

# Los pactos de indemnidad en el derecho privado colombiano. Vicisitudes y reglas contemporáneas\*

Indemnity Provisions Per the Colombian Law. Main Issues and Contemporary Discussions

Sergio Rojas Quiñones<sup>a</sup>

Pontificia Universidad Javeriana, Colombia

srojas@dlapipermb.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7621-2841>

DOI: <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.pidp>

Recibido: 30 Mayo 2021

Aceptado: 15 Junio 2021

Publicado: 30 Diciembre 2021

## Resumen:

El presente artículo estudia el régimen jurídico aplicable a los pactos de indemnidad en el ordenamiento colombiano. En consideración al amplio vacío normativo que existe y a la dicotomía connatural a este tipo de pactos, que se debaten entre la autonomía de la voluntad privada y el principio de reparación integral, se realiza un estudio de los principales aspectos controversiales asociados a las indemnidades, para determinar su noción, su estructura y el régimen jurídico que les es aplicable. Además, el estudio analiza algunos aspectos problemáticos poco explorados en la academia como, por ejemplo, los legitimados para reclamar la indemnidad, la conversión de las indemnidades en cláusulas penales y pactos de exoneración, la interacción de estos pactos con la denominada culpa de la víctima, la aplicabilidad de la teoría de la imprevisión, la vigencia de la indemnidad y los pactos asociados a la prescripción (que la amplían a más de treinta días) y las estipulaciones de ley y jurisdicción aplicable. Para efectos de claridad, se anticipa que el criterio con el cual se han seleccionado las problemáticas que se abordan es su relevancia en las discusiones judiciales y arbitrales que han ocurrido en la práctica en Colombia y otras jurisdicciones. Por tal razón, algunas discusiones que son puramente teóricas (como la interacción de la indemnidad con la teoría de la imprevisión), aunque se enuncian, no serán abordadas en el escrito. Al concluir, es evidente el vacío regulatorio que existe en Colombia y la apremiante necesidad de abordarlo regulatoria o jurisprudencialmente.

**Palabras clave:** pactos de indemnidad, autonomía de la voluntad privada, reparación integral, daño, compraventa, acciones, exoneración, cláusula penal.

## Abstract:

This article analyses the indemnity clauses from the perspective of Colombian law. Due to the vast regulatory vacuum of these stipulations under the domestic regime and the critical implications of indemnities from the perspective of the autonomous free will and the comprehensive indemnification, the author studies the main legal issues related to the concept, the legal nature, and the structure of indemnities per Colombian domestic law. Considering the main critical issues faced by arbitral panels when solving disputes arising from indemnity claims, the article also analyses these issues from their practical application, mainly in litigation cases considering its practical importance, especially considering some of the most recurrent issues within legal proceedings. As a general conclusion, the article proposes specific elements for a future regulation.

**Keywords:** indemnities, indemnity clauses, autonomous free will, comprehensive indemnification, full reparation, damage, sales and purchase agreements, shares, penalties.

## Introducción

La figura de los pactos de indemnidad está en apogeo. En efecto, con independencia de su utilidad práctica o del valor agregado real que suponen para un contrato, hoy en día la indemnidad suele ser una cláusula de estilo en toda suerte de negocios jurídicos de derecho civil y de derecho mercantil. Tanto que pareciera ser que enfrentamos una desconfianza natural frente a las reglas legales y jurisprudenciales que rigen la

## Notas de autor

<sup>a</sup> Autor de correspondencia. Correo electrónico: [srojas@dlapipermb.com](mailto:srojas@dlapipermb.com)

responsabilidad, lo que se refleja en la permanente necesidad de incluir este tipo de pactos en los contratos que se celebran<sup>1</sup>.

Pero contrasta con el creciente uso de los pactos de indemnidad, el muy escaso desarrollo que la figura ha tenido en la jurisprudencia y en la doctrina colombiana. En esta materia, no son muchos los estudios publicados en artículos científicos y, mucho menos, en libros dedicados a analizar aspectos problemáticos de los pactos de indemnidad<sup>2</sup>.

Esta situación conduce a que en la práctica se hayan dejado de identificar y de abordar discusiones que tienen repercusiones muy profundas sobre el concepto, la licitud, el alcance y la posibilidad de ejecutar las cláusulas que asignan la obligación de indemnizar a una parte específica. Vacío que se acrecienta por el hecho de que esta figura corresponde, en una parte muy sensible, a un trasplante legal de países de tradición de *common law* (particularmente Inglaterra y Estados Unidos), cuya práctica en materia de responsabilidad civil es ampliamente diferente de la que ha inspirado regímenes como el colombiano.

Así, usualmente quedan en el aire aspectos críticos en materia de indemnidades como, por ejemplo, si incluir un tope de responsabilidad en una cláusula de indemnidad es lícito en Colombia; o, no menos discutido, si establecer un plazo para reclamar es contrario o no a las normas de prescripción; o, incluso, si resulta viable pactar una indemnidad aún a pesar del dolo o la culpa grave de la parte que la reclama.

Considerando el uso difundido de las indemnidades en Colombia, pero, simultáneamente, la ausencia de una regulación especializada, ¿cuál es, entonces, el régimen jurídico aplicable a los pactos de indemnidad en el sistema colombiano (si existiere alguno)? y, a partir de dicho régimen jurídico, ¿cuáles son las principales dificultades que enfrentan los operadores del sistema doméstico para el pacto y la ejecución judicial de estas estipulaciones? Ese cuestionamiento es el punto de partida del presente artículo. Se demostrará que, analizados a la luz del derecho doméstico, los pactos de indemnidad enfrentan un número apreciable de dificultades prácticas que se acentúan producto del escaso desarrollo que la figura ha tenido en sistemas como el nuestro. Por tal razón, se urgirá en la necesidad de abordar un tratamiento sistemático de las indemnidades que permita ponerlas en sintonía con el ordenamiento nacional y que abandone la nociva práctica de trasplantarlas, sin más, del derecho foráneo.

Para desarrollar esta problemática, se estructurarán dos grandes secciones en este artículo: una primera orientada a desentrañar el concepto, la naturaleza y el régimen jurídico de los pactos de indemnidad en Colombia; y, una segunda en la que se abordarán siete problemáticas puntuales de la aplicación de este tipo de pactos en el ordenamiento de derecho continental colombiano.

Conviene precisar que, sin perjuicio de su origen predominantemente extranjero, las consideraciones acá expuestas estarán basadas en un análisis descriptivo de la situación jurídica de los pactos de indemnidad en el ordenamiento doméstico —con referencias marginales a su uso en el derecho anglosajón toda vez que se pretende estudiar la figura a la luz del sistema jurídico colombiano—, y algunos comentarios críticos acerca de los riesgos y los mejores tratamientos que se le pueden dar a este tipo de pactos en los contratos sujetos a derecho colombiano.

Asimismo, conviene precisar que, aunque este tipo de pactos se han difundido en diversas tipologías contractuales, ha sido el escenario de los contratos de compraventa de acciones aquel que ha sido más proclive a su inclusión y, sobre todo, a la discusión de estos pactos en el escenario contencioso judicial o arbitral. Por esa razón, la mayoría de las ejemplificaciones que se incluirán en el presente artículo tomarán como insumo los contratos de compraventa de acciones, habida cuenta de la discusión que han tenido las indemnidades en este ámbito.

El debate, sin duda, es bastante amplio. Sin embargo, no puede ser solo el mercado legal colombiano, a espaldas del análisis académico y jurisprudencial, el que delinee los contornos de una figura que hoy es un punto aparentemente obligado en los negocios jurídicos contemporáneos.

## El concepto, la naturaleza y el régimen jurídico del pacto de indemnidad

### Concepto

Terminológicamente, los *pactos* o las *cláusulas de indemnidad* (por su traducción literal de las denominadas *indemnities* o *indemnity clauses*) develan gran parte de su noción a partir del nombre que reciben<sup>3</sup>. En efecto, si la lógica indica que la definición debe construirse a partir del género próximo y la diferencia específica<sup>4</sup>, la denominación de los pactos de indemnidad revela que:

- a) Desde el punto de vista del *género próximo*, esta figura se inscribe en el universo de los actos volitivos que pretenden generar un efecto jurídico. Más específicamente, las cláusulas de indemnidad hacen parte de los denominados *actos* o *negocios jurídicos*, ya que se trata de manifestaciones de la voluntad que están directa y reflexivamente encaminadas a producir un efecto en derecho<sup>5</sup>.

Como es propio de los actos jurídicos, esto supone que en los pactos de indemnidad existen dos componentes indispensables desde la perspectiva de su género, en ausencia de los cuales no habría una indemnidad: (i) *un acto voluntario*, esto es, una acción consciente e intencional de quienes intervienen en la indemnidad, que consiste justamente en acordar dicha indemnidad<sup>6</sup>; y, (ii) el objeto del acto voluntario, que no es otro que el propósito reflexivo y directo de producir un efecto jurídico específico: como se verá, la asignación de la obligación de indemnidad<sup>7</sup>.

Ahora bien, como acto jurídico, la indemnidad puede revestir la forma de una cláusula inmersa en un contrato, que es lo que usualmente sucede<sup>8</sup>. Así, puede aparecer como una estipulación dentro de un acuerdo omnicompreensivo. Sin embargo, las indemnidades pueden ser también contratos autónomos. Con independencia de su denominación, se puede suscribir un *contrato de indemnidad*, caso en el cual no se tendrá ya un acto jurídico en la forma de una cláusula específica, sino un contrato propiamente dicho que cumpla con el propósito de la indemnidad<sup>9</sup>. Incluso, como actos jurídicos, las indemnidades pueden provenir de una promesa unilateral de quien la otorga, aunque esta no es la práctica usual del mercado<sup>10</sup>. Lo definitivo es que se trate de negocios jurídicos que, en su condición de tal, cumpla con las características que les asigna el derecho doméstico.

- b) Ahora bien, desde la perspectiva de la *diferencia específica* con la cual se individualiza este tipo de actos jurídicos, debe señalarse que la misma se encuentra en su objeto. Ciertamente, el pacto de indemnidad es un acto jurídico que persigue una finalidad concreta<sup>11</sup>: dar origen a una obligación de indemnizar en cabeza de un sujeto, cuando ocurran los eventos condicionales previstos en la propia estipulación<sup>12</sup>.

Así, el efecto en derecho que, por esencia, persigue la indemnidad no es otro distinto que servir de fuente a una obligación de valor sujeta a una condición suspensiva<sup>13</sup>: la obligación de valor es la obligación de reparar integralmente los perjuicios que se derivan de un evento dañoso, futuro e incierto, que es justamente la condición a la que está sujeta la indemnidad<sup>14</sup>.

Por tal razón, puede afirmarse que (i) si el acto jurídico no pretende crear una obligación indemnizatoria en cabeza de una persona específica, no se trata de un pacto de indemnidad propiamente dicho; podrá ser una estipulación de naturaleza disímil, pero no una indemnidad, dado que el objeto específico de estas cláusulas es administrar, si la expresión de recibo, la obligación indemnizatoria<sup>15</sup>; (ii) también puede concluirse que si la obligación que surge a partir de la indemnidad no es condicional, dudosamente se tratará de un pacto de esta naturaleza<sup>16</sup>. La razón es que la obligación de indemnizar es consecuencia de un evento futuro e incierto: el hecho dañoso. Si, por el contrario, el evento ya se configuró y es un evento cierto que dio lugar a una obligación también cierta de reparar integralmente un perjuicio (obligación que ahora se le asigna a un sujeto específico en

virtud del pacto entre las partes), dicha figura podrá corresponder a una *garantía personal* (si el pacto no excluye al agente dañador principal de la obligación de pago, sino que adhiere a un tercero como deudor<sup>17</sup>), a una *transferencia de la obligación* (si el sujeto pasivo originario desaparece de la relación y el débito es asignado a un nuevo deudor<sup>18</sup>), o incluso a una *novación*, pero no a una indemnidad. Así, si la indemnidad no se refiriera a un hecho incierto, sino a una obligación cierta de pago, se confundiría con otras figuras como la transferencia, la novación o la garantía. Por eso, para evitar el entronque de los pactos de indemnidad con las garantías personales o los contratos de transferencia de las obligaciones, resulta entonces indispensable que la obligación futura, cuyo surgimiento se acuerda en la respectiva indemnidad, esté sujeta a una condición suspensiva<sup>19</sup>. Caso en el cual el pacto de indemnidad cumple con su objeto específico a cabalidad y se singulariza respecto de otro tipo de estipulaciones, en la medida en que tiene por objeto dar origen a una obligación indemnizatoria en los términos en que las partes hayan estipulado.

Estos elementos permiten, por lo demás, conceptualizar adecuadamente la indemnidad.

Efectivamente, si se tiene en cuenta el género próximo y la diferencia específica, podría entonces decirse que, desde la perspectiva del derecho colombiano, un pacto de indemnidad es un “acto jurídico por virtud del cual se crea, en cabeza de la parte deudora, una obligación de reparar los perjuicios que surjan de un evento determinado, siempre y cuando ocurran las condiciones suspensivas previstas en el pacto mismo y dentro de los términos que hubieren sido materia de regulación entre los sujetos intervinientes”<sup>20</sup>.

## Operativa usual de los pactos de indemnidad

Ahora bien, sin perjuicio de que no existe una regulación legal que establezca elementos esenciales inherentes a los pactos de indemnidad, la práctica de mercado sí permite inferir que existen componentes indispensables en la operativa de este tipo de estipulaciones.

Así, a riesgo de rayar en lo obvio, la indemnidad supone, en primer lugar, un componente objetivo: una obligación condicional de reparar los perjuicios que se causen en el evento de realizarse el hecho futuro e incierto del que pende dicha indemnidad<sup>21</sup>. Esa es una obligación de valor que, salvo por disposición contractual en contrario, se rige por las reglas de la reparación en materia de responsabilidad civil, como se expondrá posteriormente<sup>22</sup>.

También hay un componente subjetivo, dado por un acreedor y un deudor. El primero será la parte que sufre el daño (regularmente denominada como la *parte indemnizada*) y, de contera, quien tiene la legitimación por activa para reclamar<sup>23</sup>. El deudor, por su parte, será la persona que individualiza la estipulación y que, a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad surgida del hecho jurídico, no necesariamente es el causante del perjuicio (la *parte que indemniza*)<sup>24</sup>. De hecho, la regla usual es que terceros diferentes del dañador directo sean los responsables de la indemnidad. Así, por ejemplo, este rol lo asume el vendedor de unas acciones respecto de las contingencias que se materialicen sobre el objeto vendido, con independencia de que el causante del daño no sea estrictamente el vendedor; o en esquemas más novedosos, lo puede incluso asumir un patrimonio autónomo constituido con el objeto de administrar recursos orientados a pagar indemnidades.

Este segundo evento amerita un comentario especial: ante las dificultades que han existido recientemente, por ejemplo, para obtener coberturas de responsabilidad en el mercado asegurador, los fondos de autoseguro se han convertido en soluciones cada vez más consideradas en la práctica. En este contexto, recientemente en Colombia han empezado a estructurarse patrimonios autónomos que administran tales fondos de autoseguro, con una estructura novedosa: los fideicomitentes aportan los recursos que nutrirán el fondo respectivo y, a su turno, los patrimonios autónomos suscriben pactos de indemnidad con los beneficiarios de la cobertura. Así, en el evento de que los beneficiarios sufran un daño, el fondo (patrimonio autónomo) cubre tales daños, por

virtud de la indemnidad pactada. A su turno, el fondo ha obtenido sus recursos de los aportes que realizan quienes se vinculan al mismo. En este contexto (que, ciertamente, debe observar algunas restricciones para evitar que se convierta en el ejercicio ilícito de una actividad de aseguramiento), el deudor de la indemnidad (que es el patrimonio autónomo), procede a pagarla a los beneficiarios, así nada tenga que ver con la causación del perjuicio. Esto evidencia, entonces, que en las indemnidades no es el agente dañador quien necesariamente deba fungir como deudor de la indemnidad correspondiente.

Volviendo a la explicación general de la indemnidad, la operativa normal de la cláusula, entonces, es que la parte que indemniza habrá de pagar a la parte indemnizada la reparación de los perjuicios que surjan del evento que prevea la indemnidad, siempre que el mismo se realice (cumplimiento de la condición suspensiva)<sup>25</sup>.

