

CONSEJO EDITORIAL

MIGUEL ANGEL COLLADO YURRITA

MARÍA TERESA DE GISPERT PASTOR

JOAN EGEA FERNÁNDEZ

JOSÉ IGNACIO GARCÍA NINET

FRANCISCO RAMOS MÉNDEZ

SIXTO SÁNCHEZ LORENZO

JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ

JOAN MANUEL TRAYTER JIMÉNEZ

BELÉN NOGUERA DE LA MUELA

RICARDO ROBLES PLANAS

JUAN JOSÉ TRIGÁS RODRÍGUEZ

Director de Publicaciones

CLÁUSULAS EN LOS CONTRATOS INTERNACIONALES

REDACCIÓN Y ANÁLISIS

Sixto A. Sánchez Lorenzo (Coord.)

Rafael Arenas García

Ángeles Lara Aguado

Miguel Checa Martínez

Nuria Marchal Escalona

Pedro A. De Miguel Asensio

Jorge Miguel Rodríguez

Fernando Esteban de la Rosa

Patricia Orejudo Prieto de los Mozos

Gloria Esteban de la Rosa

Cristian Oro Martínez

José Carlos Fernández Rozas

María Luisa Palazón Garrido

Josep Gràcia i Casamitjana

Sixto A. Sánchez Lorenzo

Pilar Jiménez Blanco

Carmen Vaquero López

Colección: Atelier Práctica Profesional

Director de este volumen:

Sixto Sánchez Lorenzo

(Catedrático de Derecho internacional privado
de la Universidad de Granada)

Reservados todos los derechos. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 270, 271 y 272 del Código Penal vigente, podrá ser castigado con pena de multa y privación de libertad quien reprodujere, plagiare, distribuyere o comunicare públicamente, en todo o en parte, una obra literaria, artística o científica, fijada en cualquier tipo de soporte, sin la autorización de los titulares de los correspondientes derechos de propiedad intelectual o de sus cesionarios.

© 2012 Sixto A. Sánchez Lorenzo (coord.), Rafael Arenas García, Miguel Checa Martínez, Pedro A. De Miguel Asensio, Fernando Esteban de la Rosa, Gloria Esteban de la Rosa, José Carlos Fernández Rozas, Josep Gràcia i Casamitjana, Pilar Jiménez Blanco, Ángeles Lara Aguado, Nuria Marchal Escalona, Jorge Miquel Rodríguez, Patricia Orejudo Prieto de los Mozos, Cristian Oró Martínez, María Luisa Palazón Garrido, Sixto A. Sánchez Lorenzo y Carmen Vaquero López

© 2012 Atelier

Vía Laietana 12, 08003 Barcelona

e-mail: editorial@atelierlibros.es

www.atelierlibros.es

Tel.: 93 295 45 60

I.S.B.N.: 978-84-92788-79-8

Depósito legal: B-14241-2012

Diseño y composición: Addenda, Pau Claris 92, 08010 Barcelona
www.addenda.es

Impresión: Winihard Gràfics, Avda. del Prat 7, 08180 Moià

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	17
FASE NEGOCIAL.....	21
1.1. Declaraciones en la fase negocial.....	21
1.1.1. Oferta y propuestas para ofertar.....	21
1.1.1.1. Redacción de una oferta.....	21
1.1.1.2. Redacción de una propuesta que no pretende ser oferta.....	23
1.1.1.3. Redacción de una propuesta para ofertar.....	23
1.1.1.4. Función e indicación.....	23
1.1.2. Aceptación.....	36
1.1.2.1. Aceptación de la oferta.....	36
1.1.2.2. Aceptación de la oferta y concreción de condiciones.....	36
1.1.2.3. Aceptación de la oferta con modificaciones no sustanciales.....	36
1.1.2.4. Aceptación de la oferta con modificaciones sustanciales (contraoferta).....	37
1.1.2.5. Contestación sin aceptación y con invitación a continuar negociaciones.....	37
1.1.2.6. Rechazo de la oferta.....	38
1.1.2.7. Función e indicación.....	38
1.2. Cláusulas y contratos de negociación.....	41
1.2.1. Cláusulas de buena fe y confidencialidad.....	41
1.2.2. Cláusulas sobre costes de la negociación.....	42
1.2.2.1. Redacción.....	42
1.2.2.2. Función e Indicación.....	42
1.2.3. Obligación de exclusividad.....	43
1.2.3.1. Redacción.....	43
1.2.3.2. Función e indicación.....	44
1.2.4. Obligación de negociación.....	45

Y en cuanto a la estipulación referente a la obligación de compensación por el ejercicio del desistimiento, si bien, como se ha visto, algunos ordenamientos jurídicos la prevén para contratos determinados (vg. obra, mandato...), es conveniente que se establezca por las partes, al objeto de garantizar la indemnidad patrimonial del contratante que puede verse perjudicado por el desistimiento de la otra parte.

