

Voces: UNIFICACION CIVIL Y COMERCIAL ~ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION ~ CONTRATO ~ CONTRATO COMERCIAL ~ CONCESION COMERCIAL ~ CLAUSULA DE EXCLUSIVIDAD ~ OBLIGACIONES ~ CONCEDENTE ~ CONCESIONARIO ~ PLAZO ~ RESCISION DEL CONTRATO ~ RESOLUCION DEL CONTRATO ~ CESION DEL CONTRATO

Título: El contrato de concesión en el Código Civil y Comercial

Autores: Márquez, José Fernando Calderón, Maximiliano Rafael

Publicado en: Sup. Esp. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Contratos en particular 2015 (abril), 21/04/2015, 341

Cita Online: AR/DOC/1029/2015

Sumario: I. Introducción.— II. Definición del contrato de concesión.— III. La exclusividad de la concesión.— IV. Obligaciones del concedente.— V. Obligaciones del concesionario.— VI. El plazo en la concesión.— VII. Derecho a la retribución y régimen de gastos.— VIII. Rescisión del contrato de concesión.— IX. Resolución del contrato de concesión.— X. Subconcesión y cesión de contrato.— XI. Normas supletorias.

I. Introducción

Constituye una novedad para la legislación argentina la regulación legal de los contratos de distribución. Instituidos en la práctica comercial y jurídica, estos contratos se rigieron por los usos y costumbres y principios y reglas de contratos afines. (1)

El Código Civil y Comercial concluye con esta situación normativa, incorporando reglas expresas para los contratos de agencia, concesión y franquicia.

En esta oportunidad repasaremos las propias del contrato de concesión.

II. Definición del contrato de concesión

El art. 1502 define al contrato de concesión: "Hay contrato de concesión cuando el concesionario, que actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros, se obliga mediante una retribución a disponer de su organización empresarial para comercializar mercaderías provistas por el concedente, prestar los servicios y proveer los repuestos y accesorios según haya sido convenido".

1. La incorporación del contrato de concesión al Código

El contrato de concesión se ubica en el Capítulo 18 del Título IV (Contratos en particular), del Libro Tercero (De los derechos personales).

Se trata del contrato de concesión comercial (2), diferente de otros tipos contractuales que comparten denominación pese a ser completamente distintos (como la concesión pública y la concesión privada, que implican autorizaciones para la prestación de servicios a terceros y realización de ciertas actividades). (3)

Al igual que otros contratos de distribución (agencia, franquicia), se incorpora como contrato nominado (conforme al art. 970 del Código). Los códigos civil y comercial no preveían esta figura, aunque la misma había adquirido tipicidad social, a tenor de la labor doctrinaria y jurisprudencial.

2. Elementos de la definición

El Código caracteriza la concesión a partir de tres elementos dogmáticos:

a) La autonomía del concesionario (4): el concesionario "actúa en nombre y por cuenta propia frente a terceros".

Este rasgo es crucial, ya que el concesionario es siempre un comerciante o una empresa autónoma, que encara sus negocios a riesgo propio y comprometiendo su responsabilidad. Existe entre concesionario y concedente un obrar cooperativo, pero que no se traduce en la existencia de controles societarios ni dependencia laboral.

Tampoco existe representación del concedente por el concesionario, que queda personal y directamente obligado respecto de terceros cocontratantes, con las salvedades propias del derecho del consumo.

La dirección técnica del concedente y la intensidad de sus facultades de control (inherentes a estos sistemas colaborativos), así como el frecuente predominio del concedente (quien suele imponer condiciones mediante contratos de adhesión, quedando el concesionario en muchos casos sujeto a una subordinación económica) no desdibujan la autonomía de los contratantes, por más que den cuenta de un vínculo no totalmente paritario que, en nuestro Código vigente, se encuentra sujeto a las normas de orden público de los arts. 11 (abuso de posición dominante) y 984 a 989 (contratos celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas).

b) La actividad comercial distributiva del concesionario: la definición del Código selecciona, de las variadas obligaciones del concesionario, aquellas que definen su actividad distributiva.

La clave de la figura reside en la afectación instrumental de la organización empresarial del concesionario, a los fines de distribuir los productos (mercaderías) del concedente. Aquí juega la función de intermediación del

concesionario y se materializa la utilidad económica del contrato (ampliación del alcance de los negocios del concedente sin la necesidad de estructurar un sistema minorista, reduciendo costos y riesgos, contando con la intervención de un colaborador autónomo y especializado; aprovechamiento de la estructura organizacional del concesionario, potenciada por la dirección técnica del concedente y la concesión de productos en exclusividad).

El Código alude a la provisión de "mercaderías", con lo que (de acuerdo al significado del término), el tipo contractual se refiere a transacciones sobre cosas muebles.

La prestación de servicios de posventa y de repuestos y accesorios, que se regulan en el art. 1505, completa el rol del concesionario, precisando que no es un mero revendedor.

c) La onerosidad: la norma destaca igualmente la onerosidad del contrato, en la medida que el empresario—concesionario realiza su actividad en procura de beneficios propios que, más allá de otros intangibles (como la obtención de clientela y la maximización del crédito e imagen comercial), se concretan en la obtención de una retribución económica.