Además de esta prestación principal, las indemnidades suelen acompañarse de algunos pactos accesorios que regulan aspectos puntuales de la obligación resarcitoria (véase Apéndice 1, Ejemplificación A, con un modelo de cláusula de indemnidad que es usual en el mercado). Así, es frecuente que:

- i. Se incorpore una cláusula que regule el procedimiento para las reclamaciones. Este es, por regla general, un procedimiento extrajudicial que define cómo debe proceder cada una de las partes en el evento en que se realice una reclamación de un tercero o de la propia parte indemnizada. La cláusula suele incluir etapas de la reclamación, deberes de colaboración entre las partes y los términos de tiempo que deben observarse<sup>26</sup>. Un reciente pronunciamiento arbitral anotó que estos procedimientos son de obligatoria observancia para efectos de que se pueda reclamar la indemnización correspondiente. En efecto, cuando en ejercicio de su autonomía de la voluntad, las partes han decidido incorporar unas reglas para formular las reclamaciones, la no observancia de tales reglas genera la pérdida del derecho a la indemnización<sup>27</sup>.
- ii. Asimismo, la indemnidad suele regular los aspectos cuantitativos de la reclamación. Así, es usual encontrar cláusulas que establecen el monto mínimo al que debe ascender cada reclamación para detonar la obligación de indemnizar (*de minimis*), estipulaciones que establecen un monto agregado total mínimo (ya no por reclamación) al que se sujeta la indemnidad (*basket*) o cláusulas que regulan un tope indemnizatorio en el evento en que surja la obligación de resarcir (*cap*)<sup>28</sup>.
- iii. Otra estipulación frecuente es la que regula el tiempo de vigencia de la obligación indemnizatoria o el plazo para reclamar (*survival period*). En esta cláusula (que puede tener diferentes presentaciones, no exentas de discusión) se establece un término durante el cual deberán presentarse las reclamaciones para que surja la obligación de indemnizar<sup>29</sup>.
- iv. Finalmente, las indemnidades incorporan también obligaciones de cooperación, entrega de información y control de procesos entre las partes, que permiten la defensa de los derechos de cada uno de los interesados y la mitigación del monto del daño en el evento en que la indemnidad deba pagarse<sup>30</sup>.

Estos son, en una apretada síntesis, el concepto y la operativa general de las cláusulas de indemnidad.

Para concluir este segmento, basta con hacer un comentario final: se ha venido imponiendo una práctica ciertamente llamativa, consistente en incluir en los contratos pactos de indemnidad que son, simplemente, una reiteración de las reglas generales de la responsabilidad. Así, por ejemplo, bajo el título de “pacto de indemnidad”, se incluye en los contratos una cláusula que indica que el deudor deberá mantener indemne al acreedor, por todos los perjuicios que éste último sufra como consecuencia del incumplimiento de las obligaciones a cargo del deudor. Esta, sin embargo, no es verdaderamente una indemnidad. Es la simple reiteración de la regla general de responsabilidad sin un impacto material en la práctica. Por esa misma razón, no es una estipulación que admita las discusiones propias de la indemnidad y que, debe decirse con claridad,

más que contribuir a fortalecer los derechos del acreedor, los dificulta, en tanto inyecta una duda: si ya existía una regla de responsabilidad, ¿cuál es el efecto útil de una cláusula como la descrita? Seguramente ninguno.

## Naturaleza y régimen jurídico de los pactos de indemnidad

A partir de los apartados anteriores, se puede ahora abordar lo referente a su naturaleza y a su régimen jurídico, como sigue.

### *La naturaleza jurídica de los pactos de indemnidad: actos jurídicos de carácter resarcitorio y no cláusulas de garantía*

Aun cuando denominadas ocasionalmente como cláusulas de indemnidad, desde el punto de vista de su naturaleza, estos pactos constituyen realmente *actos jurídicos*.

En efecto, como ya se explicó<sup>31</sup>, las indemnidades son manifestaciones de la voluntad directa y reflexivamente encaminadas a producir efectos jurídicos, lo que permite tipificarlas, sin lugar a duda, en el género de los negocios jurídicos como fuente de las obligaciones<sup>32</sup>.

Y dentro de este género, podría afirmarse que se trata particularmente de actos jurídicos *indemnizatorios*, en la medida en que su finalidad específica es la de regular el surgimiento y las características de una obligación de reparar perjuicios<sup>33</sup>. Ciertamente, la causa del acto y su objeto están asociados con regular el resarcimiento de los daños que se pueden derivar de la materialización de una contingencia, con miras a llevar a la parte indemnizada a la situación en que se encontraría si dicha contingencia no hubiese tenido lugar<sup>34</sup>. De ahí que el norte y el sustrato mismo de las cláusulas de indemnidad, esté profundamente asociado a la responsabilidad civil y, más específicamente, a la obligación de reparar<sup>35</sup>. Por eso puede entonces concluirse que los pactos de indemnidad son, desde el punto de vista de su naturaleza, *actos o negocios jurídicos de carácter resarcitorio*.

Ahora bien, en relación con el asunto de su naturaleza, no puede dejar de hacerse referencia, por su importancia, al análisis realizado por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de la Sala de Casación Civil del 16 de diciembre de 2013.

En aquella oportunidad, la Corporación estudió una reclamación de indemnidad formulada por el comprador de unas acciones, habida cuenta de la materialización de una serie de contingencias desfavorables que, en teoría, estaban amparadas por el pacto indemnizatorio. Por esa razón, la Corte tuvo ocasión de pronunciarse en relación con este tipo de estipulaciones en el contexto de la compraventa de acciones y abordó temas neurálgicos como el alcance de la obligación de sanear los vicios ocultos, el concepto de la *cosa vendida* cuando se trata de enajenación de acciones que representan una parte sustancial de una sociedad, la caducidad y la naturaleza de los pactos de indemnidad<sup>36</sup>.

En relación con este último aspecto, la Corte consideró que los pactos de indemnidad constituían actos jurídicos, pero, puntualmente, cláusulas de garantía de buen funcionamiento de la cosa vendida de aquellas reguladas en el artículo 932 del Código de Comercio, razón por la cual le aplicó el régimen de estas garantías a la indemnidad correspondiente<sup>37</sup>.

A partir de esta postura, ¿podría entonces decirse que las cláusulas de indemnidad, más que actos jurídicos indemnizatorios, son garantías de buen funcionamiento de la cosa vendida? Aparentemente, según la postura de la Corte Suprema, sí<sup>38</sup>.

Sin embargo, esta es una conclusión a todas luces apresurada, en la medida en que no siempre una indemnidad corresponderá a una garantía de este tipo, por lo que no puede ser calificada permanentemente como un pacto de esta naturaleza.

Para mayor claridad: aunque habrá casos en los que la indemnidad revestirá la forma específica de una garantía, no siempre lo será, razón por la cual, desde el punto de vista de su caracterización académica, conviene tipificarlas desde una óptica más genérica: como actos jurídicos de carácter resarcitorio que, en ocasiones, podrán tener la modalidad específica de cláusulas de garantía, pero que no siempre lo serán.

En efecto:

- i. En primer lugar, las indemnidades no siempre se encuentran en el contexto de operaciones de compraventa. Modalidades contractuales respecto de las que no existe la garantía de buen funcionamiento, en los términos en que es regulada por el artículo 932 de la legislación mercantil. Así, respecto de este universo de negocios, mal podría concluirse que la indemnidad es una forma de garantía de buen funcionamiento de la cosa vendida.
- ii. Adicionalmente, la indemnidad no siempre se detona por un mal funcionamiento de la cosa. Los eventos detonantes de la indemnidad pueden ser una muy variada gama, varios de los cuales no son, en estricto sentido, desperfectos, defectos o falta de calidades de lo que se enajenó<sup>39</sup>. De hecho, en estipulaciones como las indemnidades especiales, suelen incluirse aspectos que, conocidos por las partes, son amparados por la indemnidad sin que sean necesariamente malos funcionamientos de la cosa vendida, lo que aleja a estos pactos de indemnidad de la garantía contenida en el artículo 932 del Código de Comercio<sup>40</sup>.
- iii. Por lo demás, la indemnidad tampoco se origina siempre en una situación atribuible a la cosa vendida, sino en circunstancias que pueden estar asociadas a algo diferente del objeto material que se enajenó. Es lo que sucede, por ejemplo, en el contrato de compraventa de acciones: allí, por regla general, la cosa vendida son los títulos accionarios (a menos que se trate de una porción sustancial que permita inferir que la causa real del negocio fue la enajenación de la compañía)<sup>41</sup>. Sin embargo, las indemnidades suelen originarse en situaciones relativas a la compañía subyacente que no es la cosa vendida, por lo que no puede decirse que se trata de indemnidades constitutivas de garantías de buen funcionamiento de la cosa.

Por estas razones, calificar a la indemnidad como una indefectible expresión de las garantías contenidas en el artículo 932 del Código de Comercio, no es preciso. Habrá ocasiones en las que ciertamente pueda decirse que una indemnidad cumple con las características de estas garantías; sin embargo, no siempre las indemnidades serán garantías de buen funcionamiento de la cosa, por lo que no se puede concluir omnímodamente que lo sean.

Por las mismas razones, tampoco podrá afirmarse, como se ha tratado también de insinuar por la Corte Suprema de Justicia, que las indemnidades son una emanación de la obligación de sanear un vicio oculto. Como ya se dijo, las indemnidades no siempre están inmersas en contratos de compraventa, no siempre responden a vicios que cumplan con las características de los denominados vicios ocultos<sup>42</sup> y no siempre se refieren a la cosa vendida, razón por la cual no se puede afirmar que los pactos de indemnidad sean una aplicación concreta del saneamiento de vicios de este tipo.

De ahí que la postura expuesta en este artículo, en cuanto a que se trata de actos jurídicos indemnizatorios, parezca ser la que se impone como regla omnicomprendensiva de los diferentes casos.

### *El régimen jurídico aplicable a los pactos de indemnidad: la tensión entre la autonomía de la voluntad privada y la reparación integral*

Ahora bien, el que se trate de una tipología tan particular, tiene, además, varias consecuencias que permiten entender cuál es su régimen aplicable.

En efecto, los pactos de indemnidad materializan la convergencia (y eventual pugna) de dos principios de derecho privado de enorme importancia: de una parte, la autonomía de la voluntad privada (que rige a los negocios jurídicos en general)<sup>43</sup> y, de la otra, el principio de la reparación integral (que es el faro orientador en materia indemnizatoria)<sup>44</sup>.

Ciertamente, ha de tenerse en cuenta que la obligación de indemnizar suele tener su fuente en el hecho ilícito que es, por antonomasia, un hecho jurídico cuya característica fundamental es que las consecuencias se derivan “con independencia del querer de los sujetos involucrados”<sup>45</sup>. No obstante, en el caso de los pactos de indemnidad, la fuente de la obligación indemnizatoria deja de ser un hecho jurídico (como tradicionalmente lo es), para convertirse en un acto jurídico que, en su esencia, genera consecuencias legales *en virtud de que así lo han querido las partes*<sup>46</sup>. Por esa razón, la obligación indemnizatoria que surge del pacto de indemnidad enfrenta una tensión que no es usual en la práctica: la de darle espacio a la autonomía de la voluntad privada, principio que es ajeno normalmente a las obligaciones de indemnización que, como se decía, surgen normalmente de un hecho jurídico incluso en la responsabilidad civil contractual<sup>47</sup>.

En otros términos, cuando la obligación indemnizatoria se origina en un acto (una manifestación de la voluntad que ha querido dar lugar a dicha obligación) y no en un hecho, como es lo usual, surge un escenario normalmente poco explorado: el de la voluntad de las partes a la hora de definir las reglas de indemnización, lo que genera la pugna entre la autonomía de los contrayentes y las reglas imperativas que impone la reparación integral.

Esta pugna o tensión se resuelve, sin embargo, de una manera relativamente sencilla: por tratarse de un acto jurídico indemnizatorio, los pactos de indemnidad deberán privilegiar la autonomía de la voluntad de las partes, la cual regirá a la obligación de reparación resultante del negocio, siempre y cuando no contraríe una norma imperativa en materia indemnizatoria, caso en el cual dicha norma imperativa deberá primar<sup>48</sup>. Así, las partes podrán definir las reglas de indemnización con el único límite de aquellas que, por ser de orden público, no admiten pacto en contrario<sup>49</sup>.

Ahora bien, esta regla sencilla (primacía de la autonomía de la voluntad con excepción de las normas imperativas en materia de reparación), que no es sino una repetición de la regla general, admite tres precisiones adicionales, a saber:

- i. En primer lugar, *sobre el principio mismo de reparación integral*. En este aspecto, conviene preguntarse si el principio de reparación integral es un principio imperativo en Colombia porque, en tal caso, sería muy restringido el espacio a la autonomía de la voluntad privada. En efecto, si la reparación integral es considerada una norma de orden público, poco podrían estipular las partes respecto de la misma en el marco de los pactos de indemnidad.

Sin embargo, esa no es la situación. La jurisprudencia y la doctrina han reconocido que la reparación integral, como principio, admite excepciones. Estas excepciones, en ocasiones, están dadas por el legislador (v.gr. normas que establecen topes indemnizatorios)<sup>50</sup> o, incluso, por las partes negociales, como cuando se negocian las denominadas cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad<sup>51</sup>.

En la medida en que se respeten ciertos límites, los matices a la reparación integral son lícitos y producen la plenitud de sus efectos en Colombia<sup>52</sup>, circunstancia que, por analogía, se les aplicaría también a los pactos de indemnidad. Esto, en tanto este tipo de cláusulas modifiquen las reglas indemnizatorias de un modo tal que no vulnere parámetros imperativos de la responsabilidad civil (como, por ejemplo, la condonación del dolo futuro) o de otros campos del derecho (la prescripción, a modo de ilustración), no habría un obstáculo para que se le reconozca total eficacia a lo estipulado en la indemnidad respectiva.

ii. En segundo lugar, debe hacerse una precisión sobre *las consecuencias del que se trate de un negocio jurídico*. En este aspecto, si se parte de la base de que la indemnidad es un negocio jurídico, como ya quedó establecido, debe también concluirse que las instituciones inherentes a los negocios jurídicos resultan también aplicables a las indemnidades. En efecto, en su condición de negocio jurídico, la indemnidad comulga con los elementos del género al que pertenece. Esto es especialmente relevante frente a tres grandes aspectos, a saber:

a) Las reglas en materia de eficacia, lato sensu, se predicán también de las indemnidades. Así, para que estos pactos produzcan la plenitud de sus efectos es preciso que reúnan los presupuestos de existencia, validez y oponibilidad propios de cualquier acto jurídico<sup>53</sup>.

En ausencia de cualquiera de estos presupuestos, la indemnidad adolecerá de inexistencia, ineficacia liminar, nulidad o inoponibilidad, según sea el caso.

b) Adicionalmente, por tratarse de actos jurídicos, es evidente que a las indemnidades se les aplica el principio general de la buena fe, con todos sus efectos. Así, es fundamental tener en cuenta que las indemnidades no solamente obligarán a lo expresamente pactado en ellas, sino a todo lo que resulte connatural a la realización de su objeto, como lo dispone el artículo 1603 del Código Civil colombiano<sup>54</sup>.

Esto implica, como es apenas obvio, que a los pactos de indemnidad les resultan aplicables los denominados deberes secundarios de conducta que, de acuerdo con la concepción de sus primeros gestores, como son Staub y Stoll en Alemania o R. Demogue en Francia, corresponden a comportamientos activos u omisivos que los individuos deben realizar, en aras de satisfacer el interés primario inherente a la obligación<sup>55</sup>. Puesto en otros términos, los deberes secundarios de comportamiento son débitos que, aun cuando no hacen parte de las prestaciones principales que llevaron a los sujetos a contraer la relación jurídica, sí resultan ínsitos en la obligación, en la medida en que contribuyen a la realización de esas prestaciones principales, por ejemplo, desde la perspectiva de la indemnidad, la información, la confidencialidad, la asesoría, entre otros aspectos más<sup>56</sup>.

Pues bien, en la aplicación de las indemnidades habrá de tenerse en cuenta que, además de la obligación de reparación en estricto sentido, las partes tendrán que observar los deberes de *cooperación, coherencia, diligencia, prohibición de abuso del derecho, información*<sup>57</sup> y todos aquellos que emanen de la naturaleza de la obligación de indemnidad o que por ley y en ausencia de disposición de las partes, pertenezcan a ella.

c) Por último, las formas de revisión de los negocios jurídicos también podrían resultar aplicables a los pactos de indemnidad. En efecto, figuras como la denominada *teoría de la imprevisión* u otros mecanismos de revisión de las prestaciones contractuales podrían predicarse de las indemnidades, en la medida en que estén reunidos los presupuestos en ellas previstos.

Esto no resulta descabellado si se tiene en cuenta que la indemnidad, por regla general, implica (i) una estipulación de ejecución diferida en el tiempo y no de cumplimiento instantáneo, toda vez que no se agota en la celebración misma del negocio jurídico, sino en un momento ulterior, ya mediante un solo pago o mediante varios pagos sucesivos; y (ii) no se trata, usualmente, de pactos aleatorios, sino de estipulaciones que provienen de una estructura conmutativa en virtud de la cual, como parte de las contraprestaciones que los contratantes pactan y que entienden equivalentes entre sí, se otorga la indemnidad<sup>58</sup>. Así, en una compraventa, la indemnidad suele ser una de las contrapartidas al precio que paga el comprador. En una cesión, suele ser una contraprestación a lo pagado por el derecho cedido; en el transporte, suele ser parte de la contraprestación al flete, y así ocurre en la

generalidad de negocios jurídicos. La indemnidad no es, por el contrario, un pacto sujeto a una contingencia incierta de ganancia o pérdida, como sucede con los juegos de azar, lo que excluye su tipificación como estipulación aleatoria. De hecho, consideraciones sobre la indemnidad suelen estar incluidas en las discusiones acerca del precio, lo que pone en evidencia que no suponen una apertura azarosa a la ganancia o a la pérdida, como sucede en los negocios jurídicos aleatorios.

