

INFORME 3/1995, de 14 de marzo, sobre la posibilidad de celebrar contratos de asistencia técnica con una empresa, persona física, a solicitud de la Intervención General.

I. ANTECEDENTES.

1.- La Comisión Consultiva de Contratación Administrativa ha recibido consulta formulada por la Intervención General, con fecha 9 de diciembre de 1993, que literalmente se transcribe a continuación:

"Se ha recibido en esta Intervención General solicitud de informe por la Dirección General de Turismo acerca de la posibilidad de celebrar contratos de asistencia técnica con empresas consultoras o de servicios regulados por el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, con una empresa, persona física, dada de alta en el Impuesto de Actividades Económicas (IAE) como profesional y cuando no resulta exigible por razón de cuantía el requisito de clasificación de la empresa.

En relación con el tema, se expone lo siguiente:

La cuestión se centra en determinar la naturaleza del contrato con una empresa, persona física, dada de alta como profesional en el IAE., con la Junta de Andalucía, en el sentido de si forzosamente se ha de acudir a la figura regulada en el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, que se refiere a los contratos celebrados por la Administración con personas físicas únicamente, o si, por contra, se puede utilizar la regulada en el Decreto 1005/1974 que permite la celebración de estos contratos tanto con empresas físicas como jurídicas.

La importancia de la distinción se muestra en la práctica en manifestaciones, al margen de la necesidad de clasificación, tales como en la cuantía por debajo de la cual están exonerados de fiscalización previa (1.500.000.- ptas. en el contrato del R.D. 1465/1985 y 1.000.000.- el del Decreto 1005/1974); en la posibilidad de tramitación como contrato de asistencia menor, reducida en documentación, (500.000.- pesetas el contrato del Decreto 1005/1974 e inexistencia de esta posibilidad para la figura del R.D. 1465/1985 y la cuantía para la contratación directa (15.000.000.- en asistencia técnica y 5.000.000.- en trabajos específicos).

A la delimitación de las figuras ayudan poco las definiciones múltiples que se han realizado sobre el concepto de empresa por dos motivos: uno por no existir en el ordenamiento jurídico español un concepto unitario y sistemático de empresa, que puede verse desde diversos puntos de vista: subjetivo (como persona física o jurídica), objetivo (como objeto de tráfico jurídico) o funcional (como actividad económica organizadora de los factores de producción, trabajo y capital con el fin de actuar en el mercado de bienes y servicios) y otro, porque partimos de la base de que lo que se cuestiona no es la naturaleza de empresa, sino del contrato que, con ésta, ha de formalizar la Administración.

La delimitación tampoco puede hacerse, como parece desprenderse del escrito de consulta de la Dirección General de Turismo, a través del ordenamiento tributario, en concreto de su alta en el IAE y ello en base a que, a los efectos tributarios, los conceptos de actividad empresarial y profesional son sustancialmente lo* mismo, según se desprende de la comparación de los artículos 40. 1 de la Ley del IRPF., 41 de la Ley del IVA., 79 a 92 de la Ley de las Haciendas Locales y R.D. Legislativo 1175/1990, estos dos últimos sobre IAE.

Por ello, el criterio que se debe utilizar, a juicio de este centro, debe extraerse de la regulación del Decreto 1005/1974 y R.D. 1464/1985.

De su regulación, se desprende que:

1.- Al amparo del Decreto 1005/1974 se pueden celebrar contratos con empresas consultoras o de servicios que actúen como tales en el tráfico jurídico, resultando irrelevante que sus titulares sean personas físicas o jurídicas, puesto que con quien se contrata es con la empresa en sí.

2.- Al amparo del R.D. 1465/1985 sólo pueden celebrarse contratos con personas físicas, sean empresa o no, puesto que con quien se contrata es con la persona, resultando aquí irrelevante el que se trate de empresa o profesión denominada liberal.

En este caso, además, se exige que el trabajo para el que se contrata a la persona física presente el carácter de "no habitual" (carácter no exigido por el Decreto 1005/1974).

Como conclusión final, puede afirmarse que, no obstante las diferencias apuntadas, pueden existir diversas contrataciones que pueden encajar en uno y otro Decreto, por lo que en estos casos habrá de estarse a criterios de orden práctico como puede ser el objeto del contrato con la precisión suficiente que suelen contener los correspondientes pliegos de prescripciones técnicas y su encaje en los respectivos artículos de las indicadas normas y que el alta en el IAE., como profesional, no constituye motivo suficiente de exclusión de la posibilidad de celebrar un contrato al amparo del Decreto 1005/-1974.

