Concesión de Espacio de Uso

Por Inés Saravia Frías

"El hombre no ha logrado todavía elaborar una forma de justicia que no esté circunscrita en la cláusula rebus sic stantibus. Pero es el caso que las cosas humanas no son res stantes, sino todo lo contrario: cosas históricas, es decir, puro movimiento, mutación perpetua. El derecho tradicional es solo reglamento para una realidad paralítica… El hombre necesita un derecho dinámico, un derecho plástico y en movimiento, capaz de acompañar a la historia en su metamorfosis".

Ortega y Gasset, La rebelión de las masas, Epílogo para los ingleses, Segunda Parte.

I. Introducción [arriba]

La presente tesina tiene por objeto analizar ciertos aspectos relevantes que puede presentar el contrato de concesión de espacios para la explotación privada de provisión de bienes o prestación de servicios, circunscribiendo el análisis a aquellos contratos que prevén el uso y goce de un espacio para prestar allí el servicio o proveer los bienes.

En los últimos tiempos, la globalización se ha ido expandiendo de modo tal que ha alcanzado también el área de los servicios y de la provisión de bienes. Como consecuencia de ello, ha irrumpido en el mercado una nueva modalidad que permite al individuo gozar de diferentes prestaciones en un mismo espacio físico.

De este modo, nacen, a modo de ejemplo, los shopping centres, o hipermercados, donde no solo conviven locales en los que se venden diferentes productos sino también espacios que prestan distintos tipo de servicios (piénsese en los restaurantes, peluquerías, bares, parkings, drugstores, entre otros). O el caso de los aeropuertos en los cuales además de brindar servicios de embarque y arribo de pasajeros, se prestan servicios de gastronomía, venta de productos nacionales e importados, cajeros automáticos etc.

Hacia una aproximación inicial sobre el asunto, trataremos aspectos relacionados con el concepto de este contrato atípico, su naturaleza jurídica, caracteres y la clasificación y desarrollo de los elementos que lo conforman.

A continuación, analizaremos los derechos y obligaciones de concedente y concesionario y las diferentes vicisitudes que pueden plantearse desde una óptica práctica.

Luego, estudiaremos otras figuras afines con este contrato, a fin de comprender las diferencias y similitudes existentes y de delinear, a través de un más acabado entendimiento del tema, sus características propias.

Posteriormente, plantearemos ciertos supuestos de configuración de responsabilidad y las distintas causales de finalización del contrato bajo estudio.

Por último, enunciaremos una serie de recomendaciones y sugerencias, las cuales resultan, a nuestro entender, de suma utilidad para ser tenidas en cuenta al momento de negociar y celebrar un acuerdo de este tipo.

II. Conceptos Generales [arriba]

1. La práctica del negocio

En la práctica, la concesión de espacios para la explotación privada de provisión de bienes o prestación de servicios resulta mucho más habitual de lo que normalmente se piensa. Sin embargo, resulta paradójico que siendo tan usual la utilización de este negocio, no sea tratado ni estudiado con mayor asiduidad por la doctrina ni por la jurisprudencia. A fin de delinear su funcionamiento, pensamos que resulta adecuado describir puntualmente casos concretos, aclarando que se presentan innumerables ejemplos, razón por la cual arbitrariamente escogeremos algunos de ellos, a fin de lograr una visión inicial del negocio.

Un primer ejemplo sencillo, aunque no por ello menos importante, consiste en la concesión del servicio de fotocopiado dentro del ámbito de una universidad. En este supuesto, el centro educativo autoriza a una persona física o jurídica a prestar el servicio de fotocopiado dentro de sus instalaciones. De este modo, los alumnos, profesores y terceros que concurren a la casa de estudios gozan de un servicio adicional, que implica una herramienta fundamental para facilitar la formación académica, que constituye el objeto principal de la institución.

Dentro de este mismo ámbito, asimismo, es posible observar otro tipo de servicios que suelen ser objeto de concesión, los cuales por un lado, complementan, facilitan o hacen más práctico el funcionamiento diario del centro educativo y por otro, constituyen una fuente de ingresos adicionales. Tal es el caso del bar o quiosco que funciona en el interior de las universidades y colegios.

Otro caso de concesión es el de la barra dentro de un casino o dentro de un local bailable. Si bien el negocio principal de estos lugares es radicalmente diferente al servicio que se presta desde una barra, ciertamente este último, coadyuva para otorgar mayor confort a los clientes que asisten a dichos lugares, permitiéndoles consumir alguna bebida mientras disfrutan de un momento de esparcimiento y diversión.

Usualmente son objeto de concesión los servicios de restaurantes o cafeterías dentro de clubes sociales y/o deportivos. En estos casos, dependiendo tanto del estatuto del club y de lo que se haya pactado entre las partes contratantes, tanto socios como terceros no socios, pueden concurrir al club para disfrutar del servicio de restaurante o cafetería antes o luego de practicar algún deporte o de asistir a algún evento social, deportivo, artístico etc.

Piénsese asimismo en un centro de esquí, el cual por las propias características de las condiciones climáticas y especialmente níveas que requiere para funcionar, suele estar situado en lugares aislados y de gran altura. Consecuentemente, dicho centro tendrá que prever la organización de una serie de servicios y provisión de bienes para los turistas y deportistas que visiten el lugar. La mayoría de ellos resultan de existencia esencial debido a que, en términos generales, los centros de esquí se sitúan en lugares remotos, distantes de centros urbanos, por lo que sin lugar a dudas, deben concentrar el funcionamiento de diferentes servicios que se brindarán a los visitantes. A modo de ejemplo, es posible mencionar los siguientes: (i) restaurante, (ii) hotelería, (iii) parking o estacionamiento, (iv) supermercado o almacén, (v) excursiones y paseos, (vi) alquiler de equipos de esquí, (vii) asistencia médica, (ix) facilidades y medios de elevación, entre otros. Las mencionadas actividades integran un complejo entramado de servicios y provisión de bienes, que no hacen más que extender el ámbito de actividades, complementando y otorgando una mayor calidad y eficiencia al desenvolvimiento general del centro de esquí.

2. Concepto de concesión

En nuestro país, quien inicialmente analizó en profundidad la figura del contrato de concesión para la explotación de servicios fue José María Gastaldi, en su tesis doctoral titulada "El contrato de concesión privada". Lo denominó precisamente contrato de concesión privada para distinguirlo del contrato de concesión de servicios públicos propio del derecho administrativo y del contrato de distribución de concesión comercial. El mencionado autor lo define como "el contrato por el cual una parte se obliga a otorgar autorización a otra para la explotación de un servicio que le compete y desea prestar a terceros; obligándose esta otra a realizar tal explotación en su propio nombre, por su cuenta y a su riesgo por tiempo limitado y bajo el control de aquella"[1].

Esta definición ha sido criticada por el Dr. Lorenzetti, a nuestro juicio con razón, en relación al término "privada", entendiendo que resulta indispensable precisar el término "privada" a fin de evitar equívocos con el distingo "privado-público", por lo que sostiene que resulta preferible utilizar el término "concesión comercial y sin fines de lucro". Desde nuestro punto de vista, compartimos la crítica del reconocido jurista, en cuanto a la confusión que puede ocasionar el término "privada", pero no compartimos su posición en cuanto a la utilización del término "concesión comercial y sin fines de lucro", ya que las entidades sin fines de lucro utilizan con frecuencia la concesión: clubes, asociaciones, mutuales, utilizan esta modalidad a fin de delegar la explotación de actividades de limpieza, gastronómicas, bares y otros servicios a los afiliados[2]. Si bien es cierto que esta figura contractual es utilizada por las mencionadas entidades, es empleada ampliamente, tal como se verá más adelante, asimismo, por entidades que persiguen fundamentalmente un fin de lucro. Por ello, entendemos que una terminología adecuada es concesión de espacios para la explotación privada de provisión de bienes o prestaciones de servicios, lo que define el objeto mismo del contrato bajo análisis.

El estudio de la concesión para la explotación privada de provisión de bienes o prestación de servicios, nos coloca frente a una primera dificultad de tipo terminológico, con la utilización del vocablo "concesión".

La génesis de la denominación concesión se remonta al derecho administrativo y lleva implícita la idea de un privilegio con la presencia del Estado con su imperium como una de las partes que marca la diferencia más relevante con el contrato de derecho privado. Posteriormente, avanzada la segunda mitad del siglo XX, comienza a desarrollarse dentro del ámbito del derecho privado, el contrato de concesión, que entraña una actividad comercial de corte competitivo[3]. Esta primera distinción entre derecho administrativo y derecho privado, no resulta suficiente, ya que dentro del ámbito del derecho privado, corresponde distinguir entre: (i) la concesión para la venta y (ii) la concesión de espacios para la explotación privada de provisión de bienes o prestación de servicios.

En los usos comerciales de nuestro país, se utiliza el término "concesión" para referirse tanto a la venta cuanto a la prestación de servicios o provisión de bienes a terceros (dentro del ámbito del derecho privado) como ocurre con la explotación de bares, restaurantes y otros servicios que clubes y otras asociaciones prestan a sus miembros (y también a terceros) mediante concesionarios. Ambas relaciones contractuales, concesión para la venta y para la prestación de servicios o provisión de bienes a terceros, tienen en común el hecho de que el concesionario pone su organización comercial (actuando a nombre, por cuenta y riesgo propios) a disposición del concedente, para colocar sus productos en el mercado, en el primer caso, o para brindar a terceros el servicio que el concedente prefiere no explotar a su riesgo, en el otro. Pero, fuera de este aspecto común, ambas figuras difieren en cuanto a la

finalidad perseguida por las partes, su organización, funcionalidad y efectos frente a terceros[4].

Farina sostiene que la concesión para explotar un bar o un comedor presenta, como rasgo típico, que además resulta común para todo otro contrato de concesión, la delegación que hace el concedente en el concesionario para que éste explote en su nombre y por su cuenta un servicio que aquel debe prestar a terceros. Al referirse a la delegación, entiende que el concesionario, se somete en mayor o menor medida a la organización, dirección, control y modalidades de prestación del servicio que impone el concedente. En este sentido, agrega que existe una concentración vertical, donde el concedente actúa como subordinante y el concesionario, como subordinado[5].

Por su parte, Martorell sostiene que la concesión de servicios en forma exclusiva, como puede ser la concesión de bufete, constituye un subtipo o clase diferenciada de la concesión comercial[6].

Sin embargo, hay quien disiente con la distinción que efectúa este reconocido jurista al advertir que no existe ninguna característica propia que permita considerar al mencionado contrato como un subtipo o dentro de una clase diferenciada de la concesión comercial. Al respecto, se ha dicho que la diferencia radica en el objeto mismo del contrato: «este instituto es sumamente diferente al contrato de concesión comercial o mercantil y la realización por un tercero de actos que corresponderían, por principio prestar el llamado "concedente": y en todo caso, más allá de la denominación similar que con asiduidad se utiliza, no tiene ello por efecto confundirlo con él, y ante sus características propias estamos ante la presencia de un contrato completamente distinto y particular, diferenciado, absolutamente de aquel que es objeto de este tratamiento» [7](entiéndase, concesión comercial).

En similar sentido, se pronuncia López Cabana quien entiende que otra acepción del término "concesión" corresponde a un negocio jurídico en el derecho privado diferente a la concesión comercial, y es aquel mediante el cual una parte "concede" determinado espacio con la obligación de cumplir un servicio específico, pero nada tiene que ver con el contrato de distribución comercial[8]. En esta instancia, nos permitimos disentir parcialmente con la definición supra expresada, ya que la concesión para la explotación privada de provisión de bienes o prestación de servicios tiene como finalidad precisamente la provisión de bienes o la prestación de un servicio y no necesariamente acarrea la concesión de un espacio determinado, aun cuando nuestra tesina se circunscriba solamente al estudio de la concesión con uso y goce de espacio, tal como lo adelantamos precedentemente. Decimos parcialmente, porque coincidimos con el autor mencionado en el sentido que en nada o en muy poco se asemeja al homónimo contrato de concesión comercial.

3. Naturaleza jurídica

En términos generales, el análisis doctrinario referido a la naturaleza jurídica de los contratos de concesión, parte de la premisa de distinguir (a) el contrato de concesión de servicios públicos del derecho administrativo, (b) de la concesión comercial como una especie de los contratos de distribución y (c) de la concesión de espacio en el derecho privado, haciendo referencia en la mayoría de los casos, a la explotación de espacios para la prestación de servicios de un bar o restaurante.

Existen innumerables opiniones doctrinarias acerca de la naturaleza jurídica de las dos primeras figuras enunciadas, mas son escasas las opiniones que se han vertido acerca de la naturaleza jurídica de la tercera figura supra indicada.

El aspecto inicial que ineludiblemente corresponde señalar, es que nos hallamos frente a un acuerdo de voluntades a través del cual nace un vínculo entre concedente y concesionario, es decir, es un contrato en los términos del art. 1137 del Cód. Civ..[9]

Un segundo aspecto destacable es que se trata de un contrato atípico, en tanto no ha sido objeto de regulación legal específica, de acuerdo a lo sostenido en las XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bariloche 1989). Los contratos atípicos pueden ser: (i) puros o sui generis, cuando sus cláusulas no se corresponden con las de los contratos típicos (por ejemplo, franchising, management) y (ii) complejos, cuando toman algunas cláusulas propias de contratos típicos (es el caso del suministro, donde no se sabe con exactitud si estamos frente a una compraventa, o una locación de obra o bien una figura nueva).[10]

Dentro de la categoría de contrato atípico, el contrato de concesión de espacio para la prestación de servicios o provisión de bienes, es atípico puro en tanto no resulta posible encuadrarlo dentro de un tipo legal, aun cuando sus elementos considerados de manera individual puedan ser asimilados a elementos característicos de otros contratos típicos. Asimismo, se trata de un contrato atípico que posee tipicidad social, en tanto es realizado habitualmente en la vida negocial, creado por las partes en razón de la evolución técnica que va procesando una diferenciación y en respuesta a una exigencia práctica legítima, a un interés social duradero, siendo frecuente que se le atribuya una designación identificadora.[11] Al respecto, es dable agregar que el Proyecto de Cód. Civ. de 1998, en su art. 914 establece que: “Se considera que tienen tipicidad social los contratos correspondientes a una categoría de negocios que son realizados habitualmente en el lugar de celebración. En subsidio de la voluntad de partes, están regidos prioritariamente por los usos del lugar de celebración”.

Se trata por tanto, de contratos atípicos ya que no tienen una regulación legislativa específica y expresa, “son realizados habitualmente en el lugar de celebración”, con lo que adquieren “tipicidad social” como consecuencia de la habitualidad con la que se realizan en el lugar de celebración.

Cuando un contrato atípico tiene tipicidad social, las normas supletorias que entran a regir inmediatamente después de descartada la previsión de las partes vinculadas, no son las normas supletorias de los contratos en general, sino las que surjan de los usos en el lugar de la celebración, a través de una notable revalorización de la costumbre como regla supletoria, coherente con el mayor poder jurígeno que se le viene confiriendo en el proceso reformador del derecho civil argentino.[12]

Un tercer aspecto indispensable para comprender la naturaleza jurídica del instituto es precisamente su naturaleza civil o comercial. En este sentido, Gastaldi, en su estudio doctoral acerca de este, señala que: “el contrato es civil o comercial según la naturaleza del acto que lo motiva o bien que es civil cuando versa sobre cosas y tiene por fin una cuestión de carácter civil, y comercial cuando versa sobre “cosas” comerciales y se persiga en él lograr un beneficio mediante una especulación que genera relaciones de carácter comercial, inherentes a una empresa comercial, o que un contrato es civil o comercial según las personas que lo ejecutan y los designios que persiguen al contratar [...] el contrato que denominamos de concesión de derecho privado resulta, a la luz de las premisas expuestas de indudable naturaleza civil”.[13]

Disentimos con la naturaleza civil que le atribuye al instituto tan notable autor. En efecto, la finalidad de este, en términos generales, posee a nuestro entender, una naturaleza comercial, en tanto tiene por objeto prestaciones que persiguen un fin de lucro. Así, el concedente por ejemplo, persigue el lucro a través de una contraprestación, o bien a través de la obtención de ventajas como consecuencia de la afluencia de nueva clientela del concesionario que puede producir mayores ganancias a favor del concedente cuando la contraprestación fijada es un monto variable y se

corresponde con un porcentaje de ventas. El concesionario, por su parte, con la prestación de servicio o la provisión de bienes pretende el mayor lucro posible a fin de extraer del negocio la mejor rentabilidad. De uno y otro lado, se persigue un fin de lucro. En similar sentido, respetable doctrina sostiene que: "en el derecho argentino la calidad de comerciante, del concedente o del concesionario y el carácter comercial del acto tipifican el vínculo como comercial".[14]

En doctrina se ha sostenido que la empresa es inherente a la profesión del comerciante y se ha clasificado como actos subjetivos, a aquellos en razón de la profesión comercial.[15] Siguiendo dicha clasificación, se podría clasificar el acto como subjetivamente comercial.

Al respecto, se ha pronunciado asimismo, la jurisprudencia al sostener que: "por aplicación de los arts. 1 y 5 del Código de Comercio, el contrato de concesión cuyo objeto está constituido por una serie de contraprestaciones que tienen como común denominador la concesión de un permiso para la explotación de determinados servicios y la venta de determinados productos, es de naturaleza comercial".[16]

Asimismo, en otro precedente, se ha sostenido que: "corresponde a la justicia comercial si el contrato que une a las partes no es una típica locación de inmuebles sino que se encuentra destinada a la concesión de una explotación comercial —el precio estipulado determinado por un valor mensual ajustable, más un valor porcentual de las ventas efectuadas y el sometimiento a un control por parte del concedente— naturaleza que no se desvirtúa por la circunstancia de que, una vez concluido, se reclame la restitución del local asignado".[17]

A esta altura, resulta oportuna una breve reflexión acerca de la necesidad de unificación de los Códigos Civil y Comercial en un cuerpo único, ya que en este tema en particular referido a la naturaleza jurídica del instituto, eliminaría la discordancia existente en torno a temas tales como la competencia, normativa aplicable, entre otros.

4. Atipicidad con tipicidad social. Contratos atípicos. Interpretación

Frente a un conflicto de interpretación suscitado en un contrato atípico con tipicidad social, como es el caso del contrato bajo análisis, la principal cuestión a dilucidar consiste en determinar qué normas resultan aplicables.

En este orden de ideas, cabe mencionar el criterio doctrinario generalmente aceptado en cuanto al orden de prelación aplicable a los contratos atípicos con tipicidad social:

1. Usos y costumbres del lugar de celebración. Este criterio resulta prevalente y se aplica en subsidio de la voluntad de las partes por tratarse precisamente de un contrato atípico de tipicidad social. (ver 2. [Título II]).

2. Normas generales imperativas sobre los contratos y obligaciones.

3. Disposiciones correspondientes a contratos atípicos afines que sean compatibles con la economía y finalidad del contrato atípico.[18]

5. Caracteres

Haremos a continuación una breve referencia a los caracteres que presenta el contrato de concesión, a saber:

5.1. Bilateral

El contrato de concesión de espacio para la explotación de servicios o provisión de bienes es un contrato bilateral, ya que engendra obligaciones para ambas partes intervinientes, por lo que tanto concedente como concesionario quedan obligados entre sí y dichas obligaciones son recíprocas.

Entre ellas podemos mencionar a modo de ejemplo, la obligación en cabeza del concedente, por un lado, de otorgar autorización al concesionario para explotar el servicio y, por el otro, el deber del concesionario de abonar la contraprestación pactada al concedente.

5.2. Oneroso

Se trata usualmente de un contrato oneroso ya que el concedente otorga la autorización para la explotación de servicio o provisión de bienes, esto es, le confiere una delegación a favor del concesionario por un lado y por el otro, el concesionario asume la obligación de prestar el servicio o proveer los bienes y abonar una contraprestación como consecuencia de dicha autorización. Esto último constituye una ventaja que el concesionario otorga al concedente como contracara de la mencionada delegación. La onerosidad está dada, por la contraprestación que sigue a la prestación, por la ventaja que deviene al sacrificio, sin que sea precisa una relación de equilibrio o equivalencia entre ambos extremos.[19]

Sin perjuicio de ello, podría darse el caso de que el concedente cediera el espacio a favor del concesionario para la explotación privada de provisión de bienes o prestación de servicios, sin recibir a cambio una contraprestación mensurable en dinero, pero no como una liberalidad, sino porque está particularmente interesado en que se realice allí determinada explotación. Tal sería el caso de la concesión de un aeropuerto muy pequeño adonde arriban pasajeros que se dirigen exclusivamente a un determinado centro turístico. En virtud de ello, el concedente decide otorgar en concesión el pequeño aeropuerto a la sociedad que gerencia el centro turístico en forma gratuita para que reciba a los pasajeros y preste servicios de bar y cafetería. Por un lado, al concedente le interesa comercialmente que el aeropuerto sea explotado y opere en condiciones normales y aceptables, y al concesionario le interesa que los turistas que arriban a dicho lugar, quienes en definitiva son sus clientes ya que se dirigen exclusivamente a su centro turístico, arriben a un lugar agradable y con comodidades o servicios adicionales. Podría afirmarse que el contrato es gratuito.

Spota menciona la existencia de un tertium genus, donde además de la clasificación dual en contratos onerosos y gratuitos, es posible transformarla en una división tripartita, en tanto hay algunos contratos que no pueden clasificarse ni en contratos onerosos ni gratuitos (contratos neutros) o bien, contratos que en ocasiones son onerosos y en otros casos gratuitos (contratos incoloros o indiferentes). Estas últimas clasificaciones son aplicables a aquellos contratos que pueden asumir la fisonomía del contrato gratuito o del oneroso según el punto de vista en que nos coloquemos.[20] De acuerdo con ello, el contrato de concesión podría calificarse como un contrato incoloro o indiferente, ya que en algunos casos puede calificarse de oneroso y en otros supuestos de gratuito.

5.3. Consensual

Es un contrato consensual ya que se perfecciona en el momento en que concedente y concesionario manifiestan recíprocamente su consentimiento. En este aspecto, vale la pena agregar una distinción: el contrato de concesión es, en principio, un contrato consensual y no real, aunque podría llegar a asimilárselo a un contrato real en cuanto a ciertos aspectos del contrato relacionados con el uso y goce del espacio cuando el contrato es gratuito. Para un mayor desarrollo, nos remitimos al Título IV punto 3. del presente trabajo. Lo precedente conduce a concluir que, al no tratarse de un contrato

real, el contrato de concesión no se perfecciona con la entrega del inmueble para la prestación del servicio, sino que nace o se origina en el momento en que ambas partes contratantes prestan su consentimiento.