3. Caracteres de la concesión

La caracterización legal permite describir al contrato de concesión como:

- a) Bilateral (art. 966), pues genera obligaciones recíprocas para concedente y concesionario.
- b) Oneroso (art. 967), ya que las prestaciones a cargo del concesionario se ejecutan en miras a una retribución (que, en rigor, se obtendrá en la contratación con terceros y no de manera directa del concedente).
- c) Conmutativo (art. 968), pues las ventajas de las partes se encuentran predeterminadas desde su perfeccionamiento, sin perjuicio del riesgo inherente a la actividad comercial en sí misma.
- d) No formal (art. 969), pues la ley no exige forma alguna para su perfeccionamiento, quedando alcanzado por el principio de libertad de formas (art. 284).
- c) Nominado (art. 970), al encontrarse regulado especialmente en los arts. 1502 a 1511.
- d) De duración (art. 1011), pues sus efectos se extienden en el tiempo.
- e) Preponderantemente de cooperación, pues más allá de que en ciertos tramos de la contratación existan operaciones de cambio (vgr. provisión de productos), es de su esencia la cooperación empresarial.
- f) Habitualmente celebrado por adhesión (art. 984), siendo por lo general el concedente quien predispone unilateralmente los términos del acuerdo.

III. La exclusividad de la concesión

El art. 1503 regula la exclusividad mutua en el contrato de concesión: "Exclusividad. Mercaderías. Excepto pacto en contrario: a) la concesión es exclusiva para ambas partes en el territorio o zona de influencia determinados. El concedente no puede autorizar otra concesión en el mismo territorio o zona y el concesionario no puede, por sí o por interpósita persona, ejercer actos propios de la concesión fuera de esos límites o actuar en actividades competitivas; b) la concesión comprende todas las mercaderías fabricadas o provistas por el concedente, incluso los nuevos modelos".

1. Regla supletoria

La norma contiene una regla supletoria que juega "excepto pacto en contrario".

Por ello, tanto la exclusividad como la extensión de las mercaderías comprendidas, tal como se regulan en el art. 1503, son elementos naturales del contrato, que pueden ser dejados sin efecto en ejercicio de la libertad de regulación de las partes (art. 958). [\(5\)](#)

Dicha facultad de las partes puede utilizarse para excluir la regla legal (por ejemplo, para pactar que no existe exclusividad para uno o ambos de los contratantes) o para modificar su alcance (por ejemplo, para permitir actividades competitivas, pero manteniendo la exclusividad, o bien para pactar una exclusividad no acotada a una zona o territorio).

2. Exclusividad. Alcance territorial de la concesión

El régimen supletorio legal establece una exclusividad dotada de las siguientes características:

- a) Territorialidad: la exclusividad juega en un territorio o zona de influencia.

La zona de influencia marca, además, el límite de actuación del concesionario, quien no puede ejercer actos propios de la concesión fuera de esos límites.

- b) Bilateralidad: la exclusividad juega para ambas partes.

Respecto del concedente, no le permite autorizar otra concesión en la zona.

Respecto del concesionario, no le permite por sí o por terceros ejercer actividades competitivas. Del análisis sistemático de la norma se infiere que esta limitación a la concurrencia solamente juega exclusivamente para la zona de influencia.

3. Mercaderías comprendidas

La norma aclara que la concesión comprende todas las mercaderías fabricadas o provistas por el concedente y abarca también los nuevos modelos, disipando dudas al respecto y fijando una regla supletoria que puede ser dejada sin efecto por acuerdo de partes. (6)

IV. Obligaciones del concedente

El art. 1504 regula las obligaciones del concedente: "Obligaciones del concedente. Son obligaciones del concedente: a) proveer al concesionario de una cantidad mínima de mercaderías que le permita atender adecuadamente las expectativas de venta en su territorio o zona, de acuerdo con las pautas de pago, de financiación y garantías previstas en el contrato. El contrato puede prever la determinación de objetivos de ventas, los que deben ser fijados y comunicados al concesionario de acuerdo con lo convenido; b) respetar el territorio o zona de influencia asignado en exclusividad al concesionario. Son válidos los pactos que, no obstante la exclusividad, reserva para el concedente cierto tipo de ventas directas o modalidades de ventas especiales; c) proveer al concesionario la información técnica y, en su caso, los manuales y la capacitación de personal necesarios para la explotación de la concesión; d) proveer durante un período razonable, en su caso, repuestos para los productos comercializados; e) permitir el uso de marcas, enseñas comerciales y demás elementos distintivos, en la medida necesaria para la explotación de la concesión y para la publicidad del concesionario dentro de su territorio o zona de influencia.

El Código regula las obligaciones principales del concedente. Tratándose de un contrato de duración y además, cooperativo, resulta aplicable en su cumplimiento el estándar del art. 1011.

Las obligaciones reguladas son las siguientes:

a) Provisión de mercaderías y repuestos (incs. a y d): el concedente debe proveer al concesionario las mercaderías que éste comercializará a terceros (inc. a); esta obligación es esencial, pues activa el circuito distributivo. La provisión se hará con el precio, financiación y garantías previstas en el contrato.

Sin perjuicio de lo que pacten las partes, el Código establece que la provisión debe ser en cantidad suficiente para atender las expectativas de venta, fijando un estándar de razonabilidad (pues una provisión inferior resultaría perjudicial para el concesionario, al acotar sus posibilidades de venta y, correlativamente, de amortizar inversiones y generar rentabilidad). (7)

Se admite la fijación de "objetivos de ventas" si el contrato lo admite. En tal caso, será el concedente quien determine y notifique al concesionario. Se trata de pautas justificables en el interés del concedente en un adecuado desarrollo de la concesión y la colocación de sus productos en el mercado, aunque no pueden ser establecidas de manera abusiva.

