

Informe 40/97, de 10 de noviembre de 1997. "Naturaleza jurídica de los contratos de distribución editorial".

5. Contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales. 1. Conceptos generales.

ANTECEDENTES

Por el Secretario General Técnico del Ministerio de Fomento se dirige a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"El Centro de Publicaciones del Ministerio de Fomento, encuadrado orgánicamente en la Secretaría General Técnica, así como sus Organismos Autónomos, desarrollan una importante actividad editorial en la doble vertiente de la producción de publicaciones y de su difusión comercial. Para evaluar la importancia de esta actividad en el marco administrativo, baste señalar que el Centro de Publicaciones ingresa 300 millones de pesetas al año por venta de libros.

La actividad editorial tiene como objeto la entrega del producto editorial a empresas especializadas en su distribución. Estas empresas distribuidoras son las que hacen llegar al mercado ese producto editorial a través de los puntos de venta (libreros).

Estas operaciones se encuadran jurídicamente dentro del contrato de distribución editorial, que tiene una naturaleza jurídica compleja. En síntesis, el editor (en nuestro caso el Centro de Publicaciones) celebra con el distribuidor un contrato que es una compraventa de sus publicaciones, aunque sometida a condición suspensiva, una posterior reventa del distribuidor al librero, o bien a término, en cuanto que los libros los tiene en concepto de depósito durante un plazo determinado, pasado el cual puede proceder a su devolución al editor, o bien llevar a cabo su adquisición.

Sin embargo, en torno a este contrato se han suscitado distintos problemas jurídicos, por discrepancias de los órganos gestores con el Servicio Jurídico de este Departamento. Por un lado se cuestiona la naturaleza administrativa o privada de este contrato, y por otro se resalta la difícil adecuación del sistema de selección de contratistas de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP) a las peculiaridades y necesidades de la actividad de distribución de libros. Por ello, se plantea la posibilidad de aplicar a este contrato el procedimiento negociado, de acuerdo con lo previsto en el artículo 210.1 b) y c) de la LCAP, o el procedimiento negociado sin publicidad previsto en el artículo 211.b).

A) Naturaleza jurídica del contrato.

1) Contrato administrativo.

Hay una postura que considera este contrato como administrativo. De acuerdo con el artículo 5 de la LCAP, son contratos administrativos "aquéllos cuyo objeto directo, conjunta o separadamente, sea la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos y la realización de suministros, los de consultoría y asistencia o de servicios y los que se celebren excepcionalmente con personas físicas para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales".

Asimismo, son contratos administrativos "los de objeto distinto a los anteriormente expresados, pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una ley.

El contrato de distribución editorial, de acuerdo con esta postura, estaría encuadrado dentro de los contratos de servicios de la LCAP, definidos en el artículo 197.3 de la mencionada Ley.

2) Contrato privado.

No obstante, frente a este planteamiento existe otra postura que considera que este contrato tiene carácter privado. Como se ha señalado, el artículo 5 de la LCAP define los contratos administrativos por su objeto y luego establece como criterio diferenciador entre contratos administrativos y de carácter privado, la existencia o no de vinculación "al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de una forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquella, o por declararlo así una ley".

Según esta postura, el contrato de distribución no responde al objeto de ninguno de los contratos citados en el artículo 5.2 b), ni al imperativo de satisfacer necesidades de carácter público. A lo sumo cabrá hablar de una actividad que tiene un destinatario público a través de los mecanismos del mercado, no respondiendo en ningún caso a finalidades públicas. La actividad editorial especializada de la Administración responde a la necesidad de proveer al mercado de publicaciones, cuyo contenido incluye temas de interés para la sociedad, que podrían ser cubiertos por la actividad de una empresa privada, por lo que las Administraciones Públicas fundamentan su actividad en este campo en el principio de subsidiariedad.

De considerarse privado, se le aplicarían en la preparación y adjudicación las mismas normas que a los contratos administrativos, de acuerdo con el artículo 9 de la LCAP. Según este precepto, "los contratos privados de las Administraciones Públicas se regirán en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo y en cuanto a sus efectos y extinción, por las normas de derecho privado".

