

**INFORME 25/2017, DE 27 DE JULIO, DE LA COMISIÓN PERMANENTE DE LA JUNTA
ASESORA DE CONTRATACIÓN PÚBLICA.****OBJETO: CERTIFICADO DE REPRESENTACIÓN DE VENTAS EN EXCLUSIVA PARA UN
CONTRATO****Antecedentes:**

Impulsado por el Departamento de Seguridad, se abre a licitación el expediente sujeto a regulación armonizada S-026/2017, cuyo objeto es el suministro de material de lofoscopia para atender las necesidades de los Centros y Comisarías dependientes de la Viceconsejería de Seguridad de dicho Departamento. El anuncio en perfil de contratante y DOUE se publica el 7 de febrero de 2017.

A dicha licitación acude la empresa A, con un “Certificado de representación en exclusiva”, firmado ante notario el 21 de diciembre de 2016 por el Director de Ventas Internacionales de la empresa 1, fabricante de los productos marca 1 que A distribuye. Según dicho certificado la empresa A “ha sido nombrada nuestra Representante de Ventas en la exclusiva para el REINO DE ESPAÑA, únicamente en lo que se refiere a la oferta de referencia S-0026/017.”

Así mismo, el texto citado afirma que los productos de la empresa 1 vendidos por A “... serán cubiertos totalmente por las garantías aplicables a los diferentes productos. La cobertura de la garantía no es aplicable a los productos...” marca 1 “...que sean vendidos o suministrados por otro individuo o entidad sin autorizar”.

Así las cosas, la Mesa de Contratación solicita a la empresa B -también licitadora con productos marca 1 entre otros- alegaciones al respecto. Dicha empresa B se limita a presentar su relación de suministros de los 5 últimos años, sin entrar al fondo del texto firmado ante notario referido. De dichas alegaciones se da traslado a la empresa A, que dice al respecto detectar “una ausencia de fijación de objeto de controversia, motivación

y pretensiones” en las alegaciones de B, “no alcanzando a entender de qué manera la exposición de dichas ventas... pueda afectar a lo señalado en el documento “Exclusive representation certification”” que hemos venido comentando en estos Antecedentes.

Es por ello que el órgano de contratación del expediente de referencia solicita a esta Junta Asesora de Contratación Pública la emisión de informe sobre la compatibilidad, naturaleza y alcance de dicho certificado con el procedimiento abierto de contratación en el que obra.

Competencia:

I.- Según dispone el artículo 27.c) del Decreto 116/2016, de 27 de julio, sobre el régimen de la contratación del Sector Público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, la Junta Asesora de Contratación Pública tiene entre sus funciones consultivas la de “Informar las cuestiones que en materia de contratación pública sometan a su consideración las entidades del sector público de la Comunidad Autónoma de Euskadi, mediante petición escrita formulada por los Directores o Directoras de los Departamentos del Gobierno Vasco que tengan encomendada la gestión de la contratación...”

II.- Así pues, por tratarse la cuestión de las dudas surgidas de un incidente de un procedimiento de contratación de un Departamento del Gobierno Vasco, y habiéndose remitido por la Directora bajo cuya responsabilidad se halla la Contratación en dicho Departamento, entra dentro de dicho apartado c) del artículo 27 del Decreto 116/2016.

III.- Sin embargo, de fondo hay una cuestión mercantil y de defensa de la competencia que escapa al ámbito de actuación de esta Junta Asesora, y que por tanto será tratada de forma tangencial y desde el punto de vista de los principios de la contratación que puedan colisionar con esta materia tan específica y compleja.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS.

Primera.- El concepto de “Representante de Ventas en exclusiva” por el que se ha traducido literalmente la expresión “Exclusive Sales Representative” no es un concepto jurídico en el ordenamiento español, pues como tal no está recogido en la normativa mercantil ni civil. Existen figuras conceptualmente similares, como el contrato de agencia, regulado en su propia Ley (Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre contrato de agencia) o el contrato de distribución, de configuración doctrinal y jurisprudencial. Por similitud meramente de denominación, definiremos primeramente también la figura del representante comercial.

- El representante comercial suele ser un intermediario entre el fabricante externo y el distribuidor nacional. Sólo se dedica a ponerlos en contacto y a firmar acuerdos por cuenta del fabricante. Suele trabajar a comisión y ser también representante legal del fabricante en el país, con poderes notariales para cerrar acuerdos en su nombre. No suele ostentar propiedad alguna sobre los bienes, pero sí poder para defender los intereses legales del fabricante.
- Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales - operaciones.
- En el contrato de distribución, en cambio, el distribuidor actúa como un intermediario independiente respecto del fabricante exportador, actuando en nombre propio y como comprador final a todos los efectos. El distribuidor siempre opera asumiendo el riesgo de la operación, el agente, por el contrario, casi siempre actúa por cuenta ajena a no ser que se pacte lo contrario, cosa que no suele ocurrir en la práctica.