5.4. De duración

Mediante este contrato, las partes asumen obligaciones que no son de ejecución inmediata sino que tienen cierta duración en el tiempo. A modo de ejemplo, podemos mencionar que la obligación de prestar el servicio concesionado por parte del concesionario, se extiende en el tiempo durante la vigencia del contrato. La ejecución de dicha obligación es periódica o de tracto sucesivo ya que no se realiza en forma ininterrumpida sino que se lleva a cabo de acuerdo a los horarios y días pactados. En este aspecto, no es posible soslayar dos breves menciones relativas a que: (i) en los contratos de duración resulta de aplicación la teoría de la imprevisión, conforme el art. 1198 del Cód. Civ. y (ii) con respecto al pacto comisorio, que las prestaciones "que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes".

5.5. Intuitu Personae

Se trata de una característica sumamente relevante en este contrato ya que el concedente presta especial atención y cuidado a las cualidades tanto técnicas como personales al momento de seleccionar al concesionario. Decimos relevante ya que eventualmente el concedente podrá resultar responsable como consecuencia de un acto o hecho dañoso del concesionario frente a un tercero. Dicha responsabilidad deriva de la elección cuidadosa que debió haber realizado el concedente, que tuvo en especial consideración a ese concesionario y no a otro. En honor a la brevedad, para un mayor desarrollo del tema nos remitimos al punto 2.11. del Título III. del presente trabajo.

5.6. Contrato de colaboración

Podemos clasificarlo como un contrato de colaboración ya que para alcanzar su fin tanto concedente como concesionario tienen un deber de cooperación, de colaboración a través del cumplimiento en su justa medida de las obligaciones que le incumben a cada parte.

Como consecuencia de ello, en este contrato, las partes se deben mutua confianza. Para obtener la finalidad deseada, ambas partes deberán descansar en el convencimiento y, por lo tanto, confiar plenamente en que la otra parte ha cumplido acabadamente con los deberes que tiene a su cargo, a fin de alcanzar una adecuada armonía en el funcionamiento del negocio.

6. Elementos

La sistematización y descripción de los elementos que conforman el contrato bajo estudio no constituyen una clasificación meramente teórica, sino que tienen por objeto asistir al intérprete en el discernimiento de las consecuencias jurídicas frente a la ausencia o defecto de alguno de ellos. Cabe agregar que la consecuencia jurídica quizá más relevante podría consistir en el eventual reclamo o planteo en el ámbito de la responsabilidad precontractual.

De acuerdo con la clasificación que realiza la doctrina nacional más moderna[21], es posible distinguir: (i) presupuestos, que constituyen parámetros que son considerados a priori, o en forma previa, y que sirven para determinar de antemano la eficacia del contrato. Entre ellos, es posible mencionar: (a) voluntad jurídica; (b) capacidad; (c) aptitud del objeto; (d) legitimación.

Efectuando un breve repaso y aplicando estos conceptos al contrato de concesión, la voluntad jurídica nos permitirá conocer qué es lo que concedente y concesionario verosímilmente quisieron acordar. Resulta recomendable que las partes exterioricen por escrito, manifestando expresa y claramente sendas voluntades a fin de evitar futuros conflictos interpretativos. Con relación a la voluntad jurídica, no es posible soslayar aspectos relacionados con el consentimiento en el contrato de concesión. En este sentido, entendemos que resultan aplicables las normas genéricas que regula el Cód. Civ. en los arts. 1144 en adelante. Ahora bien, no es posible ignorar uno de los modos de formación de consentimiento que suele presentarse en el contrato bajo análisis. Nos referimos al proceso de licitación privada. Aun cuando la obligatoriedad en el uso de este sistema dependa exclusivamente de las políticas internas de cada compañía o institución, lo cierto es que constituye una herramienta sumamente adecuada para llevar a cabo un proceso de selección que tienda a garantizar la transparencia y objetividad en la elección.

De modo similar a lo que ocurre en los contratos de concesión de servicios públicos, en el contrato de concesión de espacio para la prestación de servicios o provisión de bienes, usualmente se recurre al mecanismo de la licitación, privada en este caso, a fin de no solo obtener las mejores condiciones tanto técnicas como económicas para la prestación del servicio o provisión de bienes, sino también para dotar de mayor transparencia a los procesos contractuales. La licitación tanto pública como privada es un procedimiento de selección de contratistas, concesionarios que persigue la obtención de una mayor transparencia y eficiencia tanto en los aspectos técnicos como económicos, respecto al resultado de este. En efecto, al tratarse de una invitación abierta a ofertar para todos aquellos que deseen participar, asegura la mayor concurrencia y el mismo control que se efectúan entre los oferentes, brindando asimismo mayor transparencia en el proceso. Cassagne se refiere a la transparencia en los procesos de licitación expresando que: “Al promover la concurrencia del mayor número posible de ofertas, la Administración persigue la obtención de un menor precio (principio de eficiencia), o un procedimiento que asegure la realización de la obra en el tiempo que demanda su necesidad (principio de eficacia) […]. En ese marco de principios, los procedimientos de licitación pública o similares permiten lograr una mayor transparencia en las decisiones de las autoridades administrativas”.[22] En este sentido, los procedimientos de licitación pública permiten obtener una mayor transparencia en las decisiones de las autoridades administrativas, en tanto existe más de un interesado en que la Administración observe la legalidad y adjudique a la oferta más conveniente o ventajosa, ya sea por motivos de índole económica o de otra índole.[23] Efectos similares produce la licitación en el ámbito privado en el procedimiento de selección de concesionarios para la prestación de servicios o provisión de bienes, evitando de este modo cualquier intento de corruptela o privilegios que puedan agredir el principio de igualdad que debe regir este tipo de procedimientos. Sin embargo, resulta útil efectuar una aclaración relacionada con el principio de igualdad. Mientras que en los contratos de concesión de servicios públicos la licitación pública se realiza a fin de preservar y respetar el principio de igualdad, en el contrato de concesión privada, el sistema de licitación es optativo. En consecuencia, si el concedente decide saltear o eludir el proceso de licitación privada, los candidatos que participaron del proceso licitatorio eventualmente estarán legitimados para reclamar cuanto menos el reembolso de los gastos en que incurrieron para participar de dicha licitación en el ámbito de la responsabilidad precontractual.

¿Quiénes podrían participar como candidatos en un proceso de licitación privada? Si bien no se aplica puntualmente una norma específica, el concedente, siguiendo pautas que rigen la licitación pública, deberá analizar ciertos parámetros tales como (i) antecedentes y trayectoria en el mercado; (ii) servicios, trabajos de similar envergadura ya realizados; (iii) si se requiere título profesional para prestar el servicio, o realizar el trabajo requerido; (iv) condiciones económicas ofrecidas; (v) condiciones

técnicas ofrecidas, entre otros. En cuanto al desarrollo de la licitación privada, se suelen seguir las etapas habituales de la licitación pública, esto es, (i) anuncio; (ii) presentación de ofertas; (iii) apertura de pliegos; y (iv) adjudicación.

Ahora bien, con relación al segundo presupuesto enunciado, la celebración de este contrato conlleva el ejercicio de actos de administración. Ello conduce a concluir que las facultades requeridas para celebrar este tipo de contrato son las exigidas por el Cód. Civ. para realizar actos de administración.

El tercer presupuesto mencionado alude a la aptitud del objeto. Ello significa que la delegación que el concedente realiza a favor del concesionario para la prestación o explotación del servicio o la provisión de bienes, deberá conllevar una prestación física y jurídicamente posible, lícita, por lo que no podría consistir en una actividad contraria a la moral y a las buenas costumbres, deberá recaer sobre algo concreto y determinado y deberá, asimismo, ser susceptible de valor económico.

El cuarto y último presupuesto hacen referencia a la legitimación que si bien está íntimamente vinculada con la capacidad, apunta, como sostiene Alterini, estrictamente al poder de disposición respecto del objeto del contrato. De este modo, por ejemplo, un concesionario no estaría legitimado para celebrar un contrato de subconcesión otorgando el uso y goce del inmueble objeto de su concesión si en el contrato originario de concesión no se acordó expresamente la facultad de subconcesionar el servicio en dicho espacio.

A continuación, siguiendo la clasificación moderna ya enunciada, analizamos los elementos del contrato de concesión:

6.1. Elementos esenciales a todo contrato

6.1.1. Sujetos

¿Quiénes pueden ser sujetos en el contrato de concesión? A fin de responder a este interrogante, nos remitimos al parágrafo precedente relativo a capacidad y legitimación.

No obstante lo allí expuesto, cabe agregar que para otorgar en concesión el uso y goce de un inmueble a fin de explotar un servicio determinado, el concedente, o en su caso el mandatario debidamente apoderado, podría ser: además del propietario del inmueble, en tanto goza de título suficiente para ceder el uso y goce de este, quien goce de la calidad de tenedor legítimo del inmueble.

A modo de ejemplo, podemos enunciar los siguientes supuestos: locatario, comodatario, fiduciario, concesionario que acrediten facultades suficientes para ceder el uso y goce del inmueble en cuestión y subconcesionar la prestación del servicio o la provisión de bienes.

6.1.2. Objeto

Si bien la aptitud del objeto fue tratada precedentemente entre los presupuestos del contrato, cabe analizar aquí al objeto como elemento esencial del contrato de concesión.

De acuerdo a la clasificación que realiza López de Zavalía sobre él expresa que: “el objeto del contrato está constituido por las relaciones jurídicas, los derechos sobre los que este incide, creándolos, modificándolos, transfiriéndolos, extinguiéndolos”.[24]

El objeto del contrato de concesión consiste en una autolimitación de las facultades del concedente, en la medida en que permite que un tercero explote un servicio o provea determinados bienes que en otras circunstancias podría hacer por sí mismo. El titular de un emprendimiento que puede consistir en una actividad comercial o sin fines de lucro permanente o transitoria, en espacios fijos o itinerantes, propia o a su vez concesionada, tiene, dentro del ámbito de sus instalaciones, el derecho exclusivo de realizar todas aquellas explotaciones acordes o complementarias con la actividad principal que desarrolla. La otra cara de esta obligación negativa, es la sustitución de esa actividad por parte de un tercero.

En este sentido, la jurisprudencia ha entendido que: "el contrato de concesión privada para el caso muy frecuente de explotaciones de buffet de clubes e instituciones semejantes, presenta como rasgo típico común a todo contrato de concesión, la delegación que hace el concedente en el concesionario para que este explote en su nombre y por su cuenta un servicio en interés de aquel, sometiéndose en mayor o menor grado a la organización, dirección, control y modalidad de prestación de servicios impuestos por el concedente".[25]

6.1.3. Causa

La causa principal del contrato de concesión objeto del presente trabajo es la prestación de un servicio determinado o la provisión de bienes a terceros.

Al tratarse de un contrato atípico, la índole del contrato no dependerá estrictamente de la denominación que se le otorgue, sino que más bien, habrá que indagar sobre el verdadero motivo o la finalidad que impulsaron a las partes a celebrar el contrato.

La prestación de servicio o la provisión de bienes como causa del contrato de concesión debe ser realizada en tiempo y forma, de acuerdo a lo pactado entre las partes contratantes, respetando los horarios, días de funcionamiento, modalidades y cualquier otro aspecto acordado.

Resulta relevante que en los considerandos o antecedentes del contrato consten declaraciones expresas referidas a la finalidad tenida en vista por las partes al celebrar el contrato. Esto se encuentra íntimamente vinculado a la posibilidad de alegar como causal de resolución del contrato, la frustración del fin que se refiere a los casos en que hubiese habido un fin causalizado, común a la partes, que por circunstancias sobrevinientes, no personales ni imputables a estas, ajenas a su esfera de influencia y que no hubiesen constituido un riesgo asumido, dicho fin no pudo ser alcanzado.[26]

6.1.4. Forma

Siendo el contrato de concesión un contrato atípico, no existe regulación específica que determine la obligación de exteriorizar la voluntad conforme alguna solemnidad específica.

Por lo tanto, es posible concluir que se aplica el principio general relativo a la libertad de formas regulado en el art. 974 conforme al cual cuando la ley no designa una forma especial "los interesados pueden usar las formas que juzgaren convenientes". De acuerdo con ello, el contrato de concesión podría ser celebrado en forma escrita por instrumento público o privado o bien en forma verbal. No obstante ello, a los fines meramente probatorios, resulta aconsejable la utilización de la forma escrita, ya sea por instrumento público o privado.

6.2. Elementos de los contratos en particular

6.3. Elementos o cláusulas esenciales

6.3.1. Autorización

Ciñéndonos estrictamente a los elementos específicos o típicos del contrato de concesión de espacio, un elemento esencial sin el cual aquel no podría existir, es la autorización para la prestación del servicio o provisión de bienes. A través de ella, el concesionario adquiere legitimación y está facultado para actuar en la prestación del servicio o provisión de bienes.

Tanto concedente como concesionario deberán poseer facultades suficientes para otorgar la autorización en el primer caso y para prestar los servicios o proveer los bienes en el segundo. Por ello, resulta aconsejable que tratándose de personas jurídicas las mencionadas facultades se encuentren comprendidas en sus objetos sociales o bien sean debidamente apoderados para realizar dichas actividades.

6.3.2. Control

A través del contrato de concesión, el concedente ejerce un control o una supervisión sobre la explotación del servicio o la provisión de bienes. En este aspecto, cabe aclarar que el control en este caso se refiere estrictamente a la facultad que posee el concedente de controlar la adecuada prestación del servicio o provisión de bienes, pero de ninguna manera alude al control societario interno, es decir, al obtenido mediante participaciones societarias de una sociedad en otra ni tampoco al control contractual externo, es decir, al control que puede ejercerse a través de lo que Lorenzetti denomina un “entorno contractual”, esto es, préstamos financieros, asistencia técnica, management.[27]

Al respecto, debe señalarse que siendo un contrato de colaboración, existe una finalidad común, donde A celebra un contrato con B puesto que A no puede o no quiere realizar determinada actividad que delega en B. En consecuencia, existe una función de cooperación entre las partes contratantes a fin de alcanzar el objetivo que dio nacimiento al vínculo contractual. En virtud de la titularidad de interés, a una de las partes se le concede el derecho de señalar cómo debe desarrollarse el encargo.[28] En cuanto a esta facultad de control, nos remitimos a un mayor desarrollo en el punto 3.1. del Título III.

Ahora bien, el control y ejercicio del poder de dirección que posee el concedente en relación al concesionario, deben ejercerse dentro de los parámetros y límites adecuados a fin de no caer en un ejercicio abusivo de facultades. Conforme ello, habrá que tener en miras la finalidad que las partes persiguieron al momento de contratar a fin de delinear los límites en el ejercicio del control. A modo de ejemplo, un ejercicio abusivo de control se configuraría si el concedente interfiere en la selección del personal del concesionario, pero tal vez no podría ser considerada abusiva la sugerencia sobre el desplazamiento de algún empleado del concesionario que tuviera actitudes que desdicen del funcionamiento del establecimiento del concedente.

Es decir, el ejercicio abusivo de la facultad de control y dirección implica una desviación en la finalidad que concedente y concesionario acordaron obtener. En este orden de ideas, debe efectuarse una salvedad: la facultad de control y supervisión respecto de la prestación que deriva de este contrato en cabeza del concedente, entendemos, no conduce a configurar una relación laboral con los empleados del concesionario. En este sentido, nos remitimos al Título VI referido a la solidaridad laboral en el cual efectuamos un tratamiento más profundo del tema.

6.3.3. Limitado en el tiempo

El tiempo constituye un elemento específico y esencial del contrato. Como consecuencia de la realidad zigzagueante que viene experimentando nuestro país en los últimos años, resulta cuanto menos dudoso que tanto concedente como concesionario deseen pactar un plazo demasiado prolongado para la explotación de un determinado servicio. Ello como consecuencia de numerosas variables que ejercen algún tipo de influencia a lo largo de la vida del contrato y que resultan en muchos casos inciertas. Nos referimos a variables de inflación, cambios abruptos de gobierno, políticas poco claras, división de poderes que no funciona como tal, entre otras, que quiebran la estabilidad, debilitan la confianza en el sistema y tienen injerencia en las decisiones empresarias. Ante la carencia de certidumbre en el entorno general, en un contrato en el que habitualmente se pactaba un plazo de vigencia prolongado, sobre todo en los casos en que una de las partes se obligaba a realizar ciertas inversiones, ahora se suele acordar un plazo más acotado.

Desde un punto de vista teórico, si bien existen diferencias entre la concesión bajo estudio y la concesión como contrato de distribución comercial, en estos casos, tal como ya lo expusimos, al tratarse de contratos de duración, puede efectuarse un tratamiento conjunto en tanto se aplican principios similares. En virtud de ello, el tiempo de vigencia del contrato debe ser limitado en el tiempo, en tanto no podría efectuarse indefinidamente una delegación. La C.S.J.N. en el precedente Automóviles Saavedra c/Fiat se expidió al respecto entendiendo que: "… Al no haber pactado las partes un plazo de duración para la contratación, la posibilidad de denuncia en cualquier tiempo por cualquiera de las partes no solo no es abusiva, ni contraria a reglas morales, sino que se muestra como la consecuencia lógica del contrato de concesión máxime cuando dicha posibilidad fue expresamente prevista por los contratantes. La lógica indica que si las partes no establecieron un plazo de duraciones es porque entendieron que podrían concluir el contrato en cualquier momento, y no que se ligaron jurídicamente en forma perpetua".[29]

Desde un punto de vista práctico, lo habitual es que las partes pacten un plazo de vigencia o duración del contrato con posibilidades, tales como: (i) renovación al vencimiento por un lado y (ii) la inclusión de alguna cláusula de salida. La primera alternativa puede complementarse con la previsión de excluir la tácita reconducción del contrato, acordando expresamente que la renovación debe instrumentarse previo acuerdo de partes y por escrito. Esta constituye una manera cuanto menos previsora de evitar futuros conflictos referidos a la interpretación sobre su vigencia. Precisamente con relación a la prórroga del contrato la jurisprudencia ha entendido que: "si el plazo de vigencia de la concesión para la prestación de servicios mecánicos fue impuesto compulsivamente en virtud de un aprovechamiento abusivo por la situación de predominio del concedente, podrá ello eventualmente hacer nacer la obligación de reparar el daño que tal circunstancia pudo haber derivado, pero bajo ningún concepto puede autorizar la prórroga del contrato".[30]

La segunda posibilidad enunciada apunta a acordar cláusulas que permitan, tanto al concedente como al concesionario, separarse del contrato debiendo otorgar un adecuado preaviso a la otra parte. De cualquier modo, siempre existirá la posibilidad de salida abonando a la parte perjudicada, la indemnización correspondiente. La jurisprudencia ha sostenido con relación a la ruptura intempestiva de un contrato de concesión que: "al no existir contrato escrito, ni plazo cierto de duración, no cabe dudar de la facultad del concedente de dar por terminada la relación en forma unilateral, ya que si bien las partes no pactaron nada al respecto cabe presumir implícito ese derecho, sobre todo en un régimen de derecho privado donde no se admiten las obligaciones perpetuas. Ello no puede llevar a que la ruptura pueda ser ejercida en forma abusiva y perjudicial para alguna de las partes ya que ello obligaría a la otra a indemnización[31]".

6.4. Elementos o cláusulas naturales

Al tratarse de un contrato a título oneroso, los elementos o cláusulas naturales pueden ser incorporadas voluntariamente por las partes o bien dejadas de lado por ellas. Con relación a este tipo de cláusulas, entre las cuales podemos mencionar, caso fortuito, fuerza mayor, evicción, vicios redhibitorios, resulta procedente remarcar que rige el principio general en virtud del cual las partes pueden restringir, ampliar o renunciar a ellas. Nada obsta a que las partes modifiquen su responsabilidad con respecto a ellas. De este modo, en el ámbito de un centro deportivo para la práctica de esquí, las partes podrían incluir expresamente que las cuestiones climáticas, i.e. falta de nieve total o parcial, tormentas, no podrán o bien podrán, dependiendo del caso, ser alegadas y/o consideradas, a los efectos del cumplimiento de las obligaciones por parte del concedente o del concesionario, como caso fortuito o fuerza mayor. La suspensión de un espectáculo artístico o deportivo, previamente publicitado, podrá originar el derecho a reclamar daños y perjuicios si no se presentaron los recaudos necesarios para la configuración del caso fortuito o fuerza mayor. Al respecto, se pronunció la Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes mediante un pronunciamiento dictado el 2 de julio de 2007, en un caso donde dos particulares promovieron demanda contra el propietario o explotador comercial de un local bailable y contra el Club Atlético Alumni de Veinticinco de Mayo, por indemnización del daño moral como consecuencia de la suspensión de un show musical, fundando su derecho en la Ley N.º 24.240 y siendo el principal argumento de la defensa, la invocación del caso fortuito como eximente de responsabilidad. La Cámara condenó a los demandados indemnizar a los actores, haciendo extensiva la condena al Club Atlético Alumni por considerarlo organizador del show en sociedad con los demandados, en tanto no acreditó un vínculo independiente a través de un contrato de locación de las instalaciones. Entre los fundamentos que a nuestro entender resultan dignos de remarcar, se sostuvo: "La no presentación del grupo […]el día anunciado no fue, entonces, fruto de un mero caso fortuito o de fuerza mayor, como pretende el demandado, con invocación del Decreto Nº 1798/94, reglamentario de la Ley Nº 24.240. Mucho tuvo que ver, a mi juicio, la falta de diligencia por parte de los accionados en tomar las precauciones necesarias para que ello no ocurriera. Si iba a promocionarse el espectáculo, dándose a publicidad por distintos medios de comunicación, lo razonable, para cerciorarse de que no se defraudaría a los convocados, era asegurarse de que "el artista" se presentaría. Y ello solo podía lograrse por medio de un contrato firmado por un representante autorizado del grupo, y que acarreara consecuencias económicas para este en caso de incumplimiento, lo que solo podía tener lugar si el contrato era factible de hacerse valer judicialmente. El caso fortuito es el que no ha podido preverse, o que previsto, no ha podido evitarse (art. 514 C.C.), y es obvio que pudo el accionado prever la no presentación del grupo […] y en consecuencia evitar, o, en su caso, tomar todas las precauciones necesarias, para que ello no ocurriera. Es aplicable la Ley de Defensa del Consumidor 24.240, que contempla la responsabilidad del oferente de un producto (en el caso, un espectáculo público) por la publicidad que emita a tal fin (art. 8). En el caso, claramente la oferta pública fue que el día 3 de mayo de 2003 […] brindaría su show a los concurrentes. Ninguna precaución podía dejarse de lado para garantizar que tal oferta pública se cumpliera".[32]

6.5. Elementos o cláusulas accidentales

6.5.1. Contraprestación

Calificamos a la contraprestación, al igual que Gastaldi, en un elemento accidental en tanto puede existir o no[33]. Esta puede pactarse en especie o en dinero y puede consistir en una suma fija en dinero que debe pagarse en forma mensual, por temporada, o bien en forma anual, o en un porcentaje sobre las ventas. También podría pactarse otro tipo de contraprestación consistente en la realización de mejoras en el inmueble en el cual se presta el servicio o bien en la prestación de servicios o la

provisión de bienes a favor del concedente respecto de determinado grupo de personas por él individualizadas. Tal sería el caso de un contrato de concesión para la prestación del servicio de comedor en un centro comercial, o en un aeropuerto donde el concesionario se obliga a prestar dicho servicio a otros empleados del concedente como forma de pago por la concesión. Como otra variante, es posible pactar una especie de contrato de concesión de espacio con la obligación de pagar una contraprestación en dinero o especie anual, mensual pero además pactar la obligación de realizar mejoras o inversiones las cuales se convertirán en propiedad del concedente una vez finalizada la concesión. Claro está que para evitar cuestiones interpretativas, resulta aconsejable pactar expresamente qué mejoras serán propiedad del propietario del inmueble una vez finalizada la concesión, y cuáles serán propiedad del concesionario. Dicha variante suele presentarse en los casos de concesión de la explotación de un hotel cuando se persigue desarrollar un proyecto determinado (por ejemplo: ampliar la cantidad de habitaciones del hotel) y se acuerda que las mejoras estarán a cargo del concesionario. Consecuentemente, resulta probable que el plazo de concesión sea extenso a fin de que el concesionario pueda amortizar las inversiones efectuadas.