El concedente debe proveer asimismo repuestos para los productos comercializados a terceros (inc. d), lo que es un lógico correlato de la obligación del concesionario de mantener disponibilidad de repuestos, no solamente a tenor del contrato de concesión sino, principalmente, de la normativa en materia de defensa del consumidor. Esta provisión debe hacerse por un plazo razonable, no estando obligados ni concedente ni concesionario a tener repuestos de productos comercializados hace largo tiempo que se encuentren discontinuados.

En conjunto, estas dos obligaciones se refieren a la provisión de productos a comercializar por el concesionario.

b) Provisión de elementos materiales e inmateriales complementarios (incs. c y e): a los fines del cumplimiento de la concesión, el concedente debe facilitar al concesionario otros elementos, tangibles e intangibles.

Debe brindarle información técnica, entregarle manuales y capacitar al personal (inc. c). Cuanto mayor sea la complejidad técnica de los productos vendidos, más intenso será este deber, aunque la capacitación y los manuales pueden referirse también a prácticas comerciales, pautas de actuación del personal o formas de prestar servicios complementarios.

Debe, además, permitirle el uso de marcas, enseñas comerciales y elementos distintivos dentro de la zona de influencia (inc. e), estando el concesionario autorizado a emplearlos en su actividad publicitaria. En principio, este uso será gratuito.

c) Respeto de la exclusividad y la zona (inc. b): este deber negativo se relaciona con la exclusividad acordada por el art. 1503 al concesionario.

Se admite la convención contractual que, pese a la exclusividad, permite al concedente hacer cierto tipo de "ventas directas" (por sí mismo) o ventas especiales, hipótesis que no comprende una actividad permanente del concedente en competencia de su concesionario exclusivo ni tampoco el otorgamiento de otra concesión paralela en la misma zona.

V. Obligaciones del concesionario

Las obligaciones del concesionario se enumeran en el art. 1505: "Obligaciones del concesionario. Son obligaciones del concesionario: a) comprar exclusivamente al concedente las mercaderías y, en su caso, los repuestos objeto de la concesión, y mantener la existencia convenida de ellos o, en defecto de convenio, la cantidad suficiente para asegurar la continuidad de los negocios y la atención del público consumidor; b) respetar los límites geográficos de actuación y abstenerse de comercializar mercaderías fuera de ellos, directa o indirectamente por interpósita persona; c) disponer de los locales y demás instalaciones y equipos que resulten necesarios para el adecuado cumplimiento de su actividad; d) prestar los servicios de preentrega y mantenimiento de las mercaderías, en caso de haberlo así convenido; e) adoptar el sistema de ventas, de publicidad y de contabilidad que fije el concedente; f) capacitar a su personal de conformidad con las normas del concedente. Sin perjuicio de lo dispuesto en el inciso a), el concesionario puede vender mercaderías del mismo ramo que le hayan sido entregadas en parte de pago de las que comercialice por causa de la concesión, así como financiar unas y otras y vender, exponer o promocionar otras mercaderías o servicios que se autoricen por el contrato, aunque no sean accesorios de las mercaderías objeto de la concesión ni estén destinados a ella.

El Código regula las obligaciones principales del concesionario. Tratándose de un contrato de duración y además, cooperativo, resulta aplicable en su cumplimiento el estándar del art. 1011.

Las obligaciones reguladas son las siguientes:

a) Compra en exclusividad y mantenimiento de stock (inc. a): el concesionario debe respetar la exclusividad del concedente (art. 1503), comprándole a él las mercaderías y repuestos, con exclusión de todo otro proveedor del mismo ramo.

Son excepciones a esta regla: (i) la venta de mercaderías recibidas en pago de las que comercializa con motivo de la concesión (en cuyo caso, la enajenación será también en provecho del concedente, aunque no debería convertirse en una práctica ficticia tendiente a eludir de la exclusividad); (ii) la venta, exposición o promoción de mercaderías o servicios autorizados por el contrato (vinculados o no a la concesión).

La compra debe hacerse en cantidades suficientes para asegurar la continuidad de los negocios y la atención de terceros consumidores, por lo que el concesionario debe conservar siempre un stock mínimo a esos fines (sin perjuicio de que, contractualmente, pueda regularse una venta mínima periódica).

b) Respeto de la zona (inc. b): este deber se vincula con el ámbito territorial de la concesión (art. 1503), y evita la colisión entre diferentes concesionarios.

c) Afectación de infraestructura a la concesión (inc. c): el concesionario debe afectar al cumplimiento de la concesión locales, instalaciones y equipos necesarios para su actividad, acordes a las exigencias cualitativas y cuantitativas de la operatoria.

A esos fines, debe realizar las inversiones necesarias, lo que se vincula con el plazo mínimo del contrato, acordado a fin de poder amortizarlas.

d) Servicios complementarios (inc. d): en caso de haberse convenido, el concesionario debe mantener y conservar las mercaderías y prestar servicios de preentrega (que pueden incluir diversas tareas: limpieza, empaquetamiento, acondicionamiento, inspecciones técnicas, chequeos de funcionalidad, colocación de accesorios, grabados y colocación de gráficas, etc.).

e) Respeto a directivas del concedente (inc. e): el concedente, en ejercicio de su dirección técnica, puede fijar pautas tendientes a un mejor desarrollo de la actividad distributiva, que el concesionario debe respetar.

El concesionario debe, en consecuencia, adecuar su sistema de ventas e intervenir en actividades y campañas publicitarias en los términos requeridos por el concedente.

