Apuntes sobre el contrato de concesión privada[1]

Alfredo F. Soria Aguilar*
y Madeleine Osterling Letts**

Los servicios de fotocopiado en una universidad o el valet parking de un restaurante pueden ser, como muchos otros ejemplos, objeto de un contrato de concesión privada. El contrato de concesión privada es un contrato atípico. Es decir, no tiene reglas legales específicas; sin embargo, ello no afecta, en modo alguno, su reiterada utilización en nuestro país. Precisamente, los autores del presente artículo desarrollan los elementos esenciales y principales obligaciones de esta interesante figura contractual. Asimismo, analizan las diferencias entre el contrato de concesión privada y otras figuras contractuales afines.

1. Introducción

Un número nada despreciable de contratos de concesión privada se celebra actualmente en nuestro país: la concesión privada de una cafetería que opera en las instalaciones de una clínica; la concesión privada de la fotocopiadora que brinda sus servicios en un centro educativo superior. Los supuestos enunciados son solamente unos sencillos ejemplos de los múltiples contratos de concesión privada que se realizan cotidianamente en la realidad.

Revista de Economía y Derecho, vol. 10, nro. 40 (primavera de 2013). Copyright © Sociedad de Economía y Derecho UPC. Todos los derechos reservados.

* Profesor de Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Árbitro del Centro de Arbitraje de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** Profesora de Contratos en la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC). Árbitro del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima.

Entre las principales razones por las que se opta por el contrato de concesión privada se encuentra permitir al concedente contratar con un concesionario que es especialista en la actividad objeto de la concesión y que además asumirá directamente los riesgos propios de la actividad concesionada.

El contrato de concesión privada no cuenta con reglas legales específicas; sin embargo, ello no afecta en modo alguno su recurrente uso en la actualidad. Como figura legalmente atípica, sus elementos esenciales no se encuentran establecidos mediante una norma legal; sin embargo, son reconocidos por las prácticas comerciales y por la doctrina.

2. Concepto de concesión privada

En palabras de Gastaldi, el contrato de concesión privada es un "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 parte a realizar tal explotación en su propio nombre, por su cuenta y a su riesgo, por tiempo limitado y bajo el control de aquella"[2]. En similar orientación, Hocsman añade que la concesión privada es el contrato "por el cual una persona de derecho privado le otorga a otra de iguales características la autorización para la explotación de un servicio que le compete y para ser prestado a terceros, obligándose el prestador, también llamado concesionario, a realizar tal explotación en su propio nombre, por su cuenta y riesgo, bajo el control del autorizante o concedente, por tiempo limitado y con derecho a cobrar por sus servicios"[3].

Tomando como premisa estas definiciones, puede concluirse que, a través del contrato de concesión privada, el concedente autoriza al concesionario a realizar una actividad o un determinado servicio –normalmente complementario a la actividad que desarrolla el concedente– por un período de tiempo determinado.

La particularidad de este contrato radica en que el concesionario estará necesariamente obligado a desarrollar o explotar la actividad concedida bajo su propio riesgo, pero sujetándose a las reglas y el control que establezca o ejerza el concedente, respecto de la actividad o servicio concesionado.

3. Elementos esenciales del contrato de concesión privada

Todo contrato de concesión privada implica una relación jurídica entre el concedente[4] y el concesionario[5]. Esta relación jurídica requiere de elementos indispensables para su configuración. Conforme con la doctrina, los elementos esenciales del contrato de concesión privada son los siguientes:

3.1. Elementos objetivos o prestaciones mínimas indispensables del contrato de concesión privada

a) Autorización para el desarrollo de una actividad

Una de las prestaciones principales del contrato de concesión privada es la autorización que otorga el concedente al concesionario para el desarrollo de la actividad o servicio objeto de concesión.

Esta prestación es considerada indispensable por la doctrina. Por ello, se ha llegado a afirmar que "sin autorización válidamente conferida no hay posibilidad de que surja la concesión privada"[6].

En muchos supuestos, el concedente tiene la posibilidad y está en capacidad de realizar directamente la actividad concesionada; sin embargo, decide que sea desarrollada por el concesionario, ya sea por cuestiones de especialidad o de responsabilidad frente a terceros. En palabras de Gastaldi: "El concedente decide separar una actividad que le compete y otorgar esa autorización al concesionario, que actuará como tal mientras ella subsiste"[7].

