

**Claudia Lorena Escandón Lozano\***

Universidad Icesi (Cali, Colombia)

clescandon@icesi.edu.co

**Declaraciones y garantías en fusiones  
y adquisiciones empresariales: una aproximación  
desde el interés contractual y la teoría de  
la causa**

*Declarations and guarantees in mergers and acquisitions:  
an approach based on contractual interest and the theory  
to the cause*

*Declarações e garantias em fusões e aquisições  
corporativas: uma abordagem baseada no interesse  
contratual e a teoria para a causa*

**Artículo de investigación:** recibido 23/03/2018 y aprobado 25/10/2018

\* Profesora tiempo completo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Icesi, abogada por la Unidad Central del Valle del Cauca, Especialista en Derecho Comercial por la Pontificia Bolivariana y magíster en Derecho por la Universidad Icesi.



## Resumen

En los contratos de compraventa de acciones y adquisiciones de empresas es muy frecuente encontrar la denominada cláusula de «Declaraciones y Garantías». En ella las partes suelen hacer una serie de afirmaciones que informan sobre la calidad y origen de la cosa vendida –que para el caso es justamente la compañía–; así como aseveraciones que arrojan información importante y necesaria para contratar (estados financieros; el estado de las acciones; los litigios pendientes; el manejo de los asuntos laborales; los pasivos ocultos; licencias; propiedad industrial; contratos; etcétera). Una vez se hacen estas declaraciones, se asumen responsabilidades por la veracidad, exactitud o precisión de la información suministrada, al punto de poder predicar un incumplimiento contractual en caso contrario. En este artículo pretendo hacer un análisis del alcance y significado de esta figura jurídica, en el particular contexto colombiano, centrándome en las teorías de la «causa jurídica» y en resolver el interrogante de cuál es la forma en que se subsana su incumplimiento cuando estas son falsas o inexactas.

**Palabras claves:** Contratos de compraventa; Declaraciones y garantías; Teoría de la causa jurídica.

## Abstract

In contracts for the sale of shares and acquisitions of companies, it is very common to find the so-called «Declarations and Guarantees» clause. In it, the parties usually make a series of statements that inform about the quality and origin of the thing sold -which is precisely the Company-; as well as statements that provide important and necessary information to contract (financial statements, the status of the actions, the pending litigation, the handling of labor issues, hidden liabilities, licenses, industrial property, contracts, etc.). Once these statements are made, responsibilities are assumed for the veracity, accuracy or accuracy of the information provided, to the point of preaching a breach of contract otherwise. In this article I intend to make an analysis of the scope and meaning of this legal concept, in the particular Colombian context, focusing on the theories of the «legal cause» and on solving the question of what is the way in which its breach is corrected when you are They are false or inaccurate.

**Keywords:** Buy and sell contracts; Declarations and guarantees; Theory of legal cause.

## Resumo

Nos contratos de venda de ações e aquisições de empresas, é muito comum encontrar a chamada cláusula de «Declarações e Garantias». Nele, as partes costumam fazer

uma série de declarações que informam sobre a qualidade e origem da coisa vendida - que é precisamente a empresa -; bem como declarações que fornecem informações importantes e necessárias para contratar (demonstrações financeiras, o status das ações, o litígio pendente, o tratamento de questões trabalhistas, passivos ocultos, licenças, propriedade industrial, contratos, etc.). Uma vez que estas declarações são feitas, as responsabilidades são assumidas pela veracidade, precisão ou exatidão das informações fornecidas, ao ponto de pregar uma quebra de contrato em contrário. Neste artigo pretendo fazer uma análise do alcance e do significado desse conceito jurídico, no contexto particular colombiano, enfocando as teorias da «causa legal» e resolvendo a questão de qual é a maneira pela qual sua violação é corrigida quando você está Eles são falsos ou imprecisos.

**Palavras-chave:** Contratos de compra e venda; Declarações e garantias; Teoria da causa legal.

Hoy por hoy, las operaciones de adquisiciones de empresas han experimentado una fuerte expansión como consecuencia del crecimiento económico, la apertura del mercado y el aumento de la inversión extranjera. Estos procesos de fusiones y adquisiciones, que en el derecho anglosajón se denominan *mergers and acquisitions*, se orientan hacia la unión de activos y compañías, bajo el propósito de alcanzar el desarrollo externo empresarial que resulta de la asociación o control, ampliando negocios actuales o introduciéndose en otros nuevos (Sherman, 2011). En el contexto colombiano advertimos que el Código de Comercio entiende a las fusiones como fenómenos societarios; las define además como el proceso en virtud del cual «una o más sociedades se disuelven, sin liquidarse, para ser absorbidas por otra o para crear una nueva». A su turno, las adquisiciones han sido tratadas como compraventas que, dependiendo del porcentaje adquirido, tienen como objeto contractual a la empresa en su conjunto.

En estas operaciones –que por cierto tienen una gran trascendencia económica– se suele realizar en la etapa precontractual una *due diligence*<sup>1</sup> (diligencia debida), en la que se investigan y analizan los activos que son materia de la transferencia y se obtiene información relevante de la compañía antes de proceder a su adquisición. En esta se identifican las fortalezas y debilidades a partir de las cuales el inversionista decide seguir adelante o no con la inversión, así como los términos en que tendría que hacerlo. En el contexto de este ejercicio informativo, se ha impuesto en la celebración de estos contratos la estipulación de una cláusula que busca equilibrar la posición del comprador de una empresa, respecto de los vacíos de conocimiento e información que pueda tener. Y ello tiene sentido porque, cualquiera sea el esfuerzo que se invierta en hacer una *due diligence*, el comprador por lo general tendrá una información imperfecta. De ahí que sea necesario que tanto el vendedor como el comprador realicen ciertas afirmaciones que suplan esta situación de desigualdad.

Todas estas afirmaciones se incorporan en una cláusula denominada *representations and warranties* (declaraciones y garantías), cuyo origen se encuentra en la técnica contractual anglosajona, y que se ha generalizado en contratos de compraventa de acciones en el caso colombiano. En términos generales,

---

<sup>1</sup> Es un proceso en virtud del cual el posible adquirente de una empresa realiza, con consentimiento y asistencia del vendedor, una detallada investigación de diferentes áreas del negocio que se quiere adquirir, con el fin de conocer con mayor profundidad y reducir el riesgo de la transacción, aportando al comprador una evaluación independiente y detallada del negocio; y revisando la existencia de posibles pasivos ocultos o contingencias.

podría definirse a las **declaraciones** (*representations*) como aquellas afirmaciones que hacen las partes sobre los hechos que los conducen a la celebración del negocio jurídico. Por su parte, las **garantías** (*warranties*) establecen promesas de que dichas afirmaciones son o serán verdaderas. De esta manera, cuando se incorporan este tipo de cláusulas, las partes asumen responsabilidades por las afirmaciones manifestadas, y en caso de que estas sean inexactas, incorrectas o que carezcan de verdad, puede entenderse como un incumplimiento del contrato y un desconocimiento de las causas que llevaron a su celebración (Ordóñez Arias, 2013).

Véase particularmente en EUA lo ocurrido en el caso *CBS inc. V. Ziff-Davis Publishing co.* (1990), en el que el comprador (CBS) realizó una oferta a Ziff-Davis Publishing co. basada en la información financiera, y en la supuesta rentabilidad, proporcionada por el vendedor. Dicha oferta fue aceptada y las partes celebraron el acuerdo de compraventa, que incluyó expresas garantías del vendedor en cuanto a la veracidad de la información financiera que había entregado. En dicho acuerdo, Ziff-Davis declaró y garantizó que los ingresos auditados que se proporcionaron a CBS «habían sido preparados de acuerdo con principios de contabilidad generalmente aceptados (PCGA)»; además de garantizar que todas las «representaciones y garantías sobrevivirán al cierre, a pesar de cualquier investigación hecha por el comprador», dando con ello expresa autorización a CBS para realizarla, para lo cual se tenía acceso a los libros y registros.