En este punto sería preciso someter a estudio la necesidad, si se considerase privado este contrato, de aprobar unas normas específicas que se adapten a la naturaleza de este contrato. Y ello porque como se ha señalado, se plantea el problema de que el procedimiento de selección de contratistas previsto en la LCAP no se adapta a las necesidades de la actividad de distribución de libros.

Una adecuada gestión obliga a recurrir a la técnica de no poner límite al número de distribuidores, con el fin de estimular la competencia entre los propios distribuidores e incrementar las ventas en lo posible. Y no tanto por la búsqueda de beneficio, como por la conveniencia de facilitar el acceso de los ciudadanos a las publicaciones: un mayor número posible de demandantes potenciales. Hay que añadir además la dificultad de colocar en el mercado publicaciones que por su naturaleza -estudios, ensayos de carácter científico- tiene con frecuencia un público restringido.

Si por cualquier razón fuera necesario adjudicar la distribución en exclusiva de alguna publicación, no cabe duda de que dicha adjudicación debería realizarse mediante concurso, favoreciendo la concurrencia de ofertas y seleccionando la más ventajosa para la Administración. Pero lo habitual en la distribución editorial de la Administración Pública, como en el sector privado, es exactamente lo contrario: numerosos distribuidores contratan con los diferentes departamentos ministeriales.

Hablamos de un mercado fuertemente atomizado, con miles de librerías por todo el país. Ningún distribuidor trabaja con los mismos librereros que otro, aunque operen en la misma zona. Las necesidades del editor, debido a esta estructura del mercado editorial, obligan a adoptar una actitud frente al modo de selección de empresarios radicalmente diferente a lo que prevé la LCAP; no se trata de seleccionar entre varios contratantes al que mejores condiciones oferte, sino de firmar contratos de distribución con cuantos distribuidores acepten las condiciones de la Administración.

El planteamiento de los Centros de Publicaciones es abierto: se busca el mayor número posible de contratistas, sin ningún tipo de exclusiva, siempre que se avengan a las condiciones de un contrato idéntico para todos. Lo difícil en este campo económico no es escoger entre diversos clientes, sino tener clientes, los máximos posibles. De hecho, para una gestión eficaz es necesario realizar labores periódicas de captación directa de nuevos distribuidores, dando a conocer las condiciones de contratación, el fondo editorial, los movimientos en ese fondo editorial, etc. Baste señalar, a título indicativo, que Ministerios como el de Fomento y el de Medio Ambiente tienen en estos momentos cada uno de ellos contratos vigentes con unos cuarenta distribuidores.

B) Aplicación de los artículos 210 y 211 de la LCAP al contrato.

En el supuesto de aplicación de los preceptos de la LCAP a este contrato, se plantea la duda de la posible aplicación de los artículos 210.1 en sus apartados b) y c) y 211 en su apartado b). Los artículos señalados permiten en ciertos supuestos la utilización del procedimiento negociado, que resulta el más adecuado por las características expuestas en este contrato.

Según el artículo 210.1.b), podrá utilizarse el procedimiento negociado "cuando la naturaleza del contrato (...) no permita establecer sus condiciones para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido". Tal como se ha apuntado más arriba, nos encontramos prácticamente ante un contrato de adhesión, ya que se plantean unas condiciones para las cuales la Administración no busca a un distribuidor a través de la concurrencia, sino que abre la contratación a todos aquellos distribuidores que se adhieran a las condiciones establecidas.

De otro lado, el artículo 210.1.c) establece que podrá utilizarse el procedimiento negociado "en casos excepcionales, cuando se trate de contratos cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente el precio global". En este caso nos encontramos precisamente ante un contrato del cual, como se señalaba antes, se desconoce su cuantía (que no precio, puesto que la LCAP se refiere siempre a precio y gasto para la Administración, mientras que el contrato que nos ocupa está referido a cobro y, por tanto, ingresos para la Administración". Dicha cuantía vendrá determinada por el número de libros adquiridos, y se intenta que sea el mayor número de libros posible y, por tanto, también la mayor cuantía de ingresos posible.