Pues bien, bajo estos presupuestos resulta factible que a una cláusula de indemnidad se le apliquen las consecuencias de la teoría de la imprevisión, cuando quiera que estén reunidos los demás elementos relativos a las circunstancias extraordinarias, imprevistas e imprevisibles, que afecten de manera grave las prestaciones de indemnidad, de un modo tal que resulte excesivamente oneroso su cumplimiento para la parte que indemniza.

Así, bien podría suceder, por ejemplo, que el evento indemnizable que surja a la postre no hubiese podido ser previsto por las partes de ninguna manera (porque corresponda a una exótica y rara materialización de una violación a una representación o a una garantía en nada anticipada por las partes). O, lo que podría ser más usual, que la consecuencia dañosa, por su magnitud o monto, exceda cualquier parámetro de razonabilidad y previsión y haga excesivamente oneroso su cumplimiento al deudor (en ausencia, claro, de un tope de responsabilidad previsto en la indemnidad). En estos casos, cabría la posibilidad de alegar una eventual aplicación de la teoría de la imprevisión<sup>59</sup>.

No obstante, debe advertirse que esta es una circunstancia muy poco explorada y sobre la cual valdría la pena profundizar. Ciertamente, el expediente de la teoría de la imprevisión podría dar lugar a una serie de preguntas de gran interés en el escenario de las indemnidades. Así, por ejemplo, ¿puede alegarse que la obligación de reparar un perjuicio excesivamente cuantioso configura un escenario de imprevisión sujeto a revisión? ¿Puede entonces un juez o un árbitro reducir el monto a pagar mediante la equidad? ¿Qué es lo que debe ser extraordinario, imprevisto o imprevisible: el evento dañoso o el daño sufrido? Estas reflexiones exceden el objeto del presente artículo, pero, sin duda, ponen de manifiesto una discusión con sensibles repercusiones en la práctica, y que surge del hecho de considerar a la indemnidad como un acto o negocio jurídico.

- iii. *Las consecuencias de la naturaleza indemnizatoria.* Por último, debe tenerse en cuenta que el acto jurídico que materializan los pactos de indemnidad tiene, en todo caso, una naturaleza indemnizatoria. En efecto, como se explicó, el objeto específico de la indemnidad, en términos sencillos, es que la parte obligada asuma el débito de reparar integralmente un perjuicio, sujeto a las reglas de la indemnidad, siempre que ocurra el evento futuro e incierto al que se condiciona el pacto respectivo<sup>60</sup>.

Así, como es obvio, la indemnidad no puede escapar a las reglas propias de la responsabilidad civil. Al fin y al cabo, lo que regula es una obligación indemnizatoria en estricto sentido.

Esto supone, entonces, que, a la hora de dar aplicación a una cláusula de este tipo, deben tenerse también en cuenta algunos parámetros básicos de la responsabilidad civil como, por ejemplo:

- a) Que la indemnidad no supone, de manera alguna, el pago automático de una suma de dinero por la sola ocurrencia de un evento. Habida cuenta de su carácter indemnizatorio, el pago de la obligación de reparar pactada en la cláusula se sujeta a que se acrediten los presupuestos estructurales de la responsabilidad, que no son suplidos mediante el pacto específico<sup>61</sup>. En este contexto, lo que usualmente ocurre es que la cláusula de indemnidad establece el *evento* que detona la obligación de reparar; evento que, si se le contrasta con la

formulación tradicional de la responsabilidad civil, suple dos de los elementos estructurales: el hecho dañoso y el factor de atribución<sup>62</sup>.

En efecto, la cláusula de indemnidad regula, *ex ante*, el evento que genera la responsabilidad o, en otros términos, la indemnidad establece, *per se*, el *hecho generador* que condiciona el surgimiento del débito indemnizatorio como, por ejemplo, la violación de una representación o de una garantía, la materialización de una sanción administrativa o la notificación de un fallo adverso en un proceso determinado<sup>63</sup>.

Por eso, a diferencia de lo que sucede con la responsabilidad surgida del hecho jurídico, en el caso de los pactos de indemnidad se suple el evento a partir del cual surge la obligación indemnizatoria, mediante la regulación contractual. Esto hace que sea innecesario probar un hecho culposo o doloso o, en general, que sea inocuo entrar en el debate de si ha existido un *hecho antijurídico atribuible*, como sí habría de hacerse en un proceso de responsabilidad usual. La sola configuración de la condición suspensiva a la que se sujeta el pacto de indemnidad suple esta exigencia probatoria<sup>64</sup>.

Pero eso no releva de la prueba de los demás componentes de la responsabilidad, particularmente del daño y el nexa causal (o la imputación objetiva, en los recientes fallos de la Corte Suprema de Justicia)<sup>65</sup>.

En efecto, el pacto de indemnidad, por regla general, no define los demás elementos estructurales de la obligación de indemnización. Por esta razón se hace necesario que la parte reclamante demuestre que ha sufrido un daño (y, si la expresión es de recibo, unos perjuicios consecuenciales) y que dicho daño ha sido consecuencia del hecho generador previsto en el pacto respectivo, con base en las teorías de la causalidad o la imputación<sup>66</sup>.

Así, si el hecho tiene lugar, pero del mismo no sobreviene ningún daño o el que surge no es consecuencia del hecho imputable, no se detonará la indemnidad. Y esto no es algo que deba establecerse expresamente en la cláusula respectiva; basta con el carácter indemnizatorio de la misma para poder arribar a la conclusión de que los presupuestos estructurales que el propio pacto de indemnidad no prevé, han de suplirse probatoriamente conforme a las reglas generales de la responsabilidad.

- b) En segundo lugar, la naturaleza indemnizatoria del pacto implica que las nociones generales de la responsabilidad civil han de aplicarse al análisis que se haga de la cláusula respectiva.

En este orden de ideas, las nociones de daño, los tipos de perjuicios, las teorías de la causalidad, las fórmulas de cuantificación y las reglas del pago de la indemnización son, en principio, aplicables a la indemnidad, a menos que se estipule algo en contrario y que dicha estipulación no contraríe normas imperativas.

No de otra forma podría entenderse que se trata de arquetípicas estipulaciones indemnizatorias; precisamente por el hecho de hacer parte de la lógica de la reparación, las nociones propias de la responsabilidad civil deben regir los vacíos que el pacto contenga.

Esta es una circunstancia sensiblemente desconocida en las cláusulas de indemnidad. Por ejemplo, suele ser llamativo que este tipo de pactos precisen que no se indemnizarán los daños indirectos, punitivos o puramente hipotéticos, alusión por demás sobranante si el pacto se rige por el derecho colombiano, toda vez que en nuestro ordenamiento no son pagaderos los daños indirectos, ni los punitivos ni los meramente hipotéticos<sup>67</sup>. Un análisis de la naturaleza resarcitoria de la indemnidad, evitaría dicha referencia.

Otro ejemplo llamativo tiene que ver con la cuantificación. Suele ser muy inusual en los procedimientos de liquidación de una reparación observar que los mismos respeten las reglas para cuantificar daños, como la corrección monetaria y la suma del interés puro civil (para los perjuicios pasados) o la deducción de dicho interés (para los futuros)<sup>68</sup>.

Sin embargo, si se comprendiera la naturaleza indemnizatoria de estos pactos, seguramente se evitaría esta dificultad.

Para concluir, las reglas de la responsabilidad también ofrecerían otras soluciones creativas frente a los incumplimientos. Por ejemplo, aunque la principalística internacional no se refiere sistemáticamente a los pactos de indemnidad, sí establece sistemas novedosos para la reparación de los perjuicios asociados a la transgresión de obligaciones. Así sucede, por ejemplo, en los Principios Unidroit sobre los Contratos Comerciales Internacionales o en el proyecto de Marco Común de Referencia. Allí se consagran remedios interesantes para los incumplimientos, particularmente desde la óptica indemnizatoria, como, por ejemplo, la posibilidad de la cuantificación a discreción del sentenciador (cuando no es posible pactar la cuantía del daño) o la regla de la *restitutio in integrum*. Pues bien, de entender la naturaleza indemnizatoria los pactos acá examinados, tales remedios que ofrece la principalística podrían constituir un insumo interesante para las soluciones previstas en los propios de indemnidad. Sin embargo, no ver en estos pactos verdaderas estipulaciones de indemnización, ha impedido usar el insumo.

La teoría de la responsabilidad será entonces la aplicable en la medida en que las partes no hubieran dispuesto eficazmente nada en contrario

Estas son, en una síntesis general, las principales características que se derivan de la naturaleza de los pactos de indemnidad.

## Planteamiento crítico de algunas vicisitudes de los pactos de indemnidad conforme al ordenamiento colombiano<sup>69</sup>

### Pactos relativos al beneficiario de la indemnidad

TABLA 1  
Beneficiarios de la indemnidad

<b>Institución jurídica colombiana</b>	Legitimación en la causa por activa Carácter personal del daño
<b>Problemática</b>	El acreedor solo puede cobrar los daños que sufra directamente ese acreedor, no los daños sufridos por un tercero. Así, el comprador de acciones solo puede reclamar por los daños que sufra como comprador, no por los daños que sufra la sociedad subyacente, a menos que se pacte algo distinto. Sin embargo, un pacto que permite cobrar al acreedor los daños sufridos por un tercero no extingue, en principio, la acción de ese tercero para cobrar, lo que genera un riesgo de doble cobro.

Fuente: elaboración propia

Un primer aspecto problemático, tiene que ver con la regulación contractual del beneficiario de la indemnidad.

Por tener estos pactos naturaleza resarcitoria, el beneficiario de los mismos queda legitimado para cobrar la reparación de los perjuicios que sufra como consecuencia de la realización del evento regulado en la indemnidad. Sin embargo, no queda legitimado para reclamar perjuicios sufridos por un tercero, dado que, frente a tales perjuicios, no tiene un interés actual y cierto.

En efecto, en virtud del carácter personal que se exige como un requisito del daño indemnizable<sup>70</sup>, las reglas de responsabilidad solo permiten que el acreedor de la obligación de reparación reclame los daños que ese acreedor ha sufrido y no los sufridos por terceros, los cuales deben ser reclamados por el titular del interés jurídico afectado por el hecho<sup>71</sup>.

Pero esta circunstancia es problemática cuando quien sufre el daño es, en realidad, un tercero diferente del beneficiario del pacto de indemnidad. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando la indemnidad es otorgada por un vendedor a favor de un comprador en el contexto de una compraventa de acciones. En este caso, es frecuente que quien sufra el daño como consecuencia del evento regulado en la indemnidad sea la sociedad

cuyas acciones fueron objeto de venta y no el comprador mismo. Por esta razón, a la luz de la indemnidad, no tendría ese comprador legitimación para reclamar reparación alguna; por no haber sido quien sufrió el daño. Aún a pesar de la existencia de un pacto de indemnidad, no podría solicitar resarcimiento, entre otras, en virtud del carácter personal del daño.

Así, una dificultad general que enfrentan las indemnidades es que no habilitan a cobrar daños sufridos por el activo subyacente cuando ese activo es una persona diferente del beneficiario de la indemnidad, cuestión usual en el campo en donde estos pactos tienen la mayor difusión que es la compraventa de acciones.

Ante esta problemática, el mercado ha estructurado una solución alternativa: pactar expresamente en la indemnidad que el beneficiario podrá reclamar por los daños que sufra él directamente o que sufra un tercero, como la sociedad cuyas acciones se enajenan (véase el Apéndice 1, Ejemplificación B).

Este modelo, ciertamente novedoso, permitiría matizar el carácter personal del daño y habilitaría al acreedor para reclamar los perjuicios que sufra o, incluso, el tercero que la propia cláusula individualice. Por esa razón, es un modelo que suele emplear el mercado con relativa frecuencia.

Sin embargo, es una alternativa que no está exenta de discusiones en, al menos, dos aspectos:

- i. En primer lugar, en relación con el poder liberatorio de ese pago. En efecto, si el tercero que realmente sufrió el daño no consiente en que este sea reclamado y pagado al beneficiario del pacto, el pago que el deudor haga de la cláusula de indemnidad no afecta las acciones en cabeza de la víctima para reclamar una indemnización integral por la pérdida sufrida, en tanto esa víctima no consienta en que se pague la reparación a un tercero, ni tampoco acepte que el pago de la indemnidad tiene poder liberatorio frente a su derecho a recibir una reparación.

En otras palabras, si la cláusula de indemnidad permite a su acreedor reclamar los daños que sufre un tercero, no por ello esa cláusula extingue el derecho de crédito en cabeza de la víctima del daño de reclamar la indemnización integral del perjuicio (que es un tercero diferente de quien recibirá el pago), a menos, claro está, que esa víctima consienta en la indemnidad y en el pago a un sujeto diferente.

De ahí que un primer aspecto que deba siempre considerarse en el análisis de cada caso tenga que ver con analizar si la víctima real del perjuicio ha consentido en el pago a un tercero diferente de esa víctima misma. Solo en estos eventos, podrá afirmarse que la obligación indemnizatoria ha sido pagada efectivamente por la parte que indemniza, con poder liberatorio pleno e integral respecto de cualquier tercero<sup>72</sup>.

- ii. Adicionalmente, el asunto tributario será también relevante. En la medida en que se paga a un tercero que no es directamente quien sufrió el daño, el pago no será entonces estrictamente indemnizatorio, por lo que estará gravado como un pago ordinario. No se podrá alegar en este caso, por ejemplo, que se trata de la reparación de un daño emergente, que tiene la ventaja de no ser generador de impuesto a la renta. Sin duda, esta será una variable por considerar, ya que el impacto fiscal puede ser sensible.

Una alternativa que, aun cuando no resuelve las anteriores problemáticas, ha hecho carrera en la práctica, es permitir que el beneficiario cobre el perjuicio sufrido por el tercero (particularmente por la sociedad adquirida en el contexto de una compraventa de acciones), pero en proporción a la participación accionaria que tiene ese beneficiario en la sociedad. Esto permite acercar el pago a una lógica indemnizatoria, como quiera que el daño que sufre la compañía adquirida, en teoría, repercute en los derechos patrimoniales del accionista a prorrata de su participación en el capital de dicha sociedad. No obstante, esta alternativa sigue generando las mismas dudas de los puntos anteriores: mientras no cuente con la aquiescencia de la sociedad adquirida, no libera del pago a ésta última (si existieren los elementos para que dicho pago surgiera) y, adicionalmente, el impacto fiscal seguirá siendo una problemática por considerar.

## Pactos que preestablecen el pago automático de una suma de dinero

TABLA 2  
Cláusula penal e indemnidad

<b>Institución jurídica colombiana</b>	Conversión de un acto jurídico Cláusula penal Límites de las cláusulas penales – cláusula penal enorme
<b>Problemática</b>	Si la cláusula de indemnidad preestablece una suma de dinero a pagar en el evento de que se cumpla la condición, esa cláusula de indemnidad podrá convertirse en una cláusula penal. Los límites cuantitativos de las penalidades y los presupuestos para su ejecución serán, en consecuencia, aplicables.

Fuente: elaboración propia

Otra modalidad que genera discusiones en la práctica tiene que ver con aquellas indemnidades que en el texto mismo de la estipulación establecen el monto que habrá de pagarse automáticamente, en el evento de que la condición suspensiva ocurra (véase Apéndice 1, Ejemplificación C).

En este caso, las partes anticipadamente determinan el monto de la indemnidad, no como un tope, un *basket* o un *de minimis*, sino como el valor que será materia de pago si el hecho al que se sujeta la obligación resarcitoria ocurre.

La problemática, sin embargo, es que en este caso existe una probabilidad sensible de que la indemnidad se convierta, en realidad, en una cláusula penal.

En efecto, sin perjuicio de la definición contenida en el artículo 1592 del Código Civil colombiano (que alude a la función sancionatoria de la cláusula penal), es bien conocido que la jurisprudencia ha indicado que también son parte de este tipo de cláusulas aquellas que consagran una estimación anticipada de la indemnización de perjuicios que se deriva del incumplimiento imputable de una obligación<sup>73</sup>.

Pues bien, si la indemnidad establece anticipadamente la suma a pagar (como una obligación resarcitoria) y el evento detonante de dicha indemnidad es el incumplimiento de una obligación asociada al contrato en el que se inserta (por ejemplo, la violación de una representación o de una garantía que, en reciente pronunciamiento arbitral, fue considerado como un típico incumplimiento del contrato<sup>74</sup>), se reunirían los elementos estructurales para considerar que, en definitiva, dicha cláusula de indemnidad es, en realidad (o, al menos, por conversión), una cláusula penal.