CBS llevó a cabo su propio examen de *debida diligencia*, en el cual se percató de que Ziff-Davis no preparó la información financiera de forma clara, y manifestó sus dudas. Sin embargo, se procedió al cierre toda vez que Ziff-Davis nuevamente declaró y garantizó dicha información financiera. Posteriormente, cuando CBS comprobó la inexactitud de las declaraciones, interpuso una acción de incumplimiento alegando que el vendedor había violado las declaraciones hechas; y sobre esta base, alegó que el precio pagado estaba por encima del precio que hubiera podido establecerse si lo declarado hubiese sido una información veraz. En este caso, el Tribunal de Apelaciones de Nueva York falló a favor del comprador, bajo el argumento de que la cuestión fundamental es determinar si el comprador **creyó** estar comprando lo prometido por el vendedor, es decir,

la declaración de que esta información es o será verdadera (CBS v. Ziff-Davis Publ. Co., 1990).<sup>2</sup>

Por su parte, en Colombia, en donde se ha trasplantado el uso de esta cláusula, le correspondió al tribunal de arbitramento de la Cámara de Comercio de Bogotá decidir si las reclamaciones de la parte convocante, AFC Investment Solutions, Armando Delgado Rodríguez y Cándido Rodríguez Lozada, eran válidas y procedentes de conformidad con el contrato de compraventa de acciones suscrito entre esta y la parte convocada, Fondo de Protección Social de los Depósitos Bancarios (Fogade), en el cual se pactó una garantía por la exactitud de las declaraciones, los pasivos ocultos y las contingencias allí previstas.

En un primer momento, los compradores notificaron por escrito a Fogade la reclamación de indemnidad en relación con el denominado «Crédito Unión Temporal Transvial», debido a que cuando las partes suscribieron el contrato los compradores no conocían ni pudieron haber previsto el incumplimiento de la Unión Temporal Transvial durante el proceso de verificación de la información (due diligence); ni pudieron prever la cesión del contrato de obra que garantizaba la fuente de pago, porque para la época de la debida diligencia no existían estas contingencias. Posteriormente, formularon una segunda reclamación en relación con el denominado «crédito Shatex», frente al cual igualmente se dan las condiciones pactadas contractualmente para hacer efectivas las indemnidades.

En las pretensiones principales, la parte convocante solicita que el tribunal determine si las reclamaciones formuladas con relación a los pasivos ocultos fueron válidas y procedentes, y que, en consecuencia, se proceda a proferir las condenas correspondientes. Como pretensiones subsidiarias, solicita que se declare que la parte demandada incumplió el contrato por haber realizado conductas contrarias a la buena fe, y que, como consecuencia de ello, se le condene al pago de indemnización de perjuicios. En sus consideraciones el tribunal tuvo en cuenta «la real intención de las partes» para cotejarla con su declaración material, que alude a los móviles o causa del contrato; de lo cual concluyen que, según todos los antecedentes, el móvil perseguido por la parte convocante fue adquirir las acciones por un precio que reflejara su valor comercial con fundamento en la situación de la compañía –esto con base en la información suministrada en el cuarto de datos y con referencia a los estados financieros del último corte de ejercicio disponible–, y, a través de

---

<sup>2</sup> Traducción libre.

las *declaraciones y garantías*, compensar las limitaciones para el comprador de acceder al cabal conocimiento de la situación patrimonial. Finalmente, después del debate probatorio, el tribunal de arbitramento consideró que la reclamación cumplía con los requisitos contractuales y, en consecuencia, constituía una reclamación válida de conformidad con las declaraciones y garantías hechas en el contrato de compraventa de acciones.<sup>3</sup>

En ambos casos expuestos, las declaraciones y garantías hechas por los vendedores fueron tenidas en cuenta como los *motivos* que condujeron a los compradores a realizar la oferta y cierre del acuerdo; vale decir, las declaraciones incorporadas al contrato fungieron como las *razones* que lo llevaron a celebrarlo, razones que por demás estaban garantizadas. De ahí que a partir de un estudio de caso se analizará si estas constituyen obligaciones por tratarse de uno de los elementos de validez de los contratos, como lo es la causa, y se indagará a la luz de nuestro ordenamiento jurídico cuáles son la naturaleza y las consecuencias de estipular esta cláusula en un contrato de compraventa de acciones. Para esto seguiré el siguiente esquema:

En una primera parte se explicará el origen y el significado académicamente aceptado de la cláusula de declaraciones y garantías (*representations and warranties*) en el derecho de Estados Unidos. No obstante, se aspira a que este no sea un capítulo de solo precisiones conceptuales, sino que al mismo tiempo permita llevar al lector a una discusión más teórica, pues en la segunda parte del texto se identificará la citada cláusula con los motivos por los cuales las partes contratan, para que en el marco de la teoría *causalista* se analice su alcance e importancia en los contratos donde se incorpora expresamente. En la tercera parte se analizará la responsabilidad de quien declara y garantiza, sobre la hipótesis de que estas constituyen el elemento de causa determinante para la celebración del contrato, y de esta forma se plantean las posibles consecuencias de su incumplimiento, falsedad o inexactitud. Finalmente, culminaré con unas conclusiones que sugieren que al no encontrarse una consecuencia explícita para el incumplimiento en el ordenamiento jurídico colombiano, en búsqueda de su efecto práctico, sería conveniente que desde la celebración del contrato se definan su alcance y las consecuencias para la parte que ha incumplido las declaraciones.

---

3 Tribunal arbitral de AFC Investment Solutions S.L., Armando Delgado Rodríguez y Cándido Rodríguez Losada vs. Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (Fogade) (15 de mayo de 2013).

## Declaraciones y garantías – Definición y naturaleza jurídica

En la adquisición de empresas, como respuesta a la realidad económica de su transacción, la técnica contractual aparentemente ajena a la tradición jurídica civil se ha convertido en un elemento central destinado a permitir que las partes asignen entre sí los riesgos propios de la negociación. Estos riesgos pueden sintetizarse en dos preguntas:

¿Cómo el comprador puede asegurarse de que al comprar una empresa está adquiriendo aquello en lo que para él reside el valor de la empresa y de que no está adquiriendo pasivos o contingencias desconocidos? y ¿cómo el vendedor puede asegurarse de no estarse exponiendo, al vender la empresa, a una responsabilidad cuya cuantía pueda quitar el atractivo a la operación? (Payet Puccio, 2009, pp. 70-71).

Bajo esta distribución de riesgos, surge en los modelos contractuales ingleses y norteamericanos la cláusula denominada *representations and warranties* (declaraciones y garantías), la cual recientemente se ha incorporado a nuestra práctica contractual de forma masiva, particularmente en los contratos de adquisición de empresas. En este tipo de contratos las partes suelen hacer una serie de afirmaciones que pueden ir desde la calidad y origen de la cosa vendida (la compañía en este caso) hasta los estados financieros de la empresa, propiedad de las acciones, litigios, asuntos laborales, pasivos ocultos, licencias, propiedad industrial, contratos y, en general, todas las materias relevantes que se caracterizan por ser expresiones relativas a situaciones patrimoniales o extrapatrimoniales de la empresa, con la intención de que tengan efecto jurídico dirigido hacia al comprador, pues quedan expresamente declaradas las situaciones relevantes que tuvo en cuenta para adquirirla.

En términos generales, podríamos definir las declaraciones (*representations*) como aquellas afirmaciones que hacen las partes sobre los hechos que los conducen a la celebración del negocio jurídico; por otro lado, las garantías (*warranties*) establecen promesas de que dichas afirmaciones son o serán verdaderas. Entonces, dichas representaciones incluidas en un contrato son prueba de los hechos que indujeron a las partes a celebrar el contrato, luego afectan directamente su perfeccionamiento e influyen en su voluntad para formalizarlo. Asimismo, cuando se incorporan este tipo de cláusulas, las partes asumen responsabilidades por las afirmaciones manifestadas, y en caso de que estas sean inexactas, incorrectas o que carezcan de verdad, puede entenderse

como un incumplimiento del contrato y un desconocimiento de las causas que llevaron a su celebración (Ordóñez Arias, 2013, p. 6), que da lugar a generar las consecuencias jurídicas que se analizarán en el último capítulo de este artículo.