Así pues, la figura más similar a lo que la empresa A presenta en el procedimiento de licitación según expediente S-026/2017 es el **contrato de distribución (también llamada concesión internacional)**.

El propio Tribunal Supremo destaca las diferencias entre las figuras de agencia y distribución en las Sentencias de 26 de julio de 2000 y de 5 de febrero de 2004 afirmando que *“así como el contrato de agencia tiene por objeto la promoción de actos u operaciones de comercio por cuenta ajena del agente o intermediario independiente, en la concesión ese objeto se circunscribe a la reventa o distribución de los propios productos del concedente, y por lo general, con un pacto de exclusiva–positivo y negativo-: vender sólo el concesionario y no vender nadie más en su zona.”*

Y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 13 de septiembre de 2006, indicó que se trata de un contrato mercantil de colaboración entre empresarios, atípico y carente de específica regulación legal, de forma que su régimen jurídico vendrá determinado por lo que las partes libremente hayan pactado y supletoriamente por lo establecido en el Código de Comercio y Código Civil, y en defecto de todo ello, por las normas de contrato de agencia que le sea analógicamente aplicables.

El contrato de distribución actualmente carece de una regulación específica tanto a nivel doméstico como internacional, pero la distribución comercial sí esta regulada indirectamente o de forma tangencial en determinados países, y en especial, a nivel europeo, a través del **derecho de la competencia, el cual se encarga de monitorizar comportamientos relativos a los acuerdos de distribución que puedan afectar a la libre competencia dentro de los mercados de la Unión.**

A pesar de no haber un derecho uniforme a nivel internacional que regule el contrato de distribución -a diferencia de lo que ocurre con el contrato de compraventa- la práctica comercial internacional ha ido dotando de ciertas características a este contrato, que han sido progresivamente recogidas en los contratos modelo publicados por distintos organismos internacionales como la Cámara de Comercio Internacional.

El contrato de distribución o concesión internacional es una de las categorías en las que se subdivide los genéricamente llamados contratos internacionales de distribución, y que comprenden contratos como el de comisión, agencia, mediación, franquicia y el de distribución o concesión propiamente dicho. En este tipo de contratos de colaboración, la relación jurídica que surge entre las partes contratantes está basada en la confianza mutua. Por tanto, es un contrato personalista que se establece intuitu personae atendiendo a las virtudes, **capacidades**, crédito y condiciones particulares del distribuidor o concesionario. Es además según se desprende de la jurisprudencia española, un contrato de carácter continuado o de de **tracto sucesivo**.

Son contratos de **duración determinada o indefinida**. En caso de no pactarse una duración determinada, cualquiera de las partes podrá dar por terminado el contrato toda vez que exista una justa causa para la resolución o cumpla con el deber de preaviso, si este ha sido pactado en el contrato.

Así mismo podemos afirmar que se trata de un acuerdo de naturaleza compuesta ya que implica un número variado de relaciones jurídicas. Se podrían distinguir tres tipos de relaciones:

- Implica una concesión de venta, ya que obliga al fabricante a permitir que el distribuidor revenda sus productos a los usuarios finales a lo largo de la vida del contrato.
- Es un acuerdo de compra, ya que obliga al distribuidor a comprar los productos especificados en el contrato al fabricante, por el tiempo que dure el contrato.
- Es un acuerdo de suministro, ya que obliga al fabricante a suministrar los productos especificados en el contrato por el tiempo que dure el contrato.

Por tanto el distribuidor no es un mero “revendedor” ya que está unido a la empresa suministradora por unos lazos mas o menos estrechos, necesarios para que se dé la efectiva colaboración empresarial que se busca. En su papel de revendedor el distribuidor se encarga de la promoción y la organización de la distribución en el territorio asignado. El suministrador le confiere al distribuidor una posición privilegiada en el territorio, concediéndole, en la mayoría de los casos, el derecho exclusivo de

compra de sus productos. **Esto implica que esta colaboración no pueda ser episódica, siendo una relación con vocación de duración en el tiempo.** Esta relación crea por tanto vínculos estrechos entre las partes, lo que hace que el distribuidor se abstenga de distribuir productos de la competencia.

Actualmente son dos los tipos de contratos de distribución más utilizados en la práctica, los contratos de distribución exclusiva y los contratos de distribución selectiva.

a.- Contratos de distribución exclusiva.