En otras palabras, si la cláusula predetermina una suma a pagar como estimación anticipada de perjuicios por un incumplimiento, esa indemnidad ya no será tal, sino que será, en realidad, una cláusula penal.

Por supuesto que esto no ocurrirá en todos los eventos en que se predetermine una suma a pagar. Dado que es parte de la esencia de la cláusula penal (el que la pena surja como consecuencia de un incumplimiento obligacional<sup>75</sup>), es claro que, si la indemnidad no se detona por un incumplimiento, sino por un evento distinto (como puede suceder con las denominadas indemnidades especiales, que se originan en eventos específicos no necesariamente constitutivos de incumplimientos del comprador o del vendedor), no se tratará entonces de una penalidad.

Sin embargo, en un número no menor de casos en los que la indemnidad sí se origina en incumplimientos obligacionales, predeterminar la suma a pagar generará la conversión o la calificación de la estipulación como una pena.

La consecuencia de esta circunstancia es que, en esta hipótesis, la estipulación deberá cumplir con los requisitos de las cláusulas penales, como son, por ejemplo:

- i. Los *límites cuantitativos* a los que se sujeta la penalidad, previstos en los artículos 1601 del Código Civil y 867 del Código de Comercio. Si lo que se pretende pagar excede tales límites, existirá entonces una cláusula penal enorme sujeta a reducción.
- ii. Asimismo, la estipulación podrá ser eventualmente tenida en cuenta para computar el límite de usura de los *intereses moratorios*, si se reúnen los requisitos previstos en el artículo 68 de la Ley 45 de 1990.

- iii. La cláusula solo podrá ser cobrada en el evento en que el deudor se encuentre debidamente *constituido en mora*, como es la regla en materia de cláusulas penales (art. 1595 del Código Civil). La constitución en mora implicará la reconvención judicial del deudor con la notificación del auto admisorio de la demanda, lo que muchas veces es un aspecto que no está nada previsto en el procedimiento de cobro de la indemnidad y que puede hacer que la cláusula resulte inoperante mientras no se produzca dicha notificación.
- iv. Además, la indemnidad convertida o calificada como verdadera cláusula penal impedirá cobrar simultáneamente la prestación principal y cualquier otra indemnización de perjuicios diferentes del monto predeterminado, a menos que se hubiera pactado expresamente algo en contrario<sup>76</sup>.

Por supuesto que estos efectos pueden resultar muy sorprendentes si las partes no han tenido en mente que, en lugar de pactar una indemnidad, han acordado en realidad una cláusula penal. Por tal razón, además de advertir este riesgo, conviene que, si los sujetos contratantes desean predeterminar una suma a pagar, anticipen también la posible desnaturalización de la indemnidad como una penalidad para (i) respetar los límites (evitando una cláusula enorme); (ii) tener consciencia de la necesidad de la constitución en mora; y (iii) regular la posibilidad de cobrar indemnizaciones adicionales y el cumplimiento coactivo de la prestación.

## Regulación del término de tiempo para reclamar (survival)

TABLA 3  
Survival

<b>Institución jurídica colombiana</b>	Término para reclamar Prescripción como institución
<b>Problemática</b>	La cláusula de indemnidad puede regular su periodo de vigencia, pero no el término de prescripción. Si regula el término de prescripción, será nula, de nulidad absoluta.

Fuente: elaboración propia

No menos polémico es el aspecto relacionado con el término de tiempo para reclamar, que es una estipulación muy usual en lo que tiene que ver con las indemnidades (el denominado *survival period*).

En efecto, suele regularse en el texto mismo de la indemnidad, el tiempo durante el cual subsistirán las acciones para reclamar la obligación de resarcir (ver Apéndice 1, Ejemplificación D).

Pero este tipo de estipulaciones admiten múltiples comentarios. Veamos:

- i. En primer lugar, por cuanto el pacto no puede regular la prescripción. Así las cosas, esta es una primera limitante que debe tenerse en cuenta. Ciertamente, como es bien sabido, la prescripción es una institución de orden público, por lo que la misma no admite pacto en contrario, lo que implica que no pueden las partes disponer, por conducto de la indemnidad, cuál será el término para que el acreedor ejercite su derecho so pena de perder la acción judicial para cobrarlos<sup>77</sup>.

Los pactos de indemnidad que regulan el término de prescripción de los derechos adolecen, entonces, de nulidad absoluta por objeto ilícito, esto es, su inejecutabilidad como consecuencia de la inactividad durante un lapso (ver Apéndice 1, Ejemplificación E).

En esta materia deben respetarse los plazos de prescripción previstos en la normativa que resulte aplicable.

- ii. Ahora bien, ¿cuáles son esos plazos de prescripción? Ello dependerá de la naturaleza que se le atribuya al pacto de indemnidad.

Como ya se anticipó en un apartado anterior, en un pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia del 16 de diciembre de 2013, la Corporación concluyó que una cláusula de indemnidad referida a responder por los efectos adversos derivados de las “contingencias existentes a la fecha

de traspaso de las acciones” correspondía jurídicamente a una garantía convencional de aquellas reguladas por el artículo 932 del Código de Comercio y, en consecuencia, debía regirse por la regulación contenida en dicho precepto<sup>78</sup>. Puesto en otros términos, la Corte concluyó que las indemnidades correspondían, en principio, a cláusulas de garantía convencionales.

Así las cosas, si se compartiera esta tesis de la Corte Suprema de Justicia, la regla aplicable entendería que la prescripción o la caducidad de los derechos derivados de la indemnidad (según la vertiente que se adopte) sería la de las garantías previstas en el artículo 932 del Código de Comercio, lo que supondría entonces que, ocurrido y conocido el evento por el beneficiario de la garantía, el mismo tendría un plazo de treinta días para reclamarlo al vendedor, so pena de caducidad, como expresamente lo regula el inciso primero del artículo 932 de la codificación mercantil. Plazo que no debe confundirse con el de dos años al que se refiere el último inciso de la norma, el cual regula una situación ampliamente diferente: ese plazo de dos años se refiere a la vigencia de la garantía en el evento en que las partes no hubieran pactado una. Es decir, se refiere al lapso durante el cual debe ocurrir el malfuncionamiento de la cosa vendida, si las partes no estipularon cuál sería dicho lapso. Pero una vez ocurrido el malfuncionamiento dentro de la vigencia de la garantía, el comprador tendrá treinta días para reclamarlo al vendedor<sup>79</sup>.

En suma, bajo la tesis de la Corte Suprema de Justicia, si el evento ocurre dentro de la vigencia de la garantía otorgada (que será la que estipulen las partes o, en ausencia de pacto, será de dos años contados a partir de la fecha de celebración del contrato), el comprador deberá ejercer sus derechos frente al vendedor dentro de los treinta días siguientes al conocimiento que tenga del evento, so pena de caducidad<sup>80</sup>.

El lapso, por supuesto, es demasiado restringido.

No obstante, ya se han expresado en apartados anteriores las dudas que esta tesis de la Corte genera, toda vez que no siempre la indemnidad corresponde a una garantía de buen funcionamiento de la cosa porque, como ya se expuso, (i) no siempre la indemnidad se detona en el marco de un contrato de compraventa (existen indemnidades en contratos de arriendo, suministro, transporte, mutuo, entre otros); (ii) el evento detonante de la indemnidad no siempre es un malfuncionamiento de la cosa vendida; en muchas ocasiones es simplemente una circunstancia objetiva y conocida por las partes frente a la cual se ha decidido ofrecer un resarcimiento; y, (iii) en el específico caso de la compraventa de acciones, no siempre la cosa vendida es una sociedad; puede suceder que sean simplemente acciones aisladas, caso en el cual la indemnidad (que sí está referida a la sociedad), nada tiene que ver con la *cosa vendida*<sup>81</sup>.

Pues bien, si se aceptara la tesis de que las indemnidades no siempre corresponden a garantías de buen funcionamiento, cuando no sean este tipo de garantías, la prescripción aplicable sería la de las acciones declarativas que, por regla general, es de diez años.

- iii. Por último, si las partes no pueden pactar un plazo de prescripción para los derechos derivados de la indemnidad, ¿qué sí pueden estipular? La vigencia de la obligación de indemnidad, es decir, el tiempo durante el cual habrá de configurarse la condición suspensiva para que surja el débito resarcitorio o, en los términos de la Corte Suprema, el término de vigencia de la cláusula de garantía.

En este aspecto sí existe libertad de configuración por parte de los sujetos contrayentes. Así, ellos podrán estipular cuál es el tiempo de vigencia de la indemnidad y será ese el término en el cual deberá configurarse el evento detonante de la misma para que surja la obligación respectiva. De no contener ningún pacto sobre el particular, se aplicará entonces el término supletivo de dos años, según la jurisprudencia vigente de la Corte Suprema de Justicia.

Ahora bien, en este punto es fundamental aclarar que la vigencia de la obligación de indemnidad (que es lo que las partes pueden pactar) no debe confundirse con el término para reclamar, concepto completamente diferente. El evento detonante debe ocurrir dentro de la vigencia que las partes

hubieren previsto para la indemnidad respectiva; pero, una vez ocurrido ese evento, comenzará a contar un decurso temporal diferente, que será el término para reclamar y que deberá regirse por las reglas de la prescripción. Este segundo término no admite pacto en contrario.

Así, en síntesis, la cláusula de supervivencia puede regular el periodo durante el cual estará vigente la indemnidad, de manera tal que el evento detonante debe ocurrir dentro de dicho término regulado por las partes. Pero la supervivencia no puede regular el término para reclamar una vez ha ocurrido un evento. Este segundo término se regirá por las normas de prescripción que, en la discutible interpretación de la Corte Suprema de Justicia, implica que se deberá reclamar dentro de los treinta días siguientes al conocimiento del evento, so pena de caducidad<sup>83</sup>.

La cláusula que regula la vigencia de la indemnidad es lícita (véase el Apéndice 1, Ejemplificación F). La que pretende regular el término para reclamar una vez ha ocurrido un evento (es decir, regular la prescripción) es nula, de nulidad absoluta (véase el Apéndice 1, Ejemplificación E, ya referenciada).

## Restricción de cualquier otra forma de responsabilidad

TABLA 4  
Cláusulas de exoneración e indemnidades

<b>Institución jurídica colombiana</b>	Cláusulas de limitación y exoneración de responsabilidad Condonación del dolo y la culpa grave futuros Abuso del derecho
<b>Problemática</b>	Si la cláusula de indemnidad tiene por objeto o como efecto excluir cualquier otra forma de responsabilidad o restringir las existentes, se convierte en una cláusula de exoneración o limitación de responsabilidad y debe cumplir con los requisitos del ordenamiento colombiano para la producción de los efectos asociados a este tipo de estipulaciones.

Fuente: elaboración propia

En cuarto lugar, es usual que las cláusulas de indemnidad contengan una clarificación en el sentido de que las partes no responderán por ningún evento ni por ninguna causa distinta a la prevista en la indemnidad misma (véase el Apéndice 1, Ejemplificación G). También se suelen incluir regulaciones asociadas a un tope indemnizatorio (*cap*), en virtud del cual las partes acuerdan que la obligación de indemnizar no superará un monto cuantitativo preestablecido en la estipulación (véase el Apéndice 1, Ejemplificación H).

En ambos casos, la indemnidad contiene entonces una restricción de responsabilidad.

Pero, nuevamente, surgen limitantes.

Las cláusulas que tienen por objeto o como efecto la exoneración o la limitación de la responsabilidad de uno de los sujetos contratantes son lícitas en el ordenamiento colombiano, siempre y cuando cumplan con una serie de requisitos que están dispersos en diferentes normas domésticas<sup>84</sup>.

Así, si la cláusula de indemnidad contiene una exoneración de responsabilidad en virtud del cual se acuerda que solo se responderá por los eventos previstos en la cláusula misma o se prevé un tope cuantitativo para la obligación de resarcir, es preciso que dicha cláusula cumpla con los presupuestos para la eficacia de las limitaciones o exoneraciones de responsabilidad<sup>85</sup>.

En una apretada síntesis (por ser una temática que, por supuesto, excede el propósito del presente artículo), tales requisitos son<sup>86</sup>:

- i. Que la cláusula haya sido libremente aceptada por los sujetos contractuales. La aceptación podrá ser expresa o tácita.
- ii. Que la cláusula no suponga una condonación del dolo o la culpa grave futuros.
- iii. Que la cláusula de limitación o exoneración de responsabilidad no esté prohibida por el ordenamiento como sucede en ámbitos específicos (v.gr. en ciertos eventos de transporte aéreo).

- iv. Que la cláusula no materialice un abuso de la posición contractual, un abuso de la posición de dominio o, en general, un abuso del derecho, considerando las denominadas *listas negras de cláusulas abusivas* (como las que contiene la Ley 1480 de 2011 tratándose de relaciones de consumo) y los criterios generales de abusividad.

Este será otro aspecto a tener en mente en los pactos de indemnidad que, a su turno, limiten o exoneren la responsabilidad; circunstancia que es consecuencia del hecho de que tales pactos se hallen inmersos en el ordenamiento colombiano que prevé restricciones, respecto de las cláusulas de exoneración y limitación.

## Incidencia de la conducta del beneficiario de la indemnidad

TABLA 5  
Conducta del beneficiario

<b>Institución jurídica colombiana</b>	Buena fe Deber de coherencia contractual Deber de mitigación
<b>Problemática</b>	La conducta del beneficiario de la indemnidad puede reducir el monto de la reparación, por la aplicación de los deberes inherentes a la buena fe como principio general del derecho.

Fuente: elaboración propia

Como ya se expresó previamente, por tratarse de un acto jurídico, los pactos de indemnidad están inmersos en el principio general de la buena fe. En ese orden de ideas, como sucede con las diferentes instituciones de derecho privado, en la ejecución de las indemnidades es preciso observar los parámetros de corrección, lealtad, probidad, honestidad, cooperación y coherencia asociados a la buena fe.

Frente al deudor de la indemnidad, esto supone el surgimiento de una serie de deberes secundarios de conducta que le resultarán aplicables y en virtud de los cuales no estará obligado solamente a lo expresamente concertado en el negocio jurídico, sino a todo aquello que sea inherente a su naturaleza y a la realización de la causa contractual, como se explicó previamente<sup>87</sup>.

Pero frente al acreedor de la indemnidad, la buena fe también tiene implicaciones específicas. Además de la aplicación de ciertos deberes secundarios de comportamiento (como la coherencia y la cooperación), la buena fe tiene dos efectos puntuales respecto del beneficiario de la reparación:

- i. En primer lugar, el denominado *deber de mitigar*. Con independencia de que se pacte o no, la buena fe impone que el beneficiario de la indemnidad cumpla con este deber específico y, en ese orden de ideas, ocurrido el evento que detona la indemnidad, adopte las medidas que estén razonablemente a su alcance para evitar que el daño sufrido se extienda y se propague. Si tales medidas son adoptadas (con independencia de la eficacia de su resultado), el deudor de la indemnidad habrá de reconocer al acreedor los gastos en que hubiere incurrido para la mitigación, siempre que los mismos cumplan con un criterio de razonabilidad. Si, por el contrario, las medidas de mitigación no son adoptadas, el acreedor ya no podrá cobrar aquella parte del perjuicio que se hubiere ampliado como consecuencia de la falta de mitigación<sup>88</sup>. Por corresponder a una emanación de la buena fe y a la aplicación de una regla elemental de causalidad (el deudor no debe responder por aquella parte del daño que el acreedor favoreció), este deber de mitigar se aplica aún en ausencia de estipulación específica de las partes, como lo ha expresado también la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia<sup>89</sup>.
- ii. Una segunda implicación tiene que ver con el conocimiento del acreedor. En efecto, en virtud de la aplicación de la buena fe, la indemnidad no se podrá detonar por hechos que hubieren sido conocidos previamente por el acreedor de esta, ya que no se acompasa con la lealtad, la corrección y, sobre todo,

con la probidad que, si el acreedor sabía de un hecho que podría dar lugar a un daño, reclame ese daño a pesar de haber contratado a sabiendas del mismo.

Puesto en otros términos, si el beneficiario de la indemnidad consintió en la operación adelantada a sabiendas de una la existencia de una determinada contingencia, mal haría posteriormente en reclamar una indemnización a raíz de esa contingencia que conoció y que tácitamente aceptó al adelantar la operación; *máxime* en los contextos en los que la indemnidad pueda ser calificada como una garantía de buen funcionamiento de la cosa: en esos eventos, es evidente que no se puede hablar de un malfuncionamiento perjudicial para el comprador si, *ex ante*, dicho comprador conocía de la posible circunstancia adversa.