En ambos casos, se entiende que si el contrato rebasa la cuantía de 27.266.208 de pesetas, de acuerdo con el artículo 210.2 de la LCAP, deberá publicarse un anuncio al respecto en el "Diario Oficial de las Comunidades Europeas" y aplicarlos los plazos previstos en el artículo 208 de la LCAP. No obstante, se trata de una cuantía improbable, sobre todo cuando se huye de la distribución en exclusiva y se pretende el máximo número de distribuidores. Por tanto, la limitación de este contrato a la cuantía citada no entorpece la gestión de los servicios.

Finalmente se plantea la duda de la posible aplicación del artículo 211.b), que en determinados supuestos permite la utilización del procedimiento negociado sin publicidad previa, concretamente "cuando por razones técnicas (...) tan sólo pueda encomendarse el objeto del contrato a un único empresario". Cabe plantearse en este caso si se pueden considerar razones técnicas las características expuestas anteriormente sobre este contrato de distribución editorial, teniendo en cuenta que la red de librerías que cubre cualquiera de los distribuidores es siempre exclusiva.

Estas características, impuestas por la estructura del mercado del libro, exigen una efectiva gestión, que aconseja dotar al responsable público de facultades que le permitan actuar con la máxima flexibilidad posible. La ausencia de un criterio flexible y claramente apoyado en la realidad del mercado editorial podría conducir a la práctica imposibilidad de funcionamiento del servicio en materia de la distribución comercial de las publicaciones oficiales.

C) Objeto de la consulta:

Teniendo en cuenta lo expuesto y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 2 y 17 del Real Decreto 30/1991, de 18 de enero, sobre Régimen Orgánico y Funcional de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa, se interesa informe de ese órgano en relación con las siguientes cuestiones:

a) Naturaleza jurídica del contrato de distribución editorial.

b) En el supuesto, de que se considere de carácter privado, se somete a consideración la posibilidad de que sea preciso promover unas normas específicas que regulen, adaptándose a las necesidades de este contrato, su preparación y adjudicación.

c) Aplicación de los artículos 210.b) y 211.b) a la adjudicación de este contrato".

CONSIDERACIONES JURIDICAS.

1. Las cuestiones que se suscitan en el presente expediente, conforme se consigna en el escrito de consulta, consisten en determinar si el contrato denominado de "distribución editorial" que pretende celebrar o que ha celebrado el Centro de Publicaciones del Ministerio de Fomento ha de considerarse contrato de servicios de los regulados en el Título IV, Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas o contrato privado de la Administración a los que se refiere el artículo 5.3 de la propia Ley. En este último caso se somete a consulta si sería necesario o conveniente promulgar normas específicas sobre la adjudicación de estos contratos ya que el procedimiento de selección de contratistas de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no se adapta a las necesidades de la actividad de distribución de libros y, en todo caso, también se solicita informe sobre la aplicación de los artículos 210 y 211 de la misma Ley, en cuanto prevén la utilización del procedimiento negociado en la adjudicación de estos contratos.

Antes de entrar en el examen de las concretas cuestiones suscitadas conviene hacer una consideración previa sobre el contenido del contrato a celebrar ya que el mismo debe influir necesariamente en la determinación de la naturaleza jurídica del mismo. En el escrito de consulta se afirma que "el editor (en nuestro caso el Centro de Publicaciones) celebra con el distribuidor un contrato que es una compraventa de sus publicaciones, aunque sometida a condición suspensiva, una posterior reventa del distribuidor al librero, o bien a término en cuanto que los libros los tiene en concepto de depósito durante un plazo determinado, pasado el cual puede proceder a su devolución al editor, o bien llevar a cabo su adquisición".

Parece que esta figura compleja definida en el escrito de consulta no constituye la única posibilidad de configurar el contrato de "distribución editorial" ya que la única definición de nuestro derecho positivo se encuentra en el artículo 31 de la Ley 9/75, de 12 de marzo, sobre régimen especial para la promoción, producción y difusión de libros, en el que, de manera más sencilla se declara que "mediante el contrato de distribución editorial el distribuidor se encarga de la venta al por mayor y administración de una obra ya editada, abonando por ello el editor un precio de antemano convenido".