La cláusula formulada en segundo lugar (5.2.1.2), no será imprescindible en los contratos sometidos a los Principios UNIDROIT, los Principios de Derecho contractual europeo o el Marco Común de Referencia, que contienen una regulación similar, aunque menos detallada.

Se ha de tener en cuenta que, tratándose del contrato de agencia comercial, las leyes de transposición de la Directiva 1986/653/CEE, de 18 de noviembre, en los países miembros de la Unión Europea, contendrán una regulación del mismo que es imperativa en cuanto a los mínimos.

En presencia de contratos de consumo, hay que advertir que el desistimiento unilateral tiene su propia y particular regulación de carácter imperativo y no renunciabile, que en los Estados miembros de la Unión Europea procede de las Directivas de protección de los consumidores y está, en consecuencia, armonizada.

5.3. CLÁUSULAS DE MODIFICACIÓN SUBJETIVA*

5.3.1. Cláusulas de no cesión de créditos pecuniarios (pactos de non cedendo)

5.3.1.1. Redacción

5.3.1.1.1. Redacción simple

«El acreedor (vendedor) no podrá ceder el derecho a recibir el pago derivado del presente contrato sin el consentimiento previo y por escrito de la otra parte (el comprador)».

* Epi-grafe redactado por Patricia Orejudo Prieto de los Mozos (Proyecto I+D+I DER2010-15753 del Ministerio de Ciencia e Innovación: «Derecho contractual comparado»).

para el quinto y seis meses para el sexto y los siguientes en que el contrato ha permanecido en vigor. Las partes no podrán obviar esta disposición. (5) Son válidos los acuerdos por los que se pacte un mayor plazo de preaviso que los establecidos en los párrafos 2 y 3, siempre que el plazo acordado que deba cumplir el principal, el franquiciador o el proveedor no sea más corto que el que deba cumplir el agente, el franquiciado o el distribuidor. (6) La parte perjudicada no tiene derecho a exigir el cumplimiento específico del contrato durante el plazo de preaviso. No obstante, podrá ordenar el cumplimiento específico de obligaciones contractuales y post-contractuales que no dependan de la cooperación de ambas partes». Por último, el artículo 1:303 PELCAFD se ocupa de los daños y perjuicios por incumplimiento del plazo de notificación: «(1) En caso de incumplimiento de los plazos de notificación que se mencionan en los artículos 1:301(2) y 1:302(1), la parte perjudicada podrá reclamar una indemnización por daños y perjuicios. (2) La forma habitual de calcular los daños y perjuicios consiste en equiparar la suma de la indemnización a los beneficios que la parte perjudicada habría obtenido durante el plazo de preaviso que la otra parte incumplió. (3) Se considera que los beneficios anuales equivalen a los beneficios medios que la parte perjudicada ha obtenido del contrato durante los últimos tres años o, si el contrato ha durado menos tiempo, durante ese período de vigencia. (4) Las normas generales sobre indemnización de daños y perjuicios derivados del incumplimiento (art. 9:501 ff PECL) se aplicarán consecuentemente».

5.2.3. Indicación

La cláusula propuesta está indicada para los contratos internacionales de ejecución continuada o periódica y de duración determinada prorrogable (cláusula 5.2.1.1) o de duración indefinida (cláusula 5.2.1.2).

Es imprescindible su introducción, sobre todo en lo referente al requisito del preaviso para la terminación o desistimiento del contrato, en los contratos sometidos al Derecho anglosajón, donde el principio de buena fe no se reconoce como fuente generadora de obligaciones contractuales. En los contratos sometidos a ordenamientos continentales, la falta de previsión concreta del plazo de preaviso puede suplirse con el principio de buena fe, que debe presidir el ejercicio de los derechos, aun que resulta muy conveniente su contemplación expresa en el contrato.

«The creditor (seller) may not assign the right to receive the payment of money without the prior written consent of the other party (buyer)»

5.3.1.1.2. Redacción extensa

«El acreedor (vendedor) no podrá ceder el derecho a obtener el pago derivado de este contrato si el acreedor (vendedor) no notifica previamente y por escrito al deudor (comprador) su deseo de ceder ese crédito y le proporcionará tan pronto como sea posible la información concierne al cesionario. La cesión no será eficaz y vinculante hasta la fecha en que el deudor (comprador) consienta por escrito a la cesión. El consentimiento a la cesión no podrá demorarse ni rechazarse sin una razón válida»

«The creditor (seller) shall not assign the right to obtain the payment under this Agreement without the prior written notification to the other party (buyer) of his/her wish to assign this credit. The creditor (seller) shall furnish to the debtor (buyer) as soon as possible the information about the proposed assignee. No such assignment shall be effective or binding until the date upon which the debtor (buyer) consents in writing to the assignment. Such consent to the assignment shall not be unreasonably withheld or delayed.»

