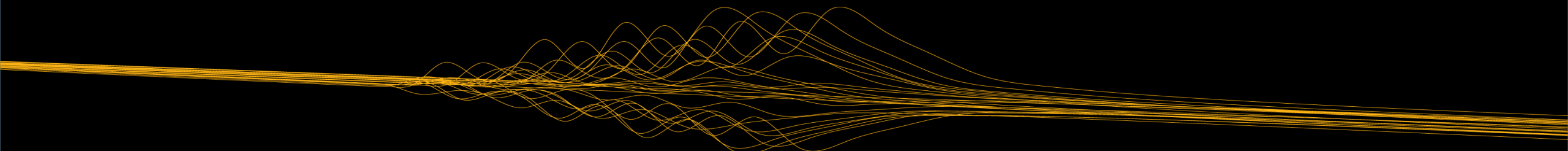




Los pactos de indemnidad en los contratos de compraventa de acciones

Agosto de 2021

La noción



Un ejemplo

...

Indemnización por los Vendedores. Sujeto a lo previsto en esta Sección, los Vendedores se comprometen, en los términos y condiciones de responsabilidad de los Vendedores a defender, indemnizar y mantener indemne al Comprador, en relación con cualquier Pérdida sufrida o incurrida por, u ocasionada o impuesta al Comprador que sea el resultado de, esté relacionada con, o se derive de:

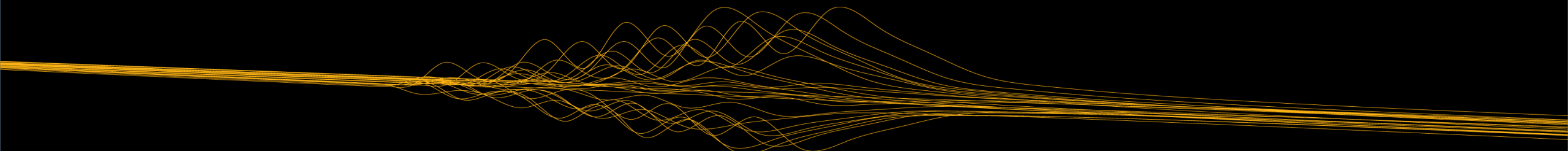
- (i) cualquier inexactitud, falta de veracidad, omisión, error o incumplimiento de cualquier declaración o garantía otorgada por los Vendedores bajo los términos de la Sección * y sus incisos;
- (ii) cualquier acto u omisión, o hecho u omisión relacionados con la Compañía, el Negocio, hasta la Fecha de Cierre, incluyendo, sin limitarse a actividades de naturaleza laboral, de seguridad social, fiscal, civil, comercial, de seguros, tributaria, financiera, administrativa o ambiental, o de otro modo, en cada caso cuyo hecho generador o causal se encuentre relacionado con el período anterior a, e incluyendo, la Fecha de Cierre;
- (iii) el incumplimiento total o parcial de cualquier obligación o acuerdo de los Vendedores y/o los Beneficiarios Reales previsto en el presente Contrato; y/o
- (iv) los asuntos incluidos en las “Indemnizaciones Especiales”.

1.1.1 Las obligaciones de indemnización previstas en esta Sección permanecerán vigentes incluso si alguna de las Partes tiene conocimiento antes de la Fecha de Cierre, o lo adquiere posteriormente, de cualquier incumplimiento, violación, omisión o inexactitud de cualquiera de las declaraciones y garantías previstas en el presente Contrato, así como de cualquier contingencia, pasivo, deuda u otras obligaciones, ocurridas u originadas por hechos previos a la Fecha de Cierre y sobre la cual deba responder la otra Parte en los términos previstos en este Contrato.

1.1.2 *Limitación y naturaleza de la responsabilidad de los Vendedores.* Las Partes acuerdan que los Vendedores en su conjunto, serán responsables por el pago de Pérdidas hasta por un monto que sea igual al 100% del Precio (el “Límite de Responsabilidad”).

1.1.3 *Prescripción.* Las Partes acuerdan que la obligación de indemnizar de los Vendedores y de los Beneficiarios Reales bajo este Contrato permanecerá vigente hasta la expiración del término de prescripción correspondiente al motivo que da lugar a la indemnización de conformidad con la Ley aplicable.