En este tipo de contratos el distribuidor el fabricante nombra un único distribuidor para una zona geográfica en concreto (región, país, etc..), no pudiendo el fabricante canalizar ventas en el territorio objeto de exclusiva a través de otro distribuidor o agente independiente. Así mismo el fabricante-suministrador puede comprometerse a no realizar ventas directas en el territorio asignado, a impedir que otros distribuidores promuevan ventas en el territorio objeto de exclusiva, o impedir absolutamente a otros distribuidores la realización de ventas en el territorio, aunque sea de forma indirecta.

Según una comunicación aclaratoria sobre dos Reglamentos referentes a la distribución realizada por la Comisión Europea, los contratos de distribución en exclusiva se caracterizaron de la siguiente manera:

“una de las partes, el proveedor, le concede a la otra, el revendedor, un territorio delimitado en el que debe centrar sus actividades de venta, comprometiéndose a no entregar los productos objeto de contrato a otros revendedores establecidos en dicho territorio.”

La exclusividad a pesar de no ser una cláusula obligatoria del contrato de distribución, es sin embargo muy utilizada en la práctica por los beneficios que lleva aparejada.

Otro asunto espinoso relacionado con la exclusividad es su potencial de restricción de la libre competencia, lo cual conlleva que en determinados casos estas cláusulas entren en colisión con las disposiciones relativas al derecho de la competencia europeo. La concesión de **territorios exclusivos** suele venir acompañada, en ocasiones, de acuerdos

que proveen de protección a los territorios de los distribuidores de una forma tal que **restringen la libre competencia** de una forma palpable.

Como norma general hay que destacar que aquellos contratos de distribución en exclusiva que afecten y restrinjan significativamente el comercio entre los diferentes Estados Miembros de la UE, y que conlleven la fijación de precios o la fijación de precios mínimos de reventa, infringen lo establecido en los Tratados de la Unión y pueden ser objeto de sanciones por parte de la Comisión. Por contra, si el acuerdo no produce un efecto significativo en el comercio intracomunitario no entrará en colisión con las reglas de la competencia.

b.- Contratos de distribución selectiva.

En la actualidad la distribución selectiva tiene su razón de ser en las necesidades existentes en la comercialización y distribución de ciertos productos de marca. Los fabricantes o suministradores optan por este sistema de distribución para proyectar cierta imagen o para asegurarse de que las ventas van acompañadas de la prestación de determinados servicios. Este tipo de contrato de distribución viene definido en el apartado d) del artículo 1 del Reglamento 2790/1999 de la manera siguiente:

Se entenderá por sistema de distribución selectiva , un sistema de distribución por el cual el proveedor se comprometa a vender los bienes o servicios contractuales, directa o indirectamente, sólo a distribuidores seleccionados sobre la base de criterios específicos, y los distribuidores se comprometan a no vender tales bienes o servicios a agentes no autorizados.

En este tipo de distribución, por tanto, el fabricante limita la venta de sus productos a un número limitado de distribuidores, configurando un sistema de distribución homogéneo frente a los consumidores, realizando para ello una cuidada selección cualitativa o cuantitativa de los distribuidores autorizados. Esta selección tiene como objetivo la mejora de la calidad del servicio ofrecido al cliente final. Obviamente la restricción del número de distribuidores tiene dos efectos inmediatos; el encarecimiento del precio

final y la restricción del acceso al mercado. Un caso típico de distribución selectiva se da en el sector de la automoción, en donde la empresa fabricante de los vehículos establece una red de distribuidores que adquieren la exclusividad para vender dichos vehículos, prestando así mismo servicios de reparación postventa.

En este tipo de acuerdos, las autoridades europeas de Defensa de la Competencia consideran que no son restrictivos de la competencia si la red de distribuidores se establece atendiendo a criterios objetivos de carácter cualitativo. Estos criterios, para que cumplan con el Tratado, deben de estar relacionados con la competencia técnica del revendedor o su personal o la conveniencia o prestaciones de las instalaciones del revendedor. Dichos criterios, además, deben ser exigidos de forma uniforme **a todo potencial distribuidor sin que medie prácticas discriminatorias de ningún tipo.**

Sin embargo, la nota esencial que permite agrupar estos contratos dentro de una categoría y diferenciarlos de otros negocios jurídicos estriba en su común causa comercial, ya que todos ellos cumplen en el tráfico una idéntica función económica cual es el favorecer la comercialización de productos o servicios mediante la creación de **estructuras económicas integradas y duraderas** a través de empresarios jurídicamente independientes.