Se trata de una autorización para que el concesionario pueda realizar una actividad, por su cuenta y riesgo; es decir, se autoriza al concesionario para que este pueda ofrecer y brindar sus servicios a terceros que, comúnmente, tienen alguna relación con el concedente. Los terceros beneficiarios y eventuales usuarios del desarrollo de la actividad concesionada pueden ser los trabajadores del concedente, los huéspedes de un hotel del concedente, los estudiantes de una universidad concedente, los pacientes de una clínica u hospital de titularidad del concedente y similares. Sin embargo, esto no significa en modo alguno que el contrato de concesión privada constituya un contrato a favor de terceros, porque el concedente no paga para que la actividad sea brindada a favor de los terceros.

En realidad, el contrato de concesión privada confiere o incluye una autorización otorgada por el concedente al concesionario, para que éste último pueda explotar una actividad u ofrecer sus servicios a terceros. Precisamente serán los terceros quienes contratarán con el concesionario los servicios que se desarrollen en virtud de la concesión otorgada y serán también los terceros quienes le pagarán al concesionario por los servicios que les brinden.

b) Desarrollo de la actividad a nombre, por cuenta y a riesgo del concesionario

La actividad concesionada que desarrollará el concesionario será por su cuenta y riesgo. En efecto, el concesionario soportará el riesgo de la explotación del servicio o actividad que brinde a los terceros en el marco de la concesión otorgada. Para ello, será "necesario que la tal explotación se separe, se independice, de la persona que la autoriza, que la otorga en concesión. Es decir, que sea asumida en primer grado, directamente, por el concesionario. Resultará entonces que este deberá realizar la explotación por su cuenta y a su nombre. Ello implica también soportar las eventualidades de la explotación del servicio, ya que la concedente se limita simplemente a delegar esta. Quiere decir entonces que el concesionario debe actuar a su riesgo"[8].

c) La facultad del concedente de reglamentar la actividad del concesionario

La autorización que se otorga con el contrato de concesión privada no se concibe como un permiso para que el concesionario realice la actividad según su criterio. Por el contrario, el contrato de concesión privada implica una sujeción del concesionario a las reglas que establezca el concedente respecto de la actividad concesionada. El concedente tiene también interés en el desarrollo de la actividad concesionada y, por ello, el contrato de concesión privada le permite reglamentar dicha actividad. Entre los aspectos regulados por la parte concedente, Lorenzetti destaca "el establecimiento de horarios de apertura y cierre del local, la implementación de planes de capacitación para el personal del concesionario por parte del concedente, la delimitación a un territorio –espacio– determinado"[9]. Pueden añadirse a lo expresado, la regulación de las tarifas para determinados servicios, índices de renta-

bilidad, parámetros de calidad del servicio, así como otros elementos que para efectos del concedente puedan ser esenciales de la actividad concesionada.

La facultad de reglamentación implica que el concedente mantenga incluso la posibilidad de modificar o precisar, de manera unilateral, la reglamentación originariamente estipulada. Para ello, el concedente deberá informar dicha decisión con una antelación prudente. Los cambios o precisiones deben siempre realizarse en el marco de la buena fe.

d) El control del concedente de la actividad del concesionario

De nada serviría la reglamentación de la actividad objeto de concesión si el concedente no tuviera la posibilidad de supervisar el cumplimiento de lo estipulado. Por ello, el control del concedente de las actividades del concesionario constituye un elemento indispensable en todo contrato de concesión.

En el contrato de concesión privada el control se manifiesta en el dominio que siempre debe tener el concedente sobre la prestación del servicio, ya que este ha sido delegado y se traduce en la posibilidad de reglamentación y vigilancia. Este control podrá ser desarrollado por el concedente cuando lo estime conveniente y sin necesidad de previo aviso.

