



UNIVERSIDAD DE CHILE
Facultad de Derecho
Departamento de Derecho Privado

PRINCIPIOS Y TECNICAS DE REDACCION DE CONTRATOS

Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la
Universidad de Chile.

Nombre de la Alumna
Javiera Paz Salamanca García

Profesor Guía
Ricardo Reveco Urzua

Santiago, Chile
2012

Tabla de Contenidos

Introducción.....	1
Capítulo I.....	4
La Estructura de un Contrato.....	4
I. Apertura del Contrato.....	4
a. Título.....	4
b. Comparecencia.....	4
i. Referencia al tipo de contrato.....	5
ii. Fecha.....	6
iii. Identificación de las partes.....	6
iv. Partes con roles limitados.....	7
v. Información adicional relativa a las partes.....	8
vi. Definición de términos.....	8
vii. Términos para definir a las partes colectivamente.....	9
c. Antecedentes.....	9
II. Definiciones.....	10
III. Cláusulas Operativas.....	12
IV. Declaraciones y Garantías.....	13
a. Categorías de declaraciones.....	16
i. Declaraciones sobre el contrato.....	16
ii. Declaraciones sobre el objeto del contrato.....	17
iii. Declaraciones sobre las partes.....	18
b. Excepciones.....	18
c. Reiteración de declaraciones.....	19
V. Covenants.....	20
a. Excepciones.....	21
b. <i>Baskets</i> y <i>carveouts</i>	22
VI. Condiciones precedentes.....	22
a. Condiciones como salida.....	23
b. Condiciones comunes (<i>common conditions</i>).....	24
i. Ningún incumplimiento.....	24
ii. Reiteración de declaraciones y garantías.....	25

iii.	Certificados de vigencia.	25
iv.	Autorizaciones corporativas.	25
v.	Certificados de firmas.	25
vi.	Autorizaciones gubernamentales.	26
vii.	Consentimiento de terceros.	26
viii.	Opiniones legales.	26
VII.	Remedios.	27
a.	Resolución.	29
b.	Término anticipado.	30
c.	Suspensión.	32
d.	Aceleración.	34
e.	Indemnización.	36
VIII.	Boilerplate.	39
Capítulo II	40
Principios y Técnicas de Redacción de Contratos	40
I.	Principios.	40
a.	Precisión.	40
b.	Simpleza.	41
c.	Consistencia.	42
d.	Claridad.	43
II.	Fuentes de incertidumbre en el lenguaje contractual.	43
a.	Ambigüedad.	43
b.	Generalizaciones excesivas.	44
c.	Inconsistencias.	44
d.	Redundancia.	44
e.	Conflicto.	45
f.	Vaguedad.	45
III.	Técnicas de Redacción.	45
a.	Técnicas de redacción utilizadas para flexibilizar cláusulas contractuales.	46
i.	Material, materialmente, efecto y cambio material adverso (<i>Materiality/Material adverse effect/Material adverse change</i>).....	46
ii.	Esfuerzos razonables (<i>best/reasonable efforts</i>).	49
iii.	Razonabilidad (<i>resonableness</i>).	52

iv.	A su mejor saber y entender (<i>to the best of its knowledge</i>).	53
v.	Substancialmente en la forma indicada (<i>substantially in the form of</i>).	53
vi.	En la medida permitida por la ley (<i>to the extent permitted by law</i>).	54
vii.	Prontitud (<i>promptly</i>).....	55
viii.	En forma y substancia a satisfacción (<i>in form and substance satisfactory</i>). .	55
ix.	Sustancialmente todo o parte (<i>substantially all/substantially portion</i>).	56
x.	En el curso ordinario de los negocios (<i>in the ordinary course of business</i>). .	56
xi.	Consistente con prácticas pasadas (<i>consistent with past practice</i>).	56
xii.	En términos no más estrictos (<i>not more restrictive</i>).	57
b.	Técnicas de redacción utilizadas para determinar la prelación de cláusulas.	57
i.	Salvedades (<i>provisos</i>).....	57
ii.	No obstante cualquier disposición en contrario (<i>notwithstanding anything to the contrary</i>)......	58
iii.	Salvo disposición en contrario (<i>except as otherwise provided</i>)......	59
iv.	Inconsistencias entre distintos acuerdos.....	59
c.	Técnicas de redacción aplicables a los términos de contabilidad y medición.	60
i.	Fórmulas.....	60
ii.	Indicación de cantidades de dinero.	61
iii.	Sobre una base consolidada (<i>on a consolidated basis</i>).	62
iv.	Principios de contabilidad generalmente aceptados.....	63
d.	Técnicas de redacción aplicables a los términos de inclusión y exclusión.....	63
i.	Mantener la consistencia.	64
ii.	Exclusiones específicas. Excepciones innecesarias.	64
iii.	Incluyendo, sin limitación (<i>including without limitation</i>).	65
iv.	Incorporación de cláusulas por referencia.	65
	Capítulo III	66
	La Estructura del Contrato en Detalle.....	66
I.	Disposiciones del Contrato de Crédito.	66
a.	Declaraciones y Garantías.	67
i.	Estados financieros.	67
ii.	Proyecciones.....	68
iii.	Cambio material adverso.....	69

iv.	Litigios.	69
v.	Conformidad con la ley.	70
vi.	Pago de impuestos.....	70
vii.	<i>Disclosure</i>	71
viii.	Otras declaraciones.	71
b.	Obligaciones de Hacer.	72
i.	Entrega de información.	72
ii.	Libros y registros.	73
iii.	Inspecciones.....	73
iv.	Conformidad con la ley.	74
v.	Seguros.	74
vi.	Pago de Impuestos.	75
vii.	Existencia corporativa.	76
viii.	Pago de créditos.	76
c.	Obligaciones de No Hacer.....	77
i.	Contratación de nueva deuda.....	77
ii.	Constitución de gravámenes.....	78
iii.	Venta de activos.....	80
iv.	Pago de dividendos.	80
v.	Nuevas inversiones.	81
vi.	Transacciones con entidades relacionadas.	82
vii.	Modificación de instrumentos.	83
d.	Obligaciones Financieras.	84
i.	EBITDA mínimo.	84
ii.	Índice de endeudamiento máximo.	84
iii.	Razón de cobertura de intereses mínima.	85
iv.	Razón de deuda financiera neta.	85
v.	Razón de cobertura de cargo fijo.	85
vi.	<i>Leverage ratio</i>	85
e.	Causales de Incumplimiento.....	86
II.	Disposiciones del Contrato de Compraventa de Activos.	87

a.	Declaraciones y Garantías.....	88
i.	Existencia y poder.....	89
ii.	Autorizaciones.....	90
iii.	Estados financieros.....	91
iv.	Cambio material adverso.....	92
v.	Libros y registros.....	92
vi.	Propiedad.....	92
vii.	Capital y acciones.....	93
viii.	Litigios.....	94
ix.	Otras declaraciones y garantías.....	94
b.	Covenants.....	95
i.	Operaciones provisionales del vendedor.....	96
ii.	Acciones relativas al cierre.....	96
iii.	Notificación de determinadas materias.....	97
c.	Condiciones precedentes.....	98
i.	Pago y transferencia de activos.....	100
ii.	Impedimentos legales.....	100
iii.	Litigios.....	101
iv.	Declaraciones y garantías.....	101
v.	Cumplimiento de obligaciones.....	102
vi.	Certificado del gerente general u otros ejecutivos principales.....	102
vii.	Financiamiento.....	103
viii.	Opinión legal.....	103
d.	Remedios.....	104
i.	Resolución.....	104
ii.	Indemnización.....	105
Capítulo IV	107
Cláusulas <i>Boilerplate</i>	107
I.	Acuerdo Completo (<i>Entire Agreement</i>).....	108
II.	Cesión de Derechos (<i>Assignment of Rights</i>).....	109
III.	Resolución de Controversias (<i>Dispute Resolution/Arbitration</i>).....	111
IV.	Fuerza Mayor (<i>Force Majeure</i>).....	115

V.	Confidencialidad (<i>Confidentiality</i>)	118
VI.	Costos de la Transacción (<i>Transaction Costs</i>)	121
VII.	Notificaciones y Comunicaciones entre las Partes (<i>Notices</i>)	122
VIII.	Modificación y Renuncia (<i>Amendment and Waiver</i>)	124
IX.	Nulidad Parcial (<i>Severability</i>)	127
X.	Elección de Ley (<i>Governing Law</i>)	129
	Conclusiones	130
	Bibliografía	132

Resumen

La redacción de contratos internacionales comerciales complejos no es materia de estudio de la doctrina nacional, en consecuencia, no existen en Chile textos relacionados con la misma. El presente trabajo analiza los distintos elementos que configuran la estructura de un acuerdo, la función y propósito de cada disposición dentro de un contrato y las variaciones que éstas pueden revestir en atención a la voluntad y objetivos de los contratantes. Asimismo, sistematiza los principios aplicables a la redacción de contratos en general; y las técnicas de redacción y herramientas de lenguaje utilizadas en la práctica anglosajona para ilustrar efectivamente el acuerdo alcanzado por las partes.

Introducción

Los contratos son actos jurídicos bilaterales o convenciones que crean derechos y obligaciones de corto o largo término entre quienes los suscriben; en ellos la voluntad de las partes actúa como fuente de la obligación y como medida de la misma, siendo la voluntad de las partes, debidamente manifestada, la encargada de fijar el contenido de la obligación, su alcance y extensión. Sin embargo, situar la comprensión del contrato sobre el dogma de la autonomía de la voluntad, ya no responde a las necesidades del tráfico comercial¹, lo que hace necesario complementar la concepción del contrato como fuente de obligaciones, sustentado en el principio de la autonomía de la voluntad; con la concepción del contrato que tienen los operadores económicos, para quienes el contrato sirve un propósito real y práctico, constituyendo el instrumento a través de cual éstos sujetos regulan sus relaciones jurídico económicas, con el objeto de conseguir fines específicos². Desde esta perspectiva pragmática, los contratos comerciales complejos reconocen en sí mismos obligaciones primordiales, dirigidas a satisfacer los intereses de las partes; así como deberes secundarios de conducta, que constituyen obligaciones funcionales destinadas a facilitar el cumplimiento de las primordiales³. Como consecuencia, los roles tradicionales de las partes como deudor y acreedor, se van adquiriendo dependiendo de la obligación primordial o secundaria de que se trate, en un intercambio continuo de roles⁴. La complejidad que el escenario comercial actual introduce en la redacción del contrato justifica, por una parte, la necesidad de estructurar al contrato de una manera específica, consensuada por el tráfico comercial internacional y dirigida a presentar el contenido del acuerdo de forma coherente y lógica permitiendo una fácil aplicación e interpretación del mismo; y por la otra, la utilización de formas especiales de lenguaje jurídico a lo largo de sus disposiciones, lenguaje que debe ser lo más claro y preciso posible, para regular

¹ Cfr. PRADO López, Pamela. ¿Es aplicable en Chile la Concepción de Contrato Adoptada por el Nuevo Derecho? En: Estudios de Derecho Civil VII (Viña del Mar, 2011) Universidad Adolfo Ibañez. pág. 307-324.

² Cfr. PRADO López, Pamela. ¿Es aplicable en Chile la Concepción de Contrato Adoptada por el Nuevo Derecho? ob. cit. pág. 307-324.

³ Cfr. PRADO López, Pamela. ¿Es aplicable en Chile la Concepción de Contrato Adoptada por el Nuevo Derecho? ob. cit. pág. 307-324.

⁴ Cfr. PRADO López, Pamela. ¿Es aplicable en Chile la Concepción de Contrato Adoptada por el Nuevo Derecho? ob. cit. pág. 307-324.

eficazmente todos los aspectos relevantes previsible de la relación jurídico económica que el acuerdo crea entre los contratantes, evitando que éste pueda ser interpretado de forma diferente a aquella que refleja de manera fiel lo acordado por las partes al momento de su celebración. Esta estructura y lenguaje difieren del utilizado en la redacción de contratos nominados simples con roles bien definidos por el nivel de detalle que incorpora a la transacción; como asimismo, a la estructura y lenguaje utilizados en la redacción de escritos judiciales e informes en derecho, destinados a persuadir al órgano competente o a subsumir determinados hechos a los preceptos de alguna norma o conjunto de normas en específico.

En las escuelas de derecho se enseña, por lo general, algo sobre la redacción de escritos judiciales o de informes de derecho, y muy poco sobre cómo estructurar y redactar un contrato comercial complejo de manera correcta; o sobre qué cláusulas deben incorporarse en todo tipo de acuerdo por regular materias de gran aplicación práctica, instrumentales o que sirvan a su administración e interpretación, más allá de aquellas contempladas estrictamente en la ley. No existe en Chile un manual sobre la correcta estructuración y redacción de contratos comerciales complejos que sea de general aplicación, que contenga los elementos básicos en que se divide la estructura de todo contrato y las cláusulas que deben incluirse en el mismo para representar y plasmar de manera eficiente, precisa y clara lo acordado por las partes.

A través de la investigación teórica y práctica intentaré definir: (i) cuáles son los principios básicos sobre los que debe redactarse cualquier contrato; (ii) qué técnicas de redacción se aplican para otorgar claridad al acuerdo; (iii) qué cláusulas deben incorporarse en todo tipo de contrato, además de aquellas que contienen provisiones relativas a la operatividad del mismo; (iv) en qué lugar específico del contrato debe ubicarse cada una de éstas disposiciones, para asegurar una presentación lógica y coherente del acuerdo alcanzado por los contratantes; y (v) cuál es la función que cada una de éstas disposiciones cumple dentro del contrato. Para efectos de lo anterior, utilizaré dos transacciones comunes, un contrato de crédito bancario y un contrato de compraventa de activos, que servirán para demostrar la forma en que debe estructurarse cada uno de éstos contratos y los fines específicos que las distintas disposiciones de los mismos están dirigidas a obtener.

Para efectos de lo anterior utilizaré, principalmente, literatura especializada en el proceso de redacción, negociación e interpretación de contratos escrita por autores extranjeros, del año 2003 a la fecha; quienes han desarrollado la materia en consideración a que el inglés es el idioma predominante en el mundo de los negocios; y que, por tanto, se utiliza en la mayoría de los contratos comerciales internacionales complejos. Para asimilar la estructura, principios y técnicas de redacción de contratos anglosajona al derecho nacional utilizare legislación, doctrina nacional y estudios de derecho civil, encargados de presentar nuevas tendencias, ideas y de integrar conceptos e instituciones propias de nuestro derecho al tráfico comercial y derecho contractual moderno.

Capítulo I

La Estructura de un Contrato.

El presente capítulo tiene por objeto sistematizar los distintos elementos y disposiciones que componen la estructura base de todo contrato comercial complejo, otorgando información relativa a su función, objetivos y aspectos formales.

I. Apertura del Contrato.

a. Título.

Todo contrato comienza por un título que se encuentra centrado en la parte superior de la primera página del acuerdo, salvo que este tenga una portada o índice que lo antecedan. El título se escribe completamente en letras mayúsculas en negrita, sin que sea necesario enfatizarlo utilizando algún otro mecanismo. Este debe limitarse a indicar el tipo de acuerdo suscrito, sin hacer referencia a sus partes⁵.

b. Comparecencia.

El título es seguido por la comparecencia de las partes, que además de identificar a cada una de éstas, indica la fecha de celebración del contrato y reitera la clase de acuerdo de que se trata. La comparecencia, por lo general, requiere de solo un párrafo, pero en caso que sean más de tres las partes que concurren a la

⁵ Cfr. ADAMS, Kenneth A. The Front of the Contract. En su: A Manual of Style for Contract Drafting. 2º ed. Chicago, American Bar Association, 2008. pp.1-26.

celebración del acuerdo, es conveniente numerarlas y dividir la comparecencia a través del uso de tabulaciones. En general, los aspectos formales y la división que se aplique a la comparecencia dependerá de la naturaleza del contrato, del número de partes involucradas en él y de los usos de éstas y de sus abogados. Así, por ejemplo, en Inglaterra y otros países del *common wealth* la identificación de cada parte se encuentra separada por tabulaciones. Esto no solo hace más extensa la comparecencia, también puede contribuir a simplificar la lectura del contrato, dependiendo del número de partes que lo suscriban⁶.

A continuación analizaré los distintos elementos que componen la comparecencia de un contrato, así como las distintas formas que puede revestir la misma, en atención al número de partes y a los roles que éstas desempeñen en el acuerdo.

i. Referencia al tipo de contrato.

La comparecencia debería comenzar o terminar haciendo referencia al tipo de acuerdo suscrito, si bien éste se encuentra en el título, es conveniente indicarlo también en el inicio del contrato. La indicación del tipo de acuerdo al comienzo de la comparecencia, común en el derecho anglosajón, se incluye en el contrato a través de una frase del siguiente tenor: “El presente contrato de compraventa de acciones, suscrito entre A y B...”. La referencia al tipo de acuerdo incluida al final de la comparecencia es la comúnmente utilizada en Chile, sobre todo si el contrato se otorga por escritura pública; y se incorpora al contrato mediante una oración como la siguiente: “los comparecientes exponen que han convenido en celebrar un contrato de crédito (el “**Contrato de Crédito**”), que consta de las siguientes cláusulas.”

⁶ Cfr. ADAMS, Kenneth A. *The Front of the Contract*. Ob. cit. pp. 1-26.

ii. Fecha.

Existen dos formas a través de las cuales es posible fechar un contrato: (i) la fecha puede incluirse en la comparecencia del contrato a través de una frase del siguiente tenor: “El presente contrato de compraventa de acciones de fecha 21 de enero de 2012”; o “En Santiago, a 21 de enero de 2012, comparecen, por una parte A, y por la otra B”; y (ii) solicitando a cada parte que, junto a su firma, indique la fecha en que concurrió a la celebración del acuerdo, en este caso, deberá indicarse dentro del cuerpo del contrato que su fecha corresponde a aquella en que fue suscrito por las partes. Si por cualquier causa, una de las partes suscribió el contrato con anticipación a la otra, la fecha del contrato corresponderá a aquella en que fue firmado por la última de éstas⁷. Esta segunda forma de fechar los contratos es utilizada en el derecho anglosajón; siendo en Chile más común fechar los contratos en la comparecencia.

iii. Identificación de las partes.

En la comparecencia debe identificarse a cada individuo o entidad que forme parte del contrato. Si el contrato es otorgado por escritura privada basta con individualizar a las partes, primero a través de su nombre completo en letras mayúsculas y en negritas, lo que en la identificación de las personas jurídicas implica identificarlas por el nombre bajo el cual se encuentren registradas o inscritas en el registro que corresponda, indicando también el tipo de entidad de que se trate. Así, por ejemplo, una sociedad anónima debe individualizarse por medio del nombre bajo el cual se encuentra inscrita en el Registro de Comercio del Conservador de Bienes Raíces correspondiente, indicando el hecho de tratarse de una sociedad anónima. Lo mismo ocurrirá con una sociedad por acciones o de responsabilidad limitada. Luego deberá indicarse el rol único tributario tratándose de personas jurídicas o el número de la cédula

⁷ Cfr. ADAMS, Kenneth A. *The Front of the Contract*. Ob. cit. pp. 1-26

nacional de identidad si se individualizan personas naturales. A continuación debe indicarse el domicilio de cada parte.

En caso que el contrato se otorgue por escritura pública, se aplicará a la individualización de las partes la norma establecida en el artículo 405 del Código Orgánico de Tribunales que requiere la indicación de: (i) el nombre de los comparecientes, (ii) su nacionalidad, (iii) estado civil, (iv) profesión, (v) domicilio y (vi) cédula de identidad. Los extranjeros y chilenos radicados en el exterior podrán acreditar su identidad con el pasaporte o documento de identificación con el que ingresaron al país.

Cabe destacar que la forma de identificar a las partes varía dependiendo de la nacionalidad de éstas y del país en que se otorgue el contrato. Así, en acuerdos suscritos con partes, por ejemplo, de Estados Unidos de América bastará con identificar a éstas, si son personas naturales, por su nombre, apellido y domicilio; y si son personas jurídicas, por su nombre, tipo de entidad y el estado en que se encuentran registrados o incorporados sus estatutos⁸. Lo anterior, salvo que el acuerdo se otorgue por escritura pública en Chile, donde se estará a lo indicado con anterioridad.

iv. Partes con roles limitados.

Existe la posibilidad de que una de las partes comparecientes lo haga solo con respecto a determinadas cláusulas para servir algún fin específico y determinado como, por ejemplo, el acreedor que comparece autorizando la venta de bienes en cuyo beneficio se ha trabado un embargo, quien comparecerá solo en la cláusula relativa a la venta consintiendo en ella, pero no asumirá ninguna de las otras obligaciones que puedan estipular las partes en el resto del acuerdo. En este caso es

⁸ Cfr. ADAMS, Kenneth A. *The Front of the Contract*. Ob. cit. pp. 1-26.

conveniente indicar en la comparecencia, luego de la individualización de dicha parte, que ésta comparece “con el solo propósito de...” o “para efectos de...”, hecho que debe señalarse también en el pie de firma de dicha persona o del representante de la entidad, según corresponda⁹.

v. Información adicional relativa a las partes.

Si alguna de las partes comparece en representación de uno o más individuos o entidades, debe dejarse constancia de esto en el contrato. Indicando, luego de su individualización, el hecho de que dicha parte representa a algún individuo o entidad, individualizando a continuación a su representado.

vi. Definición de términos.

Luego de la individualización de cada parte es conveniente definir un término a través del cual referirse a ella a lo largo del contrato. El término definido debe escribirse en mayúscula, entre paréntesis y comillas en negritas; y situarse inmediatamente después del nombre de la organización y del tipo de entidad que se define. No es necesario utilizar una frase para indicar que dicho término definido se utilizará en lo sucesivo e indistintamente en referencias posteriores a dicha parte.

Al momento de elegir la definición de un término para referirse a alguna de las partes, existe la posibilidad de elegir entre (i) basarse en el nombre de la parte o (ii) utilizar un sustantivo común. En este último caso existe también la posibilidad de elegir un término relacionado con el tipo de entidad de que se trate, por ejemplo, la “**Sociedad**” o la “**Compañía**”; o relacionado con el rol que dicha parte tiene en el contrato, por ejemplo, el “**Vendedor**” o el “**Empleador**”. Por lo general, basar el término definido en el nombre de la parte a la que se refiere hará

⁹ Cfr. ADAMS, Kenneth A. The Front of the Contract. Ob. cit. pp. 1-26.

que el contrato sea más fácil de leer, pero utilizar un sustantivo común para definir a alguna o todas las partes del contrato resulta más práctico especialmente en los siguientes casos: (i) si las partes tienen roles tradicionales claramente definidos como, por ejemplo, “**Arrendador**” y “**Arrendatario**”; (ii) cuando el contrato se refiera a una sola entidad, por ejemplo, en el caso de un contrato social; (iii) cuando la identidad de la persona que concurra por una o ambas partes a la firma del acuerdo sea desconocida; y (iv) cuando el contrato de que se trate este pensado para ser suscrito en términos idénticos en repetidas ocasiones por la misma parte. Lo que ocurre, por ejemplo, con un contrato de licencia de software, en el cual el licenciataria cambiará en cada transacción, pero se mantendrá fijo el licenciante, quien se definiría por medio de un término basado en su nombre¹⁰.

vii. Términos para definir a las partes colectivamente.

En los contratos en que comparezcan dos individuos o entidades conformando una sola parte corresponde, luego de individualizar a cada uno de dichos individuos o entidades, proceder a definirlos colectivamente, para lo cual se aplica lo indicado anteriormente con respecto a los términos definidos para las referencias a las partes. Así, si dos o más individuos o entidades comparecen por la parte vendedora, estos pueden definirse en conjunto como los “**Vendedores**”, si estos individuos o entidades constituyen en sí entidades o partes relacionadas, podrían también identificarse por un término basado en el nombre del grupo o matriz a que pertenecen.

c. Antecedentes.

En la mayoría de los contratos comerciales complejos el título y la comparecencia de las partes son seguidos por los antecedentes del mismo. Estos

¹⁰ Cfr. ADAMS, Kenneth A. *The Front of the Contract*. Ob. cit. pp. 1-26

contienen información de fondo sobre la celebración del contrato y su propósito es meramente descriptivo. Sirven principalmente para establecer dentro del contrato cuál es la intención de las partes en celebrarlo y que factores han determinado su consentimiento. Por esta razón, en ellos nunca deben indicarse las obligaciones de las partes, ni incluir provisiones sobre la substancia del acuerdo, por el contrario, si la veracidad de algún aspecto de los antecedentes del contrato resulta ser fundamental para alguna de las partes, ésta puede solicitar a su contraparte otorgarlo como una declaración y garantía, según se verá en el número III del presente capítulo.

En general, se distinguen tres tipos de antecedentes: (i) antecedentes sobre el contexto del contrato; (ii) antecedentes sobre el propósito del contrato; y (iii) antecedentes sobre transacciones simultáneas. Los antecedentes sobre el contexto del contrato describen las circunstancias que han sido determinantes para que las partes presten su consentimiento y, por tanto, suscriban el acuerdo. Por lo general, describen el giro de los negocios de cada una de las partes o las transacciones y acuerdos previos que estas han suscrito y que han servido de base para el contrato. Los antecedentes sobre el propósito del contrato indican de manera breve y en términos generales lo que las partes desean obtener a través de la suscripción del acuerdo; y los antecedentes sobre transacciones simultáneas se aplican en caso que el contrato que se está redactando forme parte una serie de otros actos jurídicos que se ejecuten o celebren simultánea o sucesivamente, conformando todos una misma transacción o negocio. Estos últimos se utilizan para describir los otros elementos de la transacción que se encuentran en desarrollo de manera coetánea con la suscripción del acuerdo¹¹.

II. Definiciones.

La definición de términos importantes utilizados bajo el contrato es la principal forma de aplicar el principio de precisión, analizado en el capítulo siguiente, a la redacción de un acuerdo;

¹¹ Cfr. ADAMS, Kenneth A. *The Front of the Contract*. Ob. cit. pp. 1-26.

ya que definir un término es trabajo de todas las partes involucradas en la transacción e indica que efectivamente se ha llevado a palabras aquello que las partes han acordado. Adicionalmente, el uso de términos definidos contribuye a la consistencia del acuerdo y reduce las repeticiones innecesarias¹².

Las definiciones aíslan conceptos que se utilizan en repetidas ocasiones a lo largo del contrato y aseguran que en cada uso éste mantendrá su significado. De esta forma, facilitan el trabajo de redacción del acuerdo; ya que utilizar términos definidos durante la revisión y corrección de distintas secciones del contrato otorgará consistencia a sus disposiciones, evitando que se generen problemas de interpretación. Consideremos, por ejemplo, un contrato de arrendamiento, en el cual el arrendador otorga la siguiente declaración y garantía: “a esta fecha no existen servidumbres, hipotecas o prohibiciones de gravar y enajenar constituidas sobre el inmueble objeto del contrato”; más adelante en el acuerdo, a través de un *covenant* éste se compromete a “no constituir gravámenes ni derechos a favor de terceros sobre el inmueble objeto del contrato”. La inconsistencia entre estas dos disposiciones puede dar lugar a problemas de interpretación que se pueden prevenir al otorgar una definición del término gravamen como “toda carga o derecho que se constituya sobre el bien raíz objeto del contrato en favor de terceros y que limite o impida de cualquier forma el libre ejercicio de alguna de las facultades de derecho de dominio”. La que debe utilizarse a lo largo del acuerdo en referencias posteriores a la materia.

Existen dos formas de definir términos en un contrato. La primera de ellas consiste en destinar una sección del contrato a los términos definidos; y la segunda, en definir términos en el texto del acuerdo, en la medida en que éstos son utilizados. Esta última forma de incorporar las definiciones al contrato es común en contratos breves en los cuales los términos definidos son escasos. Su principal desventaja consiste en que el lector tendrá que buscar constantemente y en toda la extensión del acuerdo las definiciones que requiera para comprenderlo, restando simpleza y claridad a la lectura del acuerdo. Esto puede contrarrestarse, en cierta medida, si se subrayan los términos definidos incluidos en el cuerpo del acuerdo para destacarlos. En todo caso, los

¹² Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. En su: Working With Contracts, What Law School Doesn't Teach You. 2º ed. Practising Law Institute, Nueva York, 2008. pp.7-34.

contratos que contengan definiciones de este tipo, deben contener un cuadro que indique la sección o página en que éstas se encuentren.

En transacciones que consistan en la suscripción de uno o más acuerdos en los cuales se utilicen repetidamente los mismos términos importantes, es recomendable que las definiciones de éstos se indiquen en un anexo común a todos los contratos de la transacción. Esto asegura que los términos importantes tengan el mismo sentido en todos los acuerdos y que los cambios a las definiciones se incorporen en todos los instrumentos que corresponda¹³.

III. Cláusulas Operativas.

Las cláusulas operativas tratan los aspectos fundamentales de la transacción. Entre éstos se encuentran: (i) la materia objeto del acuerdo; (ii) las obligaciones principales de las partes; (iii) la descripción de la prestación debida o de los bienes objeto del contrato; (iv) la forma de ejecución de la prestación; (v) el precio; y (vi) su forma de pago. Estas cláusulas, por lo general, se identifican con los elementos esenciales del tipo de contrato que se suscriba, es decir, con aquellos necesarios y suficientes para su constitución.

Estas cláusulas dependen del tipo de acuerdo suscrito. Así, en caso de tratarse de un contrato nominado, por lo general, las materias relativas a las cláusulas operativas del contrato se encontrarán tratadas en la ley.

Las cláusulas operativas deben redactarse de forma precisa y clara, ya que ellas contienen el negocio, en cuanto operación económica, acordado por las partes y en muchos casos, los elementos de la esencia del contrato, que puede ser invalidado o degenerar en otro tipo de acuerdo por defectos en la redacción de éstas cláusulas. El resto de las cláusulas contractuales tienden a asegurar el cumplimiento de las disposiciones operativas; ya que éstas, a su vez, aseguran que las partes obtengan el beneficio que las indujo a contratar.

¹³ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. Op. cit. pp.7-34.

IV. Declaraciones y Garantías.

Una sección especial del contrato dedicada a las declaraciones y garantías efectuadas por las partes es común en contratos comerciales suscritos entre partes altamente especializadas y con objetivos específicos en mira. Ésta práctica contractual anglosajona se ha generalizado en el derecho nacional, especialmente en contratos de compraventa de instalaciones industriales o comerciales, de inventarios de materias primas o productos terminados; y en enajenaciones de empresas¹⁴. Las declaraciones y garantías constituyen aseveraciones sobre hechos, circunstancias e incluso cuestiones de derecho, formuladas por las partes en relación a un determinado momento, suelen referirse a la calidad y origen de la cosa vendida, a los activos, pasivos y proyecciones de una empresa objeto de un contrato de compraventa y/o a la vigencia de una sociedad, entre otras¹⁵. Su principal propósito es reflejar la situación en que se encuentran aquellos hechos determinantes o significativos relacionados con la materia sobre la cual recae la declaración en un momento determinado.

En el proceso de negociación de los contratos comerciales que incorporan declaraciones y garantías de las partes, es común que, para hacer más atractivo el acuerdo, éstas revelen información sobre sí mismas, la marcha de sus negocios, su capacidad de producir, sus estados financieros y proyecciones, entre otra información contable y sensible, que excede aquello que se encuentran obligadas por ley a revelar con respecto a posibles vicios de la cosa objeto del contrato¹⁶. Consecuencia de lo anterior, es que salgan a la luz hechos que de otra forma no se habrían revelado; ya que la parte que efectúa una declaración querrá divulgar de la forma más completa y exacta posible la información solicitada por su parte contraria para así evitar incurrir en incumplimientos¹⁷. Esto tiene por efecto extender el riesgo del contrato, introduciendo estándares de satisfacción del acreedor que exceden el resultado mismo del negocio y que se sujetan a hechos y proyecciones cuya ocurrencia no necesariamente coincidirá con la entrada en vigencia del acuerdo; ya que, como hemos dicho, las declaraciones y garantías pueden tener por objeto cuestiones de derecho, hechos o circunstancias pasadas, presentes o futuras.