Parece por tanto preciso, para determinar la naturaleza del contrato de "distribución editorial" distinguir el régimen jurídico del contrato a que se refiere el artículo 31 de la Ley de 12 de marzo de 1975, para, a continuación, examinar otras posibilidades de su contenido que pueden alterar su calificación jurídica.

2. El contrato por el cual el Centro de Publicaciones del Ministerio de Fomento encarga a un contratista la venta al por mayor de sus publicaciones ya editadas abonando un precio de antemano convenido ha de ser calificado como un típico contrato de servicios de los regulados en el Título IV del Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones

Públicas, ya que la actividad del distribuidor se limita a prestar un servicio al Centro de Publicaciones, consistente precisamente en la distribución de sus publicaciones.

En este sentido el contrato tiene encaje en la definición del artículo 197 3 a) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto su objeto es de carácter técnico, económico, industrial o comercial o cualquier otro de naturaleza análoga, que no se encuentra comprendido en los contratos regulados en la Ley, es decir, obras, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia y trabajos específicos y concretos no habituales.

Por lo demás esta consideración del contrato como contrato de servicios viene confirmada en el Acuerdo de 10 de mayo de 1991 de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa sobre la aplicación de la normativa reguladora de la clasificación de empresa consultoras y de servicios, hecho público por Resolución de la Dirección General del Patrimonio del Estado de 17 de mayo de 1991 (BOE de 18 de junio de 1991), que señalando los criterios de clasificación en grupos y subgrupos aclara que en el grupo III, subgrupo 8 -Otros servicios- deberán incluirse los de artes gráficas y actividades editoriales, entre las que, lógicamente, deben incluirse las de distribución.

Calificado el contrato como de servicios ninguna dificultad presenta la determinación de su régimen jurídico, contenido en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo, sin perjuicio del análisis que realizaremos posteriormente en cuanto a la posible utilización del procedimiento negociado.

3. Como anticipábamos en el primer apartado el contenido del contrato puede alterar su naturaleza jurídica, dejando de ser un contrato de servicios para convertirse en otro tipo contractual.

En particular ello debe afirmarse cuando, como se consigna en el escrito de consulta, el Centro de Publicaciones vende sus publicaciones al distribuidor y sujeta la venta a condición suspensiva o a término. En este caso -y otros similares que pudieran configurarse- el contrato, por su objeto, debe merecer la consideración de contrato privado, debiendo descartarse, por no concurrir los requisitos del artículo 5.2 b), la calificación del contrato como contrato administrativo especial.

El artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas señala que los contratos privados de la Administración se regirán, en cuanto a su preparación y adjudicación, en defecto de normas administrativas específicas, por la presente Ley y sus disposiciones de desarrollo, por lo que resulta necesario abordar la cuestión expresamente consultada de la procedencia de dictar normas específicas para la adjudicación de estos contratos privados que primen sobre las contenidas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo.

La posibilidad de promulgar tales normas específicas resulta obvia por la prescripción del artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero en cuanto al significado y alcance de tales normas esta Junta Consultiva estima necesario realizar dos consideraciones concretas.

En primer lugar que las normas específicas han de ser adoptadas con carácter general para todas las Administraciones Públicas y para estos contratos, sin que se considere suficiente la adopción por el Ministerio de Fomento de normas específicas relativas al Centro de Publicaciones y para sus propias obras.

En segundo lugar también conviene señalar que las normas específicas a que se refiere el artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas no pueden tener un alcance ilimitado de excluir los contratos, por dichas normas específicas que los regulan, de la total aplicación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como sucedería, por ejemplo, si sometiesen la preparación y adjudicación al derecho privado, sino que tienen que referirse a aspectos específicos y concretos que no dejen vacío de contenido el principio

y regla generales del citado artículo 9.1 de que los contratos privados, en cuanto a su preparación y adjudicación, se rigen por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y sus disposiciones de desarrollo, debiendo limitarse estas normas específicas, como les resulta propio, a consagrar determinadas especialidades en la preparación, adjudicación, efectos y extinción y no un régimen jurídico completo referente a estos extremos.

