



Roj: **SAN 1778/2014** - ECLI: **ES:AN:2014:1778**

Id Cendoj: **28079230052014100230**

Órgano: **Audiencia Nacional. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **5**

Fecha: **09/04/2014**

Nº de Recurso: **663/2011**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **FERNANDO FRANCISCO BENITO MORENO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## SENTENCIA

Madrid, a nueve de abril de dos mil catorce.

**Visto** por la Sala constituida por los Sres. Magistrados relacionados al margen el Recurso contencioso administrativo interpuesto por la mercantil **AKULLARTE, S.L.**, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Estrella Moyano Cabrera, contra la resolución de fecha 28 de octubre de 2011, de la Directora General de Infraestructura, por delegación de la Ministra de Defensa, por la que se otorgar la concesión demanial en favor de la Asociación Ecuestre de San Sebastián Hipikalia; habiendo sido parte, además, la Administración General del **Estado**, representada y defendida por su Abogacía. y la entidad ASOCIACIÓN ECUESTRE DE SAN SEBASTIÁN HIPKALIA, S.L, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Imelda Marco López de Zubiría.

Siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON FERNANDO F. BENITO MORENO**.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Presentado el recurso y previos los trámites oportunos, se confirió traslado a la representación de la parte actora para que formalizara escrito de demanda, lo que hizo formulando las alegaciones de hecho y de derecho que estimó oportunas, concluyendo con la súplica de una sentencia estimatoria del recurso.

**SEGUNDO.-** Dándose traslado de la demanda a las partes personadas para su contestación, presentaron el correspondiente escrito, alegando en derecho lo que estimaron conveniente, solicitando la confirmación en todos los extremos del acuerdo recurrido.

**TERCERO.-** Habiéndose solicitado el recibimiento a prueba, se acordó dar lugar a dicho recibimiento, con el resultado que consta en las actuaciones

**CUARTO.-** En el trámite de conclusiones, las partes presentaron el correspondiente escrito en el que cada una de ellas se ratificó en sus respectivos pedimentos.

**QUINTO.-** Se declararon conclusas las presentes actuaciones, señalándose para la votación y fallo la audiencia del día 8 de abril de 2014, en que tuvo lugar, quedando el recurso visto para sentencia.

**VISTOS** los **preceptos** que se citan por las partes y los de general aplicación.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Se impugna mediante el presente recurso contencioso la resolución de fecha 28 de octubre de 2011, de la Directora General de Infraestructura, por delegación de la Ministra de Defensa, por la que se otorga la concesión demanial en favor de la Asociación Ecuestre de San Sebastián Hipikalia para la gestión de las instalaciones que conforman la propiedad conocida como "Real Sociedad Hípica Militar de San Sebastián", en el Barrio de Loyola, término municipal de San Sebastián (Guipúzcoa).



**SEGUNDO:** Para una mejor comprensión de los hechos se hace preciso la exposición de los siguientes antecedentes que constan en el expediente administrativo.

El Ministerio de Defensa tiene afectados los terrenos e instalaciones que conforman la propiedad conocida como "Real Sociedad Hípica Militar de San Sebastián", en el Barrio de Loyola, término municipal de San Sebastián (Guipúzcoa).

Por Resolución de la Directora General de Infraestructura, de fecha 10 de mayo de 2011, se acordó convocar concurso público para la adjudicación de la gestión de las instalaciones que conforman la propiedad citada, de conformidad con lo previsto en el Artículo 93,1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas .

Con fecha 29 de junio de 2011, la Mesa de adjudicación, por unanimidad, acuerda proponer, con carácter provisional, que se otorgue la concesión demanial para la gestión de las instalaciones que conforman la citada propiedad "Real Sociedad Hípica de San Sebastián" a AKULLARTE S.L., por considerar que su propuesta es la más ventajosa para el interés general. De acuerdo con lo previsto en el Pliego de Condiciones correspondiente, tal propuesta estaba condicionada a la acreditación por parte de AKULLARTE S.L. de todos los requisitos exigidos en los referido Pliegos.

