

# EL PROCESO DE “*DUE DILIGENCE*” EN MATERIA INMOBILIARIA: NATURALEZA, CONTENIDO Y PATOLOGÍA

*M.Sc. José María Pacheco Fonseca*

## **Introducción**

Las transacciones comerciales cada vez son más complejas. No hay duda de que el contrato promedio de hoy en día es sustancialmente más difícil de negociar, plasmar y acordar que el contrato de hace cincuenta y hasta diez años. En los negocios modernos debemos tomar en cuenta un mayor número de posibles contingencias. Cada vez, identificamos más factores de incertidumbre y detectamos más riesgos, tanto legales como económicos que afectan las decisiones de las partes y su voluntad de contratar. La creciente regulación, las nuevas exigencias sociales que, a su vez, son traducidas en derecho y las necesidades de los empresarios, progresivamente más sofisticadas, han contribuido a este fenómeno. Por ejemplo los asuntos ambientales, que hoy tienen reconocida importancia y son un tema de constante preocupación para las empresas, hace algún tiempo ni siquiera eran valorados como un elemento significativo en una transacción comercial. Por esto, cada vez resulta más importante el estudio previo de las transacciones y sus implicaciones, realizado mediante procesos de “*due diligence*”.

Como un marco general de referencia y sin intención de adelantarnos a lo que más adelante precisaremos en este trabajo, como “*due diligence*” podemos entender el proceso

de investigación técnica que deben seguir las partes para cerciorarse de que, mediante la celebración de un contrato proyectado o ideado, pueden adecuadamente satisfacer sus intereses tal y como los han previsto. Pero, ¿por qué es cada vez más importante este proceso?

Si admitimos, como nos parece obvio, la creciente complejidad de las negociaciones contractuales, son claros los motivos por los cuales cada vez se vuelve más importante contar con un proceso estructurado y una fórmula adecuada, dirigida a verificar que el contrato a celebrar es conforme con los intereses de las partes. Con la cantidad de asuntos que es necesario verificar, valorar y analizar para determinar las implicaciones y conveniencia de celebrar un contrato, aumenta proporcionalmente la necesidad de llevar a cabo procesos ordenados que nos permitan examinar la información correspondiente. De ahí la importancia cada vez mayor de los procesos de *due diligence* y su oportuno estudio.

## **Delimitación del tema**

Para efectos de este estudio nos limitaremos a analizar los procesos de *due diligence* en materia inmobiliaria, particularmente en lo referido a compraventas de bienes inmuebles. Obviamente, esto no significa

que los *due diligence* sean exclusivos de esta materia, pues es común realizarlos para otros tipos transacciones como contratos de crédito, joint ventures, contratos de franquicias, inversiones, aportes societarios, emisiones de valores, adquisiciones de empresas y fusiones empresariales, etc.

Para delimitar mejor el alcance de este artículo, vamos a enfocar nuestros esfuerzos con mayor precisión. De manera esta manera, en lugar de referirnos genéricamente a los procesos de *due diligence* en materia de compraventas de inmuebles, nuestro objetivo se centrará en contestar las siguientes preguntas:

- a- ¿Qué es *due diligence*, cuál es el marco legal en el cual se realiza y por qué es importante en materia de compra-ventas inmobiliarias?
- b- ¿Cuales son los aspectos a tener en cuenta al hacer un estudio de *due diligence* respecto a una compraventa de un bien inmueble? y;
- c- ¿Cuales son los alcances y efectos del proceso de *due diligence* en caso de producirse una patología contractual?

## I- El concepto de “*due diligence*”

### **El deber precontractual de suministrar información**

Para entender el *due diligence* y el marco legal dentro del cual se lleva a cabo, primero debemos referirnos a los deberes

precontractuales de las partes, especialmente al deber de suministrar información.

En la etapa precontractual, de previo a la celebración de contratos definitivos o de cierre, es reconocido por la doctrina que las partes tienen ciertos derechos y obligaciones recíprocas dirigidas a la consumación del acuerdo. Es aquí donde son particularmente relevantes los llamados “deberes de información”, que consisten en la obligación de las partes de comunicarse recíprocamente las cuestiones que pueden incidir en su decisión de contratar, así como incidir en cuanto a los términos de la contratación. Este deber está dirigido a alcanzar la formación de un contrato producto de voluntad libre de las partes.<sup>1</sup>

En muchas ocasiones las informaciones que cada una de las partes requiere recíprocamente de sus contrapartes a fin de determinar su voluntad contractual y los términos de la contratación, está desbalanceada. Es por esto que, para entender las posiciones de las partes en materia de contratación, particularmente aquellas referidas a la información, debemos entender el concepto de “*desigualdad informativa*”. Éste se refiere a la noción de que la información que tiene a su disposición cada parte no es la misma, pues mientras una parte tiene acceso más próximo y directo a cierta información, para la otra la misma puede ser de difícil y hasta imposible conocimiento sin colaboración de la primera.<sup>2</sup>

Por ejemplo, es evidente que en una compraventa el vendedor tiene acceso a

1 Gómez Calle, Esther. *Los deberes precontractuales de información*. pp 11.

2 Gómez Calle, Esther. Op Cit. pp 13.

una mayor cantidad de información respecto al bien, su condición, sus vicios y defectos (si los hubiera), los regímenes particulares a los cuales está sometido el bien e incluso sobre los compromisos que éste (vendedor) puede haber adquirido respecto al mismo (arrendamientos del bien, compromisos de urbanizar, etc). Para el comprador es imposible conocer todos los compromisos que ha adquirido el vendedor respecto al bien, a menos que éste se los manifieste. Además, salvo que el vendedor le permita tener suficiente contacto directo con el bien y examinarlo adecuadamente, el comprador no puede verificar su estado, comprobar si existen vicios y valorar su conformidad.

La técnica de *due diligence* se emplea, en gran medida, para nivelar la desigualdad informativa, pues al realizarse un proceso de este tipo la parte que cuenta con un déficit de información le solicita a su contraparte todos los documentos y hechos relevantes relacionados con la transacción y el bien. Con esta información procede a evaluar y verificar las condiciones relevantes y que pueden incidir sobre su voluntad de celebrar el contrato.

El *due diligence* se utiliza para satisfacer el deber precontractual de información, derivado, según se admite usualmente por la doctrina, del deber genérico de buena fe<sup>3</sup> que deben mostrar las partes en dicha fase. A diferencia de simples intercambios de información, observaremos que el *due diligence* es un proceso estructurado, empleado para que las partes puedan satisfacer sus necesidades informativas

cuando éstas requieren un análisis que no se puede satisfacer con manifestaciones precontractuales sencillas y espontáneas de una a la otra.