El origen y la naturaleza



Origen en el derecho comparado

- No existe unanimidad acerca del origen de los pactos.
- Tradicionalmente se atribuyen a sistemas de *common law*.
- Su mayor expresión ha sido la compraventa de activos complejos.
- En sistemas como el anglosajón se ha debido hacer frente al principio *caveat emptor* (*cuidado por el comprador*), en cuya virtud el comprador debía informarse del estado de la cosa vendida.
- La aplicación del principio dificultaba las reclamaciones de indemnización.
- Por tal razón, se desarrolló una estipulación volitiva que exceptúa el principio *caveat emptor* y complementa las indemnizaciones.



“Origen” en el caso colombiano

CSJ. SCC. Sentencia del 16 de diciembre de 2013
(Caso Leasing Mazda)

En la compraventa de acciones, la regla general es que la cosa vendida son las acciones (no la compañía subyacente).

En ese contexto, solo se podría reclamar la evicción o los vicios ocultos de las acciones (no los de la compañía subyacente).

Además, bajo el régimen de estas acciones (que exigen de una tarea probatoria calificada y que, además, tienen una caducidad de 6 meses).

SOLUCIÓN: que las partes incluyan una estipulación por la cual amplíen el régimen de responsabilidad – El pacto de indemnidad

“Origen” en el caso colombiano

CSJ. SCC. Sentencia del 16 de diciembre de 2013
(Caso Leasing Mazda)

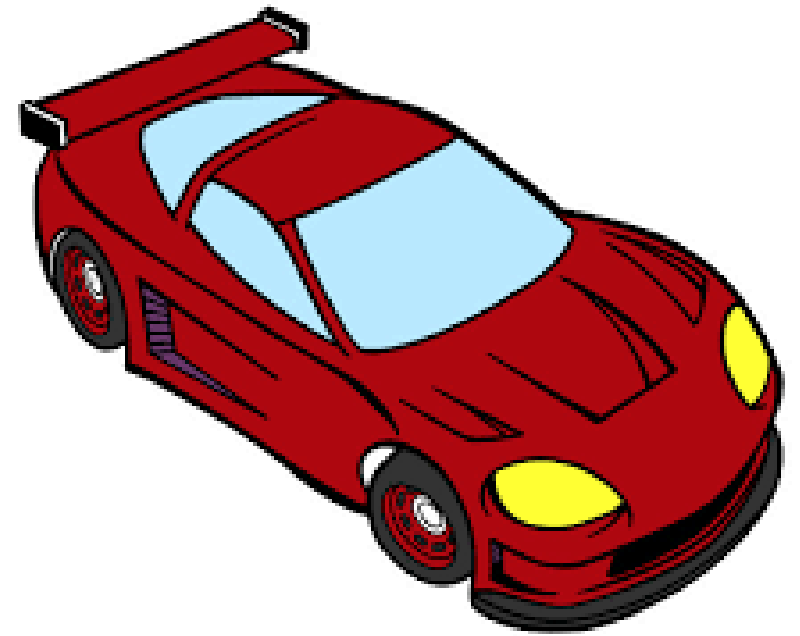
El problema de Leasing Mazda:

Consideró los pactos de indemnidad como garantías de buen funcionamiento de la cosa vendida

