



Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

“El Contrato de Concesión Comercial como un modo de comercialización de bienes y servicios”

**Trabajo de graduación previo a la obtención del título de Abogado de los
Tribunales de la República del Ecuador**

Autor: Estefanía Ortiz Torres

Director: Dr. Remigio Auquilla Lucero

Cuenca, Ecuador

2010

DEDICATORIA

A mis padres y hermanos, por todo el apoyo que me han brindado durante estos cinco años de estudios.

AGRADECIMIENTO

A mi familia por haber creído en mi, y darme su aliento y apoyo cuando caí.

Un agradecimiento a mis profesores por impartirme sus conocimientos y de manera especial a mi Director el Dr. Remigio Auquilla por regalarme su tiempo y sus enseñanzas para el desarrollo de este trabajo.

Y a mis buenos amigos por todos los momentos compartidos durante todo este tiempo.

ÍNDICE DE CONTENIDOS

DEDICATORIA _____	ii
AGRADECIMIENTO _____	iii
ÍNDICE DE CONTENIDOS _____	iv
RESUMEN _____	vi
ABSTRACT _____	vii
INTRODUCCIÓN _____	1
CAPÍTULO I. LOS CONTRATOS COMERCIALES EN LA ACTUALIDAD _____	3
1.1 Importancia de la contratación mercantil en la actualidad _____	3
1.2 Función económica y social de los contratos comerciales _____	4
1.3 Concepto de Derecho Comercial _____	5
1.3.1 Criterio subjetivo y objetivo del contrato comercial _____	6
1.3.2 Derecho comercial como derecho de la empresa _____	8
1.3.3 La empresa como elemento del contrato comercial _____	10
1.4 Diversas modalidades de contratación en el comercio actual _____	12
CAPÍTULO II. EL CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL _____	20
2.1 Concepto de Contrato de Concesión Comercial _____	20
2.2 Clasificación de los contratos _____	22
2.3 Características del contrato de concesión comercial _____	27
2.4 Las partes: obligaciones, derechos y responsabilidad _____	31
2.5 Duración y extinción del contra _____	40
2.6 Diferencias de la concesión comercial con otras figuras jurídicas _____	43
CAPÍTULO III. ASPECTOS JURÍDICOS Y PRÁCTICOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL _____	47
3.1. Los canales de comercialización _____	47
3.2. Comercialización directa e indirecta o por terceros _____	50
3.3. La concesión en el comercio actual _____	52
3.4. Algunas concesiones en particular _____	53
3.4.1. Concesión para la venta y prestación de servicios _____	54
3.4.2. Concesión para la venta de bienes _____	54
3.4.3. Concesión para la prestación de servicios _____	55
3.4.4. Concesión para la venta de automotores _____	56
3.4.5. Concesión para la comercialización de Software y Hardware _____	57

3.5. Concesión como un modo de intermediación comercial _____	61
CAPÍTULO IV. LA CONCESIÓN COMERCIAL EN EL DERECHO PRIVADO ____	64
4.1 Significado de concesión en el derecho privado _____	64
4.2 Concesión comercial: concentración vertical de la empresa _____	66
4.2.1. Concentración vertical de empresas _____	66
4.2.2. Finalidades prácticas _____	67
4.2.3. Predominio del concedente en la relación jurídica con el concesionario	68
4.2.4. Obligaciones impuestas al concesionario: de hacer y de no hacer ____	69
4.3. Diferencia con la concesión en el Derecho Público _____	70
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES _____	76
BIBLIOGRAFÍA _____	78

RESUMEN

El presente trabajo trata al contrato de concesión comercial como un modo de comercialización de bienes y servicios.

El contrato de concesión comercial hoy en día tiene gran importancia, puesto que los bienes que son objeto de este contrato son en su mayoría de gran tecnología, además que a pesar de ser un contrato innominado, es decir que no se encuentra normado en nuestra legislación, este puede formalizarse a través de un contrato por adhesión en donde el concesionario se adhiere al mismo aceptando las condiciones establecidas por el concedente.

Una vez establecidas las diferencias y semejanzas entre este contrato en el campo del derecho público y el derecho privado, nos damos cuenta que su diferencia radica en la parte concedente, pues en el derecho público se trata de un ente del Estado y en derecho privado de particulares.

ABSTRACT

This Project is about commercial concessions as a way of commercializing goods and services.

Currently the commercial concession contract has great importance as the goods which are part of the contract are, mainly, high-tech.

Furthermore, despite being undefined – in other words, unregulated by our constitution- it can be formalized through a contract by adhesion in which the concessionaire adheres to the contract, accepting the conditions established by the conceding party.

Once the differences and similarities of this contract are established in public and private law, it is possible to notice that the radical difference is in the conceding party; in public law it relates to a state entity and in private law to individuals.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad es de suma importancia la contratación mercantil, desarrollada en los contratos comerciales modernos.

En el entorno actual en el que nos desenvolvemos es imposible alejarnos de los adelantos que se producen en las diversas contrataciones, lo cual causa que aquellos conceptos y maneras de pensar pasadas resulten inadecuados para las situaciones que contempla la sociedad actual.

El presente trabajo de investigación va dirigido al estudio de el contrato de concesión comercial como un modo de comercialización de bienes y servicios, entendiéndolo como aquel el acto en el cual una de las partes (concesionario), pone su organización comercial, actuando siempre a su nombre, por su cuenta y riesgo propio; a disposición de la otra parte que lo conocemos con el nombre de concedente para que de esta forma este ultimo coloque sus productos y servicios en el mercado.

Cabe señalar que la palabra conceder significa dar algo a otro, entonces tenemos que en este acto jurídico, el concedente otorga al concesionario la autorización para que venda sus productos y explote un servicio en una aérea fijada, previo el pago de un valor, bajo ciertas condiciones de comercialización que generalmente impone el concedente. A su vez este contrato es un contrato de colaboración, ya que el concesionario debe brindar asistencia técnica a los clientes, información que es proporcionada por el concedente que también está obligado a capacitar al personal de la concesionaria para una adecuada atención a la clientela o público consumidor; y el concesionario obtiene su ganancia de la reventa del producto del concedente.

Se pretende hacer un análisis profundo de el contrato de concesión comercial como una herramienta auxiliar de la empresa productora de bienes y servicios, ya que, por el gran avance tecnológico, la globalización, la velocidad con la que se desarrollan los cambios con los que vivimos en la actualidad; este contrato se ve como la solución a ciertas necesidades de la empresa productora, pues al crecer en gran escala la producción de bienes y servicios, la actividad económica puede ser

desarrolladas por grandes, medianas o pequeñas empresas encargándose de la comercialización de sus productos.

Este contrato sirve como un sistema auxiliar de distribución comercial, en donde sujetos externos a la empresa asumen la función de canalizar la producción de bienes y servicios al mercado consumidor.

Además esta monografía embarca un análisis de este contrato visto desde otros enfoques: como un modo de intermediación comercial, analizado dentro del campo tanto privado como público y su diferencia con otras figuras jurídicas, y sus aspectos tanto jurídicos como prácticos.

Es un trabajo orientado a un estudio que comprenda los cambios que hoy en día estamos viviendo dentro de las nuevas contrataciones comerciales, como sabemos varios de estos contratos son innominados y sin embargo se desarrollan con mucha frecuencia dentro del mundo actual, como es el caso del contrato que me ocupa en el desarrollo este trabajo de investigación.

CAPÍTULO I. LOS CONTRATOS COMERCIALES EN LA ACTUALIDAD

1.1 Importancia de la contratación mercantil en la actualidad

En la actualidad es de suma importancia la contratación mercantil que se encuentra desarrollada en los contratos comerciales modernos.

La contratación mercantil desempeña un papel importante en el desarrollo económico, político y social de las naciones, ya que interviene de forma directa en la producción de bienes y servicios necesarios para satisfacer las necesidades de la humanidad.

Dentro del entorno actual en el que nos desenvolvemos es imposible alejarnos de todos los adelantos que se producen respecto a las diversas contrataciones, pues como lo dice Alvin Toffler¹, en su obra “La tercera ola”, estamos asistiendo a un cambio tan revolucionario como profundo, que constituye un reto a todo lo que hasta ahora dábamos por sentado.

Al considerar esta idea de que nos encontramos dentro de un cambio revolucionario, debemos pensar que todos aquellos conceptos y maneras de pensar pasadas resultan inadecuados para las situaciones que contempla la sociedad actual. Además el autor referido sostiene que esta etapa que la estamos viviendo emerge del choque y la confrontación de nuevas ideas y tecnologías, nuevas relaciones geopolíticas, nuevos estilos de vida y modos de comunicación que exigen ideas, conceptos y clasificaciones completamente nuevos.

Los seres humanos constantemente recurrimos de una forma u otra a la utilización de contratos comerciales, pues sin darnos cuenta a diario estamos celebrando contratos, por ejemplo, cuando adquirimos bienes, compramos medicamentos, asistimos a espectáculos, utilizamos el transporte público, vamos al supermercado, etc., es decir que a diario nos desenvolvemos dentro del ámbito mercantil.

¹ Toffler, Alvin, La tercera ola, p. 18

1.2 Función económica y social de los contratos comerciales

La contratación mercantil en la actualidad se encuentra encaminada a complacer y satisfacer las necesidades del hombre tanto materiales como espirituales, científicas y de esparcimiento, etc., para lograr satisfacerlas los seres humanos recurrimos a las empresas productoras y distribuidoras de bienes y servicios producidos para este fin. Al momento en que la sociedad crece y la economía se vuelve más compleja, es cuando las empresas toman fuerza y producen todos estos bienes y servicios para saciar las necesidades básicas e incluso ciertos lujos en las sociedades, todo esto se da por medio de los contratos comerciales. Debo mencionar que muchos de los servicios que en la actualidad prestan las entidades del sector financiero, los agentes que operan en las diversas actividades comerciales, no se requerían en las sociedades tradicionales.

En la actualidad todas estas necesidades de los seres humanos como viajes, tecnología, confort, todas estas empujan al ser humano a acudir a las empresas y por esto se produce el mercado masivo. Herman E. Daily², en su obra "Introducción a la economía en estado estacionario", nos dice que todo esto se ve reflejado en el PBI de los países, pues en países pobres significa más alimentos, vestimenta, vivienda, educación, obviamente necesidades básicas, mientras que en los países ricos representa más cosas superfluas, satisfacción de necesidades o deseos relativamente secundarios.

La contratación mercantil se encuentra encaminada a complacer y satisfacer las necesidades de los seres humanos, Keynes divide a estas necesidades en dos clases: las necesidades absolutas que las vivimos sin importar la condición de nuestros prójimos, y, las necesidades relativas que son aquellas que nos colocan en una situación de superioridad frente a los demás, que se las entendería como las vanidades humanas o los lujos que el hombre desea que muchas veces resultan insaciables, a diferencia de las necesidades absolutas que llega un punto en donde se llegan a satisfacer.

La función social que desempeñan los contratos comerciales está relacionada con aspectos relacionados con su celebración, interpretación y ejecución teniendo presente siempre a esta función. En consecuencia se debe aplicar a más de la

² Daly, Herman E, Introducción a la economía en estado estacionario, p. 26

legislación establecida para estos contratos, los principios generales ajustados a estos contratos, dentro de estos principios se puede mencionar a la agilidad y oportunidad sin la necesidad de someterlos a formalidades rigurosas, facilitar la prueba, tomar en cuenta la vigencia de los usos y la práctica mercantil como fuentes para su interpretación y aceptar a la costumbre como fuente para los contratos innominados. Todos los principios antes mencionados ayudan a establecer las diferencias con los contratos civiles, de esta forma podemos fijar un criterio de cuando un contrato es mercantil y cuando es civil.

1.3 Concepto de Derecho Comercial

El derecho comercial tiene sus orígenes en el trueque en donde como sabemos se daba el intercambio de bienes, ya que se presenta la imposibilidad de producir los bienes que otros tienen y se los adquiere cambiándolos con aquellos que los producen.

Se considera además que el derecho comercial o derecho mercantil se origina como resultado de una evolución económica y de la libertad de comercio y de asociación. Dentro del aspecto económico la palabra comercio se la entiende como una actividad de mediación o interposición entre consumidores y productores, esta actividad de mediación es realizada por los comerciantes que contribuyen a la formación de la riqueza.

Por largo tiempo se considero al derecho comercial como relacionado con la mercadería y las actividades ligadas a esta, con la Revolución Industrial la industria se coloca por encima de la intermediación (concepto tradicional de comercio), lo que deja de lado el no considerar a la actividad industrial como una actividad del derecho mercantil. De esta forma se dirige la atención a las empresas productoras y distribuidoras de bienes y servicios, empresas multinacionales, a la libre competencia y a los monopolios, lo que coloca en segundo plano al concepto clásico de comercio.

El derecho comercial desde su nacimiento implicó la simplificación a lo que había establecido el derecho civil procurando la celeridad de los negocios haciendo circular el capital y la riqueza.

Este derecho ha evolucionado a medida que se ha desarrollado los aspectos sociales, políticos, económicos y legislativos de los países.

El derecho mercantil o comercial es una rama o materia nueva en relación con el derecho civil, en un principio se preocupaba por regular los aspectos jurídicos entre los comerciantes, en la actualidad este derecho también se preocupa por regular las relaciones jurídicas de aquellos que no son comerciantes pero que efectúan actos u operaciones de comercio.

Su objeto o finalidad se encuentra en reglamentar el comercio, sus sujetos activos, su organización jurídica, las personas e instituciones que lo auxilian, la actividad que desarrolla.

El derecho mercantil ecuatoriano es el conjunto de normas diferentes a las que regulan al derecho civil. Son normas que se encargan de regular o reglamentar las relaciones y los hechos o actos de comercio, que son ejecutados por comerciantes o no. En este derecho se toma en cuenta la seguridad jurídica sin menoscabar la celeridad y la agilidad de estas transacciones, siempre teniendo en mente la buena fe, y, además se abre la posibilidad a las nuevas modalidades contractuales diferentes a los contratos típicos.

1.3.1 Criterio subjetivo y objetivo del contrato comercial

Como se ha observado en líneas anteriores, no se ha podido establecer un concepto claro de derecho comercial, ya que para poder definir al derecho comercial es necesario tratar su contenido lo que resulta complejo, por esto se sustentan dos criterios para poder definir a este derecho, estos criterios son los siguientes:

- a) **Criterio Subjetivo.** Durante la edad media y hasta la Revolución Francesa este sistema jurídico se lo aplica solo a los mercaderes, se conocía al derecho comercial como el derecho relacionado con las transacciones de mercaderías de los comerciantes y de miembros de una corporación, es decir que se la vinculaba con una organización social y económica y se consideraba a los comerciantes como un estrato social con normas corporativas; después se lo estableció para los comerciantes que no pertenecían a ninguna corporación. Entonces este criterio sostiene que el

derecho comercial es el derecho de los comerciantes que sirve para regular las relaciones que nacen del tráfico mercantil.

- b) Criterio objetivo.** Esta doctrina o este criterio se lo difundía en los primeros códigos de comercio puesto que las corporaciones medievales de comerciantes luchaban para que se reconozca el ejercicio del comercio únicamente a sus miembros, entonces según este criterio se entiende al derecho comercial como el acto de comercio, es decir se habla del acto no de quien lo ejecuta, lo que significa que no tiene importancia si quien ejecuta dicho acto es comerciante o no, basta con que dicho acto sea considerado como acto mercantil por la ley, ya sea realizado habitualmente o como un acto aislado, esto porque las normas del Código de Comercio francés incluyen dentro del ámbito comercial al comercio ocasional que es ejecutado por no comerciantes. Es decir que no toma en cuenta a las personas que realizan el acto de comercio sino a las actividades mercantiles en sí. Los antecedentes de este criterio se remontan a la Revolución Francesa, ya que se considera el hecho de que al hablar de un derecho solo para los comerciantes (criterio subjetivo) sería un atentado al principio de igualdad. El autor más destacado de la corriente objetiva es el francés Pardessus.

El tratadista español Joaquín Garrigues nos dice “las leyes mercantiles son leyes dictadas para los comerciantes o para los actos de comercio; pero en los dos casos, tanto en el llamado sistema subjetivo como en el objetivo, las leyes mercantiles se han apoyado siempre en el concepto de comercio”.³

El considerar a un contrato como mercantil o no depende entonces de que criterio se acoja. En el sistema argentino se mantiene un criterio mixto pues según lo establecido en el Código de Comercio los actos de los comerciantes se presumen comerciales salvo prueba en contrario, entonces si un acto es mercantil para una de las partes, ambas están sujetas a la ley mercantil.

En el caso del Código de Comercio alemán se mantiene el criterio subjetivo pues se establece un derecho para el comerciante y para sus actividades.

³ Garrigues, Joaquín , Curso de Derecho Mercantil, p. 7

El Código de Comercio de nuestro país mantiene un criterio objetivo a mi modo de ver, puesto que en el Art. 1 dice: “el código de comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes.”

1.3.2 Derecho comercial como derecho de la empresa

Los representantes de esta nueva corriente son los autores: Juan Escarra (francés) y Lorenzo Mossa (italiano).

En cuanto al tema de la empresa, todos estamos de acuerdo que cuando nos referimos a esta lo hacemos en el sentido de que el empresario, es decir su titular es el sujeto de derecho, no en si la empresa.

Sin embargo en la actualidad, el derecho comercial es considerado como el derecho de la empresa. Corrientes modernas sostienen que mirando a la empresa desde su estructura y organización es el pilar del derecho mercantil; en el sentido de que es el derecho de la organización del comerciante, sobrepasando al empresario.