La excepción, claro está, será una estipulación expresamente en contrario, esto es, una cláusula contractual que establezca que la indemnidad se causará aún a pesar del conocimiento de la contingencia que podría tener el beneficiario de la misma. En el contexto de la compraventa de acciones, por ejemplo, este tipo de pactos no son necesariamente inusuales<sup>90</sup>; aparecen en la forma de indemnidades especiales (esto es, indemnidades por eventuales contingencias que son conocidas por las partes, pero que, en todo caso, son previstas como una indemnidad) o en la forma de una cláusula *pro-sandbagging*, que es justamente una estipulación a cuyas voces la indemnidad pervive con independencia del conocimiento previo que hubiese podido tener el beneficiario de la indemnidad a partir de debidas diligencias, revelaciones o procedimientos similares<sup>91</sup> (véase el Apéndice 1, Ejemplificación I).

Pues bien, si se pacta una estipulación en este sentido, el conocimiento previo no será óbice para la ejecución de la indemnidad. Sin embargo, en ausencia de dicho pacto, se impondrá la buena fe y la obligación resarcitoria no podrá ser cobrada.

La conducta del beneficiario tendrá, entonces, una incidencia sensible en el cobro del pacto indemnizatorio, así el mismo no lo prevea. Este aspecto está asociado a la irradiación de los principios generales de derecho continental (no tan arraigados en el derecho anglosajón, aunque se están arraigando cada vez más) sobre el pacto respectivo.

## Los remedios contractuales tradicionales

TABLA 6  
Remedios tradicionales

<b>Institución jurídica colombiana</b>	Condición resolutoria tácita Ejecución coactiva del contrato
<b>Problemática</b>	Salvo pacto en contrario, el incumplimiento de la indemnidad habilita su cobro coactivo sumado a perjuicios moratorios o la resolución del contrato, sumada a perjuicios compensatorios.

Fuente: elaboración propia

Si la cláusula de indemnidad se encuentra inserta en un contrato bilateral, otro aspecto sobre el que conviene llamar la atención tiene que ver con los remedios aplicables en el evento de un incumplimiento.

En principio, existe una creencia generalizada de que la indemnidad tiene una especie de autonomía respecto del contrato del que hace parte, razón por la cual, si su contenido es transgredido, eso habilita a las partes únicamente para exigir coactivamente el pago de la obligación resarcitoria, pero no tiene la virtualidad de afectar el contenido restante del negocio jurídico. Esta creencia se deriva, en parte, de la estructura que tiene la indemnidad en el derecho anglosajón, en el que, ciertamente, suele tener un tratamiento independiente.

Sin embargo, en el caso colombiano la realidad es diferente. Si la obligación condicional de indemnidad hace parte del contenido prestacional de un contrato bilateral, no existe, en principio, ninguna razón para que

ante un incumplimiento de dicha indemnidad no resulten aplicables los remedios tradicionales que prevén el Código Civil y el Código de Comercio, según el caso, por incumplimientos.

Así, además de habilitar la excepción de contrato no cumplido a favor de la parte presta a cumplir, la transgresión de la obligación de indemnidad permitiría solicitar la ejecución coactiva de la misma junto con la indemnización de los perjuicios moratorios o la resolución del contrato en el que se inserta, junto con los perjuicios compensatorios, a elección del acreedor insatisfecho<sup>92</sup>.

Bien puede suceder entonces que, en efecto, el incumplimiento de la obligación de indemnidad conduzca, a la postre, a la cesación de los efectos del contrato en el que se encuentra dicha indemnidad, siempre que el mismo sea bilateral. Si el acreedor decide ejercer su derecho en tal sentido y la resolución o la terminación, según el caso, son física y jurídicamente posibles y no representan una terminación o resolución abusivas, nada impedirá que se ejercite ese derecho contractual a favor de la parte cumplida.

Por tal razón, si esta no fuera la intención, *ab initio*, de las partes, deben las mismas renunciar al derecho de ejercitar, por ejemplo, la resolución contractual, cuestión que no enfrenta un obstáculo legal ya que, en los términos del artículo 15 del Código Civil colombiano, esta es una prerrogativa establecida únicamente con base en el interés particular del renunciante y cuya renuncia no está prohibida expresamente en la ley.

Sin embargo, de no realizarse tal renuncia, no podría concluirse nada distinto a que la situación de incumplimiento de la indemnidad daría lugar a los remedios contractuales en general.

## Los pactos de ley aplicable

Un séptimo aspecto no exento de discusiones es el que tiene que ver con la ley aplicable.

En los pactos de indemnidad que involucran partes domiciliadas en diferentes Estados, suele ser frecuente que se discuta cuál será la ley aplicable a la indemnidad y si pueden las partes acordar que será una diferente de la colombiana.

En esta materia, el principal obstáculo tiene que ver con la aplicación del artículo 869 del Código de Comercio, que acoge el criterio de la *lex loci solutionis*, en virtud del cual, respecto de los efectos del negocio jurídico que hayan de producirse en Colombia, deberá observarse obligatoriamente la legislación nacional<sup>93</sup>.

Así, en principio, si los efectos de la indemnidad son domésticos, la ley colombiana es la que debe observarse.

Pero, ¿cuándo la indemnidad produce efectos en Colombia? Si se le analiza desde una perspectiva funcional, las cláusulas de indemnidad aparejan dos consecuencias predominantes: por un lado, amparar u otorgar una cobertura frente a contingencias o daños que puede enfrentar la parte indemnizada y, por el otro, originar una obligación resarcitoria en el evento de una de tales contingencias o daños se materialice.

Pues bien, a la luz de tales consideraciones, podrá considerarse que el pacto de indemnidad debe cumplirse en el país (y produce efectos en el mismo) si (i) los eventos que ampara se refieren a daños o contingencias cuya ocurrencia debería producirse en el territorio nacional; o (ii) la indemnización debe pagarse en Colombia, toda vez que los principales efectos jurídicos del pacto de indemnidad están asociados a los daños que cubre y el pago de la obligación resarcitoria. Así, frente a tales efectos, deberá aplicarse la legislación colombiana.

Esto a menos, claro está, que la resolución de disputas asociadas a la indemnidad se sujete a arbitraje y dicho arbitraje sea internacional por reunir un componente internacional en los términos del artículo 101 de la Ley 1563 de 2012. En este evento, el Estatuto Arbitral expresamente habilitó a las partes para pactar una ley foránea (norma posterior al Código de Comercio colombiano).

Por tal razón, en el evento en que se deseara por las partes que fuera una ley extranjera la aplicable, es preferible abolir cualquier duda y, si hay un componente internacional, incluir una cláusula compromisoria que permita acceder, en su condición de tal, a un arbitraje internacional. En estos términos será eficaz el pacto de ley aplicable.

## A modo de conclusión

Estos son, en apretada síntesis, los aspectos más notorios de los pactos de indemnidad analizados bajo la lupa del derecho colombiano. Como puede notarse, el tema que más se destaca, es la profunda discusión que surge a la hora de determinar cómo se comportan los pactos de indemnidad frente a diferentes instituciones que están previstas en el ordenamiento nacional y que generan dificultades en la aplicación de estos pactos contractuales.

En concreto, entre otros aspectos, en este artículo se evidenció que:

- i. Desde la óptica de su género próximo y la diferencia específica, un pacto de indemnidad es un acto jurídico por virtud del cual se crea, en cabeza de la parte deudora, una obligación de reparar los perjuicios que surjan de un evento determinado, siempre y cuando ocurran las condiciones suspensivas previstas en el pacto mismo y dentro de los términos que hubieren sido materia de regulación entre los sujetos intervinientes.
- ii. En lo relacionado con su naturaleza jurídica, es probablemente equivocada la postura que califica a este tipo de pactos como indefectibles cláusulas de garantía. Aunque en ocasiones podrán revestir este carácter, lo cierto es que, desde la óptica de su caracterización general, se trata más bien de actos jurídicos de tipo indemnizatorio. Esto supone que los pactos de indemnidad están orientados por dos principios que pueden representar un grado de tensión: la autonomía de la voluntad privada y la reparación integral.
- iii. Como actos jurídicos de carácter indemnizatorio, los pactos de indemnidad se rigen por los mismos requisitos de los negocios en general, en cuanto a la capacidad, el consentimiento, el objeto y la causa. Pero, además, deben observar también las reglas imperativas en materia de reparación, así como la reparación integral (salvo pacto en contrario).
- iv. Por lo demás, existen diversas vicisitudes que pueden acontecer en el arco de la aplicación de los pactos de indemnidad y que se originan en la ausencia de una regulación sistemática para este tipo de acuerdos. Algunas de tales vicisitudes comprenden:
  - a) La designación de un beneficiario de la indemnidad diferente de la víctima del daño, lo que contraviene el carácter personal del mismo.
  - b) La tipificación o eventual conversión de un pacto de indemnidad en una cláusula penal cuando se preestablece una suma de dinero a pagar de ocurrir el evento indemnizable.
  - c) La licitud de los denominados periodos de supervivencia y su posible proscripción por tratarse de pactos relativos al término de prescripción.
  - d) La también posible conversión del pacto de indemnidad en una cláusula de exoneración de responsabilidad cuando excluye cualquier otra forma viable de responsabilidad.
  - e) La interacción de la indemnidad con los remedios contractuales tradicionales.

La invitación es a que la doctrina y, en lo posible, la jurisprudencia, se preocupen por desarrollar, desde una perspectiva más dogmática, los alcances de las indemnidades en el contexto local. Mientras dicho reto no sea asumido con empeño, seguiremos librados a interpretar estas cláusulas con base en el criterio normativo de una tradición jurídica que nos es ajena y, en consecuencia, con el enorme riesgo de aplicarlas mal.

## Referencias

- 1 Andreas Von Tuhr, Tratado de las obligaciones (Reus, 1934).
- 1 Francesco Carnelutti, Sistema de Derecho Procesal Civil (Padova, 1949).
- 1 Francesco Messineo, Manuale di diritto civile e commerciale (Milano, 1952).

- 1 Jorge Santos Ballesteros, *Instituciones de responsabilidad civil* (Pontificia Universidad Javeriana, 2008).
- 1 Lou Kling & Eileen Nugent, *Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries and Divisions* (Law Journal Press, 2009).
- 2 Ricardo Larroza, *La buena fe contractual*, en *Contratos y teoría general* (Rubén Stiglitz ed., Depalma, 1993).
- 3 Carlos Ignacio Jaramillo, *Derecho de Seguros* (Temis & Pontificia Universidad Javeriana, 2012).
- Alberto Tamayo Lombana, *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual* (Doctrina y Ley Ltda. 2005).
- Alejandro Venegas Franco, *Temas de Derecho de Seguros* (Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, 2011).
- Alfonso Di Majo, *Obbligazioni pecuniarie* (Torino, 1996).
- Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva & Antonio Vodanovic, *Tratado de las Obligaciones* (2 ed., Editorial Jurídica de Chile, 2001).
- Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno* (Imprenta Universitaria, 1943).
- Arturo Solarte Rodríguez, *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*, 53 *Vniversitas*, n.º 108, 281-315 (2004). <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14730>
- Arturo Solarte, *El principio de reparación integral del daño en el Derecho contemporáneo*, en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, 128-131 (Pontificia Universidad Javeriana & Biblioteca Jurídica Díké, 2009).
- Brandon Cole, *Knowledge is Not Necessarily Power: Sandbagging in New York M&A Transactions*, 42 *The Journal of Corporation Law*, 445-459 (2016). <https://www.thefreelibrary.com/Knowledge+is+not+necessarily+power%3A+sandbagging+in+New+York+M%26A...-a0474766926>
- Carlos Ignacio Jaramillo, *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional*, en *Derecho de Seguros* (Temis, 2011).
- Carlos Soto Coaguila & Jorge Mosset Iturraspe, *El contrato de una economía de mercado* (Pontificia Universidad Javeriana, 2008).
- Charles K. Whitehead, *Sandbagging: Default Rules and Acquisition Agreements*, 36 *Dalaware Journal of Corporate Law*, 1081-1115 (2011). <https://scholarship.law.cornell.edu/facpub/919/>
- Charles M. Pisano, *Judicial Interpretation of Indemnity Clauses*, 48 *Louisiana Law Review*, n.º 1, 169-181 (1988). <https://digitalcommons.law.lsu.edu/lalrev/vol48/iss1/9>
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-541-17 del 24 de agosto de 2017.
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-395 de 2002 (M. P. Jaime Araujo Rentería; 22 de mayo de 2002).
- Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-1157 de 2000 (M. P. Antonio Barrera Carbonell; 4 de septiembre de 2000).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 31 octubre de 1950.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de julio de 2018. Rad. 2013-00162-01 (M. P. Luís Alonso Rico).
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de diciembre de 2017.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 21 de mayo de 1983. G.J. N. 2411.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de diciembre de 2013. Rad. 1997-04959-01.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 23 de junio de 2000. SC4823.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de febrero de 2018. SC3047.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 16 de diciembre de 2010. Exp. 11001-3103-008-1989-00042-0.
- Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, Sentencia del 10 de junio de 1963.
- Cristopher S. Harrison, *Make the Deal: Negotiating Mergers and Acquisitions* (Bloomberg Press, 2006).

- Dan B. Dobbs, *Law of Remedies: damages, equity, restitution* (West Pub. Co, 1993).
- Diego Sandoval Garrido, *Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de las víctimas*, *Revista de Derecho Privado*, n.º 25, 237-273 (2013). <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3602>
- Eduardo Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil* (Editorial Astrea, 1982).
- Eliza Petritsi, *Warranty/indemnity clauses in Sales and Purchase Agreements: State aid per se or invalid?*, *6 European State Aid Law Quarterly*, n.º 4, 605-614 (2007). <https://doi.org/10.21552/ESTAL/2007/4/111>
- Emma Reilly & Lily Sher, *The effect of contractual indemnity clauses*, *Precedent*, n.º 95, 21-24 (2009).
- Fernando Hinestrosa Forero, *Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico* (Universidad Externado de Colombia, 2015).
- Francesco Galgano, *El negocio jurídico* (Tirant lo blanch, 1992).
- Frank Adoranti, *Understanding Indemnity Clauses* (Global Professional Publishing, 2006).
- Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (7º ed., Temis, 2005).
- Hans A. Fischer, *Los daños civiles y su reparación* (Biblioteca de la revista de derecho privado, 1928).
- Harvey McGregor, *McGregor on damages* (Sweet & Maxwell, 2003).
- Hull Youngblood, Jr. & Peter N. Flocos, *Drafting and Enforcing Complex Indemnification Provisions*, *The Practical Lawyer* (2010). [https://files.klgates.com/files/publication/4fff23f1-3315-4425-b6ad-56e54bea55f0/presentation/publicationattachment/fba1faaa-91de-4849-8a8f-6678e1cad2b2/youngblood\\_flocos\\_practicallawyer.pdf](https://files.klgates.com/files/publication/4fff23f1-3315-4425-b6ad-56e54bea55f0/presentation/publicationattachment/fba1faaa-91de-4849-8a8f-6678e1cad2b2/youngblood_flocos_practicallawyer.pdf)
- Irving M. Copi & Carl Cohen, *Introducción a la lógica* (Limusa Noriega, 2001).
- Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil* (Temis, 2008).
- Jérôme Huet, *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés : contrats civils et commerciaux* (Litec, 1987).
- John R. Collins & Denis W. Dugan, *Indemnification Contracts: Some Suggested Problems and Possible Solutions*, *50 Marquette Law Review*, n.º 1, 77-87 (1966). <https://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol50/iss1/4/>
- Jorge Cubides Camacho & Juanita Cubides Delgado, *Obligaciones* (2 ed., Pontificia Universidad Javeriana, 1991).
- Jorge Oviedo Albán, *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*, *57 Universitas*, n.º 115, 83-116 (2008). <http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/vnijuri/article/view/14577>
- Juan Pablo Cárdenas, *Cláusulas exonerativas o restrictivas de responsabilidad*, en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, 229-280 (Carlos Ignacio Jaramillo & Mariana Bernal coords., Biblioteca Jurídica Díké, 2009).
- Manuel Borja Soriano, *Teoría General De Las Obligaciones: Concordada Con La Legislación Nacional Vigente*, Por Jorge Alfredo Domínguez Martínez (Editorial Porrua, 2009).
- Manuel De La Puente y Lavalle, *La fuerza de la buena fe*, en *Contratación contemporánea, teoría general y principios* (Atilio Anibal Alterini, José Luis De Los Mozos, Carlos Alberto Soto eds., Temis, 2000).
- Marcela Castro Ruiz, *Clausulas de indemnidad: aproximación a su problemática en el derecho colombiano*, en *Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho: Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo*, 587-607 (Maximiliano Aramburo Calle & Javier Tamayo Jaramillo, Biblioteca Jurídica Dike#, 2011).
- María Cristina Isaza Posse, *De la cuantificación del daño: manual teórico-práctico* (5 ed., Temis, 2018).
- Mariana Bernal Fandiño, *Reflexiones sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil*, *Anuario de Derecho Privado*, n.º 1, 185-214 (2019). <https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/06-Bernal.pdf>
- Mark Amakoromo, *Back to Back Indemnities: Benefits and Potential Dangers* (1 de septiembre, 2014). <https://www.linkedin.com/pulse/20140901153857-217338599-back-to-back-indemnities-benefits-and-potential-dangers/>
- Mark C. Zebrowski, *Indemnity Clauses and Workers' Compensation: A Proposal for Preserving the Employer's Limited Liability*, *70 California Law Review*, n.º 6, 1421-1445 (1982). <https://doi.org/10.2307/3480273>
- Michael Whincup, *Contract Law and Practice: The English System and Continental Comparisons* (Kluwer Law International, 1996).