Debe, también, ajustar su contabilidad y sistemas administrativos, procurando uniformarlos y darle al concedente una mayor posibilidad de control de su red de concesionarios.

f) Capacitación del personal (inc. f): el personal afectado al cumplimiento de la concesión debe estar capacitado, máxime cuando le corresponde comerciar productos tecnológicos. La capacitación debe ser especial y eminentemente técnica para el personal a cargo de los servicios.

La capacitación debe ser acorde a las pautas brindadas por el concedente, en atención a su conocimiento de los productos a comercializar y su interés prevalente en una adecuada comercialización.

VI. El plazo en la concesión

El plazo del contrato se regula en el art. 1506: "Plazos. El plazo del contrato de concesión no puede ser inferior a cuatro años. Pactado un plazo menor o si el tiempo es indeterminado, se entiende convenido por cuatro años. Excepcionalmente, si el concedente provee al concesionario el uso de las instalaciones principales suficientes para su desempeño, puede preverse un plazo menor, no inferior a dos años. La continuación de la relación después de vencido el plazo determinado por el contrato o por la ley, sin especificarse antes el nuevo plazo, lo transforma en contrato por tiempo indeterminado".

1. Plazo mínimo

El Código establece un plazo mínimo de cuatro años.

Se trata de un plazo de orden público (8), aplicable:

a) Cuando las partes no han convenido plazo para el contrato (concesión por tiempo indeterminado). En este caso, el contrato se entiende celebrado por cuatro años y, por ende, los contratantes no pueden hacer ejercicio de la facultad rescisoria prevista por el art. 1508 hasta que haya transcurrido ese lapso.

b) Cuando las partes han convenido plazo para el contrato, pero inferior a cuatro años. En este supuesto, la norma que comentamos prevalece ante el acuerdo de partes, por su carácter imperativo.

El aseguramiento de un plazo mínimo es fundamental: el concesionario necesita que el vínculo se prolongue lo suficiente para amortizar las inversiones que hubiera realizado para la ejecución del contrato y para obtener la rentabilidad estimada. Los cuatro años previstos por la norma le permiten efectuar cálculos y previsiones sobre la ecuación económica del contrato, dándole mayor posibilidad de obtener los beneficios buscados al contratar y poniéndolo relativamente a resguardo de inestabilidades económicas coyunturales o puntuales que, de ser menor el plazo, frustrarían sus expectativas de ganancia.

El Código no establece un plazo máximo para el contrato de concesión.

2. Reducción excepcional del plazo mínimo

La norma admite la posibilidad de reducir el plazo mínimo a dos años, en aquellos casos en que el concedente provea al concesionario "el uso de las instalaciones principales suficientes para su desempeño".

Dicha habilitación obedece a que, proveyendo el concedente la infraestructura requerida para la actividad del concesionario, la inversión de éste será menor, requiriendo de menos tiempo para ser amortizada y comenzar a generar rentabilidad.

Será necesario examinar en cada caso si las instalaciones provistas por el concedente son realmente suficientes (o entrañan una ficción o simulación en el marco de un contrato celebrado por adhesión, a fin de acordar un plazo inferior al mínimo genérico), atendiendo al carácter excepcional de esta reducción del plazo.

3. Situaciones posibles al vencimiento del plazo

Al momento de vencer el plazo convenido o el plazo legal (el que fuere mayor), pueden darse tres situaciones:

a) Que las partes, antes del vencimiento, hayan acordado la prórroga por un nuevo plazo. En este caso, el contrato continuará vigente por el plazo convenido.

b) Que las partes pongan fin al contrato con motivo del vencimiento del plazo.

c) Que, sin haber existido prórroga por un nuevo plazo, la relación continúe después del vencimiento. En este supuesto, el contrato se convierte en una concesión de tiempo indeterminado, dando lugar a la facultad de rescisión prevista en el art. 1508.

En este caso, se computan a los fines del preaviso no solo el tiempo transcurrido desde la conversión del contrato a plazo en contrato de tiempo determinado, sino también los años transcurridos dentro de la vigencia del plazo legal o contractual (art. 1492).

La regla es conteste con un principio de acuerdo al cual, en los contratos de duración a término, el vencimiento del plazo no implica tácita reconducción por un plazo igual, dando lugar a la facultad rescisoria unilateral de los contratantes (en igual sentido, art. 1218 en materia de locación).

VI. Derecho a la retribución y régimen de gastos

El art. 1507 regula ambas cuestiones: "Retribución. Gastos. El concesionario tiene derecho a una retribución, que puede consistir en una comisión o un margen sobre el precio de las unidades vendidas por él a terceros o adquiridas al concedente, o también en cantidades fijas u otras formas convenidas con el concedente. Los gastos de explotación están a cargo del concesionario, excepto los necesarios para atender los servicios de preentrega o de garantía gratuita a la clientela, en su caso, que deben ser pagados por el concedente conforme a lo pactado".

1. Retribución

La norma ratifica el derecho a la retribución del concesionario, estableciendo diversas modalidades de convenirla:

a) Comisión: consiste en un porcentaje de las ganancias obtenidas por las ventas.

b) Margen de reventa: representa la diferencia entre el precio por cada producto pagado por el concesionario al concedente en oportunidad de su provisión y el precio de venta, percibido por el concesionario al comercializar el producto a terceros.

c) Monto fijo: las partes pueden acordar una remuneración fija, a cargo del concedente de manera directa o trasladada al precio final de los productos. La remuneración podrá convenirse de manera global (un único precio

mensual), en relación a la cantidad de ventas (una suma de dinero fija por cada producto vendido) u otras modalidades.

d) Otras modalidades: la norma admite la facultad de las partes, en ejercicio de su libertad contractual (art. 958), de pactar otras modalidades de remuneración. No es necesario, ni hace a la configuración del tipo contractual, que dicha remuneración sea íntegramente dineraria.