¹⁴ Cfr. BARROS B., E. y ROJAS C., N. Responsabilidad por Declaraciones y Garantías Contractuales. En: Estudios de Derecho Civil V (Concepción, 2008), Universidad de Concepción. pp. 511-526.

¹⁵ Cfr. BARROS B., E. y ROJAS C., N. Responsabilidad por Declaraciones y Garantías Contractuales. ob. cit. pp. 511-526.

¹⁶ Cfr. BARROS B., E. y ROJAS C., N. Responsabilidad por Declaraciones y Garantías Contractuales. ob. cit. pp. 511-526.

¹⁷ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. Op. cit. pp.7-34.

Además, de extender el riesgo, las declaraciones y garantías cumplen un importante rol en la distribución del mismo, ya que la parte que efectúa una declaración, asume el riesgo de que la falta de veracidad y exactitud de lo declarado otorgue a su contraparte derechos o remedios bajo el contrato. Es posible que la parte declarante no maneje más información que su contraparte sobre hechos acerca de los cuales ésta solicita una declaración, como ocurriría por ejemplo, en un contrato de compraventa de los activos y bienes raíces de una empresa forestal, a cuyo vendedor se le pide efectuar una declaración del siguiente tenor: “En los bienes raíces objeto de la compraventa no han ocurrido descargas de materiales, residuos, sustancias, efluentes, emisiones, sean de carácter peligroso o no”. El vendedor en el ejemplo, puede desconocer la existencia de derrames anteriores y aún así verse obligado a declarar a su respecto. Esto tiene sentido; ya que desde el punto de vista del comprador, sería injusto que él asumiera el riesgo de la falta de diligencia del vendedor al momento de adquirir los bienes objeto del contrato¹⁸. Es entonces, mediante la declaración efectuada por el vendedor que le es asignado el riesgo por los hechos ocurridos con anterioridad a la presente compra. En este sentido, cabe destacar la creciente importancia de las declaraciones y garantías otorgadas por las partes en el derecho contractual moderno; ya que facilitan acuerdos en situaciones de asimetría de información, en la medida que la parte que emite la declaración asume los riesgos por los hechos, circunstancias o cuestiones de derecho declarados¹⁹.

Las declaraciones y garantías formuladas por la parte vendedora en un contrato de compraventa sirven un propósito adicional a los ya tratados, que dice relación con la determinación del precio de los bienes o activos objeto del contrato. Las declaraciones y garantías otorgadas por el vendedor en ésta clase de operación resguardan la veracidad y exactitud de la información otorgada por el vendedor al comprador y utilizada por éste último para determinar el valor de lo adquirido y, con ello como base, convenir el precio del contrato²⁰.

Si bien los términos declaraciones y garantías se utilizan, en conjunto y de manera análoga, existen diferencias entre ambos. Una declaración es la presentación de un hecho, realizada con el propósito de inducir a una persona a contratar. La parte que recibe una declaración, por tanto,

¹⁸ Cfr. FOX, Charles M. *Building Blocks: The Basics*. Op. cit. pp.7-34.

¹⁹ Cfr. BARROS B., E. y ROJAS C., N. *Responsabilidad por Declaraciones y Garantías Contractuales*. ob. cit. pp. 511-526.

²⁰ Cfr. ALCALDE Rodríguez, Enrique. 2008. *La Cláusula de Declaraciones y Garantías en la Venta de un Empresa: Naturaleza Jurídica y Efectos*. *Actualidad Jurídica Tomo II (17):243-256*.

puede confiar en la veracidad de lo declarado y en consideración a ello entrar en el contrato, pero la parte que efectúa la declaración no ofrece garantías con respecto a la veracidad de los hechos declarados. Así, si los hechos declarados son falsos o inexactos, configurando una *misrepresentation* en el derecho anglosajón, la parte agraviada podría alegar que su consentimiento se encuentra viciado por error o dolo. Una garantía, en cambio, otorga certeza con respecto a la veracidad de los hechos, lo que genera una obligación contractual para la parte que la efectúa. Si los hechos garantizados son falsos, la parte agraviada dispone de los remedios del acreedor ante un incumplimiento contractual.

En la práctica, las diferencias expuestas no se tienen en consideración al momento de redactar un contrato; ya que los contratos comerciales sofisticados en que se incorporan declaraciones y garantías de las partes, suelen estipular consecuencias específicas para la falta de veracidad y exactitud de éstas²¹. Lo anterior se explica ya que las declaraciones y garantías otorgadas bajo un contrato, se tienen por incorporadas al mismo, formando un elemento de la convención que integran, originando una obligación convencional más²². La estipulación relativa a las consecuencias específicas ante la falta de veracidad y exactitud de una declaración se incorpora al contrato a través de una disposición del siguiente tenor, ubicada, generalmente, al inicio o término de la sección dedicada a las declaraciones y garantías: “En este acto, la vendedora formula las declaraciones y otorga las garantías que se indican en la presente sección en exclusivo beneficio de la Compradora (las “Garantías de la Vendedora” y cualquiera de ellas una “Garantía de la Vendedora”), asumiendo a su respecto únicamente las obligaciones expresamente contenidas en el presente instrumento. Sin perjuicio que las Garantías de la Vendedora han sido consideradas por la Compradora como elemento esencial para la celebración del presente contrato, se deja constancia que el único efecto de la falsedad o inexactitud de las mismas será la obligación de indemnizar que se indica en la cláusula sexta de este contrato, sin que puedan ser invocadas o utilizadas a un fin o efecto diferente al señalado”.

²¹ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. Op. cit. pp.7-34.

²² Cfr. BARROS B., E. y ROJAS C., N. Responsabilidad por Declaraciones y Garantías Contractuales. ob. cit. pp. 511-526.

a. Categorías de declaraciones.

i. Declaraciones sobre el contrato.

Esta categoría de declaraciones se refieren a la exigibilidad del contrato. Su propósito principal es que la parte declarante asegure a su contraparte que posee la capacidad contractual y se encuentra debidamente autorizada para entrar en el contrato; que el contrato es legalmente exigible y que su suscripción no contraviene ni constituye una infracción a la ley. La parte que solicita una declaración de exigibilidad pretende asegurarse de que la otra parte no dispone de defensas técnicas en caso que el contrato sea objeto de un litigio²³. Esta categoría de declaración, en virtud de las materias a las que típicamente se refiere, relativas a la exigibilidad y eficacia del acto, impide la declaración de nulidad del acto en virtud de lo dispuesto en el artículo 1683 del Código Civil, que permite alegarla a todo aquel que tenga interés en ello, excepto por quien ha ejecutado el acto o celebrado el contrato sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba. Asimismo, en virtud de la información declarada por uno de los contratantes, impide que terceros aleguen que el contrato les resulta inoponible. En un contrato de compraventa de acciones, por ejemplo, las declaraciones de exigibilidad formuladas por el vendedor tendrían el siguiente tenor: a) “Autorizaciones: El Vendedor (i) es una sociedad domiciliada en el lugar señalado en la comparecencia, válidamente constituida y vigente de conformidad con las leyes de la República de Chile; y (ii) no requiere de otras autorizaciones societarias ni autorizaciones de algún acreedor o tercero, ni autoridades de cualquier jurisdicción o competencia, ni notificaciones previas para celebrar y cumplir el presente contrato, ni para el cumplimiento de las obligaciones estipuladas en el mismo, los cuales se encuentran dentro de sus respectivas facultades, constituyendo éste un contrato válido y

²³ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. Op. cit. pp.7-34.

obligatorio para el Vendedor.” b) “Contravenciones: El Vendedor declara que la celebración y cumplimiento del presente contrato (i) no contraviene ni constituye una infracción a sus estatutos ni a los estatutos de la Sociedad, así como tampoco constituye una infracción o incumplimiento de ninguna medida precautoria, embargo, estipulación u obligación contractual exigible a la Sociedad; y (ii) no constituye una infracción a normas legales o reglamentarias exigibles u obligatorias para la Sociedad.”

ii. Declaraciones sobre el objeto del contrato.

Esta categoría de declaraciones se refieren a la materia objeto del contrato. Estas declaraciones tienen el propósito de asegurar a una parte que obtendrá aquello que ha sido determinante o tenido en consideración por ella al momento de suscribir el acuerdo, es decir, de aquello que espera obtener de las cláusulas operativas del acuerdo. El tipo de declaración que se formule dependerá de cuál sea el objeto del contrato. Por ejemplo, en un contrato de licencia de marca comercial, el licenciante declarará ser el único y exclusivo propietario de la marca comercial objeto de la licencia; en un contrato de compraventa de bienes raíces, el vendedor declarará que el inmueble objeto del contrato no se encuentra afecto a gravámenes; en un contrato de arrendamiento de inmuebles, el arrendatario declarará que el inmueble objeto del contrato no es objeto de otros contratos de arriendo que se encuentren vigentes; en un contrato de compraventa de materiales de construcción, el vendedor declarará sobre el estado de los materiales, su calidad y capacidad de proveer las cantidades adquiridas²⁴, etc.

²⁴ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. Op. cit. pp.7-34.

iii. Declaraciones sobre las partes.

Algunos contratos requieren que las partes formulen declaraciones sobre sí mismas que van más allá de las declaraciones de exigibilidad y de las relativas a la materia objeto del contrato. Estas declaraciones son necesarias cuando hechos particulares sobre alguna de las partes son relevantes al momento de determinar la habilidad de ésta para cumplir con sus obligaciones bajo el acuerdo. Dentro de esta categoría de declaraciones, las más comunes son aquellas relativas a la condición financiera de una de las partes, presentes en la mayoría de los contratos de crédito y de financiamiento. Este tipo de declaración puede exigirse en otros tipos de contratos, como por ejemplo, en un contrato de trabajo en que se solicite al trabajador declarar que la información contenida en su currículum es verdadera y exacta²⁵; o en un contrato de agencia, en donde se pida al agente declarar sobre su posición en el mercado. Algunos ejemplos de esta categoría de declaraciones son los siguientes:

a) En un contrato de apertura de línea de financiamiento, el deudor declararía: Que su Clasificación Internacional de Riesgo, efectuada por las Clasificadoras de Riesgo, es a la fecha de celebración del contrato, la siguiente: (i) Standard & Poor's Rating Services: BBB-; (ii) Moody's: Baa3; y (iii) Fitch Ratings: BBB-. b) En un contrato de ingeniería y construcción, el contratista declararía con respecto a su experiencia y pericia que: Tanto él, como sus agentes, representantes y Subcontratistas tienen la experiencia y pericia suficiente para cumplir las obligaciones del Contratista emanadas del Contrato.

b. Excepciones.

A medida que las partes negocian las declaraciones y garantías que cada una de ellas otorgará bajo el contrato, emergerá información que será inconsistente con la declaración solicitada. Esta información debe ser revelada explícitamente e

²⁵ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. Op. cit. pp.7-34.

incorporada en el acuerdo para evitar que la falsedad o inexactitud de la declaración cause un incumplimiento o de lugar a algún otro remedio bajo el contrato. Estos hechos pueden incorporarse a las declaraciones como excepciones o como anexos al contrato, lo que dependerá en definitiva de cuantos hechos deban incluirse²⁶. Si, por ejemplo, un inmueble objeto de un contrato de compraventa se encuentra gravado por una hipoteca constituida a favor del Banco Santander, en la declaración y garantía sobre la materia objeto del contrato, relativa a que el inmueble no se encuentra sujeto a gravámenes, podrá incluirse una frase del siguiente tenor para revelar la existencia de la hipoteca en cuestión: “salvo por la hipoteca constituida en beneficio del Banco Santander, inscrita fojas 2345 número 6789 del Registro de Hipotecas y Gravámenes del Conservar de Bienes Raíces de Santiago, correspondiente al año 2001”. Lo anterior constituye una excepción que mantendrá la veracidad y exactitud de la declaración, siempre y cuando, sea ese el único gravamen constituido sobre el bien raíz en cuestión. Si los hechos que constituyen una excepción a lo declarado son numerosos y de diversa naturaleza, es conveniente incorporarlos al contrato por medio de un anexo que los enumere. A este anexo se hará referencia en la declaración correspondiente por medio de una frase del siguiente tenor: “excepto por las hipotecas y prohibiciones de gravar y enajenar, enumeradas en el anexo A de este contrato, que se entienden incorporadas al mismo.”

c. Reiteración de declaraciones.

Las declaraciones y garantías otorgadas por las partes bajo un contrato se efectúan en consideración a un momento en particular estipulado por las partes. Así, existen declaraciones relativas al pasado, que otorgan información sobre el estado de hechos ya acontecidos; declaraciones en las que se representan hechos futuros basados en proyecciones y declaraciones cuyo propósito es reflejar el estado de los hechos al momento de la entrada en vigencia del acuerdo. Es posible que durante la vigencia del contrato algunas declaraciones deban volver

²⁶ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. Op. cit. pp.7-34.

a otorgarse para afianzar la mantención del estado de hechos ya declarados y de circunstancias determinantes para la suscripción del contrato. Por lo general, una declaración deberá repetirse ante la ocurrencia de un evento significativo bajo el contrato, para garantizar que no ha habido un cambio en las circunstancias que fueron determinantes al contratar²⁷. Consideremos, por ejemplo, un contrato de crédito cuyos pagos pueden prorrogarse de acuerdo a un cronograma acordado por las partes, siempre que el deudor repita las declaraciones y garantías relativas a su condición financiera antes de prorrogar la deuda.

V. Covenants.

Los contratos suelen estipular obligaciones positivas, es decir, aquellas en el deudor se obliga a realizar una determinada acción; obligaciones negativas, aquellas en el deudor se obliga a abstenerse de realizar una acción, que de no mediar la obligación le estaría permitida; y obligaciones financieras, mediante las cuales el deudor se obliga a mantener en ciertos niveles su condición financiera o de resultados, o a abstenerse de realizar ciertas acciones a menos que dichas condiciones financieras o de resultados existan en un momento determinado. Los *covenants*, sean obligaciones positivas, negativas o financieras, tienen el propósito de asegurar a las partes que obtendrán los beneficios que esperan de las cláusulas operativas del contrato suscrito²⁸. En este trabajo, el término *covenant* hace referencia a aquellas obligaciones que asumen las partes a partir de las cláusulas generales de salvaguarda, protección y reserva de derechos, presentes en la mayoría de los contratos comerciales de alta complejidad.

Consideremos, por ejemplo un contrato de leasing, en virtud del cual una parte adquiere mobiliario de oficina, previamente seleccionado por su parte contraria, para dárselo a ésta en arriendo por un plazo de 4 años luego del cual ésta última podrá ejercer la opción de: (i) prorrogar o suscribir un nuevo contrato de arriendo; (ii) ejercer la opción de compra y adquirir los bienes pagando un precio previamente determinado; o (iii) restituir las cosas arrendadas. Las disposiciones expuestas conforman las cláusulas operativas del contrato del ejemplo, sin embargo, las partes podrán incluir otras cláusulas que darán origen a otras obligaciones. Por

²⁷ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. Op. cit. pp.7-34.

²⁸ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. Op. cit. pp.7-34.

ejemplo, las partes podrían estipular que el arrendatario: (i) mantendrá el mobiliario asegurado por un monto equivalente a su valor comercial durante toda la vigencia del contrato; (ii) lo utilizará para un propósito específico y mantendrá situado en una ubicación previamente establecida; y (iii) que otorgará al arrendador el derecho a inspeccionar los bienes objeto del contrato con cierta periodicidad²⁹. Este tipo de obligaciones están diseñadas para que las partes protejan sus intereses y obtengan el beneficio que legítimamente esperan del contrato.

a. Excepciones.

En el proceso de estipular una obligación negativa, la parte interesada en impedir que su parte contraria realice una determinada actividad tendrá interés en que dicha estipulación prohíba en términos absolutos la realización de aquello que pretende evitar. Corresponderá entonces a la otra parte proponer los cambios que le parezcan necesarios para flexibilizar la redacción de dicha estipulación, en la medida que ello le permita continuar operando su negocio, sin constantemente tener que recurrir a su contraparte solicitando su consentimiento para la realización de determinadas actividades. En la negociación de excepciones a obligaciones negativas deben considerarse la mayor cantidad de escenarios posibles, en los cuales acontezcan hechos que justifiquen la incorporación de una excepción a la prohibición para ambas partes. Debe tenerse en consideración, que estos hechos deben tener cierta relevancia, pero no ser determinantes ni significativos, ya que hechos que revisten tales calidades pueden ocasionar un efecto material adverso o un cambio material adverso, conceptos que se incorporarán al contrato con otro propósito, sentido y alcance y que serán desarrollados en el presente trabajo, en el capítulo relativo a los principios y técnicas de redacción de contratos³⁰.

²⁹ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. Op. cit. pp.7-34.

³⁰ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. Op. cit. pp.7-34.

b. *Baskets y carveouts.*

Existen dos maneras de incluir excepciones a los *covenants* estipulados en un contrato. La primera, es a través de la confección de un *basket*³¹, excepción que permite apartarse de las restricciones de la obligación hasta por una cantidad determinada. El propósito del *basket* es habilitar de forma limitada a la parte obligada para incurrir en la actividad prohibida³². El siguiente es un ejemplo de este tipo de excepción: “El deudor no podrá enajenar sus activos, salvo por un monto agregado equivalente a \$1.000.000 CLP”.

La segunda manera de incluir excepciones a obligaciones negativas es a través de *carveouts*³³ cuyo propósito es remover parte de la restricción estipulada en la obligación negativa. Si una obligación negativa se expresa de la siguiente forma: “El deudor no podrá incurrir en actividades del número 1 al 10” el *carveout* consistiría en permitirle realizar la actividad número 9³⁴. El siguiente es un ejemplo de esta forma de incluir excepciones: “El deudor no podrá enajenar sus activos, salvo por aquellos que consistan en bienes inmuebles de menos de 100 metros cuadrados de superficie”.

VI. Condiciones precedentes.

Las condiciones precedentes (*conditions precedent*) en el derecho contractual son aquellas disposiciones que especifican los hechos futuros e inciertos que deben verificarse antes que una parte se encuentre obligada a desempeñar sus obligaciones bajo el contrato o antes del cierre de la transacción objeto del mismo. Son, por tanto, condiciones suspensivas. Las condiciones precedentes otorgan a una parte la posibilidad de “salir” del contrato o de terminar algunas de sus obligaciones bajo el mismo ante la no ocurrencia de los hechos que las constituyen. Estas condiciones varían dependiendo del tipo de acuerdo suscrito, pero existen algunas estandarizadas

³¹ Término utilizado en el derecho anglosajón para referirse a: (i) una excepción a una obligación negativa, que permite la realización de hasta cierta cantidad de la actividad prohibida. Un ejemplo de la cual, en el caso de una obligación negativa de incurrir en nuevo endeudamiento, sería una excepción permitiendo contraer nuevas deudas hasta por un monto de \$5.000.000; y (ii) una cláusula en un contrato de adquisición que excluye acciones indemnizatorias por debajo de un monto determinado.

³² Cfr. FOX, Charles M. *Building Blocks: The Basics*. Op. cit. pp.7-34.

³³ Término utilizado en el derecho anglosajón para referirse a excepciones generales a obligaciones negativas.

³⁴ Cfr. FOX, Charles M. *Building Blocks: The Basics*. Op. cit. pp.7-34.

cuya aplicación es útil en diversos tipos de contratos. En la mayoría de los acuerdos, las condiciones precedentes especifican los documentos que deben otorgarse y las acciones que deben realizar las partes antes del cierre del negocio³⁵.

Por lo general, los documentos y acciones que deben verificarse en transacciones que estipulan condiciones precedentes, se otorgarán o realizarán simultáneamente con el cierre del negocio. Así, por ejemplo, en un contrato de crédito en el que se estipula como condición previa para el curso del crédito el otorgamiento de ciertas garantías en beneficio del acreedor, dichas garantías se otorgarán con la misma fecha que el contrato de crédito, lo que no ocasionará problemas. Distinta es la situación si las condiciones precedentes no pueden verificarse en forma simultánea al cierre del negocio ocasionando un cierre retardado. En este caso, las condiciones precedentes y sus términos deben negociarse con suma cautela, ya que cualquier elemento que introduzca incertidumbre, ambigüedad, subjetividad o discreción a éstas puede servir de base a una parte para alegar que la condición no ha sido satisfecha, excusándose del cumplimiento de todas o algunas de sus obligaciones bajo el contrato³⁶. Consideremos, por ejemplo, un contrato de compraventa de acciones, en el cual el comprador adquiere un 75% de las acciones de una compañía, reservándose la opción de adquirir el restante 25% ante la entrega y posterior revisión de los estados financieros individuales de la sociedad, auditados al 31 de diciembre de 2012, los cuales deben ser satisfactorios para el comprador en todo aspecto. La subjetividad introducida en esta condición deja a discreción del comprador el ejercicio de la opción de compra del resto de las acciones. Si el comprador decide no adquirir el resto de las acciones de la sociedad por un desaceleramiento en la economía, podrá valerse de los términos en que se encuentra formulada la condición para no cerrar la compra del 100% de las acciones de la sociedad en cuestión alegando que los estados financieros presentados no fueron satisfactorios.

a. Condiciones como salida.

Las condiciones precedentes suelen ser negociadas con vehemencia, ya que otorgan a una o ambas partes la posibilidad de salir del negocio. Cada parte querrá minimizar el número de condiciones que debe satisfacer; y a la vez,

³⁵ Cfr. FOX, Charles M. *Building Blocks: The Basics*. Op. cit. pp.7-34.

³⁶ Cfr. FOX, Charles M. *Building Blocks: The Basics*. Op. cit. pp.7-34.

imponer a su contraparte el cumplimiento de condiciones que satisfagan sus inquietudes sobre los aspectos legales y económicos del acuerdo³⁷.

A pesar que las partes pueden terminar el acuerdo si no se han verificado las condiciones precedentes estipuladas para el cierre; esta opción es renunciada frecuentemente, ya que el incumplimiento de condiciones precedentes por una parte otorga a la otra la posibilidad de renegociar los términos del acuerdo, obteniendo mayores beneficios, como rebajas en el precio, mayores tasas de interés, etc³⁸.

b. Condiciones comunes (*common conditions*).

Como he indicado anteriormente, las condiciones precedentes que estipulen las partes dependerán en gran medida del tipo de contrato y de sus propias inquietudes. Existen, sin embargo, condiciones precedentes que tradicionalmente se incluyen en ciertas transacciones. Dentro de las más comunes se encuentran las siguientes:

i. Ningún incumplimiento.

Esta condición es una aplicación del principio de la mora purga la mora. Si una de las partes ha incumplido sus obligaciones bajo el contrato o si algunas de sus declaraciones resulta falsa o inexacta, la parte cumplidora o llana a cumplir podrá excusarse de ejecutar sus obligaciones bajo el contrato o incluso poner término al mismo. Esta condición puede extenderse al incumplimiento de otros contratos o de algunas de sus cláusulas generando un *cross default*³⁹.

³⁷ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. Op. cit. pp.7-34.

³⁸ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. Op. cit. pp.7-34.

³⁹ Disposición contractual a través de la cual se estipula que el incumplimiento de una parte bajo otro contrato, distinto de aquel a que se incorpora la disposición, acarrea un incumplimiento bajo el contrato.

ii. Reiteración de declaraciones y garantías.

Bajo esta condición, las declaraciones y garantías otorgadas por las partes al momento de suscribir el acuerdo deben reiterarse para ejercer alguna opción bajo el contrato, o antes del cierre del negocio.

iii. Certificados de vigencia.

Es común que las personas jurídicas deban exhibir certificados que acrediten su existencia, validez y vigencia. Esto se hace a través de la entrega de certificados, resoluciones o copias de su inscripción, según corresponda al tipo de entidad, y de copias de sus estatutos, acta de constitución, etc.

iv. Autorizaciones corporativas.

Algunas acciones requiere de la autorización de distintos órganos de la entidad que las realiza, por ejemplo, de conformidad con lo establecido en el artículo 57 número 5) de la ley 18.046 se requiere el acuerdo de la junta extraordinaria de accionistas para el otorgamiento de garantías reales o personales para caucionar obligaciones de terceros. Éstas y otras autorizaciones deben exhibirse como condición precedente para acreditar la aprobación de las transacciones comprendidas en el contrato y, por tanto, su exigibilidad.

v. Certificados de firmas.

Este tipo de certificados, generalmente se solicitan, para dejar constancia de la autenticidad de las firmas y de otra información relevante bajo el contrato. En Chile, es común solicitar al gerente general de una compañía que certifique, por ejemplo, quienes son los directores y accionistas de dicha entidad; así como el número de

acciones en que se encuentra dividido el capital social; entre otra información relevante.

vi. Autorizaciones gubernamentales.

Si la ejecución de la transacción requiere la obtención de un permiso, certificado u otro tipo de autorización gubernamental, la obtención de ésta será condición previa para el cierre del negocio, ya que las partes no querrán obligarse a ejecutar un negocio imposible de concretar.

vii. Consentimiento de terceros.

Algunos acuerdos requieren del consentimiento de terceras personas, generalmente debido a que se han constituido derechos en beneficio de éstas sobre los bienes objeto del contrato. En estos casos obtener el consentimiento de dichas personas constituirá una condición previa al cierre del negocio. Consideremos, por ejemplo, la compraventa de un inmueble sobre el cual se ha decretado una medida cautelar de prohibición de celebrar actos y contratos. La persona o entidad en beneficio de la cual se ha decretado dicha medida debe consentir en la enajenación del inmueble, que de otra forma adolecería de objeto ilícito.

viii. Opiniones legales.

Estas se otorgan en forma de carta. Son firmadas por el asesor legal de una parte y están dirigidas a la otra. Contienen declaraciones acerca de las conclusiones legales relevantes a la transacción⁴⁰. Las opiniones legales generalmente se refieren a materias relativas a la exigibilidad del contrato y otorgan a su recipiente seguridad en cuanto a que se ha

⁴⁰ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basics. Op. cit. pp.7-34.

prestado la debida diligencia en la revisión de los documentos que acreditan dicha exigibilidad.

VII. Remedios.

En virtud de lo establecido en el artículo 1545 del Código Civil, “todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes” y como tal debe ejecutarse. En consecuencia, el ordenamiento jurídico otorga a la parte cumplidora o llana a cumplir la posibilidad de demandar la ejecución forzada de la prestación debida o la indemnización de los perjuicios derivados del incumplimiento; y en caso que el contrato sea bilateral, la posibilidad de optar entre demandar la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios. En los contratos comerciales sofisticados, las partes no querrán esperar a que sea un juez o árbitro quien determine que corresponde a cada una de ellas ante un incumplimiento. Por ello, incluirán en el contrato disposiciones que traten de manera específica los remedios que puedan ejercer ante un incumplimiento. Este concepto, utilizado para determinar qué prestaciones recibirá la parte cumplidora o llana a cumplir de su contraparte, como compensación por las legítimas expectativas que la primera tenía derecho a esperar del cumplimiento íntegro y oportuno del contrato y que no obtuvo como consecuencia de un del incumplimiento, cumplimiento incompleto o retardado en el cumplimiento de las obligaciones de su contratante, denominado remedios del acreedor en el derecho anglosajón, se ha incorporado a la tradición continental de la cual nuestro sistema jurídico forma parte. Para determinar que remedios incluir bajo el contrato, cada parte deberá responder a las siguientes preguntas: (i) ¿Qué esperan de su contraparte si ésta no cumple con sus obligaciones bajo el contrato?; y (ii) ¿Cuánta responsabilidad están dispuestas a asumir ante su propio incumplimiento?⁴¹

Las disposiciones sobre remedios contractuales se componen de dos elementos, el primero de ellos consiste en la descripción de los eventos que dan lugar al remedio; y el segundo consiste en el remedio propiamente tal. Estas disposiciones varían dependiendo de los objetivos de las

⁴¹ Cfr. STARK, Tina L. Cumulative Remedies and Election of Remedies. En su: *Negotiating and Drafting Contract Boilerplate*. ALM Publishing, Nueva York, 2003. pp. 205-239.

partes, del poder de negociación de que disponga cada una de ellas y del tipo de contrato de que se trate, ajustándose, específicamente a cada transacción⁴².

El principal propósito de los remedios contractuales es otorgar a las partes la posibilidad de enfrentar, en sus propios términos, los problemas derivados del incumplimiento de las obligaciones contenidas en las cláusulas operativas del contrato. Cada parte querrá tener la habilidad de reclamar la ejecución de la prestación debida por su parte contraria o, en su defecto, ser resarcida por los perjuicios que el incumplimiento de ésta le irroge, lo que se logra a través del derecho a ejercer los remedios de que disponen bajo el contrato.

Además de asegurar, en términos satisfactorios para las partes, la exigibilidad de las cláusulas operativas del contrato, los remedios contractuales se utilizan para remediar la falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías otorgadas por las partes. Estas, como ya hemos visto, se utilizan para recopilar y divulgar hechos determinantes o relevantes al momento de suscribir el acuerdo y no serían útiles si la falsedad o inexactitud de lo declarado no tuviera consecuencias. Los remedios contractuales también regulan el incumplimiento de los *covenants* pactados por las partes⁴³. Así, vemos que el incumplimiento, sea de las obligaciones contenidas en las cláusulas operativas del contrato, de los *covenants* y/o de la falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías otorgadas por la partes, constituye, por regla general, el evento que gatilla el derecho de una parte, la parte cumplidora o llana a cumplir, a ejercer los remedios estipulados bajo el contrato.

Adicionalmente, las partes pueden incluir otros eventos, distintos de un incumplimiento, y otorgar a éstos el efecto de gatillar el derecho a ejercer remedios bajo el contrato. Estos otros eventos, por lo general, corresponden a aquellos que escapan de la esfera de control de las partes; y que, por tanto, no serán incorporados al contrato por medio de declaraciones u obligaciones, ya que ninguna parte querrá declarar sobre u obligarse a aquello que no depende de ella⁴⁴. Ejemplos de algunos de estos hechos son, entre otros: (i) la disolución de alguna de las partes; (ii) el cambio de control de una de las partes; (iii) el cambio en la calificación de riesgo de una de las partes; (iv) el inicio de un proceso judicial en contra de una de las partes, etc.

⁴² Cfr. FOX, Charles M. *Building Blocks: The Basics*. Op. cit. pp.7-34.

⁴³ Cfr. FOX, Charles M. *Building Blocks: The Basics*. Op. cit. pp.7-34.

⁴⁴ Cfr. FOX, Charles M. *Building Blocks: The Basics*. Op. cit. pp.7-34.

En el universo de remedios que pueden estipular los contratantes en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, encontrándose limitados solo por la condonación del dolo futuro y el respeto al orden público, éstos se dividen principalmente en dos categorías: (i) los que se describen como específicos, si pretenden que la obligación se ejecute en términos idénticos a aquellos descritos en el contrato; y (ii) los descritos como de sustitución, si disponen la entrega de algo en sustitución a la ejecución de la prestación debida⁴⁵.

Los remedios que se estipulen en un contrato dependen de los objetivos de los contratantes, del tipo de acuerdo suscrito, de la naturaleza de la obligación incumplida y del evento que gatille su ejercicio. Sin embargo, existen remedios contractuales de común aplicación. Estos son:

a. Resolución.

La resolución, efecto de la condición resolutoria, aquella que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1479 del Código Civil, por su cumplimiento extingue un derecho, opera en contratos de ejecución instantánea, con ciertos efectos retroactivos y, por lo general, de pleno derecho⁴⁶. Lo anterior, se debe a que las partes, al incluir la resolución como remedio contractual ante el incumplimiento de alguno de los contratantes de las obligaciones estipuladas en un contrato, están expresando la condición resolutoria tácita, envuelta en todo contrato bilateral, en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado; incluyendo en el contrato un pacto comisorio⁴⁷. La forma en que dicha estipulación opere, dependerá de si se trata de un pacto comisorio simple o calificado. El primero, opera de la misma forma que la condición resolutoria tácita, y por tanto requiere de una sentencia judicial que declare la resolución del acuerdo. El segundo, altera los efectos normales de la resolución al convenir que

⁴⁵ Cfr. STARK, Tina L. Cumulative Remedies and Election of Remedies. Ob. cit. pp. 205-239.