5.3.1.2. Función

5.3.1.2.1. Contrato regido por un Derecho estatal

La posición del deudor del derecho al cobro de un montante pecuniario en un contrato puede ser preservada por disposiciones legales. Estas afectan, por lo general, a los créditos que cubren necesidades básicas (pensiones, beneficios sociales, créditos derivados de la actividad laboral, alimentos, etc.). Pero también los propios contratantes

pueden prohibir o condicionar la cesión, a través de pactos de *non cedingendo*. Estos pactos tienen, en efecto, la finalidad de convertir un crédito que, en principio, puede ser objeto de cesión, en un crédito sobre el que no puede operar ninguna modificación subjetiva. De esta forma, las cláusulas de no cesión cumplen la función de garantizar que no se produzca un cambio en la titularidad del crédito, o que si tal modificación tiene lugar, sea con el previo consentimiento o (al menos) con el conocimiento del deudor.

Las cláusulas de (no) cesión de créditos regulan los derechos y obligaciones de los contratantes entre sí, pero no disciplinan ni la cesibilidad de los créditos (que depende de la ley aplicable al contrato), ni las relaciones que derivan del contrato de cesión (en su caso, el contrato de *factoring*), como pueden ser los derechos y obligaciones recíprocas de cedente y el cesionario, las garantías del cedente en relación con el cesionario, o las excepciones que podrá oponer el deudor o los derechos del cesionario en relación con éste.

Las cláusulas que contienen una renuncia absoluta a la cesión del crédito favorecen en principio al deudor, que (de ser eficaces, según lo que se indica a continuación) se verá protegido por completo del riesgo de un doble pago, así como de cualquier modificación de las posibilidades de compensación frente al acreedor, que podría operar en virtud de la transmisión del crédito a un tercero. Pero estas cláusulas pueden perjudicar en exceso la situación del acreedor, que se ve imposibilitado de acudir al *factoring* para financiarse. Por esta razón, lo habitual no es acordar una renuncia total, sino someter la eficacia de la cesión a condiciones. A este respecto, interesa indicar que cuando se desea declarar inequívocamente el carácter *intuitu personae* del contrato, pero se pretende preservar la posibilidad de ceder únicamente el crédito pecuniario derivado de la obligación de pago, lo que corresponde es emplear la cláusula de no cesión del contrato sugerida más abajo (cláusula 1ª de las de redacción simple del epígrafe 5.3.2).

La eficacia de una cláusula de no cesión del derecho a recibir el pago puede variar en función de la ley que regule el contrato y, en concreto, del valor que ésta atribuya a la autonomía de la voluntad contractual. Las normativas estatales, a este respecto, difieren en el resultado de equilibrar la protección al deudor en lo que respecta a su actividad gestora y administrativa y la disponibilidad del crédito por parte del acreedor.

Así, leyes como la española, la alemana, la austríaca, la suiza, la neerlandesa, la portuguesa, la escocesa o la inglesa, reconociendo el

principio general de libertad contractual, consideran que el pacto de no cesión será eficaz entre las partes del contrato inicial (cedente y deudor), aunque, por lo general, no tendrá efectos en relación con el cesionario, salvo que éste conozca la existencia del pacto en el momento de la cesión. El acuerdo es, por tanto, oponible al cesionario que adquiere el crédito en la medida en que conozca la existencia del pacto, de forma que, ante la exigencia de cumplimiento, el deudor puede oponer la excepción de incesibilidad del crédito. En todo caso, el cedente responderá frente al deudor por el incumplimiento de la cláusula.

El pacto de *non cedendo* carece de eficacia, sin embargo, en otros Estados como los EEUU y Francia, incluso entre los contratantes.

Por otra parte, interesa advertir que las cláusulas de cesión pueden referirse sólo a alguna de las condiciones en que puede realizarse la cesión (como ocurre con la cláusula propuesta en versión simple, *supra*), o bien extenderse sobre dichas condiciones (redacción extensa). Al efecto, es posible, en primer lugar, pactar el momento en el que cabe realizar la cesión; que se entenderá que es indeterminado, esto es, que podrá efectuarse en cualquier momento, si no se prevé nada al respecto. En segundo lugar, en la medida en que la eficacia de la cesión se condicione al consentimiento del deudor, cabe precisar las condiciones formales a que se somete la obtención de tal consentimiento. Y es posible también que, en la medida en que sea preciso, se determinen los criterios en que cabe considerar adecuado un rechazo a la cesión.