A partir de la definición de estas cláusulas se ha orientado su naturaleza jurídica hacia los motivos constitutivos del acto, es decir, la causa del contrato, por lo que también resulta pertinente definir su alcance y utilidad en la actividad contractual. Dentro de sus funciones principales, encontramos en primer lugar la de información, la cual tiene un origen netamente convencional, pues lo que se busca es que quede plasmada en el contrato y que establezca garantías que formen parte de la relación obligatoria ya constituida (Barros Bourie y Rojas Covarrubias, 2010, p. 5).

Asimismo, dentro de la función informativa se radica una de las principales razones para estipular esta cláusula en un contrato, y es que facilita que se llegue a acuerdos en situaciones de asimetría de información, ya que la parte vendedora, es decir, la dueña de la empresa objeto del contrato, es quien conoce la cosa o el negocio; lo justo, entonces, es que ella asuma los riesgos que surjan a partir de las declaraciones que haga respecto del negocio, es decir, la garantía de que estas sean efectivamente verdaderas. Entonces, desde esta función, «las declaraciones y garantías, equilibran los vacíos en el conocimiento del comprador de una empresa, pues no importa cuánto esfuerzo se invierta en hacer una debida diligencia (due diligence), el comprador por lo general tendrá una información imperfecta» (Gallozzi y Phillips, 2002).<sup>4</sup>

Unas de las dificultades que enfrentan las partes en este tipo de negocios es determinar el valor, no solo porque al negociar el precio el vendedor pretenderá el más alto posible y el comprador el más bajo (Quezada Fuentes, 2015 p. 20), sino especialmente porque, como se viene analizando, este depende de la información que está bajo el control del vendedor. Esta dificultad podría aumentar el riesgo del contrato, al punto de hacer inviable su celebración. Las declaraciones y garantías sirven para corregir este defecto o a lo menos para precaver sus consecuencias.

Durante las negociaciones contractuales las partes intercambian información; generalmente el vendedor la entrega para convencer a la contraparte acerca

---

4 «The representations and warranties fill in gaps in the buyer's knowledge of a company (and of the seller's knowledge about the buyer - generally about the buyer's ability to consummate the transaction)».

de las ventajas que le reportaría contratar. Esta puede calificarse en el deber de lealtad, que se expresa en el concepto normativo de buena fe precontractual. De esta manera, las declaraciones son en la práctica elementos de la negociación, porque la parte que recibe la declaración puede confiar en su verdad, y aquí se encuentra otra de sus funciones, la cual es atribuir el riesgo de su falta de veracidad a la parte que la formula.

Precisamente en un segundo lugar encontramos la función de atribución de responsabilidad, la cual es determinada por las garantías (warranties). Desde luego, lo que se busca al incorporar unas afirmaciones que, como se ha reiterado, corresponden a los motivos principales por los cuales se está celebrando el negocio jurídico es generar una responsabilidad contractual de quien las está declarando, en caso de que ellas sean inexactas o no correspondan a la realidad. Justamente, será esta función la que permitirá que la parte que llegue a verse afectada por la falta de veracidad de uno de los hechos declarados tenga acceso a las acciones pertinentes.

En esta segunda función es importante hacer una precisión en cuanto a la técnica de estipulación de dicha cláusula, debido a que en la tradición romano-germánica, en la cual está basado el ordenamiento jurídico colombiano, el contrato se concibe como un vínculo jurídico que genera obligaciones específicas de dar, hacer o no hacer, mientras que en el derecho inglés el contrato no está articulado a la idea de obligación, sino a la de promesa, que se funda en la exigencia de satisfacción de los intereses del acreedor y en la garantía de un resultado a cargo del deudor; «de este modo, las warranties se constituyen en promesas al otro contratante respecto de un hecho, generando la obligación de indemnización en caso de que en la realidad ese hecho no resulte verdadero» (Barros Bourie y Rojas Covarrubias, 2010, pp. 8-9).

En nuestro contexto, en cambio, el concepto de «garantía» pretende asegurar un determinado estado de la situación patrimonial o jurídica, y así se incluirían los efectos de dejar convencionalmente establecidas estas declaraciones frente a una inexactitud o falta de veracidad. «En nuestro ordenamiento, las garantías de cumplimiento son aquellas seguridades con las que cuenta una obligación o crédito para su respectiva ejecución en los términos que ha nacido» (Lafont, 2012, p. 385). En este caso, estamos ante una garantía de tipo convencional, cuya fuente es la voluntad del vendedor, y, según sus efectos, es de tipo personal, pues se otorga al comprador un derecho de exigir el cumplimiento al deudor, que en este caso es el vendedor. A partir de esto se puede discutir que las

declaraciones no son obligaciones en sí mismas hasta que se incumplen y que el comprador no puede exigir el cumplimiento de la declaración, porque en ocasiones es imposible ajustar la realidad a la declaración; por ejemplo, unas licencias que no existan o unos estados financieros alterados.

La principal diferencia entre ambas connotaciones de «garantía» son las acciones disponibles para el acreedor en caso de incumplimiento. En efecto, al analizar algunos de los casos que se han discutido en la justicia arbitral, las declaraciones y garantías presentan un alcance particular, pues, al no tener una regulación normativa expresa con un efecto explícito, se puede observar que no conllevan un vínculo jurídico obligacional propiamente dicho que implique por sí solo una prestación de dar, hacer o no hacer, pues a través de esta se hacen simples declaraciones sobre la realidad de ciertos hechos, lo cual no encuadra en este esquema. Se ha sostenido, entonces, en dichos laudos «que estas se convierten en estipulaciones accesorias a las obligaciones principales, que se constituyen en manifestaciones o compromisos de quien las efectúa, sobre hechos cuya veracidad pueden ser el elemento esencial o causa determinante de un negocio».

Un ejemplo del alcance de esta cláusula es el de la decisión tomada por un tribunal de arbitramento en el caso de Corporación Financiera Colombiana S. A. contra Invercolsa S. A. y otras. En este asunto, pese a que existió una inexactitud en las declaraciones, en el contrato de promesa de compraventa de acciones que celebraron las partes no se había reconocido cobertura para acceder a la indemnización por la inexactitud o la falsedad de las declaraciones otorgadas por las partes. Tampoco en el contrato accesorio de garantía se dispuso que la indemnidad en él prevista se haría extensiva al incumplimiento de dicha cláusula. Este alcance trajo como consecuencia que, aunque en las declaraciones se hubiese establecido que cualquier diferencia patrimonial entre los balances auditados y no aprobados de los vendedores a 31 de diciembre de 1997 debían ser asumidos como una inexactitud o una diferencia por parte de estos, esta no se pudo materializar, pues la diferencia patrimonial no estaba cubierta por la garantía contractual al no quedar prevista dentro de los eventos indemnizables (Tribunal de arbitramento de Balclín Investments S.L..., 2011).

Resulta, entonces, de todo lo hasta aquí planteado que en las declaraciones y garantías, además de cumplir con unas funciones específicas en cuanto a la información y a las responsabilidades de las partes, su incumplimiento va anclado a la cláusula de indemnidad; de lo contrario, terminan siendo una serie

de afirmaciones que solo cumplirían una función probatoria en el caso de una controversia, y no como verdaderamente buscan las partes, que es garantizar los motivos por los cuales celebraron dicho contrato. De esta manera, su incorporación en el contrato tendrá como resultado desplazar sobre su autor el riesgo de su falsedad, y este responderá, aunque no incurra en dolo. Se trata así de una responsabilidad puramente objetiva por la ausencia de las cualidades prometidas (Payet Puccio, 2009, p. 78).

Al definir el alcance y utilidad de esta cláusula a través de sus funciones, podemos concluir que estas declaraciones ilustran los motivos que mueven a las partes; es decir, que a través de ellas se están incorporando al contrato las razones que los llevan a celebrarlo, y además se están garantizando. Así nos ubicamos en uno de los elementos de validez del contrato, como lo es la *causa*, y desde este aspecto se puede indagar a la luz de nuestro ordenamiento jurídico cuál es la naturaleza y cuáles son las consecuencias de estipular esta cláusula en un contrato.