- Penny L. Parker & John Slavich, *Contractual Efforts to Allocate the Risk of Environmental Liability: Is There a Way to Make Indemnities Worth More Than the Paper They are Written On?*, 44 SMU Law Review, n.º 4, 1349-1381 (1990). <https://scholar.smu.edu/smulr/vol44/iss4/5>
- Philippe Le Tourneau, *La responsabilidad civil* (Legis, 2007).
- Ray J. Artiano & James F. Holtz, *California Contractual Indemnity*, 16 University of the Pacific McGeorge Law Review, n.º 3, 767-786 (1985). <https://scholarlycommons.pacific.edu/mlr/vol16/iss3/3/>
- Ricardo De Ángel Yáñez, *Tratado de Responsabilidad Civil* (Civitas, 1993).
- Ricardo Vélez Ochoa, *La carga de evitar la extensión y propagación del siniestro* (Pontificia Universidad Javeriana, 2013).
- Seth Cleary, *Delaware Law, Friend or Foe: The Debate Surrounding Sandbagging and How Delaware's Highest Court Should Rule on a Default Rule*, 72 S.M.U. Law Review, 821-848 (2019). <https://scholar.smu.edu/smulr/vol72/iss4/14/>
- Superintendencia de Sociedades, *Compraventa de acciones y contratos aleatorios* (s. f.). [https://www.supersociedades.gov.co/nuestra\\_entidad/normatividad/normatividad\\_conceptos\\_juridicos/3457.pdf](https://www.supersociedades.gov.co/nuestra_entidad/normatividad/normatividad_conceptos_juridicos/3457.pdf)
- Supreme Court of the United Kingdom, *Firma c-trade s.a. V. Newcastle protection and indemnity association (the "fanti") socony mobil oil co. Inc. And others v. West of england ship owners' mutual insurance association ltd. (the "padre island")* (no.2) (1991).
- Tribunal Arbitral de AFC Investments S. L. y otros v. Fogade (persona jurídica venezolana de derecho público). Laudo del 15 de mayo de 2013. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- Tribunal Arbitral de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. (convocante) v. Constructora Némesis S.A. y otros (convocados). Laudo arbitral del 14 de septiembre de 2010. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- Tribunal Arbitral de Alicorp Colombia S. A. v. Helados Modernos de Colombia S. A. y otros. Laudo del 27 de julio de 2012. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- Tribunal Arbitral de Cadena S.A. (convocante) v. Invertlc S.A.S. y otros (Convocadas). Laudo del 5 de septiembre de 2012. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- Tribunal Arbitral de la Corporación Financiera Colombiana S.A. (convocante) v. Invercolsa y otros (convocados). Laudo del 5 de mayo de 2005. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- Tribunal Arbitral de Medimás E.P.S. S.A.S., Prestnewco S.A.S. y Prestmed S.A.S v. Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. -en liquidación- y de Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. -en liquidación v. Medimás E.P.S. S.A.S. y otras. Laudo Arbitral del 25 de mayo de 2021.
- Tribunal Arbitral de Mercantil Galerazamba y Cia S.C.A. y Gabriel Herna#n Rafael Echavarri#a Obrego#n v. Mun#oz Merizalde & Cia. S. En C. Y Fernando Daniel Mun#oz Merizalde. Laudo de fecha del 24 de septiembre de 2020. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (En línea).
- Tribunal de Arbitramento de NCT Energy Group v. Alange Corp. Laudo arbitral del 12 de octubre de 2012. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- Tribunal de Arbitramento iniciado por Balclin Investments S.L., Altra Inversiones LTDA, Mauricio Camargo Mejía Y Darío Duran Echeverri V. Jairo Andres Gutierrez Robayo, Jimena Gross Mejía, Carlos Andres Torres Robayo, Nelson Andres Beltrán Algarra Y Monserrat Gross Mejía. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- William O'Neil, *Insuring Contractual Indemnity Agreements under CGL, MGL, and P& I Policies*, 21 Tulane Maritime Law Journal, n.º 2, 359-382 (1996-1997). <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tulmar21&div=4&id=&page=>

## Apéndice 1. Ejemplificaciones del Pacto de Indemnidad

*Ejemplificación A. (Pacto de Indemnidad) Se incluye a modo de ejemplificación. No debe interpretarse como recomendación jurídica para un pacto de indemnidad*

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.

*Ejemplificación B. Legitimado para reclamar*

Con sujeción a las limitaciones de responsabilidad previstas en la Sección \* y la Sección \* del presente Contrato, y de acuerdo con lo previsto en esta CLÁUSULA \* 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 (...)

### *Ejemplificación C. Monto predeterminado en la indemnidad*

Las Partes acuerdan que en el evento de violarse alguna de las Representaciones y Garantías contenidas en el Anexo \*, 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.

### *Ejemplificación D. Regulación del tiempo para reclamar la indemnidad*

*Prescripción.* Las Partes acuerdan que la obligación de indemnizar de los Vendedores y de los Beneficiarios Reales bajo este Contrato permanecerá vigente por cinco (5) años a partir del Cierre.

### *Ejemplificación E. Regulación de la prescripción*

Las reclamaciones por indemnizaciones bajo las secciones \* y \* para ser indemnizables deberán ser presentadas por la Parte Indemnizada a la parte que Indemniza dentro del Término de Supervivencia.

### *Ejemplificación F. Regulación de la vigencia de la obligación*

Las obligaciones de indemnización previstas en este Contrato respecto de las declaraciones y garantías contenidas en el \* y en el \* de este Contrato, diferentes de las Manifestaciones Básicas, estarán vigentes por un término igual al Plazo de Garantía de tres años siguientes a la Fecha de Cierre.

### *Ejemplificación G. Restricción de los eventos de indemnidad*

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:

1. El incumplimiento de cualquier obligación, compromiso o acuerdo o cualquier otra estipulación de este Contrato, que deba ser cumplida por los Vendedores;
2. La inexactitud o falsedad de las declaraciones y garantías otorgadas por los Vendedores contenidas en el \* y el \* del presente Contrato;
3. Los eventos indicados en el Anexo \* (las “Indemnidades Especiales”).

### *Ejemplificación H. Cap*

*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 Monto de la Inversión (el “Límite de Responsabilidad”).

## Ejemplificación I. 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.

### Notas

- \* Este artículo de investigación fue desarrollado por el autor, con la asistencia de Carlos Naranjo, estudiante de Derecho de la Universidad de los Andes, quien participó como investigador asociado e hizo valiosos aportes académicos al texto. El autor agradece también las contribuciones de Juan Felipe Rojas Atuesta quien participó en la búsqueda bibliográfica.
- 1 El creciente uso de los pactos de indemnidad se refleja en las decisiones arbitrales crecientes sobre el tema. Solo por mencionar un ejemplo empírico, solo entre el segundo semestre de 2020 y el primer semestre de 2021, se produjeron dos decisiones materiales sobre pactos de indemnidad (el Laudo que dirimió la controversia entre Tribunal Arbitral de Mercantil Galerazamba y Cia S.C.A. y Gabriel Herna#n Rafael Echavarrí#a Obrego#n v. Mun#oz Merizalde & Cia. S. En C. Y Fernando Daniel Muñoz Merizalde. Laudo de fecha del 24 de septiembre de 2020; y el laudo arbitral proferido en el Tribunal arbitral convocado entre Medimás E.P.S. S.A.S., Prestnewco S.A.S. y Prestmed S.A.S v. Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. -en liquidación- y de Cafesalud Entidad Promotora de Salud S.A. -en liquidación v. Medimás E.P.S. S.A.S. y otras. Laudo Arbitral del 25 de mayo de 2021. Esto contrasta con la situación primigenia, en los que transcurrían varios años sin decisiones relativas a las indemnidades.
- 2 Existen excepciones notorias y muy bien estructuradas como el texto de Marcela Castro Ruiz que aborda esta materia y que ha sido uno de los pocos que se ha ocupado de analizar, a fondo, las implicaciones de la indemnidad. Véase: Marcela Castro Ruiz, *Clausulas de indemnidad: aproximación a su problemática en el derecho colombiano*, en Responsabilidad civil, derecho de seguros y filosofía del derecho: Estudios en homenaje a Javier Tamayo Jaramillo, 587-607 (Maximiliano Aramburo Calle & Javier Tamayo Jaramillo, Biblioteca Jurídica Dike#, 2011). Debe señalarse, por lo demás, que este artículo aborda las indemnidades desde la perspectiva de lo civil y lo mercantil. No se analizan las indemnidades en la contratación estatal, materia de recientes discusiones reglamentarias en el país.
- 3 Frank Adoranti, *Understanding Indemnity Clauses*, 5 (Global Professional Publishing, 2006).
- 4 Irving Copi y Carl Cohen, expertos profesores de lógica, advertían ya hace algunos años que definir es una tarea bastante más compleja que *describir*. Definir supone “Fijar con claridad, exactitud y precisión la significación de una palabra o la naturaleza de una persona o cosa”. Por su parte, *significación* es una categoría que supone individualizar la palabra, persona o cosa, a partir de su *género próximo* y de su *diferencia específica*. De este modo, la tarea de definir se traduce entonces en  *fijar con claridad, exactitud y precisión, el género próximo y la diferencia específica de una palabra*, persona o cosa. Cfr. Irving M. Copi & Carl Cohen, *Introducción a la lógica*, 64-66 (Limusa Noriega, 2001).
- 5 Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, *Teoría general del contrato y del negocio jurídico* (7° ed., Temis, 2005); Jorge Cubides Camacho & Juanita Cubides Delgado, *Obligaciones*, 123 (2 ed., Pontificia Universidad Javeriana, 1991); Arturo Alessandri Rodríguez, Manuel Somarriva & Antonio Vodanovic, *Tratado de las Obligaciones*, 46 (2 ed., Editorial Jurídica de Chile, 2001).
- 6 Íd.
- 7 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del. G.J. N. 2411, 75 (21 de mayo de 1983).
- 8 Charles M. Pisano, *Judicial Interpretation of Indemnity Clauses*, 48 *Louisiana Law Review*, n.º 1, 169-181 (1988). p. 172.
- 9 Cfr. William O’Neil, *Insuring Contractual Indemnity Agreements under CGL, MGL, and P& I Policies*, 21 *Tulane Maritime Law Journal*, n.º 2, 360-362 (1996-1997).
- 10 Íd.
- 11 Cfr. Emma Reilly & Lily Sher, *The effect of contractual indemnity clauses*, *Precedent*, n.º 95, 21-24 (2009).
- 12 Penny L. Parker & John Slavich, *Contractual Efforts to Allocate the Risk of Environmental Liability: Is There a Way to Make Indemnities Worth More Than the Paper They are Written On?*, 44 *SMU Law Review*, n.º 4, 1349 (1990).
- 13 Es importante notar que la obligación indemnizatoria a la que sirve de fuente el pacto de indemnidad es una obligación de valor que se enmarca en el género de las obligaciones pecuniarias. Al respecto, el jurista italiano Alfonso Di Majo señala que, para efectos de que el deudor pueda obtener el bien o la utilidad debidos como prestación, ocasionalmente existe la posibilidad de “identificar [la prestación] en una entidad abstracta definida como valor y no en una suma dineraria” Alfonso Di Majo, *Obbligazioni pecuniarie*, 27 (Torino, 1996). Así, la indemnidad es una obligación que podrá ser de dar, hacer o no hacer, positiva o negativa, dependiendo de la clase de afectación producida en el patrimonio o de aquella

- lesión que recaiga sobre el damnificado al momento de la ocurrencia de la condición suspensiva a la que se encuentra sujeta la obligación de indemnizar.
- 14 El objeto de la indemnidad es, en síntesis, la reparación integral, en los términos en que la entendemos en derecho continental. Véase, al respecto: Hans A. Fischer, *Los daños civiles y su reparación*, 141 (Biblioteca de la revista de derecho privado, 1928); Eduardo Zannoni, *El daño en la responsabilidad civil*, 184 (Editorial Astrea, 1982).
- 15 Mark Amakoromo, *Back to Back Indemnities: Benefits and Potential Dangers* (1 de septiembre, 2014).
- 16 A fin de claridad debe advertirse que este rasgo de las indemnidades es uno poco explorado. En general, la doctrina no aborda el carácter condicional de las indemnidades, razón por la cual puede tratarse de un aserto discutido. No obstante, en su esencia, una indemnidad supone una prestación sujeta a un hecho incierto futuro.
- 17 érôme Huet, *Responsabilité du vendeur et garantie contre les vices cachés : contrats civils et commerciaux*, 373 y ss. (Litec, 1987).
- 18 Jorge Cubides Camacho & Juanita Cubides Delgado, *Supra* nota 5, CUBIDES CAMACHO, Jorge. *Obligaciones*. 8 ed. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 2017. p. 411-414.
- 19 Manuel Borja Soriano, *Teoría General De Las Obligaciones: Concordada Con La Legislación Nacional Vigente*, Por Jorge Alfredo Domínguez Martínez, 393 y ss. (Editorial Porrua, 2009).
- 20 Ray J. Artiano & James F. Holtz, *California Contractual Indemnity*, 16 *University of the Pacific McGeorge Law Review*, n.º 3, 767 (1985); Mark C. Zebrowski, *Indemnity Clauses and Workers' Compensation: A Proposal for Preserving the Employer's Limited Liability*, 70 *California Law Review*, n.º 6, 1421-1445 (1982).
- 21 Supreme Court of the United Kingdom, *Firma c-trade s.a. V. Newcastle protection and indemnity association (the "fanti") socony mobil oil co. Inc. And others v. West of england ship owners' mutual insurance association ltd. (the "padre island")* (no.2) (1991).
- 22 Véase, *infra*, 1.3.1.
- 23 Frank Adoranti, *Supra* nota 3, 5.
- 24 Íd.
- 25 Al respecto señalan Collins & Durgan: "An indemnification or hold harmless agreement is an agreement whereby one party to a lease or another contract agrees to protect the other from claims for loss or damage made against the indemnity by a third party". Véase: John R. Collins & Denis W. Dugan, *Indemnification Contracts: Some Suggested Problems and Possible Solutions*, 50 *Marquette Law Review*, n.º 1, 77 (1966).
- 26 Eliza Petritsi, *Warranty/indemnity clauses in Sales and Purchase Agreements: State aid per se or invalid?*, 6 *European State Aid Law Quarterly*, n.º 4, 605-614 (2007).
- 27 Véase el Laudo Arbitral que dirimió la controversia entre Tribunal Arbitral de Mercantil Galerazamba y Cia S.C.A. y Gabriel Hernán Rafael Echavarría Obregón v. Muñoz Merizalde & Cia. S. En C. Y Fernando Daniel Muñoz Merizalde. Laudo de fecha del 24 de septiembre de 2020. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- 28 Cfr. Christopher S. Harrison, *Make the Deal: Negotiating Mergers and Acquisitions* (Bloomberg Press, 2006).
- 29 Hull Youngblood, Jr. & Peter N. Flocos, *Drafting and Enforcing Complex Indemnification Provisions*, *The Practical Lawyer* (2010).
- 30 Lou Kling & Eileen Nugent, *Negotiated Acquisitions of Companies, Subsidiaries and Divisions* (Law Journal Press, 2009).
- 31 Véase la sección "Concepto" de este mismo artículo.
- 32 Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, *Supra* nota 5.
- 33 En concreto, el pacto de indemnidad regula convencionalmente aspectos asociados a la reparación integral. Cfr. Arturo Solarte, *El principio de reparación integral del daño en el Derecho contemporáneo*, en *Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI*, 128-131 (Pontificia Universidad Javeriana & Biblioteca Jurídica Diké, 2009).
- 34 Este es el genuino sentido de la reparación integral. Arturo Solarte indica que "... Esta forma de reparación, que también se denomina indemnización y que otros llaman resarcimiento, no tiene como propósito primario el que la situación del damnificado, desde el punto de vista material, sea similar a la que tendría si el hecho dañoso no se hubiera presentado, sino que tiende a que se compense o resarza el menoscabo patrimonial sufrido por el damnificado, a través de la entrega de una suma de dinero que se considera equivalente al detrimento que éste ha sufrido, con lo cual, desde el punto de vista del valor del interés que el sujeto tenía en ese activo patrimonial, estará en una situación económica igual a la que tendría si el daño no hubiera acaecido. Señala Ricardo De Ángel que la reparación por equivalente "[e]s la indemnización propiamente dicha. Partiendo de la base de que el dinero es un medio apto para satisfacer o reponer todo tipo de intereses, el resarcimiento por el equivalente consiste en el pago de una suma pecuniaria que juega a modo de valoración o precio del daño ocasionado". Aunque el dinero no borra el daño padecido por la víctima, sí la compensa, y le permite procurarse bienes equivalentes al valor del daño por ella padecido, con lo cual de alguna manera habrá de mitigar la pérdida que ha sufrido. El pago de la cantidad de dinero que se determine como indemnización puede ser cumplido en forma instantánea o única, o también puede establecerse que su entrega se realice sucesivamente a modo de renta, sin que ello implique

diferencia alguna en cuanto a la naturaleza de esta clase de reparación. De acuerdo con De Cupis, “la medida del interés lesionado, y por tanto, el daño, a efectos del resarcimiento, tiene carácter pecuniario, (...) por lo que el resarcimiento consiste en la prestación al perjudicado de una suma de dinero igual a tal medida pecuniaria, adecuada para originar, como hemos referido, una situación económicamente equivalente a la comprometida”. La reparación por equivalente lo que produce, por tanto, es una subrogación en el patrimonio del afectado, reemplazando el interés lesionado por el valor económico del mismo, representado en una suma de dinero. Señalemos, finalmente, que un sector de la doctrina sostiene que aunque la forma clásica de reparación en equivalente se realiza a través de la entrega de dinero, existiría también una forma de equivalente “no dinerario”, concepto éste que se aplicaría a la entrega de bienes de igual género y calidad, fungibles, por tanto, en comparación con el bien perdido o destruido en virtud del evento dañoso. No obstante, dicha opinión, nosotros consideramos que la reparación a través de la entrega de bienes fungibles, más que una reparación por equivalente es una forma de reparación in natura, como adelante lo explicaremos, toda vez que podemos decir con De Cupis que, “[e]l concepto de resarcimiento [o reparación por equivalente] es por tanto indisoluble de la pecuniariedad, del empleo a fines de reparación del equivalente económico dinerario” ...” Arturo Solarte, *El principio de reparación integral del daño en el Derecho contemporáneo*, Supra nota 33, 131-133. Cfr. Ricardo De Ángel Yáquez, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 904 (Civitas, 1993).