Como hemos anotado, la actividad desarrollada por el concesionario debe prestarse de tal forma que pueda satisfacer las necesidades y las expectativas del concedente. En consecuencia, las facultades de control o de supervisión que ostenta el concedente resultan necesarias para que este último evalúe el adecuado desarrollo de la actividad, verifique el cumplimiento de las prestaciones asumidas por el concesionario o defina las eventuales modificaciones que resulten necesarias para un mejor desarrollo de la actividad concesionada. No debe olvidarse que "el concedente sigue siendo titular del servicio concedido, y por tal razón, se reserva la facultad de controlarlo, así como la de modificarlo en ciertos aspectos. En tal sentido, puede hablarse de cierta 'dirección' del servicio por parte del concedente"[10].

El concesionario estará obligado a brindar todas las facilidades para que el concedente ejercite sus facultades de control y supervisión de la actividad concesionada. Es decir, el concesionario deberá permitir

que el concedente acceda libremente al local donde se desarrolla la actividad concesionada, revise la contabilidad del concesionario (por ejemplo, para verificar el cumplimiento del cobro de las tarifas convenidas o el cumplimiento de las obligaciones con el personal o las autoridades fiscales), revise la documentación relativa a la actividad concesionada, se entreviste con el personal del concesionario vinculado a la concesión, etcétera.

Finalmente, debemos precisar que las acciones de control o supervisión de la actividad concesionada no importan la existencia de una relación laboral entre el concedente y el concesionario, ni tampoco entre el concedente y el personal del concesionario. Pese al control y la regulación que puede ejercer el concedente, el concesionario mantiene su autonomía, dado que la actividad concesionada será desarrollada a nombre, por cuenta y riesgo del concesionario. Como lo destaca Gastaldi, "control no significa subordinación técnica, ni económica, ni jurídica. El concesionario actúa en la forma independiente que se dejó indicada"[11].

3.2. Elemento causal o función económica del contrato de concesión privada

La función económica del contrato gira en torno a la autorización del concedente; esto es, el permiso esencial y necesario para desarrollar y explotar la actividad concedida. Precisamente como se trata de una actividad autorizada por el concedente, este último tiene la amplia facultad de reglamentarla y controlarla.

Por su parte, el concesionario tiene la ventaja de realizar una actividad de su especialidad asegurándose de alguna manera un mínimo de "clientela", toda vez que el hecho de realizar una concesión de servicios para terceros evidencia que existen potenciales destinatarios.

El concesionario se beneficia porque tendrá asegurada una clientela, la cual se encuentra vinculada en alguna medida al concedente o constituyen actividades complementarias al negocio principal del concedente.

4. Pactos que pueden incorporarse en un contrato de concesión privada

4.1. Obligación de entregar temporalmente el uso de bienes

Resulta muy frecuente que la concesión privada incluya un pacto mediante el cual el concedente se obliga a ceder temporalmente el uso de bienes para el desarrollo y la explotación de la actividad concesionada. Sin embargo, la cesión en uso temporal de bienes que pacta el concedente a favor del concesionario no es un elemento indispensable en el contrato de concesión privada; es decir, esta figura podría no incluir dicha estipulación.

Los bienes cedidos temporalmente en uso pueden ser muebles o inmuebles. Por ejemplo, en el caso del contrato de concesión privada de una cafetería, el concedente puede otorgar en uso no solamente el inmueble o local donde se desarrollarán las actividades de dicha cafetería, sino también el mobiliario (mesas, sillas, estantes, etcétera) y utensilios básicos para dichos efectos.

Los bienes, cuando son entregados en el marco de una concesión privada, constituyen solo una de las prestaciones que asume el concedente; sin embargo, el contrato de concesión es un negocio a título oneroso porque el concesionario deberá realizar también una serie de contraprestaciones a favor del concedente. Por dicha razón, no coincidimos con los autores[12] que sostienen que dichos bienes son entregados en comodato.

El comodato, conforme con el artículo 1728 del Código Civil, es un contrato mediante el cual "el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva". Como es evidente, el bien cedido temporalmente como parte de la concesión no se otorga a título de liberalidad, sino como parte de una de las prestaciones incluidas en el contrato de concesión, que es un contrato a título oneroso. En los negocios a título gratuito no se recibe nada a cambio, lo cual dista de las prestaciones y contraprestaciones que forman parte de todo contrato de concesión privada.