### **La causa como elemento de validez del contrato**

La causa, que según nuestro Código Civil en su artículo 1502 «es necesaria para que una persona se obligue a otra», ha sido uno de los temas más debatidos por la doctrina en la teoría general de la obligaciones, pues hay quienes han encabezado una teoría anticausalista, como los autores Ernst, Laurent y Planiol (Pérez Vives, 2009, pp. 336-337), que argumentan como defensa de su teoría la confusión entre la supuesta causa con el objeto y consentimiento de la relación contractual. Para los autores anticausalistas, desde el momento en que en un contrato sinalagmático cada obligación tiene un objeto lícito, el contrato es perfecto, sin necesidad de acudir a la noción «tan complicada» de la causa.

Los argumentos anticausalistas van desde tacharla de falsa, porque en los contratos bilaterales no sería posible concebir que dos obligaciones que nacen simultáneamente puedan tener una causa recíproca, planteando un círculo vicioso, y es que al momento en que cada obligación debe nacer, la otra que es su causa no ha existido aún; también la califican de inútil, porque si decimos que el contrato carece de causa o que esta es ilícita o inmoral, el acto ya es nulo o inexistente por razones distintas a esta, bien porque carezca de objeto o este sea ilícito; y hasta la califican de inconveniente, porque solo trae descontrol y caos, apelando a su confusión con la teoría del objeto y del consentimiento.

Pese a esto, en la doctrina francesa, en cabeza de Domat, representante de lo que hoy se denomina «teoría clásica», se defendió este nuevo requisito, que consiste en que las obligaciones que naciesen de ciertos actos deben tener una causa real y lícita; esta la identifica como el fin, que no se encuentra fuera del contrato, sino que, por lo contrario, se puede observar atendiendo solo a su estructura. Y el típico ejemplo lo trae con los contratos sinalagmáticos, en los cuales «la causa de las obligaciones a cargo de una de las partes consiste siempre en las obligaciones a cargo de la otra parte» (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2005, p. 258). Este ejemplo puede ser el de un contrato de compraventa, en el cual existe la voluntad de entregar la cosa, justificada por la obtención del precio, y esto es similar en todos los contratos de compraventa, lo que obedece a una visión objetiva de la causa, para la cual esta debe escapar a los motivos, pues se encuentran por fuera del derecho; primero, por las dificultades que representa para el juez descubrir la real motivación de los contratantes y, segundo, por la importancia de conservar la estabilidad y la seguridad en los contratos (Bernal Fandiño, 2006, p. 234).

Esta teoría clásica de la causa se fue perfilando por nuevos expositores que se apartaron del planteamiento de Domat. Así es como Capitant en su teoría intentó definir la causa a partir del rol que juegan los motivos, los cuales según el autor impulsan la voluntad de las partes, para lo cual hizo el siguiente planteamiento:

El motivo es la razón contingente, subjetiva y por ello mismo variable en cada individuo, que determina a una persona a la conclusión de un contrato... El motivo ejerce una influencia decisiva en la voluntad del contratante, determinándolo a obligarse (Pérez Vives, 2009, p. 350).

Josserand, por su parte, defendió la independencia entre la causa y los demás elementos de validez, estableciendo las diferencias entre las nociones de voluntad, móvil y fin: «la voluntad es un querer que se concreta en un acto material, la intención se nos presenta como el querer aplicado a los resultados inmediatos del acto y los móviles nos explican porque se ha querido» (Gutiérrez).

Estas definiciones de la mayoría de teóricos de la causa parten de la teoría de Aristóteles que se enmarcó en varias facetas: *la causa eficiente* o *creadora*, es decir, la que da nacimiento a algo; *la causa material* o *materia*, de que está constituida una cosa; *la causa formal* o *forma del ser*, y *la causa final*, o sea el fin hacia el cual se encamina la actividad del sujeto, movido por la voluntad o colisión. Aquí se presenta la voluntad determinada por un móvil; las demás

consideraciones que tenga el sujeto pasan a un plano de la causa accidental. Esta se denomina una *causa impulsiva*, que puede variar según el caso, mientras que la causa eficiente, material o formal puede permanecer siendo la misma. Para tener en cuenta esta causa impulsiva hay que valorar el contrato como un acto psíquico, pues es el resultado del móvil determinante del consentimiento provocado y fin perseguido por el sujeto (Pérez Vives, 2009, p. 331).

De esta clasificación teórica de Aristóteles se pueden distinguir la *causa eficiente*, como aquella de donde proviene, y la *causa final*, como aquello hacia donde está dirigido; en otras palabras, el por qué y el para qué que nos ayudan a aclarar la confusión entre causa y objeto del contrato, planteada desde la teoría anticausalista, pues el objeto responde a la pregunta de a qué se comprometieron las partes, y la causa al por qué. Por qué contratan las partes puede generar una respuesta inmediata, similar para todos los contratos de un mismo tipo, pero también otra respuesta más remota, que varía según los motivos particulares de cada contratante; esta exige al juez la búsqueda de las razones menos evidentes (Bernal Fandiño, 2006, pp. 233-235). Retomando el ejemplo del contrato de compraventa, en este el comprador busca volverse propietario (respuesta inmediata), pero más allá se pueden encontrar diversos móviles (respuesta remota), y el juez tendrá la ardua labor de determinarlos. Este análisis se basa en una causa subjetiva, que varía en cada contrato, llamada por la jurisprudencia francesa «causa impulsiva y determinante, o motivos principales o determinantes» (Bernal Fandiño, 2006, p. 235).

Esta noción subjetiva de la causa se ha definido a partir de la importancia del motivo o móvil, los cuales pueden variar en un sinnúmero de posibilidades y se encuentran en el campo psicológico de las partes. El artículo 1524 del Código Civil en su segundo inciso le asigna al contrato una causa, que la define como el «motivo»<sup>5</sup> que induce al acto o contrato, la finalidad de la persona que contrata. La causa del contrato es claramente menos inmediata que la causa de la obligación (esto, siguiendo el ejemplo que hemos planteado con el contrato de compraventa); la de la obligación tiene un carácter objetivo y abstracto, mientras que la causa del contrato considera los motivos principales y determinantes del acto.

Entre estas teorías objetiva y subjetiva de la causa ha estado la Corte Suprema en sus sentencias. En un análisis de la labor creadora de la llamada «Corte de

---

5 Al respecto ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (2006).

Oro» sobre la causa se puede ver cómo ha variado sus posturas entre estas dos teorías, lo que para quienes hacen este análisis constituye una ambivalencia. Para ilustrarla citan un pronunciamiento del 7 de octubre de 1938 en la que ratifica la noción subjetiva:

En esta providencia se exalta la teoría de la causa como un elemento de justicia contractual cuando se afirma: «hay que aceptar que en el derecho moderno la noción jurídica de causa ha dejado de ser abstracta e inoperante para actuar más bien en forma de instrumento que impone la equivalencia en las transacciones, como expresión de la justicia conmutativa» (Padilla, Rueda y Zafra, 2014, p. 116).

Ospina Fernández también cita dicho pronunciamiento cuando pretende explicar que, aunque la causa puede permanecer oculta para la otra parte, y ninguna incidencia tendría, el Código Civil en su artículo 1524 la enuncia de forma subjetiva cuando se refiere al «motivo que induce al acto o contrato»; y de esta manera lo sostuvo la Corte en dicho fallo:

No es exclusivamente el elemento mecánico de la contraprestación, sino que junto a éste hay un móvil indisolublemente ligado a la obligación. El acto volitivo obedece fatalmente a móviles que han inducido la voluntad y han sido conocidos por las partes (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2005, p. 205).