Con fecha 20 de octubre de 2011, La Mesa de adjudicación acuerda, por unanimidad, considerar que la **empresa** AKULLARTE S.L. no cumple todos los requisitos establecidos en el Pliego de Cláusulas Particulares que rigen el otorgamiento de la concesión demanial, por lo que deja sin efecto la adjudicación provisional otorgada en su favor y encarga al Secretario que proceda a efectuar todos los reintegros a que se refiere la consideración Sexta de dicho acuerdo.

En su reunión de fecha 27 de octubre de 2011, la mesa de adjudicación acuerda que la concesión sea otorgada a la Asociación Ecuestre de San Sebastián Hipikalia, por considerar que su propuesta reúne todos los requisitos legalmente exigibles.

Por resolución de fecha 28 de octubre de 2011, de la Directora General de Infraestructuras, por delegación de la Ministra de Defensa, se otorga la concesión demanial en favor de la Asociación Ecuestre de San Sebastián Hipikalia para la gestión de las instalaciones que dichos terrenos e instalaciones.

Contra la anterior resolución se interpone el recurso contencioso administrativo que da lugar al presente procedimiento.

**TERCERO.-** Así pues, en el caso de autos, a la sociedad actora se le adjudicó con carácter provisional, la concesión demanial para la gestión de las instalaciones que conforman la propiedad "Real Sociedad Hípica de San Sebastián", por considerar que su propuesta es la más ventajosa para el interés general, pero de acuerdo con lo previsto en el Pliego de Condiciones correspondiente, tal propuesta estaba condicionada a la acreditación de todos los requisitos exigidos en los Pliegos, al considerar que la **empresa** AKULLARTE S.L. no los cumplía, se dejó sin efecto la adjudicación provisional otorgada en su favor, y posteriormente otorgó la concesión a la Asociación Ecuestre de San Sebastián Hipikalia.

**CUARTO.-** En su escrito de demanda, la parte actora, viene a señalar al respecto frente a la consideración de que no estaba al corriente de pago con la **seguridad** Social al tiempo del último día de presentación de la licitación 10 de junio de 2011, porque el certificado de inscripción aportado consta que se dio de alta con fecha de 12 de julio, manifiesta no tener empleados, lo que supone que no tiene obligación de **estar inscrita** como empleadora en la **Seguridad** Social, por lo que no teniendo obligación de pagar cuotas, se encuentra al corriente de pago de dicho organismo.

En el pliego de condiciones solo se exigía **estar** al corriente de las obligaciones con la **Seguridad** Social no **estar** inscrito.

Después de tal alegación en defensa de su derecho, dirige toda su artillería argumental contra la adjudicación de la concesión a HIPIKALIA, al entender que no cumple los requisitos establecidos en el pliego: el requisito de **estar** al corriente de las obligaciones tributarias y de **Seguridad** Social; que presentó un certificado no para contratar con el sector publico sino para percibir subvenciones; la constitución de la garantía definitiva prevista en la cláusula 5ª el Pliego de Condiciones consistentes en el 5% de la cantidad ofrecida como canon de la totalidad de anualidades, que en lugar de ingresar 3.000 euros, ingresó 605 euros; ingreso fuera de plazo .del 5% de la cantidad ofrecida como canon, de la inserción en el BOE y el adelanto de la prima de anualidad de 12000 euros.

También considera incumplimientos:



- Inicio del expediente de Concurso por motivos diferentes a los plasmados en el acuerdo de iniciación - Interpelaciones a la SR. Ministra de Defensa.
- Balance de Hipikalia hecho ex profeso para el requerimiento del MO de Defensa, mostrando irregularidades notables que debieron ser advertidas por los órganos de adjudicación (NO CONSTA EL PATRIMONIO FUNDACIONAL COMO FONDO PROPIO).
- Certificado de "sobrada" solvencia realizado por D. Marcelino , el que era TESORERO de la Federación Guipuzcoana de Hípica durante la adjudicación.
- AUSENCIA DE ESTRUCTURA ECONÓMICO FINANCIERA autónoma fuera de los activos de la Hípica de Loyola, fecha del balance 1 de octubre de 2010, pese a que se constituyó el 17 de mayo de 2010.

En el suplico se solicita la nulidad de las resoluciones impugnadas, declarando el derecho de su representada a que se le adjudique definitivamente dicha concesión demanial, anulando la adjudicación definitiva a Hipikalia.

