

**JUZGADO DE
DE INSTRUCCION
Nº TRES
SEVILLA**

AUTO

En Sevilla a 11 de Marzo de 2019

Diligencias previas número 979/2015-M

HECHOS

Primero.- Las presentes actuaciones se inician mediante auto del 2 de marzo de 2015 , en virtud de denuncia presentada por la representación legal de la entidad EMERITA RESOURCES ESPAÑA , S.L.U. por presuntos delitos de prevaricación , cohecho , tráfico de influencias y negociación ilegal vinculados con el concurso público para la adjudicación de las actividades extractivas de explotación de los recursos existentes en la reserva minera de Aznalcóllar , al exponer la parte denunciante , la mercantil EMERITA RESOURCES ESPAÑA , S.L.U. , diversas irregularidades acaecidas durante la tramitación del expediente y adjudicación de la explotación a la entidad Minorbis - Grupo México o Minorbis , S.L. , alegando que Minorbis era en realidad una filial de la entidad Magtel .

La denuncia inicial se ve ampliada mediante sendos escritos con entrada en este juzgado los días 16 de marzo y 20 de marzo de 2015 , añadiendo a la imputación inicial una relación de irregularidades vinculadas con el grupo Magtel y que , dieron lugar a procedimiento independiente , sustanciado en su día en diligencias previas número 3465/15 , de este mismo juzgado.

Segundo. Mediante Providencia de 20 de Abril de los presentes se accede a la solicitud de personación interesada por la Federación Ecologistas en Acción -Sevilla - en ejercicio de la ACCION POPULAR y , del Procurador Sr. Onrubia Baturone , en nombre de la entidad SC ANDALUCIA MINING SA como perjudicada .

En cuanto a la personación de la entidad Federación Ecologistas en Acción -Sevilla - en ejercicio de la ACCION POPULAR , debe estarse al importe de la fianza fijada por resolución de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla.

Tercero. Mediante auto de 7 de mayo de 2015 , tras examinar el informe preliminar que se elabora por el grupo X de la UDEF , el juzgado encomienda específicamente a la fuerza actuante que continúe con las diligencias de investigación y proceda a recibir declaración a las personas , directamente, relacionadas con las decisiones más controvertidas del concurso objeto de investigación.

Cuarto. Con fecha 8 de Julio del 2015 , se recibió declaración a Don Joaquín Jesús Merino Márquez en representación de la entidad EMERITA RESOURCES ESPAÑA , S.LU. Quien procedió a ratificar la denuncia que da origen a las presentes. Ese mismo día , presta declaración en calidad de testigo I. J. R. B..

Quinto.- Mediante auto de 31 de julio de 2015 , el juzgado procede a delimitar el objeto de la presente investigación en torno al esclarecimiento de un presunto delito de prevaricación y para aclarar determinadas cuestiones del proceso de convocatoria y adjudicación de la explotación de las actividades extractivas del recinto minero de Aznalcóllar , acordó la práctica de siete declaraciones en calidad de investigados .

Y con tal cualidad comparecieron Doña María José Asensio Coto , Directora General de Industria Energía y Minas ; Doña Pastora S. de la C. S. de I., Letrada de la Junta de Andalucía en la Consejería De Economía, Innovación Ciencia y Empleo ; Don José M. A. P., Interventor de la Consejería de Hacienda y Administración Pública en la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo , ; Don Julio R. Z., miembro de la mesa de contratación en representación de la Consejería de Hacienda y Administración pública ; don Alberto F. B., miembro de la Comisión técnica en calidad de Jefe de Área de Minas de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Economía e Innovación Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía ; Don Juan José G. B. miembro de la Comisión técnica y Gerente de Inversiones en la Sociedad Gestora de Fondos Capital Riesgo, Inversión y Gestión Capital Riesgo de Andalucía ; y Doña Pilar O. A. Funcionaria del Cuerpo Superior Facultativo de Ingenieros de Minas de la Junta de Andalucía, asesora técnica de ordenación minera , quienes declararon entre los días 17 y 25 de septiembre del 2015 .

Sexto.- En Providencia de 13 de julio del 2015 se admite la personación en las presentes de la entidad QBIS RESOURCES , S.L. como titular de las solicitudes de los permisos de investigación minera del complejo minero de Aznalcóllar , denominados Verderón II y Vencejo , habiendo formalizado recurso contencioso administrativo contra la desestimación del recurso de reforma presentado frente a la convocatoria del concurso público sobre la explotación de Aznalcóllar , efectuada el 13 de Enero del 2014.

Séptimo.- Con Fecha 14 de Julio del 2015 , presta declaración en calidad de testigo Doña Pilar Trujillano Mantilla.

Con fecha 14 de septiembre de 2015 , prestan declaración en calidad de testigos el técnico del CSIC J. J. N. B. y los operarios de la depuradora situada en el recinto de la mina de Aznalcóllar , M. E. S. y J. A. A. G..

Octavo. Mediante Providencia de 15 de julio de 2015 , se acuerda tener por personado en las presentes al letrado señor Alférez Domínguez , en funciones de defensa de la mercantil Minorbis S.L.

Noveno .- Tras dictarse por este juzgado auto de fecha 6 de noviembre de 2015 , en el que se decreta el sobreseimiento y archivo de las actuaciones, y formalizado recurso de apelación contra el mismo , se estima dicho recurso en auto de la audiencia Provincial de Sevilla Sección Séptima , dictado en apelación número 1154/2016 .