⁴⁶ Cfr. ABELIUK Manasevich, René. Tercera Parte Clasificación de las Obligaciones, Capítulo V Obligaciones Sujetas a Modalidad, Sección Sexta, La Condición Resolutoria. En su: Las Obligaciones, Tomo I, 5º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 505-547.

⁴⁷ Cfr. ABELIUK Manasevich, René. Tercera Parte Clasificación de las Obligaciones, Capítulo V Obligaciones Sujetas a Modalidad, Sección Sexta, La Condición Resolutoria. ob. cit, pp. 505-547.

el contrato se resuelva de pleno derecho⁴⁸. En cualquier caso, el efecto principal de la resolución es poner término al contrato y obtener la restitución de lo que, con motivo del mismo, se haya dado. La resolución como remedio contractual, será analizada en el capítulo III del presente trabajo, al tratar los remedios propios del contrato de compraventa de activos.

b. Término anticipado.

El término anticipado del contrato, también conocido como resolución convencional o por acuerdo de las partes, no se encuentra contemplado explícitamente en nuestro ordenamiento jurídico, pero al concordar con el principio de la autonomía de la voluntad, que como hemos, visto rige la concepción del contrato en la tradición del derecho continental, es ampliamente reconocido tanto por la jurisprudencia, como por la doctrina, al no haber un interés de orden público contrapuesto a ésta convención estipulada por las partes en su propio interés e introducida en el contrato. Mediante este remedio, los contratantes suelen convenir que, ante el incumplimiento del contratante-deudor, las partes acuerdan la resolución del contrato, sin que para que ésta proceda sea necesario acudir a los tribunales de justicia ni esperar las soluciones intermedias o preparatorias que tienden al cumplimiento⁴⁹. Este remedio es uno de los más comunes en los contratos comerciales modernos, aplicable solo a contratos de tracto sucesivo, ya que opera solo hacia el futuro⁵⁰. Puede adoptar distintas formas dependiendo de la voluntad de las partes y del tipo de acuerdo. Por lo general, se incluye al contrato a través de una cláusula que otorga a una o ambas partes la facultad de poner término anticipado al contrato o a parte de éste. Las causales o eventos que gatillen el término anticipado del contrato o de ciertas obligaciones bajo el mismo, por lo general se resumen en: (i) la voluntad de una

⁴⁸ Cfr. ABELIUK Manasevich, René. Tercera Parte Clasificación de las Obligaciones, Capítulo V Obligaciones Sujetas a Modalidad, Sección Sexta, La Condición Resolutoria. ob. cit. pp. 505-547.

⁴⁹ Cfr. FUEYO Laneri, Fernando. 2004. La Resolución (una hipótesis más de incumplimiento). Incumplimiento Resolutorio, o Resolución del Contrato por Incumplimiento, Sección Dos Clases de Incumplimiento Resolutorio, Párrafo Tercero, Resolución Convencional o Por Acuerdo de las Partes. En su: Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones. 3° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp.329-331.

⁵⁰ Cfr. ABELIUK Manasevich, René. Tercera Parte Clasificación de las Obligaciones, Capítulo V Obligaciones Sujetas a Modalidad, Sección Sexta, La Condición Resolutoria. ob. cit. pp. 505-547.

u ambas partes; (ii) el incumplimiento de todas o algunas de las obligaciones bajo el contrato; y (iii) ciertos eventos específicos claramente enumerados en la cláusula referida al término anticipado. Así, los contratantes pueden pactar el término anticipado del contrato motivado por la voluntad de una u ambas partes, en cualquier momento y sin expresión de causa. Él que, por lo general, se verificará a través del envío de una comunicación escrita dirigida a la parte contraria manifestando la intención de poner término anticipado a todo o parte del acuerdo. Este remedio se incorpora al contrato mediante una disposición del siguiente tenor: “Las partes podrán, en cualquier momento y sin expresión de causa, poner término al presente Contrato o a una parte del mismo, a través de un aviso escrito (“**Aviso de Término Anticipado**”) dirigido a la parte contraria con, a lo menos, 30 días corridos de anticipación a la fecha en que desee poner término total o parcial al Contrato. El Aviso de Término Anticipado deberá indicar la fecha efectiva de la terminación del Contrato y si la terminación se refiere a todo o parte de éste, indicando con precisión la parte o partes del Contrato afectada por la terminación”. Es importante, luego de estipular las formalidades para hacer efectivo el término, definir sus efectos, sobre todo si las partes ya han dado cumplimiento a algunas de sus obligaciones bajo el contrato.

Las partes pueden estipular que el término anticipado del contrato sea causado por el incumplimiento de las obligaciones contraídas por cualquiera de ellas. En este caso, el término anticipado equivaldría a la resolución en los contratos de ejecución instantánea. Este remedio se incorpora al contrato a través de una disposición como la siguiente: “En caso de incumplimiento de las obligaciones impuestas en este Contrato por cualquiera de las partes, la parte cumplidora o que esté llana a cumplir tendrá derecho a poner término ipso facto al presente Contrato”.

El evento gatillante incumplimiento también puede incorporarse en el contrato a través de dos cláusulas que regulen las formalidades y efectos del término anticipado de forma específica ante un incumplimiento de cada parte, en consideración a los roles que corresponda a cada una bajo el contrato. Estas

disposiciones deberán especificar los eventos específicos que ocasionen un incumplimiento, además de sus formalidades y efectos.

El principal efecto del término anticipado del contrato, sea por la voluntad de las partes, un incumplimiento o el acaecimiento de un hecho específico y determinado, es liberar a las partes de continuar ejecutando sus obligaciones bajo el contrato. Las prestaciones que éstas se deban mutuamente con motivo del término anticipado, dependerán del tipo de acuerdo suscrito y deben estar claramente especificadas en el contrato, si bien siempre es recomendable incluir una disposición general para asegurar la mutua colaboración de los contratantes, cuando corresponda, y la indemnización de los perjuicios que el término anticipado hayan causado a la parte cumplidora o llana a cumplir, o a aquella que tenía la intención de perseverar en el acuerdo.

c. Suspensión.

Este remedio en particular, es una aplicación del principio contenido en los artículos 1552 y 1557 del Código Civil, el primero de los cuales dispone que: “En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumple por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.” En virtud de lo dispuesto por el Código, “el acreedor de una prestación tiene la facultad de suspender su cumplimiento cuando la otra parte, deudora respecto de la prestación relevante, no la ha cumplido o no está llana a cumplirla. Mientras esta última se mantenga en esa situación, la otra no incurre en incumplimiento.”⁵¹

La suspensión del contrato no necesariamente dependerá de la mora; ya que éste remedio puede incorporarse al contrato como cláusula accidental del mismo en atención al tipo de contrato, a los intereses y objetivos de los contratantes. Este remedio solo puede aplicarse a contratos de ejecución diferida o de tracto

⁵¹ PIZZARO Wilson, Carlos. Hacia un Sistema de Remedios al Incumplimiento Contractual. En: Estudios de Derecho Civil III (Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso 28, 29 y 30 de junio de 2007). Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. pág. 401.

sucesivo. En los acuerdos que admiten suspender la ejecución de las prestaciones debidas, ésta suspensión se produce por: (i) la voluntad de uno o ambos contratantes; (ii) una imposibilidad temporal de ejecutar las prestaciones debidas; y (iii) la ocurrencia de determinados hechos complejos, como, por ejemplo, el des aceleramiento de la economía. Consideremos, por ejemplo, un contrato de construcción, en el cual la ejecución de las obligaciones se sujeta al cumplimiento de plazos previamente determinados por las partes. En el contrato, una parte (el “Dueño”) encarga a otra (el “Contratista”) la ejecución de los trabajos de construcción de un proyecto que pertenece a la primera. En este tipo de acuerdo es común incluir una cláusula que regule la posibilidad de suspender los trabajos por un determinado período de tiempo. Lo que puede deberse a la voluntad del Dueño; a la ocurrencia de un evento constitutivo de fuerza mayor transitorio; u otras causales estipuladas por las partes. El siguiente es un ejemplo de esta clase de disposición en este tipo de contrato: “El Dueño podrá, a su total discreción, suspender la ejecución de todos o una parte de los Trabajos en cualquier momento, entregando al Contratista un aviso escrito (“Aviso de Suspensión”). Tras recibir dicho aviso, el Contratista procederá, a menos que el Aviso de Suspensión indique algo distinto, a: (i) paralizar los Trabajos en la fecha y en los términos indicados en el Aviso de Suspensión; (ii) abstenerse de continuar el proceso de adquisiciones y suscribir Subcontratos que estén relacionadas con los Trabajos que se suspenden; (iii) poner término anticipado a las adquisiciones y Subcontratos que el Dueño le indique; (iv) realizar con prontitud todas las gestiones para obtener la suspensión, en condiciones que sean satisfactorias para el Dueño, de toda orden de compra o contrato que esté involucrado en la ejecución de los Trabajos suspendidos; (v) tomar las medidas razonablemente necesarias o conducentes a la protección y mantenimiento de los Trabajos suspendidos y permitir la reanudación de éstos una vez terminada la suspensión de los mismos; (vi) tomar todas las medidas razonablemente necesarias o conducentes para minimizar los costos involucrados en la suspensión. Las suspensiones no limitarán ni eliminarán las responsabilidades de las Partes en virtud del presente Contrato y sus Documentos Integrantes. Como única compensación por la Suspensión, el Contratista recibirá el reembolso de

los costos en que haya incurrido, en la medida que tales costos sean un resultado directo de la Suspensión, circunstancia que deberá acreditar al Dueño mediante la exhibición de los documentos que corresponda.”

El principal efecto de la suspensión es mantener vigentes, pero en estado de latencia, las obligaciones de ambas partes bajo el contrato, así como la responsabilidad que corresponda asumir a cada una en virtud del contrato y de las obligaciones que ya hayan ejecutado. Las causales y formalidades para que proceda la suspensión del contrato, así como el plazo por el que ésta se extienda deben estar especificados claramente en el contrato. Otorgando a las partes el derecho a terminar anticipadamente el acuerdo si la suspensión excede el plazo por el cual se estipulo, o si las causas que la motivaron se vuelven permanentes.

d. Aceleración.

De conformidad con las reglas generales relativas al derecho de las obligaciones, el plazo puede extinguirse de tres maneras: (i) por vencimiento; (ii) por renuncia; y (iii) por caducidad. Esta última “consiste en la extinción anticipada de éste en los casos previstos por la convención o señalados en la ley”⁵². La caducidad del plazo permite al acreedor exigir el cumplimiento anticipado de la obligación a pesar de no haber transcurrido íntegramente el término estipulado para su exigibilidad. La aceleración de la obligación, ya sea legal o convencional, se fundamenta en la ocurrencia de ciertos hechos relacionados con la solvencia del deudor, de los cuales se infiere que de esperar el vencimiento de plazo, el acreedor no podrá cobrar íntegramente su crédito⁵³. La caducidad legal del plazo, contenida en el artículo 1496 del Código Civil, procede en dos supuestos de hecho: (i) el deudor se ha constituido en quiebra o en notoria insolvencia y (ii) cuando las cauciones ofrecidas por el deudor han disminuido o se han extinguido por hecho o culpa suya. En el segundo caso, el deudor podrá reclamar el beneficio del plazo renovando o mejorando las

⁵² ABELIUK Manasevich, René. Las Obligaciones. 5° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pág. 475.

⁵³ Cfr. ABELIUK Manasevich, René. 3° Parte, Clasificación de las Obligaciones, Sección Segunda, Obligaciones a Plazo. En su: Las Obligaciones. 5° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 464-478.

cauciones ofrecidas. Se desprende del texto del artículo 1496, al disponer que “el pago de la obligación no puede exigirse antes de expirar el plazo”, que este tipo de caducidad constituye una excepción a la regla general y que no opera de pleno derecho; ya que los supuestos de hecho que dan lugar a la caducidad legal del plazo, por su naturaleza, requieren de su demostración ante un tribunal⁵⁴.

Mediante la caducidad convencional del plazo o cláusula de aceleración las partes convienen introducir una condición en el plazo, cuya verificación o incumplimiento produce o puede producir la extinción anticipada del mismo. La condición introducida puede ser de cualquier naturaleza; pero la más común es el incumplimiento en el pago de una de las cuotas en que se divide la obligación, haciéndose exigibles las restantes cuotas aun no vencidas. La extinción anticipada del plazo ante el incumplimiento de una obligación se fundamenta en el principio de la autonomía de la voluntad y en la protección del acreedor.

Es importante, al incluir una cláusula de aceleración en el contrato, redactarla de forma facultativa, ya que la redacción imperativa de este tipo de cláusula impondrá al acreedor la obligación de exigir íntegramente el crédito ante la verificación o incumplimiento de la condición estipulada en el plazo. Lo anterior se debe a que, de acuerdo a las reglas relativas al cumplimiento de las condiciones, la exigibilidad se producirá de pleno derecho y por consiguiente, de acuerdo a lo establecido en el inciso segundo del artículo 2514 del Código Civil, comenzará a correr el plazo de prescripción extintiva de la obligación. Si, en cambio, la cláusula es facultativa, el acreedor deberá ejercer la facultad de extinguir anticipadamente el plazo para que comience a correr la prescripción extintiva, ya que la exigibilidad de la obligación no se producirá de pleno derecho. El siguiente es un ejemplo de cláusula de aceleración imperativa, así declarada por la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 3 de septiembre de 2002, causa Rol N° 3433-01: “Se hará exigible el pago total de la suma de la deuda o del saldo a que esta se halle reducida, considerando la

⁵⁴ Cfr. Peñailillo Arévalo, Daniel. *Obligaciones Teoría General y Clasificaciones La resolución por incumplimiento*. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2003, pp 485-487.

obligación como de plazo vencido, en caso de mora o simple retardo en el pago de una o más de las cuotas en que se divide la obligación, sean consecutivas o no, de abono a capital o intereses...”⁵⁵. La misma disposición puede modificarse, transformando la cláusula en facultativa, a través de la siguiente oración: “Se facultará al acreedor para tener la obligación como de plazo vencido, y en consecuencia podrá cobrar el total de la deuda o del saldo a que esta se halle reducida, en caso de mora o simple retardo en el pago de una o más de las cuotas en que se divide la obligación...”.

El deudor rara vez contará con fondos suficientes para pagar el total de la deuda o su saldo; adicionalmente es posible que la aceleración de la deuda bajo un contrato genere, entre otros efectos negativos, la aceleración de créditos o un incumplimiento bajo otros acuerdos por disposiciones de *cross default* estipuladas en éstos; insolvencia e incluso la quiebra del deudor. Habida consideración de las catastróficas consecuencias de la extinción anticipada del plazo, la sola amenaza de ella será suficiente para obtener concesiones de la parte deudora, dirigidas a asegurar el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación.

e. Indemnización.

La indemnización de perjuicios está dirigida a obtener un cumplimiento de la obligación por equivalencia; es decir, que el acreedor obtenga tanto como le habría significado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación. Existen dos clases de indemnización, la indemnización compensatoria y la indemnización moratoria. La primera de estas se define como “la suma de dinero que debe el deudor al acreedor y que equivale a lo que habría obtenido el primero con el cumplimiento efectivo e íntegro de la obligación”⁵⁶; la segunda, es “aquella que reemplaza al cumplimiento oportuno de la obligación; es la suma de dinero que el acreedor exige al deudor como equivalente al atraso en el

⁵⁵ ABELIUK Manasevich, René. Apéndice 1. En su: Las Obligaciones. 5º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pág. 559.

⁵⁶ ABELIUK Manasevich, René. Las Obligaciones. 5º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pág. 812.

cumplimiento.”⁵⁷ Como remedio, la indemnización compensatoria, no así la moratoria, es incompatible con el cumplimiento forzado de la obligación, ya que si el acreedor pudiera pedir ambas cosas, recibiría el equivalente económico de una doble prestación.

La indemnización es uno de los remedios más utilizados por su idoneidad en satisfacer los intereses del acreedor. En el derecho anglosajón, uno de los remedios más relevantes en el proceso de redacción de un contrato es el de *monetary damages*, destinado a reclamar ante un tribunal el pago de todos los daños (*damages*) sufridos por la parte cumplidora o llana a cumplir causados por el incumplimiento de su contra parte. Este remedio está diseñado para colocar a la parte cumplidora o llana a cumplir en la condición financiera en que se encontraría de haber su contraparte cumplido con todas sus obligaciones bajo el contrato. En nuestro país, los contratos, muchas veces estipularán la indemnización de perjuicios como único remedio ante la falta de veracidad y exactitud de las declaraciones y garantías otorgadas por las partes y el incumplimiento de *covenants*⁵⁸. Más aún cuando estos últimos estipulen obligaciones de hacer y de no hacer, las que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1555 del Código Civil, se resuelven usualmente en la de indemnizar los perjuicios.

En materia contractual, los contratantes tienen la posibilidad de prever remedios que satisfagan sus intereses relacionados con la indemnización de perjuicios ante un incumplimiento; y de conformidad con la disposición contenida en el inciso final del artículo 1547 del Código Civil, la posibilidad de estipular cláusulas que alteren la responsabilidad normal del deudor ante un incumplimiento. Estas disposiciones pueden agravar la responsabilidad del deudor, disminuirla e incluso eximirlo de ella, siempre que se respeten las siguientes limitaciones: (i) las exclusiones legales, (ii) el daño a las personas; y (iii) la condonación del dolo y culpa grave futuros.

⁵⁷ ABELIUK Manasevich, René. Las Obligaciones. ob. cit. pág. 812.

⁵⁸ Cfr. FOX, Charles M. Building Blocks: The Basis. ob. cit. pp.7-34.

Entre las cláusulas que agravan la responsabilidad del deudor se destacan aquellas que lo hacen responder por un grado mayor de culpa; del caso fortuito o la fuerza mayor; y aquellas que lo hacen responder de perjuicios que según las reglas generales no se indemnizan, como perjuicios indirectos o imprevistos. Entre las disposiciones que disminuyen la responsabilidad del deudor, se destacan aquellas que disminuyen su grado de culpa; las que limitan la indemnización a un monto determinado, fijando una cantidad máxima de dinero por la cual el deudor debe responder aun cuando los perjuicios excedan dicha cantidad; las que limitan los plazos de prescripción y las que alteran la carga de la prueba⁵⁹.

En general, los contratantes siempre incluirán la indemnización de perjuicios como remedio bajo el contrato, subsidiariamente en caso que el cumplimiento forzado de la obligación no sea posible o como único remedio ante el incumplimiento de *covenants* y obligaciones secundarias del acuerdo. Las partes también podrán anticipar la evaluación de los perjuicios convencionalmente a través de la inclusión de una cláusula penal en el contrato. Esta, definida por el artículo 1535 del Código Civil como “aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena, que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o de retardar la obligación principal”, tiene las siguientes tres funciones: (i) evaluar anticipada y convencionalmente los perjuicios; (ii) caucionar la obligación, y (iii) servir de pena civil. La cláusula penal, además de ser convencional es condicional y accesorio; ya que depende del hecho futuro e incierto incumplimiento y accede a la obligación que garantiza. Su efecto fundamental es permitir a la parte cumplidora cobrar la pena estipulada en caso de incumplimiento por la otra parte⁶⁰.

⁵⁹ Cfr. ABELIUK Manasevich, René. 4° Parte, Efectos de las Obligaciones, Capítulo III, Indemnización de Perjuicios o Responsabilidad Contractual, Sección Cuarta, Párrafo 4°. En su: Las Obligaciones, Tomo II. 5° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 848-853.

⁶⁰ Cfr. ABELIUK Manasevich, René. 4° Parte, Efectos de las Obligaciones, Capítulo IV, Juicio Indemnizatorio y Evaluación de Perjuicios, Sección Cuarta. En su: Las Obligaciones. 5° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 888-905.

VIII. Boilerplate

Las cláusulas *boilerplate* son aquellas disposiciones misceláneas estandarizadas que, por lo general, se incluyen al final del contrato. Estas cláusulas tratan materias secundarias, tan diversas como la ley aplicable al contrato, la fuerza mayor, las notificaciones entre las partes, etc. Las cláusulas del *boilerplate* indican a las partes cómo regular sus relaciones y administrar el contrato. El capítulo IV de este trabajo se encarga de analizar los distintos aspectos y objetivos a tener presente en el momento de redactar cada una de estas disposiciones.

Capítulo II

Principios y Técnicas de Redacción de Contratos

El objetivo principal en la redacción de un contrato es reflejar con precisión el acuerdo alcanzado por dos o más partes. El proceso de redacción de contratos comprende dos etapas: (i) determinar claramente lo acordado por las partes; y (ii) reducir dicho acuerdo a palabras. Este tipo de redacción se encuentra dirigida principalmente a las partes y a sus asesores legales, si bien el contrato puede ser revisado también por acreedores, inversionistas y en algunos casos por un juez o árbitro.

I. Principios.

En el derecho anglosajón existen cuatro principios que deben ser aplicados en la redacción de cualquier contrato, estos son: a. Precisión, b. Simpleza, c. Consistencia y d. Claridad.

a. Precisión.

La ambigüedad en la redacción de contratos debe evitarse, ya que de acuerdo a las reglas de interpretación de los contratos establecidas en los artículos 1560 y siguientes del Código Civil, las cláusulas ambiguas de un contrato se interpretarán a favor del deudor, o en contra de la parte que las haya extendido, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por la parte redactora. La precisión es, por tanto, siempre uno de los objetivos que se deben tener en mente al momento de redactar un contrato; ya que el uso de términos ambiguos o de un lenguaje que deje

espacio a varias interpretaciones podría terminar por favorecer a la contraparte o ir directamente en detrimento de la parte redactora⁶¹.

El principio de precisión se basa en elaborar un lenguaje que describa con exactitud el acuerdo alcanzado por las partes. Lenguaje que debe ser interpretado en lecturas posteriores de forma idéntica a aquella prevista por las partes al momento de suscribir el acuerdo. Así, una cláusula redactada en forma precisa es aquella que no es susceptible de segundas interpretaciones alegadas, ya sea por las partes o por terceros interesados en el contrato⁶².

b. Simpleza.

Cada punto acordado por las partes dentro de un contrato debe ser expresado de la forma más simple posible. Los beneficios de usar un lenguaje simple en la redacción de contratos son muchos, de partida hará que el contrato sea más fácil de leer y entender; hará que las negociaciones sean más expeditas; ya que será más fácil reescribir una cláusula redactada de forma simple que una redactada de forma compleja. Las estipulaciones redactadas de manera simple serán, por lo general, menos propensas a ser ambiguas e imprecisas y, por tanto, menos susceptibles de ser interpretadas en más de un sentido. Sin embargo, existen algunos factores que en la práctica dificultan la simpleza en los contratos, estos son: (i) la rapidez con la que deben cerrarse transacciones de alta complejidad, que impide a los abogados editar y simplificar los contratos que las conforman; (ii) la alta complejidad de las transacciones, que a su vez implica que los acuerdos que las regulan sean complejos; y (iii) las soluciones creativas y complejas a problemas dentro de las transacciones que si bien simplifican algunos aspectos complican la interpretación de los acuerdos⁶³.

A pesar de todo, la gran mayoría de los contratos pueden simplificarse a través de algunas técnicas de redacción, dentro de las cuales se encuentran las siguientes: a)

⁶¹ Cfr. FOX, Charles M. Principles of Effective Drafting. En su: Working With Contracts: What Law School Doesn't Teach You. 2^o ed, Nueva York, Practising Law Institute, 2008. pp.67-81.

⁶² Cfr. FOX, Charles M. Principles of Effective Drafting. ob. cit. pp.67-81.

⁶³ Cfr. FOX, Charles M. Principles of Effective Drafting. ob. cit. pp.67-81.

utilizar oraciones cortas; b) usar la voz activa; es decir, oraciones en que sea el sujeto quien realice la acción y no oraciones en que el sujeto de la oración es la acción que se realiza; c) borrar palabras innecesarias o redundantes; y d) armonizar y reescribir aquellas cláusulas que sean objeto de cambios en las revisiones sucesivas que se haga de las distintas versiones del contrato⁶⁴.

c. **Consistencia.**

La consistencia es esencial para la redacción de un buen contrato, ya que las cláusulas contractuales inconsistentes dan lugar a diferentes interpretaciones. Las distintas cláusulas de un mismo contrato deben ser consistentes sobre todo si tratan o se refieren a materias similares. Esto puede traducirse en exigir de forma consistente en el contrato que aquellos requerimientos que hayan sido establecidos para un tipo de prestación se exijan también a toda prestación simultánea o posterior de naturaleza similar; y también en el uso consistente de determinadas palabras a lo largo del contrato, sobre todo cuando estas se refieran a eventos análogos⁶⁵.

Cuando una transacción comprende la ejecución de varios actos o contratos de forma simultánea o sucesiva, la persona encargada de la redacción de dichos acuerdos debe evitar inconsistencias entre ellos. Lo que se logra, por ejemplo, si los términos utilizados para referirse a las partes en un contrato se aplican en forma consistente en todos los demás actos en que estas comparezcan. Una fuente importante de inconsistencia en los contratos que se relacionan entre sí por formar todos parte de una misma transacción, se encuentra en la redacción de las cláusulas *boilerplate* o misceláneas. Las cuales deben ser consistentes, en cuanto a su forma y contenido en todos los acuerdos que forman parte de la misma transacción⁶⁶.

La consistencia también es necesaria en la numeración de las distintas cláusulas y secciones de un contrato, no solo para que estas mantengan su orden, sino que también

⁶⁴ Cfr. FOX, Charles M. Principles of Effective Drafting. ob. cit. pp.67-81.

⁶⁵ Cfr. FOX, Charles M. Principles of Effective Drafting. ob. cit. pp.67-81.

⁶⁶ Cfr. FOX, Charles M. Principles of Effective Drafting. ob. cit. pp.67-81.

para facilitar su lectura. Esto implica la continuación de un orden numérico y la aplicación consistente de los distintos tipos de numeración y viñetas que se apliquen a una sección del contrato o a una cláusula, en todas las secciones o cláusulas posteriores del mismo.

d. Claridad.

La claridad es la principal meta de la redacción de un contrato. Más que un principio en sí misma, la claridad es el resultado de la correcta aplicación de los principios de precisión, simpleza y consistencia expuestos anteriormente. Si un contrato es preciso, simple y consistente será claro; y un contrato claro podrá reflejar con exactitud el acuerdo alcanzado por las partes y darlo así a entender a todos sus lectores⁶⁷.

Habiendo revisado los principios en que debe basarse la redacción de contratos, continuare exponiendo cuales son las principales fuentes de incertidumbre en el lenguaje contractual, causadas por la falta de o la incorrecta aplicación de los principios antes expuestos.

II. Fuentes de incertidumbre en el lenguaje contractual.

a. Ambigüedad.

Desde el punto de vista de la lingüística, una cláusula contractual es ambigua si de ella es posible extraer dos o más significados inconsistentes. La ambigüedad dentro de un contrato se manifiesta de distintas formas, algunas de ellas dicen relación exclusivamente con el lenguaje, otras con la falta del contexto necesario para interpretar una palabra que tiene dos significados. Por lo general, las complicaciones derivadas de la ambigüedad pasarán desapercibidas durante la etapa de negociación y redacción del

⁶⁷ Cfr. FOX, Charles M. Principles of Effective Drafting. ob. cit. pp.67-81.

acuerdo y se harán evidentes durante la vigencia del contrato en la aplicación práctica del mismo⁶⁸.

b. Generalizaciones excesivas.

Una cláusula contractual es excesivamente general si se ha omitido incluir en ella detalles que hagan posible determinar a qué se aplica. Tales omisiones impiden identificar de forma precisa cual fue la voluntad de las partes al contratar. Este tipo de cláusulas se diferencian de las cláusulas ambiguas ya que las omisiones en detalles importantes no importan interpretaciones disimiles, sino que otorgan muy poca información como para reflejar de forma clara la real intención de los contratantes⁶⁹.

c. Inconsistencias.

Las inconsistencias en los contratos, derivadas del uso del lenguaje, ocurren cuando se utiliza una misma palabra o frase para expresar cosas distintas; lo que se aplica también en sentido contrario, es decir, cuando se utilizan dos o más palabras o frases distintas para expresar lo mismo⁷⁰.

d. Redundancia.

La redundancia ocurre cuando se incluye en una cláusula una palabra o frase que transmite algo ya expresado por otra palabra o frase dentro de la misma cláusula⁷¹.

⁶⁸ Cfr. ADAMS, Kenneth A. Sources of Uncertainty in Contract Language. En su: A Manual of Style for Contract Drafting. Segunda Edición, Chicago, American Bar Association, 2008. pp.127-131.

⁶⁹ Cfr. ADAMS, Kenneth A. Sources of Uncertainty in Contract Language. ob. cit. pp.127-131.

⁷⁰ Cfr. ADAMS, Kenneth A. Sources of Uncertainty in Contract Language. ob. cit. pp.127-131.

⁷¹ Cfr. ADAMS, Kenneth A. Sources of Uncertainty in Contract Language. ob. cit. pp.127-131.

e. Conflicto.

El conflicto entre las distintas disposiciones de un contrato ocurre cuando una de sus disposiciones directamente se contradice con otra y no existe en el acuerdo alguna disposición que de preeminencia a una por sobre la otra⁷².

f. Vaguedad.

Una cláusula es vaga si alguno de los conceptos dentro de ella puede producir un caso límite, el cual introducirá un área gris a la aplicación del contrato, que dependerá en gran medida de la subjetividad para ser resuelto. La vaguedad en la redacción de contratos no es en sí perniciosa; de hecho es común que los abogados incorporen frases o parámetros vagos en la redacción de sus contratos, tales como “esfuerzo razonable”, “materialmente”, “efecto material adverso”, o “cambio material adverso”⁷³. La introducción de términos similares a los expuestos es de gran utilidad, sobre todo cuando las circunstancias futuras son tan inciertas que hacen que la aplicación de estándares más precisos o absolutos dificulte la aplicación del contrato.

III. Técnicas de Redacción.

Los puntos tratados anteriormente reflejan la necesidad de aplicar los principios de precisión, simpleza, consistencia y claridad en la redacción de contratos. Existen, sin embargo, circunstancias en que una o ambas partes querrán limitar cláusulas que sean inflexibles o absolutas. En algunos casos, esto puede realizarse sin afectar la precisión de lo estipulado por las partes, por ejemplo, a través de la creación de un *basket* que permita a alguna de las partes realizar actividades restringidas hasta por un monto determinado⁷⁴.

La flexibilización de cláusulas absolutas no siempre se alcanza manteniendo la precisión de lo estipulado, muchas veces es necesario utilizar ciertas herramientas de redacción que importan

⁷² Cfr. ADAMS, Kenneth A. Sources of Uncertainty in Contract Language. ob. cit. pp.127-131.

⁷³ Cfr. ADAMS, Kenneth A. Sources of Uncertainty in Contract Language. ob. cit. pp.127-131.

⁷⁴ Cfr. FOX, Charles M. Drafting Techniques. En su: Working With Contracts: What Law School Doesn't Teach You. Segunda Edición, Nueva York, Practising Law Institute, 2008. pp.83-116.

estándares subjetivos de conducta que introducen, a su vez, cierto grado de ambigüedad en las cláusulas en que se utilizan⁷⁵. Otras veces lo que se busca es asegurar la consistencia, y por tanto resolver los conflictos que existan entre las distintas cláusulas de un mismo contrato, o entre acuerdos distintos que conforman, en conjunto, una misma transacción. En este caso se utilizan herramientas de redacción para determinar la prelación de las cláusulas de un contrato o la prelación entre una serie de acuerdos que conforman, en conjunto, una transacción. También existen herramientas que contribuyen a que el contrato sea más fácil de leer y entender y, por tanto, claro y simple; estas herramientas, por lo general, se aplican a términos contables o de medida, presentes en un gran número y tipo de acuerdos. Otras herramientas se utilizan para incluir o excluir ciertas actividades restringidas bajo un contrato, favoreciendo la precisión. Por último, existen herramientas de redacción misceláneas, cuya aplicación resulta muy útil para favorecer tanto la precisión, como la consistencia, simpleza y claridad. A continuación expondré sobre algunas de las técnicas de redacción de mayor aplicación y sobre las herramientas de lenguaje que éstas utilizan, distinguiendo, en cada caso, su objetivo particular y principales usos.

a. Técnicas de redacción utilizadas para flexibilizar cláusulas contractuales.

i. Material, materialmente, efecto y cambio material adverso (*Materiality/Material adverse effect/Material adverse change*).