- 35 Aquí cabe aclarar que, pese a que los pactos de indemnidad no son, en sentido estricto, acuerdos que tienen por objeto excluir o limitar la responsabilidad de una de las partes de la relación contractual, sí tienen en común los principios que dotan de validez de las convenciones indemnizatorias entre acreedores y deudores Marcela Castro Ruiz, Supra nota 2, 585. En este sentido, ambos son actos jurídicos indemnizatorios, con la diferencia que, en el caso específico de las cláusulas de indemnidad, la finalidad del acuerdo de voluntades es fijar en cabeza de una de las partes la obligación de reparar los perjuicios que surjan como consecuencia del acacamiento de un determinado evento y no excluir o aligerar la responsabilidad del deudor.
- 36 Sobre este tema, dice la Corte Suprema de Justicia en *obiter dicta* que: “Por consiguiente, la obligación de garantía de funcionalidad a cargo del vendedor se contrae, en línea de principio, además de la entrega de los títulos corporativos, al saneamiento por evicción y por vicios redhibitorios de las acciones propiamente dichas, pero no de la hacienda social o de la empresa, porque la acción en estricto sentido técnico no representa una fracción proporcional del valor patrimonial de la sociedad. Al respecto –explican HALPERLIN y OTAEGUI– “*el enajenante transfiere sus derechos de socio, y no una cuota parte –contravalor– del patrimonio social, ni una cuota parte en el dominio de la empresa comercial*”. (Sociedades anónimas, 2ª ed. Buenos Aires: Depalma, 1998. Pág. 369). De ahí que, 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 (...) Desde luego que los anteriores principios pueden ser modificados por la voluntad de las partes y, por ello, no son un obstáculo para que éstas se comprometan a negociar no sólo un número plural de títulos sino, además, un paquete integral de acciones que otorgue al adquirente el dominio y control de la empresa, y la sustitución de su posición en la sociedad con todos los derechos que ello implica, tales como los créditos; las inversiones permanentes; el capital circulante; las participaciones; el capital social; las reservas legales, estatutarias y facultativas; los débitos y compromisos; y, en general, todos los elementos que constituyen el patrimonio, tanto activos como pasivos” (Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2013. Rad. 1997-04959-01 [En línea]).
- 37 Íd.
- 38 En palabras de la Corte Suprema de Justicia en *obiter dicta*, “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”. (Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2013. Rad. 1997-04959-01 [En línea]). Pronunciamientos arbitrales han hecho también referencia a las indemnidades como posibles garantías o estipulaciones atadas a garantías. Véase, por ejemplo, Tribunal Arbitral de la Corporación Financiera Colombiana S.A. (convocante) v. Invercolsa y otros (convocados). Laudo del 5 de mayo de 2005. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- 39 Eliza Petritsi, Supra nota 26.
- 40 Íd.
- 41 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del. Rad. 1997-04959-01 (16 de diciembre de 2013).
- 42 Jérôme Huet, Supra nota 17, 373 y ss.
- 43 En palabras de Ospina Fernández y Ospina Acosta, como es bien sabido, este derrotero estructural del derecho privado consiste “en ese reconocimiento más o menos amplio de la eficacia jurídica de ciertos actos o manifestaciones de voluntad de los particulares. Con otras palabras: consiste en la delegación que el legislador hace en los particulares de la atribución o poder que tiene de regular las relaciones sociales, delegación que estos ejercen mediante el otorgamiento de actos o

- negocios jurídicos” Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, *Supra* nota 5, 223). Cfr. Francesco Galgano, El negocio jurídico, 66 (Tirant lo blanch, 1992); Carlos Soto Coaguila & Jorge Mosset Iturraspe, El contrato de una economía de mercado, 31 (Pontificia Universidad Javeriana, 2008).
- 44 Arturo Solarte, *El principio de reparación integral del daño en el Derecho contemporáneo*, *Supra* nota 33, 128-131.
- 45 Arturo Alessandri Rodríguez, De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno, 24 y ss. (Imprenta Universitaria, 1943).
- 46 Michael Whincup, Contract Law and Practice: The English System and Continental Comparisons, 13 (Kluwer Law International, 1996); Manuel Borja Soriano, *Supra* nota 19, 85 y ss., 456, 457 y ss.
- 47 En efecto, en la responsabilidad civil contractual, las consecuencias indemnizatorias surgen con independencia del querer reflexivo de las partes con independencia de que las anteceda un vínculo jurídico previo, singular y concreto.
- 48 Fernando Hinestrosa Forero, Tratado de las obligaciones II. De las fuentes de las obligaciones: El negocio jurídico (Universidad Externado de Colombia, 2015).
- 49 Íd.
- 50 Convenio de Varsovia, ratificado por la Ley 95 de 1964 y Convenio de Montreal, ratificado por la Ley 701 de 2001
- 51 Sobre el particular, el profesor Arturo Solarte sostiene que la reparación integral se ve exceptuada desde un punto de vista convencional “cuando las partes en ejercicio de la autonomía negocial que el ordenamiento les reconoce, pactan estipulaciones que tengan por objeto excluir o limitar el monto de las indemnizaciones que la causación de un determinado daño pueda generar. Asimismo, Solarte señala la existencia de otros casos en los que no es posible reconstruir los bienes o intereses jurídicos lesionados, lo que lleva necesariamente a que el monto pecuniario que se determine como indemnización no tenga una equivalencia con el perjuicio realmente sufrido por la víctima, como ocurre en los daños extrapatrimoniales. De tal forma que, en este caso, el principio de reparación integral se vería exceptuado por el ordenamiento, toda vez que no puede satisfacerse de forma completa y opera más como una compensación que como una verdadera reparación integral” Arturo Solarte, *El principio de reparación integral del daño en el Derecho contemporáneo*, *Supra* nota 33, p. 140.
- 52 Como lo señala la doctrina, “se ha considerado que la reparación integral como *derecho* es regulable y puede ser objeto de configuración legislativa. Más aún, la propia Constitución Política no establece en forma categórica qué tipo de daños deben ser indemnizados, ni mucho menos la dimensión y cuantía en que deben tasarse se reduce al reconocimiento y tutela jurídica de derechos fundamentales (vida, integridad física, propiedad privada, buen nombre, entre otros) cuya violación o transgresión puede generar la obligación al responsable a la debida reparación. De ahí que el legislador en su marco de configuración y respecto del alcance de la reparación integral puede, según la Corte Constitucional... determinar cuáles daños deben ser tenidos en cuenta, y en esa medida incluir como parte de la reparación integral los daños materiales directos, el lucro cesante, las oportunidades perdidas, así como los perjuicios morales, tales como el dolor o el miedo sufridos por las víctimas, los perjuicios estéticos o los daños a la reputación de las personas, o también los llamados daños punitivos, dentro de límites razonables. Puede también el legislador fijar reglas especiales para su cuantificación y criterios para reducir los riesgos de arbitrariedad del juez. Estos criterios pueden ser de diverso tipo. Por ejemplo, pueden consistir en parámetros que orienten al juez, en límites variables para ciertos perjuicios en razón a lo probado dentro del proceso para otra clase de perjuicios, o en topes fijos razonables y proporcionados. Entonces, desde el ámbito constitucional no se encuentra, según la Corte, ningún reparo a las limitaciones de las indemnizaciones por parte del legislador no solo en materia de daños extrapatrimoniales sino también en el ámbito patrimonial, pues es al Congreso de la República a quien le compete regular técnicamente todo lo atinente a los regímenes de responsabilidad, entre ellos las modalidades del daño y los métodos de cuantificación” Diego Sandoval Garrido, *Reparación integral y responsabilidad civil: el concepto de reparación integral y su vigencia en los daños extrapatrimoniales a la persona como garantía de las víctimas*, Revista de Derecho Privado, n.º 25, 237-273 (2013).
- 53 Fernando Hinestrosa Forero, *Supra* nota 48, 204 y ss.
- 54 Manuel De La Puente y Lavalle, *La fuerza de la buena fe*, en Contratación contemporánea, teoría general y principios, 273 y ss. (Atilio Anibal Alterini, José Luis De Los Mozos, Carlos Alberto Soto eds., Temis, 2000); 2 Ricardo Larroza, *La buena fe contractual*, en Contratos y teoría general, 239 y ss. (Rubén Stiglitz ed., Depalma, 1993).
- 55 Como bien lo explica el profesor Arturo Solarte Rodríguez, “...Aun cuando el planteamiento difiere de la forma en la que tradicionalmente analizamos la vinculación existente entre el concepto de relación jurídica obligatoria y el de contrato, como su fuente más común, sí parece conveniente tomarlo en cuenta para destacar la complejidad de tales conceptos en el derecho moderno, los cuales simplemente reflejan la complejidad, cada vez mayor, de las relaciones sociales. Preferimos, en todo caso, seguir denominando relación obligatoria —u obligacional, si se quiere— al deber de prestación y reservar la expresión relación contractual al complejo de relaciones activas y pasivas que se derivan del contrato. Dentro de este contexto, el carácter orgánico de la relación también se manifiesta en que al lado de las relaciones obligacionales en sentido estricto, existen otros deberes jurídicos, que se denominan “deberes secundarios de conducta”, “deberes colaterales”, “deberes complementarios” o “deberes contiguos”, tales como los de información, protección, consejo, fidelidad o secreto, entre los más relevantes, que aunque no se pacten expresamente por las partes, se incorporan a los contratos en virtud

- del principio de buena fe ...” Arturo Solarte Rodríguez, *La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta*, 53 Vniversitas, n.º 108, 304 (2004).
- 56 Es importante advertir que estos *deberes secundarios de comportamiento*, antes que nada, son *deberes*, razón por la cual comparten las características de un típico débito, por oposición, especialmente, a la carga. Ciertamente, los deberes secundarios de conducta, en principio, no son *cargas comportamentales*, lo que tiene una incidencia importante en la materia. En cuanto a su concepto, autores como Francesco Carnelutti explican que la carga se presenta cuando “... el ejercicio de una conducta es configurado como presupuesto para obtener una determinada ventaja (...) la obligación presupone un acreedor que puede exigir legalmente el cumplimiento de ella, mientras que tratándose de la carga no existe tal acreedor y, por lo tanto, no hay medios coercitivos para hacerla cumplir ...” 1 Francesco Carnelutti, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, 89 (Padova, 1949). Carlos Ignacio Jaramillo, en un enjundioso estudio sobre esta materia, en la que caracteriza detalladamente cada una de las figuras, explica que “... tanto en la doctrina alemana como en la italiana —al igual que en la propia doctrina iberoamericana—, el concepto de carga ha sido escindido suficientemente del concepto clásico de obligación que para un amplio sector autoral, modernamente, equivale al concepto de deber de prestación, es decir, a aquella conducta o comportamiento específico que debe ser observado aisladamente por el deudor, separación ésta que, en nuestra opinión, supone que la diversidad de elementos que caracterizan tanto a una como a otra, ampliamente se justifica, así como su correlativa categorización individual. Desde esta perspectiva, es entonces cierto que la estructura de la carga, a la cual se le conoce igualmente en ciertos círculos doctrinales con el nombre de *incumbencia*, es diversa y autónoma, en consideración a que el interés que se encuentra en juego, realmente no responde a los mismos criterios cualificadores del concepto de obligación o deber de prestación, principalmente en cuanto se refiere a la inexistencia de un sujeto activo que sea titular de un crédito y a la consecuente ausencia de acción orientada a exigir, frente a la inejecución de la prestación, el correspondiente cumplimiento (*haftung*) o, en su defecto, la pertinente indemnización de perjuicios. Como lo reseñó en forma precisa el gran jurista belga, Henry de Page, “La obligación tiende única y exclusivamente a la ejecución de una prestación por parte de una persona, denominada deudor, en provecho de otra denominada acreedor. Ella sólo da lugar a un derecho de crédito”, derecho del que no goza la parte contraria al sujeto gravado mediante la carga, pues no puede, en la medida en que no lo posee, hacer uso del poder derivado de la condición jurídica de acreedor, ya que, como lo indica el autor Gérard Farjat, “El acreedor tiene un poder de constreñimiento contra el deudor” y es ostensible que el sujeto en mención carece jurídicamente del señalado poder, signo revelador de toda relación obligatoria, en estrictez. En consecuencia, a diferencia de la obligación o deber de prestación, en la carga no existe la categoría de acreedor, por lo menos en las mismas condiciones del acreedor del deber de prestación ordinario, y de ella no deriva, *stricto sensu*, acción alguna tendiente a solicitar, judicial o extrajudicialmente, su cumplimiento o ejecución, de tal manera que no puede aludirse a una manifestación propia de la obligación: la responsabilidad (*haftung*). Esta carencia de acción, de potestas, dentro de la estructura jurídica de la carga, no se predica en ningún momento de la supraindicada obligación, pues como acertadamente anota el profesor italiano Emilio Betti, ‘La obligación no es, en la realidad del derecho, separable de la propia acción ...’ ...” 3 Carlos Ignacio Jaramillo, *Derecho de Seguros*, 244-247 (Temis & Pontificia Universidad Javeriana, 2012). En términos más sintéticos, Andreas Von Tuhr indica que, en tratándose de las cargas, el que incumple el comportamiento, “pierde su derecho de indemnización (...) por no darse sencillamente el requisito a que se condiciona el nacimiento o la subsistencia de estos derechos ...” 1 Andreas Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones*, 5 (Reus, 1934). Cfr. 1 Francesco Messineo, *Manuale di diritto civile e commerciale*, 203 (Milano, 1952).
- 57 Véase Jorge Oviedo Albán, *Tratos preliminares y responsabilidad precontractual*, 57 Vniversitas, n.º 115, 83-116 (2008).
- 58 Superintendencia de Sociedades, *Compraventa de acciones y contratos aleatorios* (s. f.).
- 59 Este tema seguramente habrá de ser materia de discusión, especialmente en contextos convulsionados como el que recientemente se ha presentado en el mundo a raíz de la COVID-19. Este artículo no pretende, sin embargo, sentar una postura única sobre el particular, sino abrir a su discusión en el contexto contemporáneo.
- 60 Véase la sección “Concepto” de este mismo artículo.
- 61 Conforme al criterio ampliamente difundido en el Derecho nacional, “... para que resulte comprometida la responsabilidad de una persona –natural o jurídica– se requiere, como bien es sabido, que haya cometido una culpa (lato sensu) y que de ésta sobrevengan perjuicios al reclamante. O sea la concurrencia de los tres elementos que la doctrina predominante ha sistematizado bajo los rubros de culpa, daño y relación de causalidad entre aquella y éste ...” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Negocios Generales. Sentencia de junio 10 de 1963 [En línea]). Sobre este particular, dos autores son especialmente elocuentes en torno a la necesidad de la concurrencia de los denominados –en forma desafortunada–, elementos axiológicos de la responsabilidad, a saber: 1 Jorge Santos Ballesteros, *Instituciones de responsabilidad civil*, 22-49 (Pontificia Universidad Javeriana, 2008); Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de responsabilidad civil*, 187 y ss. (Temis, 2008). Desde el punto de vista comparado, lo anterior es constantemente reiterado. Al respecto, vid. Philippe Le Tourneau, *La responsabilidad civil* (Legis, 2007).
- 62 Emma Reilly & Lily Sher, *Supra* nota 11.
- 63 Penny L. Parker & John Slavich, *Supra* nota 12, 1349.
- 64 Emma Reilly & Lily Sher, *Supra* nota 11.