Puede, también, adoptarse una remuneración mixta, que combine algunos de los mecanismos precedentemente expuestos.

2. Gastos

En principio, los gastos de explotación de la actividad recaen en cabeza del concesionario. Ello es lógico, pues el concesionario realiza su actividad a su propio riesgo, involucrando su organización empresarial.

La excepción la constituyen los servicios de preentrega (art. 1505 inc. d) y los de garantía gratuita a la clientela (legales o contractuales), que estarán a cargo del concedente en los términos convenidos.

VII. Rescisión del contrato de concesión

Reza el art. 1508: "Rescisión de contratos por tiempo indeterminado. Si el contrato de concesión es por tiempo indeterminado: a) son aplicables los arts. 1492 y 1493; b) el concedente debe readquirir los productos y repuestos nuevos que el concesionario haya adquirido conforme con las obligaciones pactadas en el contrato y que tenga en existencia al fin del período de preaviso, a los precios ordinarios de venta a los concesionarios al tiempo del pago".

1. Presupuestos de aplicación

La norma se aplica a contratos de concesión por tiempo indeterminado, lo que incluye:

a) Aquellos en los que no se pactó un plazo. En este caso, entendemos que el ejercicio de la facultad resolutoria no puede hacerse en violación al plazo mínimo legal previsto por el art. 1506.

b) Aquellos en los que continuó la relación contractual, después de vencido el plazo contractual o legal, sin que se haya especificado uno nuevo (art. 1506 tercer párrafo).

2. Licitud de la rescisión

La primera regla, que emana de la remisión al art. 1492, es la licitud de la rescisión unilateral del contrato. La facultad es natural en los contratos de larga duración y estructurados a partir de la colaboración continua y fluida entre las partes. Durante mucho tiempo se discutió si esta facultad se debía considera implícita en los contratos con plazos indeterminados. El Código la reconoce ahora, en general, en el art. 1077 y en particular en el contrato de concesión.

3. Efectos de la rescisión

Los efectos que acarrea la rescisión son los siguientes:

a) Obligatoriedad de un preaviso de un mes por cada año de vigencia del contrato (art. 1492). El Código determina que la finalización del plazo fijado en el preaviso para la conclusión del contrato por decisión unilateral debe operar el último día del mes calendario correspondiente. Por ejemplo, si se dio un plazo de preaviso de tres meses, el contrato se extinguirá el último día del tercer mes, aunque no coincida con el día en que se cumplan los tres meses comunicados.

b) En caso de omisión de preaviso, procedencia de una indemnización sustitutiva (art. 1493). La falta de preaviso no obsta a la plena validez de la rescisión unilateral, por lo que si se comunica una decisión rescisoria sin plazo, o con un plazo menor al que corresponda, el contrato se extingue desde el momento en que se determine en la comunicación. Quien rescindió unilateralmente el contrato sin realizar preaviso, u otorgándolo por un plazo menor al correspondiente, debe indemnizar los daños ocasionados por su incumplimiento. El Código establece que la indemnización consistirá en el pago de todas las ganancias dejadas de percibir por el contratante rescindido durante el período en el cual debió continuar la relación si se hubiese realizado el preaviso.

b) Obligación del concedente de readquisición del stock. Como consecuencia de la rescisión y de la conclusión del vínculo entre las partes, debe establecerse el destino del stock de mercaderías y repuestos provistos al concesionario. El Código lo resuelve estableciendo una obligación de readquisición a cargo del concedente y aclarando que el precio de recompra será el ordinario de venta a los concesionarios (lo que evita discusiones sobre el valor a considerar) al tiempo del pago (lo que asegura la indemnidad patrimonial del concesionario, que se vería perjudicado si la recompra fuera a valores históricos).

VIII. Resolución del contrato de concesión

Las causales de resolución están reguladas por el art. 1509: "Resolución del contrato de concesión. Causales. Al contrato de concesión se aplica el art. 1494".

En materia de resolución del contrato de concesión, el art. 1509 remite a la regulación prevista para el

contrato de agencia. Cita al art. 1494, mas también le son aplicables las reglas del art. 1495, que lo completa.

En aplicación de dichas normas, el contrato de concesión se extingue por causales que operan de pleno derecho, como la muerte de la persona humana, o disolución de la persona jurídica, y por otras en las que es necesaria la declaración extintoria por quien la alega (incumplimiento de obligaciones), según lo dispuesto y con los alcances fijados en el art. 1495.

1. Muerte o incapacidad de la persona humana

a) Muerte o incapacidad del agente

Antes de la vigencia del Código, para el caso de muerte o incapacidad del concesionario se sostenía la posibilidad de continuación del contrato por los herederos o representantes del agente, si éstos aseguraran una adecuada prestación de los servicios comprometidos. Desde esta óptica, se postulaba la continuidad de iure del contrato (excepto acuerdo en contrario), pero se acordaba al empresario la facultad de resolverlo, demostrando que los sucesores del agente no continuaban la empresa en los mismos términos del causante.