5.3.1.2.2. Contrato regido por un texto internacional o anacional

— El Convenio de Ottawa de 1988 (Convenio UNIDROIT) sobre cesión de créditos para la financiación⁸⁰ acoge una solución de compromiso entre las legislaciones estatales que privilegian el pacto de no

⁸⁰ Artículo 6: «1. La cesión de un crédito por el proveedor al cesionario surtirá efectos no obstante cualquier acuerdo entre el proveedor y el deudor que prohíba tal cesión.

2. Sin embargo, esa cesión no surtirá efectos contra el deudor cuando, en el momento de la celebración del contrato de compraventa de mercaderías, el deudor tenga su establecimiento en un Estado Contratante que haya hecho una declaración con arreglo al artículo 18 de la presente Convención.

3. Las disposiciones del párrafo 1 no afectarán cualquier obligación de buena fe que rija para el proveedor frente al deudor o cualquier responsabilidad que tenga el proveedor frente al deudor respecto a una cesión hecha en contravención a los términos del contrato de compraventa de mercaderías.»

cesión y las que no lo admiten, en aras de facilitar la conclusión de contratos de *factoring*. Según su artículo 6, cabe cesión del crédito, a pesar del pacto en contra, salvo que el deudor, en el momento de la celebración del contrato, tenga su establecimiento en un Estado que haya formulado la reserva que a tal efecto permite realizar el artículo 18 del Convenio. En consecuencia, la plena eficacia del pacto entre los contratantes dependerá de que concurra la mencionada circunstancia. De otro modo expuesto, la cesión será válida, aún cuando viole la cláusula de no cesión, si el deudor tiene su establecimiento en un Estado que no haya uso de la reserva.

— Si resultase de aplicación el Convenio de Naciones Unidas de 2004 sobre la cesión de créditos en el comercio internacional, la cláusula de *non cedendo* estaría desprovista de efectos en lo que a la cesión respecta. En este marco, el cedente que contravenga lo dispuesto en el pacto incurrirá en la responsabilidad prevista en la ley aplicable al contrato, según lo establecido en su artículo 9.⁸¹ Debe

Article 6: «1. The assignment of a receivable by the supplier to the factor shall be effective notwithstanding any agreement between the supplier and the debtor prohibiting such assignment.

2. However, such assignment shall not be effective against the debtor when, at the time of conclusion of the contract of sale of goods, it has its place of business in a Contracting State which has made a declaration under Article 18 of this Convention.

3. Nothing in paragraph 1 shall affect any obligation of good faith owed by the supplier to the debtor or any liability of the supplier to the debtor in respect of an assignment made in breach of the terms of the contract of sale of goods.»

⁸¹ Artículo 9: Limitaciones contractuales de la cesión:

«1. La cesión de un crédito surtirá efecto aunque exista un acuerdo entre el cedente inicial o cualquier cedente ulterior y el deudor o cualquier cesionario ulterior por el que se limite de algún modo el derecho del cedente a ceder sus créditos.

2. Nada de lo dispuesto en el presente artículo afectará a las obligaciones ni a la responsabilidad del cedente por el incumplimiento de tal acuerdo, pero la otra parte en ese acuerdo no podrá resolver el contrato originario ni el contrato de cesión por la sola razón de ese incumplimiento. Quien no sea parte en dicho acuerdo no será responsable por la sola razón de haber tenido conocimiento del acuerdo.

3. El presente artículo será aplicable únicamente a la cesión de créditos:

a) Cuyo contrato originario sea un contrato de suministro o arrendamiento de bienes muebles o servicios que no sean financieros, un contrato de construcción de obras o un contrato de compraventa o arrendamiento de bienes inmuebles;

b) Cuyo contrato originario sea un contrato de compraventa, arrendamiento o concesión de licencia de un derecho de propiedad industrial o intelectual o de información protegida;

c) Que representen la obligación de pago correspondiente a una operación con tarjeta de crédito; o

tenerse en cuenta, sin embargo, que el precepto no resultará de aplicación si se ha efectuado la reserva a la que se refiere el artículo 40 del instrumento.

— Cuando el contrato está sujeto a los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales la cesión del derecho al cobro de una cantidad dineraria, con arreglo a lo establecido en el artículo 9.1.9 (1),⁸² será plenamente efectiva: el deudor sólo se liberará pagando al cesionario. No obstante, si se pactó una cláusula de no cesión, el cedente que la contravenga responderá por incumplimiento contractual, aunque no podrá rescindir el contrato (conforme a las reglas del capítulo 7 de los Principios). Esta norma tiene carácter imperativo: la autonomía de la voluntad de las partes no puede desplazarla.

d) Que queden al cedente como saldo neto de los pagos debidos en virtud de un acuerdo de compensación global concertado entre más de dos partes.»