Vale decir, la contraprestación del concesionario por sus servicios podría variar dependiendo de los aportes o facilidades que brinde el concedente para la prestación de la actividad concesionada, por lo

que no existe el elemento de gratuidad que caracteriza al contrato de comodato.

4.2. Obligación de pagar una retribución a favor del concedente

Aunque generalmente pactada, la retribución tampoco resulta indispensable para configurar un contrato de concesión privada. No es obligatorio que se pacte el pago de una retribución como consecuencia de la concesión otorgada, dado que el interés del concedente simplemente puede centrarse en liberarse de la responsabilidad y los riesgos de la actividad concedida.

En efecto, aunque el concedente no reciba una retribución dineraria como contraprestación, el concedente siempre obtendrá beneficios porque la actividad concesionada, prestada conforme al reglamento y expectativas del concedente, puede ser suficiente motivo para que el concedente celebre este acuerdo. Como mencionamos al principio, la simple posibilidad de trasladar el riesgo a un especialista podría ser suficiente retribución para el concedente.

Solo cuando así se ha pactado, la retribución constituye una obligación del concesionario a favor del concedente. Esta obligación deberá cumplirse en el modo, tiempo y lugar pactados.

4.3. Pacto de exclusividad

Como regla general el concedente podrá celebrar libremente contratos de concesión privada con distintos concesionarios, incluso respecto a la misma actividad concesionada. No existe ninguna restricción legal para que pueda hacerlo. Por ello, es usual que un contrato de concesión privada incorpore una cláusula de exclusividad con la finalidad de que el concedente se obligue a no celebrar contratos de concesión privada con terceros, respecto de la actividad concesionada.

4.4. Cláusula de no competencia

Esta obligación significa, que el concedente no debe competir con el concesionario (obligación de no hacer) es decir, no debe realizar la actividad concesionada, por lo menos en el mismo territorio que el concesionario. El objeto de esta restricción es evitar la competencia.

De esta manera se cumple con el deber de lealtad comercial que se deben ambas partes.

4.5. Confidencialidad

Se trata de la obligación impuesta a ambas partes de no divulgar ninguna información referida a los conocimientos adquiridos con ocasión del ejercicio de las actividades objeto de concesión. Se trata de una prestación de no hacer que busca impedir la transmisión a terceros de información relativa al concedente o al concesionario. Es decir, "el deber de confidencialidad es genérico y alcanza a cualquier método, procedimiento, técnica y otros conocimientos a que tenga acceso en razón de la relación jurídico-contractual [...], en cuanto manifestación concreta del deber general de la buena fe y la lealtad"[13].

5. Principales obligaciones de las partes

5.1. Principales obligaciones del concesionario

a) Desarrollar la actividad concesionada

Es la obligación principal del concesionario y debe prestarse conforme con la reglamentación que establezca el concedente. El desarrollo de la actividad concesionada implicará implementar todo lo necesario para poner en funcionamiento la misma (adecuación del local, obtención de licencias de funcionamiento, contratación de personal, etcétera).

Como se explicó en líneas anteriores, el concedente otorga una autorización para el desarrollo de un servicio –actividad concesionada– al concesionario, que está obligado a desarrollarla.

En este sentido, el concesionario no cuenta con una simple facultad de desarrollar y explotar la actividad concesionada sino que tiene la obligación de desarrollar dicha actividad, sujetándose a las reglas establecidas por el concedente. Por ello, el no inicio oportuno o la suspensión arbitraria de la actividad concesionada por parte del concesionario, serán considerados como incumplimientos muy graves que, usualmente, facultarán al concedente a resolver el contrato de concesión privada.

b) Cuidar los bienes entregados por el concedente y devolverlos al culminar la concesión

Es usual, aunque no indispensable, que el contrato de concesión privada incluya la obligación del concedente de entregar una serie de bienes muebles (mesas, estantes, cocinas, impresoras, computadoras, etcétera) e inmuebles (local o espacio) vinculados a la actividad concesionada. La entrega de estos bienes en uso tiene la finalidad de que el concesionario pueda utilizarlos para explotar la actividad concesionada; es decir, dichos bienes no se entregan en calidad de arrendamiento ni como usufructo oneroso, ni en comodato, sino que resulta una facilidad necesaria asumida por el concedente para el adecuado desarrollo de la actividad concesionada.