Son contratos mercantiles, **de duración continuada** y se caracteriza por su **vocación de permanencia o estabilidad**. Como se destaca por la doctrina, la relación entre las partes en el contrato de distribución **no es una relación esporádica, ya que se exige un esfuerzo de inversión por parte del distribuidor, que exige para su amortización tiempo.**

En todo contrato de distribución, sea del tipo que sea, deben constar qué productos en concreto van a ser objeto de distribución así como la delimitación del territorio o país en el que serán distribuidos, normalmente en régimen de exclusividad. **NO ES PRÁCTICA RECONOCIDA, NI SIQUIERA HABITUAL, LA FIJACIÓN DE EXCLUSIVIDAD ÚNICAMENTE PARA UNA OFERTA O SUMINISTRO PUNTUAL CONCRETO.**

El área dónde el contrato de concesión da lugar a máxima fricción es el de la defensa de la competencia. A través de la concesión de zonas en exclusiva, y la imposición de determinadas obligaciones (la de no distribuir productos de la competencia), el concedente obtiene un **resultado contrario a la libre competencia: la compartimentación del mercado.**

Por ello la normativa de defensa de la competencia ve con gran desconfianza estos contratos.

Segunda.- Una vez expuesta la teoría doctrinal y jurisprudencial sobre este tipo de relaciones comerciales y sus objeciones desde el punto de vista de la competencia, así como la dudosa legalidad de presentarlas únicamente para un suministro concreto, debemos hacer referencia a los términos estrictos de la contratación pública.

El Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, sólo recoge la protección de derechos de exclusiva en su art. 170 (Supuestos generales del procedimiento negociado), en su apartado d), en los siguientes términos:

“En los términos que se establecen para cada tipo de contrato en los artículos siguientes, los contratos que celebren las Administraciones Públicas podrán adjudicarse mediante procedimiento negociado en los siguientes casos:

[...]

d) Cuando, por razones técnicas o artísticas o por motivos relacionados con la protección de derechos de exclusiva el contrato sólo pueda encomendarse a un empresario determinado.”

En parecidos términos, la Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad:

“Artículo 44. Casos en que no es necesario publicar convocatoria de licitación.

1. Los órganos de contratación podrán adjudicar sus contratos por procedimiento negociado, sin publicación previa del anuncio de licitación, en los casos previstos en los apartados siguientes, justificándolo en los pliegos y en el anuncio de adjudicación.

2. Respecto de cualquiera de los tipos de contratos regulados en esta Ley, no será necesaria la publicación de la convocatoria de licitación en los casos siguientes:

[...]

e) Cuando, por razones técnicas o por razones relacionadas con la protección de derechos de exclusividad, el contrato sólo pueda adjudicarse a un empresario determinado.”

Tercera. En relación con todo ello, procede mencionar la Resolución nº106/2015, de 6 de julio, del Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid, sobre un procedimiento abierto en el que concurren dos licitadoras y una de ellas impugna la adjudicación alegando unas circunstancias similares a las del supuesto que nos ocupa.

En el caso, la empresa que ha diseñado y fabricado el software que se licita le ha confiado a la recurrente “tanto la gestión de las licencias de este software como los servicios de soporte y mantenimiento integral de las mismas y del equipamiento y además lo ha hecho con carácter exclusivo, ello implica que ningún otro licitador está ni autorizado ni en condiciones de poder hacerlo. De lo expuesto concluye la recurrente que la [otra empresa] no cuenta con la autorización necesaria para el uso de las licencias del software y, por lo tanto, carece de la necesaria habilitación contractual para poder ejecutar las prestaciones objeto del contrato.

[...]

La interpretación contraria, sostenida por la recurrente, implica que el pliego parte de un error cual es que existen derechos exclusivos que no ha tenido en cuenta y en consecuencia no es posible la concurrencia y solo ella puede presentar oferta, en cuyo caso no procedería la tramitación de un procedimiento abierto sino de un procedimiento negociado.

[...]

El procedimiento por el que ha optado el órgano de contratación es el abierto con pluralidad de criterios y los pliegos que rigen la licitación no han sido impugnados por lo que la presentación de la proposición supone la aceptación incondicional de los mismos. Si bien las alegaciones de la recurrente cuestionan de forma indirecta el procedimiento elegido, lo cierto es que no se han impugnado los pliegos y a ellos hemos de atenernos en la resolución del recurso. De admitir el razonamiento expuesto por la empresa recurrente se estaría asumiendo que ninguna otra empresa está capacitada para la ejecución del contrato y cualquier otra que hubiese concurrido al procedimiento de licitación habría de ser excluida por no ostentar capacidad para realizar las prestaciones objeto del contrato. Eso implica que el procedimiento abierto sería improcedente por cuanto debería haberse tramitado un procedimiento negociado sin publicidad con fundamento en el artículo 170.d)”.