Article 9: «1. An assignment of a receivable is effective notwithstanding any agreement limiting in any way the assignor's right to assign its receivables.

2. Nothing in this article affects any obligation or liability of the assignor for breach of such an agreement, but the other party to such agreement may not avoid the original contract or the assignment contract on the sole ground of that breach. A person who is not party to such an agreement is not liable on the sole ground that it had knowledge of the agreement.

3. This article applies only to assignments of receivables:

(a) Arising from an original contract that is a contract for the supply or lease of goods or services other than financial services, a construction contract or a contract for the sale or lease of real property;

(b) Arising from an original contract for the sale, lease or licence of industrial or other intellectual property or of proprietary information;

(c) Representing the payment obligation for a credit card transaction; or

(d) Owed to the assignor upon net settlement of payments due pursuant to a netting agreement involving more than two parties.»

⁸² Artículo 9.1.9 (Cláusulas prohibiendo la cesión)

«(1) La cesión de un derecho al pago de una suma de dinero surte efectos pese al acuerdo entre cedente y deudor limitando o prohibiendo tal cesión. Sin embargo, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.»

Article 9.1.9 (Non-assignment clauses)

«(1) The assignment of a right to the payment of a monetary sum is effective notwithstanding an agreement between the assignor and the obligor limiting or prohibiting such an assignment. However, the assignor may be liable to the obligor for breach of contract.»

— Con arreglo al artículo 11:301 de los Principios de Derecho Contractual Europeo⁸³ y al artículo III-5:108 del Marco Común de Referencia,⁸⁴ el pacto de no cesión de un crédito es eficaz entre las partes, en la medida en que ambos textos recogen expresamente la responsabilidad del cedente por incumplimiento de la prohibición. La cesión, no obstante, será válida, aún en contra de la prohibición, en tres supuestos: primero, cuando el contrato de cesión tenga por objeto el crédito futuro al pago de una cantidad de dinero; segundo, cuando el deudor consienta a la cesión; y, tercero, si el cesionario ignora o no tiene por qué conocer el pacto de no cesión. Así, el deudor puede oponer al cesionario la excepción de incedibilidad del crédito si no es un crédito futuro sobre el pago a una cantidad y cuando no ha consentido a la misma, salvo que el cesionario no haya estado en condiciones de conocer la cláusula de no cesión. En definitiva, cuando se produzca la cesión infringiendo la cláusula, el pago del deudor al cedente tendrá carácter liberatorio.

⁸³ Article 11:301: Contractual Prohibition of Assignment

«(1) An assignment which is prohibited by or is otherwise not in conformity with the contract under which the assigned claim arises is not effective against the debtor unless:

(a) the debtor has consented to it; or

(b) the assignee neither knew nor ought to have known of the non-conformity; or

(c) the assignment is made under a contract for the assignment of future rights to payment of money.

⁸⁴ (2) Nothing in the preceding paragraph affects the assignor's liability for the non-conformity.»

84 Art. III. 5:108: Assignability: effect of contractual prohibition

«(1) A contractual prohibition of, or restriction on, the assignment of a right does not affect the assignability of the right.

(2) However, where a right is assigned in breach of such a prohibition or restriction:

(a) the debtor may perform in favour of the assignor and is discharged by so doing; and

(b) the debtor retains all rights of set-off against the assignor as if the right had not been assigned.

(3) Paragraph (2) does not apply if:

(a) the debtor has consented to the assignment;

(b) the debtor has caused the assignee to believe on reasonable grounds that there was no such prohibition or restriction; or

(c) the assigned right is a right to payment for the provision of goods or services.

(4) The fact that a right is assignable notwithstanding a contractual prohibition or restriction does not affect the assignor's liability to the debtor for any breach of the prohibition or restriction.»

5.3.1.3. Indicación

Las cesiones de créditos pecuniarios son habituales en la contratación internacional, especialmente en contratos celebrados por PYMES. Estas empresas, en efecto, son las que más recurren a mecanismos como el *factoring*, para financiar el intercambio de bienes o servicios. Como quiera que este contrato comporta la cesión del crédito pecuniario al factor, éste es el que asume el riesgo económico de la operación de compraventa, proporcionando al vendedor liquidez a través del anticipo del pago. De esta forma, a fin de que el comprador evite el riesgo de doble pago, puede exigir que el crédito no pueda ser cedido bajo ninguna circunstancia o —de forma menos drástica— si no es con ciertas condiciones de publicidad que minimicen ese riesgo. De ahí que los pactos de *non cedendo* que estipulan dichas condiciones estén especialmente indicados en los contratos de compraventa de bienes o servicios. También por esa razón, suelen incluirse en las condiciones generales de los compradores, desde el momento en que la ausencia de dicha cláusula comportará la posibilidad de que el crédito sea cedido de forma incondicionada.