### ***Aproximación inicial al concepto***

*Due diligence* es un término en idioma inglés cuya traducción literal es “*debida diligencia*”. Podríamos comenzar a definir el término como aquellas gestiones que debería realizar una parte responsablemente antes de establecer un vínculo contractual, para asegurar la conformidad del contrato con sus fines. Sin embargo, como veremos, el desarrollo del término ha hecho que su alcance vaya mucho más allá de una mera debida diligencia. Es por esto que la traducción de “*due diligence*” se dificulta. No se ha desarrollado en español un término que pueda adecuadamente transmitir su significado de forma completa. Así se justifica que en la práctica se ha importado la terminología del idioma inglés y los abogados siguen hablando de “*due diligence*”. A pesar de esto algunos consideran que el término “revisión técnica” permite transmitir adecuadamente su significado y es el que se debería emplear.<sup>4</sup> Para este artículo se ha optado por importar la terminología anglosajona.

Charu Mathur define “*due diligence*” como “*un amplio espectro de procesos investigativos en relación con la adquisición de las acciones o activos de una compañía en un contexto comercial, un proyecto de joint venture, una transacción de financiamiento, la emisión de títulos y en general otros tipos de interrogantes precontractuales*”.<sup>5</sup>

3 Gómez Calle, Esther. Op Cit. pp 12.

4 Cebriá, Luis Hernando. *La revisión legal (legal Due Diligence) en el derecho mercantil*. pp 12.

5 Marthur, Charu. *Legal Due Diligence*. pp. 1.

Hablamos entonces de un proceso dirigido a obtener información fidedigna y suficiente con miras a identificar hechos o circunstancias que influyan una decisión de negocios respecto a un contrato que se plantea celebrar.<sup>6</sup>

Podemos identificar varios elementos derivados de lo anterior y que sobrepasan la noción que transmite literalmente el término “debidas diligencias”: a) es un proceso estructurado; b) su finalidad es la obtención de información; y c) se pretende, mediante éste, descubrir hechos relevantes para la valoración de la transacción.

La función del *due diligence* es ser la base para valorar la inversión que una parte realizará al suscribir un contrato, pues mediante este, la parte inversora se entera de las potencialidades, contingencias y riesgos que conlleva el contrato o negocio que pretende realizar. Para esto, la parte que realiza el estudio debe efectuar un análisis de asuntos pasados presentes y futuros que inciden en la satisfacción del objeto contractual y su conformidad con la finalidad que persigue, confiando en que las informaciones que le son suministradas en el proceso son conformes a criterios de veracidad.<sup>7</sup>

Podemos entonces preguntarnos cuál es la diligencia esperada o debida que debe tener un inversor al celebrar un contrato. Lo cierto es que, por la diversidad de objetos contractuales que surgen del quehacer contractual, no se puede determinar de forma general las diligencias convenientes que debe realizar

la parte para cerciorarse de la conformidad del negocio. Su determinación debe ser más bien casuística. Esto por cuanto no solo el alcance del estudio a realizar, sino también su contenido, van a variar de conformidad con el negocio y contrato que se proyecta realizar. De ahí también se desprende que la metodología a emplear en los procesos de *due diligence* variará también, pues no siempre será conveniente la misma metodología frente a diversas circunstancias particulares. Aún así, la experiencia anterior de las partes y sus asesores respecto a proyectos o contratos similares puede servir de referente para este tipo de estudios. Es decir, la práctica de los abogados de utilizar formularios estandarizados que cubran una gran gama de asuntos a ser estudiados en un proceso de *due diligence* es útil, siempre y cuando además de estos asuntos genéricos también se tomen en cuenta e incluyan los propios de las vicisitudes particulares de cada transacción.<sup>8</sup>

Entonces, la revisión técnica se puede realizar sobre objetos y contratos muy diversos y complejos.<sup>9</sup> Es posible llevar a cabo un *due diligence* respecto a las actividades y el giro comercial de una empresa, una propiedad, un derecho (por ejemplo un derecho de propiedad industrial, susceptible de ser adquirido) y hasta un sujeto (por ejemplo respecto a las calificaciones de un contratista o la capacidad de pago de un deudor en un crédito).

Particularmente, en lo que atañe al *due diligence* en materia de compraventa inmobiliaria, lo vamos a definir como el

6 Marthur, Charu. op Cit. pp 2.

7 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 7.

8 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 7-8.

9 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 5.

proceso mediante el cual la parte que proyecta adquirir un bien inmueble obtiene del vendedor, para su posterior análisis, la información relevante que afecta el bien y el contrato futuro de compraventa, que le permite valorar la conveniencia de suscribir dicho acuerdo, así como la conformidad de los términos en él pactados, sopesando los riesgos y contingencias que identifique en ese proceso frente a los beneficios que proyecta obtener de la transacción. Dicho en simple, es el proceso que le permite al comprador conocer el estado del bien (no solo físico sino que también jurídico, económico, técnico, etc) para poder cerciorarse de su voluntad de celebrar el contrato de compraventa en los términos proyectados.

En las transacciones de bienes raíces, el *due diligence* conllevará la investigación apropiada de todos los aspectos del bien inmueble que será objeto de la venta. El grado y alcance de diligencia que es debida va a depender de la transacción particular y sus circunstancias, entre ellas el valor monetario del contrato y el presupuesto del cual disponen las partes para cubrir los costos de las investigaciones.<sup>10</sup> Es lógico suponer que entre menor el valor monetario de la transacción menor será el presupuesto para invertir en este tipo de investigaciones. Es decir que al ser inferior la cuantía de la compra, el alcance del proceso se verá limitado.

### ***El due diligence como parte del proceso precontractual***

El *due diligence* se realiza como parte de la etapa precontractual, dirigido a facilitar la

consumación y convergencia de voluntades que se lleva a cabo con el contrato de compraventa. Cuando las compraventas se celebran empleando un sistema de contratación por etapas, lo usual es seguir un procedimiento que permita, durante este proceso, que las partes vayan obteniendo información y realizando actos preparativos de la compraventa de forma paulatina. Por ejemplo, dicho proceso se puede llevar a cabo primero con la firma de una carta de intenciones, la posterior celebración de un acuerdo precontractual, como podría ser una opción de compraventa, una promesa recíproca u otro análogo y finalmente el cierre, dónde se lleva a cabo la formalización de la compraventa. El *due diligence* se puede realizar en cualquiera de las etapas anteriores a dicha formalización y es normal que los acuerdos precontractuales (como la carta de intenciones y las opciones de compra) tengan pactos y disposiciones específicas, no solo en cuanto a los tiempos en los cuales se realizará el proceso, sino también respecto a la información que va a ser intercambiada, su extensión, contenido y limitaciones.<sup>11</sup>

Nos encontramos ante un proceso que exige cooperación. Se debe llevar a cabo por los asesores de una parte, pero debe ser revisado por los asesores de su contraparte para trabajar conjuntamente y resolver cualquier problema que salga a relucir en su realización.<sup>12</sup> Es importante recordar que la buena fe en materia precontractual exige que las partes respeten los deberes que cada una paulatinamente va adquiriendo frente a la otra y que ambas resguarden el deber ge-

10 O'Connor, Maura B. *Due Diligence in Real Estate Transactions*. pp 1-2.

11 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 13.