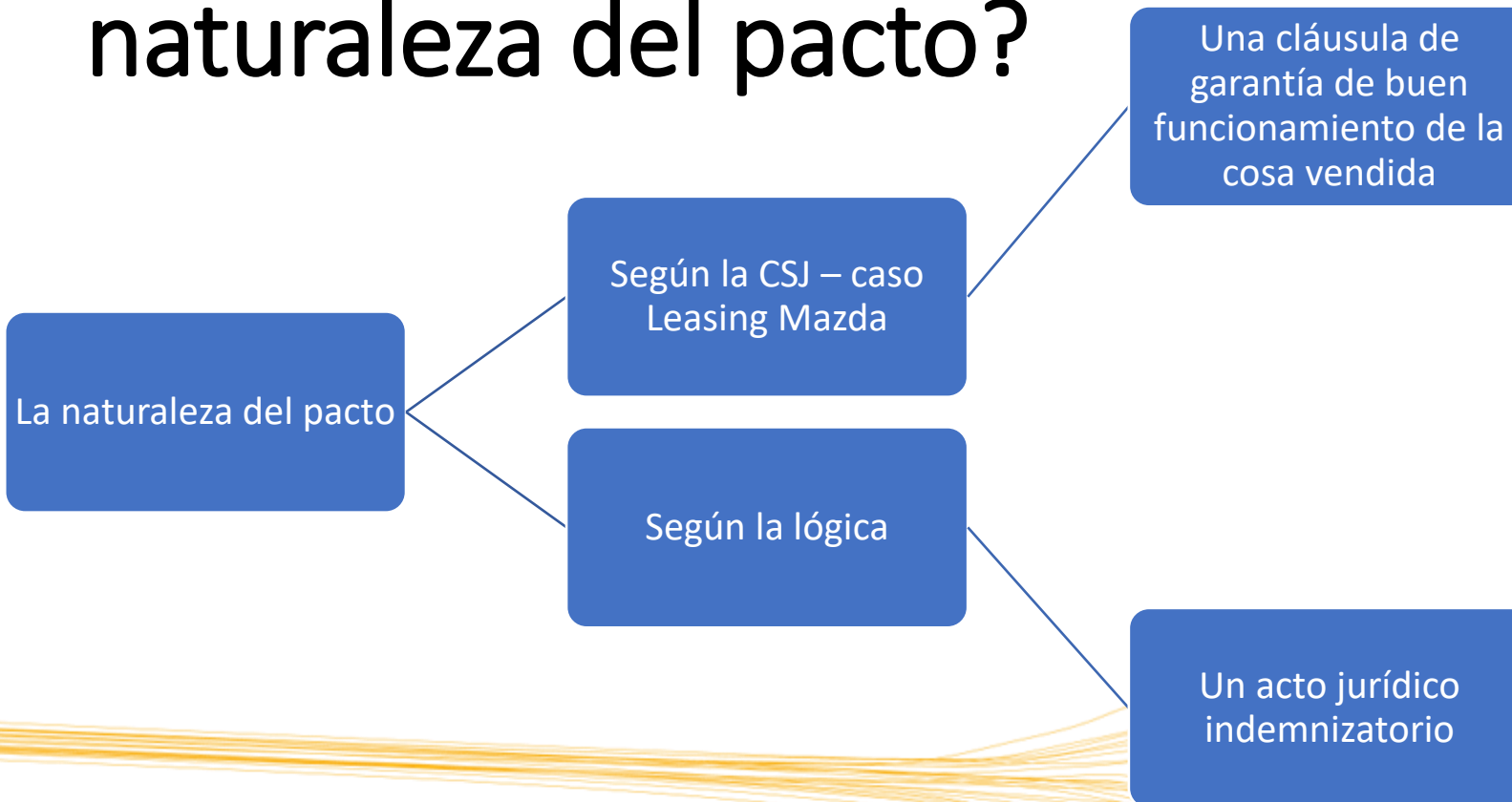
C.Co. Art. 932 - Si el vendedor garantiza por tiempo determinado el buen funcionamiento de la cosa vendida, el comprador deberá reclamar al vendedor por cualquier defecto de funcionamiento que se presente durante el término de la garantía, dentro de los treinta días siguientes a aquel en que lo haya descubierto, so pena de caducidad.

El vendedor deberá indemnizar los perjuicios causados por cualquier defecto de funcionamiento que sea reclamado oportunamente por el comprador.

La garantía sin determinación de plazo expirará al término de dos años, contados a partir de la fecha del contrato.



¿Cuál es entonces la naturaleza del pacto?



- (1) Los pactos de indemnidad no siempre están en compraventas.
- (2) No siempre se refieren a hechos relacionados con la cosa vendida.
- (3) Por último, no siempre se detonan por un mal funcionamiento de la cosa.

El pacto de indemnidad parte de una manifestación de la voluntad orientada a producir efectos en derecho (es un acto jurídico).

