empieza analizando las cláusulas pactadas dentro del contrato, dentro de las cuales se estipuló que: (i) los vendedores (demandados) reconocían que los compradores (demandantes) adquieren las acciones en consideración de las declaraciones y garantías de los vendedores; y (ii) que, las declaraciones y garantías constituyen un elemento esencial del contrato, y son causa determinante para su celebración.

En el contrato objeto de estudio de este caso, las declaraciones y garantías pactadas estaban relacionadas con los siguientes asuntos: (i) la obligación de los vendedores de mantener indemne a los compradores por cualquier daño o perjuicio generado por la inexactitud o incumplimiento de las declaraciones y garantías; (ii) que los derechos conferidos a los compradores no se verían afectados por investigaciones o debidas diligencias llevadas a cabo, ni por el conocimiento, o no, de los vendedores del hecho que genera el derecho a ser

⁴⁸ Págs. 100, 101, 108 y 128.

indemnizados; (iii) que los compradores debían notificar al comprador sobre la ocurrencia de cualquier circunstancia que pudiera dar lugar a una obligación de indemnización, indicando los hechos y el monto de la misma, para que en un plazo de quince (15) días calendario máximo: (a) los vendedores subsanaran la inexactitud o incumplimiento y repararan los daños y perjuicios causados; o (b) que los vendedores se opusieran total o parcialmente a la reclamación efectuada. Una vez vencido este plazo, sin oposición, ocurriría la aceptación de la reclamación, que tendría mérito ejecutivo, por un monto de hasta quinientos millones de pesos (COP\$500.000.000).

Sobre el carácter vinculante de las declaraciones y garantías, el tribunal explica:

“Ellas (las declaraciones y garantías) adquirieron el carácter de vinculantes con ocasión del desarrollo de la doctrina jurisprudencial del caveat emptor, de la cual el caso más ilustrativo es el famoso “Chandelor v. Lopus”, fallado por la Corte de Asuntos Económicos inglesa en el año de 1887. La Corte manifestó que la simple afirmación del vendedor de que la cosa vendida era una piedra bezoar (que era la materia de la controversia), sin garantizar que así lo fuera, no era suficiente para que prosperara la acción. Incluso, dijo la Corte, así el vendedor tuviera conocimiento de que no se trataba de una piedra de tales características, esto no era sustancial; pues todo persona al vender una cosa afirmará que su cosa es buena, o dirá que el caballo que vende es sano, pero si no ha garantizado tal cosa, la acción no prosperará. El resultado fue la creación en el cuerpo del contrato de una “warranty”, es decir, de una garantía con la cual nacería una obligación a cargo de quien la constituía. En el derecho inglés, esta teoría fue acogida en el “English Sale of Goods Act” de 1893 y en el derecho estadounidense ha sido aceptada por varias jurisdicciones.”⁴⁹

⁴⁹ Pág. 36-37

Ahonda el tribunal al explicar que el derecho estadounidense convirtió esta jurisprudencia en derecho positivo en el Código Uniforme de Comercio–Ventas (“Uniform Commercial Code-Sales”), donde se hace una importante diferenciación entre (i) las afirmaciones que constituyen parte de la causa esencial del contrato, que conducen en todo o en parte a la celebración de un negocio jurídico y (ii) las simples opiniones del vendedor en relación con la cosa vendida. De lo anterior se deduce que cuando el vendedor hace una afirmación como las incluidas en el numeral (i) anterior, es razonable concluir que la parte ha aceptado una responsabilidad por la afirmación manifiesta. Por ello, la parte que manifiesta una representación debe (i) garantizar su veracidad y (ii) responder por las consecuencias que se deriven por la falta de veracidad de dicha representación.

De lo anterior se deriva que, como ya ha sido explicado con anterioridad, (i) las declaraciones corresponden a afirmaciones acerca de los supuestos de hecho para celebrar un contrato y (ii) las garantías constituyan promesas de que los hechos son o serán verdaderos al momento de la celebración o cierre del negocio jurídico.