12 Pear, Alison. *Performance of Due Diligence in Transactions*. pp 1.

neral de confianza que se manifiesta al comenzar a realizar negociaciones. Se habla entonces de deberes de lealtad y probidad, que devienen finalmente en otras obligaciones más específicas, entre ellas la de colaboración recíproca. Esta colaboración recíproca conlleva que las partes, en la etapa precontractual, deben realizar los actos necesarios para que la negociación que han de realizar se lleve a cabo de forma normal. De lo anterior resulta, entre otras, la obligación de comunicar y explicar las vicisitudes del bien objeto de la compraventa, la capacidad de las partes y el objeto contractual en general. En ello consiste el llamado deber de información que se ha explicado, que obliga a las partes informarse de cualquier asunto que razonablemente podría influir en su decisión de contratar.<sup>13</sup>

Este deber de las partes subsiste en todo caso, sea cuando se realiza en el marco de una serie de acuerdos precontractuales que norman un proceso de obtención de información, o cuando se realiza de forma espontánea.

Cuando se formula un proceso normado mediante acuerdos precontractuales, es usual pactar lo que se conoce en el derecho anglosajón como un “*Bring Down Clause*”, que consiste en insertar en ellos una cláusula que faculta a la partes a no celebrar el contrato final en caso de que las conclusiones valorativas propias del proceso de obtención de información no sean las esperadas o no sean conformes con la finalidad que cada una pretende alcanzar mediante el objeto contractual. La llamada “*Bring Down Clause*” se diferencia de otras cláusulas facultativas

de desistimiento unilateral (como “*Walk-Away Clause*” o “*Break-up Clause*”), por requerirse, para desistir del contrato final, resultados objetivos adversos que justificándose en informes periciales que faculden la ruptura del vínculo en la etapa precontractual. En las dos otras modalidades de desistimiento unilateral no se requiere tal “justificación”.<sup>14</sup>

Es así como observamos lo siguiente:

- a- El *due diligence* es un proceso de obtención de información: Esto por cuanto no consiste en una “revelación de información” aislada o espontánea, sino que más bien a menudo, de conformidad con las reglas y plazos precontractuales previamente fijados por las partes, éstas pueden solicitar información y aclaración adicional respecto a los puntos objeto de estudio, para lograr obtener la mayor posible comprensión del estado del bien y el contrato proyectado.
- b- Las partes pueden realizar el *due diligence* como parte de un proceso ordenado y reglado por otros acuerdos precontractuales. Alternativamente pueden optar por suministrarse información de forma espontánea cuando éste iter de proceso precontractual no se lleva a cabo con claridad.
- c- El resultado del proceso de *due diligence* puede ser determinante en cuanto a la celebración o en su defecto, no celebración, del contrato proyectado. Es decir, se puede entender como un factor determinante en cuanto a que las partes finalmente plasmen su voluntad contractual.

<sup>13</sup> Brebbia, Roberto H. *Responsabilidad Precontractual*, pp 91-92.

<sup>14</sup> Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 39.

d- Finalmente, como veremos más adelante, el proceso de *due diligence* puede servir para determinar el contenido del contrato final en diversos aspectos. Lo anterior es especialmente importante en materia de las representaciones y garantías que le deba otorgar el vendedor al comprador, respecto al inmueble transado.

El proceso se puede llevar a cabo acudiendo a dos metodologías.<sup>15</sup> La primera de ellas consiste en la presentación de toda la información relevante por parte del vendedor en un “data room”, o cuarto de datos. Esto implica que todos los documentos e informaciones pertinentes a la transacción se colocan en un mismo lugar, usualmente hoy en día por medios informáticos, para que sea observada por cualquier parte interesada en el negocio. Este método es de aplicación especialmente útil cuando hay más de un comprador o inversor interesado en adquirir el bien, pues asegura que todas las partes interesadas tengan acceso a la misma información y sean tratadas de forma igual.

La segunda metodología consiste en la contestación de un cuestionario que es preparado y enviado por el comprador al vendedor, llamado “*due diligence checklist*”. Este método facilita las negociaciones uno a uno.

Para contestar los cuestionarios es normal que se lleven a cabo varias rondas de preguntas y respuestas entre las partes y sus asesores, que conduzcan a explicaciones más profundas de la documentación revelada en respuesta al requerimiento inicial

contenido en el “*due diligence checklist*”.<sup>16</sup> Además, como parte del proceso, a menudo las partes se obligan a la suscripción de un acuerdo de confidencialidad, pues no es inusual que en la negociación de la compraventa se divulguen informaciones sensibles que éstas pueden querer mantener fuera del dominio público.<sup>17</sup>

### ***El reporte de due diligence***

Es usual que, una vez finalizado el proceso, los asesores involucrados emitan un reporte que resuma y valore los principales descubrimientos realizados a lo largo del proceso. Este reporte sirve para mostrar al cliente el proceso lógico mediante el cual se alcanzaron las conclusiones que evidencian los riesgos y contingencias propias de la transacción. Igualmente sirve para que las partes negocien las representaciones y garantías que deben ser incluidas en el acuerdo final.<sup>18</sup>

### ***¿Para qué sirve un reporte de due diligence?***

Se debe indicar que, dentro del ámbito de autonomía de la voluntad de las partes, los contratantes son libres para realizar o, en su defecto, no realizar un proceso de *due diligence* respecto al bien inmueble que negocian comprar y vender. Optativamente las partes también pueden pactar garantías convencionales respecto al inmueble vendido, su estado, e incluso su susceptibilidad a ser empleado para un cierto fin. Entonces, para decidir si es conveniente

15 Marthur, Charu. Op Cit. pp 4.

16 Pear, Alison. Op Cit. pp 2.

17 Fondevilla Roca, Eduardo. *Fusiones y adquisiciones como instrumentos estratégicos del empresario. Segunda parte.* pp 194.

18 Marthur, Charu. op Cit. pp 4.

realizar un *due diligence* se debe recurrir a un criterio importante: el costo que puede tener involucrar un equipo de asesores dedicado a estudiar la propiedad y el negocio. Es decir, puede ser que optar por realizar un *due diligence* resulte en ineficiencias económicas que no sean proporcionadas respecto a la cuantía o trascendencia de la transacción.<sup>19</sup>

Habiendo dicho esto, en caso de resultar viable económicamente, la realización del proceso puede ofrecer ventajas interesantes para ambas partes. La experiencia en materia de negocios evidencia que puede ser más costoso para el comprador el no investigar adecuadamente las condiciones de la adquisición. Recordemos que es éste quien debe asumir las contingencias de la compra, por no haber realizado el análisis adecuado.<sup>20</sup> Además de esta, desde el punto de vista del comprador, hemos ya mencionado otras ventajas importantes. Entre ellas, el proceso posibilita que pueda:

- a- Cerciorarse del estado del inmueble, así como la aptitud del negocio para satisfacer sus intereses;
- b- Evaluar, de conformidad con lo anterior, la conveniencia de realizar el negocio, e incluso si las condiciones en las cuales se está planteando son proporcionales a los riesgos que se van a asumir; y
- c- Enterarse de las posibles contingencias que puede tener el negocio o que puedan afectar el inmueble. Esto le permite al comprador solicitar representaciones y garantías a fin de que sean incluidas dentro del texto contractual, para así quedar protegido frente a las contingencias detectadas.