Wieland, es el autor quien estableció la teoría que identifica al derecho comercial o mercantil con el derecho de la empresa; este autor sostiene que la empresa como factor de producción y de intermediación, es el centro de la actividad económica moderna encontrándose siempre en el desarrollo de las actividades mercantiles actuales. Incluso mencionado autor se arriesga a dar una definición de derecho mercantil visto desde esta óptica, de esta forma considera que el derecho mercantil es el derecho de las empresas y de su tráfico. Es decir se lo ve como un agente regulador de la empresa.

Según el criterio de considerar al derecho comercial o mercantil como un derecho de la empresa, se dice que es en la economía en donde se debe buscar el contenido del comercio y que el derecho mercantil debe ser pensado alrededor de la noción de la empresa. Este criterio toma fuerza si lo analizamos desde el hecho de que en la actualidad dentro del derecho mercantil se ejecutan actividades, operaciones o actos comerciales en masa o en serie y por esto existen entes organizados que son las empresas, que son los entes que se ocuparán de la distribución y producción de los bienes y servicios.

El autor **Broseta Pont**, considera que al definir al derecho mercantil como el derecho propio de las empresas mercantiles, es necesario determinar cuando una empresa no es de carácter mercantil, puesto que sabemos que a mas de existir empresas mercantiles tenemos: civiles, agropecuarias, mineras, etc. Entonces frente a esta situación, que a mi criterio, es perfectamente trasladada para ser analizada, autores como **Mossa** establece tres criterios:

1. la forma externa de manifestarse
2. la presencia de una organización comercial
3. el volumen de la actividad

Tomando en cuenta estos tres criterios, se descartaría por completo a las pequeñas empresas, puesto que se considera un criterio tan importante como lo es el volumen de la actividad de la empresa, pero a mi parecer dentro del derecho comercial como un derecho de la empresa debería tomarse también a las pequeñas empresas ya que estas realizan una actividad económica o desempeñan operaciones mercantiles.

La empresa es considerada como una persona económica cuya situación esta avalada por el derecho mercantil. Sin embargo como señala Broseta Pont en su obra "La empresa", a pesar de las concepciones actuales del derecho mercantil como regulador de las empresas, existe falta de unanimidad conceptual, porque si bien varios autores reconocen al derecho mercantil como el derecho regulador de las empresas, solo lo limitan a las empresas de esta naturaleza, pero no llegan a un acuerdo al momento de explicar que es lo que se debe entender como empresa mercantil.⁴

Estas acepciones establecidas en la actualidad también son sujeto de crítica. No todo el derecho que tiene por objeto a la empresa es derecho mercantil, por ejemplo, el caso de la organización, o de cómo se desarrolla el aspecto interno de las empresas, o la relación laboral, no tiene relación con el derecho comercial, ya que esta es una área que le corresponde exclusivamente al derecho laboral, a la seguridad social, también interviene en algunos casos el derecho administrativo con normas aplicables a la empresa; entonces como conclusión no se puede definir al

⁴ Broseta, Pont, La Empresa, p. 95

derecho mercantil como el derecho de las empresas, ya que a las empresas acuden a otras ramas del derecho.

Otra crítica que reciben estas corrientes modernas, es el hecho de que si bien la empresa aparece por lo regular como la base o centro de la actividad comercial, como el productor y distribuidor de bienes y servicios, no siempre se la puede considerar como el eje o la manivela del derecho mercantil o comercial, puesto que en la relación mercantil la empresa puede aparecer como la productora o intermediadora de bienes y servicios o como la parte consumidora o adquirente de dichos bienes y servicios.

Además esta corriente es inaceptable puesto que excluye de la mercantilidad a los actos de comercio ocasionales.

1.3.3 La empresa como elemento del contrato comercial

La empresa es la unión de trabajo, administración y capital destinada o dedicada a satisfacer una necesidad en el mercado. Existen varias definiciones de empresa, entre estas tenemos a las definiciones jurídicas, económicas, de administración; pero debemos saber que la empresa es un agente económico en el mercado.

Como una definición comercial de empresa, podemos citar a la definición que nos trae **Wieland**, “la empresa es aportación de fuerzas económicas, capital y trabajo; para la obtención de una ganancia limitada.” Para el mismo autor la mercantilidad de la empresa depende de los siguientes factores:

- Soportar en forma constante un riesgo de pérdida, el cual se compensa por la expectativa (causa determinante de su creación) de obtener un beneficio limitado
- Contar con una organización conforme a un plan elaborado por el empresario
- El cálculo racional del resultado económico perseguido, lo que permite calificar la mercantilidad de la empresa

Además podemos decir que la empresa es el lugar apto para la producción, intercambio de bienes y servicios para el público consumidor con el ánimo de lucro,

la empresa siempre trata de encontrar beneficios, fines económicos. Es una organización que cuenta con bienes materiales, instrumentales, personales.

El autor Fontanarrosa en su obra "Derecho comercial argentino" define a la empresa como una organización sistemática de actividades y de medios, apta para determinar un aserie notable de relaciones jurídicas que tiene por objeto suministrar a otros utilidades de naturaleza variada; en la cual el empresario, asumiendo todo riesgo sobre sí, sustituye y elimina con su propio riesgo, el que traería consigo la ordinaria creación o la directa consecuencia de dichas utilidades.⁵

El derecho comercial tiene que ver con las actividades económicas y las relaciones jurídicas relacionadas con una empresa, este criterio se da básicamente saliendo de aquellas concepciones modernas que consideran al derecho mercantil como el derecho de la empresa. Al derecho mercantil se lo debe considerar como una parte del derecho privado que se encarga de regular la organización y los elementos de la empresa, la actividad de los empresarios, etc.

La empresa o el comerciante son considerados como una parte importante dentro de los contratos mercantiles, ya que la relación contractual que se establece al momento de celebrarse el contrato entre las partes y una de estas tiene por objeto la distribución o producción de bienes y servicios; queda sometida a la legislación o regulación mercantil.

Otra situación que a mi parecer desencadena en un motivo para poder considerar que la empresa es un elemento importante dentro de los contratos, es el hecho de que muchas veces el público consumidor o quien contrata con una empresa lo hace sin necesidad de saber quién es el titular o el representante de la misma, muchas de las veces ni siquiera les interesa esta situación, les resulta indiferente; sino que lo hacen por el prestigio y reconocimiento que tiene la empresa en el mercado, por el nombre comercial, por la marca.

Cuando se celebra un contrato con una empresa puede presentarse como contraparte los siguientes sujetos:

⁵ Fontanarrosa, Derecho comercial argentino, p. 156

- a) **los consumidores.** ponen fin a la vida económica de los bienes y servicios puesto que son los destinatarios de la actividad productiva. Pueden ser personas naturales o jurídicas. Se los denomina consumidores finales porque se encuentran en el siguiente orden: productores, distribuidores y consumidores.
- b) **Contratante no consumidor final.** se lo denomina de esta forma ya que adquiere los bienes o servicios no para si, sino con el fin de venderlos, alquilarlos.
- c) Contratos como consecuencias de tratos y negociaciones realizadas con el Estado o con empresas estatales.

1.4 Diversas modalidades de contratación en el comercio actual

En la actualidad el comercio actual se ve inmerso en un cambio importante en donde los contratos mercantiles se alejan cada vez más de las estructuras tradicionales establecidas en los contratos civiles, se requiere de una contratación ágil, con celeridad adecuada al mercado en masa, que respondan a todas las necesidades que implica la sociedad actual.

Los contratos comerciales celebrados en la actualidad tienen como norma casi general que el adquirente se encuentra subordinado a lo que impone el empresario, y de igual forma, para lograr una seguridad jurídica al público consumidor, el empresario está sometido a ciertas limitantes que impone o señala el Estado.

Estas diversas modalidades de contratación son celebradas sobre bases ya establecidas o preestablecidas, estas bases resultan no ser modificadas en el momento de la negociación entre las partes, esta modalidad se la conoce con el nombre de **condiciones generales de contratación**⁶, en donde previo a celebrarse el contrato la parte oferente ya realiza una investigación o estudio acerca de todos los puntos importantes a tratarse en la negociación, por ejemplo: costos, utilidades, etc.

Por la necesidad de los comerciantes de realizar diferentes negocios, por los avances tecnológicos y todos los adelantos que se han desarrollado, han surgido

⁶ Farina, Juan M, Contratos Comerciales Modernos, p. 55

nuevas modalidades, procedimientos y técnicas de contratación mercantil o comercial, todas estas se ven plasmadas dentro de los contratos comerciales modernos, varios de estos no se encuentran regulados en la legislación vigente, pero como sabemos van apareciendo en la costumbre que suple el silencio de la ley.

Dentro de algunos contratos comerciales modernos tenemos los siguientes:

- Contrato estándar o uniforme
- Contrato con cláusulas predispuestas
- Contrato de adhesión o por adhesión
- Contrato tipo y contrato formulario
- Contrato normativo y contrato preliminar
- Contratos de fijación
- Contrato autorizado o aprobado
- Contrato reglamentado o normado
- Contrato corregido o transformado
- Contrato de agarrotamiento o extorsivo
- Contrato de líneas rectoras
- Contrato estatuto
- Contrato abierto
- Contrato obligatorio o forzoso
- Contrato dictado

A continuación analizare de forma breve cada una de estas modernas contrataciones.

Contrato estándar o uniforme. el empresario desarrolla un contrato uniforme para todas las operaciones relacionadas con el tráfico mercantil en masa, este contrato se caracteriza por su uniformidad, contiene cláusulas predispuestas, es decir formuladas de antemano por el empresario, o en un formulario pre-impreso por comodidad del mismo. Estas cláusulas predispuestas anteriormente mencionadas pueden obtener el papel de condiciones generales de contratación, en este caso dichas cláusulas son inmodificables y pasa a ser un contrato por adhesión.

No es obligatorio que estos contratos se celebren por escrito, puesto que se puede establecer por anuncios, carteles, etc.

Entonces este contrato se presenta mediante las cláusulas predispuestas, las condiciones generales de contratación y el contrato por adhesión.

Contratos con cláusulas predispuestas. nace por la necesidad de uniformar el contenido de los contratos que su celebración se ofrece al público en un número ilimitado. Estos contratos son utilizados por lo general en las contrataciones en masa. Estas cláusulas se las pueden encontrar dentro del contrato en sí o en un documento anexo al contrato, por ejemplo en anuncios, avisos, carteles e inclusive puede presentarse a través de parlantes es decir que también tienen la posibilidad de ser anunciados verbalmente; pero resulta obligatorio que sean conocidos por sus destinatarios. Cuando se encuentra la cláusula predispuesta en el texto del contrato el predisponente no tiene la obligación de probar su conocimiento por la contraparte, porque se presume.

La elaboración de las cláusulas se da por voluntad del empresario (predisponente), de tal forma que el contenido del contrato se fija de forma unilateral, no hay cooperación de la otra parte, de esta forma el predisponente asegura la contratación en serie.

Este contrato se caracteriza por su generalidad, que trae con esto la uniformidad que no implica rigidez, pero por la autonomía privada del predisponente es posible la modificación o derogación, por el hecho de que no es de orden público.

Estas cláusulas constituyen un modo de expresar las condiciones generales de contratación, y están presentes tanto en los contratos de formulario como en los contratos por adhesión.⁷

Contrato de adhesión o por adhesión. es redactado previamente por uno de los contratantes para regular uniformemente determinadas relaciones convencionales. El empresario utiliza este contrato para realizar contrataciones en masa, estableciendo contenidos prefijados y uniformes. La negociación sobre el contenido del contrato no es necesaria, porque la otra parte simplemente no tiene más alternativa que adherirse a su contenido que es impuesto previamente.⁸

⁷ Idem, p. 56, 57

⁸ Idem, p. 71

En este contrato una de las partes (empresario) tiene mayor fuerza contractual e impone su contrato a la otra que no le queda más opción que aceptar las condiciones o no.

El contrato de adhesión resulta ser aquel negocio en donde las cláusulas establecidas por una de las partes no son sometidas a discusión, sin que exista la posibilidad de introducir modificaciones, y si la otra parte no quiere aceptar estas cláusulas entonces tiene que abstenerse de celebrar este contrato. En este contrato mediante la adhesión puede darse el ingreso de una tercera persona e la relación contractual.

Contrato tipo y contrato formulario. el contrato tipo esta compuesto por cláusulas impuestas por el predisponente como consecuencia de la masificación de los negocios.

El contrato formulario es aquel en donde ya viene impreso el texto y las partes solo tienen que llenar los espacios en blanco que son dejados con el fin de individualizar a los clientes y especificar ciertos datos.

Debemos destacar que todo contrato formulario es un contrato tipo, pero esto no se da a la inversa, por ejemplo el contrato de estacionamiento es un contrato tipo pero no se da a través de un formulario; entonces podemos concluir que el contrato tipo es el género y el contrato de formulario es la especie.

Estos contratos también tienen como característica la uniformidad pero no implican el sometimiento del cliente. A veces el contrato formulario es utilizado únicamente por comodidad.

Contrato normativo y contrato preliminar. todos los contratos tienen estructura normativa, sin embargo decimos que el contrato normativo es aquel en el cual las partes advierte la celebración entre ellas de una serie homogénea de futuros contratos con un contenido similar, es una modalidad especial de contrato que obliga a que en el momento de contratar se contrate con apego a un contenido determinado.

Este contrato se diferencia de las condiciones generales de contratación en el hecho de que el contrato normativo resulta del acuerdo de voluntades.

Este contrato es similar al contrato preliminar puesto que en ambos contratos se toma en cuenta la posibilidad de futuras contrataciones. En el contrato preliminar se da la obligación de concluir con el negocio definitivo, mientras que en el contrato normativo no se da la obligación de celebrarlos en el futuro.

Contratos de fijación. su función se encuentra en establecer la existencia o inexistencia de la relación jurídica, de su contenido, y al valor de las declaraciones anteriores que hayan realizado en un contrato las mismas partes. Es un contrato declarativo, en donde las partes lo que buscan es fijar una relación jurídica preexistente, determinando los límites de la relación jurídica. Este contrato tiene por objeto las relaciones jurídicas, puede este contrato además tener un efecto positivo o negativo, dependiendo si el objeto es la existencia o la inexistencia de la relación jurídica.

Contrato autorizado o aprobado. es aquel contrato que requiere de una norma o disposición legal para ser autorizado o aprobado por la dependencia administrativa, entonces resulta ser también un contrato por adhesión, ya que el empresario requiere la aprobación de la dependencia administrativa.

La aprobación se agrega al contrato y además debemos saber que se trata de una función administrativa.

Contrato reglamentado o normado. resulta más adecuado llamar a estos contratos como “contratos con contenido reglamentado”, estos contratos son aquellos que tienen relación con ciertas relaciones jurídicas en las que el Estado establece una serie de políticas, con pautas obligatorias para ambas partes. Estas pautas tienen además el carácter de orden público, con el fin de que las relaciones se adapten a la economía y a la política social, pero existe libertad respecto de la celebración del contrato.

Queda claro entonces que esta clase de contratos obedecen a criterios políticos, por lo que sus cláusulas dependen de la época y de las circunstancias. Este contrato queda librado a la voluntad de las partes, salvo de aquellas cláusulas que la ley mira como obligatorias.

Contrato corregido o transformado. por ley, por parte, por fallo judicial, por la declaración de autoridad competente; se lleva a cabo la corrección del contrato,

esto es necesario por ejemplo, para evitar que se lleve a cabo una transferencia de bienes que se encuentra impedida por el ordenamiento jurídico.

A pesar de que este contrato haya sido transformado sigue siendo un contrato de derecho privado.

Contrato de agarrotamiento o extorsivo. estos contratos son celebrados entre particulares, pero debido a la inferioridad económica o tecnológica de una de las partes, se encuentra sometido a la otra parte que puede ejercer una coacción, de esta forma esta parte limitada se ve obligada a aceptar las condiciones del contrato.

Contrato de líneas rectoras. mediante este contrato se puede establecer sobre que bases se van a celebrar futuros contratos, es decir que se basa en directrices, pautas o líneas rectoras que nacen del acuerdo de ambos contratantes, o de uno de ellos y el otro contratante se adhiere.

Estas líneas rectoras pueden ser establecidas solo por un sujeto para desarrollar su negocio produciendo efectos jurídicos, en este caso estaríamos hablando de un negocio jurídico unilateral, pero sin olvidar que solo llegan a ser eficaces y obligatorias cuando la otra parte a quien se las ofrece las acepta, transformándose en un negocio jurídico bilateral, es decir, en un contrato.⁹

Contrato estatuto. el estatuto constituye un sistema normativo de carácter institucional, al que se someten miembros fundadores o miembros que se incorporen después. La entidad se encuentra por encima del interés de sus miembros, quienes ingresen posteriormente deben adherirse a este estatuto.

Por este motivo las normas que se encuentran en un estatuto tienen las siguientes características: objetividad, heteronimia, generalidad; todas estas características resultan propias de una norma jurídica.

Contrato abierto. este contrato lleva esta denominación ya que deja abierta la posibilidad de que un tercero pueda ingresar a una relación jurídica que ya se encontraba constituida.

⁹ Idem, p. 86

Se considera que la libertad de contratación se ve afectada puesto que el tercero solo tiene la posibilidad de ingresar y al hacerlo debe aceptar en todas las condiciones de la jurídica ya establecida.

Contrato obligatorio o forzoso. su celebración se la ve como obligatoria, de esta forma se ve afectada la libertad contractual, en la doctrina también se los conoce como “contratos necesarios o impuestos”.

En principio nadie se ve obligado a contratar, pero se presentan circunstancias en las cuales por ley o por una resolución administrativa una de las partes se ve obligada a contratar por el requerimiento de la otra, por ejemplo en la prestación de servicios públicos.