4. Por último procede examinar la posible aplicación a estos contratos de las causas de utilización del procedimiento negociado previstas en los artículos 210 y 211 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y ello independientemente de que el contrato sea calificado como administrativo de servicios o privado, pues como ha señalado esta Junta Consultiva en su informe de 18 de diciembre de 1996 (expediente 67/96) las causas de utilización del procedimiento negociado deben aplicarse a los contratos privados, pues, caso contrario, se produciría el contrasentido de que estos últimos con régimen jurídico más flexible que el de los contratos administrativos, se tendrían que adjudicar siempre por subasta o concurso.

En primer lugar se suscita la posibilidad de aplicar a los contratos e "distribución editorial" el artículo 210.1.b) y c) en cuanto establecen que podrá utilizarse el procedimiento negociado cuando la naturaleza del contrato, especialmente en los de carácter intelectual y en los comprendidos en la categoría 6 de las enumeradas en el artículo 207 (servicios de seguros, bancarios y de inversiones) no permita establecer sus condiciones para adjudicarlo por procedimiento abierto o restringido o en casos excepcionales, cuando se trate de contratos cuya naturaleza o riesgos no permitan determinar previamente el precio global. Evidentemente cuando concurren los supuestos de hecho de los apartados b) y c) del artículo 210 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, lo que propiamente sucederá cuando el contrato no se ajuste a la definición del artículo 31 de la Ley de 12 de marzo de 1975, podrá adjudicarse el contrato por aplicación de dos causas enunciadas ya que la referencia a contratos de carácter intelectual, seguros, bancarios y de inversiones que incorpora al apartado b) es meramente ejemplificativa. Por otra parte hay que señalar que cuando el contrato exceda de 31.992.917 pesetas (no de 27.266.208 pesetas como erróneamente se hace constar en el escrito de consulta refiriéndose al umbral del período 1994-1995) habrá que publicar un anuncio en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, funcionando el procedimiento negociado como negociado puro, es decir, sin publicidad de ninguna clase cuando el contrato no exceda de la reseñada cifra de 31.992.917 pesetas.

Por el contrario, es difícil sostener la aplicación del apartado b) del artículo 211 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en cuanto permite acudir al procedimiento negociado sin publicidad "cuando por razones técnicas o artísticas o relacionadas con la protección de derechos exclusivos tan solo pueda encomendarse el objeto del contrato a un único empresario", supuesto de hecho que no parece darse en la práctica cuando como se afirma en el escrito de consulta "numerosos distribuidores contratan con los diferentes departamentos ministeriales", por lo que debe llegarse a la conclusión de la inexistencia de un único empresario que es lo que exige el artículo 211 b) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas. Obviamente las dificultades puestas de relieve en el escrito de consulta pueden ser remediadas acudiendo a otras figuras contempladas en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, como es la adjudicación por lotes a que hace referencia, para los contratos de consultoría y asistencia, de servicios y de trabajos específicos y concretos no habituales, el artículo 205 de la propia Ley, aplicable también, en tanto no existan normas específicas, a los contratos privados de la Administración.

CONCLUSION.

Por lo expuesto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende:

1. Que el contrato de "distribución editorial" ha de ser calificado con arreglo a su contenido y, en este sentido puede ser considerado contrato administrativo de servicios de los regulados en el Título IV, Libro II de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

2. Que, no obstante, si el contenido contractual del contrato que se celebre responde al de un contrato privado, su calificación determina que, por aplicación del artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, su preparación y adjudicación se rijan por las normas de dicha Ley y disposiciones de desarrollo.

3. Que si se estima procedente promulgar normas específicas para la adjudicación de los contratos a que se refiere la conclusión anterior, ha de hacerse con carácter general y sin establecer un régimen jurídico que altere esencialmente, desnaturalizándolo, el principio del artículo 9.1 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de regirse la preparación y adjudicación de contratos privados por las normas de la propia Ley.

4. Que tanto si los contratos de "distribución editorial" se califican como contratos administrativos de servicios o contratos privados podrán, cuando concurren los supuestos de hecho previstos, aplicarse el artículo 210.1, apartados b) y c) de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, pero no el artículo 211 b) por no poder concurrir el supuesto de hecho de este último artículo y apartado.