6.6. Relacionado con el cumplimiento del contrato: Entrega de elementos por parte del concedente al concesionario

La entrega de elementos por parte de concedente al concesionario no constituye en sí un elemento. Se relaciona íntimamente con el cumplimiento del contrato, tiene que ver con el principio de ejecución del contrato. Nos referimos particularmente a la entrega de un espacio para realizar allí la actividad concesionada. Hemos aclarado en la primera parte del presente trabajo, que nuestro análisis se circunscribe al contrato de concesión de espacio para la explotación privada de provisión de bienes o prestación de servicios, por lo que en el caso particular, la entrega del inmueble atañe al principio de ejecución del contrato y no constituye un elemento de este.

Asimismo, además del inmueble, el concedente puede asumir la obligación de entregar otro tipo de elementos, como por ejemplo, elementos de cocina cuando el servicio que se concesiona es de gastronomía, o bien, elementos de hotelería cuando se concesionan los servicios en un hotel (piénsese camas, mesas, sillones, sillas, alfombras etc.).

III. Derechos y Obligaciones de las Partes [arriba]

Una de las peculiaridades más destacadas del contrato de concesión es el complejo entramado de relaciones jurídicas que unen a las partes, de las que emanan un cúmulo de derechos y obligaciones.

Estos derechos y obligaciones reflejan la construcción de una verdadera relación de confianza y respeto mutuo entre concedente y concesionario. Precisamente cuando se quiebra el vínculo de confianza y colaboración entre ambas partes, se suscitan los inconvenientes y las desinteligencias que pueden traer aparejadas disputas y, por qué no, el fin de la relación contractual. Por un lado, la falta de colaboración por parte del concedente repercute en la eficiencia, estabilidad y rentabilidad del concesionario. Por otro lado, la mala o ineficiente prestación de servicios por parte del concesionario tiene un efecto nocivo sobre el concedente, más aún, cuando la contraprestación que el concesionario paga al concedente viene atada a las ventas de este último.

1. Derechos del concesionario

A continuación, enunciaremos una nómina de derechos que nacen en cabeza del concesionario como consecuencia de la suscripción del contrato en estudio.

1.1. Uso y goce del inmueble para la prestación del servicio o provisión de bienes

Entre los derechos que puede adquirir el concesionario en este tipo de contrato, siempre y cuando esté pactada la obligación de entregar el inmueble, es el uso y goce de este para explotar allí el servicio concesionado o proveer los bienes pactados. Consecuentemente, el concedente está obligado a entregar el inmueble libre de ocupantes. De este modo, el concesionario podrá ejercer el uso y goce de este en forma pacífica, durante el plazo de vigencia del contrato. Una vez finalizado el contrato, el concesionario está obligado a devolverle al concedente el inmueble en las mismas condiciones en las que lo recibió. Un modo de evitar futuros conflictos que podrían llegar a plantearse al momento de finalización del contrato es incluir una cláusula que determine la fecha de entrega del inmueble al concedente.

Generalmente, suele pactarse un plazo de entrega del inmueble, de 20 días contados desde la finalización del contrato. El mencionado plazo, si bien excede la fecha de finalización del contrato, de algún modo facilita al concesionario no solo el retiro de los bienes muebles y demás equipamiento que hubiere utilizado para prestar adecuadamente los servicios concedidos, sino también el acondicionamiento del inmueble a fin de entregarlo en las mismas condiciones en que lo recibió y libre de todo ocupante, al concedente.

1.2. Fijación de precios por el servicio

El concesionario se encuentra facultado para fijar los precios de los servicios que presta hacia los terceros sin interferencia del concedente, quien se limita a recibir la contraprestación acordada. No es posible soslayar el hecho de que el concesionario determina los precios en función de cubrir los gastos, amortizar las inversiones y generar a favor suyo una ganancia o un rédito adecuado que le permita operar el negocio, obteniendo una rentabilidad acorde este. Sin perjuicio de ello, no habría inconveniente en que la fijación de precios fuese de mutuo acuerdo. Más aún, podría darse la circunstancia de que dicha fijación fuese un elemento que integrase la oferta en caso de licitación.

Ahora bien, ¿qué ocurre si el concesionario fija precios excesivos por los servicios o bienes que presta o provee a terceros? El concedente, ¿tiene a su alcance instrumentos para controlar de algún modo estos desvíos?

El concedente está facultado para solicitar, por ejemplo, el listado de precios finales al consumidor que utilice el concesionario, con el objeto de ejercer cierto control sobre ellos.

Si bien, salvo pacto en contrario, el concedente no podría incidir en la fijación de precios hacia terceros por el servicio que preste el concesionario, podrá velar para que los precios no resulten abusivos, sean acordes a los precios de mercado y sean fijados de acuerdo a parámetros de razonabilidad.

Ahora bien: ¿qué motivo justifica o impulsa al concedente a velar por precios razonables y de mercado, de servicios o bienes que presta o provee el concesionario?

Frente a este interrogante, es posible ensayar algunas respuestas. El hecho de que el concesionario fije precios excesivos o irrazonables, podría afectar al concedente cuando por ejemplo, la contraprestación acordada entre concedente y concesionario no es un monto fijo sino que esta viene atada a las ventas. Consecuentemente, si los precios resultan elevados, esta circunstancia podría provocar una menor afluencia de clientes a dicho local y, por lo tanto, un porcentaje menor de consumo de servicios o bienes, lo que podría generar una incidencia nociva directa en la contraprestación a

ser percibida por el concedente, que al estar vinculada a las ventas, caería junto con ellas.

Otra respuesta, íntimamente relacionada con la precedente, se relaciona con la influencia que la fijación de precios excesivos de un determinado servicio o bien, puede provocar en otros servicios que se presten en un centro de deportes o en un club o en un centro educativo.

En consecuencia, si se trata de un centro de deportes, o de un club, por ejemplo, la menor afluencia de clientela propia del concesionario como consecuencia de los precios excesivos, podría incidir en la menor afluencia de deportistas y/o turistas en su caso. Similar situación podría configurase en el comedor de un centro educativo, donde los precios son elevados lo que conduce a que profesores y estudiantes dejen de utilizar dicho servicio y busquen otro tipo de alternativas.

1.3. Acuerdo de publicidad interior y exterior

Otra de las obligaciones que es posible pactar en los contratos de concesión deriva de los acuerdo de publicidad a los que arriben las partes, como parte integrante del contrato de concesión. Estos acuerdos cobran relevancia en aquellos casos de concesión de espacio en los cuales se estipula el uso y goce de un bien inmueble para la prestación de servicios o provisión de bienes y específicamente cuando la actividad se desarrolla dentro de un espacio en el cual se prestan otros servicios o se proveen otros bienes y se realizan otras actividades. Es allí donde surge la disyuntiva sobre los derechos de publicidad en los diferentes espacios de dicho inmueble. De acuerdo con ello, el concedente tendrá que acordar con el concesionario acerca de si la concesión comprende el ejercicio de derechos a comercializar publicidad.

La primera distinción que conviene realizar, a fin de delimitar los derechos de publicidad, está relacionada con los espacios exteriores e interiores del local. Una posibilidad consiste en reconocer al concesionario el derecho a comercializar la publicidad en los espacios interiores del local a través de contratos de sponsoreo con terceros. Con relación a los espacios exteriores del local, no existe impedimento alguno para que el concedente ceda al concesionario la explotación de la publicidad exterior del local. Con respecto a los derechos de comercialización de la publicidad en los espacios exteriores, en términos generales, el concedente suele reservarse dicho derecho, más aún cuando el local concesionado funciona en un ámbito donde se prestan otro tipo de servicio (i.e., terminales de transporte, clubes deportivos, universidades, ferias, centros de exposiciones, congresos).

Ello es así, en tanto el concedente persigue arribar a acuerdos de publicidad más rentables con sponsors oficiales del predio principal, quienes podrían llegar a exigir la exclusividad en diferentes espacios exteriores, a cambio del pago de una contraprestación, la que puede consistir en dinero o en especie aunque, generalmente, se realizan a través de canjes en especie. En numerosos casos, suele observarse la preparación de programas, que incluyen un paquete de prestaciones relacionadas con acciones publicitarias de imagen, captación y fidelización de clientes que el concedente como propietario del predio, decide ofrecer a sponsors y/o auspiciantes, a cambio de un precio. Este tipo de acuerdos resultan altamente redituables para el propietario del predio principal.

Por ello, deberá reservarse los derechos de publicidad de los espacios exteriores de los locales a fin de disponer libremente de ellos a efectos de que integren el programa de prestaciones antes referido o bien frente a exigencias de sponsors oficiales y/o auspiciantes de este.

Por lo expuesto, resulta indispensable que el contrato de concesión prevea expresamente la delimitación sobre la posibilidad de comercialización de los diferentes espacios físicos.

De este modo, si el concedente, propietario del predio principal, tiene comprometidos con terceros derechos de exclusividad, podrá hacerlos respetar mediante contratos de concesión en los que se pacte expresamente la delimitación de los derechos de publicidad. Más aún, en dichos contratos, es posible prever que si el concesionario realiza alguna contratación que compita con los derechos de exclusividad comprometidos o a comprometer a terceros, dicha situación puede configurar una causal de rescisión del contrato.

1.4. Derecho de uso de las marcas e insignias del concedente

Al abordar el tema relativo a los derechos de uso de marca e insignias de propiedad del concedente por parte del concesionario, resulta indispensable tener presente que de acuerdo a lo que establece la actual Ley de marcas N.° 22.362 en su art. 4, la propiedad de una marca y la exclusividad de uso se obtienen con su registro. De este modo, quien es propietario de una marca tiene la facultad de ceder el uso de ella a favor de un tercero, ya sea en forma gratuita u onerosa.

Como consecuencia de ello, el concedente puede otorgar a favor del concesionario la autorización para utilizar una marca, isologo o isotipo determinados.

De modo similar a los acuerdos sobre publicidad, con relación a las marcas, isologos e isotipos, resulta de utilidad que el concedente delimite mediante cláusulas específicas en el contrato, las pautas sobre la utilización de estas en relación con los espacios, objetos y servicios sobre los que podrán ser utilizadas. Tales pautas podrían consistir, por ejemplo, en la determinación de un procedimiento de aprobación previa por parte del concedente de cualquier presentación o utilización de las marcas en materiales de promoción o publicidad que pretenda utilizar el concesionario. Más aún, podrá pactarse la obligación del concesionario de utilizar las marcas de propiedad del concedente en determinados productos o servicios. Claro está que en este caso, el concedente será responsable en los términos de los arts. 2 y 40 de la Ley Nº 24.240 en virtud de los cuales, responderá solidariamente junto con el concesionario, por haber puesto la marca en la cosa o servicio. Con relación a este tema, nos remitimos al acápite 0. Asimismo, conviene expresar con absoluta claridad en el acuerdo, a fin de evitar conflictos futuros, si el concesionario podrá o no utilizar las marcas propiedad del concedente en relación con alguna otra actividad diferente de la concedida, y si estará facultado para permitir o autorizar a alguna otra persona o entidad con él relacionada, la utilización de las marcas de propiedad del concedente.

Como consecuencia de la autorización de uso de la marca de su propiedad otorgada por el concedente al concesionario, es posible pensar en la posibilidad de explotar comercialmente la marca, el isologo o el isotipo a través del denominado "merchandising". Por "merchandising" se entiende "la explotación comercial de cualquier signo o medio dotado de poder para atraer clientela con el objeto de promover las ventas o el uso de productos o servicios".[34] En tal caso, y a fin de extraer una mayor rentabilidad respecto de la utilización de la marca, el concedente podrá pactar con el concesionario la posibilidad de explotarla comercialmente, a cambio de una contraprestación que puede consistir en un porcentaje sobre las ventas de productos con dicha marca. Asimismo, resultará de utilidad que las partes acuerden, nuevamente, sobre qué bienes, objetos, productos podrán utilizarla.

Con relación a este aspecto, vale la pena efectuar una salvedad con respecto a la Ley Nº 24.240 recientemente reformada. De acuerdo con ella, se incluye como proveedor al concesionario de marca, es decir, no solo será proveedor quien provee el servicio o

vende el producto sino quien coloca su marca en él o autoriza a terceros la utilización de su marca para desarrollar actividades de producción y venta de productos y servicios. En consecuencia, el concedente eventualmente podrá resultar responsable ante un daño ocasionado por el concesionario a un tercero, en tanto se le autorizó el uso de la marca. Asimismo, resulta recomendable que el contrato establezca que, finalizado el plazo contractual, se produce el cese de la autorización para utilizar la marca de propiedad del concedente; ello, a fin de poner un límite temporal al uso de esta. Para un mayor tratamiento del tema, nos remitimos al punto 2. del Título VIII del presente escrito.

2. Obligaciones del concesionario

2.1. Pago de la contraprestación (monto fijo, porcentaje de ventas, mejoras)

Esta obligación representa la contraprestación por la realización de la actividad. Al respecto, hemos sostenido que la existencia de esta no constituye un elemento esencial a este tipo de contrato. En la práctica comercial, en la enorme mayoría de los contratos de este tipo, suele pactarse algún tipo de contraprestación. Son aislados los supuestos en los cuales existe un interés particular en permitir el uso y goce de un espacio físico y explotar una determinada actividad, sin acordar contraprestación alguna.

Cuando dicha contraprestación existe, es obligación del concesionario cumplir con ella en el plazo y en la forma estipulada. Cuando se trata de un porcentaje sobre las ventas, el principal escollo consiste en conocer el volumen de ventas del concesionario y efectuar el debido control sobre estas, a fin de determinar a partir de dicho volumen, el porcentaje por pagar como contraprestación. Una manera útil y efectiva, aunque un tanto tediosa, consiste en realizar auditorías periódicas (podría ser en forma mensual o quincenal) sobre las ventas del concesionario, a fin de determinar con mayor precisión el volumen de ventas.

2.2. Pago de servicios (gas, luz, teléfono y otros)

Otra de las obligaciones que asume el concesionario al suscribir un contrato de concesión, salvo pacto en contrario, es el pago de los servicios necesarios para realizar la explotación de la actividad. En este aspecto, el contrato de concesión se asemeja al contrato de locación de un inmueble, en el cual, salvo que se acuerde algo diferente, el locatario tiene la obligación de abonar en término los servicios cuyo uso comprende la locación, tales como servicio telefónico, de energía eléctrica, gas entre otros.

En este sentido, la jurisprudencia ha sostenido que: “el hecho de que del contrato surja que la locación comprendía el uso de dos líneas telefónicas, es suficiente para arribar a la conclusión de que el locatario se encontraba obligado a abonar el importe de las facturas correspondientes mientras ocupara el inmueble, sin que a ello obste que la titularidad del servicio figure a nombre de un tercero, ni le resta legitimación al locador para reclamar el pago ya que si el uso de las líneas ha integrado la locación, es porque aquel detentaba su tenencia[35]”. En sentido similar, cuando se otorga el uso y goce de un inmueble, se suele pactar que el concesionario se hará cargo mientras dure la concesión, del pago en tiempo y forma de los servicios que comprenda dicho uso y goce. Está implícita la obligación que tiene el concedente de facilitar que los servicios estén disponibles a través de tareas de habilitación y mantenimiento en caso necesario.

Incluso, podría sugerirse, que en los supuestos en que las concesiones se otorguen por un plazo medianamente extenso, el concesionario se comprometa a colocar bajo su titularidad, mientras dure el plazo contractual, los servicios correspondientes al inmueble. De este modo, en caso de que el concesionario adeude algún período, la

deuda correspondiente a dicho período quedará en cabeza del concesionario y no del concedente. Sin perjuicio de ello, en cada caso concreto habrá que analizar las posibilidades concretas de cambio de titularidad y de instalar un medidor independiente a fin de diferenciar el consumo de energía, gas o del servicio de que se trate. Al respecto, las partes podrán pactar que determinado servicio sea abonado en forma directa por el concedente al respectivo organismo, y luego facturado por este al concesionario. Más aún, si el espacio concesionado está ubicado en un edificio bajo el régimen de propiedad horizontal, además de facturarle la totalidad de lo detallado por el medidor instalado, se podrá facturar el porcentual correspondiente al consumo del servicio (por ejemplo, electricidad) consumido en partes comunes del edificio.

2.3. Prestación del servicio o provisión de bienes

Esta constituye la causa del contrato bajo estudio, pero adicionalmente configura una de las obligaciones de mayor relevancia que asume el concesionario.

La explotación del servicio o provisión de bienes estará sujeta a diferentes recaudos y exigencias dependiendo de la actividad de que se trate. No obstante ello, cualquiera sea la actividad, deberá cumplirse en tiempo y forma y ajustarse a lo que las partes contratantes hubieren pactado en términos de horarios, días de funcionamiento, contratación de seguros, contratación de personal, cumplimiento de reglamento interno en caso de existir, facturación, cumplimiento de normas de seguridad, habilitaciones para el desarrollo de la actividad, etc. Las obligaciones mencionadas serán desarrolladas por separado a lo largo del presente capítulo.

2.4. Contratación de seguros

En este tipo de contratos, el concedente suele exigir la contratación de seguros que cubra cuanto menos los siguientes rubros:

2.4.1. Seguro sobre el inmueble:

El concesionario deberá contratar un seguro sobre el inmueble que garantice posibles daños sobre este por un monto que las partes podrán determinar de común acuerdo.

2.4.2. Seguro de responsabilidad civil:

Que garantice eventuales daños que pudieran afectar a terceros por un importe que las partes determinarán en forma conjunta con motivo de toda actividad que el concesionario desarrolle, durante toda la vigencia del contrato.

2.4.3. Otros seguros conforme a la actividad:

El concesionario deberá contratar los seguros que sean necesarios conforme a la actividad que desarrolle. Así, por ejemplo, si se trata de la explotación de travesías en vehículos 4x4, el concesionario debería contar con seguro por muerte, por invalidez, por asistencia médica respecto de los turistas que contraten el servicio.

Resulta aconsejable exigir que las pólizas de seguro, cuanto menos las referidas a responsabilidad civil y la del inmueble, sean contratadas durante la vigencia del contrato y sean endosadas a favor del concedente a fin de evitar futuras dilaciones frente al acaecimiento de un siniestro.

2.5. Fianza

Cuando existe la obligación de entrega de inmueble, el concedente podría requerir al concesionario el cumplimiento de ciertas garantías.

Por analogía con el contrato de locación de cosas y como garantía del fiel cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones asumidas, el concesionario podrá designar un fiador solidario, liso, llano y principal pagador de todas y cada una de las obligaciones contraídas por él, haciendo expresa renuncia a los beneficios de división y excusión.

Asimismo, las partes pueden acordar que la fianza subsista luego del vencimiento del plazo pactado y hasta tanto el concedente recupere las instalaciones y demás bienes de su propiedad y le hayan sido abonados la totalidad de los importes adeudados como consecuencia del contrato de concesión.

En el precedente Automóvil Club Argentino c/Afriol, la Sala G de la Cámara de Apelaciones en lo Civil sostuvo que: "si el codemandado se obligó frente al actor como garantía del fiel cumplimiento de la concesión y se hizo responsable personal de todos los daños y perjuicios que pudiera sufrir el accionante, en carácter de liso llano y principal pagador con expresa renuncia a los beneficios de división y excusión, no se trata de un fiador, aunque así se lo denomine, sino que las menciones referidas lo erigen en codeudor solidario y debe tanto las obligaciones de fuente contractual como las de fuente extracontractual".[36]

Con referencia a la fianza en la locación, debe agregarse que a través de la Ley N.° 25.628 de fecha 23-VIII-2002, se incorporó al Cód. Civ. el art. 1582 bis en virtud del cual el fiador deberá prestar por acto expreso su consentimiento, ante cada renovación o prórroga, tácita o expresa del contrato locativo y nunca antes de concluido. Es decir, que la extensión de la fianza debe ser consentida expresamente por el fiador, a fin de evitar abusos por parte del locatario mediante modificaciones de los términos contractuales sin conocimiento del fiador. Si bien esta norma se refiere estrictamente a los contratos de locación, resulta prudente sugerir que en los contratos de concesión, más precisamente en la cláusula referida a la fianza, se incluya expresamente que el fiador deberá prestar expreso consentimiento respecto de la fianza, ante cada renovación, prórroga o tácita reconducción del contrato de concesión.

2.6. Desalojo y entrega del local al finalizar el contrato

Si bien es cierto que es una obligación del concesionario devolver el local al finalizar el contrato en las mismas condiciones en las que lo recibió, o bien con las mejoras incorporadas a este, si se acordó como parte de la contraprestación, una de las vicisitudes más delicadas deriva de la ausencia de cumplimiento de esta obligación. Como consecuencia de la incierta realidad económica que viene atravesando nuestro país, cuanto menos en estos últimos años, tal como lo adelantamos, los concedentes prefieren acordar contratos breves con posibilidad de renovarlos por otro lapso de tiempo similar. Ante la situación descripta, el concedente deberá estar atento al acaecimiento del vencimiento del plazo para recuperar el uso y goce del inmueble, a fin de no generar interpretaciones distorsivas relacionadas con la tácita reconducción del contrato, ya que en ese caso, corre el riesgo de verse obligado a accionar judicialmente para recuperar el inmueble, perdiendo de ese modo la posibilidad de concesionar la prestación del servicio a un tercero durante el tiempo que dure el procedimiento de desalojo del anterior concesionario.

Una sugerencia que habitualmente se hace al concedente es hacer firmar junto con el contrato de concesión, un convenio de desalojo anticipado, con firmas certificadas por escribano público. De este modo, el concedente contará con un instrumento eficaz, que dotará de celeridad al procedimiento de desalojo, en tanto podrá ejecutarlo judicialmente. Al respecto nos remitimos al Capítulo VII, sobre ocupación ilegítima y desalojo.