Según el principio de libertad de contratación, generalmente se deja al particular decidir acerca de si quiere o no celebrar un contrato, y se incluye en este mismo principio una amplia libertad de estructuración del contenido del negocio, dado que las normas reguladoras de los contratos son, en su mayoría, de carácter supletorio, lo cual permite a las partes separarse de la regulación legal y, por consiguiente, fijar, como contenido del contrato particular, las condiciones generales redactadas de antemano por una de ellas.¹⁰

Contrato dictado. este contrato es una subespecie del contrato obligatorio, se presenta cuando el Estado impone la obligación de contratar bajo condiciones previamente establecidas, se está hablando de una suerte de ficción de contrato, su efecto es el de un acto administrativo de soberanía.¹¹

El desarrollo de este capítulo me ha llevado a comprender que continuamente nos encontramos inmersos en el ámbito mercantil de una u otra forma, que todos estos cambios que estamos viviendo en la actualidad respecto de la contratación mercantil sobrepasan toda las teorías y conceptos existentes, necesitamos nuevos enfoques que nos ayuden a comprender todos estos nuevos conocimientos en lo que ha esta materia se refiere.

En el derecho comercial se están desarrollando varias innovaciones lo que hace que se requieran nuevos enfoques como lo mencione anteriormente para dejar de

¹⁰ Santos Briz, Derecho Económico y Derecho Civil, p. 182

¹¹ Farina, Juan M, Contratos Comerciales Modernos, p. 88, 89

lado todos aquellos criterios pasados que resultan obsoletos para estos cambios que está viviendo la contratación mercantil.

La evolución del Derecho Mercantil se manifiesta con la intervención del Estado en la economía y un nuevo sentido social en muchas de sus instituciones, con miras a la protección del interés social y de los intereses económicos generales.

Se observan nuevas modalidades de contratación mercantil que responden a la evolución tecnológica, al servicio de una economía de mercado, en donde uno de sus términos es la empresa jurídica, la creciente demanda de bienes y servicios, etc.

CAPÍTULO II. EL CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL

2.1 Concepto de Contrato de Concesión Comercial

Antecedentes.

El contrato de concesión es aquel contrato conocido también como contrato de distribución exclusiva o venta exclusiva; se producen por el aumento de las relaciones comerciales, en la actualidad existen en los mercados grandes cantidades de personas que pueden ser potenciales consumidores; en el caso de países como Alemania encontramos antecedentes de este contrato en la distribución y venta de cervezas, en los Estados Unidos en el sector de concesionarios de venta de automóviles durante los años veinte; entonces tenemos que, estos contratos aparecen ya que se considera que una persona jurídica o física no tiene la suficiente habilidad para producir un artículo y a su vez encargarse de su distribución.

Los productores de bienes y servicios siempre necesitaron de un sistema de distribución y comercialización para que estos bienes lleguen al público consumidor y para lograr sobresalir sobre sus competidores, cambiando las tácticas tradicionales y desarrollando nuevos métodos y sistemas para poder satisfacer las necesidades de cada actividad en el mercado.

En la Edad Media, por ejemplo, los productores de bienes y servicios acudían a ciertos lugares denominados ferias, en donde se encontraban con sus consumidores para poder realizar sus actividades comerciales y conseguir mas contactos. Estas mencionadas ferias se han llevado a cabo hasta nuestros días y alrededor del mundo existen importantes ferias como las de Milán, Hannover, Leipzig y París.

Estas nuevas tácticas o sistemas que los había mencionado en líneas anteriores son conocidos con el nombre de distribución comercial, que son técnicas que se utilizan con el fin de distribuir, comercializar y promover los productos y servicios dentro de un mercado específico. Estas técnicas son desarrolladas tanto por la empresa productora de bienes y servicios como por quienes realizan las estrategias de distribución y comercialización de estos bienes y servicios.

En nuestra sociedad debido a la gran evolución de la que hemos sido testigos, las empresas se han dividido en sectores, de tal forma que unos se dedican a la producción y los otros se dedican a la distribución de los bienes; pero tomando en cuenta que para que se pueda llevar a cabo esta situación, la empresa debe ser lo suficientemente grande como para poder desempeñar ambas actividades con éxito.

Esta actividad de intermediación comercial se realiza a través de la agencia comercial, la distribución comercial, la franquicia comercial y por supuesto con el contrato de concesión comercial; por esta razón se dice que mediante el contrato de concesión comercial una empresa se dedica a la distribución comercial de los productos de un fabricante, atendiendo a un mercado de forma exclusiva, de manera limitada, sometida a normas estrictas bajo control del fabricante del producto y el consumidor; debiendo continuar con esta relación aun después de concretada la venta y entregado el producto.

Concepto.

Sin embargo tenemos un sin número de concepciones del contrato de concesión comercial que básicamente dicen lo mismo. Por ejemplo el Profesor Champaud dice que el contrato de concesión comercial es “aquella convención por la cual un comerciante denominado concesionario, pone su empresa de distribución al servicio de un comerciante o industrial llamado concedente, para asegurar exclusivamente, sobre un territorio determinado, por un tiempo limitado y bajo la vigilancia del concedente, la distribución de productos y servicios de los que se le ha concedido monopolio de reventa”. Dentro de esta conceptualización de contrato de concesión que nos da el Profesor Champaud se destacan importantes aspectos como: la disposición de la empresa del concesionario de manera exclusiva a favor del concedente, limitación geográfica, la vigilancia del concedente por un tiempo determinado y por último el hecho de que se le otorga un privilegio que sería el monopolio de la reventa.

De las definiciones analizadas en el desarrollo de este trabajo monográfico me permito definir al contrato de concesión en los siguientes términos: contrato de concesión, es el acto por el cual el fabricante de un producto llamado concedente o proveedor, otorga a otra parte llamado concesionario la venta y comercialización de sus productos y servicios en una zona determinada, comprometiéndose este a poner toda su organización empresarial para lograr la difusión de los productos, el concesionario actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros. La relación

comercial entre las partes continúa aún después de concretada la venta y de entregado el producto, dado que deberá atender las garantías y los servicios de mantenimiento hasta el fin de la propia vida del producto.

O podría definirlo como el convenio en virtud del cual una de las partes (concesionario) pone su organización comercial, actuando a nombre, por cuenta y riesgo propio, a disposición de la otra parte (concedente), para colocar sus productos o servicios en el mercado, obteniendo como prestación un descuento en la adquisición de los productos.

2.2 Clasificación de los contratos

Únicamente para fines didácticos y para un mejor entendimiento es necesario realizar una clasificación de los contratos, ya que existe una gran variedad de criterios.

Por ejemplo si hacemos hincapié en el derecho romano según las instituciones de Justiniano las obligaciones que nacen de un contrato son las que se forman por la cosa, por las palabras, por escrito o por el simple consentimiento.

En el caso de las obligaciones que nacen por la cosa, es decir solo se aplica a las cosas que se pesan o se enumeran por ejemplo el trigo, el oro, etc.; entonces de esta forma se devuelve no las mismas cosas sino de la misma naturaleza.

Aquellas que nacen por la palabra (verbis), cuando se estipula que algo se nos dará o una cosa se hará. Pueden presentarse dos situaciones, la primera cuando la estipulación realizada es cierta, y la otra cuando mentada estipulación es incierta.

Las obligaciones de palabra u obligaciones litteris, cuando una persona se obliga por escrito, por ejemplo en la actualidad podría ser el caso de las famosas letras de cambio, pagares, etc.

Y finalmente aquellas obligaciones que nacen por el simple consentimiento de las partes, desde lo cual empieza a surtir efectos, la obligación se contrae por el solo consentimiento, tal es el caso de contratos como: el contrato de compraventa, arrendamiento, mandato.

Sin embargo de acuerdo a la mayoría de tratadistas y a la doctrina los contratos se clasifican en:

a) Bilateral. se realiza al momento de la celebración del contrato. Para que un contrato sea bilateral se requiere que estén presentes prestaciones recíprocas o lo que Fontanarrosa reconoce como beneficios o ventajas recíprocas, en este contrato los contratantes asumen tanto derechos como obligaciones. Además una de las partes en esta clase de contratos, no podrá demandar el cumplimiento del mismo, previo a probar que está lo ha cumplido. Al ser este un contrato en el que se presentan prestaciones recíprocas es procedente el pacto comisorio.

Un ejemplo típico de un contrato bilateral constituye la compraventa.

b) Unilateral. Esta clase de contratos solo genera obligaciones para una de las partes, sin que se presente reciprocidad por parte de la otra, como ejemplo de este tipo de contratos puedo mencionar a la donación. Se debe distinguir al contrato unilateral del acto unilateral, ya que el acto unilateral tiene su origen en la voluntad de una persona, mientras que el en el contrato unilateral necesariamente existe o se cuenta con el acuerdo de voluntades; el Art. 1455 del Código Civil dice que un contrato es unilateral “cuando una de las partes se obliga para con otra, que no contrae obligación alguna...”

c) Oneroso. según algunos autores como Zago, la onerosidad se entiende como el sacrificio patrimonial de las partes, es la contraprestación que sigue a la prestación, en estos contratos las partes o los contratantes asumen cargas o gravámenes, algo valorable económicamente. Dentro de esta clasificación se presentan 3 efectos:

1. El error en la persona del contratante. En el caso del contrato de concesión al ser este un contrato *intuito personae* el error en la persona causa la nulidad del contrato. Esto a diferencia de los contratos gratuitos.
2. Se aplica la Teoría de la Imprevisión.
3. Se aplican las reglas de la evicción y de los vicios redhibitorios.

En nuestro Código Civil en el Art. 1456, se define a los contratos onerosos como aquellos que tienen por objeto la utilidad de ambos contratantes, gravándose cada uno a beneficio del otro.

d) Gratuitos. con la celebración de este contrato solo uno de los contratantes obtiene un beneficio, para citar ejemplos de este tipo de contratos puedo señalar al contrato de **comodato o préstamo de uso, donación.**

e) Consensual. es consensual toda vez que los efectos de este contrato se producen una vez otorgado el consentimiento, es decir que se perfeccionan por el simple consentimiento de las partes; no es necesario la observancia de formalidades (compraventa), ni tampoco la entrega de la cosa.

f) Real. para que se perfeccione esta clase de contratos y por lo tanto surta efectos jurídicos, es necesario que se dé la entrega o tradición de la cosa materia del contrato, por ejemplo el caso del contrato de comodato o préstamo de uso, el contrato de mutuo o préstamo de consumo.

g) Conmutativo. puesto que al momento de su perfeccionamiento las partes pueden tener conocimiento acerca de las ventajas y sacrificios que trae consigo este acuerdo de voluntades. Estas ventajas resultan ser recíprocas y equivalentes. En la doctrina a este tipo de contrato como una variedad de los contratos onerosos en donde las partes realizan prestaciones mutuamente.

h) Aleatorio. la prestación que se da como consecuencia de la celebración del contrato está sujeta a un acontecimiento futuro e incierto. Un ejemplo de contrato aleatorio es la venta de cosa futura, transcrito en el Art. 1752 del Código Civil que dice: “la venta de cosas que no existen, pero que se espera que existan, se entenderá hecha bajo la condición de existir salvo que se exprese lo contrario, o que por la naturaleza del contrato aparezca que se compró la suerte”, es decir que resulta incierta la ganancia o la pérdida en estos contratos.

i) Formal. cuando se observa algún tipo de formalidad cuando las partes expresan su voluntad. En el caso del contrato que me ocupa, no se establece ningún tipo de solemnidades que se deban observar al momento de la celebración del contrato, por esta razón el contrato de concesión es un contrato no formal.

j) De tracto sucesivo. la voluntad de las partes hace que el cumplimiento de las prestaciones se prolongue en el tiempo, es decir que no se cumple al momento de la celebración del contrato, por lo tanto después de su perfeccionamiento dan lugar a varias prestaciones que se cumplen en períodos de tiempo.

k) Principal. sus efectos jurídicos no se encuentran subordinados a la existencia de otro contrato, como dice nuestro Código Civil, estos contratos subsisten por si mismos.

l) Accesorios. su existencia es necesaria para garantizar o asegurar el cumplimiento de una obligación principal por ejemplo la prenda.

m) Nominado. Los contratos nominados son aquellos que se encuentran regulados en los Códigos de Comercio o Civil o en otros cuerpos legales; si bien el contrato de concesión comercial no tiene regulación legal explícita, se regulan perfectamente por los usos y la costumbre mercantil, así como también por la doctrina y la jurisprudencia por lo que resulta absurdo considerar que el contrato de concesión comercial es un contrato innominado.

n) Innominados. aquellos contratos que no se encuentran regulados por normas de derecho positivo.

o) Atípico. puesto que carece de regulación establecida en la ley, se rigen por la libre voluntad de las partes, por la autonomía de la voluntad, sin vulnerar las normas previstas y en lo demás tomando en cuenta a los usos y costumbres comerciales.

p) Típicos. se considera similar a los contratos nominados, pues son aquellos que constan regulados en cuerpos legales.

A más de esta clasificación de contratos un tanto general, tenemos la siguiente clasificación que reconoce el derecho dentro de la concesión:

1. Concesión Pública
2. Concesión Privada
3. Concesión Comercial

Concesión Pública

A través de este contrato la administración pública se encarga de otorgar a una persona o sociedad el derecho para que preste un servicio público en beneficio de la sociedad de forma monopólica y por esto reciben una tarifa.

Además debo señalar que la concesión pública se la realiza para la concesión de servicios públicos y para la concesión de obra pública. En el caso de una concesión de servicios públicos se la define como: “el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona individual o jurídica, privada o pública; por tiempo determinado la organización y funcionamiento de un servicio público”.¹²

La concesión de obras públicas comprende dos ideas: **obra**, como el resultado de una actividad humana, elaboración, construcción o la transformación de una infraestructura física pre existente; **público**, relacionado con el interés del Estado de buscar un beneficio colectivo.

Además es importante señalar que la concesión en derecho público se encuentra regulada por una ley que es la Ley de Contratación Pública.

Concesión Privada

Una persona de derecho privado le otorga a otra características similares, la autorización para explotar un servicio y que este sea prestado a terceros, de esta forma el concesionario realiza la explotación en su propio nombre, por cuenta y riesgo del concedente y por un tiempo limitado y con derecho a cobrar por sus servicios.

Intentando dar un concepto de concesión privada puedo decir que es: “el contrato por el cual una persona de derecho privado le otorga a otra de iguales características la autorización para la explotación de un servicio que le compete prestar a terceros, obligándose el concesionario, a realizar tal explotación en su

¹² Chase Plate, et al, Contratos administrativos, p.119.

propio nombre, por su cuenta y riesgo, bajo el control del concedente, por tiempo limitado y con derecho a cobrar por sus servicios”.

Resulta evidente que el hecho de utilizar la expresión “la concesión en el derecho privado o la concesión privada”, se da con el fin de diferenciarla de la concesión que se desarrolla dentro del campo público, aunque es obvio que no se las debe confundir de ningún modo, ya que, la concesión privada a diferencia de la concesión pública no se encuentra regulada en ninguna ley.

Concesión Comercial

Se entiende a este contrato como perteneciente a los contratos de empresa, se lo considera además dentro de un sentido funcional porque forma parte de los contratos celebrados por el fabricante para comercializar sus productos. Es también un contrato de coordinación, ya que existe un uso gratuito de la marca, capacitación para el personal del concesionario, territorio determinado; entonces nos encontramos en presencia de un contrato normativo de coordinación.

La concesión comercial se puede dar tanto para la comercialización de bienes como de servicios. Se trata de un contrato eminentemente comercial.

2.3 Características del contrato de concesión comercial

Para comenzar a tratar este tema considero importante destacar el hecho que la concesión en nuestra legislación no se encuentra regulada en la normativa jurídica de nuestro país, la concesión resulta ser de tipicidad consuetudinaria, con este nombre se conoce en la doctrina.

Señalaré las características generales de este tipo de contrato, posterior a esto continuaré con la explicación de los caracteres propios del contrato de concesión comercial.

Como características generales del contrato de concesión tenemos las siguientes:

Es **consensual**, ya que este contrato se perfecciona con el simple consentimiento de las partes, que da origen a las obligaciones que emergen de este contrato.

Se considera además que el contrato de concesión es de **tracto sucesivo**, puesto que su cumplimiento se da a través del tiempo. Claro está, que este convenio es además **bilateral**, ya que las partes, tanto el concedente como el concesionario resultan obligadas con su celebración.

Debemos resaltar que este contrato también posee la particularidad de ser un contrato **oneroso**, porque las dos partes tienen ventajas recíprocas; el concedente recibe el precio del concesionario y además los beneficios de la difusión de sus productos por medio de sus concesionarios, el concesionario por su parte, obtiene un valor por encima del valor que se ve obligado a pagar al concedente.

Es **conmutativo**, puesto que ni el concedente ni el concesionario tienen la certeza de si el negocio es beneficioso, o ya tienen una idea de las ventajas que acarrea este negocio. Podemos mencionar que el contrato de concesión comercial es además **intuitu personae** ya que este no es transferible ni sujeto de cesión, únicamente termina si se presentan eventos que puedan afectar a las partes. Sabemos asimismo que tiene la característica de ser **principal**, al no necesitar de la celebración de otro contrato para causar efectos jurídicos. **De empresa**, ya que se lo concibe dentro del derecho empresario porque es una actividad organizada de una persona o varias, con la colaboración de los productores, de los que comercializan y administran los bienes y servicios. Y finalmente puede señalar que el contrato de concesión comercial es un contrato de **colaboración**, puesto que una de las partes coopera con su actividad para con la otra para mejorar su desarrollo económico, existe complementación de especialidades y descentralización de las mismas.

Esto como una breve reseña sobre las características generales de este importante contrato.