Pero su finalidad es calificada: procura regular un objeto específico, que es la indemnización ante ciertos eventos

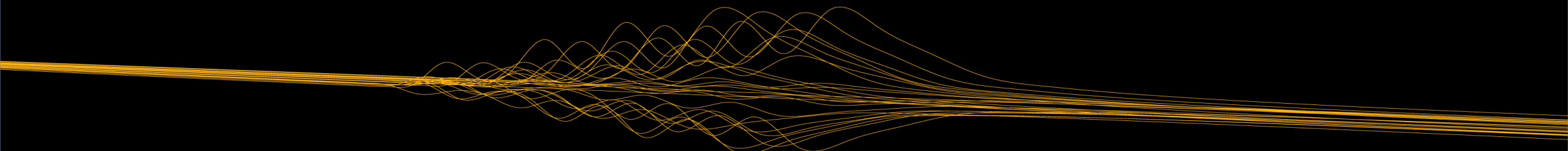
Algunas características generales

Sujetos	Deudor es quien paga la indemnidad (no necesariamente el agente que causó el daño).
	Acreedor es el titular de la indemnización (no necesariamente la víctima del daño)
Objeto	Una obligación indemnizatoria, por la cual el deudor se obliga a pagar la reparación de todos, algunos o algún daño derivado de la ocurrencia de un evento
Modalidad	Condicional. La obligación contenida en el pacto solo se detona si ocurre la condición suspensiva prevista (usualmente, el evento indemnizable).
Forma	Es consensual. Además, puede sobrevenir como un acto pluripersonal (i.e. contrato) o unilateral (carta de indemnidad).
Algunas otras características que lo acompañan	(i) Supervivencia (término de vigencia de la indemnidad). (ii) Limitaciones de responsabilidad (por ejemplo, caps). (iii) Umbrales de indemnidad (<i>de minimis</i>). (iv) Procedimientos para el cobro extrajudicial de la indemnidad.



En los sistemas de derecho continental, la indemnidad supone una **tensión entre dos principios que no suelen encontrarse**: la autonomía de la voluntad privada (propia de los actos jurídicos) y la reparación integral (propia de los hechos jurídicos). Por eso se cuestionan muchas estipulaciones del pacto de indemnidad (i.e. las resaltadas en amarillo).

El régimen jurídico

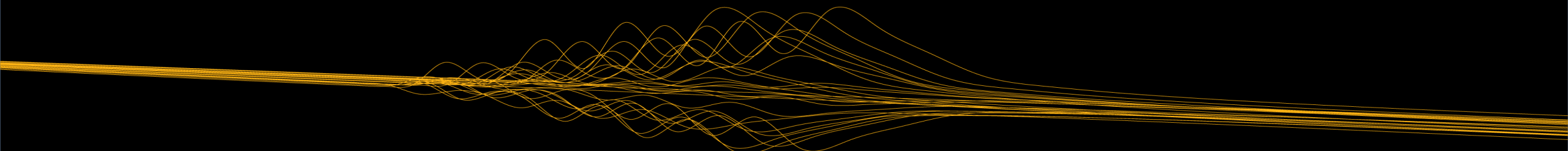


Régimen de los pactos de indemnidad

Por ser un acto jurídico	<p>Está regido por la autonomía de la voluntad privada.</p> <p>Debe cumplir con los requisitos de los actos jurídicos en general (capacidad, consentimiento, objeto y causa).</p> <p>Enfrenta las mismas vicisitudes de un acto jurídico (inexistencia, ineficacia liminar, nulidad, inoponibilidad).</p>
Por ser de naturaleza indemnizatoria	<p>Está regido por el principio de reparación integral (?).</p> <p>Reacciona frente a daños que sean ciertos, personales y directos.</p> <p>Exige, en principio, de los demás elementos de la responsabilidad (atribución y causa).</p> <p>Procura el restablecimiento de la víctima al estado en que se encontraría en ausencia de hecho.</p>

El régimen jurídico hace también evidente la tensión entre la autonomía de la voluntad y la reparación integral: ¿hasta dónde el pacto de indemnidad puede separarse de las reglas tradicionales de una indemnización?