Con respecto a la estipulación de estas cláusulas en Colombia, el tribunal afirma que el desarrollo de las mismas es principalmente arbitral:

“La cláusula de “Representations and Warranties” o Declaraciones y Garantías es cada vez más usual en los contratos que se celebran en Colombia. Por esa razón, existe ya un amplio desarrollo jurisprudencial, principalmente arbitral, que ha reconocido su validez y alcance, partiendo de la premisa de que ellas no son más que un resultado de la aplicación del principio de la autonomía de la voluntad privada. La

jurisprudencia arbitral ha sostenido que su incumplimiento puede dar lugar a los perjuicios que se ocasionen, según las partes lo hayan acordado o garantizado.”⁵⁰

Sumado a lo anterior, explica el tribunal que hay disposiciones en los Códigos (Civil y de Comercio) que pueden dar fundamento a la aplicación de esta figura jurídica, siendo estas: (i) artículo 1602 del Código Civil⁵¹; (ii) artículo 1603 del Código Civil⁵²; y (iii) artículo 871 del Código de Comercio⁵³:

“En el derecho colombiano, el régimen de las “declaraciones y garantías” es de corte eminentemente convencional, pues no existe una norma positiva dentro del ordenamiento que las regule directamente. No obstante, existen en nuestros códigos varias disposiciones que les sirven de fundamento, como son, principalmente, el artículo 1602 del Código Civil, que dispone que el contrato válidamente celebrado “es una ley para los contratantes”, o el 1603 del mismo estatuto, del cual se desprende que los derechos y obligaciones nacidos de un contrato se radican, como regla general, en la esfera patrimonial de quienes intervienen como parte en su celebración, en la medida en que los contratos obligan “no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por la ley pertenecen a ella” o el artículo 871 del Código de Comercio, en el que se reiteran los principios anteriores y se dice que los contratos obligan “no solo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”.⁵⁴

⁵⁰ Pág. 39

⁵¹ El contrato válidamente celebrado es ley para las partes.

⁵² Los derechos y obligaciones nacidos de un contrato se radican en la esfera patrimonial de quienes son parte en la medida en que los contratos no obligan únicamente a lo que en ellos se indica expresamente sino a todas las cosas que emanen de la naturaleza de la obligación o que le pertenezcan a ella en virtud de la Ley

⁵³ Los contratos obligan no sólo a lo que en ellos se indica expresamente sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos

⁵⁴ Pág. 40

Es importante resaltar que, por sí mismas, las declaraciones y garantías no constituyen una obligación de dar, hacer o no hacer, sin embargo, actúan como fundamento para las obligaciones principales que se pacten en el contrato y en ese sentido el incumplimiento de las mismas se podrá entender como un incumplimiento contractual y un desconocimiento de las causas que dieron origen a la celebración del contrato. El tribunal explica lo siguiente:

“En ese sentido, el Tribunal considera que las declaraciones y garantías tienen una connotación particular dentro del derecho colombiano de las obligaciones pues, vistas de manera aislada, estas no comportan un vínculo jurídico obligacional propiamente dicho que implique por sí solo una prestación de dar, hacer o no hacer. Ellas son, como en su momento lo sostuvo la doctrina estadounidense mencionada, 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.”⁵⁵

⁵⁵ Pág. 40-41

Con respecto a las declaraciones y garantías y su relación con el consentimiento, establece el tribunal que estas pueden ser consideradas elementos fundamentales para el mismo, explicando que:

“(...) 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. No sobra recordar que nuestro ordenamiento positivo exige que la manifestación de voluntad de quien contrata sea consciente y libre, esto es, que no esté afectada por irregularidades de aquellas que genéricamente son denominadas en la ley y en la doctrina como vicios del consentimiento, conceptos estos que fueron precisados por la Corte Constitucional cuando explicó: “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. El dolo es toda especie de artificio para engañar a otro sujeto del negocio jurídico y que induce o provoca 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...”. Empero, la ocurrencia de vicios del consentimiento no da necesariamente lugar a incumplimientos contractuales propiamente dichos, sino a la existencia de nulidades relativas que, como cualquier nulidad relativa, debe ser alegada por las partes (artículo 1743 del Código Civil).”⁵⁶

Con respecto al incumplimiento del contrato en virtud de inexactitudes o falta de veracidad en las declaraciones y garantías, el tribunal afirma que cualquier perjuicio derivado

⁵⁶ Pág. 41-42

de dicha inexactitud o falta de veracidad también daría lugar a una indemnización por parte de quien hace las declaraciones a la parte afectada, puesto que las partes expresamente pactaron que cualquier perjuicio derivado por la inexactitud, falta de veracidad o incumplimiento de cualquier declaración daría lugar a una indemnización.