Decimo .- En cumplimiento de dicha resolución , se dicta por este juzgado auto de 31 de octubre de 2016 , acordando la continuación de la presente instrucción , a fin de practicar todas las diligencias que se reputen necesarias , para un completo esclarecimiento de los hechos . Y así , en concreto , se acuerda encomendar el desarrollo de la labor de auxilio judicial y , específicamente , la investigación del papel real

desempeñado por la entidad Minorbis y las circunstancias reales relacionadas con la factura de honorarios y sus recursos personales, económicos y materiales - desde la presentación de la oferta hasta la adjudicación -, para desarrollar o asumir una labor que justifique dicha remuneración a la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil (UCO).

Se acuerda también solicitar a la administración pública, DIRECCION GENERAL DE INDUSTRIA, ENERGÍA Y MINAS, la aportación de la resolución de la Consejería de Innovación, Ciencia y Empleo en la que se autoriza la exploración de la reserva por Minera Los Frailes de 3 de junio de 2016. Interesándose que además de remitir dicha resolución, se informase del estado y circunstancias concretas en las que se encuentren las actividades de exploración.

Undécimo .- Mediante Providencia del 11 de noviembre de 2016, se acuerda tener por apartada definitivamente de las presentes actuaciones al SINDICATO DE FUNCIONARIOS PÚBLICOS MANOS LIMPIAS que se había personado en funciones de acusación popular.

Duodécimo .- Mediante auto de 4 de diciembre de 2016, se acuerda librar oficio a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, a fin de que informe a este juzgado sobre la posibilidad de designar a un técnico de su plantilla que elaborase como perito judicial el informe, solicitado sobre tratamiento de aguas en los proyectos de las licitadoras.

Décimotercero.- Mediante auto de 5 de diciembre de 2016, no recurrido en apelación, SE DENIEGA la MEDIDA CAUTELAR de suspensión interesada por la parte denunciante en cuanto a la inmediata paralización de cualquier trabajo que se estuviera realizando en la mina y los recursos mineros objeto del concurso, y de igual modo, la suspensión cautelar de las resoluciones y procedimientos administrativos de los que estos trabajos derivan, y especialmente de la Resolución de 25 de febrero de 2015, dictada por la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Junta de Andalucía, por la que se adjudica el concurso Minorbis-Grupo México, así como de la posterior aceptación por Minera Los Frailes Sociedad Limitada, y sus consecuentes permisos de exploración e investigación (Resolución de la Consejería De Innovación, Ciencia y Empleo en la que se autoriza la exploración de la reserva por Minera Los Frailes de 3 de junio de 2016).

Décimocuarto.- Mediante Providencia de 11 de enero de 2017 se acuerda recabar el auxilio judicial de la Intervención General del Estado, a fin de que realice un dictamen completo sobre la validez de la normativa que regula el concurso público para la adjudicación de las actividades extractivas de explotación de los recursos existentes en la reserva minera de Aznalcóllar, examinando, en concreto,

- el Decreto-ley 9/2013, de 17 de diciembre, por el que se articulan los procedimientos necesarios para la reapertura de la mina de Aznalcóllar
- la Resolución de 13 de Enero del 2014, Boja nº 10 de 16 de Enero del 2014 de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, por la que se convoca concurso público para la adjudicación de las actividades extractivas de explotación de los recursos existentes en la reserva minera de Aznalcóllar en la provincia de Sevilla
- y todo el procedimiento seguido desde la revisión inicial de solicitudes, hasta la conformación de las sucesivas fases administrativas, comprendiendo los trabajos desarrollados por la Comisión Técnica y la Mesa de Contratación, que concluyen en la Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de 25 de febrero de 2015, que adjudica a la entidad Minorbis-Grupo México la preferencia en las actividades extractivas de explotación en las cuadrículas mineras comprendidas en la zona de Aznalcóllar, de 22 de junio de 2015 por la que se resuelve - folios 2293 y siguientes del tomo VII - ;

documentación presentada para la aceptación de la adjudicación el 11 de mayo de 2015 y que obra los folios 767 y siguientes del tomo III de las actuaciones ; El recurso de alzada interpuesto contra la resolución de fecha 25 de febrero de 2015 ; E Informe de la Dirección General de Industria, Energía y Minas sobre la aceptación del resultado del concurso internacional para la explotación de la mina de Aznalcóllar , que obra a los folios 2489 y siguientes del tomo VIII de las actuaciones.

Décimoquinto .- Mediante Auto de 17 de Enero del 2017 , se autoriza a la UCO para proceder al volcado y estudio , única y exclusivamente de aquellos pasajes de los correos que encontrándose directamente relacionados con el objeto de la presente investigación , con exclusión por tanto de cualquier comunicación relativa a la defensa jurídica de los implicados en esta causa - la que se sigue en el seno de las diligencias previas 979/2015 , concerniente a diversos aspectos relacionados con el concurso público para la adjudicación de las actividades extractivas de explotación de los recursos existentes en la reserva minera de Aznalcóllar - resulten relevantes para el avance y completo esclarecimiento de los hechos que aquí se investigan y que puedan figurar en las direcciones de correo corporativos que se designaron al estar relacionadas con la labor investigada.