2.7. Responsabilidad por el personal que contrate para prestar el servicio. Cumplimiento de normativa laboral

Otra arista muy delicada que engendra este tipo de contratos, se relaciona con la extensión de responsabilidad que puede sufrir el concedente como consecuencia del vínculo laboral entre el concesionario y un empleado suyo, como consecuencia de la aplicación de la ley laboral. Con relación a este interesante aspecto, nos remitimos a su tratamiento en el Título VI referido a la solidaridad laboral analizado en el presente trabajo.

Íntimamente relacionado con el problema de la extensión de responsabilidad, se halla el hecho de que el concesionario dentro del marco de este contrato de concesión, es el empleador exclusivo del personal que utilice. Ahora bien, a fin de tomar la mayor cantidad de recaudos posibles frente a una eventual extensión de responsabilidad, el concedente deberá centrar su atención y control en el estricto cumplimiento por parte del concesionario, de la totalidad de obligaciones legales, impositivas y administrativas vigentes. Al respecto, resulta recomendable exigir al concesionario, en forma simultánea a la contratación de los empleados que prestarán el servicio, la acreditación de la contratación de seguros sobre el personal contratado. A modo de ejemplo y sin que esta enumeración resulte taxativa: seguro de vida, ART, accidentes de trabajo para cada uno de ellos. Asimismo, en virtud de la facultad de control, es posible requerirle que acredite ante el requerimiento del concedente, el pago de los salarios, vacaciones, bonificaciones, indemnizaciones en caso de corresponder, cargas sociales y demás beneficios sociales establecidos o que se establezcan por las leyes y/o convenios a favor de su personal durante todo el tiempo en el que este se desempeñe a su servicio, así como la contratación y pago de los seguros antes referidos. Del mismo modo, será conveniente exigirle la acreditación del pago de los importes jubilatorios de él (en su caso) y del personal de su dependencia y/o de los emergentes del cumplimiento de las leyes, decretos, convenios y demás disposiciones sociales, legales y fiscales.

Estos recaudos no constituyen garantía de limitación de responsabilidad en ocasión de un conflicto judicial iniciado por un empleado del concesionario, tal como se verá más adelante. Pero, de alguna manera, permiten acreditar la debida diligencia del concedente en el ejercicio de su facultad de control. En este aspecto, cabe efectuar una breve referencia en caso de detectar algún incumplimiento por parte del concesionario relativo a las cargas sociales y/o remuneraciones de sus empleados. En este sentido, el art. 136 de la Ley de Contrato de Trabajo estipula que: “los trabajadores contratados por contratistas o intermediarios tendrán derecho a exigir al empleador principal solidario, para los cuales dichos contratistas o intermediarios presten servicios o ejecuten obras, que retengan, de lo que deben percibir estos, y les hagan pago del importe de lo adeudados en concepto de remuneraciones u otros derechos apreciables en dinero provenientes de la relación laboral.

El empleador principal solidario, podrá, asimismo retener de lo que deben percibir los contratistas o intermediarios, los importes que estos adeudaren a los organismos de seguridad social con motivo de la relación laboral con los trabajadores contratados, por dichos contratistas o intermediarios, que deberán depositar a la orden de los correspondientes organismos dentro de los 15 días de retenidos. La retención procederá aunque los contratistas o intermediarios no adeudaren a los trabajadores importe alguno por los conceptos indicados en el párrafo anterior”. En virtud de ello, el concedente para el caso de detectar algún incumplimiento por parte del concesionario, relativo a las cargas sociales y/o remuneraciones de sus empleados, deberá retener y depositar por cuenta del concesionario los importes correspondientes. Sin perjuicio de ello y con relación a esta norma, resulta aconsejable incluir en el contrato como causal de resolución, la situación de retener y depositar por cuenta del concesionario en tanto configura un incumplimiento por parte del concesionario de su

obligación de abonar los importes correspondientes a los organismos de seguridad social.

2.8. Cumplimiento de habilitaciones y permisos y de toda la legislación aplicable para la prestación del servicio o provisión de bienes

El cumplimiento por parte del concesionario de todas las leyes y reglamentaciones nacionales, provinciales, municipales, de salud pública, comercio, energía y de trabajo, según corresponda de acuerdo a la actividad de que se trate, constituye otra de las obligaciones en cabeza del concesionario. Ello así, en tanto al ser el concesionario independiente y actuar por su cuenta y riesgo, en definitiva, es el único responsable de las infracciones en las que incurra. Por lo tanto, está obligado no solo a respetar las normas relativas a expendio de bebidas alcohólicas y tabaco a menores de edad sino también a cumplir y respetar la legislación aplicable de acuerdo al lugar donde se desarrolle la actividad, sobre la prohibición de fumar en lugares cerrados o la adecuación de los lugares donde se permita fumar, a los recaudos exigidos para ello.

Con relación a la gestión y obtención de todas las habilitaciones municipales que fueran necesarias para la explotación del predio principal, en la práctica, suelen quedar a cargo del concedente y las referidas al local concesionado en particular, a cargo del concesionario, ya que quien está en mejores condiciones de cumplir los recaudos exigidos para habilitar la actividad específica concesionada, es el concesionario en su calidad de especialista o experto en la actividad. Por su parte, el concedente no solo deberá prestar la colaboración que sea necesaria para la obtención de las habilitaciones sino que también, deberá ejercer su facultad de control a fin de verificar el debido cumplimiento de estas al iniciarse la actividad, corroborando la acreditación por parte del concesionario de encontrarse libre de deudas municipales como requisito indispensable para la liberación de las garantías que se hubieren otorgado en virtud del contrato. Sin perjuicio de lo expuesto, es responsabilidad de ambas partes, derivada de la obligación de colaboración entre ellas, ocuparse y ejercer control recíproco sobre el cumplimiento de las habilitaciones necesarias a fin de evitar cualquier tipo de sanción, clausura del local o suspensión de la actividad. Más aún, suele acordarse que la falta de obtención de las habilitaciones requeridas para funcionar, configuran causal de resolución del contrato.

Al respecto, resulta de utilidad referirnos a un caso en el que se planteó la responsabilidad de las partes por la falta de habilitación del local, aún cuando se trataba de una locación de un local comercial, en tanto podría suscitarse una situación similar en un contrato de concesión. Al respecto, se entendió que: “Conocida, por parte del locador y dueño de la propiedad, la reglamentación municipal aplicable, en cuanto restringe determinado tipo de actividad comercial, tal hecho debe ser comunicado al locatario previo a la firma del contrato. Luego, omitida esa conducta, no puede deslindar su responsabilidad, por cuanto ello es corolario del principio de buena fe, que ha de imperar en los contratos y negocios.

Pero, a su vez, el locatario incurre en negligencia si no se cercioró debidamente de las características particulares para el desarrollo de su negocio, con base cierta en el referido principio de buena fe negocial, máxime si aquel pudo desenvolverse durante más de un año en el local arrendado, sin que hubiera algún tipo de sanción o clausura por parte del ente municipal. Tales circunstancias imponen una distribución igualitaria de la responsabilidad, ante la imposibilidad de continuar la relación locativa”.[37]

2.9. Cumplimiento de reglamento interno

En ciertos supuestos, es común aunque no obligatorio, que exista un reglamento interno. Esta circunstancia se da principalmente en lugares tales como clubs deportivos, sociales, culturales, asociaciones sin fines de lucro, centros educativos,

centro de exposiciones etc. Normalmente, este tipo de reglamentos regulan diferentes aspectos que hacen a la vida interna del lugar y de los socios o clientes que allí concurren, conforme a la actividad específica que se desarrolla en él. En consecuencia, el tercero que ingrese a esa órbita, deberá conocer y respetar la normativa aplicable. Esta obligación que nace en cabeza del concesionario, representa la contracara del derecho de control que tiene el concedente, el cual se desarrollará infra con mayor detalle.

2.10. Mantener en funcionamiento la prestación del servicio o provisión de bienes en los días y horarios acordados

Otra de las obligaciones que nacen de esta figura y que recae en cabeza del concesionario es la de explotar el servicio o proveer los bienes de acuerdo al cronograma de días y horas pactadas. Esto significa que el concesionario no estará facultado para llevar a cabo la explotación fuera de los horarios y días que acuerde el concedente ya que deberá adaptarse a las pautas de organización impuestas por este. En igual sentido, Martorell al describir las características de este instituto, sostiene que: "el concesionario se debe acomodar a las pautas de organización y prestación del servicio impuestas por el concedente. Dicho en otros términos, será la entidad que otorgue la concesión del servicio (por ejemplo: un club, colegio, universidad privada, sindicato, nosocomio etc.), la que habrá de fijar los horarios y condiciones de atención al público por parte del concesionario".[38]

2.11. Prohibición de cesión del contrato por ser intuitu personae

El contrato de concesión de espacio para la explotación privada de provisión de bienes o la prestación de servicios es un contrato intuitu personae. Cuando el concedente contrata tiene en miras las cualidades o características no solo técnicas sino también personales del concesionario. Precisamente, por tratarse de un contrato intuitu personae, es menester resaltar que el concedente ha prestado especial atención a las características personales del concesionario, es decir, ha escogido a dicha persona en particular y no a otra, por lo que se desprende un principio general relativo a la prohibición de ceder el contrato a un tercero.

No obstante ello, las partes voluntariamente pueden acordar que la cesión del contrato se realice sujeta a la previa autorización expresa del concedente. En similar sentido, ha fallado la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial en autos "Baffini, Nélida G. y otro c/Asociación Cristiana de Jóvenes de la República Argentina" en un pronunciamiento dictado con fecha 27 de marzo de 2007, mediante el cual decidió confirmar la sentencia de primera instancia que rechazó la demanda de daños y perjuicios iniciada por el concesionario de un buffet de propiedad de la demandada, derivados de la ruptura de un contrato de concesión con respecto al cual el concesionario decidió ceder a favor de un tercero, toda vez que la cesión de dicho contrato se efectuó sin consentimiento de la concedente. Asimismo, el Tribunal entendió que por ello, la ruptura de la relación contractual no podía ser atribuida a esta última, máxime si ni siquiera había sido acreditado que hubiere existido un consentimiento tácito de la demandada[39]. De acuerdo con ello, es posible concluir que la ausencia de autorización o de consentimiento por parte del concedente frente a la cesión del contrato a favor de un tercero, puede traer aparejada la ruptura del vínculo contractual por parte del concedente sin generar indemnización alguna a favor del concesionario.

2.12. Facturación en forma separada a fin de evitar confusión por apariencia

El cumplimiento de esta obligación por parte del concesionario es de fundamental relevancia ya que es un modo de salvaguardar la eventual responsabilidad del

concedente frente a algún reclamo de un tercero, generado como consecuencia de la confusión por apariencia.

Expresamos ya que el concesionario actúa a nombre y por cuenta propia, de modo que deberá contratar a terceros a nombre propio y deberá asimismo, facturar a nombre propio. En este aspecto, resulta necesario aclarar en forma expresa en el contrato, aunque resulte redundante, que el concesionario debe dejar constancia expresa en la factura de su denominación, cumpliendo con toda la normativa impositiva vigente en la materia. Ello, a fin de evitar conflictos interpretativos que den lugar a extensiones de responsabilidad hacia el concedente.

2.13. Cumplimiento de normas de seguridad (matafuegos, salidas de emergencia etc.). Obligación de seguridad

La obligación de seguridad se presenta como una obligación implícita en el contrato de concesión de espacio para la explotación de servicios o provisión de bienes, ya que de los servicios o bienes puede derivarse un daño a terceras personas. Se ha dicho sobre la obligación de seguridad que: "puede definirse como la obligación accesoria en virtud de la cual el titular o concesionario de una discoteca debe, además de aquel complejo de deberes primarios que se conjugan en la prestación principal prevista en el contrato (servicio de música, escenario para el baile y esparcimiento, suministro de bebidas, entremeses, bocadillos y otros tipos de comestibles), velar por que ni las prestaciones o servicios brindados, ni los objetos o dependientes suyos, ni la actividad, desórdenes y pasiones que genera el objeto propio de su quehacer comercial […] provoquen daños en las personas o los bienes de sus clientes".[40] Ahora bien, el planteo inmediato que se suscita es si se trata de una obligación implícita de medios o de resultado. Entendemos que esta distinción dependerá de la actividad o del servicio en particular de que se trate.

Así, en la concesión de un hotel, la obligación de seguridad será de medios por lo que el concesionario para liberarse de responsabilidad deberá demostrar que actuó con diligencia y que tomó todos los recaudos y medidas necesarias para evitar el acaecimiento del hecho dañoso. En este sentido, resulta de fundamental relevancia el cumplimiento de las normas de seguridad e higiene (i.e., presencia de matafuegos debidamente cargados en las zonas exigidas por la normativa vigente, indicación de las salidas de emergencia, medidas de higiene aplicadas en los alimentos, etc.).

En diferente sentido, si se trata de la concesión de los servicios de medios de elevación en un centro de esquí, entendemos que la obligación implícita de seguridad es de resultado.

Cabe recordar que el concedente a través de la facultad de control deberá velar por el cumplimiento de las normas de seguridad por parte del concesionario. Asimismo, al concedente le interesará controlar este aspecto porque en definitiva podrá resultar responsable por la culpa in eligendo, en tanto escogió a ese concesionario por sus cualidades o características personales y/o técnicas ya que es un contrato intuitu personae, y no a otro, para realizar la explotación del servicio.

3. Derechos del concedente

3.1. Control e inspecciones (de calidad, del servicio, de cumplimiento de normas impositivas, laborales, provisionales, seguros, estado de instalaciones)

Uno de los elementos esenciales que caracterizan al contrato de concesión de espacio, es el control que el concedente puede ejercer sobre el servicio que presta o los bienes que provee el concesionario, como consecuencia de la delegación objeto del contrato. Dicho control se extiende sobre diferentes aspectos, tales como la posibilidad de

reglamentación, la realización de inspecciones de diferentes tipos, las auditorias sobre la documentación, libros del concesionario, volumen de ventas, entre otros.

En este sentido, la jurisprudencia ha entendido que: “el contrato de concesión privada es aquel por el cual una parte otorga autorización a otra para la explotación de un servicio que le compete o desea prestar a terceros, obligándose esta otra a realizar tal explotación bajo el control de aquella, entregándole la primera o no bienes para la explotación y comprometiéndose o no la última a abonar una compensación. Por tanto, no es la entrega de la tenencia del espacio físico ni el pago de una suma mensual —variable o no— lo que define el contrato de concesión, ni lo que permite descartarlo para encuadrar el pacto en la locación de cosa. El elemento esencial de la concesión es el control del concedente, traducido en la posibilidad de reglamentar el servicio a prestar por el concesionario. La circunstancia de consistir el contrato en una delegación de actividad, lleva a concluir que el control de esta por el concedente debe ser elemento esencial. El control se manifiesta en el dominio que siempre debe tener el concedente sobre la prestación de servicio, ya que este ha sido delegado. Se traduce en la posibilidad de reglamentación y vigilancia”.[41]

Debemos señalar que el control no significa subordinación técnica, ni económica, ni jurídica tal como expresamos precedentemente, en tanto el concesionario asume la prestación de servicio en forma independiente. El control por lo tanto se traduce en la posibilidad que tiene el concedente de reglamentación y vigilancia.[42]

En cuanto a la reglamentación, esta puede ser incluida en el texto del contrato entre concedente y concesionario, o bien, puede provenir de un reglamento preexistente.

Ahora bien, ¿qué aspectos de la relación comercial pueden ser reglamentados por el concedente? A modo de ejemplo, es posible mencionar los siguientes: (i) vinculados a la prestación del servicios: 1) horario y días de funcionamiento del local; 2) fachada del local, piénsese por ejemplo en un centro turístico, situado en medio de las montañas donde se busca otorgar cierta uniformidad a los locales a fin de no alterar la armonía del paisaje; 3) cualidades del personal que preste el servicio: exigir título profesional, en ciertos casos; 4) mercaderías: podría ocurrir que el concedente tuviere un convenio de exclusividad con alguna marca y como condición del contrato y a fin de respetar dicha exclusividad, exigiere al concesionario la utilización de esa marca; 5) control de calidad: a los efectos de ejercer un control de calidad y de que el servicio se adecue en todas sus partes a lo dispuesto por la Ley Nº 24.240 de Defensa al Consumidor, el concedente podrá, en cualquier momento, inspeccionar las instalaciones y efectuar las observaciones que considere convenientes para que se mantenga el nivel de los servicios o la provisión de los bienes acorde con el prestigio del lugar donde desarrolla la actividad; (ii) vinculados a los precios: 6) el concedente, tal como lo expusimos supra, podrá controlar la fijación de precios hacia los terceros, o bien exigir al concesionario que determine algún tipo de descuento a favor de clientes preferenciales, socios etc.; (iii) vinculados a cuestiones de seguridad: 7) cumplimiento de normas laborales respecto de los empleados que contrate; 8) contratación y endoso de las pólizas de seguro contra incendio, responsabilidad civil, etc.; 9) estado y limpieza de las instalaciones; 10) verificación de la existencia de matafuegos, salidas de emergencia debidamente señalizadas y demás requisitos relativos a las normas de seguridad e higiene; (iv) vinculadas a la publicidad: 11) cumplimiento de los acuerdos de publicidad y utilización de marcas conforme lo pactado; (v) vinculadas a las habilitaciones: 12) cumplimiento de normas y habilitaciones aplicables al predio y a las actividades.

Asimismo, el concedente podrá inspeccionar o auditar la documentación legal y contable referida a la prestación del servicio o provisión de bienes, el cumplimiento en término del pago de los servicios de telefonía, eléctrico, de gas etc. Pero fundamentalmente, podrá inspeccionar y auditar los libros de comercio, facturas,

volumen de ventas, en tanto el control configura un elemento esencial que hace a la naturaleza del contrato bajo análisis.[43]

4. Obligaciones del concedente

4.1. Permitir el uso y goce del inmueble

Esta obligación adquiere virtualidad lógicamente en aquellos contratos de concesión en los cuales se entrega un inmueble a fin de que el concesionario desarrolle allí la explotación del servicio. En virtud de ello, el concedente deberá permitir el uso y goce pacífico del inmueble a fin de que el concesionario realice la actividad concesionada. Más aún, el concedente deberá facilitar u otorgar facilidades que tenga a su alcance con el objeto de que el concesionario pueda poner en funcionamiento y desarrollar la actividad a lo largo de la vida del contrato.

Un ejemplo, si bien extremo pero gráfico, lo constituye la obligación del concedente de facilitar el uso de las máquinas pisa nieves para subir los elementos y enseres que el concesionario necesite para organizar y llevar a cabo la explotación del servicio, en un inmueble ubicado dentro de un centro de esquí, en un parador situado en lo alto de una montaña al cual solo puede accederse a través de medios de elevación o bien con máquinas pisanieves.

4.2. No obstaculizar la prestación del servicio o provisión de bienes

Esta carga se relaciona íntimamente con la obligación descripta precedentemente y con la finalidad propia del contrato de concesión. El concedente al otorgar la concesión a favor de un tercero lo hace a fin de que el concesionario explote una actividad en su propio nombre y por su cuenta. En consecuencia, el concedente deberá respetar dicha concesión y no podrá interferir u obstaculizarla injustificadamente.

Con referencia a ello, se ha pronunciado la jurisprudencia en un caso de un club deportivo que era titular de la concesión del servicio de cantina y buffet-restaurante en el siguiente sentido: “si del contrato celebrado entre las partes surge que la explotación concedida al actor por el Club demandado, no tenía otras limitaciones que las establecidas en dicho instrumento: la de mantener el demandado la explotación de la cantina paralelamente con el buffet-restaurante cedido en concesión al actor, cada vez que se realizara dentro de las instalaciones de la institución alguna manifestación de carácter deportivo y/o cultural; carece de toda justificación lo pretendido por el Club accionado de cerrar la puerta que comunicaba el restaurant con las demás instalaciones de dicha entidad los días que se realizaban bailes, impidiendo que quienes concurrían a los mismos pudieran acceder al negocio explotado por el actor, ya que ello aparece como una grave violación de lo pactado, al par de atacar el sustancial principio de buena fe establecido por el art. 1198 del Cód. Civ.”.[44]

4.3. Garantizar ciertos servicios (seguridad, recolección de basura, servicios esenciales)

En los supuestos en que en el predio principal se concesionan varias actividades, el concedente frecuentemente tiene a su cargo la obligación de garantizar al concesionario determinados servicios básicos a fin de posibilitar la explotación de la actividad otorgada en concesión.

Ilustrando con un ejemplo la situación, podríamos mencionar el caso de la concesión de los servicios de televisión por cable en una clínica o en un hotel donde resulta indispensable para su explotación, el funcionamiento del servicio eléctrico. Ante una eventual crisis energética, el concedente deberá actuar de modo diligente y tomar los recaudos necesarios a través de la locación de generadores eléctricos, por ejemplo, a

fin de asegurar la provisión de energía eléctrica a todos aquellos servicios concesionados que la requieran. Más aún, esta última obligación podría pactarse expresamente en el contrato.

5. Derechos y obligaciones facultativas comunes a ambas partes

Existen ciertas obligaciones comunes a ambas partes, las cuales no se refieren estrictamente a elementos esenciales del contrato, pero que pueden ser acordadas en forma facultativa.

Entre ellas, podemos mencionar las siguientes:

5.1. Conflicto de interés

Una de las obligaciones comunes o recíprocas que es posible pactar entre las partes contratantes tiene que ver con la obligación de no incurrir en conflicto de interés entre las actividades propias de una de las partes y los negocios de la otra e incluso la obligación de no facilitar directa o indirectamente la realización de actividades que pudieran estar en competencia con los servicios o provisión de bienes que presta la otra. Un modo adecuado de complementar esta obligación podría consistir en el deber de informarle, cuando pudiere generarse una situación de conflicto de interés, estableciendo que su incumplimiento configura una causal de rescisión del contrato.

Se trata de una cláusula con contenido que podríamos denominar “espejo”, en tanto dispara una misma obligación en cabeza de ambas partes contratantes.

5.2. Indemnidad

No es posible ignorar que en este tipo de acuerdos, además del vínculo jurídico que existe entre concedente y concesionario, se generan asimismo relaciones jurídicas con terceros ajenos a dicho vínculo. En consecuencia, usualmente las partes estipulan otorgarse recíprocamente indemnidad ante un eventual reclamo de un tercero como consecuencia de la suscripción del contrato de concesión.

De este modo, podrá establecerse que si una de las partes resulta demandada, la otra deberá hacerse cargo de los gastos de defensa de ella, del importe que eventualmente la parte demandada debiera abonar originado en el reclamo, con más un importe igual en concepto de indemnización.