Dicho esto, el tribunal apoya la tesis de que la falta de veracidad en las declaraciones y garantías constituye un error como vicio del consentimiento y el contrato se encontraría viciado por la nulidad relativa. Sin embargo, el tribunal deja claro que esta situación no es excluyente con que la parte afectada reclame los perjuicios derivados de la falta de veracidad en alguna de las declaraciones y garantías.

e. Laudo Arbitral Cadena S.A. contra Invertlc S.A.S. et al. (2012)

Respecto del alcance de las declaraciones y garantías, en este laudo el tribunal indicó 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 de las normas civiles y comerciales (artículos 1603⁵⁷ del Código Civil y 871 del Código de Comercio⁵⁸), el enajenante adquiriera 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.”⁵⁹

⁵⁷ Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.

⁵⁸ Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

⁵⁹ Pág. 63. Párrafo 218.

Igualmente, con respecto la inclusión de las declaraciones y garantías en un contrato afirma el tribunal:

“(…) el vendedor adquiere una obligación de información mayor y más exigente que la de cualquiera otro y que, por consiguiente, trasciende la responsabilidad general que disciplinan los ordenamientos civil y comercial respecto del saneamiento por evicción y por vicios redhibitorios (artículos 1893⁶⁰ y siguientes del Código Civil y 922⁶¹ y siguientes del Código de Comercio). Las declaraciones y garantías estipuladas con ese alcance en un contrato de enajenación de acciones de una empresa en marcha, constituyen una auténtica asignación de riesgos entre los contratantes.”⁶²

El tribunal determinó el alcance de las declaraciones y garantías de acuerdo con la doctrina, al establecer que:

“(…) al formular una declaración que se entiende forma parte del acuerdo contractual, el contratante asegura la verdad de lo declarado, de modo que si esa afirmación no es conforme con la realidad, no podrá eximirse de responsabilidad. El deber contractual sólo se entenderá cumplido si la afirmación es verdadera. El efecto buscado al incorporar afirmaciones de hecho o de derecho a un contrato es precisamente generar responsabilidad contractual de quien las formula, en caso que ellas no correspondan a la realidad.”⁶³

⁶⁰ La obligación de saneamiento comprende dos objetos: amparar al comprador en el dominio y posesión pacífica de la cosa vendida, y responder de los defectos ocultos de esta, llamados vicios redhibitorios.

⁶¹ La tradición del dominio de los bienes raíces requerirá además de la inscripción del título en la correspondiente oficina de registro de instrumentos públicos, la entrega material de la cosa.

Parágrafo: De la misma manera se realizará la tradición del dominio de los vehículos automotores, pero la inscripción del título se efectuará ante el funcionario y en la forma que determinen las disposiciones legales pertinentes. La tradición así efectuada será reconocida y bastará ante cualesquiera autoridades.

⁶² Pág. 64. Párrafo 219.

⁶³ Pág. 64. Párrafo 220.

Adicionalmente, el tribunal estableció que, tratándose de la compraventa de acciones y de activos no materiales, la función de las declaraciones y garantías es:

“(...) extender el ámbito de responsabilidad del vendedor, haciéndole responsable de determinadas contingencias, daños o riesgos, que de otro modo ocurrirían a riesgos del comprador. Al establecerse una lista de hechos y contingencias que han de ser manifestadas como ciertas por el vendedor, éste asume la responsabilidad de que tales manifestaciones sean ciertas y responde de ello. Con el régimen de responsabilidad propio de la compraventa, el vendedor no respondería de cualidades o contingencias que resultan ser externas y ajenas a la cosa vendida.”⁶⁴

Ahora bien, con respecto del incumplimiento de las declaraciones y garantías, el tribunal estableció:

“(...) cuando el contenido de las declaraciones extendidas resulta inexacto, incompleto o no veraz, el deudor incurre en incumplimiento. En otras palabras, al extenderlas y suscribirlas, el deudor responde por el contenido y la veracidad de las mismas, de modo que bajo este régimen, se salvaguardan los derechos e intereses del comprador quien al no tener el control de la empresa, ni de su información financiera y contable, está -en principio- a expensas de la que le suministre el vendedor.”⁶⁵

El tribunal a su vez determinó que:

⁶⁴ Pág. 67. Párrafo 229.

⁶⁵ Pág. 65. Párrafo 222.