Como características propias de este contrato podemos mencionar las siguientes:

1. Dirección Técnica del concedente
2. Subordinación económica del concesionario al concedente en algunas actividades comerciales
3. Exclusividad

Dirección Técnica del concedente

El objetivo o finalidad que persigue la empresa concedente con la celebración de este contrato, es que a través de sus concesionarios se logre una estructura compleja y ágil que le permita la posibilidad de competir con mercados a los cuales el concedente desea adherirse; dotado de esta característica, el concedente puede dirigir los concesionarios de acuerdo a las políticas o normativa de su empresa.

La empresa concedente está en la tarea de analizar la política económica, para de este modo poder estar preparado para superar las coyunturas que se presentan en los ciclos recesivos o expansivos de la economía.

Según el autor Hocsman en su obra "El contrato de concesión comercial", nos dice que durante los ciclos recesivos, que deben ser tomados en cuenta para evitar abarrotar de stocks a sus concesionarios, ocasionándoles importantes pérdidas por la baja rotación de los mismos y sus costos financieros. En el caso de la expansión, se debe contemplar un significativo aumento de la producción, para que ante la falta de producto sus concesionarios no pierdan la clientela por carecer de la posibilidad de abastecerlos.

Esta facultad de dirección que la posee el concedente, hace que continuamente se lleven a análisis las tasas de interés, los aranceles, los aspectos tributarios; todo lo que pueda afectar al mercado.

Estas medidas están relacionadas con el éxito o fracaso de los concesionarios. El fundamento o la motivación para que se lleve a cabo o se desarrolle la dirección técnica del concedente es la concentración vertical de empresas que da origen a la relación de concedente y concesionarios.

Subordinación Económica del concesionario al concedente en algunas actividades comerciales

Como cimientos de este contrato tenemos a la exclusividad y al control, que de forma obvia son aspectos que otorgan superioridad al fabricante por el tiempo que dura este contrato.

De acuerdo a lo que expresa Hocsman en su obra Contrato de Concesión Comercial, "la situación del concesionario, es la de un comerciante individual o

empresa que realizara una inversión económica determinada o aprovechará en gran parte una ya existente, para poder cumplir con los requerimientos de la distribución comercial de un producto como revendedor del mismo”.¹³

En el momento en que el concesionario compra el producto al concedente, este queda obligado a revender este producto, pero desde el comienzo ya queda establecido el precio máximo que el concesionario esta autorizado a subir al valor que pago por el producto al concedente; sin embargo el concesionario sobre este precio podrá realizar descuentos dejando el producto a un precio menor del q se ha convenido.

Dentro de la concesión de automotores, el concesionario que es una empresa autónoma o un comerciante, si posee esta característica de subordinación, pero en contratos de concesión de maquinarias textiles o de negocios químicos no es así; puesto que dentro de este mercado si una concesionaria tiene una extensa distribución en todo el país representa el sesenta por ciento de las ventas de un fabricante pequeño.

Sin embargo en el caso de las concesionarias de automotores la subordinación sobre el aspecto económico es general. El concedente tiene gran fuerza y poder en lo absoluto, no obstante el concesionario realiza sus funciones con total autonomía a pesar de la dependencia económica del concedente.

Exclusividad

Esta característica se relaciona con el concesionario, porque solo puede proveerse del concedente. La exclusividad confirma ese carácter de poder y de dominación que tiene el concedente dentro del contrato, se la considera además como la característica fundamental y esencial de este contrato, a tal punto que se la coloca dentro de la definición del mismo.

La exclusividad se encuentra también relacionada con el hecho de que no pueden comercializarse productos de otra marca y la obligación del concedente de abastecer únicamente a sus concesionarios, el concesionario además no puede atender a empresas competidoras.

¹³ Hocsmán, Heriberto, Contrato de Concesión Comercial, p. 72

El concedente, otorga al concesionario la autorización para vender sus productos, en un área delimitada, a nombre del concesionario, que los adquiere en propiedad, previo pago del precio a un valor diferencial, bajo ciertas condiciones de comercialización impuestas por el concedente.

A más de las características mentadas en líneas anteriores, son también características propias de este contrato las siguientes:

- El concesionario es considerado como un auxiliar autónomo, que actúa en nombre y riesgo propio.
- El concedente encarga al concesionario un servicio permanente, organizado e integrado para la comercialización de sus productos o servicios, siendo el concesionario la vía para que el concedente entre en el mercado.
- El concedente establece los precios al público, la presentación del local, exige los informes contables detallados
- El concesionario tiene el deber de prestar asistencia técnica a los clientes, información al concedente, capacitar al personal, y brindar una correcta atención al público.

2.4 Las partes: obligaciones, derechos y responsabilidad

Las partes son los elementos personales del contrato de concesión, estas son:

- **Concedente.** que es el fabricante o distribuidor de un producto o servicio.
- **Concesionario.** es quien compra al concedente y revende con exclusividad.

La concesión comercial se origina en un contrato, por medio del cual las empresas involucradas establecen los derechos a exigirse y las obligaciones a cumplir.

Tanto los derechos como las obligaciones de los contratantes nacen de lo que se ha pactado en el contrato como resultado del principio **pacta sunt servanda** que rige sobre todo para aquellos actos que no se encuentran regulados por la legislación.

La jurisprudencia se ha pronunciado respecto a las obligaciones a las que se encuentra sometido el concedente, por ejemplo, este tiene el deber de conferir la autorización para la prestación del servicio y dejar de prestar el servicio (obligación de no hacer); en el caso del concesionario, este debe prestar el servicio, encontrarse bajo el control del concedente; entre otras.

Obligaciones del concesionario

A pesar de que el concesionario actúa de forma autónoma, este se encuentra bajo una subordinación técnica y económica del concedente; el concesionario se ve en la obligación de dedicar su actividad a la comercialización de los productos del concedente.

Entre sus principales obligaciones están:

- a) Abastecimiento exclusivo con el concedente. Sólo si se llegaría a celebrar de esta manera el contrato, resultaría un incumplimiento al mismo el hecho de que el concesionario se provea de productos que puedan competir con los productos del concedente. El concesionario adquiere los bienes del concedente y luego vende a los consumidores, es decir que la venta de los productos que realiza el concedente al concesionario es independiente de la que realiza el concesionario a los consumidores. “en el contrato de concesión el fabricante y el concesionario estipulan la exclusividad de venta por parte de éste de los bienes fabricados por aquel, bienes que dicho concesionario adquiere a un precio preferencial y que compra a un título personal para proceder luego a su reventa a sus propios clientes”¹⁴.
- b) Comprar una cantidad mínima de productos para reventa. esta obligación generalmente se la encuentra dentro del contrato, ya que el concedente en una de las cláusulas exige al concesionario que compre un mínimo de productos, y de esta forma garantiza su éxito en este negocio.
- c) Respetar el territorio de los restantes concesionarios. generalmente el concedente coloca a sus concesionarios en una determinada zona, de esta forma cada uno comercializa los productos únicamente dentro de esta zona. Es decir que el concedente o fabricante le otorga al concesionario exclusividad sobre la zona determinada.

¹⁴ “en el contrato de concesión el fabricante y el concesionario estipulan la exclusividad de venta por parte de éste de los bienes fabricados por aquel, bienes que dicho concesionario adquiere a un precio preferencial y que compra a un título personal para proceder luego a su reventa a sus propios clientes”. Incom., Sala B, 30/4/81, “Astral SA c/Soc. Com. Deutz Arg. SA”, BCNCom., 1981-4-2).

- d) Debe gozar de instalaciones óptimas conforme al requerimiento del concedente. el fundamento de esta obligación del concesionario se sustenta en el hecho de que se encuentra en juego el prestigio de la marca, la captación de nuevos clientes, entre otras.
- e) Adoptar los sistemas administrativos, financieros y contables del concedente. de esta manera el concedente mantiene el control sobre la organización del concesionario. Aquí puedo mencionar como ejemplo lo beneficioso que le resultó a GENERAL MOTORS COMPANY el implementar este sistema, pues logro un gran adelanto utilizando lo siguiente:
- Formación de cuentas standard
 - Uniformación del sistema de de registros en libros de las mismas características
 - Uniformación del sistema de facturación
 - Informes permanentes de la concedente, interrelación de los departamentos contables.
- f) Cumplir las instrucciones del concedente. esto debido a la subordinación del concesionario en este contrato.
- g) Promover la venta de los productos y participar en campañas de publicidad. como sabemos la publicidad es un arma indispensable para promocionar a los productos dentro del mercado, la publicidad beneficia a ambos contratantes, así, el concedente publicita su marca y el concesionario su firma particular valiéndose de la marca, por lo tanto los gastos se dan de acuerdo a los beneficios de las partes.
- h) Prestar un servicio de garantía y de mantenimiento después de la venta del producto. ya que varios de los objetos materia de este contrato pueden estar sujetas a desperfectos, entonces muchas de las veces se requiere de un servicio de mantenimiento o reparación, por ejemplo en el caso de automóviles. También es usual que el concesionario se obligue a efectuar prestaciones de servicios a los clientes, por ejemplo atender los reclamos de

la clientela y contar con una estación de servicio para revisiones y reparaciones.

- i) Devolución al finalizar el contrato de los bienes dados en comodato. las partes pueden pactar la entrega de ciertos productos en comodato para la comercialización, pero una vez que concluye el contrato estos deben ser devueltos.
- j) Responsabilidad frente a terceros. el concesionario responde al consumidor por el incumplimiento del contrato, evicción, vicios redhibitorios, sin perjuicio de las acciones en contra del concedente, es decir que existiría una responsabilidad contractual.

Derechos del concesionario

El concesionario puede exigir los siguientes derechos:

- a) Facultad de revender los productos en una zona determinada con o sin exclusividad. el concesionario adquiere los productos del fabricante y tiene derecho a comercializarlos dentro de una zona determinada, se dice que puede darse con o sin exclusividad, ya que esta puede ser pactada o no.
- b) Que el concedente le provea la cantidad de productos a que se obligó. no es usual que se establezca en este tipo de contrato una cantidad fija par que provea el concedente, es más, el concedente puede variar la cantidad, pero esta facultad de la que se encuentra investido el concedente no puede ser utilizada de forma abusiva, por ejemplo el suspender el abastecimiento o aprovisionamiento de los productos.
- c) Comprar del concedente en condiciones más beneficiosas. es decir que le concesionario adquiere los productos a un precio preferencia, entonces podemos darnos cuenta que en base a esta situación se demuestra cierta colaboración de las partes, puesto que si el concedente no le ofrecería los productos con este valor de cierto modo especial, el concesionario adquiriría los productos de otro vendedor. Es decir que la compra que realiza de los productos del concedente lo hace de manera que le resulte más ventajosa o beneficiosa.

- d) Derecho a la información. derecho a conocer sobre los avances tecnológicos, de los nuevos modelos que se encuentran en el mercado, acerca de la material de organización empresarial; de esta forma el concesionario puede desenvolverse en el mercado en igualdad de condiciones con la competencia.

- e) Usar gratuitamente la marca del concedente. se refiere al hecho de que el concesionario tiene derecho a publicitarse señalando que es concesionario de tal marca, pero también el concesionario puede tener su propia marca y tener el respaldo de la marca del concedente.

- f) A que se respete su autonomía e independencia. ya que la subordinación es únicamente técnico-económica no jurídica, porque no existe una relación de dependencia trabajador-empendedor. Además es un negocio independiente, no es una sucursal del concedente.

- g) Rescindir el contrato unilateralmente según cláusulas pactadas. es una facultad que poseen las dos partes dentro de este contrato, pero al rescindir el contrato debe hacerlo de buena fe y no de forma abusiva, solo si se presentan circunstancias que tornen insostenible la relación.

Obligaciones del concedente

La jurisprudencia establece que el concedente tiene la obligación de no realizar actos que perjudiquen el objetivo o fin último que persigue la concesión, dentro de las principales obligaciones a las que se encuentra el concedente se destacan las que siguen:

- a) Mantener una corriente de aprovisionamiento de productos o mercaderías. este aprovisionamiento de los productos debe ser de forma continua, de tal manera que no interrumpa la comercialización de los productos a la que se dedica el concesionario.

- b) Respetar la exclusividad pactada. al pactar la exclusividad en el contrato, el concedente tiene la obligación de no abrir sucursales en la zona en la que se encuentra el concesionario, tampoco puede autorizar a otros concesionarios a que vendan sus productos en el mismo sector; de hacerlo incumpliría el contrato.

- c) Establecer una política de garantía, talleres de comercialización y suministro de repuestos uniformes para toda la red. como el concesionario se ve obligado a servir al consumidor con un servicio de postventa, el concedente tiene el deber de suministrar al concesionario de un stock de repuestos necesarios para que el concesionario pueda cumplir eficientemente con este servicio.

- d) Proporcionar a los concesionarios información y capacitación. para que no se presenten malos entendidos, el concedente debe informar al concesionario de situaciones como: disminución de las entregas, sus planes de producción, técnicas, etc. Tiene además la obligación de prestar capacitación al concesionario para poder atraer a la nueva clientela y mantener con la que ya se contaba y como resultado mejorar las ventas de sus productos.

- e) Promover y publicitar los productos en forma global. aquí se encuentra involucrada la publicidad, ya que esta beneficia a ambas partes, es un plan común para que se puedan alcanzar los objetivos del contrato.

- f) Actuar con buena fe y con trato igualitario para todos los integrantes de la red. el concedente debe tratar a todos sus concesionarios de la misma forma, sin hacer diferencias, este contrato debe estar revestido de lealtad, confianza, buena fe, equidad, igualdad, etc.

- g) Asumir la responsabilidad frente a terceros. a pesar de que el concesionario actúa por cuenta y riesgo propios, el fabricante (concedente) debe responder por los productos por el elaborado que presenten daños. Varios criterios sobre si esta responsabilidad es contractual o extracontractual, a mi manera de ver considero que estaríamos hablando de un responsabilidad contractual puesto que se entiende del contexto del contrato, sin embargo la mayoría de criterios concuerdan en que se trata de una responsabilidad extracontractual al no existir un contrato de por medio entre el concedente y los consumidores.

Derechos del concedente

Pueden señalarse los siguientes derechos:

- a) Redactar el reglamento de la concesión o *contract crade*. con este derecho del concedente una vez más se demuestra la superioridad de este en el contrato, ya que al concedente le asiste el derecho o la facultad para redactar las cláusulas del contrato y el concesionario solo tiene elección de entre dos opciones tomarlo o dejarlo, por lo tanto el concesionario no puede modificarlo; es más en este sentido se lo asemeja a un contrato por adhesión.
- b) Imponer condiciones especiales para la ejecución de las operaciones que realice el concesionario. impone la concesionario ciertas condiciones que este debe cumplir en la comercialización de los productos, estas exigencias pueden ser: un máximo de precio para la reventa, cupo mínimo de compras, crear una oficina para repuestos y talleres de reparación, entre otras.
- c) Inspeccionar la marcha de los negocios. este derecho se ejecuta a través de auditorías, de la obligación de llevar contabilidad, etc.
- d) Que se respete su exclusividad. ya que el concedente tiene derecho a que el concesionario se provea únicamente de sus productos, sin perjuicio de que las partes puedan pactar lo contrario, sin embargo el concedente puede proveer con sus productos a más concesionarios y de no pactarse lo podría hacer incluso a concesionarios que se encuentren en la misma zona.
- e) Rescindir unilateralmente el contrato. como lo mencione en líneas anteriores también constituye un derecho del concesionario.

Responsabilidad de las partes. En relación a este tema la responsabilidad en este tipo de contratos puede presentarse de la siguiente forma: responsabilidad del concedente, y dentro de esta tenemos a la responsabilidad frente al concesionario y la responsabilidad frente a terceros consumidores; la responsabilidad del concesionario y en esta a su vez la responsabilidad frente al concedente y la responsabilidad frente a terceros.

- **Responsabilidad del concedente.** dentro de esta responsabilidad se debe tomar en cuenta la responsabilidad que nace de la relación entre concedente y concesionario, y la responsabilidad que tiene origen en la relación que media entre el concedente y los terceros consumidores del

producto. En el primer caso nos encontramos frente a una responsabilidad del tipo contractual, puesto que en la relación de las partes se encuentra de por medio un contrato y de este por ende surgen las obligaciones a las que se encuentran sometidas las partes y los derechos que estas pueden exigir. En el segundo caso estaríamos frente a una relación extracontractual.

1. Frente al concesionario: el principio de la autonomía de la voluntad es la norma rectora del derecho contractual, en base a este principio los contratantes establecen sus derechos y obligaciones, pero a si también las partes quedan obligados a cumplirlos, así, su incumplimiento trae como resultado la responsabilidad por daños y perjuicios. En la actualidad este tipo de contrato se celebra a través de un contrato de adhesión en donde no hay lugar a discusiones sobre sus cláusulas, en base a esto, solo existiría responsabilidad si en estas cláusulas o en su ejercicio existirían vicios del consentimiento.

Se debe considerar que los contratantes por lo general son empresas que tienen claro conocimiento sobre el mercado que contratan, por lo tanto resulta un tanto lógico que no celebrarían un contrato que perjudique sus intereses. De esta forma la jurisprudencia considera que nunca la persona que se desempeña en el entorno mercantil va a llevar a cabo un negocio en el cual se vean afectados sus intereses desde la celebración del contrato. El contrato de concesión debe ser interpretado teniendo en cuenta que se trata de una vinculación estable, en la que los intereses de las partes son afines e indiscutibles y además su objetivo es el beneficio de la concedente y el de la totalidad de los concesionarios. Durante el tiempo que dura el contrato es deber de las partes actuar con buena fe, por lo tanto, frente al incumplimiento las dos partes responderían.