- 1) Uso. Los términos “material” y “materialmente” se utilizan para calificar aspectos del contrato, sean estos declaraciones, obligaciones o condiciones, de naturaleza tal que su conocimiento afecte el proceso de toma de decisión de alguno o ambos contratantes. También se utilizan para calificar dichos elementos como significativos o lo suficientemente relevantes como para ser considerados⁷⁶. De esta forma, ambos términos se utilizan para reducir disposiciones redactadas de forma demasiado amplia o absoluta, limitando su aplicación solo a aquello que sea relevante.

⁷⁵ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

⁷⁶ Cfr. ADAMS, Kenneth A. *Material and Material Adverse Change*. En su: *A Manual of Style for Contract Drafting*. Segunda Edición, Chicago, American Bar Association, 2008. pp.149-179.

2) Definición en el contrato. Los términos “material” y “materialmente” son en sí ambiguos, ya que, según lo indicado precedentemente, pueden interpretarse como algo que afecta una decisión, y por tanto el consentimiento, o como algo significativo. Para evitar interpretaciones ambiguas de los términos, resulta conveniente definir el sentido que “material” o “materialmente” tendrá bajo un contrato. Esta definición dependerá del contexto del acuerdo. Por ejemplo, en un contrato de compraventa, desde el punto de vista del comprador, se puede definir “material” o “materialmente” como: de importancia tal que pudiere afectar la decisión de una persona razonable, puesta en el lugar del comprador, de celebrar el contrato o de consumar la transacción contemplada en el mismo. Al referirse a la celebración del contrato y a la consumación de la transacción, la definición comprende circunstancias que podrían suceder antes o después de la suscripción del acuerdo; y por tanto, se refiere a lo material como algo que afecta la toma de una decisión⁷⁷. También puede definirse “material” o “materialmente” como algo significativo. Utilizando el ejemplo anterior, se puede definir “material” o “materialmente” como: lo suficientemente importante como para merecer la atención de una persona razonable puesta en el lugar del comprador⁷⁸. En ambos casos la definición de los términos se hace desde la perspectiva de alguna de las partes; ya que siempre corresponderá calificar a alguna de estas, según sea el caso, a algún aspecto de la transacción como determinante o relevante. Por lo general, un contrato contendrá provisiones en que se requiere calificar aquello que ha sido o será determinante para el contrato; y provisiones en que se requiere calificar algunos hechos como relevantes para alguna o ambas partes. En estos casos pueden usarse las

⁷⁷ Cfr. ADAMS, Kenneth A. *Material and Material Adverse Change*. ob. cit. pp.149-179.

⁷⁸ Cfr. ADAMS, Kenneth A. *Material and Material Adverse Change*. ob. cit. pp.149-179.

definiciones antes indicadas para definir dos términos diferentes. Uno para material en el sentido de afectar una decisión; y otro en el sentido de algo relevante para las partes. Distintas palabras deben utilizarse en cada caso para evitar conflictos.

- 3) Efecto material adverso (*material adverse effect*) y cambio material adverso (*material adverse change*). Estos términos se utilizan, al igual que los términos “material” y “materialmente” para flexibilizar cláusulas redactadas de forma demasiado amplia o absoluta. Su incorporación reduce el ámbito de aplicación de la cláusula a la que se incluye, ya que las materias a que se refiere deben ser materiales, en alguno de los dos sentidos ilustrados anteriormente y además producir un efecto o cambio adverso. Una declaración, obligación o condición que utilice estos términos calificará los efectos que la inexactitud de una declaración, el incumplimiento de una obligación o la falla de una condición conlleven para la parte declarante u obligada, según sea el caso. Efectos que tendrán un impacto negativo en el negocio, activos, pasivos, proyecciones y/o condición financiera de ésta. Por lo general, los términos efecto material adverso y cambio material adverso se utilizan indistintamente. Existe, sin embargo, la posibilidad de utilizar el término cambio material adverso en representaciones en las cuales la materialidad o adversidad de un determinado hecho se relacionan directamente con un período de tiempo, por ejemplo, para declarar que desde diciembre de 2010 a la fecha no ha ocurrido un cambio material adverso en los negocios, activos, pasivos, proyecciones y/o condición financiera de una determinada empresa. Lo anterior implica que para efectuar dicha declaración todos los hechos que pudieron tener un efecto material adverso fueron considerados y sopesados con hechos posteriores que mitigaron dichos efectos. Así, por ejemplo, si la empresa en cuestión hubiere sufrido la pérdida de un cliente que significará el

40% de su facturación en enero de 2011, pero hubiese captado otro que aumentará su facturación en un 20% y aplicado políticas de reducción de costos por el otro 20%, a la fecha de la declaración, dicha pérdida, sopesada con los dos hechos enunciados, no habría resultado en un cambio material adverso para la compañía. Utilizar el término cambio material adverso en vez de efecto material adverso sirve para representar eventos adversos cuyo efecto agregado no tuvo mayores consecuencias para una de las partes, eventos que de haber sido declarados en el momento de ocurridos o sin sopesar circunstancias posteriores, habrían conformado un efecto material adverso, con las consecuencias que para ello estipulen las partes en el contrato.

ii. Esfuerzos razonables (*best/reasonable efforts*).

- 1) Uso. La inclusión de este estándar de conducta, que implica una obligación de medios, se utiliza en aquellos casos en que el cumplimiento de alguna de las obligaciones bajo el contrato no depende completamente de la parte obligada a realizar la acción. Dicha parte no accederá a obligarse en términos absolutos a otorgar una prestación cuya realización no depende totalmente de ella, ya que el riesgo de responder ante un incumplimiento es demasiado alto⁷⁹. Para garantizar de manera razonable el cumplimiento de la obligación, las partes acordarán introducir un estándar para la ejecución de dicha prestación, en el cual la parte obligada se comprometerá a realizar “esfuerzos razonables” para obtener la ejecución de la prestación debida. Incorporar un estándar de conducta más exigente o fuera de lo razonable impedirá la aplicación práctica del contrato o de la cláusula en la que se incluya tal estipulación.

⁷⁹ Cfr. ADAMS, Kenneth A. Reasonable Efforts and its Variants. En su: A Manual of Style for Contract Drafting. Segunda Edición, Chicago, American Bar Association, 2008. pp.133-147.

- 2) Interpretación. La frase “esfuerzos razonables” debe interpretarse como el esfuerzo que un hombre razonable emplearía atendidas las circunstancias. Este concepto, propio del *common law*, es asimilable al estándar de conducta del buen padre de familia contenido en el artículo 44 del Código Civil, solo en cuanto se refiere a la culpa leve, pero se diferencia de este último, ya que el cumplimiento de obligaciones contractuales que requieren de esfuerzos razonables implican la realización de una obligación de medios, conformada por una serie de actos por parte de la entidad o persona obligada cuya complejidad excede a aquella que puede exigirse del buen padre de familia, al tratarse de negocios que requieren de conocimientos específicos que han sido determinantes al momento de contratar.

- 3) Exigibilidad. La inclusión de este estándar de conducta para determinar el cumplimiento o incumplimiento de una obligación bajo el contrato, hace necesario establecer cuando se ha cumplido con los esfuerzos necesarios y cuando no. Para determinar si una parte ha realizado los esfuerzos necesarios para cumplir con su obligación primero debe estarse a las circunstancias en cada caso. Existen ciertos puntos de referencia que pueden servir para comparar los esfuerzos realizados por la parte y así determinar si se ha cumplido con el estándar exigido, estos son: (i) las promesas efectuadas por las partes en la etapa de negociación del contrato, que otorgarán un parámetro acerca de qué tipo de esfuerzos eran esperados; (ii) las prácticas de la industria; (iii) los esfuerzos empleados por la parte obligada en contratos similares o relacionados al contrato en cuestión; y (iv) como se habría comportado la parte obligada a realizar esfuerzos razonables si ella y

su contraparte fueran entidades relacionadas⁸⁰, en términos del título XVI de la Ley 18.046.

- 4) Definición en el contrato. Definir el sentido que el término esfuerzos razonables tendrá bajo el contrato contribuye no solo a la labor realizada por el juez o árbitro, sino que también otorga a las partes claridad con respecto a las implicancias de este estándar de conducta. En la definición, las partes podrán incluir o excluir ciertas conductas, por ejemplo, podrán utilizar como parámetro de razonabilidad las prácticas comúnmente utilizadas en una determinada industria o las prácticas comúnmente utilizadas por la parte obligada. También podrán incluir la realización de ciertos actos específicos que ilustren el cumplimiento. La exclusión de determinados actos en la definición del término esfuerzos razonables, interesa a la parte obligada, quien pretenderá excluir acciones desproporcionadas al beneficio que obtendrá del contrato. Entre las acciones excluidas, dependiendo del caso, se encuentran las siguientes: (i) incurrir en gastos sobre un determinado monto; (ii) actuar de cualquier forma que, considerada individual o colectivamente, cause a la parte obligada un detrimento mayor al beneficio que razonablemente esperaba obtener del contrato, haciéndolo excesivamente oneroso; (iii) actuar de cualquier forma que, considerada individual o colectivamente, cause a la parte obligada un efecto o cambio material adverso; (iv) incurrir en gravámenes no estipulado en el acuerdo; (v) cambiar su estrategia de negocios; (vi) contravenir alguna ley o reglamento aplicable; (vii) disponer de alguno de sus activos relevantes; y (viii) actuar de alguna forma que comprometa su existencia y/o solvencia⁸¹.

⁸⁰ Cfr. ADAMS, Kenneth A. Reasonable Efforts and its Variants. ob. cit. pp.133-147.

⁸¹ Cfr. ADAMS, Kenneth A. Reasonable Efforts and its Variants. ob. cit. pp.133-147.

iii. Razonabilidad (*reasonableness*).

- 1) La razonabilidad es uno de los estándares más comunes incluidos en la redacción de contratos. Incluir este estándar en una cláusula redactada de manera demasiado absoluta flexibiliza los requerimientos de la misma, al someterlos a la prueba de lo que se esperaría de una persona razonable puesta en el lugar de la parte obligada⁸². Esta cláusula contribuye en dos aspectos: (i) otorga una guía en cuanto a la forma de actuar que se espera de la parte obligada y (ii) facilita la interpretación de la cláusula a la que se incluye, otorgando al juez o árbitro un parámetro con el cual comparar la conducta de la parte incumplidora.
- 2) Uso. Además del indicado precedentemente, esta herramienta de redacción se utiliza cuando una de las partes tiene la capacidad para ejercer su discreción en la toma de una decisión o al llegar a una conclusión en relación a alguna cláusula contractual. La parte que tiene dicha capacidad querrá poder ejercerla a su sola discreción. La decisión o conclusión alcanzada en una cláusula redactada sin introducir la herramienta de razonabilidad no podrá ser disputada por la parte contraria. Es por ello que ésta pretenderá introducir el estándar de razonabilidad en la cláusula, para así poder objetar aquellas decisiones o conclusiones irrazonables⁸³.
- 3) Consentimiento no denegado en forma irrazonable (*consent not to be unreasonably withheld*). Este es un uso específico del estándar de razonabilidad, aplicado en cláusulas en que se requiere del consentimiento de una parte para la ejecución de determinadas acciones por la parte contraria. La parte que requiere del consentimiento para realizar una determinada acción prohibida bajo

⁸² Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

⁸³ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

el contrato, siempre podrá solicitarlo de su contraparte quien, a su vez, siempre podrá denegarlo. Esta herramienta de redacción se utiliza en aquellos supuestos anticipados por la parte que requiere del consentimiento para evitar que su contraparte lo deniegue de forma irrazonable, debiendo tener razones fundadas para oponerse, en cada caso, a la realización de la acción propuesta. En caso que el consentimiento de la parte contraria se requiera además en forma expedita, puede incluirse aquello a través de una frase como la siguiente: “consentimiento que no podrá ser irrazonablemente denegado o retardado”⁸⁴.

iv. A su mejor saber y entender (*to the best of its knowledge*).

Esta herramienta de redacción se utiliza para hacer la diferencia entre declarar un hecho y declarar sobre la conciencia que la parte declarante tenga de un hecho. Por ejemplo, es diferente declarar que: (i) el vendedor no ha incumplido alguna ley medioambiental; o que (ii) a su mejor saber y entender, el vendedor no ha incumplido alguna ley medioambiental. En (i) la pre-existencia de un incumplimiento a la ley medioambiental haría falsa la declaración, otorgando al comprador una acción en contra del vendedor; en (ii) en cambio, dicha acción solo prosperaría si el comprador probase que el vendedor tenía conciencia de dicho incumplimiento.

v. Substancialmente en la forma indicada (*substantially in the form of*).

Es frecuente que las transacciones comerciales comprendan más de un acto o contrato que deba otorgarse o suscribirse en forma simultánea o sucesiva, en conjunto con otros actos. En estos casos, es común que, en uno o varios de dichos acuerdos, se hagan referencias cruzadas a los otros instrumentos que conforman dicha transacción. Además, es común que se requiera o espere que

⁸⁴ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

estos sean otorgados en forma similar a los demás contratos o a las formas que se indiquen en los anexos de éstos. Por ejemplo, una condición para el cierre de una transacción, puede ser la suscripción, por una de las partes, de un contrato cuya forma y contenido ha sido previamente negociado e incluido como anexo del primer acuerdo. También es posible que las partes de un contrato acuerden que si una de ellas suscribe un contrato con una tercera parte, debe suscribir el mismo acuerdo con su contraparte original. En todos estos casos incluir como requisito que dichos acuerdos se suscriban “sustancialmente en la forma de” adquiere importancia ya que prescindir de dicha expresión puede frustrar el cumplimiento de los requerimientos y la condición, en el primer caso; o del pacto, en el segundo, debido a inconsistencias inmatereales entre los documentos que efectivamente se suscriban⁸⁵.

- vi. En la medida permitida por la ley (*to the extent permitted by law*).

Los contratos, por regla general, nunca deben requerir que las partes realicen acciones prohibidas por ley; ya que de ser así serían nulos por adolecer de objeto ilícito. Sin embargo, la posibilidad de que un contrato requiera la ejecución de actos prohibidos por ley, ya sea por desconocimiento de una legislación muy específica, o por cambios en la misma, existe; y son principalmente dos las formas en las que se puede sobrellevar dicha situación. La primera de ellas consiste en realizar un estudio acabado de la legislación en cuestión y modificar el contrato o la cláusula que se refiera a ella de manera acorde y específica; la segunda y más práctica aproximación al problema, es modificar la cláusula en cuestión, incluyendo en ella la frase “en la medida permitida por la ley”, lo que contribuirá, asimismo, a mantener vigente lo estipulado a pesar de futuros cambios a la legislación aplicable⁸⁶.

⁸⁵ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

⁸⁶ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

vii. Prontitud (*promptly*).

Este concepto se emplea para otorgar cierta medida de flexibilidad al período de tiempo requerido por el contrato para la ejecución de un requerimiento contractual. Se utiliza en aquellas provisiones en que se necesita de un margen de tiempo para la ejecución de una prestación bajo el contrato, margen que no pueden delimitarse previamente, en la etapa de negociación del mismo, mediante la fijación de un determinado número de días. Por lo general, se utiliza en estipulaciones en que ciertas acciones deben tomarse en forma inmediata o lo más pronto posible. Puede acompañarse de un período máximo de tiempo dentro del cual debe ejecutarse la acción; por ejemplo, si se conviene que cierta información debe ser entregada al comprador lo más pronto posible, pero en ningún caso después de transcurridos 10 días desde que fue obtenida por el vendedor. En el derecho anglosajón, por ejemplo, existe consenso en que el término inmediatamente (*immediately*), aplicado en este sentido, debe ser utilizado de forma restringida, ya que son muy pocas las acciones, que en normal curso de los negocios, pueden ocurrir con inmediatez⁸⁷.

viii. En forma y substancia a satisfacción de (*in form and substance satisfactory*).

Esta herramienta se utiliza para conferir a una de las partes el derecho a aprobar la forma y substancia de un documento en particular. Por lo general, se incorpora en aquellos contratos en que una de las partes debe proveer a la otra de ciertos documentos o contratos, los que deben otorgarse en forma y substancia que satisfaga a la primera⁸⁸. Esta herramienta se utiliza, generalmente, en aquellos contratos en que se recurre a la subcontratación de terceras personas para la ejecución de la prestación debida; o en contratos de financiamiento que requieren el otorgamiento de garantías o contratos accesorios. Para evitar la discreción absoluta del acreedor o propietario, es recomendable incluir un estándar de razonabilidad a la satisfacción que se

⁸⁷ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

⁸⁸ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

requiere para la aceptabilidad de un documento. Así, el documento exhibido por la contraparte, deberá ser otorgado “en forma y substancia razonablemente satisfactoria para el acreedor”⁸⁹.

- ix. Sustancialmente todo o parte (*substantially all/substantially portion*).

Esta herramienta se utiliza generalmente en contratos en que se pretende limitar la enajenación de activos de una de las partes sin determinar el monto hasta el cual estas ventas se encuentran permitidas bajo el contrato. Así, por ejemplo, la parte A no podrá vender o disponer de sustancialmente todos sus activos; o de una parte substancial de estos⁹⁰.

- x. En el curso ordinario de los negocios (*in the ordinary course of business*).

Esta herramienta se utiliza para flexibilizar provisiones restrictivas, permitiendo la realización de actividades habituales y típicas para la parte restringida, otorgando, a la vez, seguridad a la contraparte de que dicha flexibilidad no será aplicada de forma inusual o no anticipada. La necesidad y forma en que se incorpore esta herramienta dependerá del tipo de negocio que desarrolle cada parte. Así, por ejemplo, una empresa constructora consentirá en no incurrir en nuevas garantías, salvo por aquellas que obtenga, en el curso ordinario de sus negocios, para garantizar el cumplimiento de las obligaciones contraídas bajo sus actuales o futuros contratos de construcción⁹¹.

- xi. Consistente con prácticas pasadas (*consistent with past practice*).

La herramienta anterior se enfoca en si una determinada acción es habitual para una parte. Esta, en cambio, se enfoca en cómo se realiza dicha acción; y más específicamente en cual ha sido históricamente su propósito. Así, se encuentran

⁸⁹ Traducción del autor. FOX, Charles M. Working With Contracts: What Law School Doesn't Teach You. Segunda Edición, Nueva York, Practising Law Institute, 2008. pág. 93.

⁹⁰ Cfr. FOX, Charles M. Drafting Techniques. ob. cit. pp.83-116.

⁹¹ Cfr. FOX, Charles M. Drafting Techniques. ob. cit. pp.83-116.

permitidas las actividades habituales de una de las partes, solo si éstas, a la vez, se efectúan con el mismo propósito con el que se han realizado en el pasado⁹². Esta herramienta permite evitar que una parte destine sus recursos a nuevos propósitos, que podrían ser perjudiciales para su contraparte.

- xii. En términos no más estrictos (*not more restrictive*).

Esta frase se utiliza en cláusulas que limitan la capacidad de una de las partes de consentir en restricciones a sus actividades bajo otros contratos. Se utiliza por ejemplo, en provisiones que permiten a una parte incurrir en endeudamiento para refinanciar sus obligaciones existentes, al estipular que los términos del nuevo contrato no sean más estrictos que los de las obligaciones que refinancian⁹³.

b. Técnicas de redacción utilizadas para determinar la prelación de cláusulas.

A menudo, los contratos contienen disposiciones inconsistentes, lo que ocurre cuando, por ejemplo, una restricción general, presente en alguna de las cláusulas del contrato, entra en conflicto con otra que requiere de la realización de una acción específica; o si existen principios de general aplicación en el contrato que deben ser anulados en circunstancias específicas. Corresponde al redactor del contrato identificar dichas inconsistencias y emplear técnicas de redacción que indiquen aquellas disposiciones que prevalecerán sobre las otras, para así evitar la confusión de los administradores del contrato y posibles disputas entre las partes del mismo⁹⁴.

- i. Salvedades (*provisos*).

Las salvedades se utilizan en oraciones que comienzan, por lo general, con la frase “siempre que” o “siempre y cuando”. El propósito de las salvedades es invalidar el concepto que inmediatamente precede a la frase “siempre que” o

⁹² Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

⁹³ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

⁹⁴ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

“siempre y cuando”, a menos que se cumpla el contenido de la frase inmediatamente posterior a aquella. Las salvedades pueden ser utilizadas para: (i) introducir una condición; (ii) introducir una limitación; (iii) introducir una excepción; e (iv) introducir una nueva disposición, que puede ser considerada como independiente de aquello dispuesto en la cláusula en que se ha empleado la salvedad⁹⁵.

- ii. No obstante cualquier disposición en contrario (*notwithstanding anything to the contrary*).

Esta frase, y sus variantes, se utilizan para indicar que lo que sigue es inconsistente y supera a otras disposiciones. Para ilustrar específicamente dicho sentido, puede expresarse este concepto a través de la frase “no obstante lo que antecede”. El propósito de esta técnica de redacción es más concreto que el de las salvedades; ya que a través de la inclusión de una frase del tipo “no obstante cualquier estipulación en contrario”, se logra invalidar o anular todas aquellas cláusulas o disposiciones no contenidas en la acción indicada y que sigue a dicha frase, acción permitida o prohibida terminantemente.

Consideremos, por ejemplo, un contrato de compraventa de acciones que contiene una serie de disposiciones que impiden que la entidad adquirida efectúe determinadas transacciones. Las partes de dicho contrato, acuerdan permitir que la entidad adquirida suscriba un contrato de *joint venture* específico. Esto genera problemas, ya que las obligaciones de no hacer del contrato de compraventa de acciones limitarán o prohibirán lo estipulado en el de *joint venture* generando conflicto e inconsistencias entre ambos acuerdos. Este problema puede solucionarse de dos formas. La primera de ellas consiste en incluir una excepción relativa a la suscripción del contrato de *joint venture* a cada una de las obligaciones de no hacer relevantes; la segunda y más simple solución al problema, consiste en incluir al final de la sección del contrato de compraventa

⁹⁵ Cfr. ADAMS, Kenneth A. *Select Usages*. En su: *A Manual of Style for Contract Drafting*. Segunda Edición, Chicago, American Bar Association, 2008. pp.227-319.

de acciones que trata las obligaciones de no hacer lo siguiente: “No obstante cualquier disposición en contrario, la compañía podía suscribir el acuerdo de *joint venture*, especificado en el anexo A”⁹⁶.

iii. Salvo disposición en contrario (*except as otherwise provided*).

Esta frase se utiliza para indicar que la disposición en la que es incluida puede ser invalidada por otras disposiciones del contrato. Por lo general, la cláusula en la que ésta frase se incluya hará referencia a la disposición que tiene preeminencia sobre ella. También puede utilizarse en caso que se pretenda indicar que una disposición general puede ser anulada por otra más específica, sin hacer referencia a una cláusula en particular⁹⁷. En este caso, la disposición general será aplicable siempre que no exista una más específica que regule la materia cada caso.

iv. Inconsistencias entre distintos acuerdos.

Las inconsistencias presentes en cláusulas de un mismo contrato, también ocurren en distintos acuerdos suscritos por las mismas partes. Si se tiene claridad con respecto a qué disposiciones de cada acuerdo están en conflicto, el problema se soluciona aplicando alguna de las técnicas de redacción expuestas anteriormente. Si, por el contrario, no existe claridad con respecto a qué disposiciones de cada acuerdo están en conflicto; o si el conflicto entre los acuerdos es de carácter general, el problema se soluciona a través de técnicas de redacción que determinan la preeminencia de un acuerdo sobre el otro, también en términos generales.

Para ejemplificar la situación expuesta, consideremos el siguiente ejemplo: “De existir inconsistencias entre las disposiciones del contrato de crédito y los otros

⁹⁶ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

⁹⁷ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

acuerdos que conforman la transacción, prevalecerá lo dispuesto en el contrato de crédito”⁹⁸.

c. Técnicas de redacción aplicables a los términos de contabilidad y medición.

En cierta medida, la gran mayoría de los contratos tratan sobre dinero e incluyen términos contables o de medidas. Es por esta razón que las personas encargadas de la redacción de acuerdos comerciales deben ser capaces de expresar términos e ideas cuantitativas en palabras. Generalmente, es necesario incluir en un contrato disposiciones que se ocupan de cómo calcular, después de firmado el acuerdo, un determinado quantum, que puede corresponder, a tasas de interés; ratios de endeudamiento, o a la cantidad en que debe ajustarse el precio para ejercer alguna opción bajo el contrato, entre otros. Estas fórmulas pueden expresarse en prosa o a través de ecuaciones matemáticas.

i. Fórmulas.

La forma más común de expresar fórmulas en un contrato, es a través de la prosa. Para una correcta aplicación de la fórmula así expresada la claridad es fundamental. Esta se logra especificando claramente las funciones matemáticas que se utilizarán en la determinación del quantum, así como el orden en que estas deben ser aplicadas.

En su forma más simple, una fórmula contractual involucrará un solo tipo de operación aritmética, lo que se puede expresar como: A pagará a B un monto equivalente a X [mas] [menos] [multiplicado por] [dividido por] Y. Obtener una fórmula fácil de aplicar y concisa requiere omitir frases que se refieran al producto final de la operación matemática aplicada, como sería por ejemplo: A pagará a B un monto equivalente a la suma entre X e Y. Frases como la anterior tienen utilidad en otros contextos que tratare más adelante. Otra manera de expresar fórmulas contractuales simples, corresponde a aquella en que el cálculo

⁹⁸ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

de un quantum se expresa como un porcentaje de una cantidad dada, como por ejemplo: A pagará a B un monto equivalente al X% de Y. El uso de la expresión “un monto, suma o cantidad equivalente a” sirve para reflejar el hecho de que el dinero es fungible.

Cuando es necesario aplicar dos o más tipos de operaciones aritméticas al cálculo de un quantum, deben seguirse las convenciones propias de las matemáticas. Estas indican primero realizar las operaciones que se encuentran entre paréntesis, luego todas las multiplicaciones y divisiones, terminando con las sumas y restas, que deben realizarse siempre de izquierda a derecha.

Cuando las fórmulas matemáticas se expresan en palabras no corresponde utilizar paréntesis para indicar el orden en que las operaciones deben realizarse. Existen, sin embargo, dos mecanismos a través de los cuales puede indicarse el orden de las operaciones, de éstos solo uno debe ser aplicado a todo el contrato, para procurar la consistencia del mismo. Uno de estos mecanismos es el uso de la expresión “el resultado de” para aislar una operación del resto de la fórmula. Generalmente la expresión indicada se utiliza antes de la operación en cuestión, para reflejar que el resultado de ésta es el factor que debe considerarse en el cálculo de la fórmula. El otro mecanismo corresponde al uso de la enumeración, que funciona al igual que los paréntesis de las convenciones matemáticas al indicar, a través de una secuencia numérica, que operación debe realizarse primero y cuales la suceden. Este mecanismo debe aplicarse a aquellas operaciones matemáticas que comprendan tres o más operaciones secuenciales, a fin de asegurar la claridad de la fórmula y la precisión de su resultado.⁹⁹

ii. Indicación de cantidades de dinero.

Las cantidades de dinero que forman parte de la transacción regulada por un contrato deben expresarse en números, seguidos por la indicación del tipo de

⁹⁹ Cfr. ADAMS, Kenneth A. Numbers and Formulas. En su: A Manual of Style for Contract Drafting. Segunda Edición, Chicago, American Bar Association, 2008. pp.321-333.

moneda de que se trate. Para ello puede utilizarse el signo de dicha moneda o el código de tres letras definido por la *International Standards Organization* (ISO 4217). El uso de los códigos definidos por ISO es recomendable en aquellos casos en que el mismo signo se utiliza para identificar distintas monedas, por ejemplo, el dólar de los Estados Unidos de América, Australia, Brunei, Canadá; y el peso chileno, argentino y mexicano identificados todos por el signo \$. En un contrato suscrito por partes chilenas y canadienses, por ejemplo, es conveniente identificar la moneda aplicable al contrato como CAD (dólar canadiense) o CLP (peso chileno); ya que identificar la moneda a través del signo \$ no determina de forma concluyente si se trata de dólares canadienses o pesos chilenos¹⁰⁰.

Existen distintas circunstancias y razones que hacen necesario determinar cantidades de dinero dentro del contrato, fijando montos mínimos y máximos. Para fijar un monto máximo en un contrato de distribución, por ejemplo, puede utilizarse la siguiente expresión: “El Distribuidor pagará al Propietario una cantidad equivalente a la menor de (i) 500.000 CLP; o (ii) 40% de las ventas totales del mes en curso”. De esta disposición se extrae que el pago máximo adeudado bajo el contrato por los productos distribuidos corresponde a 500.000 CLP; si la venta del 40% de dichos productos fuere menor a dicha suma, el monto adeudado también lo será. Usando el mismo ejemplo, podemos fijar la cantidad mínima que se adeude por los productos distribuidos bajo el contrato. Modificando la palabra menor por la palabra mayor obtenemos la siguiente fórmula: “El Distribuidor pagará al Propietario una cantidad equivalente a la mayor de (i) 500.000 CLP; o (ii) 40% de las ventas totales del mes en curso”. A la inversa de lo que ocurría en el primer ejemplo, ahora el mínimo de pago serán 500.000 CLP.

iii. Sobre una base consolidada (*on a consolidated basis*).

El término consolidado es un término contable que se utiliza para indicar que los estados financieros de una compañía incluyen mediciones de todas sus filiales.

¹⁰⁰ Cfr. ADAMS, Kenneth A. *Select Usages*. ob. cit. pp.227-319.

Esta forma de medir los estados financieros de una entidad, tiene por efecto la eliminación de todas las transacciones realizadas entre ésta y sus empresas relacionadas.

iv. Principios de contabilidad generalmente aceptados.

Por lo general, los cálculos financieros dentro de un contrato serán realizados de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptados en el país en que se otorgue. Esta mención se incluye en distintas secciones del contrato que, por lo general, corresponden a aquellas en que se trate la información contable o la forma de realizar los cálculos que corresponda. Así, puede incluirse, por ejemplo, como una declaración del vendedor, que tanto sus estados financieros, sean estos individuales o consolidados, como los activos y su depreciación; y a las proyecciones con respecto a gastos y pérdidas han sido confeccionados de conformidad con los principios de contabilidad generalmente aceptado en Chile. Una cuestión que deben abordar las partes con respecto a este tema es cómo tratar los cambios a los principios de contabilidad generalmente aceptados. Por lo general, un suceso previsible como el indicado es resuelto mediante la inclusión de una disposición que congela la aplicación de los principios de contabilidad generalmente aceptados a aquellos vigentes al momento de suscribirse el contrato. Lo anterior se logra a través del siguiente lenguaje: “Cambios en los principios de contabilidad generalmente aceptados después de la entrada en vigencia del contrato, no serán considerados para efectos de realizar los cálculos indicados en la sección 5 del acuerdo”¹⁰¹.

d. Técnicas de redacción aplicables a los términos de inclusión y exclusión.

Las disposiciones de un contrato suelen, en las primeras etapas de su negociación, tomar la forma de una prohibición general, es decir, que aquellas conductas que uno de los contratantes pretende proscribir, se encuentran absolutamente prohibidas. Con el avance de las negociaciones entre las partes, a esta prohibición general, se le agregarán algunas

¹⁰¹ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

excepciones, las que, a su vez, tendrán ciertas limitaciones. Esto se debe a que una de las partes querrá imponer a la otra una regla absoluta, a lo que ésta a su turno responderá incluyendo algunas excepciones, las que serán, hasta cierto punto y dentro de lo razonable, aceptadas por la primera. A continuación presentare ciertas reglas para la inclusión y exclusión de excepciones.

i. Mantener la consistencia.