Vicisitudes



**A. ¿La ocurrencia del evento
implica el pago automático?**

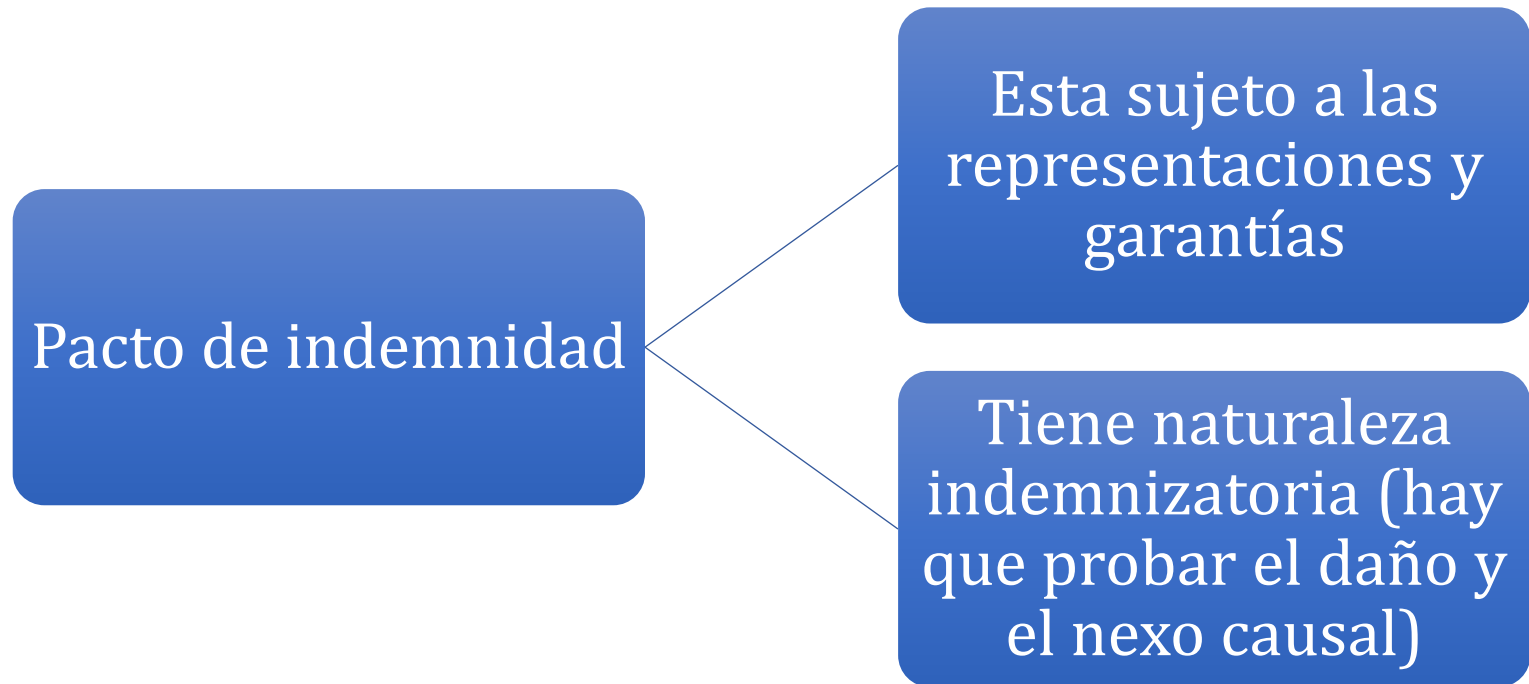
A. ¿La ocurrencia del evento implica el pago automático?

“Con sujeción a las limitaciones de responsabilidad previstas en la Sección 10.3 y la Sección 10.4 del presente Contrato, y de acuerdo con lo previsto en esta CLÁUSULA X los Vendedores se comprometen a asumir, pagar, defender y mantener indemne al Comprador en relación con cualesquiera Pérdidas incurridas por Comprador o por la Compañía que resulten o estén relacionadas u originadas única y exclusivamente en relación con lo siguiente:

- La inexactitud o incumplimiento de cualquiera de las declaraciones, aseveraciones y garantías de los Vendedores contenidas en la CLÁUSULA V y en la CLÁUSULA VI.
- El incumplimiento de los Vendedores frente a cualquiera de los compromisos y obligaciones a su cargo bajo el presente Contrato”.