5.3. Confidencialidad

A través de este tipo de convenio, ambas partes tienen acceso a cierta información interna de la otra. En términos generales, las empresas suelen ser bastante cuidadosas con su inside information, en tanto es por todos conocidos aquel dicho según el cual “información es poder”.

En este orden de ideas, si bien no es obligatorio, resulta altamente recomendable incluir una cláusula en virtud de la cual ambas partes se comprometan a mantener la confidencialidad de toda la información a la que hubieren tenido acceso acerca de la empresa, en relación con sus negocios, sistemas informáticos, contables o desarrollos futuros, tanto durante la vigencia del contrato como así también aun cesada esta durante un plazo prudencial. A fin de otorgarle entidad, resulta aconsejable establecer que el incumplimiento de esta obligación, dará lugar a la rescisión del contrato, sin perjuicio del posterior reclamo de todos los daños y perjuicios que el incumplimiento hubiere ocasionado.

IV. Comparación con otras figuras Típicas y Atípicas [arriba]

1. Concesión de servicio público

La primera figura contractual con la que deviene inevitable efectuar una comparación, es la concesión de servicio público del derecho administrativo. Al respecto, se ha dicho que: "[...] dejando a salvo que el concedente no es el Estado, no se diferencia mayormente de la concesión administrativa para los efectos que el Estado o sus reparticiones centralizadas o descentralizadas contratan con terceros para la atención de su personal. En ambos casos, se apela a procedimientos licitatorios y en muchos casos, incluso se paga un precio por la concesión, se constituye una garantía, se vigila la actuación y la calidad y precios de los servicios que recibe [...]".[45]

Compartimos la opinión precedente en cuanto a que existen puntos de contacto entre las figuras mencionadas, mas disentimos en el modo de pretender asimilarlos casi totalmente. Existen aspectos semejantes, pero el hecho de que en la concesión de servicios públicos se aplique un régimen exorbitante completamente diferente del derecho privado y que intervenga el Estado como parte contratante, marca el aspecto de mayor distancia entre ambos contratos, que impide asimilarlos sin tener en cuenta que la distinción entre ambas figuras viene dada por regímenes de fondo diferentes aplicables a cada una de ellas. En este sentido, cabe agregar que así como los contratos de locación de bienes públicos son juzgados por las normas del derecho administrativos y solo subsidiariamente por las normas del Cód. Civ.[46], de modo analógico puede sostenerse que los contratos de concesión de servicios públicos son regidos por el derecho administrativo mientras que los contratos de concesión de espacio, lo son por el derecho privado.

La concesión de servicios públicos es el contrato administrativo por el cual el Estado le delega a una persona llamada concesionario la autorización para explotar un servicio público que le corresponde por tiempo determinado. El concesionario de servicio público actúa por cuenta y riesgo propio, a cambio de un precio o tarifa (otorgada por los usuarios de servicios públicos) o subvenciones (dadas por el Estado), pero la Administración sigue siendo la titular del servicio que delega. Se le aplican los principios de los servicios públicos y se da siempre en interés público. En este sentido, en opinión de Cassagne: "el modo más típico de gestión para la prestación de los servicios públicos continúa siendo la figura de la concesión, de naturaleza contractual, por la que se otorga a una empresa privada el derecho de explotar un determinado servicio público va siempre acompañada de un régimen jurídico administrativo especial, por el que se le atribuyen diversos poderes al concesionario en el marco de la prestación a su cargo".[47] Cuando el servicio público lo presta una persona privada, el Congreso dicta el marco regulatorio de ese servicio y el ente regulador de dicho servicio se encarga de aplicar esas normas. Por ello, se ha dicho que se ha evolucionado a una relación tripartita de servicios públicos donde interviene la empresa concesionaria, ente regulador-estado concedente y consumidor o usuario.[48]

Con la finalidad de arribar a un acabado entendimiento sobre las diferencias y similitudes entre ambos contratos, a continuación pasaremos revista a las más relevantes a nuestro criterio. Existen similitudes que se ven reflejadas en los siguientes aspectos: (i) en ambos casos existe una delegación en la ejecución del servicio, (ii) se da una prestación del servicio por parte del concesionario en forma regular[49], (iii) facultad de control por parte del concedente, (iv) el concesionario cobra un precio en el caso de la concesión privada y una tarifa en el caso de la pública, al tercero por el servicio prestado, (v) el riesgo y la organización de la prestación del servicio están en cabeza del concesionario; (vi) percepción de una contraprestación por parte del concedente; (vii) procedimientos de licitación para la selección de concesionarios; (viii) la responsabilidad derivada de hechos que concreten el ejercicios de la concesión, corresponde al concesionario; (ix) algunas causales de extinción comunes a

ambos contratos: por cumplimiento de plazo contractual, resolución por incumplimiento, extinción cuando por causas de caso fortuito o fuerza mayor es imposible cumplir con la prestación concesionada.

En sentido inverso, es posible destacar ciertas diferencias:

(i) en la concesión pública interviene el Estado, lo que ubica la relación contractual en el ámbito del derecho administrativo, a diferencia del contrato de concesión de espacio, que se desenvuelve en el ámbito del derecho privado y en el cual no interviene la Administración pública; (ii) la concesión del servicio público se otorga en interés público[50]; (iii) en la concesión de servicios públicos, las tarifas son fijadas por el Estado concedente, en tanto que en la concesión de espacio del derecho privado, los precios son fijados normalmente por el concesionario; (iv) el Estado puede modificar la prestación del servicio a los efectos de adaptarlo a las nuevas exigencias de la comunidad, mientras que en la concesión del derecho privado, el concedente debe respetar los términos contractuales acordados que son ley para las partes; (v) el Estado puede declarar el rescate de la concesión, es decir, revocarla por motivos de conveniencia u oportunidad públicas (no por incumplimiento del concesionario) debiendo indemnizar al concesionario por daño emergente y lucro cesante, circunstancia que no podría ocurrir en la concesión de espacio para la explotación privada de provisión de bienes o prestación de servicios.

2. La concesión como especie de la distribución comercial

El primer escollo que se presenta al intentar distinguir este contrato con el homónimo bajo estudio, es justamente de tipo semántico. No obstante ello, ambos contratos resultan ser esencialmente diferentes.

Por un lado, el contrato de concesión comercial es un contrato de empresa que tiene una finalidad distributiva en tanto el concedente produce bienes y otorga a un tercero un derecho de reventa exclusivo.

Por lo tanto, se trata de un contrato que forma parte de un sistema de distribución comercial y que está dirigido a la comercialización de productos por parte de un fabricante y a su distribución al público consumidor, independientemente de que se preste algún servicio adicional, como son los que un concesionario que vende vehículos suministra a los adquirentes de estos.[51] Asimismo, estamos ante el fenómeno de contrataciones en red, donde, “si bien son autónomos, deben convivir; su existencia no se explica sino a través de la vida en común. Lo esencial en ellos es que se logra un efecto de conjunto superior a la suma de individualidades”.[52] En cambio, en el contrato de concesión de espacio, no existe dicha finalidad distributiva, ni tampoco contratación en red ya que lo que se persigue es la prestación de un servicio o la provisión de bienes. Entre otras diferencias, podemos mencionar: (i) el concedente ejerce sobre el concesionario un verdadero control contractual, organizando un verdadero sistema de comercialización y distribución de productos que se conforma, aportando a su vez, apoyo financiero y tecnológico.[53] Estos contratos generalmente se instrumentan a través de contratos de adhesión y reglamentos en los cuales figuran las condiciones generales a las que queda sujeto el concesionario.[54] Marcando la mencionada diferencia, la jurisprudencia ha sostenido que: “Si bien en el contrato de concesión privada existe una innegable vinculación entre las partes firmantes, no hay una relación de subordinación técnica o económica como en la concesión comercial, ni una relación de evidente subordinación orientada necesariamente al interés público como se da en la concesión administrativa. Hay sí una importante autonomía de acción entre las partes que se ve limitada únicamente por las pautas convenidas y los parámetros legales de licitud”.[55] En los contratos de concesión de espacio, existe un control por parte del concedente, pero no se trata de una subordinación económica, ni técnica ni jurídica. En definitiva, el especialista en la prestación del servicio es

precisamente el concesionario y no el concedente. (ii) Fijación de precios por parte del concedente. (iii) Asignación de unidades para la venta al arbitrio del concedente. (iv) Exclusividad para la venta de la marca concedida. (v) Control estadístico contable por parte del concedente al concesionario, como así también de stock, repuestos y service. (vi) No exclusividad de zona. (vii) La fábrica se exime de responsabilidad jurídica frente al usuario. (viii) Indeterminación e inseguridad respecto de la vigencia de la concesión.[56]

Entre las similitudes existentes entre ambas figuras, cabe destacar que ambos contratos, aun siendo innominados, poseen "tipicidad social", y existen a su respecto usos o costumbres comerciales que son de aplicación prioritaria frente a la legislación civil.[57] En ambos casos, se trata de pactos intuitu personae donde se tienen en cuenta las cualidades específicas y personales del concesionario. Son de tracto sucesivo, por lo que poseen cierta duración y están destinados a crear una relación estable. Ello supone que ninguna de las partes debe romper el contrato intempestivamente[58]. Desde el punto de vista del concesionario, esto significa que tiene derecho a que la relación dure lo necesario para que amortice las inversiones realizadas y obtenga una razonable ganancia, y a recibir un preaviso que le permita reacomodar su actividad siempre y cuando, como es obvio, no se verifique un supuesto de resolución por incumplimiento de alguna de las partes.[59] En ambos casos, el concesionario actúa a nombre, por cuenta y a riesgo propio, aunque utilizando la marca del concedente. Por ello, la responsabilidad entre las partes es contractual y frente a terceros es del concesionario, precisamente por actuar a nombre y riesgo propio.

3. Comodato

Siendo el comodato un contrato por el cual un parte entrega gratuitamente a la otra una cosa inmueble o mueble no fungible ni consumible, para que la use, devolviéndole luego la misma cosa, es posible hallar algún tipo de semejanza con el contrato de concesión de espacio para la explotación de provisión de bienes o prestación de servicios, en lo que se refiere estrictamente a la entrega de un inmueble y/o de cosas muebles para su uso y goce, a fin de llevar a cabo la actividad concesionada. Ello, en tanto y en cuanto, la concesión sea a título gratuito. Al respecto, Borda ha sostenido lo siguiente: "que el comodante no pueda recibir retribución sin desnaturalizar el contrato no significa que deba necesariamente carecer de todo interés en él".[60]

Tal sería el supuesto supra mencionado según el cual, se otorga la concesión de un espacio en un aeropuerto muy pequeño adonde arriban pasajeros que se dirigen exclusivamente a un determinado centro turístico. En virtud de ello, el concedente decide otorgar en concesión dicho espacio en el aeropuerto a la sociedad que gerencia el centro turístico en forma gratuita para que reciba y preste servicios de bar y cafetería. Por un lado, al concedente le interesa desde una óptica comercial que el aeropuerto sea explotado y se encuentre en adecuadas condiciones para recibir a los pasajeros que arriben allí, y por el otro, el concesionario tiene interés en que los turistas que llegan a dicho lugar, quienes en definitiva son sus clientes, ya que se dirigen exclusivamente a su centro turístico, arriben a un lugar agradable y con comodidades o servicios particulares.

Ambos son contratos intuitu personae donde cuentan de un modo relevante las cualidades y características personales del concesionario y del comodatario respectivamente.

Podría existir algún tipo de similitud con el carácter real del contrato de comodato, el cual se perfecciona con la entrega de la cosa al comodatario, en el caso en que se pactó la entrega de un inmueble para la explotación de servicios o provisión de bienes. En virtud de ello, si bien el contrato se perfeccionó con el consentimiento, este no

podría tener principio de ejecución sin la entrega del inmueble al concesionario. Sin perjuicio de ello, si bien entendemos que en este aspecto ambos contratos podrían tener algún tipo de cercanía, claro está que los contratos reales son *numerus clausus*.

4. Locación de cosas

La primera distinción que podemos señalar es que mientras la locación de cosas es un contrato típico específicamente regulado, la concesión de espacio carece de tipicidad. La primera consecuencia derivada de ello es que no resulta posible aplicar los plazos máximos y mínimos que rigen en materia de locación.

La jurisprudencia ha avanzado en la distinción poniendo de manifiesto las principales diferencias entre ambas figuras. En este sentido, al interpretar un contrato de contrato de concesión de la explotación de un peluquería dentro de un supermercado, ha entendido que: "El convenio habido entre las partes se aleja del concepto de locación de cosas del art. 1493 del Cód. Civ., pues carece de la tipicidad del mismo, toda vez que la finalidad de las partes no era principalmente la entrega de un bien en uso y goce por un precio en dinero sino la prestación de un servicio que se integraba con una serie de requisitos a cumplir por el concesionario y una serie de exigencias y modalidades impuestas por el concedente quien otorgaba un local para el cumplimiento de aquel. El concesionario toma a su cargo la explotación de un servicio con características sociales y el local en sí, es un accesorio. Se trata de un contrato atípico, lo que no implica que no se puedan aplicar analógicamente las normas de los otros contratos que sean más afines según la materia".[61]

La principal similitud entre ambas figuras tiene que ver con la entrega del uso y goce del inmueble por parte del concesionario/locatario. Pero mientras en el contrato de locación el uso y goce del inmueble por un precio determinado constituye la finalidad misma del contrato, en el contrato de concesión se otorga el uso del inmueble específicamente para explotar la prestación del servicio o la provisión de bienes concesionada.

5. Sociedad

En la concesión de espacio, si bien el concedente contribuye con el otorgamiento del espacio y el concesionario lo hace con la explotación del servicio o provisión de bienes en pos del funcionamiento del negocio, no existe participación en beneficios ni en pérdidas como sucede en el caso de la sociedad.

Podría llegar a asimilárselo a una sociedad en los supuestos de concesión en los cuales no se pacta como contraprestación una suma fija en dinero sino que el concedente participa del riesgo del negocio, es decir, cuando la contraprestación consiste v. gr. en un porcentaje determinado de las ventas. Mas no es posible afirmar que estamos en presencia de una sociedad en tanto no existe una finalidad asociativa ni "predisposición de los integrantes […] de actuar en forma coordinada para obtener el fin perseguido […] postergando los intereses personales en aras del beneficio común"[62], es decir, no existe affectio societatis ni participación en las pérdidas.

V. Régimen General de Responsabilidad aplicado a la Concesión de Espacios [arriba]

A continuación analizaremos el régimen general de responsabilidad aplicado al contrato de concesión de espacio, distinguiendo la responsabilidad que surge de la relación existente entre concedente y concesionario y la responsabilidad nacida del vínculo entre concesionario y terceros beneficiarios o receptores del servicio.

1. Responsabilidad contractual entre partes

La primera distinción nos conduce a analizar la responsabilidad derivada de la relación entre concedente y concesionario. Dicha responsabilidad es contractual, y se aplican los principios generales de este tipo de responsabilidad cuando ocurre un daño como consecuencia de la violación de una obligación contractual. En virtud de ello, siempre que el incumplimiento no fuese malicioso por parte del deudor de la obligación, se indemnizan las consecuencias inmediatas y necesarias.

No es posible ignorar al analizar diferentes aspectos de la responsabilidad en el ámbito del contrato de concesión que puede configurarse un supuesto de responsabilidad precontractual, especialmente si pensamos en la etapa previa a la celebración del contrato, cuando la elección del concesionario se realiza a través de un proceso de selección —como una licitación o concurso— o existen negociaciones que implican gastos o inversiones. En tales supuestos, el concesionario durante la etapa preparatoria o de formación del contrato, ha aportado antecedentes, elementos, información requerida por el concedente, con lo que, podría presentarse un planteo que haga aplicables los principios de la responsabilidad precontractual. En virtud de ello, a través de la aplicación del art. 1056[63] del Cód. Civ., es viable considerar que en estos casos son aplicables las normas que rigen la responsabilidad extracontractual en cuanto a la extensión del resarcimiento. En virtud de ello, el resarcimiento alcanzaría a aquellos daños que sean consecuencias inmediatas y mediatas de la conducta culposa del responsable, de conformidad con los arts. 901 a 904. En cuanto al lucro cesante, que consiste en la privación de la ganancia que pudo haberse obtenido de no realizarse las negociaciones frustradas o el contrato anulado, también deberá ser motivo del resarcimiento en la medida en que constituya un daño cierto, utilizando el criterio de la pérdida de chance.[64] En este sentido, la jurisprudencia ha interpretado que: “en materia de responsabilidad precontractual, solo resulta indemnizable el daño al interés negativo o interés de confianza, el cual se encuentra integrado por los gastos realizados por el reclamante con motivo de las tratativas o la eventual chance de concretar otro negocio”.[65] Asimismo, autorizada doctrina ha sostenido que: “en los supuestos generales en los cuales no existe contrato perfeccionado y válido, solo corresponderá indemnizar el interés negativo. Únicamente por excepción, en los casos de promesas vinculantes, en los cuales el supuesto de hecho de la promesa se ha cumplido, o bien en el de ofertas irrevocables que han dado pie a que el contrato quedara perfeccionado, en los cuales se hacen exigibles prestaciones prometidas, corresponderá tener en cuenta el interés positivo o de cumplimiento”.[66]

2. Responsabilidad frente a terceros

Ahora bien, al referirnos a la responsabilidad frente a terceros es conveniente distinguir: (i) responsabilidad emergente de la prestación del servicio; (ii) responsabilidad por apariencia; (iii) responsabilidad derivada del derecho del consumidor; (iv) responsabilidad derivada de los bienes con los que se presta el servicio; (v) responsabilidad derivada de hechos ilícitos del concesionario; (vi) responsabilidad derivada de la Ley de Defensa de la Competencia.

2.1. Responsabilidad emergente de la prestación del servicio

En cuanto al primer aspecto, este tipo de convenio engendra una responsabilidad derivada específicamente de la prestación del servicio o provisión de bienes. En este sentido, ya expresamos que el principio general consiste en que el concesionario realiza la explotación del servicio o provisión de bienes en su propio nombre, por su cuenta y a su riesgo, por lo que inicialmente, responde ante un eventual incumplimiento derivado de este. Este tipo de responsabilidad es contractual, en virtud de la relación jurídica nacida entre concesionario y tercero beneficiario del servicio.

2.2. Responsabilidad por apariencia

El segundo aspecto mencionado referido a la responsabilidad por apariencia resulta novedoso e interesante. Este supuesto podría configurase cuando se crea la apariencia de que el concedente es quien presta el servicio durante el cual se ha ocasionado un daño, por lo que la responsabilidad podría extenderse al concedente, sin perjuicio de su derecho de repetición frente al concesionario. La Corte Suprema de la Provincia de Buenos Aires en un precedente en el cual se produjo la muerte de una persona en un baile organizado en un club al ser agredido por otro asistente, decidió extender la responsabilidad al concedente por haber creado la apariencia de ser este quien prestaba el servicio. Al respecto, entendió que: "se ha creado la apariencia de que es el concedente el que presta el servicio durante el cual se ocasiona del daño, este responde frente a terceros, sin perjuicio de repetir contra el concesionario […]. En consecuencia no parece ilógico pensar que el Club, pese a que en la oportunidad no organizaba la reunión, debe ser condenado con las consiguientes responsabilidades, porque esa era la apariencia que daba; sumado a que también se beneficiaba con el producido de las reuniones y a la circunstancia de que la habilitación de la municipalidad obraba a su nombre y que SADAIC había extendido el recibo a su nombre".[67]

2.3. Responsabilidad derivada del derecho del consumidor

La tercera arista relacionada con la responsabilidad frente a terceros, es la derivada del derecho del consumidor conforme a la Ley N.° 24.240, reformada por la Ley N.° 26.361. La ley reformada incluye en su art. 2, en calidad de proveedor, al concesionario de marca. No solo será proveedor quien provee el servicio o vende el producto sino quien coloca su marca en este o autoriza a terceros la utilización de su marca para desarrollar actividades de producción y venta de productos y servicios.

En referencia a ello, hay quienes sostienen, por un lado, que el término concesión de marca debe ser interpretado de manera amplia, incluyendo cualquier tipo de autorización para la utilización de la marca propia por un tercero, ya sea mediante la licencia de marca, la franquicia y la mera tolerancia del uso de marca propia por un tercero.[68] No obstante ello, comparto la opinión de quien sostiene que: "No todo acto que el titular de marca permita o tolere, autolimitando su ius excludendi, podrá ser considerado una licencia o "concesión" de marca, en los términos de la LDC. Así, la incorporación de un microprocesador en una computadora con la inserción de la marca del componente en la carcasa del equipo, no puede considerarse una licencia de marca, aunque sí sea una indicación que ofrezca confianza al consumidor, un "guiño" respecto de la calidad general del producto principal".[69] De tal modo, es posible concluir aplicando los principios referidos al contrato de concesión de espacio, que para que haya responsabilidad del titular de la marca o concedente, este debe haber autorizado de modo expreso la utilización de esta por parte del concesionario en la prestación de los servicios o provisión de bienes concesionados.

Ahora bien, en el caso del contrato de concesión bajo análisis, para que la responsabilidad prevista en el art. 40 de la Ley de Defensa del Consumidor resulte de aplicación, es necesario que el concedente —titular de una marca— hubiere autorizado en los términos expuestos el uso de esta por parte del concesionario en la explotación del servicio o provisión de bienes que este realice.

En virtud de ello, y como bien explica el Dr. Gustavo Schötz, la responsabilidad podrá ser: (i) precontractual, en caso de la oferta dirigida al público indeterminado ante una negativa de venta cuando se ha creado la apariencia que lo vincula a este como oferente, (ii) contractual, ante un incumplimiento en el deber de informar de modo suficiente al consumidor o (iii) extracontractual. Con relación a la responsabilidad por productos elaborados, que es objetiva y solidaria, el concedente de la marca deberá

romper el nexo de causalidad entre el producto defectuoso y el daño sufrido por la víctima, a fin de liberarse de responsabilidad.[70]

La reforma también incorpora la posibilidad de que la autoridad de aplicación ante el acaecimiento de un daño que afecte al consumidor o usuario, determine una indemnización a cargo del proveedor o del prestador de servicios. Es decir, confiere a la Autoridad Administrativa de Aplicación de la Ley de Defensa del Consumidor la facultad de determinar la existencia de daño directo al usuario o consumidor y de obligar al proveedor a resarcir al consumidor hasta un valor máximo de 5 (cinco) Canastas Básicas Total para el Hogar.

2.4. Responsabilidad derivada de hechos ilícitos del concesionario

El cuarto aspecto destacado en materia de responsabilidad frente a terceros, es el relativo a los daños derivados de los bienes con los que se presta el servicio o se proveen los bienes. La mayor dificultad podría plantearse ante el supuesto de un daño derivado de un objeto que fue entregado por el concedente al concesionario para realizar la actividad concesionada. En ese caso, habrá que atender a las circunstancias del caso para dilucidar si el daño se produjo con la cosa o por el vicio de la cosa, resultando de aplicación los principios generales en la materia.