5.3.2. Cláusulas de no cesión del contrato

5.3.2.1. Redacción

5.3.2.1.1. Redacción simple

Opción A. «Ni el presente contrato ni ninguno de los derechos (salvo el derecho a recibir el pago) o las obligaciones que derivan de él puede ser cedido en su totalidad o en parte, por ninguna de las partes sin el consentimiento previo y por escrito de la otra parte.»

Option A: «Neither this Agreement nor any right (other than the right to receive the payment of money) or obligation hereunder may be assigned by any party without the prior written consent of the other party.»

Opción B: «El presente contrato es de naturaleza personal. En su virtud, ninguna de las partes puede ceder o delegar el contrato ni ninguno de sus derechos, o la ejecución de sus obligaciones, en todo o en parte, sin el consentimiento previo y por escrito de la otra parte. Ninguna de las partes puede negar dicho consentimiento sin tener una razón válida.»

Option B: «This Agreement is personal in nature. Neither this Agreement nor the parties' rights hereunder can be assigned, nor can the performance of their duties be delegated, in whole or in part, without the prior written consent of the other party, such consent not to be unreasonable withheld.»

5.3.2.1.2. Redacción extensa

«Este contrato se celebra con (ej. el franquiciado/el contratista) en su consideración a /sus cualidades personales, patrimoniales y profesionales (persona física)/ a la actual composición de la titularidad del capital de la sociedad y a las cualidades profesionales, patrimoniales y personales de sus actuales socios o accionistas (persona jurídica). En su virtud, (el franquiciado/contratista) se abstendrá de ceder, transmitir o traspasar en forma alguna los derechos que (el franquiciado/contratista) adquiere y asume por el presente contrato a cualquier persona física o jurídica sin la previa y expresa autorización de (el franquiciante).

Se adjunta al presente contrato como Anexo X, formando parte del mismo, documento informativo de (la sociedad franquiciada) en el que consta: a) la relación de socios o accionistas de la sociedad franquiciada; con expresión de la relación de acciones o participaciones correspondientes

a cada uno de ellos y del porcentaje que tales titularidades representan sobre el total del capital social; y b) la forma y composición del órgano de administración de la sociedad franquiciada.

Se considerará cesión cualquier alteración de los porcentajes de titularidad del capital social de la sociedad franquiciada.

No se considerará cesión la alteración de los porcentajes de titularidad del capital social de la sociedad franquiciada por causa de transmisión mortis causa al cónyuge o los descendientes de primer grado del socio o accionista fallecido.»

«The present contract involves the person described as (the franchisee), as regards his/her personal ownership and professional qualities (individual) as regards the current capital ownership of the company, and the personal, ownership and professional qualities of its present owners or stockholders. The (franchisee) shall therefore refrain from transferring, conferring or handing over in any way the rights acquired by means of the present contract. To this end, transfer shall be deemed the passing of rights and obligations which the (franchisee) assumes by means of the present contract to any type of company, without clear permission in writing from the (franchisor)»

Attached to the present document as Annex X, thus forming part thereof, is an informative document concerning the franchised company, describing: a) the list of partners or stockholders of the franchised company, with an explanation of the stocks or stakes held by each individual as well as the percentage which each stake makes up of the total capital; and b) the nature and make-up of the administrative body of the franchised company.

3. Any alteration of the stakes of the franchised company's capital shall be deemed a transfer of property. When the percentages of stakes in the franchised company's capital are altered due to the death of a stockholder and the

subsequent conferral of rights to the spouse and/or next of kin of the deceased stockholder, such cases shall not be considered transfer of property.»

5.3.2.2. Función

5.3.2.2.1. Contrato regido por un Derecho estatal

Las cláusulas de (no) cesión del contrato, cumplen, por lo general, la doble función de caracterizar el contrato como *intuitu personae* y regular la eventual cesión en lo que respecta a sus exigencias, procedimientos y efectos. Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que, por lo general, la cesión del contrato puede encontrarse sujeta a normas específicas, según el sector (así, en contratos de trabajo, de seguro o de cesión de derechos inmateriales); pero, a tenor de las reglas generales, dicha cesión precisa del consentimiento de la otra parte, porque, mientras los créditos podrían transmitirse sin consentimiento del deudor (y de ahí el interés que puede tener éste en incluir alguno de los pactos de *non cedendo* antes sugeridos), la cesión de las deudas se condiciona en general, en la práctica totalidad de los ordenamientos jurídicos estatales, a tal requisito.