La sola configuración del evento no exonera de acreditar los demás elementos de la RC

A. ¿La ocurrencia del evento implica el pago automático?





Laudo Altra

La violación de una R&G constituye un incumplimiento contractual y, en consecuencia, detona todos los remedios propios del incumplimiento (cláusula penal, por ejemplo)

Laudo AFC Investments

La violación de una R&G no es un incumplimiento contractual. Por tal razón, no detona los remedios propios del incumplimiento.

B. ¿Se puede predeterminar la suma a pagar?

B. ¿Se puede predeterminar la suma a pagar?

1.Reglas adicionales sobre indemnidad

1. Las Partes acuerdan que en el evento de violarse alguna de las Representaciones y Garantías contenidas en el Anexo J, el Comprador pagará al Vendedor, a título de indemnización plena e integral de perjuicios, la suma de MIL QUINIENTOS millones de pesos (\$1.500.000.000,00) por cada pérdida. Este será el valor único de la indemnidad, el cual fue discutido y aceptado por las Partes.



B. ¿Se puede predeterminar la suma a pagar?

En este caso, la cláusula de indemnidad puede devenir en una cláusula penal, con las restricciones que implica.

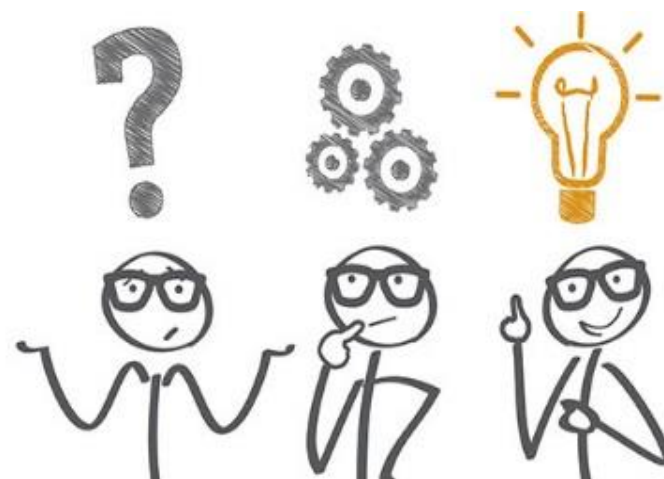
C. ¿Quién puede cobrar la indemnidad?

C. ¿Quién puede cobrar la indemnidad?

Modelo A – No prevé la posibilidad de reclamar por pérdidas de la compañía	Modelo B – Sí prevé la posibilidad de reclamar por pérdidas de la compañía
<p>Indemnidad e Indemnización a cargo de los Vendedores</p> <p>Sujeto a los términos contenidos en el presente Contrato, los Vendedores, en forma individual más no solidaria, mantendrán indemne y deberán defender e indemnizar al Comprador, quién será el único legitimado para reclamar, contra cualquiera y todas Pérdidas en las que incurra el Comprador, que resulten única y directamente de (...)</p>	<p>Con sujeción a las limitaciones de responsabilidad previstas en la Sección 10.3 y la Sección 10.4 del presente Contrato, y de acuerdo con lo previsto en esta CLÁUSULA X los Vendedores se comprometen a asumir, pagar, defender y mantener indemne al Comprador en relación con cualesquiera Pérdidas incurridas por Comprador o por la Compañía que resulten o estén relacionadas u originadas única y exclusivamente en relación con lo siguiente (...)</p>