En cuanto a la responsabilidad contractual, esta puede ser subjetiva u objetiva; es subjetiva cuando es evidente la causalidad entre el daño y el hecho humano y además se verifica la culpabilidad, antijuridicidad; es decir que se debe demostrar la acción del concedente, se debe tratar además de un daño reparable o resarcible, se debe verificar la relación de causalidad, debe tratarse de un acto ilícito, el hecho debió ejecutarse con discernimiento e intención y finalmente se debe acreditar la

culpabilidad, es decir se debe definir si se realizó con culpa o dolo; en cambio en la responsabilidad contractual objetiva basta que se demuestre una relación causal entre el daño y el hecho causado por el concedente.

2. Frente a terceros consumidores:

El concedente adquiere responsabilidad frente a los terceros consumidores en relación a la calidad de los productos que este elabora, en los vicios redhibitorios, puede ser demandado por cualquiera que sufra daños en virtud de la cosa nociva, ya sea el consumidor final o un intermediario en la cadena de comercialización, responde también cuando los daños se derivan de uno de los componentes de la cosa fabricada por el; por ejemplo: en los Estados Unidos al existir problemas de fábrica con las llantas de los automotores Dosh, la empresa concedente hizo uso de propagandas en las principales carreteras indicando a los usuarios o consumidores de los mismos que existían fallas con las llantas de estos vehículos y que los devolvieran; el caso de Toyota (empresa japonesa) que retiró del mercado 8 millones de automóviles en los EEUU y Europa, por un inconveniente en el conjunto del pedal del acelerador; en abril de 2009 en Ecuador existió escasez de repuestos de estos vehículos por causa del proveedor.

El concedente no responde por las obligaciones que asume el concesionario con los consumidores, ya que este actúa por cuenta y riesgo propios, la responsabilidad que el importa al concedente es frente a los daños de los productos que el concedente vende al concesionario, la mayoría de los doctrinarios consideran que se trata entonces de una responsabilidad extracontractual, a pesar de este criterio, considero que se debe tomar en cuenta la culpabilidad del fabricante en la existencia del vicio en el producto. Entonces tenemos que él concedente es el responsable del daño de un producto y podrá ser demandado por el consumidor, un intermediario o un tercero, además de responder por el daño en el producto elaborado por el, puede también responder por el daño en uno de los componentes del producto que afecte al resto del producto. Diríamos que el concedente responde directamente frente al consumidor por aquellos vicios o defectos de fábrica.

- **Responsabilidad del concesionario.** ya he venido mencionando a lo largo de este capítulo que el concesionario actúa por cuenta y riesgo propios, por lo tanto, este es completamente responsable por los contratos que celebra con terceros, la responsabilidad frente al concedente, del mismo modo, es de tipo contractual.
 1. Frente al concedente: responde por incumplimiento del contrato, es decir, responde por todas las obligaciones que adquirió desde el momento en el que celebró el contrato y expreso su consentimiento, como lo había expresado en líneas anteriores, en la actualidad la concesión se lleva a cabo a través de un contrato por adhesión, y si el concesionario acepto las condiciones establecidas por el concedente y no las cumple, como resultado debe responder.
 2. Frente a terceros: el concedente no interviene en la relación del concesionario con el tercero, ya que el concesionario es quien realiza el contrato de reventa de los productos del cual nacen derechos y obligaciones, este contrato celebrado con un tercero es un contrato de compraventa, por lo que el concesionario debe responder como vendedor y cumplir con las obligaciones que le quedan impuestas como: transferir el bien, cargar con los riesgos de la cosa, recibir el precio, etc. También responde por los vicios redhibitorios, por promocionar una cualidad que no posea el producto, si no informa acerca de las instrucciones para el correcto empleo del producto, es decir, respondería por una omisión.

Cuando se produce la rescisión del contrato de forma unilateral, o por cualquier causa de responsabilidad la parte deberá responder por el daño causado pagando una indemnización; se debe tomar en cuenta ciertas situaciones para establecer la indemnización de acuerdo al daño, por ejemplo, privación de las ganancias, gastos de inversiones hechas no amortizadas, gastos por el despido del personal, gastos de publicidad, entre otras.

2.5 Duración y extinción del contra

Debo comenzar señalando que al hablar de este contrato nos referimos a un contrato de tracto sucesivo, el aspecto de duración y extinción del mismo esta

relacionado con la inversión y la rentabilidad, sabemos que este contrato es un contrato de duración pero no de una duración indefinida

Este contrato puede ser pactado por tiempo indefinido, con cláusula de desahucio dada con cierta anticipación, por tiempo determinado, con cláusula de renovación automática, etc.

Constantemente se afirma que la inseguridad sobre la no renovación de la concesión traiciona de cierto modo a la igualdad de las partes y resiente la autonomía jurídica del concesionario, sin embargo, la jurisprudencia francesa ha sostenido que el derecho del concedente de no renovar el contrato constituye una facultad contractual.

El contrato de concesión con **plazo determinado** tiene una duración mínima con posibilidad de prórroga, genera incertidumbre para el concesionario porque no sabe si va recuperar su inversión. En un contrato a plazo fijo se debe tomar en cuenta importantes situaciones: duración breve y extremadamente larga. En la duración breve se debe tomar en cuenta la no renovación porque puede inferir en la consideración de perder clientela, el esfuerzo invertido en las instalaciones; en los de duración larga, se consigue que se recalque la subordinación del concesionario.

En estos contratos si uno de los dos (concedente-concesionario) rescinde el contrato por decisión unilateral, responderá y deberá atenerse a las consecuencias. En estos contratos por lo general existe dependencia económica y técnica por parte del concesionario, lo que denota que las condiciones las fija el concedente, a pesar, de que el concedente aparece como la parte fuerte de este contrato, si este por su voluntad decide terminar con la relación contractual debe responder por daños y perjuicios ocasionados al concesionario.

En el de **plazo indefinido**, ambas partes tienen derecho a rescindir el contrato en cualquier momento con preaviso o anticipación, esto con la finalidad de que la otra parte pueda adaptarse a la futura situación. En lo personal considero que al ser la concesión un contrato que tiene la peculiaridad de ser de colaboración, es necesario que dentro de las cláusulas del mismo cuando este va a ser celebrado por un tiempo indefinido se establezca un plazo de preaviso. En este contrato existe la posibilidad de denuncia de cualquiera de las partes, pero esta facultad debe ser ejercida de buena fe y no de una manera abusiva, es decir de una forma razonable.

Además, debemos tener muy presente que el ejercicio de la actividad del concesionario requiere de una inversión de capital determinado, la cual será estudiada, en tres aspectos: seguridad, liquidez y rentabilidad.

La seguridad, con respecto a que no se pierda la inversión realizada; por ejemplo al tratarse de un crédito, la seguridad está en que este no se vuelva incobrable; en el caso de un negocio, la seguridad está en que el mismo no quiebre.

La liquidez es la propiedad que tiene toda inversión, en mayor o menor medida, de ser transformada en un corto lapso de tiempo en dinero efectivo.

Y finalmente la rentabilidad gira en torno del concepto de ganancia.

Desde el punto de vista del concesionario, si se celebra un contrato de plazo fijo de duración del contrato, las posibilidades de hacer una evaluación aproximada del negocio con respecto a los tres parámetros mencionados, son mucho mayores. Por el contrario, cuando no hay un plazo determinado o éste se ha vencido y ha continuado el contrato, el concesionario podrá verse ante una incógnita en cuanto a la manera de evaluar el futuro del negocio. Sin embargo la economía no es estable y existen períodos económicos expansivos o recesivos, nadie puede aseverar con certeza cuestiones de este tipo, razón por la cual cuanto más prolongado sea el plazo del contrato, el concesionario tendrá más posibilidades para obtener el retorno de su inversión.

Por otra parte, en los contratos sin plazo de duración, o en los que el mismo estuviera vencido y se hubiera continuado tácita o expresamente con el contrato, la figura del preaviso o la anticipación pasará a ser de fundamental importancia.

Asimismo, es común encontrar contratos sin término de duración, en los que ambas partes o una de ellas se ha reservado el derecho de resolver el contrato, considero que en estos casos la buena fe debe primar sobre cualquier perspectiva de ganancia o beneficio de las partes.

Este contrato puede llegar a su fin por distintos motivos como:

- Revocación
- Rescisión y Resolución

- Anulación
- Cumplimiento del Término
- Quiebra del concedente o concesionario.

Revocación. Se extingue la relación jurídica por una declaración unilateral de voluntad, es decir, se deja sin efecto por la simple manifestación de la voluntad, esta situación puede convenirse dentro del contrato. Sin embargo esta sería inaplicable a la concesión, ya que se trata de un contrato que claramente aparece como bilateral.

Rescisión y Resolución. Se puede decir que la rescisión es la extinción del contrato por el mutuo acuerdo de las partes, por el contrario, con la resolución el convenio se extingue unilateralmente.

Anulación. Nace por un vicio de la voluntad o del acto jurídico, es decir, cuando carece de un elemento esencial para que cause efectos jurídicos.

Cumplimiento del término. Cuando las partes han pactado con un tiempo determinado de duración, es decir que el contrato o la relación jurídica terminará cuando llegue el vencimiento del término establecido o acordado por las partes, quedando del todo prohibido que las partes rescindan el contrato anticipadamente, salvo justa causa. Una vez que vence el término, las partes pueden continuar con su relación firmando un nuevo convenio.

Quiebra del concedente o concesionario. En el supuesto de quiebra del concedente o del concesionario, al ser el contrato de concesión, un contrato de ejecución continuada o de tracto sucesivo, quedará resuelto por la quiebra, antes de la declaración de quiebra tanto el concedente como el concesionario podrán hacer valer sus créditos por las prestaciones que han cumplido antes que se declare la quiebra, pero no tendrán derecho a reclamar daños y perjuicios.

2.6 Diferencias de la concesión comercial con otras figuras jurídicas

No se debe confundir a este contrato con otras figuras jurídicas, con las que si bien tiene semejanzas, sus diferencias son notables. En la práctica se lo suele confundir con: compraventa, franquicia, distribución, mandato, arrendamiento, etc.

Concesión y Franquicia

Se asemejan mucho estas dos figuras jurídicas, pero muestran las siguientes diferencias: la concesión muchas de las veces proviene del Estado, la franquicia tiene que ver con la autorización que hace el franquiciante al franquiciado para que utilice un *know how*, el uso de la marca o el signo distintivo; además en la concesión no se transmite ningún conocimiento técnico, lo que si ocurre en la franquicia; el concesionario no está obligado a exhibir al consumidor la marca del concedente, mientras que el franquiciado si adquiere ese deber. Como semejanzas puedo mencionar que el franquiciante al igual que el concedente deben suministrar los medios para comercializar los productos o servicios que se han pactado, por lo tanto otra similitud radica en que ambos contratos se dedican a la comercialización de productos y servicios.

Concesión y Compraventa

Tanto en la compraventa como en el contrato de concesión se transfiere el dominio de las cosas (compraventa de muebles), pero en el contrato de concesión, como se trata de un contrato de tracto sucesivo las prestaciones son continuas no aisladas como en la compraventa. En ambos contratos los contratantes actúan con autonomía e independencia. En la compraventa una de las partes contrata con el fin de lucro, en el contrato de concesión al tratarse de un contrato de colaboración las partes buscan un beneficio para ambas, tanto es así que el concedente posterior a la venta de sus productos al concesionario sigue participando en la planificación comercial, contrario al vendedor, que, una vez realizada la venta no interviene en lo posterior. Otra de las grandes diferencias está en que el contrato de compraventa es un contrato que se encuentra regulado en la legislación, mientras que la concesión no.

Concesión y Suministro

La diferencia principal tenemos en que en el contrato de suministro el obligado principal es el suministrante, ya que tiene que proveer de un número de producción al suministrado mensualmente; en la concesión el obligado principal es el concesionario que, debe adquirir del concedente los productos en un cupo mínimo establecido por este, el concedente no se compromete a la entrega. La exclusividad puede ser pactada en ambos contratos.

Concesión y Mandato

La concesión es vista como un contrato normativo de la especie de contrato de coordinación, o bien como contrato con cláusulas normativas, porque no se limita a establecer normas para eventuales y futuras operaciones, sino que también crea relaciones jurídicas entre las partes, estableciendo derechos y obligaciones recíprocas desde su nacimiento.¹⁵

En el mandato no se presenta una declaración de voluntad común, sino dos actos unilaterales, en el mandato hay representación de quien otorga el poder, en la concesión al existir esa autonomía no hay representación. Otra diferencia la tenemos en el hecho de que en el mandato, el mandatario actúa en nombre y por cuenta del mandante o también a nombre propio, mientras que en la concesión el concesionario siempre actúa a su nombre y riesgo propio. Una semejanza que presentan estas dos figuras jurídicas es que ambos suponen un acto de confianza.

Concesión y Leasing

En el contrato de concesión no se pueden ser los derechos, mientras que en el leasing los derechos pueden ser cedidos por la entidad financiera. En el leasing se concede el uso de un bien, mientras que en la concesión el concesionario adquiere la propiedad de los productos.

Su similitud se encuentra en el hecho de que se trata de dos contratos atípicos que pueden formalizarse haciendo uso de los contratos de adhesión o con cláusulas predispuestas.

Concesión y Distribución

En el contrato de concesión existe una subordinación técnica y económica del concesionario al concedente, en el de distribución los contratantes mantienen la cooperación.

En la concesión las partes son concedente y concesionario; el primero igual que el distribuidor, se obliga a proveer los productos al concesionario, quien los adquiere para revenderlos (igual que el distribuidor). Pero en la concesión se busca imponer una unidad de decisión en cabeza del principal o concedente quién a través de cláusulas detalladas en el contrato ejerce un fuerte control sobre la forma de

¹⁵ Farina, Juan, Contratos Comerciales Modernos, cit., JA, 1971-1975.

comercialización de sus productos; en la distribución se prevé el cumplimiento de ciertas directivas impartidas por el fabricante; estas no implican enajenación de la independencia económica y técnica por parte del distribuidor.¹⁶

El distribuidor no asume las obligaciones de garantía y servicio posteriores a la venta, como si lo hace el concesionario. Otra diferencia que resalta el doctor Ricardo Merlinski es la siguiente "... mientras que en la distribución se trata de mercaderías de consumo masivo, no involucradas en la alta tecnología, por el contrario, la concesión se refiere a objetos de más alta sofisticación y de consumo más exclusivo, los llamados "bienes técnicos".¹⁷

Al finalizar el presente capítulo, podemos darnos cuenta de la gran importancia que tiene hoy en día el contrato de concesión comercial ya que los bienes que constituyen el objeto del contrato son de la más alta tecnología en su mayoría, además, a pesar de no ser un contrato normado por nuestra legislación, este puede formalizarse haciendo uso del contrato por adhesión, en donde la parte débil de este contrato, por llamar así al concesionario, se somete o solo tiene la opción de aceptar o no el contrato con las condiciones establecidas por el concedente, es decir se adhiere al contrato.

¹⁶ Conf. Molas, Ana M., Contratos..., cit., p. 116

¹⁷ Merlinski, Ricardo, El Contrato de Distribución Comercial.

CAPÍTULO III. ASPECTOS JURÍDICOS Y PRÁCTICOS DEL CONTRATO DE CONCESIÓN COMERCIAL

3.1. Los canales de comercialización

La comercialización de mercancías ha alcanzado mucha importancia en la actualidad ya que vivimos una época caracterizada por una mayor intensificación del comercio internacional entre los países, el control de los canales de comercialización, al construir el medio por el cual los fabricantes o productores comercializan sus productos en los distintos mercados, dirigidos a un gran número de consumidores,¹⁸ resulta indispensable para los empresarios, fabricantes, contar con estos canales de comercialización apropiados para aprovecharse de las ganancias derivadas de la economía, por lo que la comercialización es de gran trascendencia, no solo para el actual derecho mercantil, sino también para la economía contemporánea.

Los canales de comercialización como actividad económica pueden formalizarse a través del contrato de concesión comercial, que como se conoce, se trata de un canal de comercialización indirecto; por esta razón reviste de importancia el estudio de los canales de comercialización en el desarrollo de mi trabajo monográfico.

Dentro de los principales problemas que se presenta en una empresa productora es el lograr que sus productos o servicios lleguen al público consumidor de forma ágil y eficiente y a un menor costo, por razón de la venta en masa, la empresa productora debe competir con centros comerciales y otros medios de venta directos.

Al estar la clientela dispersa es necesario que la empresa tome en cuenta dentro de sus políticas la elección de los canales de comercialización adecuados que permitan combatir estos problemas que se le presentan.

Los canales de comercialización cumplen con la función de facilitar la distribución y entrega de los productos al consumidor final, se los puede definir como el conjunto de empresas o individuos que participan en la distribución de los productos para desplazarlos al consumidor final.

¹⁸ Arce Gargollo, Javier, Contratos mercantiles atípicos, p. 265

La decisión de acceder a los canales de comercialización, constituye una de las decisiones más importantes que debe tomar la administración de una empresa, ya que a la larga podría afectar en las demás decisiones de mercadotecnia que tome la misma, esta decisión se toma con la finalidad de que la empresa ofrezca sus bienes y servicios con mayor eficiencia de lo que ella por si sola podría lograr.

En los canales de comercialización, los intermediarios compran grandes cantidades de productos de los fabricantes para dividirlos en cantidades pequeñas y hacer que los surtidos sean más amplios como lo desean los consumidores, con ello, desempeñan un papel importante, pues hacen que se relacionen la oferta y la demanda.

Los canales de comercialización serían entonces, los medios por los cuales se vale la empresa, para hacer llegar los productos hasta el consumidor, en las cantidades apropiadas, en el momento oportuno y a los precios más convenientes para ambos; resultan de gran importancia ya que la gran parte de las satisfacciones, que los productos proporcionan a la clientela, se deben a los canales de comercialización correctamente escogidos.