Otra arista interesante, se refiere a la responsabilidad derivada de hechos ilícitos cometidos por el concesionario. En este sentido, cabe preguntarse ¿cuál es el grado de responsabilidad que podría atribuírsele al concedente frente a dichos actos? A fin de responder a este interrogante, deben tenerse en cuenta las facultades de control que posee el concedente respecto de las actividades que desarrolle el concesionario. En efecto, resulta arduo sostener que el concedente puede desconocer el tipo de actividad que desarrolla el concesionario cuando está facultado para ejercer una adecuada fiscalización sobre ella. En este sentido, la jurisprudencia norteamericana fue desarrollando la doctrina del “Landlord Liability” o de la responsabilidad del propietario del espacio o predio donde se asientan locales y/o puestos que comercializan artículos falsificados. Así, en un fallo dictado por el tribunal de New Jersey, se sostuvo que atento a que el propietario del predio no podía desconocer que allí se comercializaban artículos falsificados ya que llevaban a cabo regularmente la supervisión y control del espacio (inspección de locales, prohibiciones de vender determinados artículos, suministro de distintos servicios, estacionamiento, servicios sanitarios, fast food) y adicionalmente, porque los titulares de las marcas afectadas habían cursado reiteradas notificaciones informando esta situación al propietario del lugar. En consecuencia, el titular del espacio no podría alegar ignorancia o falta de conocimiento respecto de las actividades ilícitas allí desarrolladas, ya que no solo habían mediado comunicaciones sobre la situación de los titulares damnificados, sino también, había existido un control o fiscalización relevante sobre ellas por parte del propietario del predio. Asimismo, el tribunal concluyó que como consecuencia del canon locativo que percibían de los arrendatarios, existía una participación directa entre las actividades ilícitas desplegadas por los vendedores y los beneficios percibidos por el propietario del predio, por lo que la percepción del canon locativo implicaba ganancia derivada de la comercialización de artículos falsificados.[71]

En igual sentido, la jurisprudencia brasileña se expidió sobre el tema en un caso de comercialización de productos falsificados por los arrendatarios, condenando al propietario de un shopping center, en base a la culpa in vigilando que le correspondía al propietario por un lado y, por otro, entendió que el shopping no era un mero administrador sino que participaba de las ganancias obtenidas por los arrendatarios.[72]

Si bien, en nuestro país, aún no se ha desarrollado esta doctrina resulta de aplicación a los casos de contratos de concesión en los cuales el concesionario realiza una actividad

ilícita. Consecuentemente, el concedente podría responder por los actos ilícitos del concesionario haciendo aplicación de la normativa que regula la responsabilidad por actos ilícitos del Cód. Civ..

El concedente del espacio, una vez notificado de la comercialización de productos falsificados dentro del predio, deberá tomar las medidas necesarias para impedir la producción de daños al titular de los derechos marcarios. A su vez, este último debió haber notificado previa y adecuadamente tal circunstancia al concedente.

En consecuencia, el concedente no podrá alegar desconocimiento o ignorancia de la situación ya que su conducta podría ser considerada dolosa, culposa o negligente conforme el art. 1067 del Cód. Civ.. Más aún, en caso de no adoptar los recaudos mencionados, podría interpretarse que se configura ejercicio abusivo del derecho de acuerdo a lo establecido en el art. 1071 del mismo Código.

Asimismo, podría concluirse que el contrato de concesión en las condiciones descriptas, sería nulo en virtud de su objeto.

2.5. Responsabilidad derivada de la Ley de Defensa de la Competencia

La Ley N° 25.156 de Defensa de la Competencia regula en su art. 1[73] el principio general aplicable en la materia y en su art. 2, enumera aunque de modo no taxativo, una serie de conductas que constituyen prácticas restrictivas de la competencia. El inciso a) conforme al cual configura una práctica restrictiva: “fijar, concertar o manipular en forma directa o indirecta el precio de venta o compra de bienes o servicios al que se ofrecen o demanden en el mercado, así como intercambiar información con el mismo objeto o efecto”. De acuerdo con ello, supongamos la existencia de un determinado predio, el cual constituye el mercado relevante, y donde conviven diferentes espacios concesionados en los cuales se prestan varios tipos de servicios o provisión de bienes. Entre ellos, funciona una única sala de cine en la que no se permite el ingreso de espectadores con ningún tipo de comestible, salvo los productos que se ofrecen y venden en el interior de dicha sala. Sumado a ello resulta que el precio de los comestibles ofrecidos, que es fijado por el concesionario que explota la sala de cine, es significativamente más elevado que el fijado en el resto de los locales ubicados en el predio. De acuerdo con ello, Guillermo Cabanellas de la Cuevas entiende con relación al abuso de posición dominante que: “una conducta en materia de precios constituiría tal abuso cuando, sobre la base de una posición de mercado definida en el art. 4 de la LDC., suponga una lesión al interés económico general, y se aparte significativamente del nivel que correspondería en condiciones de competencia efectiva. El primero de estos dos últimos elementos dependerá del segundo; si se configura un nivel de precios indebidamente elevado respecto de los márgenes razonables propios de estructuras competitivas, también tendrá lugar el perjuicio al interés económico general, pues tales precios serán innecesarios, por definición para mantener el nivel de oferta imperante, ocasionando una restricción de la demanda ajena a la estructura de costos subyacentes, un perjuicio al interés de los consumidores y una distorsión en la distribución del ingreso nacional, efectos que son claramente contrarios al bien jurídico tutelado por el art. 1 de la Ley[74]”. De tal modo, a nuestro entender, estaríamos frente a la configuración de un supuesto de abuso de posición dominante que afecta el interés económico general, en virtud de la imposición de precios abusivos. En consecuencia, resulta recomendable, ser cuidadosos al momento de fijar los precios en la prestación de servicios o provisión de bienes.

VI. Solidaridad Laboral. Obligaciones Laborales. Extensión de Responsabilidad [arriba]

Capítulo aparte merece por su relevancia, el tratamiento de la solidaridad laboral en los contratos de concesión que venimos analizando, como una especie del régimen general de responsabilidad tratado en el capítulo anterior.

1. Las obligaciones solidarias en el ámbito civil

De conformidad con lo que dispone el Cód. Civ., existen dos modalidades de relaciones mancomunadas: a) simple, regulada por los arts. 690 y siguientes; y b) solidaria, regulada por los arts. 699 y siguientes. En ambos casos, la obligación es única, pero el cumplimiento de esta se fracciona en el primer caso, no así en el segundo, donde la totalidad del objeto puede ser demandado a cualquiera de los deudores. La obligación es solidaria cuando hay necesidad de satisfacer la totalidad del objeto debido, en virtud del título de la obligación. Este tipo de obligación genera un frente común de acreedores o deudores. En virtud de ello, cada sujeto de ese frente puede comportarse como un acreedor o deudor singular con relación a la totalidad del objeto. Lo expresado precedentemente viene impuesto por la virtualidad del título de la obligación.[75]

La solidaridad opone un obstáculo a la división de los créditos y de las deudas. Es posible distinguir entre la solidaridad activa, la cual permite a cualquiera de los acreedores reclamar al deudor la totalidad del crédito, y la solidaridad pasiva que permite al acreedor solicitar a cualquiera de los deudores el pago de la totalidad de la deuda.[76] Cabe agregar que la solidaridad en las obligaciones implica multiplicidad de sujetos; por ello, cuando la pluralidad de sujetos se presenta respecto de acreedores y de deudores, la solidaridad es mixta.

El Cód. Civ. argentino regula las obligaciones solidarias en los arts. 699 y ss.. Los rasgos característicos de este tipo de obligación pueden sintetizarse de la siguiente manera: 1) pluralidad de sujetos activos y pasivos; 2) unidad de prestación, lo cual implica que los múltiples sujetos acreedores o deudores tienen derecho y deben respectivamente la misma prestación; 3) unidad de causa, ya que la pretensión de los acreedores como así también el deber de prestar de todos los deudores, deriva del mismo título o hecho justificante; 4) pluralidad de vínculos; 5) carácter expreso de la solidaridad conforme lo establece el art. 701 del mencionado Código.

Llambías sostiene que el fundamento de la solidaridad se encuentra en el interés común que ha presidido la constitución de la obligación a favor o a cargo de varias personas y que la función económica de la solidaridad tiene por objeto lograr la mayor seguridad del acreedor en las deudas solidarias y la facilidad del pago cuando se trata de créditos solidarios.

2. La solidaridad en el ámbito laboral

El derecho laboral por su parte, ha recogido del derecho civil el instituto de la solidaridad, incorporándolo a su plexo normativo. La solidaridad, en ese ámbito, consiste en procurar el cumplimiento del principio protectorio mediante la incorporación de nuevos responsables en beneficio del trabajador o empleado.

Ahora bien, existen diferentes técnicas conducentes a asegurar la protección jurídica del trabajador, tales como la limitación de la autonomía de la voluntad y el especial refuerzo de las indemnizaciones en situaciones particulares,[77] directivas que contiene la propia ley respecto de la aplicación de la ley laboral[78], la tutela del interés público por parte del Estado y la función de los sindicatos como representantes de las categorías de los trabajadores, entre otras. La solidaridad constituye una técnica protectoria adicional. Mediante ella, el derecho del trabajo incorpora un medio para asegurar el cumplimiento de las obligaciones en beneficio del trabajador frente a las maniobras elusivas, evasiones, incumplimientos de la ley o insolvencia de uno de los

contratantes que violen derechos y deberes. La solidaridad es siempre pasiva en virtud de que la obligación es contraída por varios deudores que deben satisfacer al acreedor la totalidad de la prestación debida. El cumplimiento por parte de uno de los deudores, libera a todos los demás.[79]

Debido a las características particulares del derecho del trabajo y el carácter intuitu personae de la prestación que regula, autores como Rodríguez Mancini y Vázquez Vialard sostienen que en aquel ámbito solamente pueden darse obligaciones mancomunadas pasivas puesto que el acreedor necesariamente solo puede ser una persona.[80]

De acuerdo con ello, el acreedor laboral estará facultado para exigir a cualquiera de sus deudores el total de la deuda.

3. Externalización de actividades productivas y servicios. Outsourcing. Subcontratación.

Íntimamente relacionado con el concepto de la solidaridad y con los contratos de concesión, encontramos lo que se dio en llamar outsourcing, término que se utiliza para describir un fenómeno que se ha extendido a toda la industria y empresas que prestan servicios, en busca de mayor eficiencia. Conforme lo sostenido por Rothery y Robertson, el outsourcing es la acción de recurrir a utilizar el conocimiento, la experiencia y la creatividad de nuevos proveedores para operar una función que anteriormente se realizaba dentro de la compañía.[81] Consiste, por tanto, en una estrategia usada por las compañías referida al uso de los recursos de terceros con el fin de realizar las actividades manejadas tradicionalmente por el personal y los recursos internos de la empresa. Mediante ella, el encargado de servicios externos de la organización, administra y coordina a los proveedores de servicios especializados. La diferencia con la subcontratación radica en que el outsourcing implica la reestructuración de gran parte de la organización tanto en las operaciones propias del giro como sus lazos con el exterior.

La subcontratación, por su parte, es el método mediante el cual las empresas desprenden alguna actividad, que no forma parte de sus habilidades principales, a un tercero especializado.[82] La adopción de este método queda justificada en virtud de las ventajas que esta ofrece. Entre ellas, cabe mencionar: experiencia especializada, ahorro de tiempo, dinero y costos administrativos, enfoque a iniciativas estratégicas, reducción de staff, reducción de responsabilidades, disminución de presupuestos. Asimismo, busca mejorar el nivel de los servicios, introduce tecnología de nivel mundial, acelera la realización de reingeniería de procesos y mejora de beneficios, entre otras. Algo similar sucede en el contrato de concesión de espacio para la explotación privada de provisión de bienes o prestación de servicios, en el cual se busca que quien tiene conocimiento especializado respecto de determinado servicio, lo preste con la mayor eficiencia posible, a fin de obtener la mejor rentabilidad posible. Aquí es donde entra en escena el denominado contratista o subcontratista y en nuestro caso particular, el concesionario y todo el régimen de responsabilidad que regula la legislación laboral.

4. Régimen de responsabilidades aplicables a los supuestos mencionados en VI.C.

Últimamente las empresas han sufrido un sostenido encarecimiento en sus costos como consecuencia de las demandas laborales entabladas por empleados con quienes no tienen vínculo laboral alguno. Esta situación se plantea con mucha frecuencia en los contratos de concesión de espacio, donde el empleado del concesionario demanda en forma solidaria tanto al concesionario quien es su empleador directo como así también al concedente con quien no tiene ningún tipo de vínculo laboral, valiéndose para ello de la herramienta que le provee el art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo. Existe al

respecto jurisprudencia que resulta útil sistematizar a fin de arribar a un acabado entendimiento del tema.

La Sala X de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo con fecha 7 de abril de 2006, resolvió confirmar la sentencia de primera instancia que condenó solidariamente a la sociedad demandada, concesionaria del restaurant Voro que funcionaba dentro de las instalaciones del Colegio Público de Escribanos de la Capital Federal en virtud de un contrato de concesión de espacio, y al Colegio mencionado, al pago de una indemnización por despido.[83] La Cámara del Trabajo, para así resolver, entendió que: "corresponde extender la solidaridad en los casos de actividades que se encuentran integradas en forma permanente al establecimiento, sean estas la principal prestación del mismo o no, puesto que por actividad normal no solo debe entenderse aquella que atañe directamente al objeto o fin perseguido por la demandada, sino también, aquellas otras que resultan coadyuvantes y necesarias, de manera que aun cuando fueran secundarias, son imprescindibles e integran normalmente —con carácter principal o auxiliar— la actividad, debiendo excluirse solo las actividades extraordinarias o eventuales […]. En efecto, resulta relevante señalar que más allá de los esfuerzos puestos por la quejosa en punto a demostrar que el servicio de restaurante no resulta necesario ni imprescindible para desarrollar su actividad, lo cierto es que los elementos en los cuales intenta sustentar su postura, no alcanzan a desvirtuar el carácter permanente con que el servicio gastronómico brindado por la sociedad de hecho Voro se encontraba incorporado al Colegio de Escribanos. […] no pueden perderse de vista las amplias facultades de control, inspección y sanción ejercidas por el Colegio (conforme cláusula décimo séptima y décimo octava: ver fs. 49), la obligación por parte del concesionario de prestar el servicio en el horario que emerge de la cláusula tercera del anexo I del contrato con las limitaciones allí previstas (ver fs. 47), así como el hecho de que los destinatarios primordiales de dichos servicios son los Escribanos Públicos (cláusula quinta del anexo de fs. 47) y la exclusividad de la prestación del servicio en la sede central del Colegio, quedando prohibido para la concesionaria ejercer la misma en otro ámbito o a domicilio (conforme cláusula segunda del referido anexo)".

Posteriormente, en el precedente "Pegullo, Pablo G. c/Comedores Administrados SRL, Comad SRL y otro", la Sala V de la Cámara de Apelaciones del Trabajo revocó parcialmente la sentencia de primera instancia y condenó solidariamente a una asociación de tenis al pago de diversos rubros derivados del despido incausado del dependiente de la sociedad que tenía la concesión de la explotación del servicio de bar y restaurante ubicado en el predio de aquella. Para así decidir, consideró que el servicio gastronómico de la concesionaria se integraba a la estructura de la institución deportiva y era inescindible de la actividad social. Frente a ello, la asociación dedujo recurso extraordinario denunciando la arbitrariedad del fallo cuestionado, imputándole contradecir precedentes del Superior Tribunal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación, hizo lugar a un recurso extraordinario interpuesto, dejando sin efecto dicha sentencia. Entre los argumentos vertidos por el Supremo Tribunal, sostuvo que: "Para que nazca esa solidaridad, ha puntualizado V.E., es menester, por el contrario, que una empresa contrate o subcontrate servicios que complementen o completen su actividad normal y específica, de modo tal que exista una unidad técnica de ejecución entre empresa y contratista en los términos del art. 6 de la Ley de Contrato de Trabajo; extremo que no acaece en una hipótesis como la de autos que permite, precisamente, al concedente vincularse con otra empresa sin contraer "a priori" riesgo crediticio por las actividades de la última, que actúan en nombre propio y a su riesgo".[84]

Por su parte, la Sala VIII de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en autos "Montenegro, Julio Oscar c/Plataforma Cero SA y otro s/Despido" sostuvo en el decisorio dictado con fecha 21 de julio de 2006 que: "la explotación de un servicio correspondiente a un ramo que no hace a la actividad normal y específica del

establecimiento perteneciente al concedente, excluye la invocación útil del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo a los efectos de imponerles una responsabilidad solidaria por las obligaciones del último – en el caso, del concesionario".[85]

En igual sentido, se pronunció la misma Sala en una sentencia dictada con fecha 29 de septiembre de 2006 en autos "Quinela, Rafael c/Concesiones Hípicas SRL y otro s/Despido", donde entendió que: "No cabe responsabilizar en los términos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo al concesionario prestador de servicio gastronómico en el ámbito del Jockey Club. Para que ello ocurriera, el Jockey Club debería ser un empresario de la actividad gastronómica y explotar un establecimiento de esta naturaleza. En este tema, es central el concepto de establecimiento, tal como lo caracteriza el art. 6 de la Ley de Contrato de Trabajo, teniendo que existir para la operatividad de este precepto, una unidad técnica de ejecución entre la actividad normal y específica del establecimiento del que es titular el empresario principal y la que realiza el contratista o subcontratista".[86]

Aplicando la "pauta de escindibilidad", la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo en un fallo dictado el 3 de octubre de 2006 sostuvo que: "para declarar aplicable la solidaridad del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo a las instituciones que concesionan el servicio gastronómico, este no debe estar habilitado para el uso público en general, en tanto dicha circunstancia da la pauta de escindibilidad que permitiría considerar al restaurante, buffet o confitería, una unidad de negocios diversa a la que es propia de un club social, cultural y deportivo". La Sala II aplica la pauta de escindibilidad para determinar la extensión de solidaridad haciendo una particular distinción que tiene que ver con la apertura o no al público de la prestación del servicio. En este sentido, resolvió que: "corresponde confirmar la sentencia de grado que condenó al club demandado en los términos del art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo por las indemnizaciones debidas a los trabajadores que desempeñaban actividades gastronómicas en el buffet ubicado en instalaciones del mismo, atento que no se trataba de un local abierto al público en general o que gozara de cierta independencia de gestión. No se trataba de un giro autónomo y totalmente ajeno a la actividad social desarrollada por el club" y que "en cuanto a las explotaciones gastronómicas concesionadas por una entidad recreativa, social o cultural, la diferenciación entre las actividades principales y accesorias o coadyuvantes no siempre es tan clara, porque para el desarrollo de las actividades propias y específicas de un club, la prestación de servicios de cafetería o restaurante, resultaría en la práctica inescindible de lo que le es propio, por lo que a efectos de evaluar la eventual responsabilidad del concedente por las obligaciones del concesionario, debe tenerse en cuenta el carácter cerrado o abierto de la unidad técnica correspondiente a la explotación concesionada".[87]

En un reciente precedente dictado el 17 de julio de 2007 y aun cuando la Corte Suprema de Justicia no trató el fondo del asunto en el voto mayoritario, en tanto resolvió la inadmisibilidad del recurso extraordinario planteado, pudo conocerse la posición sostenida por el presidente del Tribunal, mediante su voto en disidencia a través del cual restringió los alcances de la responsabilidad solidaria en los casos de contratación de explotación de servicios.[88] El diferendo se originó como consecuencia de un reclamo de rubros laborales por parte de un trabajador gastronómico del concesionario del hipódromo, quien reclamó a su empleador directo el pago de una indemnización por despido, y extendió la responsabilidad solidaria a la codemandada, Jockey Club Asociación Civil.

En este sentido, el Dr. Ricardo Lorenzetti entendió en su disidencia que: "es improcedente responsabilizar a un sujeto, de acuerdo al art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo, por las deudas laborales que tengan las empresas que contrate, aunque los bienes o servicios sean necesarios o coadyuvantes para la actividad que desempeñe, pues en tal caso habría de responder por las deudas laborales de los proveedores de

luz, teléfono, aire acondicionado, informática, publicidad, servicios educativos, alimentación, vigilancia, gerenciamiento y muchos otros". Asimismo, agregó que el servicio de gastronomía no puede ser considerado una actividad normal y específica de una entidad que tiene como objeto propender al mejoramiento de la raza caballar y el fomento de las actividades culturales, científicas y deportivas quien, en consecuencia, no es responsable de acuerdo al art. 30 de la Ley de Contrato de Trabajo por las obligaciones laborales del concesionario. Asimismo, consideró arbitraria la sentencia al extender la responsabilidad al Jockey Club de un empleado de su concesionario, en tanto su objeto es propender al mejoramiento de la raza caballar y al fomento de actividades culturales, deportivas, etc. y en tanto no consideró que no basta la índole coadyuvante o necesaria de la actividad para el desenvolvimiento empresario, más aún teniendo en cuenta que no se invocó ni se probó la existencia de vinculación y/o participación económica o jurídica entre los litisconsortes más allá de la concesión.[89]

La opinión de Lorenzetti reflejada a través del fallo en comentario resulta compatible con la postura tradicional sostenida por el Superior Tribunal en los fallos "Rodríguez" y "Luna", comentados supra, donde se limitó el alcance de la extensión de solidaridad. Asimismo, echa por tierra la postura que actualmente sostienen algunas salas de la Cámara Nacional de Apelaciones, conforme se describió precedentemente, que consiste en extender la responsabilidad al concedente cuando la explotación de servicios del concesionario, resulte necesaria para la explotación del concedente.

Por todo lo expuesto, es posible concluir que estamos en presencia de un tema sumamente controvertido, que ha dado lugar a numerosos comentarios y que mantiene en vilo a las empresas, especialmente en los últimos tiempos, ya que han sufrido un amplio encarecimiento de sus costos como consecuencia de reclamos laborales entablados por empleados de sus contratistas.

5. Derecho de repetición

No obstante lo expuesto, corresponde efectuar una breve referencia en el sentido que, sin perjuicio de tener que hacer frente eventualmente al pago de una indemnización como consecuencia de las deudas laborales del concesionario, el concedente conserva el derecho de repetición a fin de recuperar las sumas desembolsadas y eventualmente podrá reclamar los daños y perjuicios sufridos en consecuencia.

VII. Ocupación Ilegítima. Desalojo [arriba]

1. Configuración. Diferencia con el concepto de usurpación

Un interesante interrogante se plantea cuando, una vez concluido el plazo contractual acordado por las partes, el concesionario decide permanecer en el inmueble entregado por el concedente para realizar allí la explotación. No es posible soslayar, tal como se explicara en el punto 1.1 del Título III, que una de las obligaciones que el concesionario asume es la restitución del inmueble una vez finalizado el plazo contractual. No obstante ello, existen casos en los cuales el concesionario permanece en el inmueble incumpliendo de este modo la obligación asumida, por lo que resulta útil analizar cuáles son las herramientas con que cuenta el concedente, a fin de revertir la situación descripta y obtener la desocupación del inmueble de su propiedad.