No obstante el criterio expuesto, se solicita informe sobre el asunto al amparo de lo previsto en el artículo 9º del Decreto 54/1987, de 25 de febrero, por el que se crea la Comisión Consultiva de Contratación

Administrativa."

3.- Con la finalidad de dictaminar la mejor adecuación del objeto de la contratación a uno de los tipos contractuales citados, la Secretaría de la Comisión solicitó, el 8 de febrero de 1994, al centro directivo consultante la remisión de las actuaciones preparatorias del expediente controvertido perteneciente a la Dirección General de Turismo, en particular el pliego de prescripciones técnica, documentación que fue remitida el 16 de febrero de 1994.

II. INFORME.

1.- En cuanto al sujeto contratista de los tipos de contratos a analizar, los antecedentes legislativos del contrato de asistencia técnica con empresas consultoras y de servicios se encuentran en el Decreto 916/1968, de 4 de abril, que regulaba los contratos de estudios y servicios. De conformidad con el artículo 1º del derogado Decreto, esta contratación exclusivamente se podía realizar con sociedades, personas jurídicas o empresas individuales consultoras que funcionasen en el tráfico bajo un nombre comercial y comprendieran una organización con elementos personales y materiales afectados de forma permanente.

En base a esta regulación la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 2/1974, de 28 de febrero, dictaminó que esta numeración de sujetos excluía precisamente a los individuales, que contrataban con la Administración en atención estricta a sus cualidades personales y no a la organización empresarial de que disponen, como era el caso de los profesionales de las distintas ramas que ejercen su carrera bajo la disciplina del colegio competente.

En virtud de la Disposición 4ª de la Ley de Contratos del Estado, se dictó el Decreto 1005/1974, de 4 de abril, nueva regulación de los contratos de asistencia técnica, que en su artículo 2º, seguía prescribiendo que a los efectos de ese tipo de contrato las empresas consultoras o de servicios entre sus requisitos deberían ser personas jurídicas o empresarios individuales. Posteriormente, mediante Real Decreto 597/1986, de 10 de febrero, se modifica este artículo, disponiendo en su apartado a) que las empresas contratistas deberán reunir entre sus requisitos el ser personas físicas o jurídicas, españolas o extranjeras, cuya finalidad o actividad tenga relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales o se acrediten debidamente y dispongan de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato.

Consecuentemente, de esta forma el sujeto contratista de un contrato de asistencia técnica se vio ampliado a las personas físicas en general, siempre que estén caracterizadas como empresa consultora o de servicios según la propia denominación del Decreto 1005/1974, y reúnan capacidad y solvencia económica, financiera y técnica, o en su caso, clasificación administrativa adecuada para la ejecución de la prestación contractual. La existencia de dos instrumentos contractuales está prevista en la legislación vigente para supuestos distintos, es por lo que no cabe afirmar genéricamente que se puede contratar con persona física un contrato de asistencia técnica. Uno de los elementos para elegir entre ambos tipos contractuales se encuentra en el concepto de empresa que ha de reunir el contratista de asistencia técnica, pudiendo ser tanto empresa societaria como empresario individual, pero siempre considerando que el elemento caracterizador de una empresa consiste en la organización de unos elementos, que prima sobre las personas que la forman.

Así, en el supuesto de contratar con una empresa un contrato de asistencia técnica es irrelevante la persona física frente a la disposición de medios personales y materiales que conforman a la empresa como organización. Como criterio interpretativo, el dato de la empresa remite a una organización, a diferencia del profesional en el que la cualidad de la persona es determinante, y, por tanto, en un contrato de asistencia técnica la persona, física o jurídica, habrá de acreditar que posee los medios necesarios para la ejecución de la prestación. En conclusión, para celebrar un contrato de asistencia técnica es necesario que el contratista sea una empresa, y en el caso de que se presente a licitación un profesional tendría que justificar su carácter de empresario individual, al venir exigido el requisito de la organización.

A diferencia de este contrato, para ser parte en un contrato de trabajo específico y concreto no habitual, es requisito inexcusable el ser persona física, entre las que se encuentran las profesiones liberales, según prescribe el artículo 2 del Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, sobre contratación para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales. Resulta claro que para contratar con profesionales -que en ningún caso tienen la consideración de empresarios- claramente hay que acudir al citado Real Decreto, ya que en todo caso los profesionales colegiados están excluidos de la consideración de empresa, teniendo en cuenta la regulación jurídica vigente de los colegios profesionales.