El Código no receptó estas ideas, sino que declara que la muerte o incapacidad del agente produce la "resolución" del contrato. Se ha tenido en cuenta que el contrato se celebra atendiendo a las cualidades específicas del concesionario, por lo que el concedente se encuentra plenamente facultado a no continuar la relación con sus sucesores o representantes, sin necesidad de invocar y probar la incapacidad de estos para conducir el negocio. ⁽⁹⁾

Este principio puede ser derogado por voluntad del concedente, quien puede también aceptar la continuidad del contrato con los sucesores, sea de manera expresa o tácita. Esta segunda alternativa tendría lugar en caso que el concedente informado de la muerte del concesionario, no se oponga a la continuación del contrato por sus sucesores y, aún más, realice actos que importen ratificar la continuación del vínculo. Esta manifestación de voluntad, leída desde la óptica de la teoría de los actos propios, tornaría inválida una ulterior manifestación del concedente por la que luego de haber aceptado la continuación del vínculo, pretenda la extinción del contrato retrotrayéndose a la muerte del concesionario originario.

b) Muerte e incapacidad del concedente

Antes de la sanción del Código se discutía si la muerte de la persona humana concedente generaba la conclusión del contrato de agencia. Por la continuidad, se decía que no pareciera haber razones para alterar el principio general de continuidad del contrato y transmisión a los herederos (art. 1195 del Código de Vélez). Se entendían aplicables analógicamente los arts. 1640 (continuidad de la locación de obra pese a la muerte del locatario) y 144 del Código de Comercio (continuidad de la personería del factor pese a la muerte del propietario).

El Código no establece la extinción del contrato por muerte del concedente, por lo que, en principio, no se produce. Lo que nos parece relevante es la continuidad de la empresa, con independencia de su titular subjetivo. Si la empresa continúa, el contrato también lo hará, siendo las prestaciones a cargo del empresario en principio fungibles.

Esto podría modificarse en caso que la conducción de la empresa se realice de un modo tal que genere perjuicios al concesionario, y éste opte por poner fin al vínculo. Pero en tal caso, la extinción del contrato no obedecerá a la muerte sino a la resolución del contrato por incumplimiento de las obligaciones a cargo del concedente, cuyos extremos deberán ser alegados y probados por el concesionario.

2. Disolución de la persona jurídica

a) La disolución de la persona jurídica genera la extinción del contrato de concesión

El Código dispone que la disolución de la persona jurídica que celebra el contrato, cualquiera sea su posición, extingue el contrato de concesión. La disolución de la persona jurídica provoca el cese de su actividad, por lo que se torna imposible la continuidad del contrato. La extinción por fusión o absorción no produce la resolución.

b) Disolución de la persona jurídica concedente

La extinción por disolución de la persona jurídica concedente proyecta dos efectos sobre la actividad del concesionario. Se le deberán abonar los trabajos realizados en forma proporcional al estado de concreción (comisión proporcional) y tendrá derecho a que se le reparen los daños causados por la ruptura del vínculo en el caso de contratos por tiempo determinado, excepto que se demostrare que la disolución obedece a un caso fortuito. No gozará de estos derechos indemnizatorios en caso de contratos por tiempo indeterminado, excepto que el concesionario probare que la disolución fue practicada como medio de burlar legítimos derechos por él adquiridos.

c) Disolución de la persona jurídica concesionario

Antes de la sanción del Código, se discrepaba acerca de la extinción del contrato, admitiendo parte de la doctrina la continuidad contractual durante un cierto lapso del proceso liquidativo en que la sociedad puede

continuar su actividad comercial.

El Código, ahora, es expreso en la solución extintiva por causa de disolución de la persona jurídica concesionaria.

4. Quiebra de las partes

El pedido de concurso preventivo de cualquiera de las partes no provoca la extinción del contrato de concesión, sin perjuicio de la aplicación de las normas concursales correspondientes.

El Código establece, en el literal c) del art. 1494, que la quiebra de cualquiera de las partes produce la extinción.

5. Vencimiento del plazo

El vencimiento del plazo determinado pactado produce la extinción del contrato, siempre que no exista continuación de la relación y el contrato se transforme en uno de plazo indeterminado, en los términos previstos por el art. 1506 del Código.

6. Incumplimiento de las obligaciones

a) Resolución por incumplimiento

Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por incumplimiento, en los términos generales previstos en el Capítulo 13 ("Extinción, modificación y adecuación del contrato) del Título II, Libro Tercero, especialmente en los arts. 1083 a 1088 del Código.

b) Pautas especiales fijadas por el art. 1494 para la procedencia de la resolución por incumplimiento

El Código establece que no cualquier incumplimiento de las partes genera el derecho resolutorio de la otra parte. Determina que el incumplimiento debe ser:

(i) Grave y reiterado. La gravedad refiere a que el incumplimiento obligacional debe ser importante y trascendental para la continuidad de la relación contractual;

(ii) Debe demostrar, de manera razonable, la imposibilidad o la intención del incumplidor de cumplir con sus obligaciones.

Las pautas constituyen una aplicación específica del criterio general establecido en el art. 1084, el que considera que a los fines de la resolución el incumplimiento debe ser esencial, considerando hechos demostrativos de tal esencialidad cuando el cumplimiento estricto es fundamental en el contexto contractual —literal a)—, cuando el plazo de cumplimiento es esencial —literal b)—; cuando el incumplimiento priva a la otra parte de los beneficios sustanciales esperables —literal c)—; cuando el incumplimiento es intencional —literal d)— o cuando el deudor manifestó su intención de no cumplir —literal e)—.

c) Disminución significativa del volumen de negocios del agente

El Código menciona a la disminución importante del volumen de negocios como un supuesto particular de incumplimiento a los fines de la resolución. Su referencia en un acápite apartado se funda en que la resolución por esta causal opera por un procedimiento distinto al aplicable ante cualquier otra clase de incumplimiento contractual.