Por último, cabe precisar que una vez culminado el contrato de concesión privada, el concesionario tiene la obligación de devolver los bienes entregados en el mismo estado en que los recibió, sin más deterioro que el de su uso normal. Lo indicado implica que el concesionario debe cuidar diligentemente los bienes y encargarse de los gastos de conservación y mantenimiento de los mismos.

c) Pagar la retribución convenida

Como hemos anotado, es muy común que la concesión implique el pago de una retribución a favor del concedente. Dicha retribución suele ser un monto mensual, ya sea fijo o variable que usualmente se calcula sobre la base de un porcentaje de los ingresos o utilidad derivada de la explotación de la actividad concedida. El pago de la referida retribución cubre todos los conceptos incluidos en la concesión, salvo pacto en contrario.

En conclusión, el pago de una retribución solo será considerado una obligación del concedente si y solo si se ha pactado en el contrato. Cabe recordar que, la ausencia de este pacto no desnaturaliza el contrato de concesión privada.

d) Cumplir la reglamentación de la concesión y colaborar en las acciones de control del concedente

El concesionario tiene también el deber de someterse a la reglamentación del concedente y de colaborar otorgando las facilidades para que el concedente pueda ejercer su derecho de control.

Normalmente los contratos de concesión privada incluyen penalidades que serán aplicables en caso de incumplimiento de la reglamentación de la concesión. Cabe indicar que la aplicación de las penalidades no impide al concedente aplicar concurrentemente la resolución del contrato, salvo pacto en contrario.

e) Asumir los costos vinculados a los bienes que recibe temporalmente en uso

En caso de que el contrato de concesión privada incluya la cesión en uso temporal de un local, será de cargo del concesionario el pago oportuno del consumo de los servicios que utilice en el mismo (agua, luz, cable, etcétera), así como de los costos de mantenimiento y limpieza correspondientes. En caso de bienes muebles como maquinarias o equipos, el concesionario tendrá que mantenerlos en buen estado de conservación y operación. Su obligación será asumir los costos de mantenimiento o reparación que corresponda.

Para que estos montos no sean solicitados por el concesionario como reembolso, lo más conveniente es que exista un pacto expreso que indique que dichos conceptos no serán reembolsados.

5.2. Obligaciones del concedente

a) Autorizar la prestación de la actividad o servicio

La autorización es la obligación principal del concedente, ya que sin ella no es posible que se dé la prestación del servicio[14]. El concedente tiene la obligación de realizar todo lo que esté a su alcance para el funcionamiento de la concesión y, por ende, debe otorgar al concesionario las facilidades necesarias para la instalación y el funcionamiento de la concesión.

b) Entregar al concesionario los bienes muebles e inmuebles.

La entrega de bienes es una obligación que se presenta en algunos casos.

Respecto a los bienes inmuebles, tratándose del lugar donde se van a realizar los servicios concedidos, este se tornará imprescindible para la ejecución de la prestación; por tanto, el incumplimiento podría afectar de manera gravitante el desarrollo de la actividad con-

cesionada. Esta obligación conlleva también el brindar todas las facilidades de acceso al inmueble o local donde se realizará la actividad concesionada.

6. Diferencia con otras figuras afines

La concesión privada, aunque tiene ciertas similitudes con la concesión pública, la concesión comercial e inclusive con el contrato de arrendamiento, constituye una figura contractual con características y alcances propios y distintos.

Respecto de la diferencia con el contrato de concesión pública y concesión comercial, Etcheverry[15] ha sostenido, en síntesis, lo siguiente:

La concesión pública es el contrato por el cual la administración pública inviste a una persona o sociedad del derecho de efectuar determinado servicio público que se caracteriza en gran medida por ser imprescindible, en beneficio de la comunidad, por lo general en forma monopólica u oligopólica, recibiendo por esto una tarifa o canon.

La concesión comercial es una técnica de concentración de empresas distribuidoras de los productos del concedente que forman una red de comercialización sujeta a la organización, la coordinación y el control impuesto por el concedente.