Décimosexto.- Con fecha 11 de octubre de 2017 se recepciona el informe de la UCO , dando cuenta de la labor encomendada de análisis sobre el papel real desarrollado por la entidad Minorbis , S.L. y circunstancias relacionadas con la factura de honorarios y sus recursos personales, económicos y materiales desde la presentación de la oferta hasta la adjudicación para desarrollar o asumir una labor que justifique dicha remuneración.

Décimoséptimo.- Con fecha se recepciona el informe de la confederación hidrográfica del Guadalquivir

Décimooctavo.- Con fecha se recepciona el informe de la Intervención General del Estado dando cuenta de la labor encomendada

Décimonoveno.- Con fecha se presenta escrito por la defensa de doña María José Asensio Coto , solicitando el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

Vigésimo.- Con fecha 27 de febrero de los presentes , la defensa que ejercen los letrados de la Junta de Andalucía , respecto de los investigados Pastora Sánchez de la Cuesta Sánchez Iburguen , José M. A. P. y Julio R. Z. , solicita el sobreseimiento libre y archivo de las actuaciones en relación a sus patrocinados.

Juzgado de Guardia

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

Primero. Con carácter previo , debe recordarse desde un inicio que ya las resoluciones de este juzgado , en particular , los autos de 7 de mayo y 31 de julio de 2015 , acuerdan ceñir el objeto de la presente investigación a la posible existencia de un presunto delito de prevaricación vinculado o relacionado con determinados aspectos de las decisiones adoptadas a la hora de convocar el concurso para la adjudicación de la explotación de la Mina de Aznalcóllar - convocado de resolución de 13 de enero de 2014 de la dirección General de Industria Energía y Minas - así como las sucesivas decisiones adoptadas en el proceso de selección y designación de los miembros de la mesa y de la Comisión , análisis del trabajo realizado por ambas y la culminación en la Resolución de adjudicación de 25 de Febrero del 2015 -que obra a los folios 2028 y siguientes - .

El auto de este juzgado de fecha 7 de mayo de 2015 , acuerda tras el examen del informe preliminar presentado por la fuerza actuante que la policía recibiese declaración a aquellas personas que pudieran haber tenido responsabilidades en el hecho de que la adjudicataria del concurso , superase la fase inicial , pese a no cumplir según la denuncia presenta por Emerita Resources España los requisitos imprescindibles a tal efecto y , así ya se pusieron de manifiesto como aspectos que precisaban ser aclarados ,

- la exigencia de aportar informe expedido por la Oficina Consular de España en Méjico , respecto de la capacidad de obrar del Grupo México .

- la naturaleza del acuerdo alcanzado entre Minorbis y Grupo México *declaración conjunta de compromiso para aportar al Consorcio que en su caso lleguen a formar en caso de resultar éste adjudicatario del concurso* - Memorandum de Entendimiento - .

- Seguro de indemnización por riesgos profesionales por importe mínimo de 1.500.000 euros . La póliza aportada por Minorbis fue sólo una póliza de responsabilidad civil general .

- Incumplimiento de la obligación de presentar las cuentas anuales en el Registro mercantil o declaración del volumen global de negocios .

El Auto de 31 de Julio del 2015 precisó , a su vez los extremos sobre los que se proponía el interrogatorio respecto de aquellas personas a las que se acordó citar en calidad de imputados .

Y así en concreto , la Directora General de Industria Energía y Minas de la Junta de Andalucía doña María José Asensio Coto como responsable del procedimiento seguido a efectos de resolver sobre la adjudicación de la explotación de los terrenos mineros de Aznalcóllar y firmante del decreto por el que se resuelve el concurso , tres de los seis integrantes de la mesa del concurso , en concreto : Pastora S. de la C. S. de I., José M. A. P. y Julio R. Z. .

Y considerando también susceptibles de investigación determinados aspectos del Plan de Investigación y el cálculo efectuado respecto de la inversión por cuadrículas ; Valoración del Proyecto de Explotación , evacuación de residuos ; Preservación de espacios protegidos ; Y , valoraciones comparativas de Emeritas y Minorbis , dada la disparidad de las propuestas de inversión entre una y otra se acordó el interrogatorio de

los componentes de la Comisión técnica directamente relacionados , con el análisis de partidas económicas y el estudio de la gestión del agua , en concreto Alberto F. B., miembro de la Comisión técnica en calidad de Jefe de Área de Minas de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Economía e Innovación Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía ; Juan José G. B. miembro de la Comisión técnica y Gerente de Inversiones en la Sociedad Gestora de Fondos Capital Riesgo, Inversión y Gestión Capital Riesgo de Andalucía ; y Pilar O. A. Funcionaria del Cuerpo Superior Facultativo de Ingenieros de Minas de la Junta de Andalucía, asesora técnica de ordenación minera .