Dicho esto, debemos señalar que el proceso no solo ofrece ventajas para el comprador, sino también para el vendedor del inmueble. Quizás la más importante de ellas es que la revelación de información por parte del vendedor al comprador lo libera de responsabilidad respecto de aquello que fue manifestado. Al divulgarse y ser evaluada la información por parte del comprador, el vendedor se puede librar de la obligación que, de otra forma se le hubiese exigido, de proveer una serie de representaciones y garantías respecto al negocio y el inmueble, pues el comprador ya conoce la situación de éste. Esto implica que, al compartir todos sus conocimientos sobre el inmueble con el comprador, el vendedor puede trasladarle la responsabilidad por ciertas contingencias. Es por esto que existe una dinámica complementaria que se da entre el proceso de *due diligence* y las representaciones y garantías que puede comensuradamente exigir el comprador. Al tener el comprador previo conocimiento de los riesgos involucrados al llevar a cabo la contratación, no podrá exigir al vendedor que éste le garantice la inexistencia de dichos riesgos. No obstante, podría exigir que el vendedor deba indemnizarlos en caso de que se materialicen.<sup>21</sup>

El proceso de *due diligence* deja en evidencia los riesgos de la transacción. Puede ser que incluso se detecten riesgos que el mismo vendedor no conocía. Es decir, el vendedor también puede adquirir, como parte del proceso, cierta información que le permita tomar una decisión adecuada respecto a la contratación y particularmente sobre la conveniencia de garantizar los riesgos y

19 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 8.

20 Fondevilla Roca, Eduardo. Op Cit. pp 196.

21 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 10.

contingencias detectadas. Además, frente al comprador tiene una posición negociadora más favorable, pues puede aprovecharse del hecho de que el comprador conoce los riesgos y contingencias para solicitar que los mismos no se cubran dentro de las representaciones y garantías y consecuentemente quedar exonerado de ellos.<sup>22</sup>

Podemos hablar entonces de la función preventiva del proceso, es decir que ayuda a las partes a tomar una decisión más informada sobre la condición del bien y el negocio, y valorar con esta información la conveniencia de realizarlo, así como la conveniencia de otorgar ciertas garantías (o al contrario, exoneraciones de responsabilidad) en el caso de vendedor. Por otro lado, las representaciones y garantías cumplen una función reparadora *ex post*, es decir, sirven para el momento posterior a la compraventa, garantizando: a) los riesgos propios de aquello que no fue objeto de revisión en el *due diligence*; y b) los riesgos propios de aquello que fue revisado en el *due diligence*, cuando se determinó que existía una contingencia, que el vendedor optó por asumir para continuar con la transacción de compraventa.<sup>23</sup>

Entonces, se puede identificar la existencia de 3 propósitos importantes<sup>24</sup> en el proceso:

- a) identificar las acciones que las partes deben llevar a cabo antes de completar la transacción;
- b) la determinación de cuales son las representaciones y garantías que se deben manifestar las partes en el contrato definitivo; y

- c) la valoración y asesoría de los consultores involucrados en el proceso, respecto a los posibles riesgos y problemas que se pueden suscitar al ejecutar la transacción de compraventa, en conjunto con posibles soluciones a estos.

## **II- Contenido del *due diligence***

### ***Dimensión y alcance del proceso***

Los reportes de *due diligence* se realizan con miras a transacciones específicas. En este sentido sus contenidos dependen de la naturaleza de la transacción y los fines perseguidos por las partes. A pesar de esto es común utilizar una serie de formularios de preguntas que contemplan una diversidad de asuntos estándar respecto a la adquisición de un inmueble, pues hay información que casi siempre va a ser requerida, independientemente de las particularidades de cada caso.<sup>25</sup> Estos son los llamados "*due diligence checklists*".

Como hemos visto, aun cuando no se realice un proceso de *due diligence*, subsiste el deber de informar. Es decir que no se releva al vendedor de su obligación de proveer la información relevante, respecto al bien y la transacción, en la etapa precontractual. Este deber no solo se refiere a lo que sea conocido por el vendedor al momento de llevarse a cabo la transacción, sino también a aquello que este razonablemente debería saber, según lo que dicta la diligencia debida y conmensurada al objeto de la negociación.

<sup>22</sup> Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 13-14.

<sup>23</sup> Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 39.

<sup>24</sup> Pear, Alison. Op Cit. pp 2.

<sup>25</sup> Simmel, Sergiu S. *What is a technical Due Diligence report?*

Por esto la falta del vendedor respecto a su deber de información no solo se configura por no divulgar lo que este conoce, sino también por no divulgar lo que aún no sabiendo, debió haber razonablemente conocido sobre el bien.<sup>26</sup>

Dicho esto, en los casos en los que las partes deciden que se realizará un *due diligence* el alcance del mismo debe permitir que el proceso investigativo sea conforme con el objeto contractual. Dependiendo de la dimensión del contrato, puede limitarse a asuntos básicos como verificar la existencia del bien y las facultades del vendedor para transmitirlo. Su alcance puede también traspasar lo elemental y llegar a abarcar el análisis de cualquiera y de todos los asuntos que puedan determinar o incidir en la voluntad del comprador, refiriéndose a todas aquellas contingencias y posibles beneficios que puedan resultar para éste del contrato.<sup>27</sup> En este caso su alcance tiene vocación de ser más completo que aquel impuesto por los deberes de información a los cuales nos hemos referido, derivados de la genérica buena fe precontractual. Además, entre más compleja sea la finalidad a la cual el comprador quiere destinar el inmueble, más complejo será el proceso y la información a ser analizada, pues no es lo mismo adquirir una vivienda ya edificada que una propiedad en la cual se quiere, por ejemplo, construir un complejo hotelero. En ese segundo caso habrá sin duda más asuntos ambientales, legales, urbanísticos y de muchísimas otras índoles, que se requiere verificar para confirmar la aptitud del terreno para el fin perseguido.

Para economizar recursos, se suele emplear un método que comporta la realización del proceso en dos etapas. La primera se supera realizando una investigación básica que permite identificar factores clave y esenciales (llamados “*deal breakers*”) para determinar si es viable proseguir con la compraventa o si hay condiciones que prima facie hacen inviable la transacción. A esto se le llama investigación preliminar. Una vez superada la investigación preliminar sin que se detecte alguna condición aparente que descarte el negocio, se procede a realizar un proceso de *due diligence* detallado, entrando a analizar todas las informaciones relevantes para la transacción, a fin de negociar las posteriores representaciones y garantías que se otorgarán las partes.<sup>28</sup> Este método de dos etapas de intercambio de información permite que, en el caso de que se llegue a determinar que la transacción es inviable por asuntos fácilmente detectables, las partes no incurran en los gastos de asesoría asociados con todo el proceso y el estudio detallado de toda la transacción.