- 65 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2016 (En línea).
- 66 En el evento de no demostrarse los demás presupuestos axiológicos de la responsabilidad, deberá darse aplicación al *casum sentit dominus*. Véase, por ejemplo, Tribunal Arbitral de Cadena S.A. (convocante) v. Invertlc S.A.S. y otros (Convocadas). Laudo del 5 de septiembre de 2012. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- 67 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 7 de diciembre de 2017.
- 68 Cfr. María Cristina Isaza Posse, De la cuantificación del daño: manual teórico-práctico, 3-75 (5 ed., Temis, 2018).
- 69 Habida cuenta de que muchas de estas discusiones no han sido tratadas en el ordenamiento colombiano, son escasas las fuentes para sustentar, más allá del razonamiento lógico, las conclusiones que aquí se proponen.
- 70 Que el que el daño sea personal, se ha entendido como que “la persona que reclama la indemnización debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque el primer bien lesionado no fuera de su propiedad o no fuera su propia integridad la que se vio lesionada.” Javier Tamayo Jaramillo, *Supra* nota 61, 335. Cfr. Alberto Tamayo Lombana, La responsabilidad civil extracontractual y la contractual, 65 y ss. (Doctrina y Ley Ltda. 2005).
- 71 Javier Tamayo Jaramillo, *Supra* nota 61, 335.
- 72 Cfr. Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, *Supra* nota 5.
- 73 Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 23 de junio de 2000 (En línea). Véase también Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de febrero de 2018 (En línea).
- 74 Sobre la violación de las declaraciones y garantías como un incumplimiento contractual, véase el Laudo arbitral del 14 de septiembre de 2011 proferido en el marco del Tribunal de Arbitramento iniciado por Balclin Investments S.L., Altra Inversiones LTDA, Mauricio Camargo Mejía Y Darío Duran Echeverri V. Jairo Andres Gutierrez Robayo, Jimena Gross Mejía, Carlos Andres Torres Robayo, Nelson Andres Beltrán Algarra Y Monserrat Gross Mejía. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Véase también el Tribunal Arbitral de Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. (convocante) v. Constructora Némesis S.A. y otros (convocados). Laudo arbitral del 14 de septiembre de 2010. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá; y, Tribunal Arbitral de Alicorp Colombia S. A. v. Helados Modernos de Colombia S. A. y otros. Laudo del 27 de julio de 2012. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Una posición disímil se adoptó en el Tribunal Arbitral de AFC Investments S. L. y otros v. Fogade (persona jurídica venezolana de derecho público). Laudo del 15 de mayo de 2013. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- 75 Cfr. Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, *Supra* nota 5.
- 76 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 31 de julio de 2018. Rad. 2013-00162-01 (M. P. Luís Alonso Rico).
- 77 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 31 octubre de 1950.
- 78 Véase la sección “La naturaleza jurídica de los pactos de indemnidad: actos jurídicos de carácter resarcitorio y no cláusulas de garantía” de este mismo artículo.
- 79 Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, *Supra* nota 5.
- 80 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2013 (En línea).
- 81 Véase la sección “La naturaleza jurídica de los pactos de indemnidad: actos jurídicos de carácter resarcitorio y no cláusulas de garantía” de este mismo artículo.
- 82 En palabras de la Corte Suprema de Justicia en *ratio decidendi*, “Siendo –como lo fue– la tradición del paquete de títulos corporativos el modo como se realizó la venta de la empresa que pertenece a la sociedad emisora, no está sujeto a discusión que la acción para reclamar el cumplimiento de la garantía acordada en ese convenio se hallaba prescrita al momento de la presentación de la demanda; pues como en dicha cláusula no se determinó plazo alguno, su fecha de expiración fue de dos años contados a partir de la celebración del contrato definitivo, tal como lo preceptúa el artículo 932 del Código Civil, y ello ocurrió el 7 de septiembre de 1994 con la entrega de los referidos instrumentos; por lo que la acción se extinguió el mismo día y mes de 1996, es decir más de un año antes de la radicación del libelo, lo cual sucedió el 5 de noviembre de 1997. [Folio 4, c. 1]” (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2013 [En línea]).
- 83 Íd.
- 84 Juan Pablo Cárdenas, *Cláusulas exonerativas o restrictivas de responsabilidad*, en Tendencias de la responsabilidad civil en el siglo XXI, 229-280 (Carlos Ignacio Jaramillo & Mariana Bernal coords., Biblioteca Jurídica Diké, 2009).
- 85 Sobre un análisis contemporáneo de las limitaciones a las que se sujetan las cláusulas de exoneración, véase Mariana Bernal Fandiño, Reflexiones sobre las cláusulas restrictivas de responsabilidad civil, Anuario de Derecho Privado, n.º 1, 195 (2019).
- 86 Íd.
- 87 Véase la sección “El régimen jurídico aplicable a los pactos de indemnidad: la tensión entre la autonomía de la voluntad privada y la reparación integral” de este mismo artículo.
- 88 Ricardo Vélez Ochoa, La carga de evitar la extensión y propagación del siniestro (Pontificia Universidad Javeriana, 2013).

- 89 En palabras de la Corte Suprema de Justicia en su *ratio decidendi*, "... en el campo de la responsabilidad civil -contractual y extracontractual- la doctrina contemporánea destaca la importancia, cada vez mayor, que adquiere el que la víctima con su conducta procure mitigar o reducir el daño que enfrenta o que se encuentra padeciendo (...) El señalado comportamiento, que muchos tratadistas elevan a la categoría de deber de conducta al paso que otros lo identifican con una carga, encuentra su razón de ser en el principio de buena fe, hoy de raigambre constitucional (art. 83, C.P.), el cual, sin duda, orienta, en general, todas las actividades de las personas que conviven en sociedad, particularmente aquellas que trascienden al mundo de lo jurídico, imponiendo a las personas que actúan -sentido positivo- o que se abstienen de hacerlo -sentido negativo- parámetros que denotan honradez, probidad, lealtad y transparencia o, en el campo negocial, que la actitud que asuman, satisfaga la confianza depositada por cada contratante en el otro, de modo que ella no resulte defraudada (arts. 1603 del C.C. y 871 del C. de Co.). En tal orden de ideas, resulta palmario que ante la ocurrencia de un daño, quien lo padece, en acatamiento de las premisas que se dejan reseñadas, debe procurar, de serle posible, esto es, sin colocarse en una situación que implique para sí nuevos riesgos o afectaciones, o sacrificios desproporcionados, desplegar las conductas que, siendo razonables, tiendan a que la intensidad del daño no se incremente o, incluso, a minimizar sus efectos comportamiento podría entenderse realizado de buena fe y le daría legitimación para reclamar la totalidad de la reparación del daño que haya padecido. perjudiciales, pues sólo de esta manera su Una actitud contraria, como es lógico entenderlo, al quebrantar el principio que se comenta, tendría que ser calificada como "una postura incorrecta, desleal, desprovista de probidad y transparencia, que descono[ce] al otro [e] ignor[a] su particular situación, o sus legítimos intereses, o que est[á] dirigida a la obtención de un beneficio impropio o indebido" (Cas. Civ., ib.), la cual, por consiguiente, es merecedora de desaprobación por parte del ordenamiento y no de protección o salvaguarda ..." (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 16 de diciembre de 2010 [En línea]); Cfr. Harvey McGregor, McGregor on damagesk, 131 (Sweet & Maxwell, 2003); Dan B. Dobbs, Law of Remedies: damages, equity, restitution, 271 (West Pub. Co, 1993).
- 90 Charles K. Whitehead, *Sandbagging: Default Rules and Acquisition Agreements*, 36 Delaware Journal of Corporate Law, 1081 (2011); Seth Cleary, *Delaware Law, Friend or Foe: The Debate Surrounding Sandbagging and How Delaware's Highest Court Should Rule on a Default Rule*, 72 S.M.U. Law Review, 821-848 (2019).
- 91 Brandon Cole, Knowledge is Not Necessarily Power: Sandbagging in New York M&A Transactions, 42 The Journal of Corporation Law, 445-459 (2016). La licitud de estas cláusulas en Colombia ha sido admitida, entre otros, en el Tribunal Arbitral de AFC Investments S. L. y otros v. Fogade (persona jurídica venezolana de derecho público). Laudo del 15 de mayo de 2013. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.
- 92 Guillermo Ospina Fernández & Eduardo Ospina Acosta, *Supra* nota 5. Pronunciamientos arbitrales han indicado sobre este particular: "a) La resolución o terminación del contrato, con indemnización de perjuicios compensatorios. (...) en primera medida, se le permite a la parte contratante solicitar la resolución o terminación del acuerdo. Como es sabido, ambos términos aluden, en general, al finiquito de la relación negocial, esto es, a su extinción en el mundo jurídico y, de contera, a la cesación de sus efectos. Sin embargo, la resolución se caracteriza por el hecho de que, por regla general, su aplicación es retroactiva, de manera tal que, resuelto el contrato, deben hacerse una serie de restituciones mutuas que retornen a las partes a la situación en que se hallarían si dicho contrato no hubiera tenido lugar<sup>92</sup>. Por el contrario, en la terminación dicha retroactividad no tiene lugar. Así las cosas, mientras que en la resolución opera la retroactividad, dentro de los límites de la posibilidad física y jurídica, en la terminación ello no acontece, al menos en modo simétrico, lo que ha permitido, en lo pertinente, diferenciar las dos figuras<sup>92</sup>. (...) Ahora bien, el finiquito contractual -terminación o resolución- supone que el acreedor no exige el cumplimiento de la prestación, razón por la cual la norma, de manera coherente y complementaria, le permite solicitar, a modo de indemnización, la justa compensación por el objeto incumplido. Los pronunciamientos jurisprudenciales y la doctrina que se ha ocupado de esta alternativa precisan que tales perjuicios compensatorios tienen lugar cuando la prestación no se ha cumplido (inejecución absoluta) o se ha cumplido imperfectamente (ejecución imperfecta), y tienen por objeto, como su nombre lo indica, compensar el incumplimiento, dejando al patrimonio del deudor en el estado en que se hallaría si dicho incumplimiento no se hubiera presentado. Así, de ordinario, esta indemnización corresponde al valor de la obligación incumplida o de la parte que se dejó de cumplir, por ser ese el elemento constitutivo del interés del acreedor insatisfecho, obviamente con los ajustes liquidatorios pertinentes (quantum). Por lo anterior es por lo que el Código de Comercio la contempló para los casos de terminación o resolución del contrato: se parte de la base de que en tales hipótesis el acreedor no recibirá la prestación, por lo que tiene entonces derecho a la compensación y no a la simple indemnización de la mora por retardo. b) El cumplimiento efectivo de la obligación, con indemnización de perjuicios moratorios. A diferencia del anterior supuesto, en este caso el acreedor solicita la ejecución coactiva de la prestación -ejecución específica o in natura-. Por esa razón, en materia de perjuicios, solamente se autoriza el cobro de los moratorios, esto es, de los derivados del retardo en el cumplimiento. En efecto, de acuerdo con el criterio de la doctrina, estos perjuicios moratorios proceden en casos de cumplimiento tardío, y su objeto o propósito es indemnizar el daño derivado del retraso, razón por la cual suponen que la prestación hubiera sido efectivamente cumplida, aun cuando fuera de la oportunidad prevista para el efecto (retraso). Lo anterior explica

también por qué el Código de Comercio se refiere a ellos en el caso de que el acreedor haya optado por el cumplimiento efectivo de la prestación: si lo hizo así, quiere entonces decir que recibirá la prestación contratada, pero de manera tardía o extemporánea, de donde se colige entonces que los perjuicios que puede reclamar son, en principio, los derivados de la mora o retraso ...” Tribunal de Arbitramento de NCT Energy Group v. Alange Corp. Laudo arbitral del 12 de octubre de 2012. Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

93 Debe señalarse que en el derecho doméstico ha existido una discusión tradicional acerca del alcance que se le debe atribuir al artículo 869 del Código de Comercio, razón por la cual, aunque tal discusión no es parte del objeto de análisis de este artículo, conviene hacer algunas acotaciones en torno a la misma. La divergencia obedece a que la Ley tampoco acoge un criterio único para determinar cuáles son las normas que deben aplicarse a un contrato. Por el contrario, la legislación nacional se ha estructurado sobre la base de una multiplicidad de parámetros que, como la calidad de los contratantes, el lugar donde se hallen los bienes objeto del contrato y el lugar de celebración y ejecución de este, hacen que la determinación de las reglas aplicables sea una tarea compleja. Sin embargo, frente a la incertidumbre existente en este tema, se ha elaborado una línea jurisprudencial que ha permitido esbozar la posición actualmente vigente en la materia. Esa línea jurisprudencial se fundamenta en las siguientes premisas:

- a) En primer lugar, la cuestión de la Ley y la jurisdicción aplicable es un asunto que concierne a la soberanía de los Estados, tal y como se infiere del artículo 4º de la Constitución Política, que dispone la supremacía y la suprallegalidad de la Carta en el derecho colombiano. Así las cosas, la determinación de la Ley aplicable es algo que debe hacerse con sujeción a las normas de Derecho colombiano y a lo que ellas autorizan. No de otra manera se puede garantizar la soberanía estatal.
- b) En el caso nacional, existen varias normas que establecen cuál es la Ley aplicable a los contratos. De acuerdo con esas normas –que se resumen bajo del denominado principio de *territorialidad de la Ley*-, habrán de observarse diversos criterios para determinar en qué casos procede la aplicación de Derecho extranjero, la cual tendrá lugar, en principio, cuando (I) intervengan personas extranjeras que no estén domiciliadas ni tengan residencia en Colombia; (II) se trate de contratos celebrados en el exterior; o, (III) se trate de contratos cuyos efectos se vayan a producir, integralmente, en territorio extranjero.
- c) Con todo, en materia mercantil, el criterio legal y jurisprudencial que más peso tiene es el que tiene que ver con la *ejecución del contrato (lex loci solutionis)*. En efecto, se tiene que:
  - El último inciso del artículo 20 del Código Civil colombiano establece que, si un contrato ha sido celebrado en el exterior, se puede someter a la Ley extranjera, “... pero los efectos de dichos contratos, para cumplirse en algún territorio, o en los casos que afecten a los derechos e intereses de la Nación, se arreglarán a este código y demás leyes civiles de la unión...” (se destaca).
  - Lo propio dispone el artículo 869 del Código de Comercio, a cuyo tenor “La ejecución de los contratos celebrados en el exterior que deban cumplirse en el país, se regirá por la ley colombiana” (se resalta).
  - Este criterio ha sido ratificado por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que ha agregado que los contratos celebrados en Colombia, pero ejecutados en país extranjero, pueden sujetarse a la Ley extranjera, salvo en los efectos que hayan de producirse en Colombia, respecto de los cuales debe aplicarse la Ley colombiana.

Así las cosas, el criterio dominante, actualmente, es el del lugar de ejecución del contrato, por virtud del cual se pueden estructurar una regla general: los contratos celebrados en el extranjero o aquellos que se celebren en Colombia pero que hayan de producir sus efectos en un país extranjero, pueden someterse al derecho extranjero, salvo en lo que se refiere a los efectos que se producirán en el territorio nacional, respecto de los cuales solamente es aplicable la Ley nacional, sin que ello admita pacto en contrario. En otros términos, los efectos que un contrato haya de generar en Colombia deben regirse por la Ley colombiana, como consecuencia de la soberanía y la territorialidad de la Ley nacional. La línea jurisprudencial a la que se alude está integrada, en lo fundamental, por los siguientes pronunciamientos de la Corte Constitucional: sentencia T-1157 de 2000; C-395 de 2002 y, de particular importancia por ser la que sintetizó la regla controlante del caso, la sentencia C-249 de 2004. De la Corte Suprema de Justicia, puede consultarse la sentencia de octubre 30 de 1986. Doctrinalmente, vid. Alejandro Venegas Franco, *Temas de Derecho de Seguros* (Universidad Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario, 2011); vid. también Carlos Ignacio Jaramillo, *Distorsión funcional del contrato de reaseguro tradicional*, en *Derecho de Seguros*, 26 y ss. (Temis, 2011).

Licencia Creative Commons CC BY 4.0

*Cómo citar este artículo:* Sergio Rojas Quiñones, *Los pactos de indemnidad en el derecho privado colombiano. Vicisitudes y reglas contemporáneas*, 70 Vniversitas (2021), <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj70.pidp>