**QUINTO.-** Por su parte, el Abogado el **Estado** alega en su escrito de contestación a la demanda, en cuanto a la pretensión actora de que debía habérsela adjudicada a ella la concesión, es improcedente, pues aún cuando no hubiera sido excluida o lo hubiera sido la finalmente adjudicataria, lo cierto es que desconocemos cuál habría sido la resolución final, pues podría incluso haberse declarado desierto el concurso si el órgano de **contratación** estimara que ninguna de las propuestas resultaba idónea, de ahí que la pretensión de que por vía judicial se le adjudique el contrato cuya adjudicación se impugna, no resulta admisible, por cuanto supondría suplantar a la Administración en una decisión, la adjudicación de un contrato administrativo, que solo ella puede adoptar, de suerte que lo más que podría declarar la sentencia que se dicte en el presente recurso es la nulidad de la adjudicación o de la exclusión, pero nunca pasar a adjudicar directamente el contrato.

Que la Mesa de **contratación**, antes de la adjudicación definitiva, tiene obligación legal de comprobar si el adjudicatario provisional (en este caso Akullarte) cumplía todos los requisitos para poder contratar con la Administración.

Al examinar la documentación aportada por la actora tras la adjudicación provisional, en relación al certificado que acredite que se está al corriente con las obligaciones de la **Seguridad Social** (que sólo se exige al adjudicatario provisional) comprueba que la **empresa** se dio de alta en la **Seguridad Social** el 12 de julio de 2011 lo que conlleva que el 10 de junio de 2011 fecha límite de presentación de las proposiciones no estaba al corriente de sus obligaciones con la **Seguridad Social**, requisito legal necesario para contratar con la Administración.

En definitiva Akullarte no cumplía con todos los requisitos para poder contratar con la Administración.

**SEXTO.-** El codemandado muestra coincidencia con lo expuesto por el Abogado del **Estado** referente a la petición de adjudicación de la entidad al pretender una declaración de adjudicación nueva sin pasar por el preceptivo concurso público, y con ello el Tribunal estaría conculcando la potestad de la Administración adjudicante.

Manifiesta que no cumple con los requisitos establecidos en el pliego de condiciones particulares, y que la no inscripción en **Seguridad Social**, supone que la **empresa** no se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la **Seguridad Social**, de acuerdo con el artículo 14 de las normas generales de la **contratación**.

Considera finalmente, que la decisión de la mesa al respecto se ajustó plenamente a derecho.

**SÉPTIMO.-** Como hemos visto más arriba , los términos de debate, de acuerdo con el *petitum* de la demanda, los circunscribe la entidad actora, en la nulidad de la resolución impugnada, que otorga la concesión demanial en favor de la Asociación Ecuestre de San Sebastián Hipikalia, con el establecimiento de dos situaciones jurídicas individualizadas: que se le adjudique a él definitivamente la concesión y se anule la adjudicación definitiva a Hipikalia.

Respecto de la primera pretensión, como indica el Abogado del **Estado** y ratifica la representación de HIPIKALIA, es de todo punto improcedente, dado que el ámbito revisor de esta Jurisdicción, no puede entrar a realizar pronunciamiento alguno de adjudicación de la concesión demanial a la entidad actora, por cuanto al no encontrarnos ante un procedimiento reglado, y en el que ha de jugar el principio de discrecionalidad técnica de la Administración, la decisión de la adjudicación corresponde a la Administración, sin que este Tribunal pueda suplantar o sustituir esta decisión.

Este pedimento debería circunscribirse exclusivamente a la retroacción de la adjudicación provisional, para que los órganos de **contratación** puedan decidir el resultado de la licitación, sin que, dado el ámbito revisor de esta Jurisdicción, pueda entrarse a realizar pronunciamiento alguno de adjudicación a la entidad actora.