2.- En cuanto a la prestación que constituye el objeto de ambos contratos encuadrados dentro de la categoría genérica de servicios, el contrato de trabajo específico es mucho más restrictivo, por cuanto sólo se podrá concertar para la realización de la prestación de un concreto trabajo específico, caracterizado como no habitual. Este contrato entre la Administración contratante y una persona física está justificado por el carácter excepcional de esta contratación, que está referida a supuestos no comunes, tal como ha considerado la Junta Consultiva de Contratación Administrativa en su Informe 8/1990, de 28 de marzo, sobre la aplicación del contrato para la realización de trabajos específicos y concretos, no habituales.

Por otro lado, el contrato de asistencia técnica, según prevé el propio preámbulo del Decreto 1005/74 se ha constituido como aquel instrumento contractual, paradigma básico del contrato de servicios, que se

encuentra previsto en caso de insuficiencia de medios ordinarios de que disponen los órganos administrativos, bien para atender necesidades de carácter coyuntural, bien para atender determinados servicios que sean preferibles confiar al sector privado por razones de economía o eficacia, sin necesidad de una inadecuada ampliación de las unidades administrativas.

Como criterio adicional el artículo 2 del Decreto 1005/-1974 dice expresamente que la finalidad o actividad de la empresa en cuestión ha de tener relación directa con el objeto del contrato, según resulte de sus respectivos estatutos o reglas fundacionales o se acredite debidamente, siempre que disponga de una organización con elementos personales y materiales suficientes para la debida ejecución del contrato.

La amplitud del objeto, previsto en el artículo 3 del Decreto, está salvaguardada por la exigencia de un informe que se incorpora al expediente de contratación, en aras a justificar la insuficiencia, la falta de adecuación o la conveniencia de no ampliación de los medios personales y materiales con que cuenta la Consejería u Organismo Autónomo para cubrir las necesidades que se tratan de satisfacer a través del contrato, conforme prescribe el artículo 4 en su último párrafo del Decreto 1005/1974.

3.- Respecto al cumplimiento de las obligaciones fiscales, es un requisito general que deben acreditar todos los contratistas, persona física o jurídica, en la forma prevista en el artículo 23 ter del Reglamento General de Contratación del Estado. En particular, la licencia fiscal habrá de venir referida al carácter y naturaleza de la actividad constitutiva del servicio objeto del contrato, al constituir el hecho imponible del actual Impuesto sobre Actividades Económicas en el mero ejercicio de actividades empresariales, profesionales o artísticas, viniendo referida el alta y tributación a estas actividades que se encuentran clasificadas en los epígrafes y rúbricas de las tarifas del impuesto. Además, pueden ser sujetos pasivos de este impuesto tanto las personas físicas como jurídicas, siempre que realicen dentro del territorio nacional las actividades que originan el hecho imponible.

4.- El objeto del contrato sometido a consulta "Seguimiento de las inversiones asociadas al Programa de Villas Turísticas", cuyo contenido viene pormenorizado en la cláusula 2ª del pliego de prescripciones técnicas, está íntimamente relacionado con la actividad constructiva, por consistir en el seguimiento de la ejecución de las obras, así como en la elaboración de los estudios previos necesarios a la iniciación de las mismas. Estos servicios e informes técnicos son encuadrables dentro del posible objeto de los contratos de asistencia técnica de acuerdo con el artículo 3º de su Decreto regulador, que si bien en razón a la cuantía del expediente de contratación no exige clasificación administrativa, en el caso de que el presupuesto total hubiese excedido de diez millones de pesetas, sería el subgrupo I del grupo I "estudios e informes", al venir referido el objeto a las edificaciones de Villas Turísticas.

Así mismo, el propio pliego de cláusulas administrativas particulares que rige la contratación en la cláusula 5.3.A) *a) 1 y 2 contempla la posibilidad de que el contratista sea tanto persona física individual como jurídica.

Por último, tal como apunta el órgano consultante en cada supuesto concreto, el órgano gestor habrá de sopesar la necesidad de acudir a uno u otro tipo contractual atendiendo a los fines perseguidos para la celebración de un contrato con medios ajenos al órgano de contratación y a los requisitos subjetivos del contratista, con independencia de la diferencia existente con el régimen jurídico de ambos contratos.

III. CONCLUSIÓN.

En virtud del artículo 1º del Decreto 1005/1974 los contratos de asistencia técnica con empresas consultoras o de servicios se podrán concertar con personas físicas o jurídicas, con una organización de medios personales y materiales, que reúnan los requisitos de solvencia económica, financiera y técnica precisa para el desarrollo de la actividad que se encomiende y siempre que no se hallen incursas en las incapacidades para contratar reseñadas en el artículo 9 de la Ley de Contratos del Estado, debiéndose acudir al artículo 23 ter del Reglamento General de Contratación en cuanto a la acreditación del cumplimiento de las obligaciones fiscales.