Asimismo, en los más recientes pronunciamientos no ha variado la forma de analizar estas teorías; por ejemplo, cuando la Corte intenta explicar la naturaleza de un contrato de *leasing* acude al elemento objetivo y subjetivo de la causa. De esta forma lo explican en su artículo:

El criterio distintivo respecto de otros contratos está en la causa; así, la causa del arrendatario, aunque en ambos contratos se entregue la tenencia de la cosa, será el disfrute de la misma, mientras que el tomador en el *leasing*, al tener la opción de compra, acude a este último negocio como una legítima alternativa de financiación; tampoco será posible asimilarlo a la compraventa por cuanto en esta hay una «confesada vocación de «transferir» el dominio, no así en el *leasing* que, en línea de principio, únicamente permite obtener la tenencia. Por otro lado, hace un análisis subjetivo, es decir de los móviles, cuando se ha pronunciado sobre la coligación contractual, para que los jueces con base en las pruebas recaudadas establezcan si, «además de las finalidades de cada uno de los contratos celebrados, existe o no un objetivo conjunto y general querido por las partes» (Padilla, Rueda y Zafra, 2014, p. 120).

Sin embargo, este análisis entre teorías objetivas y subjetivas no es propiamente una ambivalencia, pues esto se explica porque la causa se integra con estos dos elementos, un fin jurídico inmediato y abstracto, igual en todos los contratos (objetiva), y con los motivos individuales y variables en cada contrato que impulsan a las partes a contratar, que son jurídicamente relevantes cuando se exteriorizan (subjetivo) (Freytes, 2016, p. 225).

### *Importancia de la Causa - Función y Alcance*

Determinar la importancia práctica del elemento causal es necesario para responder el siguiente interrogante: ¿es tan solo al momento en que nace el contrato que debemos observar aquella causa real y lícita? La respuesta es «No», pues aquí es donde encontramos la diferencia con los demás elementos del contrato, pues la causa se debe analizar no solo a partir de su formación, sino también de la ejecución del mismo. Capitant, al apartarse de la noción clásica de la causa, lo anticipaba al admitir que «la causa de las obligaciones a cargo de una parte está constituida por el cumplimiento de las obligaciones de la otra, como quiera que lo que las partes persiguen al obligarse es su cumplimiento efectivo» (Ospina Fernández y Ospina Acosta, 2005, p. 263).

Y es que la causa como elemento contractual refleja su mayor transcendencia cuando el contrato ha sido puesto en ejecución, como lo sostiene el autor Pérez Vives (2009). En este elemento hay algo más, pues para que cierta relación obligatoria una vez nazca siga vinculada al deudor será necesario el resultado querido. Su importancia, entonces, la podemos encuadrar en la ejecución de los contratos bilaterales, debido a que este elemento tiene la capacidad de imponer un equilibrio entre las partes en caso de que una de ellas incumpla. Por ejemplo, al celebrarse el contrato la causa existe y reviste ese negocio de validez jurídica, pero ¿qué pasaría si posteriormente esta llegase a frustrarse?, bien por el incumplimiento o por la imposibilidad de hacerlo; este es un caso en el que la contraprestación de una de las partes carecerá de causa y se alterarán la justicia y la equivalencia contractual. Con esto además se explica su independencia del consentimiento, pues este solo basta que exista al tiempo de la perfección de contrato.

A partir de este enfoque del elemento causal, se puede afirmar que el contrato nació válido, pero podría ser resuelto por la parte afectada o paralizarlo para garantizar la equidad rota, porque no ha satisfecho la finalidad que perseguía mediante él.

La causa funciona en estos casos como un instrumento de equidad, pues es a través de ella como puede apreciarse el grado de la inequidad, según el grado de insatisfacción de la finalidad de la parte afectada. Por consiguiente, el incumplimiento del contrato bilateral dará derecho al acreedor no solo a la demanda de cumplimiento, sino, si lo prefiere, a la de pedir la resolución del contrato (Roman Emiliani, 2001).

Su importancia y alcance consiste, entonces, en la renovación de la causa en materia contractual, de la que la jurisprudencia francesa de los últimos años se ha manifestado al respecto creando un fenómeno que algunos llaman la «subjetivización de la causa». Los tribunales franceses en sus decisiones le dan un alcance a la causa del contrato como protección de la coherencia contractual, considerando que estos estaban privados de causa, pues, aunque existía una contraprestación y obligaciones recíprocas al inicio, durante su ejecución el contrato se volvió desequilibrado en cuanto el fin deseado por las partes no se materializó. Por otro lado, se puede observar su alcance en la proporcionalidad de las prestaciones, pero solamente cuando este abuso es considerado excesivo. Sin embargo, bajo este alcance no presenta la misma utilidad, puesto que en la mayoría de casos se prevén para la solución el uso de otras figuras, como la imprevisión y el abuso del derecho (Bernal Fandiño, 2006, pp. 237-238).

La causa, entonces, además de ser un elemento de validez de los contratos, es en realidad útil, como ya se mencionó, porque establece el equilibrio de las obligaciones recíprocas de los contratantes, las cuales están en una estrecha dependencia. En este sentido, como lo afirman Colin y Capitant, si una de estas obligaciones queda incumplida, por la razón que sea, la otra ya no tiene base y no debe subsistir. De esta manera se exponen tres características de los contratos sinalagmáticos derivadas de la noción de causa:

«En estos contratos, si una de las partes no cumple su obligación, la otra puede negarse a cumplir la suya y oponer la excepción de non adimpleti contractus.

En estos mismos contratos cuando una de las partes no cumple su obligación, la otra puede pedir la resolución del contrato.

Por último, si un caso de fuerza mayor impide a una de las partes cumplir su obligación, la otra se encuentra igualmente dispensada de cumplir la suya» (Colin y Capitant, 1924, p. 601).

Para finalizar, Colin y Capitant (1924) plantean muy acertadamente a través de dos ejemplos este alcance; en el primero, cuando se

compra un terreno especificando que quiero construir en él un edificio que exige un cierto mínimo de superficie, o compro unas mercancías para venderlas en una feria que debe celebrarse en un día dado. Pero si el terreno no tiene la extensión apetecida, si las mercancías no son entregadas a tiempo, el juez deberá evidentemente tener en cuenta el motivo que me ha impulsado a comprar» (p. 601).

Concluyen los autores que el comprador en estos casos deberá pedir no la nulidad por falta de causa, sino la resolución por el incumplimiento de la promesa suscrita con él.

### **El interés contractual cuando las declaraciones y garantías son inexactas o faltan a la verdad**

El efecto jurídico de estas declaraciones y garantías es la responsabilidad de quien las formuló, pero el interrogante que surge es *¿cómo* en el ordenamiento jurídico colombiano se materializa esa responsabilidad y se produce el efecto querido por las partes? Para respondernos este interrogante debemos considerar dos posiciones: primero, que las declaraciones no son obligaciones propiamente, sino que su inexactitud o falsedad sería fuente de una obligación, debido a que generan la responsabilidad de quien declara; esta puede ser la de ajustar la realidad con la declaración realizada y garantizada, o tan solo la de mantener indemne al acreedor resarciéndole los perjuicios causados —como se ha visto en los fallos arbitrales—; segundo, que se tratan de obligaciones en sí mismas, pues el vendedor tiene la obligación de satisfacer el interés general del contrato. En este caso se abre la posibilidad de la resolución de lo contratado por ausencia de un elemento de validez, como lo es su causa.

Es importante tener presente que en este tipo de vínculos jurídicos que se analizan, fusiones y adquisiciones, el título contractual por lo general es una compraventa, y, aunque las controversias sobre esta cláusula de declaraciones y garantías aún no se ventilan en la jurisdicción ordinaria —debido a la cláusula compromisoria que se ha estandarizado en estos contratos—, la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse de fondo sobre el incumplimiento del vendedor en estos contratos, discutiendo si el vendedor garantiza la integridad patrimonial de la empresa o solamente la de las acciones objeto de la negociación, teniendo en cuenta las obligaciones propias de este

contrato «entrega o tradición y saneamiento de la cosa vendida». En este caso,<sup>6</sup> la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se pronunció de fondo sobre esta materia y sostuvo:

Por regla general, el enajenante de las acciones no está obligado a garantizar al comprador las eventuales afectaciones que sufra el patrimonio de la sociedad emisora –**tales como la existencia de pasivos ocultos o la integridad de sus activos**–, porque su responsabilidad solo comprende el saneamiento por evicción y de los vicios ocultos de ‘la cosa’ que enajenó, esto es los títulos de participación y nada más; salvo pacto expreso en contrario, claro está.