Una fuente importante de inconsistencia en un contrato surge del proceso de negociación del mismo; específicamente de la revisión y modificación sucesiva de sus disposiciones versión tras versión, hasta llegar al documento final. Consideremos, por ejemplo, lo que ocurre en el caso de una declaración o *covenant* sujeto a una lista de excepciones que se han modificado conforme al avance de las negociaciones. Es común el que tipo de lenguaje y orden gramatical utilizado no sea el mismo para cada una de las excepciones que contiene la cláusula. De ser así es conveniente tomar alguna de estas formas gramaticales, idealmente la más precisa, simple y clara; y aplicarla al resto de la lista de excepciones. Trabajar de esta forma hará que el contrato sea más fácil de interpretar y aplicar.

ii. Exclusiones específicas. Excepciones innecesarias.

En algunos casos, el lenguaje contractual no refleja precisamente si una disposición es aplicable a una materia o evento en particular. Esto se resuelve a través de la incorporación a dicha disposición de lenguaje aclaratorio específico que comprenda, incluyendo o excluyendo, precisamente la materia sobre la que no se tiene certeza.

Las excepciones innecesarias suelen generar ambigüedad y confusión. Si, al contrario de la situación expuesta precedentemente, existe claridad con respecto a que una disposición no abarca una materia o evento en particular, es siempre contraproducente indicar en el contrato que dicha materia o evento constituyen

una excepción a lo dispuesto, lo que resultaría redundante y además permitiría argumentar que la disposición es más amplia de lo que parece¹⁰².

iii. Incluyendo, sin limitación (*including without limitation*).

Esta frase se utiliza seguida de uno o más ejemplos cubiertos por una disposición para aclarar el alcance de la misma. Si bien no introduce cambios a la disposición, se utiliza para enfatizar aquellas acciones cuyo cumplimiento es especialmente relevante para una de las partes y para efectuar aclaraciones con respecto a qué es lo que la disposición abarca.¹⁰³

iv. Incorporación de cláusulas por referencia.

En muchos contratos es necesario incorporar disposiciones de otros actos o contratos que forman parte de la misma transacción, esto puede hacerse de dos formas: (i) repitiendo literalmente las cláusulas que se quieran incorporar al documento que estamos redactando; o (ii) incorporar dichas cláusulas por referencia¹⁰⁴. Esta herramienta tiene gran utilidad en contratos que son modelados a partir de otros documentos, por ejemplo, por bases de licitación. La incorporación por referencia se efectúa a través de lenguaje como el siguiente: “El significado y los alcances del término “Información Confidencial”, así como la obligación de reserva a la que se encuentran sujetos el Contratista, sus Subcontratistas y/o Proveedores y los alcances de la misma, se regirán por lo dispuesto en las Bases Administrativas Generales”.

¹⁰² Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

¹⁰³ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

¹⁰⁴ Cfr. FOX, Charles M. *Drafting Techniques*. ob. cit. pp.83-116.

Capítulo III

La Estructura del Contrato en Detalle

El presente capítulo tiene por objeto ilustrar la forma en que los distintos elementos de la estructura básica de un contrato, tratados en el primer capítulo del presente trabajo, se utilizan en dos tipos distintos de acuerdo: un contrato de crédito bancario y un contrato de compraventa de activos. Estos contratos otorgan la posibilidad de explorar como se utilizan las declaraciones y garantías, *covenants*, condiciones precedentes y remedios, en consideración a las relaciones que cada uno de éstos crea entre las partes. El primero, crea un vínculo jurídico que se mantendrá vigente al menos hasta el pago de la última cuota de la deuda; mientras el segundo, terminará, por lo general, con la suscripción del acuerdo y pago del precio pactado. El análisis de la forma en que las declaraciones y garantías, *covenants*, condiciones precedentes y remedios se utilizan en uno y otro contrato nos otorgará un mejor entendimiento de su utilidad y funcionamiento¹⁰⁵.

I. Disposiciones del Contrato de Crédito.

Las disposiciones de un contrato de crédito, tienden a proteger a una de las partes, el acreedor, del riesgo crediticio de la otra, el deudor. Dicho riesgo se traduce en la potencial incapacidad financiera del deudor de efectuar el pago de las cuotas, ya sea por concepto de capital o intereses, en que se encuentra dividida la deuda contratada. Este riesgo crediticio se mantendrá vigente hasta el pago de la última cuota de capital e intereses bajo el contrato¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. En su: Working with Contractas What Law School Doesn't Teach You. 2° ed. Practising Law Institute , Nueva York, 2008. pp.169-244.

¹⁰⁶ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

El ordenamiento jurídico obliga al deudor a responder por el cumplimiento íntegro, fiel y oportuno de sus créditos con todo su patrimonio, pero este derecho de prenda general, muchas veces, no será suficiente para satisfacer los intereses del acreedor, quien además de requerir la constitución de cauciones, personales y reales, para asegurar su crédito, incluirá en el contrato las disposiciones que siguen con los objetivos específicos que en ellas se indican.

a. Declaraciones y Garantías.

Las declaraciones y garantías del deudor en este caso, se otorgan para reflejar la imagen de su situación financiera al momento de suscribir el contrato. Los contratantes pueden otorgar declaraciones sobre un sinnúmero de hechos, pero tradicionalmente declararán sobre lo siguiente¹⁰⁷:

i. Estados financieros.

El propósito de esta declaración es obtener que el deudor respalde la veracidad de sus estados financieros. Lo anterior se debe a que el acreedor probablemente se ha basado en la información contenida en éstos al tomar la decisión de otorgar el crédito¹⁰⁸. Esta declaración se refiere, por lo general, a los estados financieros individuales o consolidados del deudor, auditados al 31 de diciembre del año inmediatamente anterior a aquel en que se suscriba el contrato y a estados financieros consolidados o individuales parciales, que pueden ser mensuales, trimestrales, etc. Contendrá, a su vez, una indicación relativa a que los estados financieros han sido preparados de conformidad con los principios contables generalmente aceptados en Chile. El siguiente es un ejemplo de esta clase de declaración: “Que sus estados financieros auditados, individuales y consolidados, al 31 de diciembre de 2011, incluyendo sus notas, y sus estados financieros, individuales y consolidados parciales a julio de 2012,

¹⁰⁷ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹⁰⁸ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

han sido preparados de acuerdo con los principios contables generalmente aceptados en Chile y reflejan la condición financiera del Deudor a la fecha en que éstos han sido preparados.”

ii. Proyecciones.

Esta declaración tiene que ver con información financiera proyectada hacia el futuro. Las proyecciones son predicciones sobre la situación financiera y de resultados de una entidad y, por tanto, no pueden expresarse con la misma certeza que las declaraciones sobre estados financieros pasados. Por lo general, indican que el deudor confía en las proyecciones de su empresa; que estas se otorgan de buena fe; y que se han obtenido mediante un proceso razonable. Dada la incertidumbre contenida en una declaración sobre proyecciones, es difícil determinar cuándo esta se ha incumplido o es falsa. El acreedor puede alegar que el deudor no creía en la exactitud de la predicción al momento de otorgar la declaración; que esta surgió de un proceso irrazonable; o que fue otorgada de mala fe, con las dificultades que la prueba de dichos hechos conlleva. El siguiente es un ejemplo del tenor de esta clase de declaración: “Las proyecciones financieras adjuntas al presente contrato han sido preparadas de manera consistente con los estados financieros del deudor y se basan en estimaciones y supuestos de buena fe efectuados por el mismo. A esta fecha, el deudor considera que dichas proyecciones son razonables y alcanzables, teniendo presente que las proyecciones sobre eventos futuros no deben considerarse como hechos y que los resultados reales de las operaciones del deudor pueden diferir de aquellos proyectados¹⁰⁹.”

¹⁰⁹ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

iii. Cambio material adverso.

Esta declaración garantiza al acreedor que desde la fecha en que fueron confeccionados los estados financieros auditados a la fecha de la suscripción del contrato, no ha ocurrido un evento significativo que cause un cambio material adverso en la situación financiera del deudor¹¹⁰. Esta garantía se otorga a través de una frase como la siguiente: “Desde el 31 de diciembre de 2011 a la fecha, no ha ocurrido un cambio material adverso en los negocios, activos, pasivos, condición financiera o proyecciones del deudor o de alguna de sus filiales, considerados en conjunto.”

iv. Litigios.

Una declaración relativa a litigios tiene lugar en un contrato de crédito debido a los efectos negativos que éstos pueden ocasionar en el patrimonio del deudor. Esta declaración se compone de dos partes; la primera, se refiere a litigios relacionados con la transacción misma; la segunda, se refiere a todo otro litigio o acción interpuesta en contra del deudor. Esta declaración se limita a litigios que cumplan dos criterios: (i) que se resuelvan en contra del deudor; y (ii) que cause un efecto material adverso a los negocios, activos, pasivos, situación financiera o proyecciones del deudor. Estos criterios permiten al deudor calificar los méritos y materialidad de cada litigio eventual o pendiente y luego decidir si incluirlos o no en la declaración¹¹¹. El siguiente es un ejemplo de esta clase de declaración: “El deudor, a la fecha no tiene conocimiento de la existencia de acciones judiciales, arbitrales o mediaciones, denuncias o investigaciones administrativas o judiciales, notificaciones, reclamos, conflictos laborales o litigios iniciados en su contra, que

¹¹⁰ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹¹¹ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

causen o puedan razonablemente causar un efecto material adverso de ser resueltos en su contra.”

v. Conformidad con la ley.

Esta declaración se incluye con el propósito de obtener que el deudor revele cualquier infracción a la ley. Por lo general, la única parte de esta declaración que deja espacio para negociar, es la incorporación de un estándar de materialidad; así, no se considerarán y el deudor no deberá revelar infracciones inmateriales a la ley¹¹². Consideremos, por ejemplo, que el deudor ha infringido la ley de tránsito al conducir a exceso de velocidad, este tipo de infracción es inmaterial, por cuanto la multa que deberá pagar no será patrimonialmente relevante y, por tanto, no tendría sentido comunicarla al acreedor. El siguiente es un ejemplo de este tipo de declaración: “El deudor ha cumplido, en todos sus aspectos relevantes, todas las normas legales y reglamentarias vigentes, así como las instrucciones y resoluciones administrativas o jurisdiccionales aplicables a las actividades y negocios que desarrolla, salvo por infracciones que no tienen un efecto material adverso en su patrimonio.”

vi. Pago de impuestos.

Esta declaración es una manifestación más de la preocupación del acreedor por la condición financiera general del deudor. Al igual que en la declaración sobre conformidad con la ley, se incluirá un estándar de materialidad, para dejar infracciones inmateriales a la ley tributaria fuera de la declaración¹¹³. Asimismo, se excluirán obligaciones tributarias impugnadas por el deudor, constatando que

¹¹² Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹¹³ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

se han destinado fondos en caso de que dicho reclamo se resuelva en su contra. Tradicionalmente esta declaración se otorgará de la siguiente forma: “El deudor ha pagado y/o provisionado todas sus obligaciones tributarias, salvo aquellas cuya falta de pago o cumplimiento no pudiere razonablemente causar un efecto material adverso; y aquéllas que han sido impugnadas mediante un procedimiento apropiado y respecto de las cuales se han establecido todas las provisiones que corresponda, de acuerdo a los principios contables generalmente aceptados en Chile.”

vii. *Disclosure.*

El propósito de esta declaración es contrarrestar el hecho de que ninguno de los contratantes está obligado a entregar voluntariamente mas información de aquella que debe revelarse obligatoriamente en virtud del principio de la buena fe; y que, por tanto, corresponde al acreedor asegurarse de la solvencia y capacidad económica del deudor. Otorgar una declaración de este tipo atribuye el riesgo por información de cualquier tipo, no revelada, al deudor¹¹⁴. Esta clase de declaración es del siguiente tenor: “Toda información entregada por escrito por el deudor al acreedor, para efectos de o en conexión con el presente contrato, es verdadera y exacta en todos sus aspectos materiales y no omite información necesaria para evitar que ésta pueda inducir a error en alguno de sus aspectos materiales.”

viii. *Otras declaraciones.*

Los contratos de crédito pueden incluir un sinnúmero de otras representaciones, que cubren desde la protección al medio ambiente a materias de propiedad intelectual o industrial, dependiendo del tipo de negocio y de los intereses y objetivos de las partes.

¹¹⁴ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

b. Obligaciones de Hacer.

Las obligaciones de hacer en los contratos de crédito, tienen en el propósito de imponer sobre el deudor la carga de ejecutar acciones tendientes a mantener el buen estado de sus negocios. En consecuencia, el espacio de dejan para negociaciones entre las partes es muy limitado¹¹⁵.

i. Entrega de información.

Si la revisión de los estados financieros del deudor y la entrega de información relativa al desarrollo de sus negocios, operaciones, activos, pasivos, situación financiera y proyecciones fue determinante para el acreedor al momento de suscribir el contrato; ésta obligación de hacer es la mejor manera de supervisar regularmente la evolución de dicha información. En cumplimiento de esta obligación el deudor deberá entregar regularmente información relativa a: (i) sus estados financieros parciales; (ii) sus estados financieros auditados, sean estos individuales o consolidados; y (ii) sus proyecciones. También deberá entregar regularmente, con la periodicidad establecida en el contrato, un certificado emitido por un ejecutivo principal del deudor constatando que no ha ocurrido alguna causal de incumplimiento y que se ha dado íntegro, cabal y oportuno cumplimiento a todas las obligaciones financieras bajo el contrato. En caso que corresponda, adicionalmente, otorgará: (i) aviso en caso de que ocurra alguna causal de incumplimiento, (ii) aviso de la interposición de una demanda o acción en contra del deudor.¹¹⁶ Este *covenant*, tradicionalmente incluye la obligación de entregar información en términos generales, incorporada a través de una

¹¹⁵ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹¹⁶ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

oración del siguiente tenor: “El deudor deberá entregar con prontitud cualquier otra información que razonablemente solicite el acreedor.”

ii. Libros y registros.

Esta obligación impone sobre el deudor la carga de llevar sus libros sociales de conformidad con lo dispuesto en la ley 18.046 y su reglamento; y sus libros contables de manera adecuada y precisa de conformidad con los principios contables generalmente aceptados en Chile; ya que sin estos es imposible monitorear la situación legal y contable del deudor. El siguiente es un ejemplo de este tipo de obligación de hacer: “El deudor se obliga a mantener sus libros y registros sociales en conformidad a la ley, y sus libros y registros contables de conformidad a la ley y los principios contables generalmente aceptados en Chile.”

iii. Inspecciones.

Esta obligación se relaciona con la declaración y garantía referida al *disclosure* del deudor y con la obligación de entregar información tratada en el número romano i. precedente, pero va más allá; ya que obliga al deudor a permitir el acceso al acreedor, o a alguno de sus representantes debidamente acreditados, a la propiedad del deudor con el objeto de inspeccionar sus operaciones, sus libros sociales y registros contables y su situación financiera en general. Esta obligación de hacer se introduce en el contrato mediante una disposición del siguiente tenor: “El deudor deberá permitir, luego de notificado por escrito y con anticipación razonable, el ingreso del acreedor o de alguno de sus representantes a su propiedad para efectos de visitar e inspeccionar sus bienes; examinar sus libros y registros sociales y contables; y de discutir sobre sus negocios y finanzas con sus empleados, ejecutivos y auditores externos, todo en

el tiempo y con la frecuencia que el acreedor razonablemente solicite”¹¹⁷.

iv. Conformidad con la ley.

Esta obligación de hacer está relacionada con la representación relativa al mismo tema, pero se diferencia de aquella ya que ésta no se refiere a un momento particular en el tiempo; si no que, a través de ella el deudor se compromete a no infringir la ley durante toda la vigencia del contrato. En razón de lo anterior, es que debe introducirse la materialidad como criterio, para evitar infracciones inmateriales a la ley que generen una causal de incumplimiento¹¹⁸. El siguiente es un ejemplo de este tipo de obligación de hacer: “El deudor debe cumplir con todas las leyes, órdenes, decretos, resoluciones, reglamentos y regulaciones que le sean aplicables, incluyendo normas y regulaciones medioambientales, laborales, tributarias y las normas de cambios internacionales del Banco Central de Chile que correspondan, salvo que el incumplimiento de éstas no cause un efecto material adverso en los negocios, activos, pasivos, situación financiera o proyecciones del deudor.”

v. Seguros.

Esta obligación se incluye en el contrato para asegurar el patrimonio del deudor ante la pérdida de activos no asegurados. Para satisfacer los intereses del acreedor, los seguros que el deudor deba contratar y mantener serán aquellos que normalmente se mantengan de conformidad con las prácticas de su industria; si bien los contratantes pueden estipular que se contrate los seguros de una compañía específica y por un monto determinado. Es común que esta

¹¹⁷ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹¹⁸ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

obligación incluya la de endosar las pólizas a nombre del acreedor, para que sea éste quien las cobre en caso de pérdida. La obligación de asegurar activos se incorpora en el contrato mediante una disposición del siguiente tenor: “El deudor se obliga a contratar en compañías de primera clase, y mantener vigentes los seguros contra todo riesgo sobre sus activos, que cubran convenientemente los riesgos comunes a que está afecto el rubro en que se desarrollan sus actividades, a lo menos durante todo el período de vigencia de los créditos que contrae mediante el presente instrumento y sus respectivas prorrogas, los cuales serán endosados a favor del acreedor.”

vi. Pago de Impuestos.

Esta obligación, al igual que muchas otras, se relaciona con una de las declaraciones y garantías otorgadas por el deudor. Lo anterior se debe a que las declaraciones y garantías se otorgan con respecto a materias determinantes o relevantes para el acreedor al momento de contratar; para mantener el estado de los hechos declarados durante la vigencia del acuerdo es que las materias que fueron objeto de las declaraciones y garantías, son, por lo general, también objeto de las obligaciones del deudor bajo el contrato¹¹⁹. En este caso, la obligación de pago de impuesto tiene el mismo propósito que la declaración relativa a este tema, por lo que nos remitimos a ella. El siguiente es un ejemplo de esta clase de obligación: “El deudor debe pagar y/o provisionar, antes o al vencimiento, todas sus obligaciones tributarias, salvo aquellas cuya falta de pago o cumplimiento no pudiere razonablemente causar un efecto material adverso; y aquellas que puedan, de buena fe, ser impugnadas mediante un procedimiento apropiado y respecto de las cuales se han establecido todas las

¹¹⁹ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

provisiones que corresponda de acuerdo a los principios contables generalmente aceptados en Chile.”

vii. Existencia corporativa.

Esta obligación, presente en todo contrato de crédito, obliga al deudor a mantener su existencia corporativa y, muchas veces, el giro de sus negocios. El siguiente es un ejemplo de la misma: “Mantener su existencia legal conforme a las leyes que le sean aplicables en Chile, y el giro de sus negocios, conforme a su objeto social, en forma consistente con el desarrollo de estos en el pasado.”

viii. Pago de créditos.

El no pago de las obligaciones de corto plazo del deudor es una de las primeras señales de sus dificultades económicas. En razón de lo anterior, es que una disposición dirigida a obligarlo a realizar estos pagos se incluirá en el contrato. El deudor podrá alegar que la imposición de esta carga le impedirá impugnar el pago de obligaciones nulas o prescritas; o que le impedirá resolver desbalances de caja que causen un retraso en el pago de estas. Es por esto que generalmente se incluirá a esta obligación un estándar de materialidad y se excluirán de ella las obligaciones que puedan ser de buena fe impugnadas¹²⁰. Esta obligación se incluye al contrato a través de una disposición como la siguiente: “El deudor dará íntegro y oportuno cumplimiento a todas sus obligaciones materiales, salvo por aquellas cuyo incumplimiento individual o agregado, no produzca un efecto material adverso sobre los negocios, activos, pasivos, situación financiera o proyecciones del deudor.”

¹²⁰ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

c. Obligaciones de No Hacer.

El propósito de las obligaciones de no hacer es asegurar la solvencia y capacidad del deudor de pagar el crédito. El acreedor, por su parte pretenderá prohibir la realización de toda actividad que desde su perspectiva afecte la solvencia y estabilidad financiera del deudor; quien, por el contrario, querrá mantener la flexibilidad y autonomía que le permitan aprovechar nuevas oportunidades de negocios y afrontar posibles cambios en el mercado. Las obligaciones negativas deben balancear las pretensiones de control del acreedor e independencia del deudor¹²¹. A continuación analizaremos las obligaciones de no hacer típicas de un contrato de crédito.

i. Contratación de nueva deuda.

Con respecto a los propósitos de esta obligación de no hacer, nos remitimos a lo indicado en el número 4 letra a del capítulo I de este trabajo. Existen dos tipos de *covenant* sobre contratación de nueva deuda: (i) los de mantenimiento; y (ii) los de contratación. El primero de estos se encuentra en la mayoría de los contratos de crédito bancario y permite mantener niveles específicos de deuda pendiente al mismo tiempo. El segundo, presente en ofertas de títulos de deuda, permite la contratación de nueva deuda siempre que el deudor apruebe ciertos *tests* financieros, después de confeccionar estados financieros que anticipen el resultado que la contratación de nueva deuda y el uso que los recursos obtenidos a partir de ésta, tendrán en sus flujos de caja. La base de toda clase de obligación de no hacer relativa a la contratación de nueva deuda, es la definición que se otorgue bajo el contrato de los términos deuda y endeudamiento. Una definición típica de estos términos se compone de los siguientes elementos: (i) las obligaciones con bancos e instituciones financieras o terceros por préstamos o créditos, tanto a corto como a largo plazo;

¹²¹ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

(ii) las obligaciones con el público documentadas con bonos, pagarés o instrumentos similares; (iii) las obligaciones pendientes de pago en compraventas de activos fijos o fuera del curso ordinario de los negocios del deudor; y (iv) las obligaciones pendientes de pago bajo los contratos de *leasing* del deudor destinados al arrendamiento de activos fijos. La prohibición de contratar nueva deuda nunca es absoluta; por lo general, se permite la contratación de nueva deuda si: (i) no tiene una mejor preferencia para el pago que las obligaciones de pago contraídas por el deudor bajo el contrato de crédito; (ii) no contienen índices financieros más restrictivos que los contenidos en el contrato; (iii) el incumplimiento de estas no produce la caducidad convencional del plazo¹²². En general, los contratantes podrán incluir el tipo de deuda que este permitido contratar bajo el contrato como una excepción a una disposición de carácter general sobre el tema. Esto se logra a través de la creación de *baskets* y *carveouts* tratados en el capítulo I del presente trabajo.

ii. Constitución de gravámenes.

El acreedor querrá limitar la capacidad del deudor de constituir gravámenes sobre sus activos para evitar que otros acreedores tengan preferencias en el pago de sus obligaciones. Esta obligación de no hacer se basa en la definición que del término garantías, gravámenes o cauciones se otorgue bajo el contrato. La definición de estos términos debe comprender los derechos reales y personales constituidos sobre los activos o el patrimonio del deudor en beneficio de terceros, para caucionar obligaciones propias o ajenas. En términos de preferencias, esta definición comprende los créditos de la segunda y tercera clase, en términos de derechos reales, solo comprende la prenda e hipoteca, dejando afuera al usufructo, uso o habitación, servidumbre y censo, si bien estos pueden incluirse

¹²² Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

dependiendo de la voluntad e intereses de los contratantes. En cuanto a la constitución de derechos personales incluye el aval, la fianza y codeuda solidaria. Así, el deudor no podrá constituirse en aval, fiador o codeudor solidario para caucionar obligaciones de terceros, ni podrá dar sus bienes en prenda o hipoteca para garantizar obligaciones propias o ajenas. El siguiente es un ejemplo de este tipo de obligación de no hacer: “El deudor no podrá otorgar cauciones, garantías personales, fianzas, codeudas solidarias o avales para asegurar el cumplimiento de cualquier obligación, deuda, pasivo o compromiso contraído por terceras personas”. En cuanto a la prohibición de constituir derechos reales sobre sus activos, ésta puede incorporarse, junto con algunas excepciones, mediante una disposición del siguiente tenor: “El deudor no podrá dar en prenda o hipoteca, ni constituir otros derechos reales sobre activos de su propiedad, salvo aquellos que sea necesario constituir para garantizar específicamente: (i) las obligaciones del deudor para con el acreedor en virtud de este Contrato; (ii) las obligaciones incurridas para financiar, refinanciar o pagar el precio de adquisición de bienes que se adquieran en el futuro, por compra o a través de otro medio, dentro del giro ordinario de sus negocios, y sólo sobre el bien adquirido o sus mejoras; (iii) las obligaciones que existen a esta fecha y respecto de las cuales se han constituido prendas, hipotecas o cauciones, y las prórrogas y renovaciones, totales o parciales, de dichas cauciones; y (iv) salvo por servidumbres constituidas sobre activos, dentro del giro ordinario de sus negocios, y siempre que no afecten significativamente el valor de dichos activos”. Otra forma, absoluta y más simple, de incluir esta obligación al contrato es la siguiente: “El deudor no podrá otorgar garantías o cauciones personales de ninguna especie en favor de terceros, ni tampoco otorgar garantías o cauciones reales de ningún tipo sobre los bienes corporales o incorporales de la empresa.”

iii. Venta de activos.

Esta obligación de no hacer tiene el propósito de evitar cambios significativos en el patrimonio del deudor, ya que la venta de activos relevantes tendrá, casi siempre, una incidencia negativa en la capacidad de producción del deudor y puede indicar problemas en sus flujos de caja. Esta prohibición se redacta en términos absolutos, si bien se incluyen a la disposición excepciones en que la venta de activos se permite¹²³. El siguiente es un ejemplo de esta clase de obligación redactada en términos absolutos: “El deudor se obliga a no vender, ceder, transferir, enajenar o disponer de cualquier forma sus activos.” Las excepciones se incluirán como *baskets*, si permiten la venta de activos hasta por un monto determinado; o como *carveouts* si permiten la venta de un tipo determinado de bienes.

iv. Pago de dividendos.

Esta obligación de no hacer se refiere a la prohibición de repartir dividendos provisorios y a la prohibición de repartir dividendos sobre el mínimo obligatorio de 30% de las utilidades líquidas de cada ejercicio, establecido en el artículo 79 de la Ley sobre Sociedades Anónimas. La prohibición de repartir dividendos se redactará de forma absoluta, pero la posibilidad de efectuar repartos será permitida si se cumple con ciertos indicadores financieros especificados en el contrato. Los indicadores financieros son relaciones de cifras extractadas de los estados financieros y otros informes de una entidad. Se utilizan para medir la liquidez del deudor, que a su vez permite determinar la capacidad de éste para cumplir con sus obligaciones a corto plazo. Los indicadores financieros que se incorporen a un contrato de crédito dependerán del rubro en que se desempeñe el deudor. Dentro de los más comunes se

¹²³ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

encuentran: (i) el nivel de endeudamiento financiero neto, (ii) EBITDA (*earning before taxes, depreciation and amortization*), (iii) relación de endeudamiento, y (iv) cobertura de gastos. Esta prohibición se incluye al contrato de crédito a través de una disposición del siguiente tenor: “El Deudor no podrá pagar o distribuir dividendos a sus accionistas, por un monto superior al treinta por ciento de las utilidades líquidas de cualquier ejercicio, si dicha distribución de dividendos implica el incumplimiento de alguno de los indicadores financieros bajo el contrato.” Cabe destacar que si bien el pago de dividendos es, por lo general, incluido dentro de las obligaciones de no hacer del deudor; puede a veces incorporarse como obligación de hacer, sobre todo si el deudor es la matriz de su grupo empresarial. En dicho caso, se incluirá al contrato una disposición mediante la cual el deudor se obligue a realizar las gestiones necesarias para que sus filiales distribuyan dividendos o proporcionen de otra manera fondos para cumplir con sus obligaciones de pago bajo el contrato de crédito.

v. Nuevas inversiones.

Esta prohibición es menos absoluta que las anteriores; ya que nuevas inversiones pueden generar valor para el deudor y, en consecuencia, beneficiar al acreedor. En cuanto al tipo de nuevas inversiones permitidas, el acreedor querrá asegurarse que éstas sigan el actual plan y giro de los negocios del deudor; que no involucren un riesgo excesivo, y que no resulten en una disminución significativa de los flujos de caja o activos del deudor. Entre los tipos inversiones permitidas se encuentran las siguientes: (i) inversiones en entidades relacionadas; el acreedor, no tendrá problemas en que el deudor invierta parte de sus recursos en una de sus empresas filiales, siempre que ésta haya caucionado las obligaciones contraídas por el deudor bajo el contrato; (ii) adquisiciones, el acreedor será reticente a

aceptarlas, salvo que el deudor demuestre los méritos de la transacción propuesta y el cumplimiento de las obligaciones financieras bajo el contrato, e (iii) inversiones de dinero; el deudor querrá invertir sus fondos, lo que el acreedor permitirá siempre que se inviertan en vehículos de inversión de alta liquidez¹²⁴.

vi. Transacciones con entidades relacionadas.

Partes relacionadas son, en conformidad con lo establecido en el artículo 100 de la ley N° 18.045 sobre Mercado de Valores: (i) las entidades del grupo empresarial al que pertenece la entidad, (ii) las personas jurídicas que tengan, respecto de la sociedad, el carácter de matriz, coligante, filial o coligada; (iii) los directores, gerentes, administradores, ejecutivos principales o liquidadores de la sociedad, y sus cónyuges y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, así como toda otra entidad controlada directamente o a través de cualquiera de ellos; y (iv) toda persona que por sí sola, o con otras que tenga acuerdo de actuación conjunta, pueda designar al menos un miembro de la administración de la sociedad o controle al menos un 10% del capital o de las acciones con derecho a voto. Los intereses y el beneficio que el deudor obtenga al efectuar transacciones con estas personas relacionadas preocupan tanto a la ley como al acreedor, ya que estas pueden no realizarse en condiciones favorables para el deudor, en perjuicio del acreedor y de los accionistas minoritarios. En consecuencia, el acreedor pretenderá regular estas transacciones, a fin de evitar que el deudor las efectúe en condiciones poco ventajosas que resulten en una disminución de su patrimonio. Esta obligación de no hacer se incluye al contrato a través de una disposición como la siguiente: “El deudor no podrá otorgar préstamos, anticipos, efectuar depósitos o entrar en cualquier tipo de transacción con sus empresas relacionadas, con excepción de

¹²⁴ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

aquellas que deriven de operaciones dentro del giro normal de sus negocios y se ajusten en precio, términos y condiciones a aquellas que prevalezcan en el mercado”.

vii. Modificación de instrumentos.

El acreedor, prohibirá la modificación de todo aspecto material en los instrumentos que hayan determinado su decisión de otorgar un crédito al deudor. Entre estos documentos, pueden encontrarse contratos con proveedores y clientes del deudor, sus estatutos, estructura de propiedad, etc. Por lo general, una disposición dirigida a prohibir la modificación de documentos relevantes desde el punto de vista del acreedor se divide en dos cláusulas. Una relativa a la modificación de los estatutos y participación en la propiedad del deudor, y otra relativa a la modificación de sus contratos relevante. La primera de estas se introduce al contrato a través de una estipulación del siguiente tenor: “El deudor no modificará sus estatutos en un aspecto esencial que pueda comprometer el cumplimiento de la obligación de que da cuenta el presente instrumento, sin el consentimiento previo, expreso y por escrito del acreedor. Cualquier variación en la propiedad de las acciones del deudor que afecte a más de un X por ciento del capital, deberá contar con el consentimiento previo, expreso y por escrito del acreedor.” Esta clase de disposición puede incluir prohibiciones específicas sobre la posibilidad del deudor de dividirse, fusionarse, liquidarse, disolverse o transformarse. Las cuales a su vez, se pueden prohibir en forma absoluta o permitirse en algunas circunstancias; por ejemplo, si el deudor se fusiona con algunas de sus filiales absorbiéndola. En cuanto a la prohibición de modificar contratos relevantes, esta

dependerá de los intereses del acreedor, del rubro en que se desempeña el deudor y del tipo de acuerdo que se intenta proteger¹²⁵.

d. Obligaciones Financieras.