Finalmente, para Etcheverry, en el caso de un contrato de concesión privada, una persona de derecho privado otorga a otra la autorización para la explotación de un servicio que le compete y para ser prestado a terceros, obligándose el prestador (llamado concesionario) a realizar tal explotación en su propio nombre, por su cuenta y riesgo, bajo el control del autorizante o concedente, por tiempo limitado y con derecho a cobrar por sus servicios.

6.1. Diferencia con la concesión administrativa o pública

En el Derecho Público existe la concesión de obra o de servicios públicos, que debe ser cuidadosamente distinguida del contrato de concesión privada.

En el ámbito estatal, la concesión pública existe en la forma de "autorizaciones" del Estado para realizar una determinada actividad, como la extracción de minerales.

En la concesión pública interviene ineludiblemente el Estado, lo que sitúa la relación jurídica en el ámbito del Derecho Público, en la modalidad de un contrato administrativo. Su finalidad es delegar la ejecución de servicios y obras.

Si bien es cierto que en ambos casos hay un control del concedente sobre la conducta del concesionario, el fundamento es distinto. En el ámbito público, el Estado permanece siendo titular de un servicio u obra cuya ejecución delega, y tanto los bienes como el interés público implicado permanecen bajo su cuidado y responsabilidad. En cambio, en la concesión privada hay un control de menor intensidad porque no está presente el *ius imperium* del Estado, el enfoque está dirigido solo a mantener la actividad en buen funcionamiento. En otras palabras: "Mientras que en el ámbito público el control es un deber, en el ámbito privado es una facultad.

6.2. Diferencia con la concesión comercial

La concesión comercial, al igual que la privada, consiste en "un acuerdo de agrupamiento vertical, donde el concedente domina y controla todas las partes de la comercialización, disponiendo del precio al público, indicación de cómo debe presentarse el local, exigiendo criterios contables a la concesionaria, etcétera"[16].

La función económica de la concesión comercial es de distribución, la cual se caracteriza así porque el concedente encomienda al concesionario un servicio permanente para la comercialización de los productos del concedente, siendo el concesionario un medio para colocar los mismos en el mercado. A diferencia de la concesión privada, cuyo fin no es la distribución y/o colocación de productos del concedente, sino la delegación de actividades.

Por último, y de suma importancia, el carácter oneroso del contrato de concesión comercial es requisito imprescindible para su configuración, y además un rasgo más de distinción con la concesión privada, ya que en esta última el carácter oneroso, aunque recurrente en esta figura, no configura un elemento esencial.

6.3. Diferencia con el contrato de arrendamiento

El contrato de arrendamiento común, conforme lo dispone el artículo 1666 del Código Civil, es un contrato mediante el cual el arrendador se obliga a ceder temporalmente el uso de un bien al arrendatario por cierta renta convenida. Es decir, las prestaciones esenciales en el contrato de arrendamiento son la cesión en uso temporal de un bien y el pago de cierta renta convenida.

Como hemos anotado líneas atrás, en el caso del contrato de concesión privada, los elementos esenciales del arrendamiento común no son indispensables pues el contrato de concesión privada no implica necesariamente 1) la cesión en uso temporal de un bien ni tampoco 2) el pago de una retribución como contraprestación por la concesión otorgada.

Cabe anotar que un elemento suficientemente distintivo entre ambas figuras es que en un contrato de arrendamiento el arrendador no tiene la facultad de reglamentar y controlar las actividades del arrendatario en el bien arrendado. El arrendador solamente podrá inspeccionar el bien arrendado, pero no podrá intervenir en cómo se desarrolla la actividad de su respectivo arrendatario.

7. Responsabilidad frente al consumidor de la actividad concesionada

El concesionario mantiene dos tipos de relaciones jurídicas: "con el concedente, por una parte, y por otra, con los clientes consumidores, asumiendo frente a estos la calidad de proveedor de los bienes cuya titularidad pertenece a la empresa concedente"[17].

Ello nos introduce en la problemática de la responsabilidad que implica el desarrollo de la actividad concesionada frente a terceros. Es decir, ante un incumplimiento contractual por parte del concesionario respecto al consumidor final, cabe preguntarse si podría responsabilizarse el concedente por los daños experimentados por el cliente.