Existen, a este respecto, diversas posibilidades de limitar o condicionar la cesibilidad del contrato, reflejadas en las cláusulas propuestas.

Cabe, en primer lugar, que la cláusula se limite a sujetar la eficacia de la cesión del contrato a la previa notificación de la otra parte, pero deje a salvo la cesión del derecho al cobro de la cantidad dineraria adeudada (primera de las cláusulas propuestas, de redacción simple). Debe observarse, no obstante, que la cesión de dicho derecho no se encontraría condicionada a notificación alguna al deudor, de forma que éste incurriría en el riesgo de doble pago; en lo demás, la cláusula seguiría el mismo régimen que el que se indica a continuación en las cláusulas que no diferencian entre los otros posibles créditos.

También resulta factible negar toda posibilidad de cesión del contrato sin la debida notificación de la cesión por el cedente a la otra parte y la correspondiente aceptación por parte de ésta, cuando el contrato se celebra en atención a las cualidades de los contratantes, haciendo indicación de esta circunstancia (segunda de las cláusulas de redacción simple). Interesa, en estos casos, que la cláusula se refiera expresamente a que la razón que conduce a la prohibición de cesión es el mencionado

carácter *intuitu personae* del contrato, si tal carácter es relevante. De esta forma, la mención específica no sólo tendría efectos sobre la cesión del contrato, sino también sobre otros elementos del contrato, como la interpretación o la ejecución de las obligaciones contractuales a través de delegación o de subcontratación. Las variantes que puede adoptar un pacto de *non cedendo* de este tipo también son múltiples. De forma similar a la antes expuesta en relación con la cesión de créditos, siempre cabe que la cláusula no se limite a exigir el consentimiento del cedido, sino que, además, precise otros aspectos, tales como el momento en el que cabe realizar la cesión, las condiciones formales a que se somete la obtención de tal consentimiento o los criterios conforme a los cuales se entenderá que el rechazo a la cesión es adecuado.

Finalmente, las partes también pueden atender la eventualidad de una cesión del contrato producida por causas distintas a la voluntad de una de ellas; por ejemplo, a la modificación en la estructura interna de las sociedades contratantes, o a una transmisión *mortis causa* o debida a una incapacidad. La cláusula extensa reproducida muestra cómo, tras advertir del carácter personal del contrato, cabe afirmar de forma expresa que la alteración de los porcentajes de titularidad del capital social de los contratantes se considera cesión del contrato, de manera que, a tal fin se fija, en el propio contrato, la estructura actual de las sociedades.

5.3.2.2. Contrato regido por un texto internacional o anacional

— Cuando el contrato está sujeto a los Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales, si se introduce un pacto de *non cedendo*, la cesión de cualesquiera otros derechos diferentes al derecho al cobro de una cantidad dineraria surtirá eficacia entre las partes solo en la medida en que el cesionario no conociera ni debiere haber conocido la existencia de la cláusula, y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurrirá el cedente por incumplimiento del contrato (a la que también resulta de aplicación lo dispuesto en el capítulo 7 de los Principios), según lo dispuesto en el artículo 9.1.9 (2).⁸⁵ El crédito,

⁸⁵ Artículo 9.1.9 (Cláusulas prohibiendo la cesión)

«(…)

(2) La cesión de un derecho a otra prestación no surtirá efectos si viola un acuerdo entre el cedente y el deudor que limite o prohíba la cesión. No obstante, la cesión surte efectos

por consiguiente, no se considerará cedido y el deudor sólo se liberará cumpliendo a favor del cedente. El cesionario, en tales circunstancias, podrá reclamar del cedente de conformidad con lo dispuesto en el artículo 9.1.15 (b) de los Principios UNIDROIT.

Por su parte, la cesión del contrato, en la medida en que comporta la cesión de deudas, precisa necesariamente del consentimiento de la otra parte (art. 9.3.3), pues aquélla no puede resultar efectiva sin tal consentimiento. En este marco, por consiguiente, las cláusulas de no cesión del contrato constituyen la prueba de la ausencia de tal consentimiento, o del establecimiento de condiciones específicas.

— Por su parte, los PDCE y el MCR contienen una regulación específica en el artículo 12:201⁸⁶ y el artículo III-5:201⁸⁷ respectivamente. Ambos preceptos diferencian entre las cesiones del contrato que implican cesión de créditos y las que comportan la cesión de deudas. En lo que respecta a los primeros, se realiza una remisión a lo previsto en el correspondiente capítulo, de forma que lo anteriormente expuesto es plenamente extrapolable a esta sede. Para la cesión de las

si el cesionario, en el momento de la cesión, no conocía ni debiera haber conocido dicho acuerdo. En este caso, el cedente puede ser responsable ante el deudor por incumplimiento del contrato.»