Luego, si de venta de acciones se trata, es dable aclarar que el objeto del negocio jurídico son los títulos de participación –mas no el patrimonio de la sociedad–, que confieren al socio un conjunto de derechos de diversa naturaleza, según la clase de acción que se trate, como quedó explicado con precedencia, y que se concretan especialmente en el voto en las asambleas, la participación en los beneficios, y en el concurso en el resultado de la liquidación (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 2013).

Sin embargo, la Corte también resalta que hay ciertos casos en que no se está adquiriendo un simple paquete accionario, sino el control de la sociedad, y, aunque directamente no se es titular del patrimonio de la sociedad, de forma mediata el socio tiene un interés sobre este. En estos casos es válido que las garantías de orden legal sean ampliadas por la voluntad de los contratantes, «comprometiéndose a sanear los eventuales defectos de la cosa vendida que no esté expresamente en el ordenamiento y por el tiempo que estime suficiente». Esta manifestación hace que la cláusula de declaraciones y garantías cobre una

---

<sup>6</sup> Se celebró un contrato de promesa de compraventa de acciones ordinarias de Leasing Mazda S.A. según el cual: «la Compañía Colombiana Automotriz S.A. C.C.A, en su condición de PROMITENTE VENDEDOR mayoritario responderá por los efectos económicos que se deriven para los PROMITENTES COMPRADORES, como consecuencia de contingencias existentes a la fecha del traspaso de las acciones o que surjan con posterioridad a éste, pero en todo caso resultantes de actos, hechos o contratos celebrados, ejecutados o cumplidos con anterioridad al traspaso de las acciones...» (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, 2013). Las afectadas reclamaron el reconocimiento de la existencia de efectos adversos, por lo que la convocada es contractualmente responsable y está llamada a pagar a las actoras los daños y perjuicios ocasionados en razón de las referidas contingencias, en cuantía de \$5.000'000.000 o la que resulte probada en el proceso con su respectiva indexación e intereses. Los problemas consistieron en que se otorgaron contratos de leasing de manera irregular, los cuales presentaban una cartera vencida de dudoso recaudo que había sido ocultada bajo la apariencia de normalidad, mediante la refinanciación de los créditos o la cesión de los contratos; no se atendía a lo que reflejaban los estudios de los solicitantes o se desconocían los límites de cuantías autorizados por la junta directiva

gran importancia en nuestro contexto contractual, pues equivaldrían a un pacto expreso en contrario, que haría explícita la responsabilidad del vendedor sobre el patrimonio societario que se adquiere.

Una vez que por voluntad expresa se ha ampliado el catálogo de garantías propias de este contrato, nos podemos preguntar qué herramientas tiene la parte que ha sufrido la inexactitud o falsedad de las declaraciones para producir su efecto jurídico. Generalmente, se ha optado por examinarlas a través del ejercicio de la acción de indemnización de perjuicios por medio del cobro de la cláusula de indemnidad del contrato. En este camino en algunos casos, por falta de técnica contractual, no se ha accedido a dicha pretensión porque la cláusula no contemplaba el incumplimiento de estas declaraciones (ver caso Corficolombiana [Tribunal de arbitramento Corporación Financiera Colombiana S.A. vs. Invercolsa S.A., 2005]) o porque, como en otros casos (Tribunal de arbitramento de Balclin Investments S.L..., 2011), los perjuicios son más altos que el monto que se limitó en dicha cláusula de indemnidad. Debido a esto surge la necesidad de analizar cómo las partes pueden obtener el efecto querido por su incumplimiento y si, al equipararlas a la causa del contrato, podemos concurrir a la propuesta de la aplicación del estatuto de los vicios redhibitorios o la resolución del contrato.

En primer lugar, abordando el régimen de los vicios redhibitorios, del cual hace mención la Corte en el mismo pronunciamiento, reiterando que se trata de una compraventa y que por eso se debe aplicar las garantías propias de este contrato, en caso de que el comprador «no logre sacar el provecho que se propuso al contratar o que ésta no le sirva para el uso a que está destinada», no puede decirse que el vendedor cumplió con su obligación, pues cuando el comprador pagó el precio lo hizo con la intención de adquirir una cosa que tuviera las cualidades que le fueron ofrecidas; por ello, es justo que el comprador tenga acción contra el vendedor para exigirle el saneamiento de los vicios ocultos, llamados «redhibitorios». El Código de Comercio en su artículo 934, ante la existencia de defectos ocultos en la cosa, legitima al comprador para optar por la «acción redhibitoria» o la «acción *quanti minoris*» (Alcalde, 2008, pp. 244-245). La primera permite la devolución de la cosa con restitución del precio, mientras que la segunda persigue la disminución del precio hasta el menor valor que el bien tiene.

De acuerdo a este régimen de vicios ocultos, el vendedor debe salir al saneamiento por no cumplir con su obligación de dar; en este caso, sería de

entregar la empresa con las cualidades prometidas y que no cumpla la función esperada. Sin embargo, cuando se analiza este régimen frente al alcance y función de las declaraciones y garantías, no resulta procedente bajo la teoría de que en estas cláusulas se incorporan los motivos por los cuales se adquiere la compañía y a través de los cuales el vendedor garantiza la realidad económica y jurídica de la empresa como un todo. Diferente a cuando se adquiere un porcentaje de acciones, en donde se espera que el vendedor las entregue libres de gravámenes, que estén suscritas y pagadas, y que, por lo tanto, contengan los derechos económicos y políticos (Martínez, 2014, pp. 653-654). Habría, entonces, cabida al saneamiento por vicios ocultos, pero este es viable solo cuando la compraventa recae sobre un número de acciones que no representan el control de una sociedad. Al respecto, sostiene Alcalde (2008) en su artículo:

En otras palabras, en estos casos de disconformidad entre lo real y lo declarado no se traduce en un impedimento para usar debidamente la cosa vendida según su destino natural –que es lo propio del vicio redhibitorio– sino que, únicamente, se verá afectado el valor o cantidad de aquello que en definitiva se adquirió (p. 244).

Este régimen, además, no resultaría ser el más apropiado, pues la posibilidad de considerar como vicio oculto la violación de una declaración y garantía puede no ser muy útil para el comprador. Esto se debe a que el artículo 938 del Código de Comercio fija un plazo de prescripción de seis meses para iniciar las acciones legales por la violación del régimen de vicios ocultos, y es muy poco probable que un comprador detecte dentro de este plazo problemas como pasivos ocultos, estados financieros no correspondientes a la realidad económica de la empresa, problemas contractuales, litigios, entre otros, que se hayan garantizado a través de dicha cláusula. Además, si lo que permiten estas cláusulas es ampliar las garantías típicas de este contrato, asimismo podrán estipular el plazo durante el cual el comprador podrá reclamar su cumplimiento.

Continuando con el análisis, si estas declaraciones son una ampliación de las garantías y el vendedor puede comprometer su responsabilidad respecto de la existencia de ciertos hechos, su efecto práctico sería que la parte afectada con su falta de correspondencia con la realidad o con su inexactitud pueda, además de una acción indemnizatoria de los perjuicios causados, cubrir su expectativa completa –si admitimos que hace parte de la causa del contrato– y no limitarse al mero interés de indemnización (Barros Bourie y Rojas Covarrubias, 2010, pp. 15-16). Y es que esta indemnización de perjuicios por sí sola no restablecería

el equilibrio del contrato,<sup>7</sup> pues, aunque su causa existe cuando se perfecciona, una vez la empresa no cumple las expectativas por las cuales se adquirió, esta causa desaparece.