Al respecto, conviene distinguir dos situaciones diferentes: (i) la conducta punible por el derecho penal cuando se configura el delito de usurpación por un lado y, (ii) por el otro, la configuración de la ocupación ilegítima del inmueble y las soluciones previstas en el ordenamiento civil.

Con respecto al primer supuesto, el Código Penal dentro del Título "De los delitos contra la propiedad" establece en el art. 181: "Será reprimido con prisión de seis meses a tres años: 1º el que por violencia, amenazas, engaños, abusos de confianza o clandestinidad despojare a otro, total o parcialmente, de la posesión o tenencia de un inmueble o del ejercicio de un derecho real constituido sobre él, sea que el despojo se produzca invadiendo el inmueble, manteniéndose en él o expulsando a los ocupantes; 2º el que, para apoderarse de todo o parte de un inmueble, destruyere o alterare los términos o límites del mismo; 3º el que, con violencias o amenazas, turbare la posesión o tenencia de un inmueble". De acuerdo con el tipo descrito en el Código Penal, no cualquier ocupante puede ser considerado usurpador. El delito de usurpación podría configurase en el supuesto en que no habiendo finalizado el plazo contractual, el concedente despojara al concesionario de la tenencia del inmueble, siempre y cuando la conducta ilícita, encuadrare exactamente en el tipo penal. Esto a modo de mención, ya que extendernos sobre este tema, excedería los límites de nuestro análisis.

Ahora bien, dejando de lado la usurpación como delito del Código Penal, nos avocaremos al tratamiento de la ocupación ilegítima que se presenta cuando el concesionario no restituye y permanece en el inmueble entregado por el concedente para la explotación del servicio, una vez finalizado el plazo de concesión. En este sentido, se ha sostenido que: "en el contrato de concesión de buffet el concedente otorga la concesión de tal servicio, entregándole accesoriamente el inmueble, por lo que después de determinada fecha el concesionario no tiene derecho a continuar en el local cuya ocupación estaba subordinada con carácter exclusivo a la primera".[90]

Uno de los mecanismos de mayor eficacia y celeridad, es la acción de desalojo prevista en el art. 679 y siguiente del C.P.C.C. de la Nación, que es procedente, en lo que nos incumbe, contra cualquier ocupante cuyo deber de restituir sea exigible. Lo que se procura a través de la acción de desalojo es recuperar la tenencia del inmueble y no la posesión, por lo que las controversias sobre el mejor derecho a poseer deberán ser discutidas en otro tipo de juicio como por ejemplo en un juicio reivindicatorio o posesorio.

A mayor abundamiento, el art. 680 bis del mencionado Código[91], regula una medida anticipada y urgente conducente a la entrega del inmueble siempre que se cumplan los recaudos por él exigidos, (i.e., verosimilitud en el derecho y caución). En igual sentido se ha sostenido que: "a los fines de requerir el desalojo anticipado del bien locado resulta viable la pretensión si del preliminar estudio de lo actuado surge una evidencia que convenza sobre la existencia de verosimilitud en el derecho invocado por el accionante, y previa caución real, conforme lo establece el art. 680 bis al que remite el art. 684 bis del Cód. Procesal".[92]

Al respecto, corresponde agregar, según enseña Kielmanovich, que esta medida coincide con la que autoriza el art. 616[93] del Código Procesal, para el interdicto de recobrar, cuando el derecho invocado fuere verosímil y pudiesen derivarse perjuicios si no se decretase la restitución inmediata del bien, supuesto en el cual el juez podrá ordenarla previa fianza que prestará el reclamante para responder por los daños que pudiere irrogar la medida.[94]

2. Convenio de desocupación como recaudo

Un modo adecuado de prevenir situaciones que pueden originar dilaciones innecesarias relacionadas con el inicio y seguimiento de una acción de desalojo, especialmente si se necesita la tenencia del inmueble para otorgarle otro destino o bien para cerrar otra operación, es la confección de un convenio de desocupación o de desalojo anticipado. Este tipo de instrumento constituye un mecanismo abreviado, rápido y eficaz para obtener el lanzamiento del concesionario que continúa con la tenencia del inmueble de manera ilegítima. Pero, a fin de que funcione con las características descriptas y a fin

de que se aplique el trámite de ejecución de sentencia previsto por el mencionado Código Procesal, resulta indispensable que dicho instrumento cuente con las firmas certificadas de las partes intervinientes y este sea homologado judicialmente.

La facultad de realizar este tipo de convenio de desocupación ha sido prevista en la Ley N° 21.342 de locación en los arts. 29 y 47[95], los cuales permanecen vigentes[96], dando cumplimiento a los siguientes recaudos: (i) que el locatario esté en ocupación del inmueble, (ii) que se acuerde un plazo diferente del original; y (iii) que se lo homologue judicialmente a fin de adquirir carácter de verdadero título ejecutorio. Cabe aclarar que esta ley hace referencia a los contratos de locación estrictamente. No obstante ello, es posible utilizar la mencionada normativa en forma analógica a fin de otorgarle una solución viable al asunto.

La jurisprudencia se ha pronunciado en un caso de concesión de servicios al respecto, revocando la sentencia de primera instancia la cual había rechazado in limine el pedido de homologación de un convenio de desocupación. Al respecto, entendió que: "Si bien esta Sala ha sostenido […] que el contrato de concesión de servicios es atípico, constituyendo una especie del género de los contratos de concesión del derecho privado, […] no es menos cierto que la atipicidad en el caso que nos ocupa surge de la participación del contrato en varias figuras legalmente reguladas, entre las que se encuentra la locación de un espacio físico dentro del inmueble concesionado al actor la cual está claramente determinada en la cesión del mismo para desarrollar las actividades que surgen del contrato de que se trata por un tiempo determinado, mediante el pago de una suma mensual de dinero, estipulaciones que entran dentro del marco establecido por el art. 1493 del Cód. Civ.. Por ello y en atención a que las mismas partes han coincidido en calificar en la estipulación que se ha trascripto correspondiente al segundo convenio de desocupación cuya homologación se pretende en pactar la devolución del inmueble locado en la fecha y con las estipulaciones que allí se establecen es que estimamos que se encuentran debidamente reunidos los requisitos establecidos por los arts. 29 y 47 de la Ley Nº 21.342, teniendo en cuenta que en el mismo se refieren exclusivamente a instrumentar la devolución de la porción del inmueble otorgado al concesionario por un tiempo determinado, cuya fecha se encuentra vencida".[97]

Más aún, en el caso de que el concesionario no abone la contraprestación pactada, el concedente estará facultado para ejercer el derecho de retención respecto de los bienes muebles de propiedad del concedente que se encuentren dentro del espacio concesionado, hasta el pago de lo que le es debido, de acuerdo a lo que establece el art. 3939 del Cód. Civ..[98]

VIII. Extinción del Contrato [arriba]

Siguiendo la clasificación que realiza el profesor Alterini, aplicada al contrato de concesión en estudio desde un punto de vista estrictamente práctico, su extinción puede producirse por dos vías: (i) por vía principal o (ii) por vía de consecuencia.

1. Extinción del contrato por vía principal

El contrato de concesión puede extinguirse por rescisión o por resolución.

1.1. Rescisión

En este tipo de contrato de duración, las partes suelen acordar un plazo de vigencia del contrato. Sin perjuicio de ello, existe la posibilidad de que se reserven el derecho de extinguirlo anticipadamente. En la práctica, suele incluirse en los contratos una cláusula que habilita a una de las partes o a ambas recíprocamente, a rescindir el

contrato, aunque con la obligación de notificar fehacientemente un preaviso de 30 a 60 días dependiendo de las actividades en cuestión. Así, por ejemplo, en el caso de un centro turístico que tiene temporadas invernales y estivales y dentro de cada una de ellas, se distinguen sus etapas en altas, medias y bajas conforme criterios de fechas y caudal de turistas, habitualmente se suele acordar que este tipo de rescisión se realice fuera de temporada, es decir, una vez finalizada esta o antes de su inicio. Notificada la rescisión, las partes se deberán mutuamente el cumplimiento de los servicios o provisión de bienes efectivamente prestados o realizados hasta la fecha de rescisión, como consecuencia de la operatividad hacia el futuro del instituto (ex nunc).

Claro está que si la parte que rescinde no preavisa con la antelación suficiente, tendrá que afrontar el pago de la indemnización correspondiente.

1.2. Resolución

Usualmente en este tipo de convención se suele acordar que la mora se produce automáticamente o de pleno derecho. Frente al incumplimiento de una de las partes, y a partir de la mora, la parte cumplidora queda habilitada para resolver el contrato.

Sin perjuicio de ello, generalmente se estipula el pacto comisorio expreso previsto en el art. 1203[99] del Cód. Civ., especificando las condiciones para su ejercicio. En la práctica, frecuentemente se otorga un plazo de gracia a favor de la parte incumplidora a fin de que cumpla la obligación a su cargo, a través de la interpelación por un plazo de 15 días. Vencido dicho plazo, si no tuvo lugar el cumplimiento de la obligación, se resuelve el contrato.

De cualquier modo, de no pactarse expresamente esta cláusula, estaría latente el pacto comisorio tácito establecido en el art. 1204[100] del Cód. Civ.. Asimismo, a lo largo del texto del contrato, habitualmente se indica cuáles son las obligaciones que, incumplidas, constituyen causales de resolución.

Así, por ejemplo, es posible pactar expresamente que el incumplimiento por parte del concesionario, relativo a las cargas sociales y/o remuneraciones de sus empleados, es una causal de resolución del contrato. Con respecto a esta obligación, nos remitimos al punto 2.7. del Título III. Asimismo, constituyen causales de resolución por ejemplo, la mora en el pago de servicios, o la cesión del contrato a favor de terceros.

Ahora bien, en principio la resolución opera ex tunc, es decir, con efectos retroactivos. Sin perjuicio de ello, vale aclarar que ocurrida la resolución y por tratarse el contrato de concesión de un contrato de duración, quedarán a salvo los efectos cumplidos (artículo 1204 del Cód. Civ., primer párrafo in fine).

De más está decir, que el incumplimiento dará lugar al reclamo indemnizatorio correspondiente. Generalmente se pactan penalidades diarias por cada día de demora en el cumplimiento de la obligación, sin perjuicio del eventual reclamo por los daños y perjuicios que el incumplimiento hubiere ocasionado.

2. Extinción del contrato por vía de consecuencia

2.1. Vencimiento del plazo

En los contratos de concesión, la extinción por vía de consecuencia ocurre normalmente cuando vence el plazo contractual. Cuando las partes han pactado un plazo determinado, el contrato deberá continuar hasta su vencimiento. Una vez finalizado, el concesionario deberá devolver el inmueble y los bienes al concedente en las mismas condiciones en que los recibió. Con relación a los contratos en los que no se

previó expresamente un plazo de duración, nos remitimos a lo expuesto en el punto 6.3.3. del Título II.

2.2. Frustración del fin del contrato

Esta causal de resolución, cuyo origen puede situarse en los casos ingleses de la coronación, se relaciona fundamentalmente con la causa del contrato.[101]

La frustración del fin del contrato se encuentra íntimamente ligada a la causa del contrato. Si bien se trata de una figura que no ha sido receptada normativamente, la doctrina se ha ocupado de delinear los recaudos exigidos que deben presentarse para la configuración de la mencionada figura. En este sentido, se puntualizó que: (i) debe tratarse de un contrato válido; (ii) solo es aplicable a los contratos bilaterales y de ejecución continuada o diferida; (iii) el que invoca la frustración no debe hallarse en estado de mora; (iv) debe tratarse de un riesgo ajeno a la naturaleza del contrato, es decir, que no se trate de esa suerte de alea que existe en todo negocio jurídico sinalagmático; (v) la finalidad debe haberse hecho inalcanzable por razones ajenas (externas) a la voluntad de cualquiera de los contratantes, aunque se controvierte sobre si el hecho frustrante debe provenir de un acontecimiento normal.[102]

Los efectos que dicho instituto produce pueden sintetizarse en los siguientes: (i) faculta a la parte perjudicada a resolver el contrato; (ii) las prestaciones realizadas por cada una de las partes, que hubieren sido cumplidas y fuesen equivalentes, quedan firmes; (iii) la parte que provoca la extinción del acto debe reintegrar a la contraparte los gastos que esta hubiere realizado.[103]

Ahora bien, ¿cuáles son las diferencias con la teoría de la imprevisión de acuerdo a lo que establece el art. 1198 del Cód. Civ.[104]?

La principal diferencia existente entre ambas causales radica en el elemento afectado: mientras en la frustración del fin se afecta la causa fin del contrato, en la excesiva onerosidad, se ve agredida la equivalencia de las prestaciones.[105]

La imprevisión supone la configuración de acontecimientos extraordinarios e imprevisibles que hagan excesivamente onerosa la prestación de una de las partes, por lo que el contrato pierde su calidad de conmutativo, mientras que la frustración del fin opera cuando un acontecimiento anormal, sobreviniente, ajeno a la voluntad de las partes, no provocado por alguna de ellas y no derivado del riesgo que la parte que la invoca haya tomado a su cargo, impide la satisfacción de la finalidad del contrato que hubiese integrado la declaración de voluntad.[106] Pero además, se ha dicho que los acontecimientos que dan lugar a la teoría de la imprevisión, tienen un carácter de generalidad y están desvinculados, por lo tanto, de factores relativos a las personas de los celebrantes, mientras que en la frustración del fin se trata de circunstancias que determinaron a las partes para celebrar el contrato por lo que hay un vínculo subjetivo que no existe en la imprevisión.[107]

El efecto que produce la excesiva onerosidad es la resolución del contrato.

De acuerdo con lo precedente, ¿cuándo podría configurase la causal de la frustración del fin del contrato en este tipo de contratos? La frustración del fin podría producirse cuando la actividad principal no provee de clientela suficiente para hacer económicamente racional la explotación secundaria, habiéndose pactado como finalidad el aprovechamiento compartido de un flujo de clientes para proveerles bienes o servicios, ligados o con ocasión de la actividad principal. Tal sería el caso, por ejemplo, de un centro de esquí cuya actividad principal es la práctica de los deportes de esquí y snowboard en pistas acondicionadas para ello, que acuerda con sus concesionarios de servicios y de provisión de bienes un contrato en virtud del cual se

pacta como finalidad el aprovechamiento compartido de un flujo de clientes como consecuencia de la práctica de los deportes mencionados, transformando la actividad secundaria de los concesionarios en una actividad económicamente inviable o poco rentable, aun cuando las prestaciones en sí son perfectamente realizables.

En este sentido, cabe hacer una breve referencia a los autos "Carrefour Argentina S.A. c/Kids and Co. SRL" donde se trató la frustración del fin del contrato derivada del fracaso del emprendimiento. Cabe aclarar que, si bien el fallo analizado no se refiere puntualmente a un contrato de concesión, resulta de utilidad y podría servir cuanto menos de pauta o parámetro a fin de analizar un supuesto de frustración del fin en un contrato de concesión.

En este caso, se perseguía el desalojo del locatario de un local comercial situado dentro de un shopping center, como consecuencia de la falta de pago. Los demandados arguyeron en su defensa que la disminución de ventas que condujo al fracaso del shopping center, les impidió hacer frente al pago debido.[108]

El Tribunal de alzada confirmó la sentencia de primera instancia que analizó la frustración del fin del contrato, en la cual se sostuvo que: "No es necesario que la finalidad en cuestión se haya convertido en contenido del contrato por haberse mencionado expresamente en él, pero debe haberse tenido en cuenta por ambas partes al determinar tal contenido y manifestarse, al menos mediatamente, en él. Todo derecho patrimonial está dirigido a satisfacer un interés. La idea de frustración está siempre asociada a la idea de interés. Cuando el interés en la ejecución del contrato ha desaparecido, se está prima facie ante la frustración. La frustración es la situación que se produce cuando la prestación es aún perfectamente hacedera y la finalidad del contrato ya no puede cumplirse, haciéndolo inútil y carente de interés". Asimismo, entendió que las cláusulas del contrato no permiten descartar de plano, como lo pretende la apelante, la ponderación del cúmulo de actividades que asumió en su oportunidad y por las que exigió el pago de las referidas sumas de dinero. Y tales actos son demostrativos de una conducción, de donde la suerte global de la empresa no le es por completo ajena a la recurrente, […] si bien no se aseguró el éxito del negocio, se tomaron especiales previsiones, y reservado peculiares atribuciones, a la hora de planificar el funcionamiento del centro comercial". De modo tal que no resulta posible analizar el contrato independientemente del contexto general y del emprendimiento dentro del cual funcionaba el local comercial, por lo que se hizo lugar a la defensa basada en la frustración del fin del contrato.

IX. Conclusión. Catálogo de recomendaciones prácticas [arriba]

Nos parece oportuno concluir el presente trabajo con una serie de recomendaciones o sugerencias prácticas para tener en cuenta al momento de negociar y plasmar en un contrato de concesión las condiciones acordadas entre las partes.

1) Terminología: Una terminología adecuada para el contrato bajo estudio, sería "concesión de espacios para la explotación privada de provisión de bienes o prestaciones de servicios", en tanto define el objeto mismo de dicho contrato.

2) Selección de concesionario: Utilizar los procedimientos de licitación privada o bien concurso privado de antecedentes aplicados a la selección de los concesionarios, como un modo de dotar de mayor transparencia, de un conocimiento profundo de cada candidato y de una adecuada valoración del precio más conveniente a los procesos de selección.

3) Forma: A los fines meramente probatorios resulta aconsejable la utilización de la forma escrita, ya sea por instrumento público o privado.

4) Auditoría previa a la celebración del contrato: Resulta de suma utilidad efectuar una auditoria previa a la celebración del contrato respecto de ciertos aspectos, tales como la solvencia, capacidad técnica, antecedentes penales, antecedentes financieros (VERAZ), entre otros, a fin de conocer en profundidad a la persona sea física o jurídica con quien estamos contratando.

5) Representación: Si se trata de personas jurídicas, resulta adecuado chequear que las facultades tanto de concedente como de concesionario en caso de ser personas jurídicas, se encuentren comprendidas en sus objetos sociales o bien sean debidamente apoderados para otorgar la autorización en el caso del concedente y para prestar el servicio o proveer los bienes en el caso del concesionario.

6) Contraprestación: Cuando se pacta como parte de la misma la realización de mejoras por parte del concesionario, a fin de evitar cuestiones interpretativas, resulta aconsejable pactar expresamente qué mejoras serán propiedad del dueño del inmueble una vez finalizada la concesión, y cuáles serán de propiedad del concesionario.

7) Limitado en el tiempo: Se aconseja pactar expresamente un plazo de duración del contrato y excluir la tácita reconducción, pactando expresamente que la renovación debe instrumentarse previo acuerdo de partes y por escrito. Asimismo, es útil acordar cláusulas de salida del contrato, indicando un plazo concreto de preaviso a ser notificado en forma fehaciente, a fin de que la otra parte tenga un tiempo determinado para reacomodar su negocio o prestaciones.

8) Entrega de uso y goce de inmueble para la prestación de servicios o provisión de bienes: Conviene incluir en el contrato una cláusula que determine la fecha de entrega del inmueble al concedente, contando desde la finalización del contrato.El mencionado plazo, si bien excede la fecha de finalización del contrato, de algún modo, facilita al concesionario la posibilidad no solo de retirar los bienes muebles y demás equipamiento que hubiere utilizado para prestar adecuadamente los servicios o la provisión de bienes concedidos, sino también de acondicionar el inmueble a fin de entregarlo al concedente en las mismas condiciones en que lo recibió y libre de todo ocupante.

9) Publicidad: Resulta indispensable que el contrato de concesión prevea expresamente la delimitación sobre la posibilidad de comercialización de publicidad de los diferentes espacios físicos externos e internos del espacio concesionado.

10) Derecho de uso de licencia de marcas: De modo similar a los acuerdos sobre publicidad, con relación a las marcas, isologos e isotipos, resulta de utilidad que el concedente delimite mediante cláusulas específicas en el contrato, las pautas sobre la utilización de estas en relación a los espacios, objetos y servicio sobre los que podrán ser utilizadas.

11) Pago de servicios: Se sugiere que en los casos en que las concesiones se otorgan por un plazo medianamente extenso, el concesionario se comprometa a colocar bajo su titularidad mientras dure el plazo contractual, los servicios correspondientes al inmueble. De este modo, en caso que el concesionario adeude algún período durante el cual utilizó los servicios, la deuda correspondiente a dicho período quedará en cabeza del concesionario y no del concedente.

12) Contratación de seguros: Resulta aconsejable exigir que las pólizas de seguro, cuanto menos las referidas a responsabilidad civil y sobre daños al inmueble, sean contratadas durante la vigencia del contrato y endosadas a favor del concedente a fin de evitar futuras dilaciones frente al acaecimiento de un siniestro.

13) Habilitaciones: Las habilitaciones requeridas para el funcionamiento del servicio o provisión de bienes queda a cargo del concesionario, pero el concedente debe prestar debida colaboración en pos de tal fin ya que su falta de obtención o la revocación de estas podría configurar una causal de resolución del contrato.

14) Fianza: Exigir el otorgamiento de una fianza como garantía del fiel cumplimiento de todas y cada una de las obligaciones asumidas, no resultando aplicable la modificación establecida por el Cód. Civ. en el art. 1582 bis.

15) Desalojo y entrega del local al finalizar el contrato: Una sugerencia que habitualmente se hace al concedente es hacer firmar junto con el contrato de concesión un convenio de desalojo anticipado con firmas certificadas por escribano público. De este modo, el concedente contará con un instrumento eficaz que dotará de celeridad al procedimiento de desalojo, en tanto podrá ejecutarlo judicialmente.

16) Responsabilidad por el personal: Es recomendable exigir al concesionario, en forma simultánea a la contratación de los empleados que prestarán el servicio, la acreditación de la contratación de seguros sobre el personal que utilice. Asimismo, en virtud de la facultad de control que posee el concedente, es posible requerirle que acredite ante el requerimiento del concedente, el pago de los salarios, vacaciones, bonificaciones, indemnizaciones en caso de corresponder, cargas sociales y demás beneficios sociales establecidos o que se establezcan por las leyes y/o convenios a favor de su personal durante todo el tiempo en el que este se desempeñe a su servicio, así como la contratación y pago de los seguros antes referidos. Asimismo, requerirle la acreditación del pago de los importes jubilatorios de él (en su caso) y del personal de su dependencia y/o de los emergentes del cumplimiento de las leyes, decretos, convenios y demás disposiciones sociales, legales y fiscales.