“(…) 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”.⁶⁶

En su decisión, el tribunal decidió declarar el incumplimiento del contrato de compraventa de acciones, y en ese sentido, determinó que, como consecuencia de las malas prácticas contables, la parte compradora pagó un mayor valor por la compañía, y se condenó de forma solidaria a los vendedores a pagar el daño emergente y lucro cesante. Como se puede evidenciar, el tribunal en este caso optó por la tesis de que la inexactitud en las declaraciones y garantías constituyen un incumplimiento contractual que da lugar a la indemnización de perjuicios a favor de la parte cumplida.

f. Laudo Arbitral Mercantil Galerazamba & Cía S.C.A. et al contra Muñoz Merizalde & Cía S.C.A. et al. (2020)

En el presente caso, el tribunal determinó que las declaraciones y garantías pueden ser un elemento determinante en la manifestación del consentimiento del comprador, puesto que la información sobre el estado de la compañía y las manifestaciones que se haga sobre este son

⁶⁶ Pág. 65. Párrafo 223.

de gran importancia para la fijación del precio de venta de las acciones. Para soportar su tesis, el tribunal cita el laudo de Bancolombia S.A. contra Jaime Gilinski Bacal, así:

“(…) 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.”⁶⁷

En el mismo sentido, establece que, tratándose de manifestaciones, la inexactitud de las mismas podría dar lugar a un vicio (error) sobre el contrato, lo que derivaría, como sanción, en la declaración rogada de nulidad del mismo:

“La falta de veracidad en dichas manifestaciones podría generar, a su vez, un vicio del consentimiento que conduzca a la nulidad relativa del negocio jurídico con la posibilidad de solicitar su rescisión, impetrando la acción respectiva dentro de los plazos de prescripción ciertamente estrechos que tiene este tipo de sanción al negocio jurídico.”⁶⁸

Igualmente, tratándose de manifestaciones realizadas dentro del contrato, como lo son las declaraciones y garantías, explica que la inexactitud y falta de veracidad de las mismas, por regla general, se podría concretar en una consecuencia indemnizatoria para la parte representada:

⁶⁷ Pág. 222

⁶⁸ Pág. 223

“Verificada la inexactitud o falsedad de las declaraciones, esa circunstancia resulta suficiente para activar la garantía acordada, que ordinariamente está referida a un reconocimiento de carácter indemnizatorio. Esto no obsta para que, ante la ausencia de una regulación legal de esta figura en nuestro ordenamiento, sean las partes las que, a través de cláusulas de indemnidad, delimiten el alcance de la responsabilidad de quien ha hecho una declaración que finalmente resulta carente de veracidad. Estas cláusulas de indemnidad son una concreción de la garantía que acompaña a las declaraciones en el sentido de que la manifestación correspondiente efectivamente es veraz y exacta. Es por esta razón que se ha afirmado 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’”.”⁶⁹

Igualmente, menciona que las declaraciones y garantías son consecuencia del deber precontractual de información y elementos de la causa determinante del negocio. Recordando laudos arbitrales anteriores, menciona que estas estipulaciones contractuales no corresponden estrictamente a obligaciones de dar, hacer, o no hacer:

“Respecto de su naturaleza jurídica, en sede arbitral se ha señalado que las declaraciones y garantías no corresponden, en sentido estricto, a un vínculo jurídico obligacional en cuyo objeto se encuentren prestaciones de dar, hacer o no hacer. Se considera que son “estipulaciones accesorias a las obligaciones principales, que se relacionan con y son consecuencia del deber precontractual de información y

⁶⁹ Pág. 223

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 ”.”⁷⁰

Por último, con respecto al efecto de la debida diligencia, establece lo siguiente:

“En este mismo sentido, en el arbitraje nacional se ha expresado que, sin perjuicio de lo que expresamente pacten las partes, “efectuar el due diligence no representa exoneración de responsabilidad para el vendedor respecto de inexactitudes o falencias asociadas a las declaraciones y garantías emitidas, ni traslado automático de los riesgos a la órbita del comprador en los escenarios de hallazgos de tales inexactitudes o falencias, hasta el punto que, incluso, la utilización del mecanismo de las referidas declaraciones y garantías puede tener, precisamente, la finalidad de proteger intereses del adquirente en hipotéticos eventos de deficiencias en el trámite de la ‘debida diligencia ’”.”⁷¹

Así las cosas, el tribunal establece un orden de aplicación para los remedios contractuales, teniendo en cuenta la ausencia de regulación legal al respecto:

“(…) en caso de incumplimiento de lo manifestado en las declaraciones y garantías deberán aplicarse, en primer lugar, las consecuencias contractualmente pactadas por las partes -por ejemplo, el pago de la indemnización contemplada en una cláusula de indemnidad-. En ausencia de un acuerdo expreso de las partes sobre los efectos del incumplimiento, corresponderá aplicar las normas que regulen las prerrogativas del