En principio, debido a que el concesionario desarrolla la actividad autorizada a nombre, por cuenta y a riesgo propio, es evidente que frente a daños ocasionados a terceros, será el concesionario quién deba responder por los mismos. Sin embargo, dado que uno de los elementos esenciales del contrato de concesión privada es la facultad

que tiene el concedente de reglamentar y controlar la actividad del concesionario, existe cierto consenso en la doctrina para considerar en determinados casos que el concedente tiene responsabilidad por las actividades realizadas por el concesionario, toda vez que el concedente reglamenta y controla la actividad que realiza el concesionario en el marco del contrato de concesión privada.

Bajo este criterio, si trasladamos tal concepto a la legislación peruana, el concedente respondería por responsabilidad extracontractual, específicamente una responsabilidad vicaria *in vigilando*, salvo dolo o culpa del concesionario. En efecto, esta afirmación tiene respaldo en el artículo 1983 del Código Civil, que expresamente señala: "Si varios son los responsables del daño, responderán solidariamente. Empero, aquel que pagó la totalidad de la indemnización puede repetir contra los otros, correspondiendo al juez fijar la proporción según la gravedad de la falta de cada uno de los participantes. Cuando no sea posible discriminar el grado de responsabilidad de cada uno, la repartición se hará por partes iguales".

En síntesis, si bien es cierto que el concesionario será el único responsable frente a terceros ante cualquier daño producto de la actividad que realiza; existe un escenario en el cual tal responsabilidad se extiende al concedente: cuando la acción del concedente o su falta de diligencia contribuyen a la generación del daño ocasionado a los clientes del concesionario.

Notas

1 El presente artículo fue realizado con la colaboración de la señorita Roxana Antuanet Reyes Asencio, alumna de la Facultad de Derecho de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

2 Gastaldi, José María. *El contrato de concesión privada*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974, pág. 99.

3 Hocsman, Heriberto. *Contrato de concesión comercial*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1994, pág. 42.

4 El concedente es toda persona, entidad o empresa que autoriza el desarrollo o explotación de una actividad al concesionario.

5 El concesionario es toda persona, entidad o empresa que explota por su cuenta la actividad otorgada en concesión por el concedente. Como lo sostiene Muchart, tiene una doble función: por un lado, es un auxiliar del con-

cedente, actuando en nombre y riesgo propio, vendiendo el bien o prestando un servicio y, a su vez, es un empresario que coloca su organización al servicio del concedente (Muchart, María Alejandra. *El Contrato de Concesión*. En: Estudio Muchart, artículos y publicaciones. En: www.estudiomuchart.com.ar).

6 Gastaldi, José María. *El contrato de concesión privada*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974, pág. 129.

7 Gastaldi, José María. *El contrato de concesión privada*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974, pág. 129.

8 Gastaldi, José María. *El contrato de concesión privada*. Buenos Aires: Editorial Astrea, de Rodolfo Depalma y Hnos., 1974, pág. 98.

9 Lorenzetti, Ricardo Luis. *Tratado de los contratos*. Tomo I. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2004, pág. 66.

10 Gastaldi, José María. *El contrato de concesión privada*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974, pág. 133.

11 Gastaldi, José María. *El contrato de concesión privada*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1974, pág. 132.

12 Entre ellos, Hocsman, que sostiene que "Las partes pueden pactar la entrega de bienes muebles o inmuebles para facilitar […] la explotación del servicio (concesión privada) […] que son entregados en comodato y que deben ser devueltos a la finalización del contrato". En: Hocsman, Heriberto. *Contrato de concesión comercial*. Buenos Aires: Ediciones La Rocca, 1994, pág. 110.

13 Domínguez García, Manuel Antonio. *Contratos mercantiles*, segunda edición. Editorial Aranzandi, pág. 516.

14 La autorización solo tiene efecto en el tiempo determinado y el concedente tiene la obligación de mantenerla durante ese término.

15 Etcheverry, Raúl Aníbal. *Derecho comercial económico. Contratos. Parte especial*. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994. Tomo II, pág. 16.

16 Ghersi, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales: figuras contractuales modernas*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, págs. 67-68.

17 Ghersi, Carlos Alberto. *Contratos civiles y comerciales: figuras contractuales modernas*. Tomo II. Buenos Aires: Editorial Astrea, 1994, pág. 79.