### ***Cuestiones sujetas a valoración en el proceso***

Usualmente las cuestiones sujetas a valoración en el proceso caen en dos categorías que a menudo se traslapan: la legal y la de negocio.<sup>29</sup> Existe, respecto a ambas, una cantidad extensa e importante de fuentes bibliográficas, principalmente del derecho anglosajón, dedicadas a explicar e identificar las materias que es conveniente estudiar para los diversos tipos de transacción. Para estos propósitos hay

26 Gómez Calle, Esther. Op Cit. pp 82.  
 27 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 11.  
 28 Marthur, Charu. op Cit. pp 5-6.  
 29 Pear, Alison. Op Cit. pp 1.

abundantes listados y modelos de “*due diligence checklist*”. Lo que es más difícil encontrar es material bibliográfico dedicado a tratar el *due diligence* como una institución, es decir, que analice su naturaleza y sus efectos. Por ello, en el marco de este artículo, hemos considerado de mayor provecho desarrollar de forma más detallada otros aspectos del proceso, pues para obtener información sobre cómo realizar un *due diligence* se dispone de suficientes fuentes a las cuales recurrir.<sup>30</sup>

Sin detrimento a lo anterior, con miras a tener nociones generales de algunos asuntos materiales que usualmente se valoran en un proceso de *due diligence*, de seguido nos referiremos a algunos de ellos, a modo de ejemplo.

Primero debemos empezar diciendo que a pesar de la diversidad de asuntos que se pueden tratar en un *due diligence* para una compraventa de inmueble, como mínimo siempre se debería verificar el derecho de propiedad del mismo, pues esta es la condición más básica requerida para adquirir un inmueble. En análisis más profundos se entra a verificar otras cuestiones relevantes, como temas de zonificación urbanística, estado de pago de impuestos de propiedad, la condición real física del inmueble y asuntos ambientales.<sup>31</sup>

Otras cuestiones usualmente abordadas en las “*due diligence checklists*” son las siguientes:

### **Particularidades de los derechos a ser transmitidos**

Como parte del proceso se debe valorar el tipo de derechos que están siendo transmitidos por el vendedor al comprador y determinar si estos son suficientes para los fines que pretende alcanzar el comprador mediante el contrato.<sup>32</sup> Se deben plantear preguntas como las siguientes: ¿se transmite un derecho de usufructo o no?, ¿se transmite la nuda propiedad?, ¿se transmite un derecho indiviso?, ¿estamos ante una transmisión de toda la propiedad y sus derechos?, ¿se han otorgado derechos a terceras personas que pueden afectar al comprador? Todo esto se debe valorar en relación con el fin que se le pretende dar al inmueble. También se debe establecer si el vendedor tiene facultades para transmitir los derechos objeto del acuerdo. Estas cuestiones y sus respuestas nos ayudan, sin duda, a esclarecer el panorama y a establecer la conveniencia o no de suscribir el acuerdo.

### **Zonificación urbanística y catastro**

Normalmente se debe revisar cualquier disposición que puede afectar la propiedad y los usos que se le pretende dar al inmueble, incluyendo las afectaciones que pueda tener por motivo de planes reguladores urbanísticos y normativas de zonificación. También es necesario revisar el plano catastral de la propiedad a fin de observar las mediciones que se han hecho de la misma, confrontarlas con la realidad y determinar si se adecuan o no a las necesidades del comprador.<sup>33</sup>

30 Para ver el ejemplo de un cuestionario de *due diligence* que trata una diversa variedad de asuntos, se puede recurrir a <http://www.pytheas.net/docs/Checklist.pdf>.

31 Burgos, Richard. *Due Diligence in Leasing*. pp 1.

32 O'Connor, Maura B. Op Cit. pp 4.

33 O'Connor, Maura B. Op Cit. pp 7-8.

### **Servidumbres y gravámenes**

Resulta necesario determinar, también, si se han establecido servidumbres o gravámenes que afectan la propiedad. Se debe valorar de qué forma estas pueden afectar el inmueble tomando en cuenta el destino que le pretende dar el comprador.<sup>34</sup>

### **Aspectos ambientales**

Se deben identificar y valorar los riesgos ambientales que se asocian con el inmueble. Esto es particularmente importante en aquellos inmuebles que serán destinados a usos comerciales e industriales. Para esto se debe solicitar todos los estudios ambientales pertinentes y exigidos por la legislación para verificar que el uso al cual se destinará la propiedad es viable desde un punto de vista ambiental. Se debe verificar que no existan riesgos ambientales asociados a la propiedad que puedan afectar esta finalidad.<sup>35</sup>

En materia ambiental además, una ventaja de recabar información y realizar procesos de *due diligence* es que el comprador puede utilizar la información ahí obtenida para documentar que un daño ambiental fue causado antes de la adquisición y consecuentemente no se debe a sus propias operaciones. De igual forma, si se detectan daños ambientales, el comprador debe asesorarse en cuanto a la magnitud de su extensión, así como los pasos y costos asociados con su reparación.<sup>36</sup>

### **Otros asuntos comúnmente valorados**

Otros asuntos que son normalmente valorados incluyen el pago de impuestos y tasas de propiedad, valoraciones sobre la integridad de las estructuras y edificaciones que se encuentran en el inmueble, verificación de contratos de arrendamiento que afecten el inmueble y sus términos, cuestiones relativas a la existencia y provisión de servicios públicos como electricidad, gas, agua, teléfono e internet, cuestiones relativas a seguros de los inmuebles y cualquier situación que pueda afectar las primas de seguro de las edificaciones, avalúos, permisos, licencias y acuerdos que comprometan la propiedad o posesión del inmueble y usos de propiedades colindantes, etc.<sup>37</sup>

### **Aspectos particulares a la transacción**

Finalmente, como se ha dicho en varias ocasiones, cada transacción es diferente y dependiendo de la finalidad a la cual se destinará el inmueble puede surgir una variedad de asuntos pertinentes de revisar de modo ad hoc. Por ejemplo, si el inmueble se destinará a una cancha de golf, se debe verificar que existan fuentes de agua suficientes para abastecerla, pues este tipo de uso tiene una demanda particularmente elevada de agua.<sup>38</sup> De igual forma, si la propiedad se destinará a un parque empresarial, sería importante verificar que existan los servicios informáticos, tales como fibra óptica, que el parque pueda necesitar.

34 O'Connor, Maura B. Op Cit. pp 4-7.

35 O'Connor, Maura B. Op Cit. pp 10.

36 Walker, Jon. *Environmental Due Diligence*. pp 2-3.

37 Se pueden ver algunas listas de "Due Diligence checklist" tales como las que encontramos en <http://www.pytheas.net/docs/Checklist.pdf> y <http://www.medenergy.org/due-diligence-checklists-for-commercial-real-estate-transactions.html>

38 O'Connor, Maura B. Op Cit. pp 11.

Los servicios informáticos podrían resultar irrelevantes en una cancha de golf. La disponibilidad de agua puede ser menos importante en un parque empresarial. Por esto decimos que cada transacción es diferente y se deben valorar los aspectos particulares de sus vicisitudes.