Sentada la investigación en estos términos, necesariamente la fase actual de la investigación vino determinada por la resolución de la audiencia Provincial de Sevilla Sección Séptima dictada en apelación número 1154/2016 , de forma que a las cuestiones que ya fueron analizadas y tomadas en consideración por este juzgado en la anterior resolución de sobreseimiento y archivo, deben sumarse ahora los nuevos aspectos con los que se ha venido a concretar la investigación y así en particular : el amplio atestado realizado por la Unidad Central Operativa de la Guardia Civil que el análisis de la documentación y todos los actos recabados, añade también el de los correos corporativos de las personas relacionadas con esta investigación ; el Informe de la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir sobre la gestión y tratamiento del aspecto del agua los informes de las calificadoras ; y , finalmente el Informe de la Intervención General del Estado sobre sobre la validez de la normativa que regula el concurso público para la adjudicación de las actividades extractivas de explotación de los recursos existentes en la reserva minera de Aznalcóllar ; Y todo el procedimiento seguido desde la revisión inicial de solicitudes , hasta la conformación de las sucesivas fases administrativas , comprendiendo los trabajos desarrollados por la Comisión Técnica y la Mesa de Contratación , que concluyen en la Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de 25 de febrero de 2015, que adjudica a la entidad Minorbis-Grupo México la preferencia en las actividades extractivas de explotación en las cuadrículas mineras comprendidas en la zona de Aznalcóllar .

Habiéndose incluso y a mayor abundamiento, a efectos de propiciar un completo esclarecimiento de los hechos que aquí se investiga y eliminar cualquier resquicio o duda por lo que el ámbito penal se refiere , alcanzado con el análisis efectuado el conocimiento de actos posteriores al trámite del concurso en sí verificando: la aceptación por la sociedad de propósito específico Minera Los Frailes S.L., la concesión de permisos o el refrendo de la actuación desarrollada en el Registro Minero de la Junta de Andalucía.

Tras la recepción de las actuaciones de la Audiencia Provincial de Sevilla , en virtud del Auto dictado por la Sección Séptima de fecha 19 de Octubre del 2016 , se han venido a practicar , en definitiva , un conjunto de nuevas diligencias ampliando y completando la instrucción anterior .

Antes de analizar el resultado individual de cada una de ellas , debe recordarse que , en modo alguno han sido diligencias solicitadas , compartidas o consentidas por las defensas personadas en esta causa , sino antes al contrario , han venido siendo combatidas desde su adopción por esta instructora – el análisis de los correos fue objeto incluso de un recurso de Apelación - , de ahí que , gocen de toda la imparcialidad y objetividad que se les presume , refrendada además , por la autoridad de sus respectivas fuentes de origen .

Segundo . Habiéndose centrado la investigación en los aspectos reseñados en el expositivo anterior y no habiéndose accedido por este Juzgado a nuevas imputaciones ni en la primera fase de la investigación, ni en la actual e inmediata fase desarrollada tras el auto de la sección séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla de 19 de octubre de 2016 – sin que por los solicitantes se hayan recurrido las resoluciones sucesivas de este juzgado posponiendo o demorando dicha decisión por no encontrar sustento para nuevas imputaciones o ampliación de las ya efectuadas – se hace necesario recordar el ámbito propio del delito de prevaricación.

El tipo de prevaricación administrativa contemplado en el artículo 404 del Código Penal, *castiga a la autoridad o funcionario público que, a sabiendas de su injusticia, dictare una resolución arbitraria en un asunto administrativo* .

Como recuerda la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2015 , número 259/2015 “ El delito de prevaricación tutela el correcto ejercicio de la función pública de acuerdo con los parámetros constitucionales que orientan su actuación: 1º) El servicio prioritario a los intereses generales. 2º) El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. 3º) La absoluta objetividad en el cumplimiento de sus fines (art. 103 CE).

Por ello la sanción de la prevaricación garantiza el debido respeto, en el ámbito de la función pública, al principio de legalidad como fundamento básico de un Estado social y democrático de Derecho, frente a ilegalidades severas y dolosas, respetando coetáneamente el principio de intervención mínima del ordenamiento penal" (Sentencias de 21 de diciembre de 1999 , 12 de diciembre de 2001 y 31 de mayo de 2002, núm. 1015/2002 , entre otras).

Como señala la doctrina jurisprudencial (Sentencias núm. 674/98, de 9 de junio y 31 de mayo de 2002 , núm. 1015/2002 , entre otras) "el delito de prevaricación no trata de sustituir a la Jurisdicción Contencioso- Administrativa en su labor genérica de control del sometimiento de la actuación administrativa a la Ley y al Derecho, sino de sancionar supuestos-límite en los que la posición de superioridad que proporciona el ejercicio de la función pública se utiliza para imponer arbitrariamente el mero capricho de la Autoridad o Funcionario, perjudicando al ciudadano afectado (o a los intereses generales de la Administración Pública) en un injustificado ejercicio de abuso de poder. No es la mera ilegalidad sino la arbitrariedad, lo que se sanciona..."

Asimismo, una Jurisprudencia reiterada de esta misma Sala -SSTS 1021/2013, de 26 de noviembre y 743/2013, de 11 de octubre , con citación de otras- ha señalado que, para apreciar la existencia de un delito de prevaricación será necesario:

- en primer lugar, una resolución dictada por autoridad o funcionario en asunto administrativo;
- en segundo lugar, que sea objetivamente contraria al Derecho, es decir, ilegal;
- en tercer lugar, que esa contradicción con el derecho o ilegalidad, que puede manifestarse en la falta absoluta de competencia, en la omisión de trámites esenciales del procedimiento o en el propio contenido sustancial de la resolución, sea de tal entidad que no pueda ser explicada con una argumentación técnico-jurídica mínimamente razonable;

- en cuarto lugar, que ocasione un resultado materialmente injusto;

- y, en quinto lugar, que la resolución sea dictada con la finalidad de hacer efectiva la voluntad particular de la autoridad o funcionario y con el conocimiento de actuar en contra del derecho.