⁷⁰ Pág. 222

⁷¹ Pág. 225-226

acreedor según el tipo de contrato del que se trate, así como las normas generales sobre obligaciones y contratos. Por tanto, en cada caso resultará necesario analizar si procede alguna prerrogativa especial que la ley confiera al acreedor, que, para el caso particular del contrato de compraventa, podría consistir en la acción derivada de los vicios ocultos, que permite solicitar la rescisión del contrato o la rebaja del precio (artículos 1917 del Código Civil y 934 del Código de Comercio). Asimismo, en lo que respecta a las normas generales sobre contratos, se podría solicitar una indemnización de perjuicios por incumplimiento contractual (artículo 1546 del Código Civil) o por incumplimiento del deber de información que, aunque se haya desatendido durante la etapa precontractual, generará responsabilidad contractual en la medida en que sus efectos se proyecten en la ejecución del contrato.”⁷²

g. Laudo Arbitral A Korn Arquitectos S.A.S. contra César Antonio Pérez Henao et al. (2021)

En el presente caso, con respecto a un acuerdo comercial pactado entre las partes para el desarrollo y construcción de un proyecto inmobiliario, sobre la naturaleza y fuerza vinculante de las declaraciones y garantías, el tribunal se remite a lo establecido en el laudo de Balclin Investments S.L., Altra Inversiones Ltda, et al. contra Jairo Andrés Gutiérrez Robayo et al, del 2011, para afirmar que las mismas constituyen contenidos negociales válidos y vinculantes, estableciendo 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

⁷² Pág. 223-224

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.”⁷³

El tribunal afirma que la “Manifestación” cuya falsedad alegan, no genera la obligación de indemnización ya que la presencia de contingencias y el remedio para superarlas no está cubierta por la declaración y garantía. Dicho esto, el tribunal cita la jurisprudencia arbitral que ha hablado sobre las declaraciones y garantías para mencionar que una inexactitud o falta de veracidad en las declaraciones y garantías puede dar lugar a un vicio del consentimiento.

h. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2013. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez

La Corte Suprema de Justicia precisó que la inexactitud o falta de veracidad en las declaraciones y garantías constituye una violación a la garantía de buen funcionamiento contemplada en el artículo 932 del Código de Comercio, explicando:

“Cuando en el contrato se estipulan cláusulas de garantía de buen funcionamiento, el comprador deberá reclamar al vendedor en la forma y término previstos en el artículo 932 del Código de Comercio, de cuya interpretación se deduce que el ‘buen funcionamiento’ no se limita a la adecuada labor que debe realizar una máquina o artefacto, sino que se refiere a las características que hacen posible que la cosa vendida, cualquiera que ella sea, sirva a la finalidad que le es propia o para la cual fue adquirida.”⁷⁴

⁷³ Pág. 87

⁷⁴ Pág. 38

De igual modo indicó que aún si no se estipula una cláusula de garantía, la ley impone al vendedor la obligación de responder por los vicios ocultos de la cosa vendida:

“A la misma conclusión habría que llegar si se aceptara que la fuente de la prestación no fue la cláusula de garantía contenida en el contrato, sino la obligación legal de saneamiento a cargo del vendedor por defectos o vicios ocultos en la cosa (...).”⁷⁵

Ahora bien, la Corte deja claro que el alcance de las mencionadas garantías está determinado por el objeto del negocio jurídico, que en los casos de venta de acciones se circunscribe a los derechos que estas otorgan a los accionistas.

VII. Conclusión

En todos los tipos de contratos se busca la satisfacción del acreedor, y este nivel de satisfacción no solo depende de la ejecución de ciertos comportamientos por parte del deudor, sino también de la verificación de la realidad. Además, al momento de celebrar un contrato, las partes persiguen la repartición de riesgos y los remedios en caso de que el interés del acreedor no se logre satisfacer, lo cual tiene un impacto en la responsabilidad contractual.

Las declaraciones y garantías son una figura que proviene de los sistemas jurídicos anglosajones y consisten en manifestaciones sobre hechos que una parte hace a otra y que se incluyen en el contrato y las respalda una obligación de remediar su falta de veracidad. Los remedios que se ofrecen para la parte afectada con una falsedad en una declaración y garantía son meramente resarcitorios, que en la mayoría de los casos consiste en una compensación.