### 3. *Due diligence y patología contractual*

Teniendo en cuenta su importante relación con el *due diligence*, hemos dicho que el tema de la información precontractual es determinante en materia del consentimiento de las partes. Cuando analizamos el deber de información desde la óptica de la patología de los contratos, lo debemos hacer al tenor de los artículos 1015, 1017 y 1020 del Código Civil costarricense. En ellos se regula la anulabilidad de los contratos por error (art. 1015), fuerza o miedo grave (art. 1017) y el tratamiento del dolo (art. 1020). También resulta particularmente relevante el tema de vicios ocultos, pues se refiere a la información sobre el bien que no ha sido descubierta al momento de cierre.

La fuerza y el miedo grave no interesan a este artículo, pues no son particularmente relevantes respecto al tema de la información y consecuentemente tampoco al del *due diligence*. Por ello solo analizaremos los casos de dolo, error y vicios ocultos detalladamente.

### *Dolo y error*

Según el artículo 1020<sup>39</sup> del Código Civil, el dolo, por sí solo no vicia el consentimiento y por ello no necesariamente conlleva nulidad. El artículo establece dos requisitos sine qua non para que el dolo implique la anulabilidad del contrato:

- 1.1 Ser obra de una de las partes; y
- 1.2 Haber sido necesario para la celebración del contrato.

Cuando se cumplen ambas condiciones el dolo se traduce en un vicio en el consentimiento y por ello se puede exigir la nulidad del acuerdo. Sin embargo, por lo dispuesto en el artículo 701 del Código Civil<sup>40</sup>, en caso de no cumplirse caben acciones por daños y perjuicios.

Como parte de un proceso de *due diligence*, el dolo puede darse como una falta al deber de información precontractual cuando una de las partes procura y genera de forma insidiosa una influencia indebida en la otra. Es indiferente si este acto se genera mediante un comportamiento activo o una omisión por parte de uno de los contratantes, pues la distinción no la hace la ley. Un ejemplo claro es proveer información falsa (comportamiento activo) u omitir entregar información (dolo omisivo) que se estaba obligado a proveer. Esto genera un conocimiento falso o inexacto en uno de los contratantes respecto al

39 El texto completo del artículo 1020 indica: “El dolo no vicia el consentimiento, sino cuando es obra de una de las partes y cuando además aparece claramente que sin él no hubiere habido contrato. En los demás casos el dolo da lugar solamente a la acción de daños y perjuicios contra la persona o personas que lo han fraguado o se han aprovechado de él; contra los primeros, por el valor total de los perjuicios, y contra los segundos, hasta el monto del provecho que han reportado.”

40 Dice: “El dolo no se presume, y quien lo comete queda siempre obligado a indemnizar los daños y perjuicios que con él ocasiona aunque se hubiere pactado lo contrario.”

contrato o el bien. Una parte ha causado esta noción inexacta o incorrecta directamente o mediante la negativa a aclararla (también llamada reticencia dolosa).<sup>41</sup> En cualquiera de los dos casos se ha frustrado el proceso de *due diligence* generando a su vez una frustración de las pretensiones legítimas de una de las partes.

Se debe agregar que todo lo anterior presupone la característica esencial del dolo, que este sea intencional. Por esto, hablaremos de “dolo” cuando medie intención de la parte obligada a suministrar información de llevar a la otra a conclusiones equivocadas o inexactas que hubiesen sido determinantes en su decisión de contratar. El “error”, por otra parte, se genera cuando esas inexactitudes o equívocos se producen sin que medie intención de ninguna de las partes.

Al hablar de error debemos hacer referencia al artículo 1015 del Código Civil<sup>42</sup>. El error se refiere a la inexactitud del conocimiento de las partes respecto a la realidad. Para que el error devenga en una nulidad exigible, dicha inexactitud debe recaer sobre la especie de contrato que se celebra, la identidad de la cosa, su sustancia o calidad esencial. Esta inexactitud, incorrección o imprecisión en la información del contratante que ha caído en error puede haber o no haber sido causada por su co-contratante.<sup>43</sup>

Siendo que ambas figuras se refieren a la información a disposición de los contratantes, no es difícil entender su vinculación con pro-

cesos de *due diligence*. En materia de compraventas inmobiliarias hablaríamos de dolo cuando el vendedor, de forma intencional proporciona al comprador documentación o manifestaciones falsas o inexactas sobre el bien, su naturaleza u otras condiciones determinantes de la contratación, omite entregar documentación determinante para la formación de la voluntad del comprador, sobre la identidad del bien, su sustancia o calidad esencial, o incluso la negativa de aclarar estas, a sabiendas de que el comprador cuenta con información incorrecta.

Respecto al error, sujeto a las condiciones necesarias para que éste produzca nulidad (que sea sobre la identidad del bien, su sustancia o calidad esencial), podría generarse en un proceso de *due diligence* al no suministrarse información completa respecto al bien, o suministrarse información inexacta, sin que sea esa la voluntad del vendedor. Aún así, se debe hacer hincapié en que el proceso de *due diligence* tiene como uno de sus objetivos principales minimizar, e idealmente eliminar, las posibilidades de error sobre las características y condiciones de la cosa. Particularmente en materia de compraventas inmobiliarias, por ser la parte más afectada por el desbalance de información, principalmente nos referimos a minimizar errores del comprador.

### **Vicios ocultos**

El artículo 702 del Código Civil<sup>44</sup> sienta con carácter de regla general el deber, para el

41 Gómez Calle, Esther. Op Cit. pp 41.

42 El artículo dice: “Es anulable el contrato en que se consiente por error: 1. Cuando recae sobre la especie de acto o contrato que se celebra. 2. Cuando recae sobre la identidad de la cosa específica de que se trata, o sobre su sustancia o calidad esencial.”

43 Gómez Calle, Esther. Op Cit. pp 29-40.

44 El artículo indica: “El deudor que falte al cumplimiento de su obligación sea en la sustancia, sea en el modo, será responsable por el mismo hecho de los daños y perjuicios que ocasione a su acreedor, a no ser que la falta provenga de hecho de éste, fuerza mayor o caso fortuito.”

deudor de resarcir los daños y perjuicios producto del incumplimiento de sus obligaciones, sea en modo o en sustancia. Por otra parte, según lo dispuesto por el artículo 1082 del Código Civil<sup>45</sup> la existencia de vicios ocultos no comporta la nulidad, salvo que medie error que vicie el consentimiento, caso al que nos hemos venido refiriendo en párrafos anteriores.

Al concordar estos dos artículos podemos concluir que el código prevé que cuando medien vicios ocultos (sin que medie error) estaríamos ante el incumplimiento puro y simple de una obligación y, sujeto a lo establecido en los artículos 692, 693, 701, 702, 704 y 764 del Código Civil, el vendedor está obligado al resarcimiento de los daños y perjuicios.