Pero sería viable exigirle al vendedor la obligación de ajustar la realidad a su declaración, sobre todo cuando se trata de declaraciones sobre estados financieros, litigios, contratos, licencias, entre otros. Esto es lo que ocurre normalmente en las obligaciones de hacer o en las de no hacer cuando el deudor no puede ejecutar lo prometido o lo contraviene y no puede deshacer lo hecho. Entonces, ante la imposibilidad de satisfacer ese interés general del comprador y su causa que ha sido determinante para la celebración del contrato, y la cual se expresa e incorpora a través de las declaraciones, se podría legitimar a la parte afectada en la pretensión de resolución por el incumplimiento. Esta posibilidad tiene como base el artículo 1546 del Código Civil, *condición resolutoria tacita*, entendida como la que va envuelta en todos los contratos bilaterales cuando uno de los contratantes no cumple lo pactado. Es decir, el evento condicionante es el incumplimiento de una obligación; algunos expositores fundamentan su razón de ser en la teoría de la causa: «en este caso se eleva a la categoría de causa de la obligación que contrajo una de las partes, aquella cuyo incumplimiento, según lo pactado expresamente, acarrearía la resolución» (Romero, 2016, p. 268).

Sin embargo, esta medida es abiertamente excepcional en los casos de compraventas de empresas, ya que podría resultar más costosa desde el punto de vista social y económico, teniendo en cuenta que es una empresa el objeto jurídico material del contrato (Gómez Pomar, 2007, p. 34). En vista de esto, se ha propuesto la posibilidad de que el comprador pueda pedir la resolución parcial del contrato, pues esta figura, a diferencia de la resolución por falta de causa, no deja sin efecto el contrato, lo que permite al comprador conservar la empresa.

Lo que interesa al comprador es obtener lo que le fue declarado por el vendedor, pero ante la imposibilidad de que el cumpla con esta obligación de hacer, debe contar con la oportunidad de que se restituya el equivalente al menor valor que tiene la empresa que no cumple con las cualidades prometidas, toda

---

7 Al respecto ver en Díaz Lindao (2012): «Con independencia de las críticas apenas reseñadas y tal como lo adelantamos en el análisis del criterio de la culpa grave objetivada (ver supra II.A.2), lo que se revela con el criterio de la obligación esencial es que por vía de los límites a las cláusulas modificativas de la responsabilidad se comienzan a abordar en la teoría general del contrato problemáticas que no se ubican solo en la etapa de ejecución del negocio, sino también en la de su formación, más específicamente, en la estructura interna y en el contenido de las obligaciones de las partes» (p. 168).

vez que el precio pactado suponía la adquisición de una empresa que sí cumplía con aquellas (Quezada, 2015).

La pretensión, entonces, es que a través de una resolución parcial del contrato se deje sin efecto no su totalidad, sino la parte incumplida de la obligación de dar, lo que supone una rebaja del precio, con la posibilidad de pedir, además, una indemnización de perjuicios, pues, al igual que en la resolución, la extinción de un contrato le pone fin al mismo y a sus efectos, y no por ello le quita la causa que dio origen a la extinción; por ser antijurídica y dañosa de acuerdo con las reglas generales, también se da origen a una responsabilidad contractual, pues esta causa de extinción encierra una responsabilidad del comprador. Al incumplir la declaración se activa su garantía de responder por el incumplimiento.

Como efecto consecuencial de la resolución parcial de la obligación del vendedor, correlativamente se resolverá parcialmente la obligación del comprador de pagar el precio, de la misma manera que ocurre en la resolución total de contrato. La resolución parcial de ambas obligaciones es lo que permite hablar de una resolución parcial «del contrato».

De esta manera, si el comprador ha pagado la totalidad del precio, o una parte que excede el valor de la empresa sin las cualidades prometidas, tendrá derecho, como consecuencia de la resolución parcial, a pedir la restitución del dinero pagado en exceso. Si no ha pagado el precio —o ha pagado una suma menor a la antes indicada—, lo que es perfectamente posible si, por ejemplo, su obligación es a plazo, el efecto de la resolución se traducirá en que no estará obligado a pagar más allá de la suma a la que se reduzca la obligación (Quezada, 2015).

Luego de plantear esta posibilidad, Quezada Fuentes (2015) concluye que esta resolución parcial es aceptada en el ordenamiento civil chileno, sin importar que el objeto material sea divisible o no, pues este criterio no define que el incumplimiento sea considerado total o parcial. En su concepto, esta posibilidad debe ser admitida «por la voluntad inequívoca de la partes», pues este resultaría ser el único medio que posibilita jurídicamente que el comprador obtenga el restablecimiento en el equilibrio económico de las prestaciones, que en síntesis debe ser la función de esta figura contractual.

Para finalizar este análisis, esta propuesta de resolución parcial tiene como fin, ante la imposibilidad de que el vendedor cumpla con su obligación de ajustar la realidad a la declaración y reequilibre el contrato, que se realice una justa tasación del precio del objeto del contrato, la compañía. Difiero de la idea de que esta intención se pueda deducir de esta cláusula de declaraciones y garantías,

pues su alcance en nuestro ordenamiento debe ir conectado directamente a la cláusula de indemnización de perjuicios, y esta por sí sola no satisface el interés del comprador. Por lo tanto, teniendo en cuenta la técnica contractual,<sup>8</sup> el efecto esperado por las partes debe ir expresamente, es decir, que la parte vendedora garantice que, ante un eventual incumplimiento de estas manifestaciones, deberá procederse a la reducción del precio, además de la indemnización de perjuicios por no satisfacer el real interés del comprador.

## Conclusiones

Este mecanismo de origen anglosajón denominado *representations and warranties*, que se ha analizado y definido en la práctica del derecho privado, tiene como fin que se pacten expresamente unas declaraciones y un nivel de indemnidad explícito que determinan la cobertura que ofrece el vendedor al comprador sobre la integridad patrimonial de la empresa objeto del contrato. Esta cláusula se encuentra a cargo típicamente de la parte que está en mejores condiciones de conocer la verdad acerca de factores relevantes de la empresa y que le son de interés a la otra parte para concretar el acuerdo. Se le atribuye la función de trasladar el riesgo de su falta de veracidad a la parte que la formula y la garantiza. Sin embargo, cuando se detiene en los efectos que esperan las partes ante un eventual incumplimiento, no es muy claro cómo se puede satisfacer esta garantía.

Lo que se ha propuesto es que, a partir de su definición y alcance, estas declaraciones revelan los motivos por los cuales se celebró el contrato, los cuales han sido exteriorizados y garantizados y pueden equipararse a la causa del contrato según la definición del artículo 1504 del código civil colombiano, y a partir de esta identificación analizar su efecto práctico. En primer lugar, al intentar asimilar estas declaraciones a una obligación, según la teoría general no es procedente pues la parte no se está obligando a dar, hacer o no hacer; se

---

8 Al respecto ver López Medina (2012): «En principio debe observarse que la stipulatio es la forma contractual par excellence; no se trata de un tipo específico de contrato, sino la forma arquetípica de contratación que podía ser utilizada para cualquier función económica y social, bien fuera el depósito, el préstamo o la venta de cosas, o cualquiera otra que el lector quiera imaginar. No obstante esta evidente multifuncionalidad, hemos ya visto que la stipulatio incorporaba una técnica legal mediante la cual, primero, la consecuencia jurídica se determinaba por la precisa extensión que tuvieran las promesas intercambiadas entre contratantes, es decir el contenido de la regla era coextensivo con el texto canónico estipulado entre las partes. En segundo lugar, sin que existiera intercambio solemne de promesas, es decir, sin que se cumpliera con la forma establecida no había consecuencia jurídica. Esta doble característica del derecho contractual preparó el camino para el advenimiento de un cambio fundamental en derecho romano».

trata de la manifestación de cualidades del objeto prestacional del contrato. De esta forma, el vínculo obligacional no nace a partir de lo que se declara, sino que estas declaraciones solo toman fuerza obligatoria cuando hay un incumplimiento, esto es, cuando hay una inexactitud o falsedad. Una vez se evidencia que el objeto no contaba con las cualidades que fueron declaradas, de acuerdo con la técnica contractual, estas deben estar garantizadas en la cláusula de indemnidad, lo que en la mayoría de los casos activa la posibilidad de que quien ha sufrido dicho incumplimiento solicite como remedio la indemnización de perjuicios, la cual por sí sola no restablece el equilibrio, pues no equivale al cumplimiento del interés contractual, que se trata de recibir una empresa con todas las cualidades que se manifestaron.