La disminución del volumen de negocios debe ser importante (el Código la califica como significativa), resaltando, otra vez, que no cualquier disminución de producción por parte del concesionario habilitará la resolución del contrato por el empresario.

Para determinar cuándo se ha producido dicha disminución, habrá que estar al volumen de negocios previsto en el contrato, o, en su defecto, a los volúmenes que venía comercializando el concesionario al momento de la voluntad decisoria del empresario.

d) Otras causales

i) Imposibilidad de cumplimiento

La imposibilidad de cumplimiento se rige por las pautas de los hechos que liberan de responsabilidad por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1730) y de la imposibilidad de pago (art. 995). De ordinario, la imposibilidad de cumplimiento no podrá adjudicarse a la pérdida material de la prestación objeto del contrato, atento a la naturaleza de la relación y la complejidad prestacional del vínculo.

ii) Acuerdo de partes

El distracto voluntario y bilateral puede utilizarse en cualquier momento, aun existiendo plazos pendientes (art. 1076). En este caso, las partes no se deben indemnizaciones, aunque pueden convenirse compensaciones de algún tipo. Este mecanismo puede ser útil cuando ambas partes han reparado en la inconveniencia del contrato celebrado, y prefieren acordar una salida "limpia", sin efectos perjudiciales ni consecuencias resarcitorias.

iii) Frustración del contrato por alteración de las bases del contrato

Esta circunstancia, prevista en general en el art. 1090 del Código acontece cuando el contexto económico en

que el contrato debe cumplirse se ve sustancialmente alterado, y ello incide en la ecuación económica del contrato, que pierde el equilibrio en ostensible perjuicio de alguna de las partes.

Pueden existir derechos de salida del contrato, expresamente convenidos, habitualmente ligados a una previsión de revisión convencional o renegociación. Si del proceso de renegociación no se llega a una adecuada recomposición de la ecuación económica del contrato, puede preverse una rescisión por frustración, como la que comentamos.

IX. Subconcesión y cesión de contrato

La subconcesión y la cesión de contrato están regulados en el art. 1510, que expresa: "Subconcesionarios. Cesión del contrato. Excepto pacto en contrario, el concesionario no puede designar subconcesionarios, agentes o intermediarios de venta, ni cualquiera de las partes puede ceder el contrato".

1. Los supuestos alcanzados

La norma contempla diversos supuestos:

- a) La prohibición al concesionario de designar subconcesionarios, agentes o intermediarios de venta.

La norma alcanza diversas contrataciones y operatorias por las que el concesionario no ejecutaría personalmente sus obligaciones, delegando su actividad en terceros. Se incluye específicamente la subconcesión y otras figuras que son especies de subcontratos en los términos del art. 1069 y concordantes del Código.

- b) La prohibición a ambas partes de ceder el contrato.

El supuesto alcanzado es la cesión de posición contractual regulada por los arts. 1636 y siguientes del Código.

2. La regla legal

El Código fija como regla la prohibición de celebrar los contratos alcanzados, salvo pacto en contrario. La restricción referida es un elemento natural del contrato (suprimible por acuerdo de partes).

- a) Respecto a la primera hipótesis alcanzada por la norma, la regla legal se explica en la calidad personalísima del concesionario, que se presume escogido en consideración a sus condiciones particulares (solventía, reputación, imagen comercial, experiencia, etc.); por ello, no es indiferente para el concedente quien ejecuta la concesión.

La subcontratación no libera de responsabilidad al concesionario (arg. art. 1072), pero le permite no ejecutar sus obligaciones con su propia estructura empresarial (delegando esta gestión en un tercero), afectando las legítimas expectativas del concedente de que podrá expandir el espectro de distribución de sus productos a través de la intervención personal de un concesionario idóneo.

- b) Respecto de la prohibición de cesión de la posición contractual, establecida de manera bilateral, se explica en relación al concesionario por la misma razón expuesta en el párrafo anterior: si la intervención del concesionario es infungible y no se le permite subcontratar, con mayor razón no se encuentra habilitado a ceder su posición en el contrato, que según los casos podría conducir a su liberación de responsabilidad (art. 1637).

En relación al concedente, la solución se justifica en la medida que el concesionario ha comprometido su estructura empresarial a los fines de la comercialización de productos cuyos estándares de calidad ha evaluado, siempre teniendo en cuenta la confiabilidad de su concedente—proveedor, por lo que un cambio de actores lo dejaría vinculado a un tercero cuya solventía, diligencia y cooperación no han sido considerados al contratar.

X. Normas supletorias

El art. 1511 dispone: "Aplicación a otros contratos. Las normas de este Capítulo se aplican a: a) los contratos por los que se conceda la venta o comercialización de software o de procedimientos similares; a) los contratos de distribución, en cuanto sean pertinentes.

El art. 1511 marca que a ciertas modalidades contractuales les resulta aplicable el régimen del contrato de concesión.

- a) Respecto de las concesiones de comercialización de software o similares [\(10\)](#), la aplicación es directa e integral, aunque la contratación no verse específicamente sobre "mercaderías" en los términos del art. 1502. La evidente identidad de situación justifica esta aplicación extensiva.

En este subtipo contractual, cobra especial relevancia la protección de los derechos de explotación y uso de software (de propiedad del concedente), que podrían verse afectados por el concesionario (en caso de proceder deslealmente a la venta de copias y reproducciones apócrifas). En estos contratos son pertinentes las cláusulas de protección de la propiedad intelectual del concedente y las reglas de indemnidad por violación del copyright.