Cuarta. Por último, El Considerando 50 de la Directiva 2014/24/UE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO de 26 de febrero de 2014 sobre contratación pública reza lo siguiente:

“En razón de sus efectos perjudiciales sobre la competencia, los procedimientos negociados sin publicación previa de un anuncio de licitación deben utilizarse únicamente en circunstancias muy excepcionales. Las excepciones deben limitarse a aquellos casos en que la publicación no sea posible, bien por razones de extrema urgencia provocada por acontecimientos imprevisibles y no imputables al poder adjudicador, bien cuando esté claro desde el principio que la publicación no generaría más competencia o mejores resultados de contratación, por ejemplo porque objetivamente solo haya un operador económico que pueda ejecutar el contrato. Este es el caso de las obras de arte en las que la identidad del artista determina intrínsecamente el valor y el carácter únicos del propio objeto artístico. La exclusividad puede también surgir por otros motivos, pero solo las situaciones de exclusividad objetiva pueden justificar el recurso al procedimiento negociado sin publicación, siempre que la situación de exclusividad no haya sido creada por el propio poder adjudicador con vistas al futuro procedimiento de contratación.

Los poderes adjudicadores que se acojan a esta excepción deben motivar por qué no existen otras alternativas, como por ejemplo la utilización de otros canales de distribución incluso fuera del Estado miembro del poder adjudicador o la toma en consideración de obras, suministros o servicios comparables desde el punto de vista funcional.

Cuando la situación de exclusividad se deba a razones técnicas, estas deben definirse y justificarse rigurosamente para cada caso particular. Entre estas razones cabe citar la práctica **imposibilidad técnica de que otro operador económico alcance los resultados necesarios, o la necesidad de utilizar conocimientos técnicos, herramientas o medios específicos que solo estén a disposición de un único operador económico.**”

Y el apartado b) del 32.2 de la propia Directiva, sobre el uso del procedimiento negociado sin publicación previa, establece entre los motivos para elegir dicho procedimiento:

“ [...]

iii) que deban protegerse derechos exclusivos, incluidos los derechos de propiedad intelectual o industrial.

Las excepciones mencionadas en los incisos ii) y iii) solo se aplicarán cuando no exista alternativa o sustituto razonable y cuando **la ausencia de competencia no sea el resultado de una restricción artificial de los parámetros de la contratación;**”

Con base en todo lo anterior, y especialmente en lo remarcado en negrita por su trascendencia para el caso, la Junta Asesora de Contratación Pública, reunida en Pleno el día xx de julio de 2017, adopta por unanimidad el siguiente

ACUERDO

Informar sobre la compatibilidad o incompatibilidad del certificado presentado por la licitadora A con un procedimiento abierto, del siguiente modo:

Desde el punto de vista de la validez del certificado, es llamativo que tenga una fecha anterior a la primera publicación oficial del procedimiento de licitación, al que hace referencia incluso con su nomenclatura S0026/17. No constando el objeto del mismo, cabe la posibilidad de que realmente se emitiera para otro procedimiento anterior de otro poder adjudicador cuya nomenclatura coincidiese, o bien que el conocimiento previo del expediente que tenía la licitadora A deba ser objeto de investigación en otra instancia que no es esta Junta.

Se entiende por otro lado que el certificado es difícilmente compatible con un procedimiento abierto cuyos pliegos no han sido impugnados por la licitadora que lo presenta.

Y tratándose de dicho procedimiento en el que se incardina, no queda suficientemente acreditado que la empresa B no cuente con la habilitación requerida para presentar su oferta ni para ejecutar el contrato, por lo que en favor del principio comunitario de la libre competencia, debe favorecerse ésta admitiendo a licitación todas las ofertas que cumplan con los requerimientos del pliego de prescripciones técnicas y con la solvencia requerida, de manera que será a riesgo y ventura del contratista el poder cumplir posteriormente con las necesidades de cobertura de garantía que la ejecución requiere.

En cuanto a las cuestiones de garantía de los bienes suministrados, siendo materia de consumo y siendo el consumidor o usuario una Administración Pública, si llega el caso puede recurrirse a la asesoría de un organismo competente en materia de consumo.

Por último, habiendo tenido conocimiento el órgano y la Mesa de contratación a través de este caso de una cuestión incardinada en la defensa de la libre competencia empresarial y mercantil, se recomienda por esta Junta la consulta oficial a organismo competente para opinar al respecto, como puede ser la Autoridad Vasca de la Competencia.