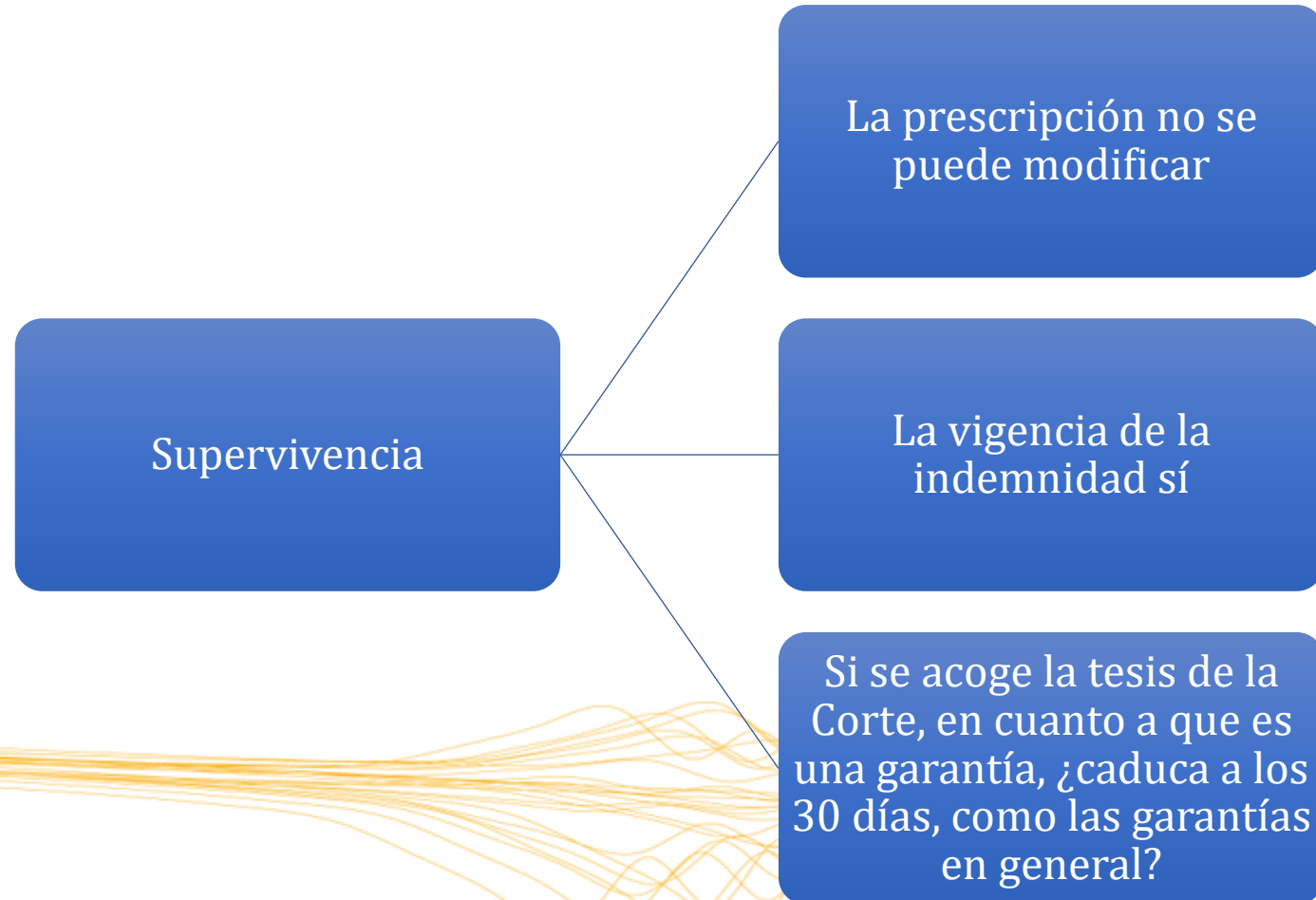
C. ¿Quién puede cobrar la indemnidad?

- ✓ El pacto suele pactarse a favor de las partes en el contrato de compraventa.
- ✓ El perjudicado suele ser la compañía.
 - ✓ En consecuencia: el comprador no puede reclamar porque quien sufre la pérdida es la compañía.
- ✓ Es necesario articular el pacto para que cobije a ambos extremos: perjudicado y beneficiario.