Y como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de julio de 2000, recurso de casación 4324/1994 :

*"El control judicial del ejercicio de la facultad de que se trata ha de utilizar necesaria y exclusivamente criterios o parámetros jurídicos que afectan a los elementos reglados de la competencia y procedimiento, a la observancia por la resolución del concurso de los criterios establecidos en el pliego de condiciones que le rigen, y la propia desviación de poder. Y no es posible que el Tribunal, al margen de dichos elementos de control de la potestad administrativa, o del de los conceptos jurídicos indeterminados señale, con base en un criterio propio, la proposición "más ventajosa" o más útil para el servicio".*

La actora, no solo no ha solicitada tal retroacción de actuaciones, que ni siquiera se ha alzado contra la decisión que deja sin efecto la adjudicación provisional otorgada en su día a su favor, con lo cual al no haberse recurrido, en tiempo y forma, ha cobrado firmeza el acto, y al encontrarse fuera del concurso carece de legitimación para impugnar la adjudicación de HIPIKALIA, al haber perdido el interés jurídico, puesto que ningún perjuicio o beneficio le acarrea que la concesión se otorgue a esta **empresa** o a cualesquiera otra.

Semejante falta de legitimación de la entidad actora no permite a este discutir si HIPIKALIA reúne o no los requisitos para que le pueda ser otorgada la concesión.

Vistos los términos del debate, las alegaciones formuladas por la actora referente a que su representada, cumplió con el requisito de **estar** al corriente la **Seguridad Social**, devienen estériles, al no poder obtener, en su caso, provecho para sus derechos e intereses legítimos. Lo sería de haber solicitado la retroacción de actuaciones desde que se le excluye de la adjudicación provisional, pero no si tal pedimento no lo contempla el suplico de la demanda que se limita a pedir la adjudicación y que se la retiren a HIPIKALIA.

No obstante ha de decirse, que la actora no acreditó **estar** al corriente de la **Seguridad Social**, causa por la que fue excluida del concurso, y que el argumento de que como no tenía trabajadores no estaba obligada a la inscripción en la **Seguridad Social**, no se corresponde con lo dispuesto en el 14 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por la que se aprueba el Reglamento General de la Ley de las Administraciones Públicas, que dispone que:

*"1.- A los mismos efectos de lo previsto en el artículo 20, párrafo f), de la Ley, se considerará que las **empresas** se encuentran al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la **Seguridad Social**, cuando en su caso, concurren las siguientes circunstancias.*

*a) **Estar** inscritas en el **sistema** de la **Seguridad Social** y, en su caso, si se tratare de un empresario individual, afiliado y en alta en el régimen que corresponda por razón de la actividad".*

El propio recurrente reconoce que no estaba **inscrita**, porque no tenía trabajadores y no estaba obligada a ello. Incidiendo que una cosa es "**estar** al corriente" y otras "**estar** inscrito".

En la **contratación** con el **Estado**, a **tenor** del **precepto antedicho**, no **estar inscrita** una **empresa** en el **sistema** de la **Seguridad Social**, implica que no se encuentra al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones con la **Seguridad Social**.

Y en nuestro caso, al tiempo del último día de presentación de la licitación, 10 de junio de 2011, no estaba al corriente de sus obligaciones con la **Seguridad Social**, siendo condición *sine qua non* para poder contratar con la Administración, como queda reflejado en el acta de la Mesa de adjudicación de 29 de octubre de 2011.

Razones todas ellas que conducen a la desestimación del recurso.

**OCTAVO.-** De conformidad con el artículo 139.1 de la LJCA, en la redacción dada por la ley 37/2001, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, al rechazarse las pretensiones actoras, procede la expresa imposición de las costas causadas en esta instancia a dicha parte.

## FALLAMOS

Que **DESESTIMAMOS**

el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la mercantil **AKULLARTE, S.L.**, representada por la Procuradora D<sup>a</sup> Estrella Moyano Cabrera, contra la resolución de fecha 28 de octubre de 2011, de la Directora General de Infraestructura, por delegación de la Ministra de Defensa, por la que se otorga la concesión demanial en favor de la Asociación Ecuestre de San Sebastián Hipikalia, resolución que confirmamos por ser conforme a derecho. Con imposición de las costas a la parte actora.

Así por esta nuestra Sentencia, contra la que cabe recurso de casación ante el Tribunal Supremo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



**PUBLICACIÓN** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en la forma acostumbrada de todo lo cual yo, la Secretaria Judicial, doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