Se observa que, en materia de vicios ocultos, no es relevante que le sea imputable al vendedor un incumplimiento de sus deberes de información precontractual.<sup>46</sup> Es decir, el vendedor es responsable, aún cuando no tenga conocimiento de los vicios en la cosa ni sea razonablemente esperable que lo tenga.

En materia de *due diligence* solo podemos considerar que hay vicios ocultos cuando éstos no se hayan detectado en el proceso, pues si han sido detectados quedaría descartado que puedan haber estado ocultos. Es decir, solo se podrían hablar de vicios ocultos cuando las partes no los conocen.

Al ser estos detectados en el proceso, más bien se podría hablar de un insumo probatorio para demostrar que los vicios identificados no eran ocultos, pues fueron conocidos por el comprador en el proceso y al consumarse el acuerdo.

### **Representaciones y garantías**

Nos hemos referido al tema de las representaciones y garantías, concluyendo que el comprador puede utilizar el *due diligence* para determinar cuales representaciones y garantías es necesario exigir al vendedor y asegurar conformidad de su posición contractual. De forma contrapuesta, el *due diligence* puede ser usado por el vendedor para identificar aquellos aspectos respecto de los cuales desea librarse de otorgar representaciones y garantías que le hubiesen sido exigidas, siendo que el comprador ya ha tenido acceso a esa información durante el proceso, la ha valorado y ahora opta por asumir sus riesgos.<sup>47</sup>

Dice acertadamente Luis Hernando Cebría:

*“No obstante los criterios rectores establecidos desde el derecho común para la imputación de responsabilidad en el ámbito de las obligaciones y contratos, los contratantes tienden, dentro de estos ámbitos de la contratación, donde la referencia objetivo-contractual a la empresa asume un valor relevante, a alcanzar pactos en los que se deli-*

45 El artículo indica: “La venta no podrá ser anulada por vicios o defectos ocultos de la cosa de los llamados redhibitorios, salvo si esos vicios o defectos envuelven error que anule el consentimiento, o si hay estipulación en contrario.”

46 Gómez Calle, Esther. Op Cit. pp 52-53.

47 En el texto *Fusiones y adquisiciones como instrumentos estratégicos del empresario. Segunda parte.* (pp 202 y sig). Eduardo Fondevilla Roca hace un análisis interesante de las posiciones contractuales de las partes a la hora de formular las representaciones y garantías de un contrato, desde un punto de vista no exclusivamente jurídico, sino enfocado a lo negocial. Éste análisis se refiere particularmente a la adquisición de empresas, sin embargo considero que resulta igualmente aplicable a la compraventa de propiedades, especialmente en cuanto a las consideraciones prácticas que hace el autor respecto al proceso de negociación y los factores externos no jurídicos que lo afectan.

*mitan la asunción y relevación de responsabilidades. A tal fin establecen, en primer lugar, las manifestaciones (representations) que ambas partes ofrecen como ciertas, de las cuales deriva, en una fase posterior, el proceso de averiguación o revisión técnica, las due diligences.*<sup>48</sup>

Es entonces en la cláusula de representaciones y garantías del contrato, donde las partes sientan las bases para:

*“asumirlas consecuencias económicas de estas situaciones cuyo resultado es imprevisible. El hecho de no haber expresado de forma debida algunas de estas cuestiones que pueden afectar a alguna de las partes, bien sea por negligencia en el momento de preparar el contrato, por mala intencionalidad, por temor a alterar el precio, o de retraer a la otra parte de la firma de la operación; puede ser causa de graves problemas y enfrentamientos jurídicos posteriores.”*<sup>49</sup>

En este sentido, mientras el *due diligence* permite la realización de una serie de divulgaciones de información en el proceso precontractual, las representaciones y garantías se insertan en el texto del acuerdo, para salvaguardar cuestiones que, o ya han sido descubiertas y las partes se han comprometido a indemnizar en caso de que una contingencia se materialice, o son descubiertas de forma posterior al cierre.

Los acuerdos en beneficio del vendedor se tienden a redactar introduciendo ciertos

criterios limitativos de responsabilidad a las garantías otorgadas. Según los supuestos de estos criterios limitativos de responsabilidad, correspondería al comprador asumir las pérdidas. Suele ser además que, al haberse efectuado un *due diligence*, se incluya como anexo toda la información que se ha recabado en dicho proceso, en conjunto con una representación y garantía del vendedor de que no existen elementos adicionales relevantes que pueden afectar la transacción. Empero, se debe decir que la indeterminación del término “relevante”, aunque frecuentemente empleado, en caso de controversia queda para una posterior valoración por las partes o en su defecto, por un juez o árbitro. De igual forma la limitación de responsabilidad para el vendedor suele introducirse empleando la frase “hasta donde tenga conocimiento el vendedor”. Es un tema a veces subjetivo, complejo de probar. Consecuentemente para ser aceptado por el comprador deben mediar amplias revisiones periciales.<sup>50</sup>

Lo cierto es que la incorporación del *due diligence* como anexo al contrato vincula directamente a las partes al menos, a la veracidad de su contenido. Por otro lado las fórmulas de representaciones y garantías son miradas con más cautela por ambas partes, por el lado del comprador al existir factores que pueden condicionar su eficacia, y por el lado del vendedor por ser su objetivo restringir su responsabilidad en la mayor medida posible.<sup>51</sup>

Dicho esto se desprende que el contenido del *due diligence* puede ser empleado

48 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 227.

49 Fondevilla Roca, Eduardo. Op Cit. pp 202.

50 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 37-38.

51 Cebriá, Luis Hernando. Op Cit. pp 38.

como referente para interpretar las representaciones y garantías realizadas por las partes, especialmente cuando se ha incorporado como anexo al texto del contrato. Es aquí cuando más efectos legales puede tener, pues deja de tener mero efecto probatorio y se configura como una verdadera cláusula contractual.

## Conclusiones

Hemos manifestado que el *due diligence* es una de las herramientas que tienen las partes para satisfacer sus deberes de información respecto a la compraventa de un bien inmueble. Su importancia es clara en un mundo de negocios cada vez más complejos y con cada vez más contingencias y riesgos para las partes, al contratar.

La realización de los procesos de *due diligence* queda dentro del ámbito de autonomía de voluntad de las partes, pues si bien, como consecuencia del deber de información y de buena fe en general, las partes están obligadas a transmitirse la información relevante y pertinente a la transacción, no están obligadas a seguir una metodología particular y estructurada. A pesar de esto, se observa en la práctica que el proceso es cada vez más comúnmente utilizado entre el arsenal de instrumentos de los abogados.

Respecto a su contenido, se debe recalcar la importancia de que sea determinado de forma casuística. No es conveniente utilizar los “*due diligence checklists*” genéricos como dogma inmutable al analizar una

transacción. La diversidad de vicisitudes de cada una de las transacciones comerciales hace imprescindible hacer un análisis caso por caso para dar la asesoría debida a las partes. El contenido debe estar al servicio de cada transacción.