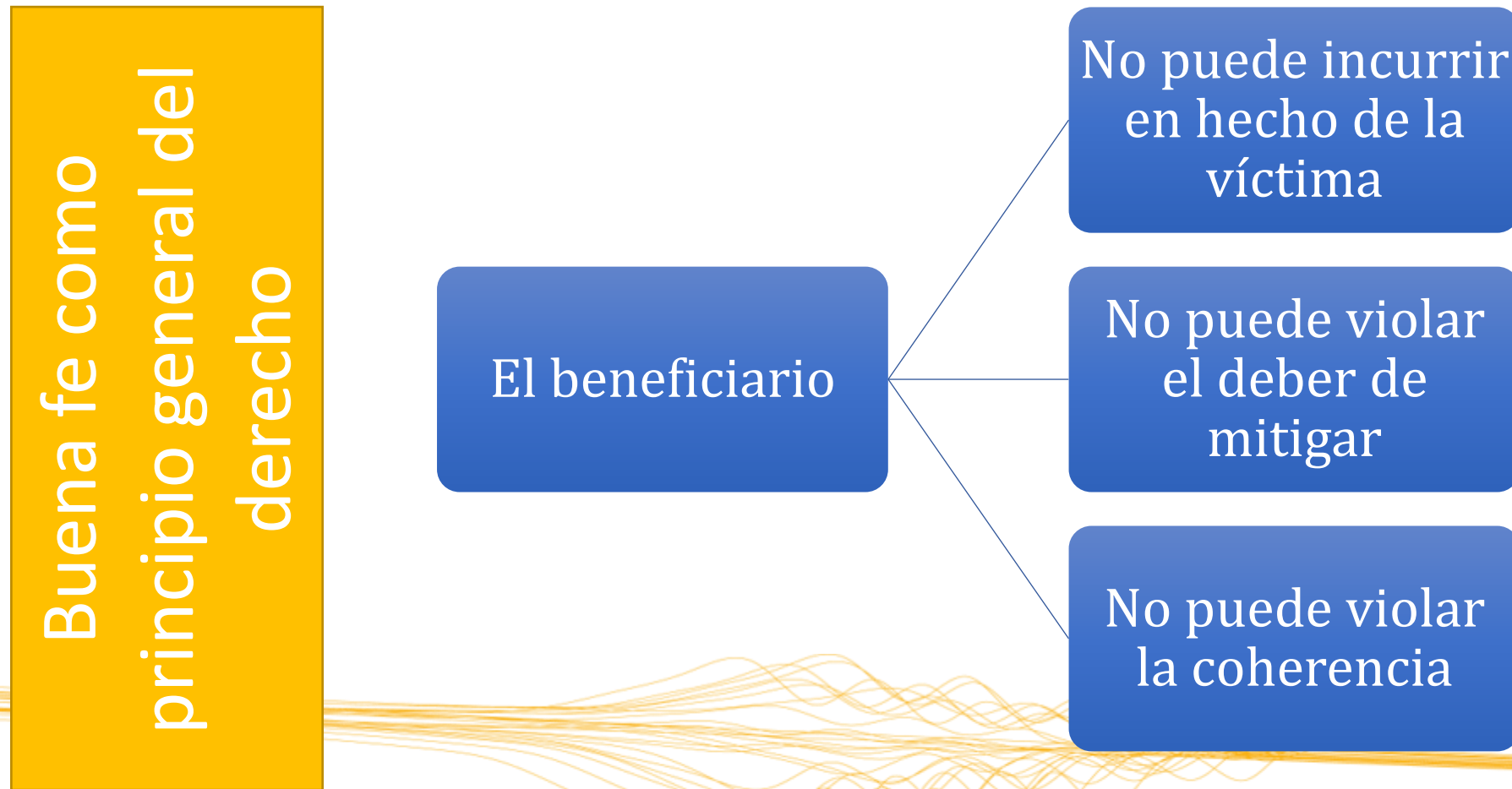
D. ¿Es lícito el periodo de supervivencia?

D. ¿Es lícito el periodo de supervivencia?



E. ¿Qué tanta incidencia tiene la conducta del beneficiario?

E. ¿Qué tanta incidencia tiene la conducta del beneficiario?





Pro-sandbagging

Los derechos que confiere a los compradores el presente capítulo no resultarán afectados por ninguna investigación o Due Diligence que hayan llevado a cabo ellos mismos, sus asesores o representantes, ni por el hecho de que los vendedores tuvieran, o no, conocimiento del hecho o circunstancia que genere el derecho de los compradores a ser indemnizados.

Anti-sandbagging

Anti-Sandbagging. Neither Seller nor New Source shall be liable under this Article Eight for any Claims or Damages resulting from or arising out of or relating to any inaccuracy in or breach of any of the representations or warranties of Seller or New Source, as applicable, contained in this Agreement or any other document delivered in connection herewith, if Buyer had actual knowledge of such inaccuracy or breach prior to the Effective Date; provided, that if Buyer notifies Seller in writing of such inaccuracy or breach within a reasonable period of time prior to the Effective Date, then this Section 8.7 shall not apply to such inaccuracy or breach.

¡Gracias!