Otro aspecto particular que plantean es la necesaria idoneidad del concesionario en aspectos técnicos vinculados a la instalación del software y al servicio de posventa, lo que se traduce en un derecho—deber de capacitación.

- a) La norma establece la aplicación de las reglas sobre concesión, siempre y cuando sean pertinentes, a los

contratos de distribución.

Si bien la distribución es el género al que pertenecen diversas especies de contratos (como la propia concesión, la agencia, la franquicia), la norma se dirige específicamente al contrato de distribución en sentido estricto (11), figura no regulada por el código (que, por ende, continúa siendo un contrato innominado pero socialmente típico). (12)

Básicamente, la distribución se diferencia de la concesión en la naturaleza del vínculo entre las partes (cooperativo en la distribución; de subordinación técnica y económica del concesionario al concedente, en la concesión), que se traduce en la más avanzada integración de empresas, en la unidad de decisión en cabeza del concedente, en la mayor intensidad del control y en el surgimiento de obligaciones complementarias de posventa en el contrato de concesión.

El juicio de pertinencia, que permitirá precisar si son aplicables las normas previstas para la concesión, deberá practicarse en el caso concreto, de acuerdo al problema específicamente involucrado y no de manera global o abstracta. Sin perjuicio de ello, las similitudes y diferencias principales entre ambas figuras contractuales determinan que los arts. 1504 inc. d) y 1505 incs. e) y f) no resulten en principio aplicables a la distribución.

De este modo, respecto de la distribución se altera (por imperio legal) el orden de prelación normativa previsto por el art. 970, ya que en defecto de la voluntad de las partes (inc. a) será aplicable primeramente la normativa del contrato de concesión y, solo en aquello en que no resulte pertinente, se recurrirá a normas generales, usos y prácticas y a la técnica de la analogía (incs. b, c y d).

(1) La incorporación legal fue propuesta por el Proyecto de reformas al Código Civil redactado por la comisión designada por dec. 468/1992 (denominado Proyecto del Ejecutivo de 1993) y por el Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, redactado por la Comisión designada por dec. 685/1995 (denominado Proyecto de 1998).

(2) Es bibliografía básica e ineludible sobre el tema FARINA, Juan M., Contratos comerciales modernos. Modalidades de contratación empresarial, Astrea, Buenos Aires, 1993, p. 427 y ss.; HOCSMAN, Heriberto S., Contrato de concesión comercial, La Rocca, Buenos Aires, 1994; LORENZETTI, Ricardo L., Tratado de los contratos, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1999, tomo I, p. 504 y ss. y 643 y ss.; MARTORELL, Ernesto E., Tratado de los contratos de empresa, Segunda Edición, Lexis Nexis, Buenos Aires, 2002, tomo III, p. 479 y ss.; MARZORATI, Osvaldo J., Sistemas de distribución comercial, Astrea, Buenos Aires, 1990, p. 109 y ss.

(3) Sobre esta distinción, véase LORENZETTI, Tratado de los contratos cit., p. 646 y ss.

(4) Sobre el tema, HOCSMAN, Contrato de concesión comercial cit., p. 69 y ss. Afirmando la existencia de una concentración vertical empresarial, FARINA, Contratos comerciales modernos cit., p. 433 y ss.

(5) FORMARO, Juan J., en BUERES, Alberto J. (Dirección), Código Civil y Comercial de la Nación, T. 2, Hammurabi, Buenos Aires, 2015, pág. 81, afirma que "no está claro si esta norma es o no de orden público, aunque más bien pareciera que sí, sobre todo si se tiene en cuenta el inc. b) del art. 1504, que sólo permite el pacto en contra de la exclusividad para los casos en que el concedente se reserva para sí cierto tipo de ventas directas o modalidades de ventas especiales". No compartimos esta afirmación; el art. 1503 es expreso al expresar que existe exclusividad "salvo pacto en contrario", lo que impide calificar a la norma como de orden público. El supuesto previsto en el inc. b) del art. 1504, presupone que existe exclusividad (sin que se haya pactado lo contrario) y sin embargo hay una reserva a favor del concesionario de ciertos tipos de ventas.

(6) FORMARO, Juan J., Op. cit., loc. cit., califica nuevamente a la extensión de la concesión a todas las mercaderías como de orden público. La expresa mención a que este principio rige "salvo pacto en contrario" descalifica a dicho encuadramiento.

(7) Cfme. FORMARO, Juan J., Op. cit., pág. 82.

(8) Cfme. FORMARO, Juan J., Op. cit., pág. 83.

(9) En el sentido del texto se pronunciaba FARINA, Juan M., Op. cit., pág. 425, para el contrato de agencia, con fundamentos aplicables a la concesión.

(10) Un extenso tratamiento de esta modalidad de concesión en HOCSMAN, Contrato de concesión comercial cit., p. 295 y ss.

(11) Conf. LLOBERA, Hugo, Contratos de comercialización, en Análisis del proyecto de nuevo Código Civil y Comercial, Compilador Lafferrière, Pontificia Universidad Católica Argentina — El Derecho, Buenos Aires, 2012, p. 445.

(12) Sobre esta figura, ver MÁRQUEZ, José F. y CALDERÓN, Maximiliano R., Contrato de distribución, en Contratos de distribución, Directores Marzorati y Molina Sandoval, Heliasta, Buenos Aires, 2010, p. 13 y ss.