Las obligaciones financieras se incorporan en los contratos de crédito; ya que son el mejor indicador del resultado de las operaciones comerciales del deudor y sirven para analizar si éstos se acercan a las proyecciones presentadas por el deudor. Las obligaciones financieras permiten al acreedor monitorear los resultados financieros del deudor y ejercitar los remedios que correspondan bajo el contrato si estos caen por debajo de los niveles requeridos¹²⁶. Los siguientes son algunos de los *covenants* financieros que se repiten con mayor frecuencia en los contratos de crédito:

i. EBITDA mínimo.

Esta obligación financiera se calcula sumando al ingreso neto lo descontado por concepto de intereses, impuestos, depreciación y amortización. Es considerado como una de las mejores formas de medir los resultados de las operaciones financieras del deudor. El EBITDA mínimo, requiere que el deudor alcance ciertos niveles de EBITDA en períodos determinados bajo el contrato.

ii. Índice de endeudamiento máximo.

El objetivo de este índice es determinar qué parte del financiamiento de una entidad proviene de fondos pertenecientes a sus acreedores. Un índice alto, indicará que gran parte del financiamiento del deudor proviene de préstamos; un índice bajo, en cambio, indicará un menor

¹²⁵ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹²⁶ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

apalancamiento de capital y mejor situación patrimonial en general. Este índice es una buena manera de medir el riesgo del deudor.

iii. Razón de cobertura de intereses mínima.

Esta razón se utiliza para determinar con qué facilidad puede una empresa pagar los intereses sobre sus deudas pendientes. Se calcula dividiendo los ingresos, antes del pago de intereses e impuestos de un período, por los gastos por intereses del mismo período. Esta razón indica si el deudor tiene el flujo de caja suficiente como para cubrir los intereses de sus deudas pendientes.

iv. Razón de deuda financiera neta.

Esta razón indica la situación general de la deuda de una entidad. Se calcula sumando la deuda a corto y largo plazo y restándole al resultado de dicha operación el dinero en efectivo y otros activos líquidos del deudor.

v. Razón de cobertura de cargo fijo.

Esta razón es similar a la de cobertura de intereses mínima, pero en vez de indicar si el deudor cuenta con el flujo de caja necesario para cubrir intereses; indica si cuenta con el flujo de caja necesario para cubrir otros pagos específicos, tales como, pagos calendarizados, dividendos de acciones preferidas, *capex*, etc.

vi. *Leverage ratio*.

Existen dos clases de *leverage ratio*. La primera mide la razón entre la deuda y la deuda sumada al patrimonio neto. Lo que indica la porción del patrimonio del deudor compuesta por deuda. La segunda

mide la razón entre EBITDA y la deuda y sirve para indicar si los flujos de caja del deudor son suficientes para pagar el capital adeudado.

e. Causales de Incumplimiento.

La cláusula relativa a las causales de incumplimiento bajo un contrato de crédito se divide en dos partes. La primera, constituye una lista de las causales de incumplimiento bajo el contrato. La segunda, es una descripción de los remedios de que dispone el acreedor ante la ocurrencia de una causal de incumplimiento. Las causales de incumplimiento son, por lo general, dos: (i) la falsedad o inexactitud de una de las declaraciones y garantías otorgadas bajo el contrato; y (ii) el incumplimiento de algunas de las obligaciones de hacer, no hacer o financieras estipuladas en el mismo. Con respecto a la falsedad o inexactitud de las declaraciones y garantías, esta constituye una causal de incumplimiento ya que el acreedor basó su decisión de otorgar el crédito en la información suministrada por el deudor a través de las declaraciones y garantías formuladas. Tradicionalmente las partes introducirán un estándar de materialidad para determinar la relevancia de la información que resulte ser falsa. Así, la causal de incumplimiento solo procederá si lo declarado resulta ser falso en alguno de sus aspectos materiales. Con respecto al incumplimiento de alguna de las obligaciones bajo el contrato, es común que se conceda al deudor un período de gracia, previamente acordado por las partes, para remediar el incumplimiento, transcurrido el cual éste se verificará. Dicho período de gracia se incluye en el contrato para otorgar al deudor una oportunidad de dar cumplimiento a sus obligaciones, en caso que consiga rectificar el hecho o hechos que motivaron el incumplimiento en primer lugar¹²⁷.

¹²⁷ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

El remedio más común en este tipo de contrato es la aceleración de las obligaciones por concepto de capital e intereses que se encuentren pendientes de pago. Lo anterior causará serios estragos en la condición financiera del deudor, quien difícilmente contará con el flujo de caja suficiente para pagar el total de la deuda. En razón de lo anterior, el acreedor utilizará la aceleración como amenaza para obtener concesiones y mayor control sobre su deudor, sin llegar a hacerla efectiva. En los contratos de crédito con *revolving*¹²⁸ o en virtud de créditos cursados con desembolsos programados; la ocurrencia de una causal de incumplimiento, además, provocará el término del contrato y la interrupción o suspensión de futuros desembolsos bajo el mismo¹²⁹.

II. Disposiciones del Contrato de Compra de Activos.

Esta sección trata la forma en que se utilizan las declaraciones y garantías, los *covenants*, condiciones precedentes y remedios cuando una entidad adquiere todos los activos de otra. Una compra de esta especie se logra a través de tres operaciones diferentes: (i) adquisición de acciones; (ii) fusión por incorporación; y (iii) compra de activos¹³⁰. Existen claras diferencias entre la adquisición de acciones y fusión por incorporación, por una parte, y la compra de activos, por la otra. Tanto en la adquisición de acciones como en la fusión por incorporación, la entidad que adquiere las acciones o que absorbe, sucede a la entidad primitiva en todos sus derechos y obligaciones; en la compra de activos, en cambio, el comprador, sucederá al vendedor, generalmente, solo con respecto a los activos y créditos que adquiera; con las siguientes excepciones: (i) la disposición del artículo 4 inciso segundo del Código del Trabajo, en virtud de la cual “Las modificaciones totales o parciales relativas al dominio, posesión o mera tenencia de la empresa no alterarán

¹²⁸ Los créditos con *revolving*, son créditos renovables en que el deudor puede volver a disponer, durante la vigencia del crédito, de sumas ya pagadas, en los cuales no debe necesariamente pagarse el total de la deuda facturada existiendo la posibilidad de pagar un monto mínimo, generalmente, imputado totalmente al pago de intereses.

¹²⁹ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹³⁰ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

los derechos y obligaciones de los trabajadores emanados de sus contratos individuales o colectivos de trabajo, que mantendrán su vigencia y continuidad con él o los nuevos empleadores.”; (ii) las acciones revocatorias que puedan interponer terceros acreedores del vendedor; y (iii) el pago de las contribuciones de los bienes raíces que adquieran, entre otras.

a. Declaraciones y Garantías.

Las declaraciones otorgadas por el vendedor en un contrato de compraventa de activos, intentan recrear una imagen exacta de la entidad objeto de la compra, para que sobre ella pueda el comprador basar su decisión de invertir. En este tipo de operación las declaraciones y garantías otorgadas por las partes cumplen tres propósitos: (i) en el proceso de negociación de las declaraciones, pueden surgir materias que darán al comprador la posibilidad de re negociar el precio u obtener la concesión de remedios adicionales bajo el contrato; (ii) si alguna de las declaraciones es falsa, el comprador tendrá la posibilidad de no contratar; y (iii) si el comprador descubre que una declaración era falsa al momento de ser otorgada, dispondrá, por lo general, de la indemnización de perjuicios e incluso podrá demandar por incumplimiento al deudor.

En una compraventa, la primera medida que debe tomar el comprador para determinar si invertir en una entidad y por qué precio, es la realización de su propio proceso de *due diligence*. Muchas de las declaraciones y garantías del vendedor, se otorgarán para respaldar la información entregada por éste en dicho proceso; otras, se otorgarán para dilucidar hechos que no fueron esclarecidos a través del proceso de *due diligence*. En éstas, la negociación de las declaraciones y garantías que otorguen las partes resultará en la divulgación de hechos que serán excluidos de la declaración e incorporados al contrato por alguno de los medios tratados en el Capítulo I al tratar la forma de incluir excepciones a las declaraciones y garantías otorgadas por las partes. A través de la divulgación de éstos hechos, el vendedor logrará dos

objetivos: (i) impedir que el comprador se excuse de suscribir el acuerdo debido a la falta de veracidad o exactitud de lo declarado; y (ii) evitar que el comprador pueda demandarlo por indemnización de perjuicios o incumplimiento contractual. En consecuencia, mediante la divulgación de hechos que se exceptúan de la declaración e incluyen al acuerdo, el vendedor transfiere el riesgo por los hechos declarados al comprador. Consideremos, por ejemplo, una compraventa, contrato generalmente redactado por el adquirente; en el cual se incluye una declaración indicando que no existen demandas o acciones legales interpuestas en contra de la compañía objeto del contrato que puedan razonablemente tener un efecto material adverso en su patrimonio, activos, pasivos, situación financiera o proyecciones. En caso que existan dichos procedimientos, difícilmente podrá el vendedor otorgar la garantía solicitada por su contraparte en los términos expuestos. Entonces divulgará la información que corresponda al comprador, quien a su vez, negociará rebajas en el precio u otros remedios, en caso que dichos procedimientos se resuelvan en contra de la compañía objeto de la compraventa¹³¹. Entre las declaraciones y garantías otorgadas por las partes, o exclusivamente por el vendedor en un contrato de compraventa de activos, se destacan las siguientes:

i. Existencia y poder.

Esta declaración se otorga, ya que el comprador necesita certeza acerca de la existencia jurídica de la entidad que adquiere. Cuando la compañía objeto del contrato es la matriz de su grupo empresarial, la declaración relativa a su existencia y poder se extenderá para incluir en ella a sus filiales y coligadas¹³². El siguiente constituye un ejemplo de esta clase de declaración en un contrato de compraventa de las acciones de una sociedad: “Tanto la Sociedad, como sus filiales y coligadas: (i) se encuentran debidamente constituidas, válidamente

¹³¹ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹³² Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

existentes y vigentes de conformidad con las leyes de la República de Chile; (ii) las modificaciones a sus estatutos, se otorgaron debidamente y son válidas de conformidad con las leyes de la República de Chile; (iii) cuentan con plenas facultades y autoridad para conducir sus negocios de conformidad con el objeto social indicado en sus respectivos estatutos; y (iv) cuentan con plenas facultades para ejercer el derecho de dominio sobre sus bienes, muebles e inmuebles. Asimismo, las acciones de la Sociedad representan la totalidad de las acciones emitidas por ésta y se encuentran válidamente emitidas de conformidad con la ley y sus estatutos sociales”.

ii. Autorizaciones.

Las autorizaciones que la entidad objeto de la compra puede requerir van desde aquellas contempladas en sus propios estatutos a las que haya estipulado bajo contratos suscritos con terceras personas¹³³. En consecuencia, la declaración relativa a autorizaciones es amplia y puede otorgarse a través de una estipulación como la siguiente: “El vendedor, no requiere autorizaciones societarias ni autorizaciones de algún acreedor o tercero, ni de autoridades de cualquier jurisdicción o competencia, ni notificaciones previas para celebrar y cumplir el presente contrato y las obligaciones estipuladas en el mismo, las cuales se encuentran dentro de sus facultades, constituyendo éste un contrato válido y obligatorio para el vendedor, que no infringe ninguna norma legal, reglamentaria, resolución judicial, medida precautoria, orden o decreto obligatorio para éste, así como ninguna estipulación contenida en sus estatutos, en contratos vigentes celebrados con terceros o con el comprador, ni declaraciones unilaterales de voluntad formuladas a favor de otras personas”.

¹³³ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

iii. Estados financieros.

Esta es una de las declaraciones más importantes que el vendedor puede otorgar en un contrato de compraventa, ya que los estados financieros de la entidad objeto del contrato son cruciales para el comprador al momento de decidir si invertir o no en ella¹³⁴. Por su importancia, generalmente se declara sobre lo siguiente: (i) que han sido preparados en conformidad con principios de contabilidad generalmente aceptados en la República de Chile; (ii) que representan fielmente la situación financiera de la entidad y los resultados de sus operaciones a la fecha de su preparación, al igual que sus activos, pasivos, contingencias, obligaciones, resultados y las variaciones en su patrimonio y caja; (iii) que cumplen razonablemente con las obligaciones y requerimientos estatutarios, legales y contractuales exigibles a la entidad; (iv) que no contienen efectos relevantes en resultados derivados de operaciones o transacciones fuera del giro ordinario de los negocios de la entidad; (v) que contienen valores para los activos indispensables en el desarrollo de los negocios de la entidad que son consistentes con su costo histórico, habiéndose adquirido los mismos en condiciones de mercado y depreciado según los principios de contabilidad generalmente aceptados en Chile, considerando políticas de depreciación en consideración al uso, vida útil y valor residual; y (vi) que contienen provisiones respecto de gastos y pérdidas esperados de acuerdo con los principios de contabilidad generalmente aceptados en Chile¹³⁵.

¹³⁴ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹³⁵ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

iv. Cambio material adverso.

Esta declaración se incluye en el contrato para asegurar al comprador que desde la fecha en que los estados financieros de la entidad objeto del contrato fueron preparados a la fecha de celebración o cierre de la compraventa, no ha ocurrido un cambio material adverso en el patrimonio, activos, pasivos, situación financiera o proyecciones de la entidad¹³⁶. Por lo general, se otorga a través de una declaración del mismo tenor, independiente de si se trata de un contrato de crédito o de compraventa.

v. Libros y registros.

Esta es una de las declaraciones que se otorgan para respaldar la información entregada por el vendedor al comprador en el proceso de *due diligence*. Lo anterior, se debe a que la efectividad de este último depende en gran medida de la veracidad y exactitud de la información contenida en los libros y registros, contables y sociales que mantenga el deudor. Esta declaración, es bastante simple y se otorga a través de una frase como la siguiente: “La compañía mantiene sus libros sociales y registros contables de acuerdo con las normas legales y reglamentarias aplicables, y con los principios de contabilidad generalmente aceptados en Chile.”

vi. Propiedad.

Esta declaración varía dependiendo del tipo de contrato de compraventa de que se trate, o si se trata de una fusión por incorporación. Si el objeto de la compraventa son las acciones o derechos sociales de una entidad, se referirá a los bienes que sean de propiedad de la entidad que emitió las acciones o cuyo capital se

¹³⁶ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

encuentra representado por los derechos sociales. En cambio, si se trata de una compraventa de activos, se refiera solo a éstos. La declaración con respecto a esta materia cumple dos propósitos: (i) evitar que el ejercicio de las facultades del dominio sobre los bienes adquiridos sea afectado por gravámenes; y (ii) evitar que los bienes que se adquieren causen un detrimento patrimonial al comprador, por ejemplo, si se ha decretado un embargo o medida cautelar sobre ellos¹³⁷. El siguiente es un ejemplo de esta clase de declaración: “La sociedad es dueña de los bienes informados como de su dominio en los Estados Financieros e inventarios que constan en sus libros y registros, sin perjuicio de aquellos vendidos, enajenados o perecidos en condiciones normales o de mercado, dentro del curso ordinario de sus operaciones y en forma consistente con sus prácticas pasadas; (ii) posee dichos bienes y activos libres de toda prenda, gravamen, prohibición, limitación al dominio o derechos de terceros; y (iii) mantiene los activos en condiciones de servir para el fin al cual corresponden, sin perjuicio de su deterioro normal de acuerdo con el uso legítimo y apropiado de los mismos dado en conformidad con su naturaleza.”

vii. Capital y acciones.

Esta declaración se otorgará cuando la adquisición se efectúe a través de la compra de las acciones o derechos sociales de una entidad o mediante la fusión por incorporación de la misma. Esto se debe a que, en este tipo de transacción, es fundamental que el comprador tenga la mayor cantidad de información disponible en relación al número y tipo de acciones que adquiere y al capital social. Esta declaración se incorpora al contrato a través de una disposición del siguiente tenor: “El capital social se divide en 500 acciones ordinarias, nominativas y sin valor nominal, de las cuales 250

¹³⁷ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

acciones se encuentran suscritas y pagadas y 250 acciones se encuentran válidamente emitidas y pendientes de suscripción y pago. Salvo por lo dispuesto anteriormente, a la fecha: (i) no existen otras acciones emitidas por la sociedad que se encuentren pendientes de suscripción y pago; (ii) ni acciones preferentes, ni derechos preferentes para la suscripción de acciones de la sociedad, ni opciones o derechos para la adquisición de tales acciones o derechos, ni para la capitalización de créditos en contra de la Sociedad; (iii) las acciones están libres de gravámenes, prohibiciones, embargos, litigios, medidas precautorias, condiciones suspensivas o resolutorias, ventas condicionales o a plazo; y (iv) no existen acuerdos suscritos entre los actuales accionistas o entre éstos y terceros, ni ninguna otra circunstancia, que impida o limite su libre cesión, transferencia o dominio¹³⁸.”

viii. Litigios.

Esta declaración sirve el mismo propósito que aquella referida a la misma materia, tratada en las declaraciones y garantías otorgadas en el contrato de crédito, por lo que me remitiré a lo ahí indicado¹³⁹.

ix. Otras declaraciones y garantías.

Generalmente a un contrato de compraventa se le incluirán declaraciones y garantías adaptadas específicamente al giro de los negocios en que se desempeñe la entidad objeto de la compra, estas se pueden referir al cumplimiento de normas medioambientales; al mantenimiento de inventario y seguros; a los beneficios y el número de trabajadores contratados, etc. Es posible también, que se incluyan declaraciones relativas a la conformidad con la ley, *disclosure*, etc.

¹³⁸ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹³⁹ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

En consecuencia nos remitiremos a lo antes indicado en el apartado I del presente capítulo, relativo al contrato de crédito.

b. Covenants.

A diferencia de las obligaciones de hacer, no hacer y financieras estipuladas en un contrato de crédito que regulan materias relacionadas a la conservación del patrimonio y solvencia del deudor; los *covenants* incluidos en un contrato de compraventa se refieren a la transacción misma y regulan materias previas o posteriores al cierre del negocio¹⁴⁰.

Los *covenants*, son obligaciones secundarias estipuladas por las partes para asegurar el cumplimiento de las obligaciones primordiales del contrato, aquellas que efectivamente conducen a la satisfacción de los intereses de los contratantes¹⁴¹, generalmente incluidas en las cláusulas operativas del contrato. En las compraventas de activos consensuales es difícil incorporar obligaciones secundarias destinadas a regular materias anteriores al cierre del negocio; ya que el contrato se perfeccionará al formarse el consentimiento sobre los elementos esenciales del mismo, es decir, sobre la cosa y el precio. Consentimiento que se manifestará, generalmente, mediante la firma del acuerdo. Sin embargo, y en atención a la concepción pragmática del derecho de la contratación moderno, que considera a éste ya no solo como fuente de derechos y obligaciones, sino que como un instrumento dirigido a obtener los intereses, en este caso económicos, de los contratantes, las partes suelen diferir la fecha de suscripción del contrato de la fecha en que este comenzará a producir sus efectos legales; ya que lo anterior asegura la consecución de los fines que éstas pretenden mediante la suscripción del acuerdo. Se originan de esta forma, obligaciones contractuales destinadas a ser cumplidas antes del cierre del negocio, las cuales, por lo general, interesan al comprador

¹⁴⁰ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹⁴¹ PRADO López, Pamela. ¿Es aplicable en Chile la Concepción de Contrato Adoptada por el Nuevo Derecho? ob. cit. pág. 307-324.

y obligan al vendedor a: (i) facilitar el cierre, mediante la exhibición de documentos corporativos y (ii) evitar que los activos o negocios objeto de la compraventa sean modificados o deteriorados de manera significativa. Entre los *covenants* que deben cumplirse en el período que media entre la suscripción del contrato y la fecha de cierre del mismo se destacan los siguientes:

i. Operaciones provisionales del vendedor.

Este *covenant*, se incorpora en el contrato para regular las operaciones que podrá realizar el vendedor y/o la compañía objeto del contrato de compraventa en el período que media entre la firma del acuerdo y la fecha de cierre del mismo. A través de esta obligación se prohibirá al vendedor y/o compañía objeto de la compra, realizar determinadas actividades que el comprador considera perjudiciales para su potencial inversión. Por lo general, se le prohibirá al vendedor y/o compañía, realizar cualquier tipo de actividad fuera del giro ordinario de sus negocios. Lo que se complementará con la prohibición de realizar ciertas actividades específicas que se incluirán al contrato. Dentro de estas, se destacan las siguientes: a) cambiar la forma de llevar la contabilidad de la compañía; b) modificar sus estatutos sociales; c) modificar o poner término a contratos relevantes o de seguros; d) incurrir en o pre pagar deuda; e) pagar dividendos; f) emitir o vender acciones de pago; g) acordar transacciones judiciales o extrajudiciales, etc¹⁴².

ii. Acciones relativas al cierre.

Este *covenant* obliga a ambos contratantes y se incluye en el contrato para obligar a las partes a cumplir con las condiciones precedentes al cierre, otorgándoles la posibilidad de reclamar por el incumplimiento

¹⁴² Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

de la parte contraria, si esta no realiza las acciones necesarias para cumplir con las condiciones precedentes que la empecen¹⁴³. Por lo general, se incluye al contrato a través de una disposición del siguiente tenor: “En el período que medie entre la firma del acuerdo y la fecha de cierre, el vendedor y comprador, deberán utilizar esfuerzos razonables, para tomar todas las acciones y hacer todo lo necesario para consumir el cierre tan pronto como sea posible.”

iii. Notificación de determinadas materias.

El comprador querrá tomar conocimiento de todo suceso o evento, ocurrido en el período comprendido entre la fecha de suscripción del contrato y la fecha de cierre, que pudiere afectar negativamente su potencial inversión en la compañía o activos objeto de la compraventa¹⁴⁴. Esto se obtiene a través de la inclusión de una disposición como la siguiente: “El vendedor deberá comunicar al comprador, sin demora, cualquier asunto que surja en el período que media entre la fecha de suscripción del presente contrato y la fecha de cierre estipulada en el mismo, y que pueda tener un efecto material adverso en los negocios, activos, pasivos, condición financiera o proyecciones de la entidad objeto del presente contrato.”

Distinta es la situación si los *covenants* se incluyen para regular materias posteriores, destinadas a obtener, por ejemplo, el pago íntegro de las cuotas en que se dividió el precio del contrato. En las compraventas de activos que incluyen inmuebles, *covenants* que regulen materias anteriores al perfeccionamiento del contrato de compraventa se incluyen a la transacción a través de un contrato de promesa, pero no como obligaciones secundarias; si no, más bien como condiciones precedentes a la firma del contrato prometido, las que analizaremos en el apartado siguiente.

¹⁴³ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹⁴⁴ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

Los *Covenants* posteriores al cierre, se fundamentan principalmente en la sensibilidad de la información que cada contratante ha obtenido de su contraparte durante el proceso de *due diligence* y en la buena fe de las partes. Los covenants más comunes que se incorporan a un contrato para regular materias posteriores a su firma son¹⁴⁵: (i) confidencialidad, (ii) pacto de no competencia y (iii) pacto *anti poaching*¹⁴⁶.

c. Condiciones precedentes.

Dependiendo de la complejidad del negocio, de la cantidad de activos, filiales, accionistas y de otras circunstancias, que varían caso a caso, los contratantes acordarán una fecha para el cierre del negocio, distinta de aquella en que suscriban el acuerdo. Esta indicará el momento en que el contrato comience a producir sus efectos. Fecha que, generalmente, estará supeditada al cumplimiento de ciertas condiciones suspensivas cuya satisfacción por una de las partes, determinará el nacimiento de la obligación de la otra de ejecutar las prestaciones que le correspondan bajo el contrato. Así, tanto la obligación del comprador de pagar el precio, como la del vendedor de entregar la cosa o los títulos, dependiendo de la naturaleza del negocio por el que se perfeccione la adquisición, estarán supeditadas a una serie o secuencia de condiciones suspensivas superpuestas; de manera tal, que la obligación del vendedor de pagar el precio no nacerá sin que el comprador satisfaga antes la serie de condiciones precedentes que le corresponde cumplir bajo el contrato y viceversa¹⁴⁷.

Desde el punto de vista de los abogados de las partes, las condiciones precedentes se dividen en dos categorías: (i) aquellas que necesitan de su colaboración para ser cumplidas y (ii) aquellas que son totalmente independientes de ellos. En razón de lo anterior es que, luego de la firma del

¹⁴⁵ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244

¹⁴⁶ Pacto mediante el cual las partes se comprometen a no contratar u ofrecer empleo a los empleados o ejecutivos principales de su contraparte por un determinado período de tiempo posterior al cierre al del negocio.

¹⁴⁷ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

acuerdo, los asesores legales de cada parte trabajarán, muchas veces en conjunto, revisando los documentos solicitados y/o proveídos por la parte contraria para satisfacer las condiciones que de ellos dependan y asegurar el cierre de la transacción. En la negociación y redacción de las condiciones precedentes todo lo relativo al momento en que las partes deben satisfacer las condiciones que ellas empecen, es de vital importancia; ya que, dependiendo del poder de negociación de cada una, ninguna querrá ser la primera en cumplir las condiciones que le corresponden. Con motivo de lo anterior, es que generalmente, se estipulará que las condiciones deben ser satisfechas simultáneamente en un momento ficticio prolongado en el tiempo¹⁴⁸.

El incumplimiento de alguna de las condiciones precedentes al cierre, puede resultar en que éste no se concrete, pero también puede tener alguno de los siguientes resultados: a) suspender la fecha de cierre hasta que se cumplan las condiciones que se encuentren pendientes; b) renunciar a la condición fallida, a cambio de alguna concesión, generalmente, un ajuste del precio; c) convertir la condición fallida a una obligación que deba ejecutarse después del cierre; y d) renunciar a la condición fallida y proceder al cierre del negocio¹⁴⁹. En algunos casos, resulta útil estipular un plazo máximo para la verificación de las condiciones precedentes al cierre, el cual, una vez transcurrido, libera a las partes de las obligaciones contraídas en virtud del contrato. Esta estipulación, se incluye al contrato a través de una disposición del siguiente tenor: “Si en el plazo máximo de 120 días corridos contados desde la fecha del presente instrumento no se hubiere dado cumplimiento a la totalidad de las condiciones precedentes al cierre, ellas se entenderán como fallidas, quedando por ende liberadas las partes de sus obligaciones derivadas del presente contrato, sin ninguna responsabilidad para ellas, en la medida en que la falta de cumplimiento no resulte imputable a culpa o dolo de alguno de los contratantes. El Comprador y Vendedor podrán renunciar, a su solo

¹⁴⁸ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹⁴⁹ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

arbitrio y en cualquier tiempo, a una o más de las condiciones precedentes al cierre estipuladas en el presente contrato.”

Las siguientes son algunas condiciones específicas a los contratos de compraventa de activos:

i. Pago y transferencia de activos.

La condición primordial para la ejecución de la prestación debida por el comprador, es la entrega de los activos o de los títulos de las acciones adquiridas por parte del vendedor; y al contrario, la condición primordial para la ejecución de la prestación debida por el vendedor de entregar dichos activos o títulos de acciones, es el pago del precio por parte del comprador. Esta condición previa va de la mano de la renuncia a la acción resolutoria emanada de la condición resolutoria tácita, elemento de la naturaleza de todo contrato bilateral, a través de la cual, los contratantes pueden reclamar la resolución del contrato ante cualquier incumplimiento de su contraparte¹⁵⁰.

ii. Impedimentos legales.

Ninguna de las partes querrá cerrar el negocio si esto resulta en la infracción de una ley o sentencia judicial. Esta condición entonces, afecta la ejecución de las prestaciones debidas por ambas partes; quienes tampoco tendrán interés en cerrar el negocio si no se han obtenido las aprobaciones administrativas requeridas para el cierre de la transacción. El cierre solo procederá en caso de no existir alguna ley, acción o resolución judicial o administrativa que impida la consumación de la transacción. El comprador diligente, incorporará la condición de que no existan procedimientos administrativos

¹⁵⁰ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

pendientes que perjudiquen el desempeño del negocio adquirido o su derecho de propiedad sobre el mismo.

iii. Litigios.

Una condición previa al cierre relativa la existencia de litigios se incluye al contrato, por las mismas razones por las que se incorpora como una declaración y garantía otorgada por los contratantes y esto se debe a los nocivos efectos patrimoniales sobre los activos o negocio objeto del contrato que éstos pueden ocasionar de ser resueltos en contra del vendedor. El alcance de la condición relativa a la no concurrencia de litigios se refiere a litigios sobre la transacción misma y a litigios sobre el objeto de la compraventa. El comprador querrá evaluar litigios relativos a daños patrimoniales o medidas cautelares o prejudiciales que puedan tener un efecto material adverso sobre los activos que adquiere, antes de proceder al cierre. En razón de lo anterior, es que a esta condición se incorpora un estándar de materialidad, para que el cierre del negocio no sea obstruido por litigios irrelevantes patrimonialmente.

iv. Declaraciones y garantías.

El comprador incluirá como condición previa que todas las declaraciones y garantías otorgadas por el vendedor sean verdaderas y exactas a la fecha del cierre. Esta condición se incluye, ya que el propósito de las declaraciones y garantías otorgadas por el vendedor, es retratar una imagen exacta del estado de los activos objeto de la compraventa; sin una condición relativa a su veracidad y exactitud al momento del cierre, el comprador se arriesgaría a que los activos adquiridos fueran materialmente diferentes a aquellos descritos por el vendedor en el contrato. Por lo general, esta condición exigirá que

las declaraciones y garantías otorgadas por el vendedor en el contrato sean verdaderas y exactas en todos sus aspectos materiales¹⁵¹.

v. Cumplimiento de obligaciones.

Esta es otra condición establecida para la seguridad del comprador, ella se refiere al cumplimiento, por parte del vendedor de todas las obligaciones positivas, negativas y de hacer, estipuladas en la sección relativa a los *covenants* en el contrato. Sobre todo, de aquellas obligaciones dirigidas a impedir que el vendedor realice cambios significativos en los activos o negocios objeto de la compraventa. Si el vendedor incumplió algunas de sus obligaciones secundarias bajo el contrato, el comprador podrá no cerrar el trato, pero, en la práctica, este resultado se da solo si los daños a los activos o negocios objeto de la compraventa son materialmente relevantes. Por lo general, si esta condición previa resulta fallida se negociará un ajuste del precio¹⁵².

vi. Certificado del gerente general u otros ejecutivos principales.

Para satisfacer esta condición, el vendedor debe otorgar al comprador un certificado emitido por su gerente general y/u otros de sus ejecutivos principales, afirmando que: (i) las declaraciones y garantías otorgadas por el vendedor en el contrato de compraventa son verdaderas y correctas en todos sus aspectos materiales al momento del cierre; y (ii) el vendedor ha cumplido todas las obligaciones por él contraídas en virtud del contrato de compraventa. Si bien, aparentemente esta condición repite lo tratado en las dos anteriores, existen diferencias técnicas entre ellas. En primer lugar, sin este certificado no se perfecciona la reiteración de las

¹⁵¹ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹⁵² Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

declaraciones y garantías otorgadas por el vendedor en el contrato, ni la declaración relativa a que ha dado cumplimiento a todas sus obligaciones bajo el mismo. En segundo lugar, si se otorga solo el certificado y se dejan fuera las dos condiciones tratadas anteriormente, el comprador se verá obligado a cerrar la transacción al momento de recibir este documento, aun cuando tenga certeza que las declaraciones y garantías otorgadas por el vendedor son falsas o inexactas al momento del cierre o que éste ha incumplido todas o algunas de sus obligaciones bajo el contrato. El otorgamiento de este certificado, otorga una seguridad adicional al comprador; ya que el gerente o ejecutivo que lo firme, se encargará de verificar la veracidad de lo declarado¹⁵³.

vii. Financiamiento.