Hemos mencionado 3 propósitos importantes en un proceso de *due diligence*<sup>52</sup>, siendo estos: a) identificar las acciones que las partes deben llevar a cabo antes de completar la transacción; b) la determinación de cuales son las representaciones y garantías que deben manifestar las partes en el contrato definitivo; y c) la valoración y asesoría de los consultores involucrados en el proceso, respecto a los posibles riesgos y problemas que se pueden suscitar al ejecutar la transacción de compraventa, en conjunto con posibles soluciones a estos.

El primer propósito es de suma importancia, pues permite que se lleven acciones reparadoras de ciertas situaciones, antes de que se consume la transacción. Por ejemplo, si se detecta un gravamen en la propiedad, se puede exigir al vendedor que lo cancele antes de llevar a cabo el negocio. Si existe un daño ambiental, se le puede exigir al vendedor repararlo, etc.

El segundo propósito es importante pues permite a ambas partes tener clara su exposición legal y el riesgo asumido al llevar a cabo la transacción, y; a) no garantizar más de aquello que están dispuestas a garantizar (en el caso del vendedor); o b) no comprar sin que se les garantice lo necesario según el riesgo que están dispuestos a asumir (en el caso del comprador).

---

52 Pear, Alison. Op Cit. pp 2.

El tercer propósito es importante pues permite que, ante el descubrimiento de contingencias, las partes propongan soluciones alternativas y creativas para que pueda seguir adelante el negocio, apoyándose en la asesoría de sus abogados. Puede ser que si existe una contingencia, por ejemplo, las partes opten por dejar una cierta cantidad de dinero en fideicomiso mientras se cumple el plazo de prescripción de esta, con miras a cubrirla y garantizarla. Todas estas soluciones, propuestas usualmente por los asesores de las partes, son generadas a partir del proceso, evidenciando más su importancia.

Respecto a los efectos, debemos subrayar lo siguiente: por no existir normativa de aplicación directa respecto a los *due diligence*, más allá de lo referente a la buena fe y los deberes de suministrar informaciones precontractuales, su contenido y resultados no son más que evidencia o “insumos probatorios” para determinar qué información tenía cada una de las partes al momento de celebrarse un contrato. Esta evidencia puede ser incorporada al contrato como anexo, caso en el cual tendrá los mismos efectos que una cláusula contractual, o puede no serlo, sin dejar por ello de tener el carácter probatorio que mencionamos.

Es así como esta evidencia, en conjunto con las representaciones y garantías que se hayan dado las partes en el texto contractual, así como las normas relativas a información que hemos citado en el tercer apartado de este trabajo, ayudan a analizar y determinar la existencia de vicios ocultos, errores, dolo y otros elementos que pueden incidir en el

objeto contractual, la finalidad del contrato y la voluntad de las partes de celebrar el acuerdo. Todo lo anterior, por supuesto, referido a la etapa posterior a su celebración, si surge o se conoce de forma sobreviniente una patología respecto al acuerdo que haga entrar a las partes en conflicto.

Aunque este efecto probatorio resulte más evidente, es tal vez incluso más importante el efecto preventivo del *due diligence*, que consiste en que las partes pueden utilizar el proceso para analizar si les resulta o no conveniente celebrar el contrato proyectado en los términos y condiciones previstos, así como determinar cuales son las representaciones y garantías que deben exigir de la otra como condición sine qua non para su celebración.

Finalmente, cabe decir que el *due diligence* es una institución en desarrollo, que se depura y refina cada vez más con el pasar de los años. Su estudio, considero, no es suficientemente profundo, especialmente en el caso de los países que practican el derecho civil. Es verdaderamente poca la bibliografía y doctrina que se ha dedicado a abordar el tema y sus vicisitudes, y prácticamente toda proviene de los Estados Unidos, el Reino Unido y Sudáfrica. Es por esto que conviene llevar a cabo análisis más profundos aún que los que hemos podido abordar en estas páginas, de la institución y de su naturaleza jurídica. Ello nos permitirá determinar y descubrir las formas más adecuadas de emplear esta herramienta, cada vez más importante en las transacciones comerciales en el ámbito nacional e internacional.

## **Bibliografía**

Brebbia, Roberto H. *Responsabilidad Precontractual*. Ediciones La Rocca. Buenos Aires, 1987.

Burgos, Richard. *Due Diligence in Leasing*. Mondaq Business Briefing. Enero 2012. Disponible en <http://mondaq-business.vlex.com/vid/due-diligence-in-leasing-382211146>. Consultado el día 2 de junio de 2013.

Cebriá, Luis Hernando. *La revisión legal (legal Due Diligence) en el derecho mercantil*. Esitorial Comares. Granada, 2008.

Fondevilla Roca, Eduardo. *Fusiones y adquisiciones como instrumentos estratégicos del empresario. Segunda parte*. Cedecs Editorial, 1997. Tomado de <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/source/fusion-adquisicion-instrumentos-estrategicos-empresario-351> el día 5 de junio de 2013.

George Mason University Law Library. *What Information is Included in a Due Diligence Report?* Consultado en [http://www.law.gmu.edu/assets/files/library/lrwa/DueDiligence\\_Handout.pdf](http://www.law.gmu.edu/assets/files/library/lrwa/DueDiligence_Handout.pdf) el día 28 de mayo de 2013.

Gómez Calle, Esther. *Los deberes precontractuales de información*. Distribuciones de la Ley. Madrid, 1994.

Hankins, Jeff. *Due Diligence*. Arkansas business 27.49 13. Diciembre de 2010: 7.

Kub nek, Martin. *Typical Legal Issues Encountered in Real Estate Due Diligence*. Mondaq Business Briefing. Enero 2011. Tomado de <http://mondaq-business.vlex.com/vid/issues-encountered-estate-due-diligence-253533054> el día 3 de junio de 2013.

Marthur, Charu. *Legal Due Diligence*. Mondaq Business Briefing. Junio 2002. Disponible en <http://vlex.com/vid/legal-due-diligence-53001417> . Consultado el 6 de junio de 2013.

O'Connor, Maura B. *Due Diligence in Real Estate Transactions*. Mondaq Business Briefing. Mayo 2003. Disponible en <http://vlex.com/vid/due-diligence-real-estate-transactions-54590008>. Consultado el 6 de junio de 2013.

Pear, Alison. *Performance of Due Diligence in Transactions*. Mondaq Business Briefing. Tomado de <http://law-articles.vlex.com/vid/performance-diligence-transactions-216183291> el día 5 de junio de 2013.

Simmel, Sergiu S. *What is in a Technical Due Diligence Report?* The Mercator Monitor, 19 de noviembre de 2002. Consultado en [http://www.imakenews.com/mercator/e\\_article000107829.cfm](http://www.imakenews.com/mercator/e_article000107829.cfm) el día 28 de mayo de 2013.

Walker, Jon. *Environmental Due Diligence*. Risk Management Volumen 55 número 7. New York, julio de 2008. Consultado en <http://law-journals-books.vlex.com/vid/environmental-due-diligence-65182280> el día 7 de junio de 2013.