Seguidamente, si su efecto se reduce a la indemnización de perjuicios, esta cláusula enfrentaría un obstáculo con la estandarización de las cláusulas que limitan la responsabilidad de vendedor. Estas limitaciones tienen incidencia directa en el pacto de indemnidades, en donde se suele regular un valor máximo indemnizable, que en ocasiones es mínimo comparado, por ejemplo, con algún pasivo no declarado o un litigio no presentado al vendedor. En esta medida, en un segundo lugar, se han propuesto como posibles remedios, que se pueden acumular al ejercicio de la indemnización de perjuicios, el régimen de vicios redhibitorios o la resolución del contrato, como consecuencia de falta de unos de los elementos como lo es la causa; pero tratándose de un objeto como lo es una empresa, entendida como un conjunto global de activos y pasivos, este sería un remedio costoso social y económicamente.

Finalmente, al no encontrar una consecuencia explícita para este incumplimiento en el ordenamiento jurídico, es necesario que para que se materialice un efecto en la consagración de estas cláusulas se defina su alcance en el contrato, es decir, que se deje explícitamente que en caso de incumplimiento se podrá acceder a una reducción de precio de forma autónoma, esto es, que no dependa del régimen de vicios redhibitorios, resolución total o parcial; esto sumado a la indemnización de perjuicios. Este método nos daría un efecto práctico de realizar estos pactos que amplían las obligaciones de las partes, más allá de las garantías que nos ofrece el ordenamiento jurídico. Sin embargo, se puede cuestionar la viabilidad en la negociación de estas cláusulas si el vendedor está dispuesto a darle un efecto explícito como la reducción de precio, y si para el comprador también resultaría necesario, teniendo en cuenta que en la

dinámica de los negocios se contempla la asunción de ciertos riesgos debido a la oportunidad de un mayor beneficio.

## Bibliografía

- Alcalde, E. (2008). La cláusula de «declaraciones y garantías» en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos. *Revista actualidad jurídica*.
- Barros, E. y Rojas, N. (2010). Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales. En A. Perrot (ed.). *Estudios de Derecho Civil V, Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Concepción, 2010*. Santiago: Legal Publishing.
- Bernal, M. (2006). La transformación de la causa en el derecho de contratos francés. *Vniuersitas*, (111), 235.
- Caballero, N. y Ortega, J. (2014). La teoría de la causa en la jurisprudencia comparada: ¿instrumento de protección de la coherencia contractual vigente o en vía de extinción? Breve recuento histórico de la teoría de la causa y perspectivas a futuro. *Revista de Derecho Privado*, Universidad de los Andes, (52).
- CBS v. Ziff-Davis Publ. Co. (1990). 75 N.Y. 2d 496. Recuperado de: <http://law.justia.com/cases/new-york/court-of-appeals/1990/75-n-y-2d-496-0.html>
- Colin, A. y Capitant, H. (1924). *Derecho Civil, Teoría de las Obligaciones, Tomo III*. Madrid: Editorial Reus S.A.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. (26 de enero de 2006). [M.P. Ignacio Jaramillo Jaramillo].
- Corte suprema de Justicia, Sala Civil. (16 de diciembre del 2013). Sentencia 1997-04959. [M.P. Ariel Salazar Ramírez].
- Díaz, I. (2012). Límites a las clausulas modificativas de responsabilidad en el derecho moderno de los contratos. *Revista de derecho privado universidad Externado de Colombia*.
- Echeverry Enciso, Y. (2013). El error como eximente de la responsabilidad penal en Colombia. Precedente. *Revista Jurídica*, 3, 213-254.
- Freytes, A. (2016). *La frustración del fin del contrato (segunda edición)*. Editorial Ibáñez.

- Gallozzi, M. y Phillips, E. (2002). Representations and Warranties Insurance. *Environmental Claims Journal*, 14, (4), 455.
- Gómez, F. (2007). El incumplimiento contractual en derecho español. *Revista para el análisis del derecho*.
- Gutiérrez, G. (xxxx). *La causa y la Frustración del contrato. Contratación Contemporánea, Teoría General y Principios*. Palestra Lima, Perú y Editorial Temis, Bogotá, Colombia.
- Lafont, P. (2012). *Manual de derecho privado contemporáneo. Derecho de obligaciones, tomo IV*. Librería ediciones del profesional Ltda.
- Linares, J. (2009). *Introducción al Estudio de los Contratos* (1.ª ed.). Liberia Ediciones del Profesional Ltda.
- López, D. (2012). Los principios en el «viejo» y en el «nuevo» derecho. Examen del contraste entre el «rigor formal» y la «flexibilidad basada en principios». *Revista de Derecho Privado*, 47.
- Martínez, N. (2014). *Catedra de derecho contractual societario. Regulación comercial y bursátil de los contratos societarios*. Legis.
- Ordóñez, P. (2013). Validez y efecto de cláusulas de limitación de responsabilidad de contratos en compraventa de acciones en Colombia. *Revista de derecho privado*, Universidad de los Andes, (49).
- Ospina, G. y Ospina, E. (2005). *Teoría General de los Actos o Negocios Jurídicos*. Bogotá: Editorial Temis.
- Payet, J. A. (2009). Reflexiones sobre el contrato de compraventa de empresas y la responsabilidad del vendedor. *Ius Et Veritas*, Pontificia Universidad Católica del Perú, (39).
- Pérez, A. (2009). *Teoría General de las Obligaciones* (4.ª ed.). Ediciones Doctrina y Ley.
- Roman, R. (2001). *Curso Razonado de las Obligaciones, la Obligación Civil y sus Fuentes Voluntarias - Tomo I*. Universidad Sergio Arboleda.
- Romero, R. (2016). Ineficacia del acto jurídico. En Marcela Castro de Cifuentes (coord.). *Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización. Tomo II*. Bogotá: Universidad de los Andes, editorial Temis.

- Sánchez, R. (2014). Indicadores Doing Business como tecnología de gobernanza global sobre la administración de justicia en Colombia. Precedente. *Revista Jurídica*, 5, 41-74. <https://doi.org/10.18046/prec.v5.1973>
- Sherman, A. J. (2011). *Mergers and Acquisitions - From A to Z* (3.<sup>a</sup> ed.). Amacom (American Management Association). Recuperado de: [https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=gIC6Mpius6oC&oi=fnd&pg=PR5&dq=representation+and+warranties+mergers+and+acquisition&ots=y2L1DvYQoT&sig=CgHDKGoqtS0PE\\_gtLT50dVdjjC0&redir\\_esc=y#v=onepage&q=representation%20and%20warranties%20mergers%20and%20acquisition&f=false](https://books.google.com.co/books?hl=es&lr=&id=gIC6Mpius6oC&oi=fnd&pg=PR5&dq=representation+and+warranties+mergers+and+acquisition&ots=y2L1DvYQoT&sig=CgHDKGoqtS0PE_gtLT50dVdjjC0&redir_esc=y#v=onepage&q=representation%20and%20warranties%20mergers%20and%20acquisition&f=false)
- Suescún, J. (2003). *Derecho privado: estudio de derecho civil y comercial contemporáneo*, tomo I (2.<sup>a</sup> ed.). Editorial Legis.
- Tribunal arbitral de AFC Investment Solutions S.L., Armando Delgado Rodríguez y Cándido Rodríguez Losada vs. Fondo de Garantía de Depósitos y Protección Bancaria (Fogade). (15 de mayo de 2013).
- Tribunal de arbitramento Corporación Financiera Colombiana S.A. vs. Invercolsa S.A. y otras. (5 de mayo de 2005).
- Tribunal de arbitramento de Balclín Investments S.L., Altra Inversiones S.A.S. y otros contra Jairo Gutiérrez Robayo, Jimena Gross Mejía y otros. (14 de septiembre de 2011).
- Vásquez, J. (2015). Aproximación constitucional e internacional al ambiente como determinante jurídico para los Planes de Ordenamiento Territorial (POT) en Colombia. Precedente. *Revista Jurídica*, 6, 33-70.