17) Frustración del fin del contrato: Resulta aconsejable tener en cuenta la opción de hacer constar en los considerandos del contrato los antecedentes que podrían contribuir o resultar importantes para interpretar esta causa.

18) Prohibición de cesión del contrato: Al tratarse de un contrato intuitu personae, resulta adecuado incluir una cláusula de prohibición de cesión del contrato.

19) Facturación separada: Conviene aclarar en forma expresa en el contrato que el concesionario debe dejar constancia expresa en la factura de su nombre y cumplir con la totalidad de la normativa impositiva y vigente en la materia. Todo ello, a fin de evitar conflictos interpretativos que den lugar a extensiones de responsabilidad hacia el concedente.

20) Conflicto de interés. Indemnidad. Confidencialidad: Incluir cláusulas que prevean estos temas resulta altamente aconsejable.

---

[1] Gastaldi, José María, El contrato de concesión privada, Astrea, Buenos Aires, 1974, 99.
[2] Lorenzetti, Ricardo Luis, Tratado de los contratos, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, I, 649 y ss.
[3] Marzoratti, Osvaldo J., Derecho de los Negocios internacionales, Astrea, Buenos Aires, 73.
[4] farina, Juan M., Contratos comerciales modernos, Astrea, Buenos Aires, 1994, I, 538.
[5] Ibídem, 554.
[6] Martorell, Ernesto E., Tratado de los contratos de empresa, Depalma, Buenos Aires, 1997, III, 479.
[7] Deppler, Nestor R., Contratos comerciales de uso actual, ad hoc, Capital Federal, 2005, 121.
[8] López cabana, Roberto M., Contratos especiales en el siglo XXI, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, 33.
[9] Artículo 1137 del Código Civil: “Hay contrato cuando varias personas se ponen de acuerdo sobre una declaración de voluntad común, destinada a reglar sus derechos”.

[10] Ibídem.
[11] Ibídem.
[12] Wajntraub, Javier; picasso, Sebastián H.; alterini, Juan M., “Instituciones de Derecho Privado Moderno”, en www.abeledoperrot.com, (acceso el 21-V-2008).
[13] Gastaldi, 102 y 103.
[14] Lorenzetti, 652.
[15] Clasificación de Ripert citada por Isaac, Halperín, Curso de derecho comercial, Depalma, Buenos Aires, 2000, 48.
[16] CNCIV - Tribunal de Superintendencia, “Automóvil Club Argentino c/Aero Ruta Petrole SRL s/ homologación”, del 16-V-1996, www.eldial.com, (acceso el 21-III-2008).
[17] CNCIV, Sala E, “Cencosud SA c/ Mercedes confecciones SA y otros s/ desalojo”, del 30-X-2001, www.eldial.com, (acceso el 21-III-2008).
[18] Alterini, Atilio Aníbal, Contratos civiles, comerciales y de consumo, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1999, 191.
[19] López de zavalía, Fernando, Teoría de los Contratos, Zavalía, Buenos Aires, 1997, 84
[20] Spota, Alberto G., Instituciones de derecho civil, Depalma, Buenos Aires, 1984, 152.
[21] Cfr. alterini, 219.
[22] Cassagne, Juan Carlos, “Los procedimientos de selección del Contratista Estatal”, LL 1997 – E-1486.
[23] Cassagne, Juan Carlos, El contrato administrativo, Artes Gráficas Candil, Buenos Aires, 1994, 44.
[24] López de zavalía, 237.
[25] CCiv. Com. Y Trab. Villa Dolores, “Alaniz de Pizarro Ida y otro c/Asociación Pescadores aficionados La Viña”, LL Córdoba, 983-248.
[26] Rivera, Julio César, “La relación entre la frustración del fin y la teoría de la imprevisión”, ED, 179-60.
[27] Lorenzetti, I, 76
[28] Ibídem, 78
[29] C.S.J.N. “Automóviles Saavedra SA c/Fiat Argentina SA”, LL 1998-B, 4.
[30] CNCiv, Sala A, “Auxilio del Norte c/Automóvil Club Argentino”, del 12-XI-1981, en www.laleyonline.com, (acceso el 10-IV-2008), LL 1982-A, 352.
[31] Citado por José María gastaldi en óp. cit., CNCiv, Sala A, “Santana y otros c/Bolsa de comercio de Buenos Aires”, 11-III-1193 (inédito).
[32] Cámara de apelaciones en lo Civil y Comercial de Mercedes, Sala I, “Coronel Pedro A. c/La Nueva Bailanta (NB) s/daños y perjuicios”, del 02-VII-2007, en www.eldial.com, (acceso el 06-IX-2008).
[33] Cfr. gastaldi, 139.
[34] Ernesto aracama zorraquín, “El merchandising”, LL 1997-B, 1331
[35] CNCIV Sala F, “Kuperschmit, Samuel c/Sistema informático múltiple SA (SIMSA) y otro s/Cobro de sumas de dinero”, del 29-V-1997, en www.eldial.com, (acceso el 15-IV-2008).
[36] CNACiv, Sala G, “Automóvil Club Argentino c/ Afriol Omar L”, LL 1990-E, 398.
[37] CNCIV, Sala L, “González, Jorge Miguel c/Maffroni, Raimundo Jorge s/daños y perjuicios”, del 20-VIII-1996, en www.eldial.com.ar, (acceso el 06-IX-2008).
[38] Martorel, Ernesto E., Tratado de los contratos de empresa, Depalma, Buenos Aires, 1997, III, 485.
[39] CNCom, Sala C, “Baffini, Nélida G. y otro c. Asociación cristiana de jóvenes de la República Argentina”, del 27-III-08, en www.laleyonline.com, (acceso el 21-VI-2008).
[40] S.C.B.A., “Fernández, Fernando c/ Roll SRL y/o Soul Train s/ Daños y perjuicios”, del 14-IV-2004, en www.eldial.com, (acceso el 13-V-2008)
[41] Cámara de apelaciones, Sala A, Trelew, “M.J. Y otro s/daños y perjuicios” del 2-VI-2002, en www.eldial.com, (acceso el 21-VI-2008).
[42] Cfr. gastaldi, 133.
[43] En igual sentido, Martorell sostiene que el concesionario suele también aceptar inspecciones regulares de su contabilidad o libros o auditorias por parte de su concedente, óp. cit.
[44] CCI, Provincia de Buenos Aires, “Untacle, Pablo Salvador c/Club Deportivo San Vicente s/indemnización de daños y perjuicios”, del 9-III-1993, en www.eldial.com, (acceso el 23-IV-2008).
[45] Marzoratti, Osvaldo J., Sistemas de distribución comercial, Astrea, Buenos Aires, 1995, 118.
[46] Artículo 1502 del Código Civil: “Los arrendamientos de bienes Nacionales, Provinciales o Municipales, o de bienes de corporaciones, o de establecimientos de utilidad pública, serán juzgados por las disposiciones del derecho administrativo o por las que le sean peculiares. Solo en subsidio lo serán por las disposiciones de este código”.
[47] Cassagne, 496.
[48] Dromi, Roberto, Derecho administrativo, Ciudad Argentina, Buenos Aires, 2006, 632.
[49] Cabe aclarar que en la órbita del derecho administrativo, la característica fundamental de este tipo de contrato es la continuidad del servicio público, donde el concesionario en definitiva viene a ser un colaborador de la Administración. En este sentido, Cassagne, óp. cit., p. 519, citando a Gaspar Ariño Ortiz, señala que con relación a la teoría de la imprevisión, “en los contratos privados se propugna la rescisión; en los contratos administrativos, en cambio la imprevisión tendrá como primer objetivo el mantenimiento de la relación pues con ellos lo que se busca es, ante todo, la realización continua de la obra o el servicio”.
[50] “Por eso la concesión de servicio público no puede ser “renunciada” unilateralmente por el concesionario y el control del Estado sobre la actividad del contratista se acrecienta e intensifica en comparación con el control estatal sobre la actividad del contratista en los demás contratos administrativos. A pesar de la concesión, la actividad sigue siendo “servicio público”, por lo cual los principios esenciales de este tienen plena vigencia en el ámbito de la concesión”. Cfr. dromi, óp. cit., 631.
[51] Gastaldi, 426.
[52] Lorenzetti, I, 60. Más aún, el Dr. Lorenzetti al analizar el fenómeno mencionado entiende que existen grupos de contratos de colaboración gestora dentro de los cuales se enmarcan los contratos de distribución y

grupos de contratos de colaboración asociativa, entre los cuales se pueden incluir los hipercentros de consumo.
[53] Barbieri, Pablo C., Contratos de empresa, Astrea, Buenos Aires, 1998, 150.
[54] Sin embargo, en la doctrina encontramos diferentes interpretaciones en torno al control en este tipo de contrato. Al respecto, respetable doctrina ha sostenido que: "Los derechos de inspección y de fijar pautas a las cuales debe sujetarse el concesionario, son necesidades del contrato, impuestas por realidades de la comercialización que no constituyen una posición de control, tal como se entiende en derecho societario, pues el contrato de concesión no subordina al concesionario, ni elimina sus facultades de decisión. El concesionario mantiene su autonomía administrativa y financiera, no desaparece la personalidad jurídica de los sujetos intervinientes, ni se produce confusión patrimonial entre concedente y concesionario". Matta y Trejo, Guillermo E., "Algunas consideraciones de actualidad en torno del contrato de concesión comercial", LL 1991-A, 730.
[55] CNCom, Sala B, "Corycor, SRL c/Ríos-Ar, SA", del 12-VII-1998, en www.laleyonline.com, (acceso el 28-V-2008).
[56] Zavala rodríguez, Juan Carlos, "Características actuales del contrato de concesión automotriz", LL 1991-E, 993.
[57] rivera, Julio César, "Sistemas de distribución comercial", LL 2005-D, 812.
[58] No es posible dejar de mencionar el fallo dictado por la CSJN en autos "Automóviles Saavedra" en sentencia de fecha 4/8/88, en la cual se sostuvo con relación a un contrato de concesión para la venta de automóviles que si se trataba de un contrato atípico y por ende, carente de normas expresas que lo regulen, su régimen debe buscarse en la propia voluntad de las partes, expresada en la convención y en los principios generales de los contratos. Asimismo, expresó que el elemento tiempo debe figurar como esencial y propio del contrato de concesión privada, porque al tratarse de una delegación por parte del concedente, ella no puede atribuirse sin límite en el tiempo, pues implicaría comprometer el patrimonio de quien lo otorga en forma permanente y obligarlo sin término a autorizar la prestación de un servicio que le compete, agregando que la posibilidad de denuncia en cualquier tiempo por cualquiera de las partes, no solo no es abusiva ni contraria a las reglas morales, sino que se muestra como la consecuencia lógica de esa especie de negocio jurídico.
[59] Cfr. Rivera, 812.
[60] Borda, Guillermo A., Manual de contratos, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1995, 795.
[61] Cámara de Apelaciones Civil y Comercial Común, Sala I, "Ruiz Néstor c/Suresner SA s/Resolución de contrato", del 26-IX-2000, en www.eldial.com, (acceso el 13/V/2008).
[62] Nissen, Ricardo A., Curso de derecho societario, ad hoc, Buenos Aires, 2003, 81.
[63] Artículo 1056: Los actos anulados, aunque no produzcan los efectos de actos jurídicos, producen sin embargo, los efectos de los actos ilícitos, o de los hechos en general, cuyas consecuencias deben ser reparadas.
[64] Bustamante alsina, Jorge, Teoría de la responsabilidad civil, Abeledo Perrot, en www.abeledoperrot.com, (acceso el 21-VIII-2008).
[65] CCiv.Com. de Paraná, Sala III, "Benmelej, Yontob c. Municipalidad de Paraná", LL Litoral, 1998-1-156.
[66] Brebbia, Roberto H., Responsabilidad precontractual, Ediciones La Rocca, Buenos Aires, 1987, 221.
[67] CSJPBA, "F.R.D. c/Club Atlético Rivadavia Lincoln s/ daños y perjuicios", del 26-IX-2007, en www.microjuris.com, (acceso el 13-V-2008).
[68] Martínez Medrano, Gabriel A., "Reforma de la Ley de Defensa del Consumidor Ley 26.361", del 20-V-2008, en www.microjuris.com, (acceso el 21-VIII-2008).
[69] Schötz, Gustavo J., "Los titulares de marcas y las modificaciones a la Ley de Defensa del Consumidor", del 29-VIII-2008, en www.laleyonline.com, (acceso el 23-IX-2008).
[70] Ibídem.
[71] Fallo citado por Diego ferreras Villalón, "La responsabilidad del propietario y/o administrador de las ferias o mercados donde se comercializan artículos falsificados. Jurisprudencia norteamericana y brasileña. Aplicación de la doctrina del Landlord Liability en nuestro país", ED, 13/08/2008, N.° 12.069.
[72] Ibídem.
[73] Artículo 1: "Están prohibidos y serán sancionados de conformidad con las normas de la presente ley, los actos o conductas, de cualquier forma manifestados, relacionados con la producción e intercambio de bienes o servicios, que tengan por objeto o efecto limitar, restringir, falsear o distorsionar la competencia o el acceso al mercado o que constituyan abuso de una posición dominante en un mercado, de modo que pueda resultar perjuicio para el interés económico general.
Queda comprendida en este artículo, en tanto se den los supuestos del párrafo anterior, la obtención de ventajas competitivas significativas mediante la infracción declarada por acto administrativo o sentencia firme, de otras normas".
[74] Cabanellas de las Cuevas, Guillermo, Derecho antimonopólico y de defensa de la competencia, Heliasta, Buenos Aires, 2005, T. 2, 223.
[75] Llambías, Jorge Joaquín, Código Civil Anotado, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, 114.
[76] Mazeaud, Henri y León y Mazeaud, Jean, Lecciones de Derecho Civil, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1969, 132.
[77] A modo de ejemplo, es posible mencionar entre otros, los supuestos de indemnización agravada en caso de despido sin causa en situación de emergencia económica (ley de emergencia económica N.° 25.561), de despido incausado en situación de embarazo de la trabajadora o bien del trabajador no registrado.
[78] Tal es el caso del artículo 9 de la Ley de Contrato de Trabajo el cual contiene reglas de aplicación e interpretación en caso de duda.
[79] Grisolía, Julio Armando, Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Depalma, Buenos Aires, 2002, 1007.

[80] Vázquez vialard, Antonio, “Un criterio desajustado en el ámbito del Derecho del Trabajo, respecto del concepto de responsabilidad solidaria”, LL-C- 2003, 555.
[81] Rothery, Brian; Robertson, Ian, Outsourcing. La Subcontratación, Editora Limusa, México, 1997, 64.
[82] Ibídem.
[83] CNTrab, Sala X, “Gauna Norma Beatriz c/Voro Restaurant Soc. de Hecho Integ. por Valdez Stella Maris y Piras Silvina y otros s/Despido”, del 07-IV-2006, en www.eldial.com, (acceso el 10-V-2008)
[84] “Pegullo, Pablo G. c/ Comedores Administrados SRL, Comad SRL y otro”, LL 2004-B, 2617.
[85] CNTrab, Sala VIII, “Montenegro, Julio Oscar c/ Plataforma Cero SA y otro s/ despido”, del 21-VII-2006, en www.eldial.com, (acceso el 12-V-2008).
[86] CNTrab, Sala VIII, “Quinela, Rafael c/Concesiones Hípicas SRL y otro s/Despido”, del 29-IX-2006, en www.eldial.com, (acceso el 12-V-2008).
[87] CNTrab, Sala II, “Alcaraz Ramón José c/Club Italiano y otros s/Despido”, del 03-X-2006, en www.microjuris.com, (acceso el 15-VI-2008).
[88] Es la tercera vez que el presidente del Supremo Tribunal vota de esta manera al momento de tratar los alcances de la extensión de responsabilidad. Cfr. en igual sentido autos “Farías Ana c/Clínica Privada Psiquiátrica esquirol SA” y “Florentino Roxana c/Socialmed SA”.
[89] CSJN, “Castro Bourdin, José Luis c/Jockey Club Asociación Civil y otro”, del 17-VII-2007, en www.laleyonline, (acceso el 21-V-2008).
[90] CCiv y Com San Isidro, Sala I, “Pisto, Marta c/Gorno, Jaime s/Daños y perjuicios”, del 10-IX-1999, en www.laleyonline.com, (acceso el 15-VI-2008), LLBA 1999, 112.
[91] Artículo 680 bis: “En los casos que la acción de desalojo se dirija contra intruso, en cualquier estado del juicio después de trabada la litis y a pedido del actor, el juez podrá disponer la inmediata entrega del inmueble si el derecho invocado fuese verosímil y previa caución por los eventuales daños y perjuicios que se puedan irrogar”.
[92] CNCiv, Sala K, “Cabrera, Marta G. y otro c/Anelli, Daniel A. y otro”, del 09-IX-2005, en www.laleyonline.com, (acceso el 14-V-2008).
[93] Artículo 616: “Restitución del Bien: Cuando el derecho invocado fuere verosímil y pudieren derivar perjuicios si no se decretare la restitución del bien, el juez podrá ordenarla previa fianza que prestará el reclamante para responder por los daños que pudiere irrogar la medida”.
[94] Kielmanovich, Jorge L., Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, Abeledo Perrot, 2005, T. 1, en www.abeledoperrot.com, (acceso el 22-VII-2008).
[95] Artículo 29: Orden público y convenios. Las disposiciones de los tres títulos precedentes se declaran de orden público. Serán válidos los convenios celebrados o que se celebren entre las partes con posterioridad a la iniciación del contrato de locación relativos al precio de este y la desocupación del inmueble y su cumplimiento podrá ser exigido judicialmente. Los nuevos contratos que se celebren a partir de la vigencia de esta ley se regirán por el Código Civil aun cuando se trate de la continuación de contratos anteriores. La sola modificación convencional del precio no implicará nuevo contrato. Artículo 47: Convenios de desocupación. Cuando el locatario, después de celebrar el contrato y estando en ocupación del inmueble, hubiese convenido con el locador plazos diferentes de los originales, el locador podrá solicitar directamente el cumplimiento del convenio presentando el documento respectivo y el juez, previa audiencia del locatario, decretará el lanzamiento sin más trámite que los correspondientes a la ejecución de sentencia que condena a hacer. Los convenios a que se refiere el párrafo anterior deberán haber sido homologados judicialmente. Las partes en el convenio, bajo su responsabilidad, indicarán las sublocaciones a plazo fijo que hayan sido autorizadas por el locador. La homologación se dictará con citación de los respectivos sublocatarios.
[96] Cfr. Xanthos, “Convenios de desocupación, vigencia y homologación”, LL 1997-B, 739. “La vigencia de la ley 21.342 es limitada. El actual régimen de locaciones urbanas para vivienda, comercio e industria que establece la ley 23.091 dejó sin efecto los arts. 33 a 46 de aquella, pero quedó subsistente el art. 47 que estatuye […]. Y el art. 29 que les da a esos convenios relativos al precio o desocupación del inmueble validez y carácter de orden público […]”.
[97] CNCiv, Sala K, “Playas Subterráneas S.A. c/Cersosimo, Alberto y otro”, del 12-X-2005, en www.laleyonline.com, (acceso el 12-VII-2008).
[98] Art. 3.939: “El derecho de retención es la facultad que corresponde al tenedor de una cosa ajena, para conservar la posesión de ella hasta el pago de lo que le es debido por razón de esa misma cosa”.
[99] Artículo 1203: “Si en el contrato se hubiere hecho un pacto comisorio, por el cual cada una de las partes se reservare la facultad de no cumplir el contrato por su parte, si la otra no lo cumpliere, el contrato solo podrá resolverse por la parte no culpada y no por la otra que dejó de cumplirlo. Este pacto es prohibido en el contrato de prenda”.
[100] Articulo 1024: “En los contratos con prestaciones recíprocas se entiende implícita la facultad de resolver las obligaciones emergentes de ellos en caso de que uno de los contratantes no cumpliera su compromiso. Mas en los contratos en que se hubiese cumplido parte de las prestaciones, las que se hayan cumplido quedarán firmes y producirán, en cuanto a ellas, los efectos correspondientes.
No ejecutada la prestación, el acreedor podrá requerir al incumplidor el cumplimiento de su obligación en un plazo no inferior a quince días, salvo que los usos o un pacto expreso establecieran uno menor, con los daños y perjuicios derivados de la demora; transcurrido el plazo sin que la prestación haya sido cumplida, quedarán resueltas, sin más, las obligaciones emergentes del contrato con derecho para el acreedor al resarcimiento de los daños y perjuicios.
Las partes podrán pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de que alguna obligación no sea cumplida con las modalidades convenidas; en este supuesto la resolución se producirá de pleno derecho y surtirá efectos desde que la parte interesada comunique a la incumplidora, en forma fehaciente, su voluntad de resolver.

La parte que haya cumplido podrá optar por exigir a la incumplidora la ejecución de sus obligaciones con daños y perjuicios. La resolución podrá pedirse aunque se hubiese demandado el cumplimiento del contrato; pero no podrá solicitarse el cumplimiento cuando se hubiese demandado por resolución".
[101] Suele mencionarse como uno de los principales antecedentes de esta figura, los denominados casos de la coronación, ocurridos a principios del siglo pasado, como consecuencia de una locación de las ventanas de un departamento para observar el desfile de la coronación del rey Eduardo VII. Como consecuencia de la enfermedad del rey, se anunció la suspensión del desfile lo que ocasionó la negativa del locatario a abonar el canon por haberse tornado inútil el contrato. Dicho planteo fue acogido por la corte.
[102] Rivera, Julio C., "La doctrina de las bases en el Proyecto de Unificación Legislativa", Rev. de Dcho. Comercial y de las Obligaciones, 20-119/20, 895.
[103] Leiva Fernández, Luis F. P., "Colección de análisis jurisprudencial. Contratos civiles y comerciales", LL-2002, 222.
[104] Artículo 1198 en lo pertinente: "[…] En los contratos bilaterales conmutativos y en los unilaterales onerosos y conmutativos de ejecución diferida o continuada, si la prestación a cargo de una de las partes se tornara excesivamente onerosa, por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada podrá demandar la resolución del contrato. El mismo principio se aplicará a los contratos aleatorios cuando la excesiva onerosidad se produzca por causas extrañas al riesgo propio del contrato. En los contratos de ejecución continuada, la resolución no alcanzará a los efectos ya cumplidos.
No procederá la resolución si el perjudicado hubiese obrado con culpa o estuviese en mora.
La otra parte podrá impedir la resolución ofreciendo mejorar equitativamente los efectos del contrato".
[105] Lorenzetti, Parte General, 532.
[106] Cfr. Rivera, "La relación entre la frustración del fin y la teoría de la imprevisión", ED, 179-60.
[107] Cfr. Rivera, Parte General, 532.
[108] CNCiv, Sala H, "Carrefour Argentina SA c/Kids and Co. SRL", LL 1995-C-18.

© Copyright: Universidad Austral