Decía la Sala II , en su STS 787/2013, de 23 de octubre , en la misma línea interpretativa que otras muchas, que el concepto de resolución administrativa no está sujeto a un rígido esquema formal, admitiendo incluso la existencia de actos verbales, sin perjuicio de su constancia escrita cuando ello resulte necesario. Por resolución ha de entenderse cualquier acto administrativo que suponga una declaración de voluntad de contenido decisorio, que afecte a los derechos de los administrados o a la colectividad en general, bien sea de forma expresa o tácita, escrita u oral, con exclusión de los actos políticos o de gobierno así como los denominados actos de trámite (vgr los informes, consultas, dictámenes o diligencias) que instrumentan y ordenan el procedimiento para hacer viable la resolución definitiva.

Y decía, respecto de la arbitrariedad, la STS 743/2013, de 11 de octubre , que tal condición aparece cuando la resolución, en el aspecto en que se manifiesta su contradicción con el Derecho, no es sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley, o cuando falta una fundamentación jurídica razonable distinta de la voluntad de su autor o cuando la resolución adoptada -desde el punto de vista objetivo- no resulta cubierta por ninguna interpretación de la ley basada en cánones interpretativos admitidos. Cuando así ocurre, se pone de manifiesto que la autoridad o funcionario, a través de la resolución que dicta, no actúa el Derecho, orientado al funcionamiento de la Administración Pública conforme a las previsiones constitucionales, sino que hace efectiva su voluntad, sin fundamento técnico-jurídico aceptable.

Tercero.- Entrando a examinar el objeto de la presente investigación es claro que la Resolución de 25 de febrero de 2015 , que resuelve adjudicar a la entidad Minorbis-Grupo México la preferencia en las actividades extractivas de explotación en las cuadrículas mineras comprendidas en la zona de Aznalcóllar es un acto administrativo que viene a su vez precedido por la resolución de convocatoria, y el nombramiento y los trabajos desarrollados por la mesa de contratación y los miembros de la Comisión técnica , pues no en vano , a la convocatoria del concurso se presentaron tres ofertas : la de la entidad Emerita Resources España, la de la entidad Minorbis-Grupo México y la de la entidad Nyrstar . Pasando sólo las dos primeras entidades de las tres citadas , a la segunda fase .

La Comisión técnica designada para el análisis de la documentación valoración y propuesta de adjudicación presenta un informe a la mesa del concurso que , a su vez , tras la reunión del 20 de febrero de 2015 acordó proponer a Minorbis-Grupo México como adjudicataria por ser la que mayor puntuación había obtenido.

En principio , hemos de concluir que el procedimiento observado ha sido el correcto teniendo en cuenta además que con carácter previo había sido una normativa específica aprobada *ad hoc* la que regía en este concurso . Pero aún habiendo sido cuestionado por la parte denunciante si efectivamente resultaba pertinente la elaboración de una normativa específica o hubiera sido suficiente que el procedimiento se acogiese a la legislación General en materia de minas y contratación pública no podemos olvidar que en materia de procedimiento y así , entre otras , la STS 743/2013, de 11 de octubre , ha resaltado que los trámites de los que se prescinde, bien porque en absoluto se incumplen

o bien porque son sustituidos por otros mediante los cuales, aparentando su cumplimiento, en realidad, se soslaya su finalidad, han de ser esenciales para tener relevancia en caso de denuncia o recurso .

La cuestión debe centrarse pues en si se trata de una resolución arbitraria.

La citada STS 815/2014, de 24 de noviembre , remitiéndose a otras anteriores, como la STS 331/2003, de 5 de marzo , precisa que no es suficiente en el delito de prevaricación la contradicción con el Derecho, sino que para que una acción sea calificada como delictiva será preciso algo más, que permita diferenciar las meras ilegalidades administrativas y las conductas constitutivas de infracción penal. Este plus viene concretado legalmente en la exigencia de que se trate de una resolución injusta y arbitraria. E incluso esta Sala Casacional se ha referido a veces con los términos de que se necesita una contradicción patente y grosera (*STS de 1 de abril de 1996, núm. 171/1996*), o de resoluciones que desbordan la legalidad de un modo evidente, flagrante y clamoroso (*STS de 16-5-1992, núm. 773/1992* y de 20 de abril de 1995) o de una desviación o torcimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuridicidad que requiere el tipo penal (*STS núm. 1095/1993, de 10 de mayo*).

Ahora bien , no es suficiente la mera ilegalidad, la mera contradicción con el derecho, pues ello supondría anular en la práctica la intervención de control de los juzgados del orden contencioso administrativo ampliando desmesuradamente el ámbito de actuación del derecho penal, que perdería su carácter de última ratio . El principio de intervención mínima implica que la sanción penal sólo debería utilizarse para resolver conflictos cuando sea imprescindible. Uno de los supuestos de máxima expresión aparece cuando se trata de una adecuada reacción orientada a mantener la legalidad y el respeto a los derechos de los ciudadanos. El derecho penal solamente se ocupa de la sanción de los ataques más graves a la legalidad, constituidos por aquellas conductas que superan la mera contradicción con el derecho para suponer un ataque consciente y grave a los intereses que precisamente las normas infringidas pretenden proteger, como ha puesto de relieve repetidamente la sala segunda (y así entre otras STS de 22 de Abril del 2015 Nº 225/15) al declarar que el derecho tiene medios adecuados para que los intereses sociales puedan recibir la suficiente tutela, poniendo en funcionamiento mecanismos distintos de la sanción penal, menos lesivos para la autoridad o el funcionario y , con frecuencia , mucho más eficaces para la protección de la sociedad, pues no es deseable como estructura social que tenga buena parte de su funcionamiento entregado en primera instancia el derecho penal, en cuanto “ el ius puniendi “ debe constituir la última ratio sancionadora.