Igualmente, las declaraciones y garantías son previsiones de las que las partes se sirven para incorporar al contrato afirmaciones acerca de su objeto, generando con ello

⁷⁵ Pág. 44

responsabilidad contractual cuyo remedio se traduce en una indemnización por los daños y perjuicios al contratante cumplido para dejarlo en la misma posición en la que estaría, de haberse cumplido a cabalidad con las obligaciones del contrato. Cada declaración y garantía incluida en el contrato se refiere a una o varias circunstancias y, en caso de falta de veracidad habrá derecho a una compensación a favor de la parte a la que se le generen perjuicios.

Como se tuvo la oportunidad de mencionar, las declaraciones y garantías también cumplen un rol importante de cara al deber de información que tienen las partes, derivado de los deberes secundarios de conducta que se apoyan en el postulado de la buena fe. Sin embargo, no hay que perder de vista que la principal función de las declaraciones y garantías es la atribución de responsabilidades, dado que quien las realiza asume una responsabilidad por aquello que está afirmando, y esto pone en una situación de riesgo a la otra parte del contrato.

Es de suma importancia destacar que, en el derecho anglosajón (inglés), la falta de veracidad en las declaraciones y garantías constituye un incumplimiento contractual, más conocido como “*breach of warranty*”⁷⁶ y como se mencionó anteriormente, esta figura proviene del derecho anglosajón que ha tenido la oportunidad de sacar el mayor provecho de esta figura y ha desarrollado de mejor manera su aplicación en la práctica.

Dicho esto, si aplicamos la lógica del trasplante de la figura al caso colombiano, si ubicamos las declaraciones y garantías en el incumplimiento contractual, entonces las declaraciones y garantías constituyen una técnica de asignación objetiva de riesgos, donde el riesgo consiste en la verificación de los hechos y circunstancias declarados. Así, el Código Civil colombiano ofrece varios remedios mencionados anteriormente para el incumplimiento contractual, donde la parte cumplida goza de discrecionalidad para escoger el que le convenga.

⁷⁶ Aguayo, J. (2011). *Manifestaciones y Garantías en el Derecho de Contratos Español*. Civitas, página 461.

Lo anterior supone necesariamente que las declaraciones y garantías de manera aislada no contienen un vínculo jurídico obligacional que implique por sí solo una prestación de dar, hacer o no hacer⁷⁷, dado que por sí solas son meras afirmaciones que fundamentan la cláusula de indemnidad de un contrato. Así las cosas, la cláusula de indemnidad constituye esa garantía que acompaña a las declaraciones. Dicho de otro modo, la inexactitud de una declaración y garantía constituye un incumplimiento en virtud del cual la obligación de indemnizar (obligación de dar) surge para el vendedor (deudor) a favor del comprador (acreedor) por los perjuicios que le pueda generar, cumpliendo una función resarcitoria.

Cuando las partes entran en un contrato tienen como objetivo principal obtener un beneficio conjunto, donde el remedio más eficiente en caso de incumplimiento contractual y, por lo tanto, el que más lo desincentiva consiste en la indemnización del daño, supuesto en el que la indemnización pretende poner a la parte cumplida en la misma posición de utilidad en la que se encontraría si su contraparte hubiera cumplido el contrato. Así las cosas, la falta de veracidad de las declaraciones y garantías supone una frustración del interés del acreedor.

En cuanto a las diversas posiciones de los laudos arbitrales y la jurisprudencia en la ubicación dogmática de las declaraciones y garantías, es importante tener en cuenta, las posiciones que soportan que la falta de veracidad corresponde a dolo (mentir en la declaración) o ha llevado a error al destinatario mintiendo y proporcionando información errónea, en ambos casos sería atribuible el error. Además, la figura del error tiene como consecuencia la nulidad absoluta del contrato y no persigue la compensación que es lo que habitualmente se busca al incluir esta figura en un contrato.

En cuanto a las posiciones que soportan los vicios ocultos, el destinatario de las declaraciones y garantías, es decir, el comprador, ha realizado comprobaciones como la debida diligencia cuyo resultado ha sido confirmado por el vendedor. En ese sentido, es difícil

⁷⁷ Laudo Arbitral Mercantil Galerazamba & Cía S.C.A. et al contra Muñoz Merizalde & Cía S.C.A. et al, 2020, página 222.

sostener que el comprador o destinatario de las declaraciones y garantías, ignora una circunstancia que devalúa la cosa objeto del contrato, cuando ha realizado una debida diligencia.