En síntesis podría mencionar, que los canales de comercialización son las distintas rutas o vías, que la empresa productora toma; para acercarse cada vez más hacia el consumidor o usuario final de los productos y servicios.

Consideraciones para escoger los canales de comercialización. La selección de los canales de comercialización de los productos, es uno de los retos de mayor trascendencia que ha de afrontar la empresa, de entre todas las decisiones que debe tomar con respecto a sus productos y servicios.

Los canales de comercialización deben facilitar el cumplimiento de los objetivos fundamentales de la empresa, prestar un buen servicio al público a cambio de sus ganancias.

A la hora de escoger correctamente los canales de comercialización en una empresa, prima el criterio de lo que se ha hecho conocer con el nombre de **"Grado de Exposición del Mercado"** de los productos; en este caso existen tres Grados de Exposición que son los siguientes:

- a) **Distribución Intensiva:** Por medio de la cual se exponen los productos en todos los lugares posibles de comercialización, es decir que se los puede encontrar en cualquier lugar, por ejemplo: los cigarrillos. La característica principal de este grado de exposición es la omnipresencia de los productos que se comercializan.

- b) **Distribución Exclusiva:** Se caracteriza por la concesión de exclusividad de comercialización del producto a unos pocos concesionarios, con delimitaciones geográficas; pero con la condición expresa de que tales concesionarios se abstengan de vender productos de la competencia, de esta forma se presenta la ventaja de un control más riguroso en la comercialización de los productos, ya que suele regirse por un contrato firmado, mediante el cual quedan establecidas las condiciones generales de los precios, promoción y demás condiciones de ventas.

- c) **Distribución Selectiva:** Es una modalidad mixta ya que brinda las ventajas de las dos anteriores, reduce los costos de Mercadotecnia de los productos y además permite un ingreso más controlado a los mercados o segmentos de mercado, que interesen a los productores.

Por lo tanto, el grado de exposición del mercado debe facilitar al máximo la introducción al mercado, con la amplitud debida, la máxima satisfacción de las necesidades de los consumidores, a los más bajos precios y con suficiente rentabilidad.

Debemos saber, que la empresa productora puede acceder al público consumidor por medio de canales propios de comercialización o por aquellos que son integrados por terceros.

En el caso de los canales propios de comercialización, el productor asume el riesgo de la venta que realiza directamente, y en el caso de la comercialización integrada por terceros, se trata de una canal de comercialización que se encuentra conformado por comerciantes que actúan a nombre propio, que se encuentran vinculados a la empresa productora por medio de contratos uniformes.

Se puede presentar además un sistema intermedio, dentro del cual se contaría con la presencia del *agente de comercio*, que es un comerciante autónomo, y que actúa

como intermediario entre el productor y el consumidor final, pero el riesgo lo asume el productor.

3.2. Comercialización directa e indirecta o por terceros

Existen varios tipos de comercialización, entre estos tenemos a la comercialización directa e indirecta, y la que es realizada por terceros; estas clases de comercialización se desarrollan a través de lo que conocemos como canales de comercialización. A continuación desarrollaré brevemente cada una de estas clases de comercialización.

Canales directos o comercialización directa: Se presenta cuando la empresa por sí misma es la encargada de realizar la comercialización y entrega de sus productos y servicios al cliente o consumidor. Este tipo de comercialización es adecuado para pequeñas y medianas empresas que se encuentran ubicadas y trabajan dentro de una ciudad que se puede abarcar con medios propios.

Para alcanzar y desarrollar sus objetivos y fines, la propia empresa crea una estructura de reparto de pedidos con días u horarios establecidos por áreas geográficas preestablecidas.

Es decir que la empresa productora puede llegar al público consumidor sin tener que contar con la ayuda de una red integrada por terceros, utilizando formas de introducir sus productos al mercado de forma directa, esto a través de bocas de expendio directo como sucursales, centros comerciales, o haciendo uso incluso del llamado *factory*. En el caso de las sucursales, estas son organizaciones distributivas que corresponden directamente a la empresa productora, de esta forma el productor desarrolla una actividad que puede impulsar directamente atrayendo al consumidor y cumpliendo las funciones de mayorista y minorista.

Canales indirectos o comercialización indirecta: Son apropiados para medianas y grandes empresas, que están en condiciones de producir bienes o servicios para un número grande de consumidores, distribuidos por más de una ciudad o país, a los cuales la empresa esta imposibilitada de llegar en forma directa con su propio personal.

Para cumplir con estos fines, las empresas se valen de una serie de recursos comerciales, entre estos tenemos los siguientes:

- **Representantes autorizados:** son empresas que se dedican a comercializar en forma exclusiva, los productos, en áreas o ciudades que no son las de la empresa.
- **Distribuidores autorizados:** son empresas mayoristas que junto a los productos de otras empresas, trabajan la línea de productos o servicios, en áreas, ciudades o países que no son los de la propia empresa.
- **Comerciantes mayoristas:** se refiere a supermercados, hoteles, mall, zonas francas o de libre comercio, cadenas de tiendas, etc. Los cuales comercializan en forma directa con el consumidor final de otras áreas, ciudades o países que no son los de la empresa.

Comercialización realizada por terceros: Cuando nos referimos a la comercialización realizada por terceros, debemos tener presente que nos referimos a un contrato o una relación jurídica bilateral, en la que participan dos partes naturalmente, en este caso, sería la empresa productora de bienes y servicios que recurre a una persona física o a otra empresa y le encomienda la tarea de colocar sus productos en el mercado.

La comercialización realizada por terceros, no es reciente, ya que las relaciones entre los productores y distribuidores se basan en regímenes jurídicos tradicionales. Actualmente la comercialización realizada por terceros se basa en una relación estable en la que se puede realizar un número indeterminado de negocios.

La comercialización realizada por terceros, es todo contrato que se celebra entre una empresa productora de bienes y servicios y otra empresa o persona, en la que se establece una relación estable, exclusiva, que lleva el compromiso de colaborar para que los bienes y servicios se vendan tanto en el mercado nacional como en el internacional.

Dentro de las principales formas de comercialización por terceros tenemos: la concesión, la agencia, la distribución, franchising; todos estos contratos cumplen con la función de colocar en el mercado los bienes y servicios de la empresa productora cuando esta no lo hace por sí mismo. Las características que se presentan en estos contratos son las siguientes: (análisis breve de cada una)

1. **Presencia de dos empresas o instituciones independientes (relación bilateral).** la empresa productora inicia relaciones con otra empresa o comerciantes para distribuir sus productos sin el uso de ventas directas, garantizando una salida fija de su producción; se trata de acuerdos personalizados, ya que ambas partes consideran el aspecto económico, la seriedad, el prestigio.
2. **Colaboración (cooperación).** se trata de la función que asume la empresa que colabora con la empresa productora para colocar sus bienes y servicios dentro del mercado, es decir una colaboración para alcanzar el fin que se persigue (colocación en el mercado de los bienes y servicios).
3. **Estabilidad.** dentro del contrato se establece una duración que puede ser determinada o indeterminada, de esta forma se garantizan las ventajas para ambas partes.
4. **Sometimiento a las directivas de la empresa productora.** ya que el distribuidor no posee la libertad para pactar los precios o las cantidades, no puede fijar una política propia, tiene limitación de actuar con signos distintivos propios.

La comercialización realizada por terceros ha evolucionado por varios factores como: el adelanto de los medios de comunicación, el comercio moderno, etc., anteriormente en el siglo XX los productores realizaban la venta de sus productos a través de agentes o representantes, si bien le favorecía este sistema de comercialización a la empresa productora en cuanto al ahorro en costo, la perjudicaba puesto que el riesgo del negocio recaía sobre la misma. Por esta razón nacen los sistemas de integración en los canales de distribución, en este sistema el productor no asume el riesgo si no que lo hace la otra parte.

3.3. La concesión en el comercio actual

El contrato de concesión dentro del comercio actual cumple con una función económica de mucha importancia, además se considera como un contrato con características jurídicas propias, por lo que resulta necesaria su celebración y regulación.

Desde el ámbito del concedente le permitirá la prestación de servicios o la colocación de productos en el mercado, trasladando el riesgo de los mismos a

terceros, que además toman sobre sí la organización de la prestación y su funcionamiento, por otro lado el concedente generalmente sin mayor necesidad de inversión de capital, obtendrá beneficios de escala al vender en forma periódica su producción.

A la concesión comercial se la puede señalar como gratuita por el hecho que el concesionario no debe pagar una cantidad de dinero por el hecho de ser designado concesionario, aunque se obliga a otras prestaciones, pero dichas prestaciones son posteriores a su designación.

Ahora, si bien el concedente no recibe un pago por designar a un concesionario, el servicio bien prestado de este constituye una razón para elevar el prestigio que posee la concedente y de esta manera reportaría utilidad en otros aspectos.

En cuanto al concesionario, la concesión le permite el desarrollo de una actividad de su especialidad garantizándole un mínimo de clientela por el hecho que el concedente ha autorizado el servicio e indica que el mismo será utilizado por terceros, es decir, que tiene posibles destinatarios o consumidores finales que seguramente harán uso de él; por lo tanto pagarán por el servicio y así el concesionario obtiene un beneficio económico y será un beneficio mayor aun cuando el concedente le suministre bienes para la realización de su actividad, ya que de esta forma no hará una gran inversión en capital.

A diferencia de la concesión en el derecho público, la concesión comercial dentro de nuestra legislación no se encuentra regulada, se basa en esa tipicidad consuetudinaria que determina la doctrina; en cambio la concesión de derecho público se encuentra regulada en la Ley de Contratación Pública.

3.4. Algunas concesiones en particular

Dentro del comercio actual, se han desarrollado una serie de concesiones debido a la actual fabricación de productos y al desarrollo de la tecnología, entre las más comunes citare las siguientes: concesión para la venta de automotores, concesión para la comercialización de gases industriales y medicinales, concesión de comercialización de software y de hardware, concesión para la comercialización de bebidas gaseosas, entre otras.

A continuación desarrollaré el estudio de las concesiones que a mi criterio las considero relevantes.

3.4.1. Concesión para la venta y prestación de servicios

El contrato de concesión dentro del comercio actual, es utilizado para poder realizar la venta de los productos del concedente, así como también para prestar servicios complementarios básicos y necesarios, es decir que la concesión podría presentar estas dos modalidades: la concesión para la venta de bienes y la concesión para la prestación de servicios.

Dentro del derecho privado, el término concesión hace referencia a las modalidades anteriormente mencionadas, ambas modalidades de concesión tienen en común el hecho que el concesionario pone a disposición del concedente su organización comercial actuando a nombre y por riesgo propio, para que el concedente coloque sus bienes y servicios dentro del mercado; ahora bien, además de tener este aspecto en común, estas modalidades de concesión difieren respecto de la finalidad que persiguen sus partes, su funcionamiento y los efectos que se presentan frente a terceros.

3.4.2. Concesión para la venta de bienes

La concesión para la venta de bienes, es el contrato por medio del cual un fabricante (concedente) delega en una persona o empresa (concesionario) la facultad de vender sus productos con exclusividad en una zona determinada.

Este contrato presenta ciertas ventajas, tales como:

- En el caso del concedente, este puede lograr que se coloquen sus productos en el mercado.
- En el caso del concesionario: obtiene la diferencia entre lo que el pago por el producto y el precio al que el vende el producto en el mercado, además que comercializa un producto ya conocido en el mercado lo cual hace que la venta sea más fácil de realizar.

La concesión para la venta de bienes presenta ciertas modalidades que logran crear una confusión con el *franchising*.

La concesión se presenta en la actualidad como un fenómeno propio de una sociedad capitalista, en donde las grandes empresas encargan la comercialización de sus productos a empresas menores, prima la característica en esta concesión, que el concedente ejerce un dominio económico frente al concesionario y de esta forma se produce la integración vertical de empresas.

La concesión de automotores es la concesión que se aplica generalmente, pero se puede presentar la concesión de otros productos.

3.4.3. Concesión para la prestación de servicios

La concesión para la prestación de servicios es el contrato por medio del cual una institución (concedente) delega a una persona o empresa (concesionario) la facultad de explotar un servicio determinado dentro del establecimiento.

En este tipo de contrato, el concesionario está obligado a ciertas situaciones, como por ejemplo las siguientes:

- Actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros.
- Se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente y prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido.

Una concesión para la prestación de servicios puede ser la concesión para explotar un bar o un comedor, es el encargo que hace el concedente al concesionario para que explote en su nombre y por su cuenta un servicio que este debe prestar a terceros; el concesionario se somete a las modalidades de prestación del servicio que determina el concedente, y como sabemos el concedente se reserva para sí ciertas facultades como la de supervisar o inspeccionar el desempeño del concesionario, poner los precios al público e incluso puede realizar una inspección a la contabilidad.

Este tipo de concesión para atender un bar o comedor debe ser diferenciado de un contrato de locación, ya que la finalidad que persiguen las partes es la de prestar un servicio, no la de la entrega de un bien para su uso y goce.

3.4.4. Concesión para la venta de automotores

Este contrato de concesión otorga una gran potestad a los concesionarios en las decisiones relacionadas con las ventas y los clientes, pero el concedente no pierde sus facultades.

Esta forma de concesión es definida por Juan Ernesto Cambiaso como aquella: “por la cual un productor o fabricante otorga a un comerciante el compartido derecho a la compra de sus vehículos para su posterior reventa, o bien el derecho a la venta de los vehículos de su marca, con pacto de exclusividad para el concesionario en ambos casos y de acuerdo con las normas impuestas por el fabricante”.¹⁹

Como podemos darnos cuenta nos encontramos frente a un contrato atípico, es decir que no se encuentra regulado por nuestra legislación.

Según la jurisprudencia, se considera que esta modalidad de concesión podría ser un contrato por adhesión, además se lo colocaría dentro de los negocios jurídicos de concentración vertical de empresa, ya que la empresa fabricante o concedente incorpora a su organización de funcionamiento al concesionario que por lo general mantiene su independencia jurídica y económica, pero que se adhiere a las reglas impuestas por el concedente, reglas tales como: publicidad, instalaciones adecuadas, contabilidad, etc. Se establece en este contrato el cumplimiento de un reglamento de concesionarios, que lo impone la empresa fabricante que además posee la facultad para modificarlo e incorporar ciertas condiciones especiales a las cuales como lo mencione en líneas anteriores, el concesionario de adhiere.

Dentro de este reglamento se establecen por ejemplo las condiciones en las que el concedente vende al concesionario los automóviles, camiones, repuestos, etc., y en las que el concesionario las compra; lo relacionado con el servicio que el concesionario debe prestar a los automotores con rapidez y eficacia de acuerdo a lo establecido por el concedente.

¹⁹ Cambiaso, Juan Ernesto, *El Contrato...*, cit., LL, 138-834

Se suele estipular que el concesionario no venderá ningún vehículo automotor nuevo a ningún redistribuidor y/o revendedor de vehículos automotores que no esté autorizado por la compañía para la venta de vehículos automotores.²⁰

Así también se prohíbe en algunos casos que el concesionario venda productos nuevos de marcas que no son las del concedente, es esta entonces una expresión de exclusividad pacata por las partes.

Un aspecto de gran importancia en este contrato es la confianza y la calidad que el producto debe mantener después de su venta, de este aspecto se encarga la red de concesionarios, del mismo modo, de prestar un servicio de atención mecánica y de garantía de los productos, esto posterior a la venta de los mismos. Otra obligación del concesionario es la de promover la venta en su zona para cumplir con los objetivos mínimos acordados con el concedente.

Considero que esta concesión tiene ciertos puntos favorables, como el hecho de que el concedente se obliga para con el concesionario a colaborar de tal forma que se logre el éxito comercial de este. Su colaboración se basa en brindar asesoramiento comercial y administrativo, capacitación para su personal, etc.

Si bien la empresa concedente tiene la posibilidad de nombrar varios concesionarios en una misma zona, el concedente debe tener en cuenta una estrategia de comercialización, ya que si coloca varios concesionarios en un mismo sector geográfico no da como resultado un aumento en las ventas, puesto que se pueden estorbar, no habría competencia y se descuidaría la atención al cliente, es por esto que la red de concesionarios solo debe tener la cantidad de concesionarios que la demanda del producto exige.

3.4.5. Concesión para la comercialización de Software y Hardware

Como tenemos conocimiento, el avance de la tecnología y la ciencia, así como la informática han causado grandes impactos en nuestra sociedad y en el campo del derecho, por ejemplo en lo relativo a los delitos informáticos, a la transferencia electrónica de fondos, a los contratos informáticos, etc.

²⁰ Hocsman, Heriberto, Contrato de Concesión Comercial, p. 256

Para poder comprender sobre la concesión para la comercialización de software y de hardware, es necesario conocer acerca de los contratos informáticos, que Hocsman en su obra el contrato de concesión comercial los define como “aquellos que tienen por objeto la prestación de bienes y servicios vinculados a la información automatizada”.²¹

Resulta además necesario saber que es aquello que se lo conoce como un banco de datos, que de acuerdo a lo dicho por Altmark, “constituye un fichero documental capaz de concentrar gran volumen de información con referencia a una o varias disciplinas, consultables en tiempo real y en forma coloquial; también mediante la utilización de terminales remotas”.²²

Es de importante atención, los contratos en los que el productor contrata con una red de concesionarios la distribución de su base de datos o programa, y la concesión de las unidades reproductoras y procesadoras de la información. Desarrollaré entonces en primer lugar la concesión de comercialización de software y a continuación la concesión de comercialización de hardware.

Concesión de comercialización de software. el software, es lo que conocemos como la parte o el complemento suave de los equipos informáticos, se presenta a través de un programa que a su vez se organiza como un sistema mediante un soporte físico; sobre este se pueden ejercer derechos intelectuales.