De manera que es preciso distinguir entre las ilegalidades administrativas, aunque sean tan graves como para provocar la nulidad de pleno derecho, y las que, trascendiendo el ámbito administrativo, suponen la comisión de un delito , a pesar de que se trate de supuestos de graves de infracciones del derecho aplicable, no puede identificarse simplemente nulidad de pleno derecho y prevaricación.

Y llegados a este punto hemos también de convenir la necesidad de apreciar el elemento subjetivo que define el tipo que nos ocupa , la *STS 815/2014, de 24 de noviembre* , dice, citando la *STS 766/1999, de 18 mayo* , que el elemento subjetivo del delito de prevaricación administrativa viene legalmente expresado con la locución "a sabiendas». Se comete el delito de prevaricación previsto en el *artículo 404 del Código Penal* cuando la autoridad o funcionario, teniendo plena conciencia de que resuelve al

margen del ordenamiento jurídico y de que ocasiona un resultado materialmente injusto, actúa de tal modo porque quiere este resultado y antepone el contenido de su voluntad a cualquier otro razonamiento o consideración. Bien entendido que, como se indica en la *Sentencia de 29-10-1998* , a la que también se remite, la intención dolosa o el conocimiento de la ilegalidad no cabe deducirla de consideraciones más o menos fundadas, sino que necesariamente debe estar apoyada por una prueba evidente que no deje duda alguna sobre este dato anímico. Es, pues, precisa la clara conciencia de la ilegalidad o de la arbitrariedad que se ha cometido.

Cuarto.- A la vista de estos requisitos y de conformidad con las consideraciones realizadas en el anterior Razonamiento anterior , no puede afirmarse la concurrencia de los requisitos descritos como propios de la prevaricación en el procedimiento y trámites del concurso relacionado con la adjudicación de la explotación de la mina de Aznalcóllar . Y es que tal y como se observa tras el examen de la abundante documentación aportada en las actuaciones , declaraciones que se han vertido por los implicados y tras el amplio análisis que realiza la Intervención General del Estado , las cuestiones objeto de debate son cuanto menos susceptibles de otra interpretación o valoración distinta a la sostenida en la denuncia matriz .

Ciertamente, ni en las sesiones de trabajo de la mesa y de la Comisión ni , en la documentación que con carácter previo se ha remitido por la junta de Andalucía aparecía la expresión de *ofertante o integradora de la capacidad o la solvencia del licitador* pero siendo este el argumento esgrimido por los imputados a la hora de explicar porque determinados requisitos no se han exigido al grupo México al argumentar que realmente la licitadora era Minorbis y no Grupo México aunque la resolución de adjudicación así lo contemplase , no es este la sede adecuada , para excluir dicha interpretación , ni menos , aún entrar a dilucidar cuál debe ser la interpretación correcta del artículo 63 del texto refundido de la ley de contratos del sector público y artículo 63 de la Directiva Comunitaria sobre este particular . Cuando la jurisprudencia viene exigiendo para rellenar el contenido de la arbitrariedad que la resolución no sólo sea jurídicamente incorrecta, sino que además no sea sostenible mediante ningún método aceptable de interpretación de la ley.

Ello no sólo supondría rebasar con creces los límites de lo que debe ser la instrucción en una causa penal sino además obligaría a entrar a discernir si por la parte denunciante se cumplían o no también de forma escrupulosa , todos y cada uno de los requisitos exigidos en la resolución de convocatoria y los anexos que contenían las bases reguladoras del concurso. Sin que pueda ni deba , este juzgado sustituir la labor propia de los integrantes de la Mesa y de la Comisión. Y constando por lo demás acreditado por las manifestaciones de todas las partes que era práctica habitual en las empresas del sector la existencia de intercambios previos de opiniones y contactos , tanto entre las empresas en liza como con los responsables de la Dirección General de Minas , de ahí que como se expuso ya , en los autos de 8 y 16 de Octubre del 2016 , no apreciaran en su día indicios de delito en las visitas o manifestaciones verbales que pudo realizar el Sr. M. L. M. en nombre de Magtel o ni , en la llamada ésta sí admitida que realizó el entonces Secretario General , Vicente Fernández Guerrero , para preguntar por el proceso de negociación .

Llegados a este punto y , sin que se haya podido acreditar como se ponía de manifiesto en la denuncia inicial y ampliaciones sucesivas que , las decisiones “ injustas y arbitrarias “ relacionadas con la convocatoria y posterior adjudicación de la explotación de la mina fueran tendentes a beneficiar a Minorbis S.L. , como filial del grupo Magtel, fundamentado ello en la amistad que vincularía a la familia L. M. con altos cargos en la consejería , a nadie se le escapa que resulta difícil sostener la figura de la prevaricación

que exigiría afirmar que las personas denunciadas , actuando de común acuerdo , resolvieron injustamente a sabiendas sin que se haya podido poner de manifiesto cuál fuera el móvil de dicha actuación. Pero es que además tratándose de analizar la actuación de un órgano colegiado sería preciso haber acreditado que sus miembros se concertaron entre sí para producir un resultado previamente predeterminado mediante la infracción de las normas que regían el procedimiento. Y sobre este particular no se ha podido encontrar rastro alguno a lo largo de la presente investigación, ni siquiera tras el análisis y rastreo que la UCO lleva a cabo de decenas de miles de correos electrónicos que los que no se puede extraer sospecha o indicio de “contubernio” entre los miembros de la Mesa del concurso o de la Comisión técnica.