Además, contrastando las distintas posiciones de los laudos arbitrales y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se puede deducir que la mayoría de los tribunales apoyan la tesis de que la inexactitud o falta de veracidad en las declaraciones y garantías constituye un incumplimiento contractual como se muestra a continuación:

DECISIÓN	CONSECUENCIA DE LA FALSEDAD O INEXACTITUD DE LAS DECLARACIONES Y GARANTÍAS		
	Incumplimiento contractual	Vicio del consentimiento	Vicios ocultos
Corporación Financiera Colombiana S.A. contra Invercol S.A., et al. (2005)	●		
Bancolombia contra Jaime Gilinsky Becal. (2006)	●		
Aguas de Bogotá Contra Némesis et al. (2010)	●		
Balclin Investments S.L., Altra Inversiones Ltda, et al contra Jairo Andrés Gutiérrez Robayo et al. (2011)		●	

Cadena S.A. contra Invertic S.A.S. et al. (2012)	●		
Mercantil Galerazamba & Cía S.C.A. et al contra Muñoz Merizalde & Cía S.C.A. et al. (2020)	●		●
A Korn Arquitectos S.A.S. contra César Antonio Pérez Henao et al. (2021)		●	
Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2013. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez			●

El principal objetivo de este estudio consistía en analizar el régimen legal al cual estaban sujetas las declaraciones y garantías en Colombia. De manera objetiva, analizando doctrina anglosajona, colombiana, española y chilena, junto con laudos de tribunales de arbitramento colombiano y la jurisprudencia, se llega a las siguientes conclusiones:

1. En general, el modelo de las declaraciones y garantías ha sido efectivamente trasplantado desde el derecho anglosajón al ordenamiento jurídico colombiano.

2. Este trasplante ha ocurrido principalmente por las firmas nacionales de derecho corporativo, las cuales sirven como un puente para la realización de transacciones con partes y contrapartes internacionales.
3. Las declaraciones y garantías no están expresamente reguladas en la legislación colombiana, sin embargo, y de conformidad con la doctrina y los laudos arbitrales analizados, son una figura meramente consensual, y que, ante el vacío legal con respecto a su regulación, encuentran su fundamento en el principio contractual de la autonomía de la voluntad privada, bajo el concepto planteado por Fernando Hinestrosa, quien afirma que la autonomía de la voluntad 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.”*
4. Las mismas son una figura a través de la cual las partes de un negocio jurídico asignan riesgos. De igual manera, la validez de la aplicación de las mismas en los negocios jurídicos que se rigen bajo ley colombiana se ve sustentada, indirectamente, en la norma, puesto que el Código Civil consagra que los contratos válidamente celebrados serán ley para las partes.
5. Que los laudos arbitrales han establecido como consecuencias jurídicas para incumplimiento de las declaraciones y garantías (i) la posibilidad que el incumplimiento derive en una nulidad relativa del contrato, puesto que se vició el consentimiento de quien contrata con fundamento en las mismas; (ii) la posibilidad que el incumplimiento derive en una acción rescisoria; y (iii) el incumplimiento contractual con indemnización de perjuicios, a través del pacto de cláusulas de indemnidad, en donde se puede asignar la responsabilidad indemnizatoria de la parte incumplida en cuanto a las declaraciones y garantías, con respecto del representado.

6. Haciendo un análisis de la doctrina y la jurisprudencia, se puede concluir que la inexactitud o falta de veracidad en las declaraciones y garantías constituye un incumplimiento contractual que da lugar a la indemnización de perjuicios a favor de la parte afectada.
7. Que, con el fin de fomentar la inversión extranjera en el país, una regulación con respecto de las declaraciones y garantías, que brinde seguridad jurídica a los inversionistas, sería deseable en el corto plazo.

VIII. Bibliografía

1. A Korn Arquitectos S.A.S. V. César Antonio Pérez Henao, et al., Tribunal de arbitramento (2021).
2. Aguayo, J. (2011). *Manifestaciones y Garantías en el Derecho de Contratos Español*. Civitas.
3. Allen, D.K. (1998). *Misrepresentation*. Sweet & Maxwell.
4. Avendaño, E., Estela, D. (2016). *Aplicación y Eficacia de las Cláusulas de Declaraciones y Garantías y de Limitación de la Responsabilidad en los Contratos de Compraventa de Acciones (Application and Effectiveness of the Clauses of Representations and Warranties and Limitation of Liability in Share Purchase Agreements)*. SSRN.
5. Balclin et al. V. Gutiérrez Robayo, Tribunal de arbitramento (2011).
6. Bancolombia V. Jaime Gilinsky, Tribunal de arbitramento (2006).
7. Cadena S.A. V. Invertlc S.A.S., et al., Tribunal de arbitramento (2012).
8. Carrasco, A., et al. (2004) *Fusiones y Adquisiciones de Empresas*. Editorial Aranzadi.
9. Cartwright, J. (2016). *Contract Law*. Hart Publishing.
10. Código Civil Colombiano
11. Código de Comercio Colombiano
12. Corporación Financiera Colombiana S.A. V. Invercolsa S., et al., Tribunal de arbitramento (2005).
13. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2013. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez.
14. Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de mayo de 2002. Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros.

15. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 5 de octubre de 1939. *Jurisprudencia y doctrina*, t. III, p. 552.
16. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de febrero 28 de 1936. *Jurisprudencia y doctrina*, t. III, p. 383.
17. Cubides. J., (1991). *Obligaciones*. Pontificia Universidad Javeriana, Facultad de Ciencias Jurídicas y Socioeconómicas.
18. De la Maza, I. (2009). *Los límites del deber precontractual de información*. Editorial Aranzadi.
19. Diego Muñoz Tamayo V. La Fortaleza S.A., Tribunal de arbitramento (1999).
20. Donovan, T., Simala, J. (2021). *The definitive M&A agreement - Representations and warranties*. Thomson Reuters.
21. Epstein, R. (1999). *Torts*. Aspen Publishers.
22. Even-Tov, O., Ryans, J., Solomon, S.D., (2022). *Representations and warranties insurance in merger and acquisitions*. Springer Nature.
23. Farnsworth, E.A. (1982). *Contracts*. Aspen Publishers.
24. Gili, M. (2010). *Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías*. InDret, Vol. 02, 2010.
25. Harrison, C.S. (2016). *Make the Deal, Negotiating Mergers & Acquisitions*. Bloomberg Press.
26. Hineirosa, F. (2014). *Función, límites y cargas de la autonomía privada*. Revista de Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia (No. 26).
27. Kishner, I.A. (2011). *M&A Deals in a recovering Economy: Key Concerns and Strategies*.

28. Kishner, I.A. (2015). *M&A Deal Strategies: Leading Lawyers on Conducting Due Diligence, Negotiating Representations and Warranties, and Succeeding in a Post-Recession Market*. Aspatore.
29. Laguado, D. (2015). *Transplanting Contractual Terms: The Influence of the Common Law in the Civil Law of Contracts, a view from the Periphery*. Bepress.
30. Márquez, D. (N.D). *Sandbagging en transacciones de M&A en Colombia: Discusiones entre la buena fe y la autonomía de la voluntad*. Semillero de investigación fusiones y adquisiciones. Universidad de los Andes.
31. Marrocco, A.J. (2016). *Negotiating Critical Representations and Warranties in Franchise Mergers and Acquisitions - Part I*. Franchise Law Journal. Vol. 36. No. 1.
32. Mercantil Galerazamba y Cía S.C.A., et al., v. Muñoz Merizalde & Cía S. En C., Tribunal de arbitramento (2020).
33. Ordóñez, P. (2013). *Validez y efectos de cláusulas de limitación de responsabilidad en contratos de compraventa de acciones en Colombia*. Universidad de los Andes, Revista de Derecho Privado No. 49.
34. Ospina Fernández, G., (2008). *Régimen general de las obligaciones*. Editorial Temis.
35. Ospina Fernández, G., Ospina Acosta, E. (2021). *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*. Editorial Temis.
36. Practical Law Commercial Transactions. (2022). *Representations, Warranties, Covenants, Rights and Conditions*. Thomson Reuters Practical Law.
37. Recart, J. (2020). *Sobre el conocimiento del comprador, antes de la firma del contrato o del cierre, de la falsedad de las declaraciones y garantías*. Revista Chilena de Derecho, 2020 Mayo - Agosto. Vol 47, No. 2.
38. Sepinuck, S.L. (2015). *The Virtue of "Represents and Warrants": Another View*. American Bar Association.

39. Solarte, A. (2004). *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*. Pontificia Universidad Javeriana. Revista Vniversitas.
40. Stark, T.L. (2007). *Drafting Contracts, How and Why Lawyers Do What They Do*. Aspen Publishers.
41. Stiglitz, R. S. (1998). *Contratos civiles y comerciales. Parte general*. Abeledo Perrot S.A. e I.
42. Stulberg, E. (2019). *Canada: Calculating Damages in Representations and Warranties Cases*. Mondaq.
43. Ungerman, T. (2017). *Canada: IP Representations and Warranties in Tech M&A*. Mondaq.
44. Willis, R. (2021). *United States: Healthcare Representations and Warranties in the M&A Transaction*. Mondaq.