Esta condición le permite al comprador no cerrar la transacción en caso de no obtener el financiamiento necesario para pagar el precio de la compraventa, evitando así, tener que responder por los perjuicios que el no pago del precio cause al vendedor. El vendedor que acepta esta condición corre un mayor riesgo de que el negocio no se cierre, por lo que, generalmente solo aceptará la condición si el comprador es capaz de demostrar que tiene expectativas razonables de obtener el financiamiento requerido, lo que se logra a través de la exhibición de documentos de crédito¹⁵⁴.

viii. Opinión legal.

Una opinión legal consiste en una carta emitida por el abogado de una de las partes estableciendo conclusiones acerca de su cliente y de los documentos que integran la transacción. Los temas a los que se

¹⁵³ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹⁵⁴ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

refiere la opinión legal son similares a aquellos abordados por las declaraciones de exigibilidad del contrato. La condición de entregar una opinión legal se solicita para asegurar al recipiente de la misma, que se empleado la diligencia debida en la revisión de los antecedentes legales que acreditan lo señalado en las declaraciones de exigibilidad¹⁵⁵.

d. Remedios.

Los remedios de que disponen las partes ante un incumplimiento; ya sea por la falta de veracidad y exactitud de las declaraciones y garantías otorgadas por alguna de ellas; o por el incumplimiento de alguno de los *covenants* o de las obligaciones primordiales contenidas en las cláusulas operativas del contrato, son, generalmente los siguientes:

i. Resolución.

La parte cumplidora o que se encuentra llana a cumplir en un contrato bilateral siempre podrán demandar la resolución o el cumplimiento del contrato, con indemnización de perjuicios, ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales contraídas por su contra parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1489 de Código Civil. La resolución del contrato debe ser declarada judicialmente para producir sus efectos. Los principales efectos de la resolución, desde la perspectiva de la parte cumplidora o llana a cumplir, es que podrá poner término a la relación contractual, recuperar lo que hubiese dado o entregado a su contraparte y liberarse de cumplir sus obligaciones bajo el contrato¹⁵⁶.

¹⁵⁵ Cfr. FOX, Charle M. Building Blocks in Detail. ob cit. pp.169-244.

¹⁵⁶ Cfr. ABELIUK Manasevich, René. Tercera Parte Clasificación de las Obligaciones, Capítulo V Obligaciones Sujetas a Modalidad, Sección Sexta, La Condición Resolutoria, Párrafo 5º, Efectos de la Resolución. En su: Las Obligaciones, Tomo I, 5º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 538-547.

La resolución, otorga al contratante diligente una vía alternativa al contrato para obtener la satisfacción del interés que lo indujo a contratar, ya que es compatible con la indemnización de perjuicios, le permite obtener lo dado o entregado y pone término a la relación contractual dañada. No todo incumplimiento da lugar a la resolución del contrato, tanto en jurisprudencia como en doctrina, se ha señalado repetidas veces que solo un incumplimiento significativo sienta las bases para demandar la resolución del contrato. Lo anterior se fundamenta en la protección de los intereses del deudor y de la buena fe contractual¹⁵⁷.

Si bien la resolución del contrato es una de los remedios más comunes de que dispone la parte cumplidora o llana a cumplir, en las compraventas de activos suele renunciarse a la condición resolutoria tácita. Lo anterior responde a razones de diverso índole, algunas de ellas son prácticas y se deben a que el hecho futuro e incierto de que depende la resolución del contrato es, generalmente, el pago del precio, el cual debido a las prácticas bancarias no siempre será coetáneo a la firma del acuerdo. Otra razón que justifica la renuncia a la condición resolutoria tácita es el riesgo de perder los activos adquiridos.

ii. Indemnización.

La indemnización de perjuicios se incorpora como remedio al contrato en beneficio de ambos contratantes, pero generalmente será reclamada por el comprador ante la falta de veracidad y exactitud de algunas o todas las declaraciones y garantías otorgadas por el

¹⁵⁷ Cfr. BARROS Bourie, Enrique. Finalidad y Alcance de las Acciones y Remedios Contractuales. En: Estudios de Derecho Civil III (Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valparaíso 28, 29 y 30 de junio de 2007). Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. pp. 403-428.

vendedor en el contrato. Esto se justifica; ya que el comprador sentirá que ha sufrido perjuicios en su inversión debido a que el estado de los activos adquiridos, al momento de tomar posesión de éstos, difiere del estado en que le fueron descritos. Los contratantes, al incorporar este remedio al contrato, determinarán de forma específica qué tipo de sucesos y el incumplimiento de qué secciones del contrato causarán el pago de una indemnización, limitando, en algunos casos, el monto que proceda para el pago de éstas. El cual en opinión de la Corte Suprema de Justicia no podrá exceder el monto de los perjuicios producidos alegados y probados en un proceso judicial. El fundamento jurídico de la obligación de indemnizar perjuicios está en la actuación propia, culpable y antijurídica del obligado a prestarla. En el derecho moderno, a este fundamento se suma uno de orden económico; ya que el patrimonio del contratante diligente es víctima de un perjuicio que debe ser reparado para restaurar el desequilibrio producido por el incumplimiento. En este sentido, el ordenamiento jurídico ha optado por la solución de reparar los perjuicios, ya que nadie puede perjudicarse por el hecho culpable de otros; y recíprocamente, nadie puede beneficiarse, sin justa causa, y más todavía, cuando a dicho beneficio pueda corresponder como contrapartida un perjuicio¹⁵⁸. La indemnización por daños o pérdidas, en general, se incluye al contrato a través de una disposición del siguiente tenor: “El vendedor deberá indemnizar y mantener indemne al comprador de y contra toda pérdida, daño, perjuicios, multa, desembolsos, costos y gastos; incluyendo, sin limitación honorarios y gastos de abogados, incurridos por el comprador como consecuencia de cualquier incumplimiento del vendedor de sus declaraciones y garantías u obligaciones bajo el contrato.”

¹⁵⁸ Cfr. FUEYO Laneri, Fernando. Reparación de Daños (cumplimiento por equivalencia o indemnización de daños y perjuicios) (también denominada ejecución indirecta). En su: Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones. . 3º ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pp.341-493.

Capítulo IV

Cláusulas *Boilerplate*

Las cláusulas *boilerplate* o misceláneas son aquellas disposiciones estándar que se incluyen, generalmente, hacia el final del contrato. Estas disposiciones establecen un mapa de ruta indicando a los contratantes como regular sus relaciones y cómo administrar el contrato. Son generalmente consideradas como disposiciones secundarias y en consecuencia, se incluyen en el contrato sin mayor revisión o negociación por parte de los contratantes. Lo anterior se debe a que las disposiciones que forman parte del *boilerplate* se incluyen a todo contrato comercial sofisticado. Existen, por lo tanto, modelos estandarizados de estas cláusulas que se incorporan en bloque de un acuerdo a otro. Esta práctica termina muchas veces por perjudicar a los contratantes; ya que las materias a que se refieren las disposiciones misceláneas no son secundarias¹⁵⁹. Estas se dividen en dos categorías: (i) aquellas relacionadas con la exigibilidad, modificaciones e interpretación del contrato; y (ii) aquellas disposiciones específicas a la transacción, pero que no revisten el carácter de declaraciones y garantías, *covenants*, condiciones precedentes o remedios¹⁶⁰. Por tanto, antes de incluir una cláusula *boilerplate* al acuerdo, el redactor debe comprender el alcance, sentido, propósito y variaciones de la disposición a incorporar, para elaborar una cláusula miscelánea que se adecue a la transacción y al interés de los contratantes¹⁶¹. Entre las cláusulas *boilerplate* se encuentran aquellas que regulan las siguientes materias:

¹⁵⁹ Cfr. STARK, Tina L. Introduction. En su: *Negotiating and Drafting Contract Boilerplate*. ALM Publishing, Nueva York, 2003. pp. 3-10.

¹⁶⁰ Cfr. FOX, Charles M. *Miscellaneous Provisions; Miscellaneous Thoughts*. En su: *Working With Contracts, What Law School Doesn't Teach You*. 2° ed. Practising Law Institute, Nueva York, 2008. pp.245-263.

¹⁶¹ Cfr. STARK, Tina L. Introduction. ob. cit. pp. 3-10.

I. Acuerdo Completo (*Entire Agreement*).

Normalmente se incluye al acuerdo una disposición cuyo propósito es obviar todo otro acuerdo, previo o coetáneo, escrito u oral, alcanzado formal o informalmente, por las partes en relación a la materia objeto del contrato suscrito. La inclusión de una disposición de estas características al contrato es una aplicación del principio anglosajón *parol evidence rule*, destinado a preservar la integridad de documentos o contratos escritos, al prohibir a las partes su modificación o alteración mediante la presentación de declaraciones escritas u orales previas o contemporáneas a la suscripción de dichos documentos no incorporadas en los mismos. En el derecho anglosajón el contrato se entiende integrado (*integrated agreement*) luego del ser escriturado, habiendo atravesado por el proceso de negociación y discusión descrito en el presente trabajo, los tribunales de justicia entienden que, en tales condiciones el contrato contiene precisamente las disposiciones que las partes convinieron para regular su transacción y que toda otra declaración emitida por los contratantes, no incorporada en el contrato escriturado, es ajena a su voluntad de obligarse.

En nuestro país, el Código Civil adopta una regla probatoria similar en el artículo 1709 inciso segundo, al disponer que: “No será admisible la prueba de testigos en cuanto adicione o altere de modo alguno lo que se exprese en el acto o contrato, ni sobre lo que se alegue haberse dicho antes, o al tiempo o después de su otorgamiento...”, dicha disposición se refiere la imposibilidad de probar por testigos el acto o contrato en que conste la entrega o promesa de entrega de una cosa que valga más de dos unidades tributarias, lo que dada la suma, comprende la totalidad de los contratos comerciales complejos. La cláusula de acuerdo completo sirve para: (i) limitar la responsabilidad precontractual de las partes; (ii) derogar acuerdos previos suscritos sobre la misma materia entre los contratantes, cuyas disposiciones no fueron o fueron parcialmente incorporadas al contrato; (iii) otorgar consistencia a la transacción; y (iv) facilitar la interpretación del acuerdo. El siguiente es un ejemplo de este tipo de cláusula miscelánea: “Este contrato constituye la totalidad del acuerdo alcanzado por las partes respecto de las materias tratadas en él y reemplaza cualquier otro acuerdo o entendimiento previo, escrito u oral, existente entre ellas sobre dicho

particular, los cuales las partes dan por terminados, otorgándose recíprocamente el más amplio, completo y total finiquito y declarando, en este acto, que nada se adeudan por concepto de ellos.”¹⁶²

II. Cesión de Derechos (*Assignment of Rights*).

La cesión de derechos se define como “la convención por la cual el acreedor transfiere su crédito a otra persona, llamada cesionario, que pasa a ocupar la posición jurídica del cedente en el derecho cedido”¹⁶³. La cesión de derechos, es generalmente aceptada, salvo cuando se trate de créditos que no pueden cederse por expresa disposición de la ley o sobre los cuales se ha decretado un embargo o prohibición de celebrar actos y contratos, por adolecer la cesión de objeto ilícito¹⁶⁴.

La cesión de derechos tiene gran utilidad práctica, ya que a través de ella el acreedor puede obtener los siguientes beneficios: (i) le permite negociar anticipadamente su crédito, antes de que este se vuelva exigible; (ii) si el crédito ya es exigible, le permite obtenerlo total o parcialmente sin las complejidades derivadas de su cobro; y (iii) le permite extinguir obligaciones contraídas con terceros mediante la dación en pago del crédito¹⁶⁵. En los contratos comerciales bilaterales sofisticados, la cesión de derechos es muchas veces el objeto de una cláusula *boilerplate*, que prohíbe expresamente la cesión total o parcial de los derechos derivados del contrato. Lo anterior se debe a que en todo contrato bilateral los contratantes son recíprocamente deudores y acreedores, y en la cesión de derechos se traspasa solo el crédito, pero no la obligación correlativa del cedente, por lo que el deudor cedido no podría reclamar del cesionario el cumplimiento de las otras obligaciones emanadas del contrato¹⁶⁶. Poco serviría entonces, otorgar declaraciones y garantías, estipular *covenants*, condiciones precedentes y remedios, si estos no se traspasan al cesionario. La cesión de derechos debe prohibirse también en los siguientes casos: (i) cuando la cesión

¹⁶² Cláusula extractada de Modelo de Contrato de Compraventa de Activos redactado por la autora.

¹⁶³ ABELIUK M. René. Las Obligaciones Tomo II. 5° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009. Pág. 1041.

¹⁶⁴ Cfr. ABELIUK M. René. 5° Parte Modificación de la Obligación, Capítulo III, La Cesión de Derechos. En su: Las obligaciones Tomo II. 5° ed. Santiago, 2009. pp. 1040-1088.

¹⁶⁵ Cfr. ABELIUK M. René. 5° Parte Modificación de la Obligación, Capítulo III, La Cesión de Derechos. ob. cit. pp. 1040-1088.

¹⁶⁶ Cfr. ABELIUK M. René. 5° Parte Modificación de la Obligación, Capítulo III, La Cesión de Derechos. ob. cit. pp. 1040-1088.

cambie en algún aspecto material la ejecución de la prestación debida por el deudor cedido; (ii) cuando la cesión disminuya materialmente la probabilidad de que el deudor cedido obtenga el desempeño esperado de la contraprestación debida por parte del cesionario; (iii) cuando la cesión disminuya materialmente el valor de la contraprestación realizada por el cesionario a favor del deudor cedido; y (iv) cuando la cesión aumente materialmente el riesgo del contrato para el deudor cedido¹⁶⁷.

Dependiendo del tipo de acuerdo suscrito y del interés de los contratantes, será posible ceder algunos o todos los derechos derivados del contrato. Incluso existe la posibilidad de ceder el contrato mismo, ya que forma parte del patrimonio del cedente. En este caso, se cede la posición jurídica de uno de los contratantes, que incluye todo derecho potestativo, obligación de actuar de buena fe y de ejecutar no solo lo que en el contrato se expresa, sino todo aquello que emane de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenezca a ella, incluyendo las excepciones de que pueda prevalerse el cedente frente a su contraparte y las acciones que pueda ejercitar, así como la totalidad de los derechos y obligaciones principales del contrato; y todos los derechos potestativos, facultades, acciones, excepciones, garantías, deberes y obligaciones secundarias o funcionales del mismo.

En general, la prohibición de ceder los derechos emanados del contrato nunca es absoluta y se permite siempre que se obtenga el consentimiento previo y por escrito del contratante cedido. El siguiente es un ejemplo de este tipo de disposición: “Ninguna de las partes podrá ceder sus derechos derivados del presente contrato sin el consentimiento previo y por escrito de la otra parte.” Consentimiento que además, perfecciona la cesión, haciéndola oponible al deudor cedido, evitando su notificación judicial de conformidad con lo establecido en el artículo 1902 del Código Civil.

Existen contratos en los cuales los contratantes pueden delegar en terceras personas, la ejecución de todas o algunas de las obligaciones contraídas en virtud del acuerdo. Esto ocurre, por ejemplo, en los contratos de construcción y de ejecución de obras en

¹⁶⁷ Cfr. STARK, Tina L. *Assignment and Delegation*. En su: *Negotiating and Drafting Contract Boilerplate*. ALM Publishing. Nueva York. 2003. pp. 23-78.

general; en contratos en que la obligación primordial de una de las partes involucra la ejecución de prestaciones que requieren habilidades mecánicas que pueden medirse objetivamente y en contratos en que no existe una relación personal o de confianza entre las partes; o que no requieren de la habilidad, conocimientos específicos, gusto particular o carácter de alguno de ellos. En la delegación de obligaciones, la parte delegante continúa obligada a realizar la prestación debida, pero delega en un tercero su ejecución¹⁶⁸. Lo anterior, se perfecciona generalmente a través de un subcontrato.

La subcontratación se incluye, virtualmente en todo contrato que implique la ejecución de obras, mediante la inclusión de una cláusula específica que la regule. Esta cláusula, permite la subcontratación parcial o total de las prestaciones debidas por el contratista; obligándolo a entregar al dueño toda información relevante relativa al subcontratista y a responder por: (i) la debida ejecución de los servicios delegados al subcontratista; y (ii) todos los actos u omisiones del subcontratista y de las personas que actúen directa o indirectamente para él. El siguiente es un ejemplo de esta clase de disposición: “El Contratista podrá subcontratar parte de los trabajos, para lo cual deberá entregar al Dueño oportunamente toda información razonable respecto de: (i) la necesidad del Subcontrato; (ii) la capacidad y experiencia de cada Subcontratista; y (iii) los trabajos que éste ejecutará. La subcontratación de trabajos específicos no relevará al Contratista de ninguna de las obligaciones contenidas o derivadas del presente contrato. Los actos u omisiones del Subcontratista y de las personas que actúen directa o indirectamente para él serán considerados, para todos los efectos de este contrato, como actos u omisiones del Contratista y éste último será responsable ante el Dueño por ellas.”

III. Resolución de Controversias (*Dispute Resolution/Arbitration*).

La forma en que las partes regulen la resolución de eventuales controversias derivadas del contrato dependerá fundamentalmente de sus intereses; de las relaciones existentes entre ellas; de la vigencia o duración del contrato; de la

¹⁶⁸ Cfr. STARK, Tina L. *Assignment and Delegation*. ob.c it. pp. 23-78.

privacidad que obtengan de uno u otro método; de las posibilidades de elegir a la persona u órgano idóneo para resolver la disputa; de la duración del proceso y de sus costos. Las dificultades o controversias relativas al contrato, por lo general se refieren a las siguientes materias: (a) la ejecución de las obligaciones bajo el contrato o su cumplimiento; (b) la no ejecución de las obligaciones bajo el contrato y la ejecución defectuosa o tardía de las mismas; (c) la aplicación de las disposiciones contractuales; (d) el alcance y sentido de dichas disposiciones; (e) la interpretación del contrato y sus cláusulas; (f) la validez o invalidez del acuerdo o de sus estipulaciones; (g) la exigibilidad del acuerdo alcanzado por las partes; (h) la nulidad del contrato o de alguna de sus disposiciones por las causales establecidas en el artículo 1681 y 1682 del Código Civil; (i) el hecho de verificarse una condición resolutoria; (j) la concurrencia de alguna de las causales de incumplimiento y/o terminación del contrato; y (k) la jurisdicción y competencia del órgano llamado a resolver la disputa.

En contratos comerciales complejos de tracto sucesivo, es probable que durante la vigencia del acuerdo sobrevenga alguna controversia, dificultad o duda entre los contratantes relativa al contrato. Estas varían en su naturaleza y materialidad, por tanto, conviene incorporar al contrato diversas formas y etapas para resolverlas. La incorporación de un sistema de resolución de disputas permite el paso de formas de resolución de controversias pacíficas, que sirven para proteger las relaciones entre los contratantes, a formas de resolución de controversias adversariales. Entre los métodos de resolución de disputas comunes en contratos comerciales complejos de tracto sucesivo se encuentran, en primer lugar, la negociación entre los administradores del contrato. Si de esta no se obtienen resultados satisfactorios, corresponderá a uno o más de los ejecutivos principales de cada parte negociar una solución. Si nuevamente no se alcanza un acuerdo, las partes podrán solicitar la intervención de un juez quien resolverá la controversia de acuerdo a las normas generales establecidas en el Código de Procedimiento Civil; o de un árbitro, que lo hará de conformidad con lo estipulado por las partes. El proceso de negociación entre los administradores del contrato y/o entre uno o más ejecutivos principales, puede ser reemplazado por un proceso de mediación, en el cual los contratantes alcanzarán un

acuerdo mutuamente satisfactorio directamente, a través de la intermediación y guía de un tercero experto y neutral.

El método más común para la resolución de controversias derivadas de contratos comerciales sofisticados es el arbitraje. Lo anterior se debe a la garantía de celeridad, confidencialidad, idoneidad, eficiencia, seguridad jurídica y transparencia de costos que este método ofrece. Los árbitros, de conformidad con lo establecido en el artículo 222 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, son jueces nombrados por las partes, cuyas sentencias constituyen jurisdicción y producen efecto de cosa juzgada. Existen tres calidades de árbitros: (a) los de derecho, que fallan con arreglo a la ley y se someten, tanto en la tramitación como en el pronunciamiento de la sentencia definitiva, a las reglas establecidas para los jueces ordinarios, según la naturaleza de la acción deducida (artículo 223 inciso 2º Código Orgánico de Tribunales); (b) los arbitradores, que fallan conforme a su prudencia y sentido de equidad. No estando obligados a guardar en el procedimiento o fallo otras reglas que las que las partes hayan estipulado en el compromiso, y si éstas nada hubieren expresado, deben sujetarse a las reglas básicas del debido proceso y al cumplimiento de ciertos trámites mínimos señalados en el Código de Procedimiento Civil (artículo 223 inciso 3º Código Orgánico de Tribunales y 636 y siguientes Código de Procedimiento Civil); y (c) los mixtos, aquellos que tramitan como arbitradores y fallan conforme a derecho (artículo 223 inciso final Código Orgánico de Tribunales).

La elección de este método de resolución de disputas, por lo general, se incluye al contrato mediante una cláusula compromisoria que somete la resolución de controversias derivadas del contrato a la jurisdicción y competencia de un tribunal arbitral. No obstante, existen otros momentos y formas en que los contratantes pueden someter algunas o todas las controversias derivadas del acuerdo a arbitraje. Esto se logra a través de la suscripción de un acuerdo independiente denominado compromiso, que puede o no anexarse al contrato principal y que debe otorgarse incluyendo los elementos mencionados en los artículos 234 y 235 del Código Orgánico de Tribunales para ser válido. En general, este acuerdo será suscrito si los contratantes tienen especial interés en no dejar cabos sueltos ante desavenencias

futuras, incluyendo un clausulado complejo y específico con tal propósito. También ocurre que, surgida una disputa, las partes acuerden un convenio arbitral que cubra el silencio del contrato principal o sustituya lo previsto con respecto a controversias futuras¹⁶⁹. La cláusula compromisoria incluida en el contrato contiene, por lo general, indicaciones relativas a: (i) la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de su relación contractual; (ii) la delimitación de las controversias que se someterán al conocimiento del tribunal arbitral; (iii) la calidad del árbitro; (iv) la forma de designación del árbitro; (v) la determinación de la instancia del tribunal arbitral y la procedencia de recursos; (vi) el lugar e idioma en que deberá tramitarse el juicio arbitral y la duración de éste.

Existen en Chile diversas instituciones dedicadas a la resolución alternativa de disputas, entre estas se destaca el Centro de Arbitraje y Mediación de Santiago fundado por la Cámara Chilena de Comercio y el Centro Nacional de Arbitrajes. Ambas instituciones proporcionan modelos de cláusulas compromisorias de acuerdo a las diversas calidades de árbitros e instancias de arbitraje que ofrecen dentro de sus servicios. Si las partes prefieren designar personalmente un árbitro, pueden hacerlo a través de una disposición ad-hoc como la siguiente, en la cual se designa un árbitro mixto y se renuncia expresamente a la interposición de recursos: “Todas las dificultades o controversias derivadas del presente contrato, incluyendo, sin limitación, aquellas referidas a su cumplimiento o incumplimiento, aplicación, interpretación, validez o invalidez, exigibilidad, nulidad o resolución, terminación, determinación de la indemnización de perjuicios relacionados con su incumplimiento y las cuestiones relativas a la propia jurisdicción y competencia del tribunal, serán resueltas por un árbitro de mixto, esto es, arbitrador en cuanto al procedimiento y de derecho en cuanto al fondo, sin que sus resoluciones sean susceptibles de recurso alguno, a los que las partes renuncian expresa y definitivamente en este acto, salvo por los de queja y de casación en la forma. Las partes designan como árbitro mixto a don/a [_____] y, si el nombrado no pudiere o no quisiere aceptar el cargo,

¹⁶⁹ Cfr. SANCHEZ Lorenzo, Sixto A. Cláusulas de Resolución de Controversias. En su: Cláusulas en los Contratos Internacionales Redacción y Análisis. Barcelona, Atelier, 2012. pp. 103-187.

designan a don/a [_____] y, si este último no pudiere o no quisiere aceptar el cargo, designan a don/a [_____]. Si ninguno de los designados pudiere o quisiere aceptar el cargo, éste será designado de común acuerdo por las partes. A la falta de acuerdo respecto de la persona que actuará en el cargo de árbitro mixto, la designación será efectuada por el Centro de Arbitrajes y Mediación de la Cámara de Comercio de Santiago A.G., a la que las partes confieren, en este acto y para este efecto, mandato especial irrevocable, a solicitud escrita de cualquiera de ellas, de entre los integrantes de profesión abogado del cuerpo arbitral del Centro de Arbitrajes de la Cámara de Comercio. Las resoluciones del árbitro mixto designado por la Cámara de Comercio no serán susceptibles de recurso alguno. En el evento que la Cámara de Comercio no designare el árbitro mixto indicado dentro del término de un año contado desde la fecha en que sea requerida para ello, así como en el caso que dicha entidad o el Centro de Arbitrajes citado se negaren expresamente a ello o dejaren de existir, el árbitro será designado por la justicia ordinaria, en la calidad de árbitro de derecho, debiendo recaer este nombramiento en un abogado que haya desempeñado o desempeñe el cargo de profesor de derecho civil o comercial en las facultades de derecho de las universidades de Chile o Católica, ambas con sede en Santiago, a lo menos durante tres años. En caso que el árbitro tenga el carácter de árbitro de derecho, sus resoluciones serán susceptibles de todos los recursos procesales que sean procedentes en conformidad a las normas generales. El arbitraje deberá llevarse a cabo en la ciudad de Santiago y en idioma castellano.”¹⁷⁰

IV. Fuerza Mayor (*Force Majeure*).

La fuerza mayor y el caso fortuito, tratados en nuestro ordenamiento jurídico como sinónimos, se encuentran definidos en el artículo 45 del Código Civil como “el imprevisto a que no es posible resistir”. El efecto de la fuerza mayor, siempre que concurren los demás requisitos de ésta, es decir: (i) que el hecho sea ajeno a la voluntad de las partes; (ii) que sea imprevisible; y (iii) que sea irresistible, consiste en la exención de responsabilidad del deudor por el incumplimiento, ya que no podrá

¹⁷⁰ Cfr. Cláusula tipo extraída de www.camsantiago.cl

exigírsele el cumplimiento forzado de la obligación ni la indemnización de perjuicios, de conformidad con lo establecido en los artículos 1547, inciso 2° y 1558 del Código Civil¹⁷¹. La determinación de qué tipo de hechos constituyen un evento de fuerza mayor es relativa; ya que aquellos que son imprevisibles e irresistibles en un lugar, pueden no serlo en otro; y, por tanto, las partes pueden estipular en el contrato, qué eventos revestirán este carácter¹⁷². Así, comúnmente se incluyen los siguientes hechos, a la lista de los casos que se considerarán como eventos de fuerza mayor bajo el contrato: a) los actos de autoridad; b) la huelga; c) la guerra y el conflicto armado; d) la guerra civil; e) los actos de terrorismo, sabotaje o piratería, f) la catástrofe, plaga o epidemia; g) la explosión, incendio y destrucción de máquinas y/o fábricas; h) los desastres naturales; etc.

Es común que para efectos de distribuir el riesgo ante la potencial ocurrencia de determinados hechos durante la vigencia del contrato, los contratantes incluyan una disposición que se encargue de regular los efectos y alcance de la fuerza mayor. Esta disposición, al igual que todas aquellas que estudiamos en este capítulo, se ubicará hacia el final del acuerdo y regulará, entre otras, las siguientes materias: (i) otorgar una definición de qué tipo de hechos constituirán un evento de fuerza mayor y, si las circunstancias lo ameritan, un listado de los hechos específicos que bajo el contrato revistan éste carácter; (ii) la exención de responsabilidad de la parte cuyo incumplimiento haya sido provocado o atribuible a fuerza mayor; (iii) la obligación de dicha parte de notificar a la otra; e incluso, a veces, de otorgar prueba suficiente, de haber sido afectada por un evento constitutivo de fuerza mayor; (iv) la obligación de dicha parte de adoptar esfuerzos razonables dirigidos a mitigar tanto el incumplimiento de sus obligaciones como el efecto que éste pueda tener en su contraparte; (v) determinar en qué casos el caso fortuito suspenderá el cumplimiento de las obligaciones bajo el contrato y cuando pondrá término a las mismas; y (vi) estipular que prestaciones deberán otorgarse recíprocamente los contratantes, si el

¹⁷¹ Cfr. ABELIUK Manasevich, René. 4° Parte, Efectos de las Obligaciones, Capítulo III, Indemnización de Perjuicios o Responsabilidad Contractual, Sección Cuarta, Párrafo 1°. En su: Las Obligaciones. 5° ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2009, pp. 828-835.

¹⁷² Cfr. ABELIUK Manasevich, René. 4° Parte, Efectos de las Obligaciones, Capítulo III, Indemnización de Perjuicios o Responsabilidad Contractual, Sección Cuarta, Párrafo 2°. ob. cit. pp. 828-835.

evento de fuerza mayor sobrevino luego del cumplimiento de otras obligaciones del acuerdo.

La cláusula de fuerza mayor puede incluirse en todo tipo de contrato; siendo especialmente necesarias cuanto mayor sea la duración del acuerdo o mayores sean los riesgos que implique el escenario geográfico de su ejecución. Solo son, por su naturaleza ineficaces, en contratos cuyo objeto implica un elemento aleatorio consustancial, como los contratos de seguro o aquellos basados en elementos especulativos o de riesgo.¹⁷³ El siguiente es un ejemplo de cláusula de fuerza mayor: “Se entenderá por fuerza mayor cualquier hecho posterior a la celebración del presente contrato, de naturaleza extraordinaria, ajeno a la voluntad de las partes e irresistible a su control, que no pueda razonablemente haberse previsto al tiempo de celebración del contrato y que motive un incumplimiento en razón de su causa o efectos. Ninguna parte será responsable frente a la otra por retraso o incumplimiento de sus obligaciones bajo el contrato, en la medida que dicho retraso o incumplimiento sea provocado o atribuible a fuerza mayor. La parte que alegue la ocurrencia de un hecho constitutivo de fuerza mayor debe notificarlo por escrito a la otra parte sin demora, adjuntando a dicha notificación prueba suficiente de la ocurrencia de tal hecho y del carácter imprevisto e irresistible del mismo; y, si las circunstancias lo admiten, de haber empleado la diligencia y cuidado necesarios para evitar sus efectos, sobreviniendo éstos a pesar de sus esfuerzos. En todo caso, dicha parte estará obligada a adoptar medidas razonables dirigidas a mitigar los efectos del hecho constitutivo de fuerza mayor sobre el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. Si la duración del evento de fuerza mayor tiene por efecto privar sustancialmente a una o ambas partes de las expectativas razonables que legítimamente cabía esperar del tenor del acuerdo, cada parte tendrá derecho a poner término al contrato mediante el envío de una comunicación dirigida a su contraparte, manifestando la intención de terminar el contrato. Si, antes del término del contrato, cualquiera de las partes hubiere obtenido un beneficio a causa de cualquier acto realizado por la otra en ejecución de sus obligaciones bajo el contrato, deberá

¹⁷³ Cfr. SANCHEZ, Lorenzo, Sixto. Cláusulas de Ejecución del Contrato. En su: Cláusulas en los Contratos Internacionales Redacción y Análisis. Barcelona, Atelier, 2012. pp. 331-436.

compensar a dicha parte mediante el pago de una suma equivalente al beneficio obtenido.”¹⁷⁴

V. Confidencialidad (Confidentiality).

Los contratos comerciales modernos, involucran procesos de negociación exhaustivos en los cuales la divulgación de información, dirigida a inducir a una o ambas partes a contratar, va más allá de lo exigido por la ley. En este contexto, la privacidad de las partes adquiere especial relevancia; ya que divulgar tanto de sí mismas implica un riesgo para los intereses de los contratantes; sus relaciones comerciales existentes y futuras y el desarrollo de innovaciones tecnológicas. La confidencialidad tiene por objeto garantizar que las partes guardarán en secreto o no revelarán determinada información sensible relacionada con una operación establecida o en proceso de negociación; al considerar que dicha información es propiedad privada de cada una de ellas¹⁷⁵. La confidencialidad se incluye de dos formas en una transacción: (i) mediante la suscripción de un acuerdo de confidencialidad separado del contrato principal; y (ii) mediante la inclusión de una cláusula que regule específicamente las relaciones de las partes en relación con la información relevante, sensible, no protegida o útil que se han entregado recíprocamente o que una a proporcionado a la otra.