A este respecto , deberá ser la jurisdicción contencioso administrativa la que resuelva los aspectos que son objeto de impugnación por las acusaciones . Y así se encuentra pendiente de resolución al haberse estimado la prejudicial penal la decisión que debe adoptar la Sección Primera de la Sala De lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en los autos número 528/2015 sobre denegación de suspensión cautelar de la resolución de adjudicación, planteada en el recurso de alzada; los autos número 529/2015 sobre inadmisión del recurso extraordinario de revisión formulado el 26 de marzo de 2015 por Emerita contra la convocatoria del concurso internacional de 13 de marzo de 2014; los autos número 530/2015 sobre inadmisión de la petición de revisión de oficio formulada el 24 de marzo de 2015 por Emerita también contra la convocatoria del concurso internacional de 13 de marzo de 2014 . Y el recurso contencioso administrativo número 630/2015 , también , ante la Sección Primera de la Sala De lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía contra la confirmación en alzada de la resolución de adjudicación del concurso .

Quinto.- Cuando a pesar de la posible apariencia delictiva inicial de los hechos que se imputan , de la instrucción no resulte ningún elemento o principio de prueba que avale razonablemente su realidad, el sentido común exige que se ponga término de forma inmediata a la investigación penal permitiendo , de esta forma , que puedan agilizarse los cauces pertinentes de actuación y control en otro orden .

Ante la disparidad de criterios que se observan en los informes periciales y dictámenes técnicos aportados a instancias de la acusación particular , de un lado , y de las defensas , de otro , lo que no debe olvidarse es que no es terreno propio de la jurisdicción penal y en concreto del delito de prevaricación el entrar a discernir sobre las bondades y ventajas , de uno y otro , sino antes al contrario , el papel del orden penal debe ser apreciar si realmente son clamorosamente inviables o no alguna o algunas de las propuestas refrendadas en la resolución de adjudicación . Otra cosa , exigiría el acometer una labor paralela de revisión de los proyectos presentados en su integridad y , no sólo , de las propuestas de la adjudicataria . Sin olvidar la doctrina jurisprudencial de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo que enuncia el principio de soberanía de los tribunales de concursos en la valoración de las ofertas presentadas por los licitadores , cuyas decisiones se adjudicación se enmarcan en el ámbito de las potestades jurisdiccionales. Y que debe ejercerse en sintonía con la observancia de los principios de transparencia , publicidad y deber de motivación a que alude el artículo 72.2 del Reglamento General de la Minería aprobado por Real Decreto 2857/1978 , de 25 de Agosto y la noción del interés público prevalente del artículo 53.1 de la Ley de Minas que , en relación a la explotación de recursos mineros pretende salvaguardar la ordenación racional de los recursos naturales disponibles , y que como refiere la exposición de motivos de la Ley de Minas acantona las facultades de decisión que el artículo 72 del Reglamento General de la Minería atribuye a la mesa competente para resolver el

concurso que deberá seleccionar aquella oferta que contenga las mejores garantías y condiciones técnicas , económicas y sociales en relación con la investigación solicitada.

Elemento esencial del tipo penal de prevaricación es el carácter arbitrario de la resolución administrativa dictada, circunstancia que marca la línea delimitadora entre el ámbito propio del derecho penal y el que corresponde de manera estricta al derecho administrativo y a la jurisdicción de este a la que en principio corresponde la revisión de aquellas soluciones que aún siendo contrarias a derecho, o incluso incursas en causa de nulidad radical no alcanzan la más grave condición de arbitrarias, concepto propio de la definición del tipo que nos ocupa. Difícilmente , podremos concluir que estamos ante una desviación o conocimiento del derecho de tal manera grosera, clara y evidente que sea de apreciar el plus de antijuricidad que requiere el tipo penal en palabras de la sentencia del Tribunal Supremo 152/2015, de 24 de febrero , simplemente , porque los informes periciales acompañados por la acusación particular a su escrito de 26 de octubre de 2015 , pongan en cuestión , los aspectos relativos a la gestión del agua, a la problemática de acceso del talud sur en la Corta de los Frailes, al cómputo o cálculo sobre las cuadrículas mineras y a la conceptualización de los aspectos económico periciales de la oferta presentada por la denunciante , cuando dichas cuestiones *son susceptibles de otra interpretación* , en línea con el informe de la comisión técnica que suscribe la Mesa , tras unas correcciones de la valoración en ciertas partidas económicas y constando como constan informes aportados a instancias de la defensa – tanto en esta causa como en el procedimiento contencioso - refrendando las soluciones técnicas propuestas por Minorbis .