El concedente como productor del software ejerce los derechos de explotación y comercialización de su obra; dentro de este tema, se presenta entonces problemas acerca de la protección de los derechos de autor en las relaciones del concedente y el concesionario y del concedente con el consumidor o usuario.

En relación con el concesionario y la protección de los derechos de propiedad intelectual y en la *common law* en lo que respecta al copyright, se pacta generalmente una cláusula en la que el concesionario se compromete a no afectar el ejercicio de los derechos de autor de los cuales es titular el concedente, sobre todo en lo que respecta a la reproducción de copias del software de las cuales obtendría un beneficio económico, ya que existe facilidad en la reproducción de

²¹ Hocsman, Heriberto., Contrato de Concesión Comercial, pag. 292

²² Altmark, Daniel R., Contratos informáticos, LL, 1991-A-836

copias de un software no protegido, y se fomenta de esta manera la piratería. Frente a este problema, el concedente podría aplicar alguna de las siguientes soluciones para evitar la reproducción y la distribución no autorizada del software:

- a) uso de soportes físicos que no permiten la reproducción, o claves de protección, software de bloqueo.
- b) la implementación de un contrato de licencia al cual se adhiere el consumidor o usuario final, de esta forma no se adquiere el software en sí, si no el original del producto.

Dentro de este tema, es importante mencionar la cláusula de otorgamiento de licencia, con la cual mediante la firma, se concede el uso de una copia del software en una terminal individual, entonces el usuario no puede utilizar el software en una red y en una terminal al mismo tiempo.

La cláusula de mantenimiento de seguridad del copy right, el software es de propiedad del concedente y regulado y protegido por la leyes de Propiedad Intelectual, en el caso de nuestro país, se regula mediante la Ley de Propiedad Intelectual en el Capítulo Primero sobre los Derechos de Autor en lo que respecta a los programas de ordenador.

Se encuentra también la cláusula de cesión o transferencia de los derechos de la licencia, el usuario del software no tiene la libertad para alquilarlo, pero se admite la transferencia de los derechos que adquiere por la celebración del contrato de licencia, siempre que el usuario se comprometa a transferir todas las copias del software y los documentos escritos sobre este.

En este tipo de contrato como en todos los demás, los contratantes adquieren derechos y obligaciones. En el caso del concedente este tiene la facultad para ejercer la supervisión y dar las instrucciones a los concesionarios para la instalación del software y el mantenimiento posterior a la instalación, dicta cursos de capacitación; este último punto sobre la capacitación constituye además un derecho para el concesionario. Además el concedente puede realizar la fiscalización al concesionario y al consumidor final acerca de las duplicaciones del software, por esta razón el concesionario debe mantener un registro de software instalado que facilite la fiscalización.

Una de las grandes obligaciones del concedente es la de proveer al concesionario el software con determinadas características, entre las cuales tenemos las siguientes: debe entregar los soportes físicos tomando en cuenta las variaciones del hardware y el avance de la tecnología, entregar el software de acuerdo a las necesidades y requerimientos del usuario.

Para el concesionario sus derechos y obligaciones dependen de dos situaciones en especial:

- comercialización del software

En cuanto a esta situación se cumplen todos los derechos y obligaciones que tiene por lo general en todos los contratos de concesión comercial el concesionario.

- servicio de instalación y capacitación al usuario (postventa)

En cuanto a este punto, se necesita un análisis más profundo.

El concesionario debe conocer sobre estrategias de venta, captación de clientela y conocer sobre el software sobre todo en cuanto a su instalación y la capacitación al usuario; por este motivo es derecho del concesionario el recibir capacitación permanente por parte del concedente. Está en la obligación además de resolver las inquietudes del usuario durante el tiempo de garantía, realizar el mantenimiento del software durante el período de garantía, después de la garantía se puede presentar lo siguiente: que el concedente cuente con un *service* de asistencia técnica propio, o que el concesionario sea el *service* autorizado por el concedente.

Concesión de comercialización de hardware. el hardware es la parte dura se podría decir del computador, o en términos más adecuados es el soporte físico del software, sirve para el procesamiento y almacenamiento de datos. El hardware más importante es la Unidad Central de Procesamiento o mejor conocido como CPU, además tenemos a la memoria RAM, el monitor, el teclado y las unidades de disco; todos estos dispositivos forman el objeto del contrato de concesión de comercialización de software.

El concedente provee al concesionario el producto (hardware) para que este lo comercialice y asesore en su utilización, además para que realice el mantenimiento postventa por el tiempo de garantía.

En este tipo de contrato, todo lo que respecta a reparaciones de los equipos se realizan sin recargo durante el tiempo de garantía, posterior a este, todos los deterioros de los equipos que no se deban a falla de fabrica o transporte del concesionario, no son asumidos por el concesionario.

En lo referente a los derechos y obligaciones, ambos contratantes tienen las mismas obligaciones y los mismos derechos que ya analice en el capitulo anterior, pero además puedo mencionar que el concesionario esta en el deber de prestar asistencia técnica y mantenimiento postventa a los equipos de hardware.

En este contrato se presenta la siguiente problemática: *la obligación del concesionario de actualización y renovación del hardware del usuario. Obligación del concedente de proveer al concesionario la tecnología renovada.*

En materia de hardware es de relevante importancia el avance tecnológico, que como sabemos se produce en períodos cortos de tiempo, es entonces que se presenta la obsolescencia de los equipos, y si este equipo de hardware resulta obsoleto no podrá hacer uso de las últimas versiones de software, respecto a este acontecimiento las empresas han ideado un sistema en el cual el concesionario sustituye el equipo viejo por uno nuevo recibiendo a cambio el equipo obsoleto más una retribución del usuario.

3.5. Concesión como un modo de intermediación comercial

Los intermediarios son todos aquellos enlaces entre los productores y los usuarios o consumidores finales de los productos, que colocan a los mismos los precios o valores y las utilidades de tiempo, lugar y propiedad. En el comercio actual, la intermediación tiene gran relevancia, el intermediario como sabemos actúa a nombre propio pero por cuenta de terceros, y dentro de sus actividades está la de acercar a las partes para que se realice el negocio.

Dentro del mercado, la cantidad y clase de intermediarios depende de la clase y el tipo del producto, así también como de la clase y tipo de consumidores, mercado al cual va dirigido el producto o servicio.

Para su estudio, los intermediarios se clasifican de la siguiente forma:

- Mayoristas
- Minoristas o Detallistas
- Mercantiles
- Agentes y Corredores

Los intermediarios mercantiles (mayoristas y minoristas), adquieren los productos y después los venden a otros intermediarios o a los consumidores, se los conoce también con el nombre de “intermediarios comerciales”, ya que revenden los productos de los que adquieren propiedad.

Los Agentes o Corredores se diferencian de los intermediarios mercantiles ya que jamás tienen la calidad de dueños de los productos que venden, porque actúan en representación de los productores o fabricantes de tales productos.

Dentro de las funciones que desempeñan los intermediarios, puedo citar las siguientes:

1. buscan proveedores
2. buscan compradores
3. buscan la unión de los proveedores y consumidores
4. reajustan los productos y sus requerimientos de acuerdo al mercado, conservan su surtido para satisfacer las necesidades de los consumidores
5. transporte de los productos al mercado
6. conservación de los productos
7. buscan el equilibrio de los precios
8. publicidad de los productos
9. asumen los riesgos por deterioro de los productos
10. financiamiento de la compra de los productos a través de créditos

Desde mi punto de vista, considero que la concesión comercial desempeña de un modo o de otro el papel de un intermediario comercial, puesto que, generalmente los productores o fabricantes de productos no siempre realizan la venta de los mismos directamente, sino que lo hacen a través de intermediarios, que a mi parecer es lo que ocurre en el caso del concedente y el concesionario. La misión o el papel que desempeñan los intermediarios, es el de llevar el producto a los consumidores y facilitar su adquisición, es decir que colaboran con las actividades

de mercadotecnia; debo mencionar que los intermediarios en general aumentan un porcentaje a los productos para el pago de sus servicios.

Al finalizar el desarrollo de este capítulo, he querido destacar lo trascendente que resulta los canales de comercialización dentro del comercio actual ya que facilitan el ingreso de los bienes y servicios al mercado y además permiten el contacto con el público consumidor; por otro lado está el hecho que la concesión puede ser sin duda un modo de intermediación comercial por ser aquel enlace entre la empresa fabricante (concedente) y los consumidores.

Pude darme cuenta que la concesión es un contrato importante en el comercio actual, que a mas de servir para la venta de los bienes y productos del concedente, sirve para poder realizar la prestación de servicios.

CAPÍTULO IV. LA CONCESIÓN COMERCIAL EN EL DERECHO PRIVADO

4.1 Significado de concesión en el derecho privado

Considero propicio dar inicio a este capítulo intentando dar un concepto de concesión privada como: “el contrato por el cual una persona de derecho privado le otorga a otra de iguales características la autorización para la explotación de un servicio que le compete prestar a terceros, obligándose el concesionario, a realizar tal explotación en su propio nombre, por su cuenta y riesgo, bajo el control del concedente, por tiempo limitado y con derecho a cobrar por sus servicios”.

La concesión del derecho privado o concesión comercial son aquellas en las que, se concede la explotación de un servicio o la comercialización de los productos de la empresa concedente.

En este tipo de concesión, el control es manifestado en el dominio que ejerce el concedente sobre la prestación del servicio y la comercialización de sus productos, además puede ejercer la reglamentación y vigilancia.

Generalmente se paga un precio al momento de formalizar el contrato o se pacta el pago mensual o anual de regalías.

Como se desprende de la practica que se ha dado de este contrato en los diferentes países, considero que la concesión comercial se puede desarrollar tanto en la comercialización de bienes como de servicios; además que el concesionario realiza ciertos pagos como garantía por los productos y de la explotación del servicio que adquiere del concedente para poder realizar la concesión.

Resulta evidente que el hecho de utilizar la expresión “la concesión en el derecho privado”, se da con el fin de diferenciarla de la concesión que se desarrolla dentro del campo público, como lo es, la concesión para la prestación de servicios públicos o la concesión de obras públicas. Sin embargo, el autor Juan Farina en su obra “Contratos comerciales modernos Tomo II” se formula la pregunta ¿si el uso de la palabra “concesión” es correcto referida en una relación de derecho privado?²³

²³ Farina, Juan M., Contratos Comerciales Modernos Tomo II, pag. 537

Pero debemos saber que el uso de los términos concedente, concesionario y concesión son utilizados con total naturaleza en el derecho privado, a pesar que hayan sido tomados del derecho público en el mismo sentido.

La concesión privada es un contrato y un concepto nuevo que proviene del derecho administrativo.

Para entender el significado del término concesión en el derecho privado, el autor Juan Farina en su obra anteriormente señalada, cita al autor Guyénot quien sostiene: “el hecho que una terminología usada en el derecho administrativo sea también utilizada para calificar al contrato de exclusividad de venta, indica, al menos, una concordancia de objetivos entre la concesión privada y la concesión de derecho público”.

Es por esto, que tanto en el derecho privado como público, el termino concesión significa un privilegio, ya que por esta una parte le otorga a una empresa la actividad de venta o de prestación de servicios por medio de su intermedio, para lograr una mayor eficiencia.²⁴

El contrato de concesión privada es un contrato eminentemente comercial, atípico, puesto que no está regulado por una ley específica, a diferencia del contrato de concesión en el campo público; además posee elementos esenciales como:

- Autorización para la prestación del servicio
- La propia prestación del concesionario
- El control del concedente y el tiempo limitado

Y elementos accidentales como:

- Entrega de bienes muebles e inmuebles por parte del concedente al concesionario
- La compensación que el concesionario abona al concedente

El contrato de concesión privada más común es el contrato de servicios de buffet, es obviamente un contrato atípico, el concedente entrega la prestación del servicio

²⁴ Idem, pag. 540

conjuntamente con el inmueble, entonces terminada la fecha de la prestación del servicio, el concesionario debe devolver el local ya que la finalidad de la entrega del local era la ocupación del mismo con el fin de prestar el mencionado servicio. También podemos mencionar a las concesiones de bar, confiterías, parqueaderos, etc.

En el derecho privado la empresa productora (concedente) celebra un contrato de concesión en el cual elige a los comerciantes, para que por medio del concesionario se logre una mejor distribución de sus productos y servicios, es decir, que comparado con la concesión para la prestación de un servicio público en la cual el concedente le encomienda la prestación de este de una forma adecuada al concesionario, de la misma forma el concedente en el derecho privado le encomienda al concesionario un servicio de distribución de sus productos y su venta para su comercialización en el mercado.

Por lo tanto una concordancia de los objetivos en la concesión comercial y la concesión en el derecho público, está en que los concedentes en ambas situaciones, renuncian a asumir por si mismos la realización de un servicio y lo otorgan al concesionario para que lo realice por su propia cuenta y riesgo; es decir, que en los dos tipos de concesiones desde el punto de vista del concedente están destinadas a prestar servicios a terceros, aunque se distinguen por las características que poseen los contratos en derecho público.

Uno de los aspectos que debo resaltar en el contrato de concesión es el elemento de la confianza, el mismo que acompaña a la característica del contrato de concesión como un contrato de colaboración, ya que se refiere a una colaboración que es exigible por ambas partes y que está basada en la confianza recíproca.

La confianza genera una suerte de interdependencia entre las partes y los actos o intereses de una de estas inciden directamente en el aspecto patrimonial de la otra.

4.2 Concesión comercial: concentración vertical de la empresa

4.2.1. Concentración vertical de empresas

Para comprender este tema debo tomar en cuenta que el contrato de concesión comercial es también considerado como un fenómeno económico y jurídico a más de poseer características propias de este contrato.

En cuanto al aspecto de la concentración vertical de empresas, claramente se desarrollo en el mundo moderno, la aparición de este fenómeno se debe a una serie de factores económicos, tales como: factores financieros o fiscales, la distribución masiva de productos, exigencias técnicas y de organización; entre otros.

Una de las características de la concentración es la reunión de varias empresas bajo subordinación, es decir que se encuentran bajo una dirección unitaria, distinta a la coordinación que se refiere a un entendimiento entre varias empresas que desarrollan una misma actividad económica, esta actividad económica no debe originar el menor perjuicio a ninguna de las empresas. Es necesario diferenciar a la concentración de la agrupación de empresas, en donde existe una empresa jefe que impone sus criterios.

Una vez realizada estas diferencias, se puede decir que nos encontramos frente a una concentración vertical cuando existe subordinación, mientras que estaríamos frente a una concentración horizontal cuando se presenta la coordinación. Para autores como Garrigues, la concentración vertical se presenta cuando existen varias empresas de distinta naturaleza; y la concentración horizontal la encontraríamos cuando se unen varias empresas pero de la misma naturaleza.

Por lo tanto, en este contrato, el concesionario pasa a ser el componente de un conjunto de otros contratos idénticos celebrados por el fabricante para facilitar la existencia de nuevas bocas de expendio de sus productos para el mercado, formando parte de una red de empresas de distribución integrada y sometida a su dirección y poder.

4.2.2. Finalidades prácticas

De acuerdo a lo analizado, podemos destacar que en la practica la concentración vertical de empresa hace que pensemos en la idea que la empresa productora (concedente) y el sector de comercialización (concesionario), forman un ente común resistente que se rige por las mismas políticas en el mercado, de esta forma

logran resultados más eficientes que al actuar por separado, por ejemplo en el mercado de automotores, al crear una red de distribución bajo la tutela de la empresa concedente se consigue eficiencia y se evitan problemas tanto para los clientes, productor y revendedor; a pesar que los concesionarios se sacrifican voluntariamente y obtienen restricciones en su independencia económica y comercial.

4.2.3. Predominio del concedente en la relación jurídica con el concesionario

Como lo indique en los capítulos anteriores, en la relación concedente-concesionario, el primero ejerce un poder, manteniendo un predominio respecto del segundo. La subordinación bajo la cual se encuentra el concesionario es evidente en el contrato de concesión, ya que este aparece como el único obligado y la empresa fabricante o la concedente goza de ciertas facultades, como las siguientes:

- El contrato de concesión puede rescindirse por la voluntad del concedente en el momento que este lo desee.
- Como cláusula predispuesta dentro de dicho contrato, la concedente queda liberada de responsabilidad por el incumplimiento de entrega del producto.
- La empresa concedente realiza el reglamento por el cual deberá regirse el concesionario, así como también posee la facultad de modificarlo unilateralmente.

Otro de los motivos por los cuales se establece el predominio del concedente en la relación jurídica, es el claro sometimiento del concesionario, sometimiento que se lo puede identificar en las facultades de control y exclusividad del concedente, puesto que estos afirman la superioridad y la dominación que ejerce la empresa fabricante o parte dominante (concedente) durante la vigencia del contrato. El concedente puede designar otros concesionarios, pero, el concesionario no puede proveerse de otra fuente que no sea el concedente.