La información protegida por la cláusula de confidencialidad se refiere, por lo general, a información útil con respecto al funcionamiento de una empresa, a sus *trade secrets* y *know how*, también comprende otra información relevante, intercambiada por los contratantes en la etapa de preparación de la operación¹⁷⁶. En consecuencia, es conveniente delimitar en forma precisa el alcance material de la confidencialidad.

¹⁷⁴ Cfr. SANCHEZ, Lorenzo, Sixto. Cláusulas de Ejecución del Contrato. ob. cit. pp. 331-436.

¹⁷⁵ Cfr. SANCHEZ Lorenzo, Sixto A. Cláusulas de Interpretación del Contrato. En su: Cláusulas en los Contratos Internacionales Redacción y Análisis. Barcelona, Atelier, 2012. pp. 189-330.

¹⁷⁶ Cfr. SANCHEZ Lorenzo, Sixto A. Cláusulas de Interpretación del Contrato. ob. cit. pp. 189-330.

La cláusula de confidencialidad introduce dos obligaciones negativas al contrato: (i) no revelar y (ii) no utilizar¹⁷⁷, que deben incorporarse adecuadamente a la disposición, para garantizar que cualquier infracción a éstas genere un incumplimiento contractual y la responsabilidad que para éste se estipule. Además debe establecer claramente, el hecho que la trasmisión u obtención de la información se justifica exclusivamente en el marco de la realización o estudio de una operación de negocios, investigación, desarrollo de tecnologías, etc., prohibiendo cualquier otro uso de ésta. Asimismo, debe regular la duración de las obligaciones antes indicadas y la entrega o destrucción de toda la información entregada materialmente¹⁷⁸. La siguiente cláusula constituye un ejemplo de esta clase de disposición: “Las partes se obligan a mantener la más estricta reserva y confidencialidad respecto de toda información parcial o completa, proporcionada directa o indirectamente por una parte (Parte Divulgadora) a la otra (Parte Receptora), ya sea en forma escrita, verbal, en formato digital o reproducida por cualquier otro medio, incluyendo, sin limitación a cualquier escrito, nota, extracto, compilación, memorando, listado, planilla o documento, relativo a o que contenga menciones a balances, memorias, datos financieros, datos contables, estados financieros, informes de auditores o inspectores de cuentas, proyecciones, programas informáticos, contratos, activos, contingencias (declaradas o no), pasivos, obligaciones, documentos societarios, datos sobre clientes o proveedores, datos relativos a cuentas bancarias, información comercial, de clientes y/o proveedores, procesos industriales, instrumentos de crédito u otros valores, incluyendo todo antecedente acerca del Proyecto. Se exceptúa de la obligación anterior y, por tanto, los contratantes no estarán obligados a mantener en reserva y confidencialidad aquella información que: (i) haya estado en posesión de la Parte Receptora antes de su divulgación por la Parte Divulgadora, siempre que no se encuentre amparada por una obligación previa de confidencialidad, privacidad o reserva; (ii) haya sido desarrollada independientemente por la Parte Receptora; (iii) sea de conocimiento general o adquiera esta calidad, sin causa imputable a la Parte Receptora; y (iv) deba ser divulgada por mandato legal o en cumplimiento de una resolución judicial o administrativa. En cuyo caso, la Parte Receptora, obligada a

¹⁷⁷ Cfr. SANCHEZ Lorenzo, Sixto A. Cláusulas de Interpretación del Contrato. ob. cit. pp. 189-330.

¹⁷⁸ Cfr. SANCHEZ Lorenzo, Sixto A. Cláusulas de Interpretación del Contrato. ob. cit. pp. 189-330.

divulgar la información, deberá notificar a la Parte Divulgadora para que ésta interponga los recursos necesarios a fin de protegerla.

La Parte Receptora se obliga a utilizar la información divulgada exclusivamente a fin ejecutar el Proyecto, obligándose a: (a) adoptar todas las medidas que sean razonables y conducentes para proteger la información que reciba, quedando establecido que será responsable frente a la Parte Divulgadora por cualquier revelación o uso indebido de la información que pueda resultar del incumplimiento de esta obligación de confidencialidad y reserva. (b) mantener en custodia, todos y cada uno de los documentos, cintas magnéticas u otros medios físicos o electrónicos de intercambio de información o documentación relativos al presente contrato, que hubiere recibido de la Parte Divulgadora con motivo del mismo. (c) impedir la revelación de dicha información a terceras personas, salvo que esto sea estrictamente necesario para efectos de la evaluación, análisis e implementación del Proyecto, para lo cual deberá contar con autorización previa y expresa de la Parte Divulgadora. (d) realizar los esfuerzos necesarios para devolver la información a que hubiere accedido cada vez que la Parte Divulgadora así lo solicite. Sin perjuicio de lo cual, toda información recibida deberá ser devuelta por la Parte Receptora, sin necesidad de ser requerida al efecto, a más tardar dentro de tres días de completado el Proyecto. (e) avisar por escrito y sin demora a la Parte Divulgadora en caso de enterarse de cualquier extravío, apropiación indebida, divulgación o uso no autorizado de la información por cualquier persona.

La Parte Receptora no podrá utilizar, en beneficio propio o ajeno, la información proporcionada por la Parte Divulgadora con un objeto distinto de la implementación del Proyecto.

Las obligaciones de confidencialidad que asume la Parte Receptora tendrán una duración de tres años contados desde la fecha de implementación y puesta en marcha del Proyecto.”

Cuando la confidencialidad se refiere a información entregada en el marco de la suscripción de un acuerdo; o a la circunstancia misma de haberlo suscrito, será incorporada al contrato a través de una disposición del siguiente tenor: “Las partes se obligan a mantener la más estricta reserva y confidencialidad respecto del contenido y estipulaciones del presente instrumento, obligándose mutua y recíprocamente a no revelar ninguna parte del mismo, sin contar con autorización expresa y por escrito de los demás contratantes. Las partes acuerdan que todo comunicado de prensa o aviso que se realice respecto de la celebración y contenido del presente instrumento, deberá hacerse en forma conjunta, o excepcionalmente en forma individual, pero con autorización previa, expresa y por escrito de los demás contratantes”¹⁷⁹.

VI. Costos de la Transacción (*Transaction Costs*).

Las partes de un acuerdo suelen incurrir en costos derivados de: (i) la investigación relativa a los méritos del negocio, (ii) la negociación de los documentos que integran la transacción; (iii) la satisfacción de las condiciones precedentes al cierre; y (iv) de la autorización de documentos, garantías y/o escrituras públicas mediante los cuales se otorgue el contrato. Estos costos incluyen gastos en abogados, contadores, tasadores, consultores, bancos, certificados, autorizaciones, etc. Adicionalmente, el contrato puede derivar en disputas o controversias solucionadas mediante un juicio o arbitraje, con los costos que ello implique. En consideración a la cuantía de los montos involucrados en los costos derivados del contrato es que las partes suelen incorporar, al final del acuerdo, una disposición que los distribuya en atención sus intereses, capacidad de negociación y a la naturaleza del acuerdo suscrito¹⁸⁰.

En general, la disposición relativa a la distribución de los costos en que incurran las partes en virtud de la suscripción del acuerdo, estipulará que cada una de estas pagará por sus gastos, sea que estos correspondan a honorarios por servicios profesionales, asesoría legal, comisiones, tarifas, impuestos, etc. No obstante lo anterior, es

¹⁷⁹ Cláusula extractada de un modelo de acuerdo de confidencialidad redactado por la autora.

¹⁸⁰ Cfr. STARK, Tina L. *Transaction Costs*. En su: *Negotiating and Drafting Contract Boilerplate*. ALM Publishing. Nueva York. 2003. pp. 361-390.

conveniente estipular que la parte incumplidora pague por todos los costos derivados de exigir el cumplimiento del contrato.

Existen contratos en que los costos de la transacción serán asumidos por una de las partes, generalmente, la que tiene menos poder de negociación y más interés en la suscripción del acuerdo. Esto ocurre, por ejemplo, en los contratos de crédito, en los cuales el deudor debe asumir todos los costos de la transacción. Las partes también pueden estipular que determinados costos derivados del contrato sean asumidos por alguna de ellas, esto ocurre, por ejemplo, en los contratos de arriendo, en los cuales el arrendatario debe asumir todos los costos en que incurra el arrendador para obtener la restitución del bien arrendado en caso de no pago de la renta.

Los contratantes pueden, dependiendo del tipo de acuerdo suscrito, estipular: (a) que cada parte pague sus costos; (b) compartir ciertos costos, lo que se utiliza comúnmente en contratos de compraventa de activos mediante los cuales se fusionan dos o más sociedades; (c) que la parte incumplidora pague los costos de transacción de la parte cumplidora o llana a cumplir; (d) que la parte que pierda un eventual litigio pague los costos de su contraparte; y (e) que una parte pague todos los costos derivados de la transacción. La siguiente disposición constituye un ejemplo de (a)¹⁸¹, el único que otorgare, por ser la forma más común en que se distribuyen los costos de la transacción: “Cada parte pagará los honorarios, tarifas y gastos, incluyendo, sin limitación los honorarios y gastos de sus agentes, corredores, abogados, contadores, consultores y asesores, incurridos en relación con la negociación, elaboración, redacción, ejecución, entrega y cumplimiento de este acuerdo y de la transacción que contempla.”

VII. Notificaciones y Comunicaciones entre las Partes (*Notices*).

La disposición relativa a las notificaciones y comunicaciones entre las partes regula la forma en que los contratantes transmitirán entre sí información relevante durante la

¹⁸¹ Cfr. STARK, Tina L. *Transaction Costs*. ob. cit. pp. 361-390.

vigencia del contrato. Adicionalmente, fija un estándar para calificar cuando una notificación se ha efectuado eficazmente. Esto tiene gran relevancia, ya que determina el ejercicio de ciertos derechos, por ejemplo, opciones de compra; la ocurrencia de determinados hechos que pueden significar un cambio material adverso; o la procedencia de una indemnización de perjuicios bajo el contrato. Todas las cuales deben extenderse de conformidad con el formato, contenido, plazos, método de entrega y recepción indicadas en esta cláusula¹⁸².

La disposición relativa a las notificaciones y comunicaciones puede ser genérica o específica, la genérica se refiere a la forma de efectuar notificaciones para toda comunicación que se trasmita de una a otra parte durante la vigencia del acuerdo. La específica se refiere a aquellas notificaciones que se estipulan a lo largo del acuerdo y que dicen relación, generalmente con: (i) la notificación requerida ante la ocurrencia de una causal de incumplimiento; (ii) la notificación requerida para ejercitar derechos u opciones bajo el contrato; y (iii) la comunicación requerida para obtener el consentimiento previo y expreso de la parte contraria para la realización de determinadas acciones. Estas son específicas sobre todo en cuando a los plazos que estipulan, ya que algunas de las situaciones antes descritas deberán comunicarse a la parte contraria dentro de un plazo determinado de días; mientras otras utilizarán el estándar de prontitud descrito en el capítulo II del presente trabajo.

Toda disposición relativa a las notificaciones y comunicaciones entre las partes debe fijar al menos lo siguiente: (a) formato; (b) método de entrega; (c) plazo de eficacia; (d) identidad de los destinatarios; (e) dirección de los destinatarios; y (f) forma de modificar la manera de realizar las notificaciones bajo el contrato¹⁸³. Cabe destacar que para efectos de garantizar el valor probatorio de las notificaciones y comunicaciones entre las partes, debe incluirse como requisito para la validez de las mismas que se otorguen por escrito y sean debidamente firmadas por los representantes de las partes u otras personas autorizadas para efectuar este tipo de trámite bajo el contrato. El siguientes es un ejemplo de esta clase de disposición:

¹⁸² Cfr. STARK, Tina L. Notices. En su: *Negotiating and Drafting Contract Boilerplate*. ALM Publishing. Nueva York. 2003. pp. 461-501.

¹⁸³ Cfr. STARK, Tina L. Notices. ob. cit. pp. 461-501.

“Todo aviso que debiere o pudiese cursarse en virtud del presente Contrato se otorgará por escrito, debidamente firmado, en idioma castellano y será: (i) entregado por mano; (ii) enviado por correo certificado, con acuse de recibo; (iii) enviado por servicio de correo expreso o courier, con acuse de recibo; o (iv) enviado por facsímil, con confirmación del destinatario, a las siguientes direcciones (o a cualesquiera otras personas o direcciones que las Partes pudieren sustituir mediante aviso escrito):

1. Av. Apoquindo N° 001, Piso 10, Las Condes, Santiago, Chile
Representante del Dueño
At.: Sr. Francisco Pérez
Y/O:
Sr. Juan Díaz
2. Av. Las Condes 1111, Piso 16, Las Condes, Santiago, Chile
Representante del Contratista
At.: Sr. Sergio Soto
Y/O:
Sr. Gonzalo Fuentes

Todo aviso que se envíe de conformidad al presente Contrato será efectivo a contar de su recepción por él o los destinatarios en las direcciones indicadas.”

VIII. Modificación y Renuncia (*Amendment and Waiver*).

La función de ésta disposición es similar a la de la cláusula de acuerdo completo, que intenta “blindar el contrato respecto de cualesquiera otras declaraciones y documentos emitidos durante el proceso de negociación del contrato”¹⁸⁴. Pero a diferencia de aquella, ésta cláusula, intenta blindar el contrato ante cualquier declaración o acto, acaecido durante la vigencia del acuerdo, que pudiese ser interpretado como una modificación o renuncia de algunos de sus términos y condiciones. En consecuencia, esta clase de disposición servirá mejor su propósito en

¹⁸⁴ SANCHEZ, Lorenzo, *Sixto. Cláusulas en los Contratos Internacionales*. Barcelona, Atelier, 2012. pp. 236 - 242.

contratos de larga duración, de tracto sucesivo o de ejecución diferida. Consideremos, por ejemplo, un contrato de suministro, en el cual una de las partes acepta recibir los bienes objeto del contrato en un lugar distinto del acordado por las partes en tres ocasiones. La presencia de una cláusula de modificación y renuncia impide a los contratantes deducir que el consentimiento otorgado por el suministrante constituye una modificación de los términos del acuerdo. Se tratará entonces de una excepción concesional, que no impedirá a las partes reclamar, en cualquier momento, que las entregas se realicen conforme a lo estipulado¹⁸⁵.

Esta disposición puede implicar situaciones de abuso de derecho o atentar contra el principio de la buena fe contractual, de conformidad con la teoría de los actos propios y el *estoppel* propio del *common law*. El principio de respeto a los actos propios consiste en el deber de sometimiento a una conducta ya manifestada por un sujeto en sus actuaciones anteriores, evitando así la agresión a un interés ajeno, que su cambio provocaría. Se trata de exigir a los sujetos que en sus sucesivas actuaciones se mantengan coherentes o consecuentes, de modo que no existan contradicciones entre éstas y su actuar inicial. Lo anterior se justifica en que la coherencia resulta natural cuando se actúa de buena fe, y en cuanto a que, dicha coherencia genera expectativas y confianza en otros, quienes también actuando de buena fe, se guiarán por las actuaciones del sujeto. Vemos así, que este principio constituye una limitación o autolimitación al ejercicio de derechos, facultades y prerrogativas, derivada del comportamiento adoptado; además de reforzar la solidaridad en la comunidad, donde la conducta de cada individuo depende recíprocamente de la de otros. La aplicación del principio de respeto a los actos propios requiere la presencia de los siguientes elementos: (i) la adopción de una conducta que consiste, generalmente, en una serie de actos que manifiestan una determinada intención; (ii) una actuación posterior, proveniente del mismo sujeto, que revele una intención que se contradice con la manifestada a través de la actuación anterior; y (iii) que con motivo de dicha contradicción resulten afectados los derechos de un tercero, en este caso, de la contraparte. Los efectos de la aplicación de este principio han sido objeto de controversia en la poco desarrollada doctrina nacional relativa a la materia, pero

¹⁸⁵ Cfr. SANCHEZ Lorenzo, Sixto. Cláusulas en los Contratos Internacionales. ob. cit. pp. 236-242.

existe consenso en que la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria resulta aceptable como consecuencia.¹⁸⁶ En el derecho comparado, este principio ha sido ampliamente desarrollado, ejemplo de aquello es la doctrina recogida por la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías; los Principios Unidroit y los Principios de Derecho Contractual Europeo y Marco Comercial de Referencia, los cuales reconocen la eficacia de la cláusula de modificación y renuncia, pero incluyen una disposición en virtud de la cual otorgan a la teoría de los actos propios el carácter de límite a la posibilidad de alegar la improcedencia de modificaciones orales al contrato basadas en la estipulación de una cláusula de no modificación oral en el contrato. Por ejemplo, el artículo 2.1.18 de los Principios Unidroit establece que: “Un contrato por escrito que exija que toda modificación o extinción por mutuo acuerdo sea en una forma en particular no podrá modificarse ni extinguirse de otra forma. No obstante, una parte quedará vinculada por sus propios actos y no podrá valerse de dicha cláusula en la medida en que la otra parte haya actuado razonablemente en función de tales actos.” Consideremos, por ejemplo, un contrato de ejecución de obra mediante el cual una parte encarga a la otra la construcción de un edificio de siete pisos. Durante la vigencia del acuerdo y debido a la escases de materiales de construcción, las partes acuerdan oralmente que la construcción será solo de cinco pisos. El propietario de la obra realiza todas las visitas programadas en el contrato y recibe, a su total satisfacción, los informes de avance de los trabajos. Luego, al recibir el edificio, demanda al contratista alegando la entrega de un edificio de una elevación distinta a la acordada y la inexistencia de una modificación por escrito al contrato en que conste el acuerdo de reducir el número de pisos de siete a cinco. Un tribunal podría alegar que el propietario no tiene derecho a valerse de la cláusula que prohíbe la modificación oral del contrato, puesto que el contratista pudo, razonablemente y en base a su comportamiento, confiar en la eficacia de la modificación verbal del acuerdo¹⁸⁷.

La cláusula de modificación y renuncia se incluye al acuerdo a través de una disposición del siguiente tenor: “Ninguna modificación o renuncia de este contrato o

¹⁸⁶ Cfr. PEÑAILLO Arevalo, Daniel. 2003. Las Obligaciones, Teoría General y Clasificaciones, la Resolución por Incumplimiento. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. pág 65.

¹⁸⁷ Cfr. SANCHEZ, Lorenzo, Sixto. Cláusulas en los Contratos Internacionales. ob. cit. pp. 236-242.

de cualquier disposición o término del mismo; o de algún documento emitido o ejecutado en conformidad o en cumplimiento de alguna de las disposiciones del presente acuerdo, será obligatorio para las partes a menos que se otorgue en un documento por escrito firmado por todas ellas. Toda prórroga, renuncia, disminución, suspensión o enmienda de los términos y condiciones del presente contrato o de cualquier documento ejecutado de conformidad o en cumplimiento del mismo otorgado en dicha forma, será interpretado restrictivamente en exclusiva relación con el asunto o materia respecto de la cual fue acordado, siendo solo en dicho caso procedente.”

IX. Nulidad Parcial (*Severability*).

Ante la posibilidad de que un acuerdo contenga disposiciones total o parcialmente nulas, los contratantes suelen incluir, hacia el final del acuerdo, una disposición a través de la cual manifiestan claramente su intención de mantener la validez del contrato y la eficacia de las cláusulas válidas del mismo. El objeto de la cláusula de nulidad parcial es expresar dicha intención de las partes al juez o árbitro encargado de ordenar el cumplimiento las disposiciones válidas del contrato, aun cuando éste contenga disposiciones nulas en todo o en parte. Adicionalmente, contribuye con la interpretación del acuerdo suscrito de dos formas: (i) sirve para expresar que el contrato suscrito por las partes comprende un conjunto de acuerdos distintos, separados e independientes y (ii) sirve para que los contratantes expresen qué términos y condiciones estipuladas en el contrato son esenciales bajo el mismo¹⁸⁸, al estipular que la invalidez, inaplicabilidad o nulidad de éstas perjudica a todo el acuerdo.

En opinión de la doctrina, existen dos principios que puede aplicar el juez o árbitro ante la nulidad o invalidez parcial de una cláusula o de alguno de los elementos de ésta: (i) separar la cláusula o elemento inválido de ésta del resto del contrato, considerando todo lo demás, no afectado por la invalidez, como válido y (ii) tener a

¹⁸⁸ Cfr . STARK, Tina L. *Severability*. En su: *Negotiating and Drafting Contract Boilerplate*. ALM Publishing. Nueva York. 2003. pp.539-557.

la cláusula o elemento inválido de ésta como inexistente, reduciendo el alcance y contenido de la disposición. Dichos principios no pueden aplicarse cuando el remanente de la disposición es, por su naturaleza, dependiente o accesorio de la parte inválida, ni cuando ésta constituya la parte esencial del acuerdo alcanzado por los contratantes¹⁸⁹. Tampoco pueden aplicarse, si se prueba que sin dicha parte: a) el contrato no se habría celebrado; b) se habría celebrado en términos substancialmente diferentes; o c) si no se habría estipulado la cláusula total o parcialmente inválida.

La cláusula que regula la invalidez parcial se introduce en un sin número de acuerdos sin realizar previamente un análisis relativo a la conveniencia de introducir este tipo de cláusula, en atención a la naturaleza del contrato suscrito. Existen distintas cláusulas contractuales susceptibles de ser declaradas inválidas, en determinadas circunstancias, cuyo análisis escapa del alcance del presente trabajo, entre estas se destacan las siguientes: (i) cláusulas que alteran o exoneran de responsabilidad al deudor, (ii) cláusulas que producen efectos *ipso facto*; (iii) cláusulas de exclusividad y/o no competencia; (iv) cláusulas de aceleración; (v) cláusulas que establecen remedios acumulativos; (vi) cláusulas que restringen la cesión de derechos; etc. Habida consideración de lo anterior, es que los contratantes deben tener presente que la inclusión de una cláusula de invalidez parcial al contrato puede generar desequilibrios entre las prestaciones que, con motivo de la declaración de nulidad o invalidez de una cláusula o de parte de ésta, terminen debiéndose las partes¹⁹⁰. Sin embargo, es común que los contratantes, al incluir este tipo de disposición a un acuerdo, lo hagan en términos absolutos, sin distinguir entre las distintas disposiciones del contrato, al determinar qué: “La declaración de nulidad o ineficacia de una estipulación del contrato o de parte de él no afectará la validez de las demás estipulaciones del mismo.”

¹⁸⁹ Cfr. STARK, Tina L. Transaction Costs. ob. cit. pp. 361-390.

¹⁹⁰ Cfr. STARK, Tina L. Transaction Costs. ob. cit. pp. 361-390.

X. Elección de Ley (*Governing Law*).

Esta cláusula proporciona certeza jurídica al contrato, ya que permite delimitar el alcance de los derechos y obligaciones derivados del mismo a aquellos que proporcione una legislación específica. Adicionalmente, sirve a los objetivos particulares de las partes al permitirles seleccionar un ordenamiento jurídico especialmente apto para la consecución de los fines del acuerdo, en atención a su carácter neutral o por ser útil para unificar el régimen de los diversos contratos que conformen la transacción¹⁹¹.

Mediante la cláusula de elección de ley los contratantes pueden elegir la ley material aplicable al fondo del contrato. Lo anterior tiene menor relevancia si ambas partes comparten su nacionalidad y dicho país es también el lugar de ejecución del acuerdo; ya que salvo disposición en contrario, el contrato se regirá por la ley de ese país. Distinta es la situación si se trata de un contrato internacional, pues en él, la seguridad jurídica está supeditada a la precisión en la cláusula de elección de ley, que permite fijar con certeza el ordenamiento que ha de proporcionar, entre otros, los criterios de interpretación y el régimen supletorio aplicable a lo no previsto por las partes en el contrato. Esta disposición sirve también para evitar que sean las normas sobre conflictos de ley del foro donde se plantee la controversia acerca de qué legislación es aplicable al contrato, las que determinen en definitiva la ley que rige el acuerdo. Lo que perjudica directamente a las partes; ya que les impide conocer el alcance de sus derechos y obligaciones contractuales, así como también, anticipar su posible defensa bajo dicha ley. El siguiente es un ejemplo de disposición sobre la elección de ley que rige el contrato: “El presente contrato y toda reclamación, controversia y litigio derivado del mismo o relacionado de cualquier forma con él se regirá por las leyes de la República de Chile, con exclusión de sus normas sobre conflicto de leyes¹⁹².”

¹⁹¹ Cfr. SANCHEZ, Lorenzo, Sixto. Cláusulas de Elección del Derecho Aplicable. En su: Cláusulas en los Contratos Internacionales. Barcelona, Atelier, 2012. pp. 243-251.

¹⁹² Cfr. SANCHEZ, Lorenzo, Sixto. Cláusulas de Elección de Ley. En su Cláusulas en los Contratos Internacionales. Barcelona, Atelier, 2012. p.p. 243-251.

Conclusiones

La redacción de un contrato comercial complejo es un proceso complicado en que distintas fuerzas se ven enfrentadas. Por una parte, debe considerarse la autonomía de la voluntad de cada uno de los contratantes; la cual, debido al extenso proceso de negociación y detalle a que se reduce cada disposición, encuentra en este tipo de acuerdos su máxima expresión; por la otra, debe considerarse el objetivo específico que los contratantes esperan obtener por medio de la suscripción del acuerdo y la eficacia al momento de regular la relación económico jurídica que entre ellos se configura. Adicionalmente, el contrato debe negociarse, ser elaborado, redactado y suscrito por las partes dentro de un plazo determinado, el cual, generalmente, deja poco espacio para errores. Habida consideración de estos factores, es que trabajar a partir de modelos claros, precisos, consistentes y simples es fundamental, no solo por contribuir a la eficacia de la profesión de abogado, facilitando la redacción, revisión, negociación e interpretación de contratos, si no por otorgar un mejor servicio al cliente, quien será en definitiva el encargado de administrar y/o aplicar las disposiciones del acuerdo. Un buen contrato, desde la perspectiva de este trabajo, es un buen comunicador; ya que la función esencial de todo contrato es regular la relación y conducta, presente o futura, de las partes y como tal debe ser capaz de comunicar dicha información de manera eficiente.

La doctrina nacional nunca se ha interesado en el proceso de redacción de un contrato comercial complejo, materia que la mayoría de los abogados aprende por osmosis haciendo, sin una base teórica que permita diferenciar entre estilos, herramientas de redacción y usos de lenguaje. Esto impide un análisis en profundidad del uso, función, propósito y variantes de las disposiciones contractuales secundarias o de salvaguarda, protección y reserva de derechos, destinadas a asegurar que las partes obtengan lo que pretenden del negocio principal. El aprendizaje por osmosis además, perjudica a la profesión en general, ya que a través de él se transmiten conocimientos que tienen aplicación práctica, más no fundamentos concretos.

El principal aporte del presente trabajo es ilustrar de manera sistemática cómo estructurar un contrato comercial complejo, en atención a los distintos elementos que lo configuran y al servicio que cada uno de estos otorga a la regulación de la conducta que espera cada parte de la

otra, para asegurar la consecución de los fines tenidos en consideración al momento de contratar. Establece cuatro principios de general aplicación, que otorgan claridad al acuerdo alcanzado por las partes; herramientas y usos del lenguaje que faciliten la aplicación e interpretación del contrato, al perfeccionar y adecuar el contrato al negocio específico y objetivos perseguidos por los contratantes, contextualizando el acuerdo, incorporando excepciones y limitaciones, estándares de conducta, flexibilidad, etc. Todo lo anterior, aplicando un sistema estandarizado por los usos y prácticas, tanto del derecho comparado, como de la contratación internacional, para otorgar al lector un esquema a considerar en el proceso de redacción de un contrato comercial de cierto nivel de complejidad.

Los conocimientos incorporados en el presente trabajo deberían ser materia de cátedra, así como lo son y serán cada vez con más fuerza los cursos de derecho que sistematizan conocimientos relativos a los procesos de negociación y mediación en general; o a la litigación oral y sus formas. Un gran número de abogados en Chile aplica los conocimientos contenidos en esta obra, adquiridos a través de años de práctica, de imitación y absorción de técnicas utilizadas por abogados que practican en el sistema anglosajón. La universalidad y globalización de los negocios que facilitamos exige el manejo de los conceptos y técnicas presentados en este trabajo, conceptos y técnicas que pueden adoptar un sin número de formas y variaciones, atendida la infinidad de intereses que persiguen obtener y proteger, variaciones que podemos implementar y crear para cada nuevo acuerdo, y que se perfeccionarán por el enorme aporte de la doctrina, si ésta alguna vez se interesa en ello.

Bibliografía

1. ADAMS, Kennet A. A Manual of Style for Contract Drafting. Segunda edición. Estados Unidos de América, American Bar Association 2008. 451p.
2. FOX, Charles M. Working with Contracts What Law School Doesn't Teach You. Segunda edición. Nueva York, Practicing Law Institute, 2008. 314p.
3. STARK, Tina L. Negotiating and Drafting Contract Boilerplate. Estados Unidos de América, ALM Properties Inc., 2003. 675p.
4. ABELIUK Manasevich, René. Las Obligaciones. Quinta edición Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2008. 1293p.
5. PEÑAILILLO Arévalo, Daniel. Obligaciones Teoría General y Clasificaciones La Resolución por Incumplimiento. Santiago, Chile. Editoria Juridica de Chile, 2003. 503p.
6. FUEYO Laneri, Fernando. Cumplimiento e Incumplimiento de las Obligaciones. Tercera edición. Santiago, Chile. Editorial Jurídica de Chile, 2004. 650p.
7. CLAUSULAS en los Contratos Internacionales Redacción y Análisis por Sixto A. Sánchez Lorenzo "et al". Barcelona, Atelier Libros Jurídicos, 2008. 525p.
8. PIZZARO Wilson, Carlos. Hacia Un Sistema de Remedios al Incumplimiento Contractual. En Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Valparaíso 2007). Estudios de Derecho Civil III. Legal Publishing. Santiago, Chile. Alejandro Guzmán Brito, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008. 918p.
9. BARROS Bourie, Enrique. Finalidad y Alcance de las Acciones y los Remedios Contractuales. En Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Valparaíso 2007). Estudios de Derecho Civil III. Legal Publishing. Santiago, Chile. Alejandro Guzmán Brito, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2008. 918p.
10. PRADO López, Pamela. ¿Es Aplicable en Chile la Concepcion de Contrato Adoptada por el Nuevo Derecho de la Contratación? En: Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Viña del Mar, 2011). Estudios de Derecho Civil VII. Legal Publishing. Santiago, Chile. Fabián Elorriaga de Bonis, Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibañez, 2012. 810p.
11. BARROS B., E. y ROJAS C., N. Responsabilidad por Declaraciones y Garantías Contractuales. En: Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Concepción, 2008). Estudios de Derecho Civil V. Legal Publishing. Santiago, Chile. Facultad de Derecho Universidad de Concepción. pp. 511-526.
12. Revista Actualidad Jurídica. 2008. Santiago, Chile. Tomo II (17).

13. Ley N° 18.046. CHILE. Ley Sobre Sociedades Anónimas. Ministerio de Hacienda. Santiago, Chile. 22 de octubre de 1982. 59p.
14. Ley N° 18.045. CHILE. Ley de Mercado de Valores. Ministerio de Hacienda. Santiago, Chile. 22 de octubre de 1981. 101p.
15. DFL 1. Chile. Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Civil. Ministerio de Justicia. Santiago, Chile. 30 de mayo de 2000. 423p.
16. Ley N° 7.421. CHILE. Aprueba el Código Orgánico de Tribunales. Ministerios de Justicia. Santiago, Chile. 9 de julio de 1943. 205p.