Artículo 9.1.9 (Non-assignment clauses)

«(…)

(2) The assignment of a right to other performance is ineffective if it is contrary to an agreement between the assignor and the obligor limiting or prohibiting the assignment. Nevertheless, the assignment is effective if the assignee, at the time of the assignment, neither knew nor ought to have known of the agreement. The assignor may then be liable to the obligor for breach of contract.»

⁸⁶ Artículo 12:201 PECL: Transfer of Contract

«(1) A party to a contract may agree with a third person that that person is to be substituted as the contracting party. In such a case the substitution takes effect only where, as a result of the other party's assent, the first party is discharged.

(2) To the extent that the substitution of the third person as a contracting party involves a transfer of rights to performance («claims»), the provisions of Chapter 11 apply; to the extent that obligations are transferred, the provisions of Section 1 of this Chapter apply.»

⁸⁷ Artículo III. - 5:301 CFR— Transfer of contractual position

«(1) A party to a contractual relationship may agree with a third person that that person is to be substituted as a party to the relationship. In such a case the substitution takes effect only where, as a result of the other party's assent, the first party is discharged.

(2) To the extent that the substitution of the third person involves a transfer of rights, the provisions of Section 1 of this Chapter apply; to the extent that obligations are transferred, the provisions of Section 2 of this Chapter apply.»

deudas, en la línea de las regulaciones estatales, se exige expresamente el consentimiento del deudor; consentimiento que puede regularse en el marco del contrato a través de cláusulas como las descritas.

5.3.2.3. Indicación

Las cláusulas de no cesión del contrato están específicamente indicadas en modalidades contractuales en las que las partes otorgan una importancia especial a las cualidades personales, profesionales o económicas del cocontratante, como pueden ser los contratos de franquicia, los de distribución comercial y agencia, los de construcción o los de transferencia de tecnología. Precisamente, se emplean cuando se pretende evitar una cesión del contrato a una persona física o jurídica que el cedido considere que no cumple con las condiciones financieras, la reputación o la posición financiera que estime satisfactorias. Por lo general, se aconseja introducir cláusulas que regulen la cesión, antes que cláusulas de prohibición absoluta de ceder, pues éstas contribuirían a un incremento de la litigiosidad, en la medida en que a la parte que tenga un interés especial en ceder el contrato, no le queda otra salida que solicitar la anulación de tal cláusula ante los tribunales.

5.4. CLÁUSULAS DE DEADLOCK O DESBLOQUEO Y DE TERMINACIÓN DE LA COOPERACIÓN SOCIETARIA*

5.4.1. Cláusulas de *deadlock* o desbloqueo

5.4.1.1. Redacción

5.4.1.1.1. Redacción simple

«En caso de situaciones de paralización, desajustes o cualesquiera otras en virtud de las cuales una parte desee terminar o cambiar sustancialmente la estructura de la

Joint Venture, el asunto será elevado a los respectivos presidentes/directores ejecutivos de las partes que tratarán de resolverlo de una forma amistosa.»

«*In the event of a deadlock, breakdown or other circumstances in which a party wishes to terminate or substantially change the structure of the Joint Venture, the matter shall be referred to the respective chairmen/chiefs executives of the parties who shall seek to resolve the matter on an amicable basis.*»

5.4.1.2. Redacción extensa

«Situaciones de conflicto:

Declaración de intenciones: Ambas partes se comprometen a negociar de buena fe soluciones equitativas a los conflictos que pudieran producirse entre ellas, en relación con las materias objeto del presente contrato, acudiendo a las vías de conciliación mejor adaptadas a una actuación con espíritu constructivo y sin considerarlas mera formalidad.

Definición de situaciones de conflicto: Ambas partes convienen en que solamente deberá entenderse como situación de conflicto:

1) La falta de aprobación por el Consejo de Administración de la sociedad conjunta de la propuesta presentada por un Consejero de dicha sociedad, siempre que tenga por objeto materias que por Ley, Estatutos o en virtud del presente acuerdo, sean de la competencia exclusiva del Consejo de Administración.

2) La imposibilidad de alcanzar un acuerdo mayoritario en las Juntas Generales sobre materias que la Ley, los Estatutos o el presente contrato, sometan a la competencia

* Epígrafe redactado por Fernando Esteban de la Rosa (Proyecto I+D+I DER2010-15753 del Ministerio de Ciencia e Innovación: «Derecho contractual comparado»).