

Legal |  
Opinión | Artículo 1 de 1

# Las cláusulas sobre cambios materiales adversos y la coyuntura nacional

**"...¿Puede la crisis político-social que atraviesa Chile calificarse como tal? Dar una respuesta concluyente no es posible por el momento. Ello dependerá de la definición acordada entre las partes y las excepciones a la misma que se hayan plasmado en el contrato, y de los efectos jurídicos, económicos y políticos posteriores que la crisis traiga, los cuales probablemente incluirán una nueva Constitución..."**

Lunes, 18 de noviembre de 2019 a las 9:45

**Actualizado 9:45**



**Feliciano Tomarelli**

Las cláusulas referentes o los Cambios u Efectos Materiales Adversos (MAC, por sus siglas en inglés) se han hecho bastante recurrentes en las últimas décadas en contratos de alta sofisticación y, en particular, en materia de fusiones y adquisiciones. Por medio de ellas, a *grosso modo*, el comprador se protege de circunstancias, acontecimientos, cambios o efectos que, individualmente o en su conjunto, afectan o podrían razonablemente afectar, de manera adversa y relevante, a la compañía u activo que se adquiere, otorgándole el derecho a desistirse del contrato o la posibilidad de renegociar sustancialmente sus términos (Saldaña, 2013).

Así, al menos desde comienzo de siglo, a partir de la crisis de diversos sectores económicos, los atentados a las torres gemelas y la guerra de Estados Unidos contra el régimen de Sadam Hussein, estas cláusulas comenzaron a recibir mucha atención en el ámbito internacional. En este sentido, un estudio realizado el año 2017 en Estados Unidos muestra que el 89% de los contratos por los cuales se adquiere la propiedad o

control de una empresa en dicho país, por un valor superior a los US\$ 100 millones, incluyeron cláusulas MAC (*Nixon Peabody Mac Survey*).

Las cláusulas MAC generalmente las podemos encontrar en dos secciones de los contratos. En primer lugar, como circunstancia calificante (*qualifier*) de las declaraciones, garantías u obligaciones de las partes, estableciendo un límite o umbral aceptable de incumplimiento de la estipulación contractual. Así, por ejemplo, el

vendedor declara que *la empresa que vende cuenta con todos los permisos medioambientales necesarios para operar, salvo aquellos cuya omisión no ha de causar un Efecto Material Adverso*. En segundo lugar, las solemos ver a propósito de las condiciones suspensivas de cierre (*conditions precedent*) a que se sujetan compraventas, financiamientos y otros contratos de alta relevancia económica, consistiendo la condición en la ausencia de Cambios Materiales Adversos entre la firma del contrato y la fecha de su materialización o cierre. Así, una o ambas partes tendrán derecho a desistirse del contrato (no “cerrar” el negocio) si tiene lugar un Cambio Material Adverso, según el concepto del mismo que se haya plasmado en el contrato.

Así, se ha hecho recurrente en este tipo de contratos que los abogados se enfrasquen en arduas negociaciones respecto del contenido de la cláusula MAC, las cuales terminan en minuciosas definiciones del Efecto Material Adverso. Sin perjuicio de ello, en lo medular, cambios materiales adversos son aquellos cambios que una persona razonable puede considerar como determinantes para la relación contractual al afectar su proceso de toma de decisiones y para cuya determinación comúnmente se usan tres factores: (i) la ausencia de conocimiento del cambio o circunstancia, (ii) la magnitud de sus efectos adversos y (iii) la duración de los mismos (*The Mrs. Fields Brand, Inc. v. Interbake Foods LLC*).

En los casos en que la redacción de la cláusula MAC ha favorecido al comprador se suele incluir como Efecto Material Adverso el incumplimiento de prospectos o proyecciones de la empresa objeto del negocio jurídico, puestos en conocimiento del comprador antes de celebrar el contrato. Por el contrario, cuando el vendedor ha logrado mover la balanza a su favor se suelen hacer ciertas exclusiones del concepto de MAC, como cambios que han afectado en general la macroeconomía de un país o los resultados de una industria específica, incumplimiento de ciertos estándares financieros, eventos de fuerza mayor, cambios en la legislación, entre otros.

Desde nuestra perspectiva del Derecho Civil, estas circunstancias relevantes que modifican gravemente los efectos económicos del contrato son comúnmente tratadas desde la teoría de la imprevisión o doctrina de la excesiva onerosidad sobreviniente, en virtud de la cual aquella parte que se ve perjudicada por hechos imprevisibles que escapan de su control, los cuales aumentan excesivamente la onerosidad de su prestación, puede solicitar al juez la revisión o resolución del contrato. Sin embargo, nuestra Corte Suprema ha rechazado la aplicación general de esta doctrina (rol 2651-2008) basándose principalmente en el principio de la fuerza obligatoria de los contratos (art. 1545 CC). Dado lo anterior, el hecho de que las partes hayan incluido una cláusula MAC en el contrato será determinante para evaluar los efectos jurídicos que la ocurrencia de un Cambio Material Adverso pueda tener.

Ahora bien, ¿puede la crisis político-social que atraviesa Chile calificarse como un Cambio Material Adverso? Dar una respuesta concluyente no es posible por el momento. Ello dependerá, en primer lugar, de la definición de Cambio Material Adverso acordada entre las partes y las excepciones a la misma que se hayan plasmado en el contrato, y, en segundo lugar, de los efectos jurídicos, económicos y políticos ulteriores que la crisis traiga, los cuales probablemente incluirán una nueva Constitución. En cualquier caso, los hechos ocurridos en el país, siguiendo la clasificación de Miller, podrían eventualmente calificarse como “riesgos sistemáticos”, los que incluyen, por ejemplo, (a) cambios generales en el orden político o social, (b) actos de guerra, hostilidades o terrorismo y (c) cambios generales en la legislación u ordenamiento jurídico.

Con todo, si el vendedor logró que estos riesgos sistemáticos no fueran incluidos expresamente en la definición de Cambio Material Adverso estará en una mejor posición que el comprador, pues será de cargo de este configurar un caso bajo la hipótesis general de Cambio Material Adverso que se haya establecido en el contrato para poder desistirse del mismo. Para ello, los tribunales en el extranjero han exigido que las consecuencias económicas adversas de los hechos ocurridos afecten a largo plazo la capacidad económica de la compañía objeto del contrato, no bastando un efecto negativo de corto plazo (*In re IBP, Inc. Shareholders Litigation*).

*\* Feliciano Tomarelli Rubio es licenciado en Derecho por la Universidad Católica de Valparaíso, LL.M. por la U. de Columbia, profesor de Derecho Civil de la U. de los Andes y asociado en Carey. Además, es abogado habilitado en Chile y el Estado de Nueva York, EE.UU.*

---

## EL MERCURIO

Términos y condiciones de la Información © 2002 El Mercurio Online