Además resulta interesante la cantidad de obligaciones que debe cumplir el concesionario desde el momento de la celebración del contrato, al momento de convenirlo, la mayoría de estas obligaciones se encuentran como cláusulas predispuestas, por lo que al concesionario no le queda otra opción sino la de adherirse al mismo; dentro de las obligaciones del concesionario tenemos las siguientes:

1. Aprovechamiento exclusivo del concedente
2. Comprar para revender una cantidad mínima de productos
3. Respetar el territorio de los restantes concesionarios
4. Poseer instalaciones adecuadas de acuerdo con el requerimiento del concedente para la venta de productos
5. Adoptar sistemas administrativos financieros y contables del concedente
6. Cumplir instrucciones del concedente
7. Promover la venta de los productos y participar en campañas de publicidad
8. Prestar un servicio de garantía y de mantenimiento posventa
9. Devolución al finalizar el contrato de los bienes dados en comodato
10. Responsabilidad frente a terceros
11. Actualización tecnológica. Cursos y entrenamientos
12. Establecer la estrategia global de desarrollo de las políticas de la organización
13. Realizar inversiones acordes con las políticas establecidas

En relación a las obligaciones que debe cumplir el concedente, las obligaciones del concesionario resultan en mayor cantidad; dentro de las obligaciones que cumple la parte dominante del contrato tenemos las siguientes:

1. Mantener una corriente de aprovisionamiento de productos y mercaderías
2. Respetar la exclusividad pactada
3. Establecer política de garantía, talleres de comercialización y suministro de repuestos uniformes para toda la red
4. Proporcionar a los concesionarios información y capacitación
5. Promover y publicitar los productos en forma global
6. Actuar con buena fe y con trato igualitario para con todos los integrantes de la red
7. Responsabilidad frente a terceros (responsabilidad objetivo)

Por estas razones dentro del contrato de concesión tenemos al concedente como la parte dominante del mismo y el concesionario queda subordinada en la relación jurídica que mantiene con el concedente.

4.2.4. Obligaciones impuestas al concesionario: de hacer y de no hacer

Si bien el concesionario actúa por cuenta propia y actúa con independencia y autonomía en el desarrollo de sus negocios, como lo había ya expresado en líneas anteriores, este tiene que cumplir una serie de obligaciones, tales como: contar con un local adecuado, horario mínimo de atención, publicidad, contar con un stock de repuestos, contar con servicio de mantenimiento y reparación; que de acuerdo a la concedente a más de ser consideradas como obligaciones son también requisitos esenciales, que al momento de incumplirlos podría retirarse la concesión.

Dentro de la integración vertical el concesionario debe cumplir con obligaciones de hacer y no hacer durante la vigencia del contrato.

Obligaciones de hacer. Estas obligaciones pueden ser aquellas relacionadas con la organización técnica de la concesionaria, con los pedidos de la mercadería, con el stock de repuestos, etc.

El propio contrato le impone al concesionario una serie de obligaciones que se consideran como esencia del convenio (anotadas en líneas anteriores) y su cumplimiento es lo que determina el hecho que se otorgue la concesión y de no cumplirlas causa el retiro de la concesión o la terminación del contrato.

El contrato de concesión posee dos aspectos relevantes, estos son: la zona (territorio), y el interés del fabricante.

El aspecto de la zona o el territorio que mantienen las concesionarias no se refieren a que las mismas se encuentren obligadas únicamente respecto a su zona, ya que deberán atender, contar con repuestos, realizar reparaciones a los productos de otras zonas que aun no han sido vendidos, o aquellos que ya han sido vendidos directamente por la concedente, siempre que se lo haya establecido.

Obligaciones de no hacer. La principal obligación de no hacer es la obligación de no competencia, que significa la exclusividad de compra, es decir que el concesionario se compromete a vender únicamente los productos del concedente por lo tanto no puede vender los productos de marcas competidoras; es una obligación que tiene como fin la regularización de la colocación de los productos en el mercado.

4.3. Diferencia con la concesión en el Derecho Público

Después de leer y analizar conceptos de varios autores sobre la concesión en derecho público, considero necesario intentar un concepto de concesión de derecho público o concesión pública para poder realizar una diferencia con el contrato de concesión de derecho privado, entonces puedo decir que es “el contrato por el cual la Administración Pública inviste a una persona o sociedad del derecho de prestar un servicio público que se caracteriza por brindar un beneficio a la comunidad, generalmente en forma monopólica, recibiendo como contraprestación una tarifa”.

Además me parece pertinente para mayor comprensión del tema que nos ocupa señalar una definición de la concesión de servicios públicos, entendida a esta como: “el acto mediante el cual el Estado encomienda a una persona individual o jurídica, privada o pública; por tiempo determinado la organización y funcionamiento de un servicio público”.²⁵

Está persona a quien el Estado encarga la prestación de un servicio público (concesionario), actúa por su propia cuenta y riesgo, y recibe una retribución que se basa en el pago que realizan los usuarios (precio pagado por terceros) por el servicio o en subvenciones y garantías que le otorga el Estado.

Este contrato puede ser para la concesión de una obra pública o para la gestión de un servicio público.

De obra pública. La obra pública es considerada como la excepción a la regla general establecida por la Declaración de los Derechos del Hombre en cuanto a la privación de la propiedad con uso de la institución conocida como la “expropiación forzosa”, por razón de utilidad pública o de interés social. Como consecuencia de la concepción social del Estado la obra pública al igual que el servicio público adquiere mayor importancia, pues en virtud de la utilidad pública o del interés general del Estado, ejecuta obras públicas y servicios públicos de manera directa o por intermedio de particulares, mediante contrato o en virtud de concesión.

El término de obra pública comprende dos ideas: **obra**, como el resultado de una actividad humana, elaboración, construcción o la transformación de una infraestructura física pre existente; **público**, relacionado con el interés del Estado de buscar un beneficio colectivo.

²⁵ Chase Plate, et al, Contratos administrativos, p.119.

El contrato de concesión de obra pública no debe ser confundido con el contrato de obra pública, puesto que son claramente diferenciables; el contrato de concesión de obra pública implica que el Estado contrate con una persona privada o pública la ejecución y explotación de la obra, la conservación y mantenimiento de la misma, durante determinado período, y él concesionario cobra mediante una tarifa que pagan los usuarios o beneficiarios; mientras que en el contrato de obra pública el Estado contrata con una persona privada o persona pública, con capacidad técnica, para que únicamente ejecute la obra y pague por dicha ejecución el precio convenido.

Sin embargo, ambos contratos presentan un elemento en común, que es el tener una naturaleza administrativa.

Servicio público. El término servicio público trae consigo dos ideas, la primera la de tratarse de un **servicio**, como la actividad de prestación que asume la Administración directamente o un particular, y, la segunda **público**, que implica una gestión realizada para la colectividad en principio por el Estado, sin perjuicio de que sea realizado por un particular. La prestación del servicio público se lo realiza por cuenta y riesgo del concesionario.

La concesión de servicios públicos y la concesión de obra pública, constituyen una especie de un género conocido con el nombre de “concesiones administrativas”; se utiliza la expresión en sentido plural, ya que, no existe una sola forma de concesión, sino que, esta se puede manifestar de distintas maneras y en consecuencia tampoco existe un régimen jurídico uniforme.

La concesión de servicios públicos o de obras públicas, constituye una técnica jurídica a través de la cual, el Estado transmite a los particulares ciertas potestades propias, para que el concesionario realice determinadas actuaciones que le corresponden al mismo.

Referente a la evolución de la concesión de servicios públicos y la de obra pública, puedo señalar que durante los dos tercios del siglo XIX la concesión fue denominada como *concession de travail public*, que implicaba la construcción de la obra pública; a finales del siglo XIX la concesión se configura como la construcción de la obra y la explotación del servicio público. Finalmente a comienzos del siglo

XX, la concesión se considera como una técnica de gestión del servicio público con independencia de la ejecución de la obra pública.

Entonces, de esta evolución se puede señalar que la concesión es una operación por la cual un particular se encarga, de los gastos, riesgos y peligros, del funcionamiento de un servicio público, y de la ejecución de obras públicas, gracias a la concesión temporal del Estado, efectuado de modo reglamentario, y también a una remuneración prevista contractualmente y que resulta generalmente de la tasa que está autorizado a percibir de los usuarios del servicio.

La concesión de derecho público está destinada a la administración de bienes públicos; mediante el uso, aprovechamiento, explotación, construcción de obras, de los bienes de dominio público.

Su objetivo está en proporcionar servicios esenciales para el público, servicios tales como: electricidad, gas, agua, depuración de aguas residuales, telecomunicaciones. Las concesiones públicas requieren de grandes redes de distribución, la existencia de estas redes causan que las concesiones públicas obtengan un monopolio en el área en donde operan.

La principal diferencia con el contrato de concesión de derecho privado se encuentra en el hecho que, la concesión de derecho público es un contrato administrativo, en el cual se presenta un interés público y que lo que se presta es un servicio público basado en sus propios principios, tales como: continuidad, generalidad, regularidad, uniformidad, igualdad, obligatoriedad, y, adaptación a nuevas circunstancias; a más de saber que la figura jurídica de la concesión pública se encuentra regulado dentro de nuestra legislación en la Ley de Contratación Pública, diferencia significativa con la concesión privada que no se encuentra basada en una normativa. Además está conformado por tres elementos a saber:

1. **Elemento teleológico.** ya que se trata de una actividad destinada a satisfacer necesidades de interés general.
2. **Elemento subjetivo u orgánico.** la actividad a prestarse estuviera a cargo de una entidad estatal.
3. **Elemento formal.** actividad regulada por el derecho público.

Además tenemos que recordar que en la concesión de derecho privado no se inmiscuye el interés público, por lo que el control del concedente no llega ser tan fuerte como el que ejerce el Estado y tampoco puede ejercer sus derechos de forma abusiva.

Como otra de las diferencias entre estos dos tipos de concesión, puedo mencionar que en el caso del contrato de concesión de derecho público la parte concedente es siempre una entidad estatal o pública, como concesionario cualquier persona (natural, jurídica, pública, privada), y también se puede decir que son sujetos de esta relación jurídica los usuarios; en el contrato de concesión de derecho privado las partes son únicamente particulares ya sean personas naturales o jurídicas.

En la concesión de derecho público generalmente el concesionario paga un porcentaje para obtener la concesión, el Estado permite que el concesionario obtenga un porcentaje de las tarifas establecidas para los usuarios, también puede obligar al concesionario a pagar una colaboración, sin perjuicio de los privilegios otorgados con la concesión a los que tiene derecho el concesionario, como por ejemplo: monopolio, exclusividad, exención de tributos.

Al contrario, en la concesión de derecho privado el concesionario no debe pagar suma de dinero alguna por el hecho de ser concesionario, ni goza de privilegios como los mencionados anteriormente, este debe pagar el precio de los productos al concedente y como se conoce, la ganancia la obtiene de la diferencia del precio de compra y el precio de reventa.

Al igual que el contrato de concesión privada, el contrato de concesión de un servicio público es también un contrato de colaboración ya que ambas partes tienen centrado su interés en la explotación del servicio.

Como otra similitud con el contrato de concesión de derecho privado, el concedente, en este caso el Estado (persona de derecho público) constituye la parte dominante de la relación jurídica concedente-concesionaria; ya que el concedente tiene la facultad para modificar la organización o el funcionamiento del servicio, además de interpretar siempre el contrato a favor del servicio público.

Respecto a los bienes que son necesarios para cumplir con la concesión, el Estado en ocasiones los proporciona al concesionario para que pueda desarrollar la

prestación del servicio, estos bienes siguen siendo de dominio público; en otras ocasiones el concesionario es quien facilita los bienes y al finalizar el contrato estos pueden pasar a propiedad del Estado pagando una indemnización o no al concesionario, siempre que se haya pactado de esta forma en el contrato; esto solo se realiza en la concesión de derecho público, no se puede pactar entre particulares puesto que estos no poseen facultades expropiatorias.

Finalmente, pero no menos importante, debo señalar dos diferencias básicas que posee este contrato de concesión con la concesión en el derecho privado; en la concesión pública no existe la excepción por incumplimiento, ya que se asemeja a la huelga, y al tratarse de la prestación de un servicio público, una de sus características es la continuidad, es decir, que no se permite su paralización; y, al estar dentro de la administración pública las relaciones entre concedente, concesionario y usuario; esta se rige por la jurisdicción contencioso administrativa.

Puedo concluir, estimando que, para el concesionario la prestación del servicio es el medio por el cual alcanza el fin que persigue (lucro o la ganancia); mientras que para el concedente (Estado), su fin esta en conseguir la excelencia en la prestación del servicio.

Evidentemente existen ciertas semejanzas entre ambos contratos, por ejemplo, en los dos tipos de contratos la finalidad que se persigue es la prestación de un servicio concedido por alguien que lo tiene a su cargo, existe una compensación a favor del concedente y el concesionario actúa siempre por su cuenta y riesgo; sin embargo, no debe existir confusión entre uno y otro, la actuación del Estado considerada como una persona de derecho público en el contrato de concesión, la demasía con que actúa el Estado; son la pauta para su distinción.

CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

1. El desarrollo de este trabajo monográfico, me ha llevado a comprender que debido a todos los cambios que estamos viviendo en la actualidad en cuanto a la contratación mercantil hace que todos los enfoques y conceptos antiguos respecto del tema queden atrás; es por esta razón que el contrato de concesión comercial, es un contrato atípico. Pero creo necesario señalar q si bien el contrato de concesión comercial es un contrato que no se encuentra regulado en nuestra legislación, el contrato de concesión dentro del campo público tiene una norma específica para su regulación, que es la Ley de Contratación Pública.
2. Luego de haber concluido el presente trabajo, puedo afirmar sin temor a equivocarme, que el contrato de Concesión Comercial es un contrato eminentemente comercial, que sirve como un auxiliar de la empresa productora para poder colocar sus productos y servicios dentro del mercado, a los cuales pueden acceder el público consumidor a través de los concesionarios, siendo estos un canal de comercialización.
Además que como sabemos en este contrato existe una dependencia económica y técnica por parte del concesionario, es decir que el concedente tiene en sus manos la manera en cómo se lleva a cabo la concesión.
3. Es importante destacar que, siendo la concesión un contrato de colaboración, los intereses de las partes persiguen un mismo fin que es el obtener un lucro o ganancia de la celebración de este contrato; pero, esta relación de cooperación o de colaboración existente entre el concedente y el concesionario se resquebraja en el momento en que se presenta la extinción del contrato.
4. He puntualizado acerca de las responsabilidades que acarrear las partes contratantes por el incumplimiento del convenio, debo insistir, en que considero, que si bien el concedente no está vinculado con un contrato con el consumidor, para mi modo de ver no estaríamos frente a una responsabilidad extracontractual, puesto que se debe entender que los productos que revende el concesionario al consumidor son producidos por el concedente, por lo tanto, se entiende del contrato celebrado entre el

concedente y el concesionario, la responsabilidad del concedente para con los terceros.

5. El objetivo principal de esta monografía es el hecho de manifestar y señalar que el contrato de concesión comercial a más de ser un modo de intermediación comercial puesto que realiza un enlace entre la empresa fabricante y los consumidores; es también una forma de comercialización tanto de bienes como de servicios, lo cual resulta trascendente dentro del comercio actual, ya que este contrato facilita el ingreso de los mismos al mercado lo que permite el contacto con los consumidores finales. Hoy en día el contrato de concesión comercial es de gran importancia, la mayoría de bienes y servicios que son materia del contrato son de la más alta tecnología
6. Pude darme cuenta que la concesión es un contrato que a pesar de no ser un contrato normado por nuestra legislación, este puede formalizarse a través del contrato por adhesión, en donde la parte débil de este contrato, por llamar así al concesionario, se somete o solo tiene la opción de aceptar o no el contrato con las condiciones establecidas por el concedente, es decir se adhiere al contrato.
7. Un tema muy interesante se encuentra en cuanto a las diferencias existentes entre la concesión en el derecho privado y la concesión en el campo del derecho público, si bien ambos contratos poseen ciertas semejanzas en cuanto a la finalidad que estos persiguen; no existe modo de confusión entre uno y otro contrato, ya que en el contrato de concesión en el derecho público se cuenta como concedente con la participación de un ente del Estado y este tiene la facultad de modificar la organización o el funcionamiento del servicio y además interpretar el contrato de tal forma que cause un beneficio al servicio público.
8. Además en cuanto a la regulación jurídica del contrato de concesión, considero que no resulta necesaria la regulación de este nuevo negocio jurídico, puesto que basta con estándares generales de conductas a seguir, principios que son conocidos como la buena fe, no dañar al otro, *pacta sunt servanda*.

BIBLIOGRAFÍA

- Altamark, Daniel R. Contratos Informáticos. s.f.
- Arce Gargollo, Javier. Contratos Mercantiles Atípicos. s.f.
- Cambiaso, Juan Ernesto. El contrato. s.f.
- Cevallos Vásquez, Víctor. Contratos Civiles y Mercantiles. Vol. Tomo I. Editorial Jurídica del Ecuador, s.f.
- Cevallos Vásquez, Víctor. Manual de Derecho Mercantil. Editorial Jurídica del Ecuador, s.f.
- Chase Plate, Luis E., y otros. Contratos Administrativos. Buenos Aires: Astrea, 1982.
- Conf. Molas, Ana M. Contratos. s.f.
- Daly, Herman E. Introducción a la economía en estado estacionario. s.f.
- Etcheverry, Raúl Aníbal. Derecho Comercial y Económico. Obligaciones y Contratos Comerciales. Editorial Astrea, s.f.
- Farina, Juan M. Contratos Comerciales Modernos. Vol. Tomo I y II. Editorial Astrea, s.f.
- Fontanarrosa. Derecho Comercial Argentino. s.f.
- Garrigues, Joaquín. Curso de Derecho Mercantil. s.f.
- Hocsman, Heriberto. Contrato de Concesión Comercial. Ediciones La Rocca, s.f.
- Marsorati J., Oswaldo. Derecho de los Negocios Internacionales. Vol. Tomo I y II. s.f.
- Merlinski, Ricardo. El Contrato de Distribución Comercial. s.f.

Pont, Broseta. La Empresa. s.f.

Quevedo Coronado, Ignacio. Derecho Mercantil. Pearson Prentice Hall, s.f.

Santos, Briz. Derecho Económico y Derecho Civil. s.f.

Toffler, Alvin. La tercera ola. s.f.

Trigo Represas, Félix A. y Rubén Stiglitz S. Contratos . Ediciones La Rocca, s.f.