En definitiva , no puede convertirse a la instrucción penal en instancia encargada de la baremación de las diversas soluciones propuestas si no existen indicios suficientes más allá de meras sospechas o conjeturas de la existencia de desviación de poder al ejercer las potestades de selección de las ofertas presentadas . Y en este sentido recordar por último que , corresponde a la administración , en este caso la Junta de Andalucía a través de la Dirección General de Industria , Energía y Minas , de conformidad con lo establecido en los artículos 83 a 88 de la Ley de Minas y 109 a 114 del Reglamento General para el Régimen de la Minería el velar por lo que constituye una autorización de carácter constitutivo del derecho de investigación minero o explotación mineras , que se pierde por incumplimiento de las condiciones impuestas en el acto de otorgamiento o en la ley , de acuerdo con el mandato de servir con objetividad los intereses generales consignado en el artículo 103 de la Constitución y que obliga a la Administración a ejercer sus potestades de ordenación minera conforme a cánones de racionalidad .

En el presente caso la constitución de la Mesa del concurso - cuya actuación debe analizarse- se ajusta a lo establecido 72 del Reglamento General para el Régimen de la Minería, y según se trate de la documentación analizada en todos los casos la mesa se constituyó con la presencia de las siete personas requeridas en las bases.

Efectivamente , en la primera reunión de la mesa participó personal de Invercaria designado como Comisión técnica para realizar el análisis de solvencia económica , interviniendo en este concepto la testigo P. T., pero a este respecto las bases del concurso establecían que la mesa podría solicitar los informes que considerase precisos de expertos en la materia.

Por lo que a la actuación de la Mesa se refiere en cuanto a la aceptación de Subsanaciones , efectivamente la mesa no cumplió con el plazo de cinco días previsto

en el artículo 22 del RLCAP , pero dado que la aclaración solicitada se refería a si la firma era original o copia, no se considera que la incorrecta aplicación del plazo a efectos de subsanación tuviese efectos materiales en el procedimiento.

Sexto.- Sobre el aspecto del tratamiento de aguas en los proyectos de ambas licitadoras (Minorbis-Grupo México y Emerita Resources España) el Informe de Confederación Hidrográfica del Guadalquivir - obrante a los folios 7010 y siguientes del tomo XVI de las actuaciones de las actuaciones -suscrito por Antonio Santos Morcillo Jefe del Servicio de la Comisaría de Aguas de Confederación Hidrográfica analiza las materias relativas a

- Balance Hídrico propuesto
- Tecnología de las Aguas
- Calidad obtenida en el efluente final

En la primera de las materia expuestas - Balance Hídrico propuesto en cada proyecto - el informe de CHG concluye que la propuesta de Minorbis-Grupo México es correcta , con algunas matizaciones . Ahora bien , cuando lleva a cabo el análisis de la propuesta realizada en este campo por Emerita Resources la califica como de difícil lectura , interpretación y seguimiento .

En cuanto a la tecnología de las aguas , adecuación de la tecnología de tratamiento propuesta al volumen y calidad de las aguas a tratar y , aunque de nuevo , ninguno de ambos proyectos obtienen un sobresaliente lo cierto es que , el de Minorbis-Grupo México resulta adecuado aunque presenta errores menores susceptibles de ser subsanados posteriormente , el de Emérita se considera confuso , incompleto y con carencias .

En cuanto a la calidad obtenida en el efluente final con el tratamiento propuesto, se repiten las afirmaciones sobre confusión y difícil comprensión en la propuesta de Emérita , sumado al hecho de utilizar normativa derogada .

Mediante Providencia de 8 de febrero de 2018 , a petición de la entidad EMERITA RESOURCES ESPAÑA S.L.U. que ejerce la acusación particular en las presentes , a la vista de las alegaciones realizadas sobre el informe elaborado por la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir, denominado *Informe Pericial Sobre El Tratamiento De Aguas En Los Proyectos De Las Licitadoras* de fecha 26 de julio de 2017, se acuerda librar Oficio a la Confederación Hidrográfica del Guadalquivir , para que con relación al expresado informe que suscribe el Jefe de Servicio de la Comisaría de Aguas de dicho organismo, don Antonio Santos Morcillo , se pronuncie con traslado literal del escrito de alegaciones de la parte proponente sobre ,

- si se hacen modificaciones y la razón , en su caso , respecto del proyecto de Minera Los Frailes Sociedad Limitada o del Consorcio Grupo México-Minorbis , en lugar de implementar el proyecto original
- Y , en qué consisten las modificaciones respecto del proyecto inicial del Consorcio Grupo México-Minorbis presentado al concurso

Y en cumplimiento de este requerimiento consta informe que obra al folio 8281 y siguientes , donde el Comisario de Aguas , Don Alejandro Rodríguez González pone de manifiesto que el informe reseñado anteriormente elaborado por don Antonio Santos Morcillo , se emite en calidad de perito judicial y no como personal de la confederación. E informa sobre el trámite en el que se encuentra la solicitud de autorización de vertido derivado de la gestión hídrica de la corta de Aznalcóllar y

del desagüe de la Corta de Los Frailes. De dicho informe se da traslado a las partes personadas en auto de fecha 11 de abril de 2018 , con las alegaciones que constan por parte de la entidad Emerita en escrito de fecha 24 de abril pasado , cuestionando los términos del informe emitido y solicitando que se dedujese testimonio por delitos de falsedad en documento público, puso en procedimiento judicial, usurpación de funciones públicas, prevaricación, obstrucción a la justicia y desobediencia a la autoridad judicial. A dicha petición se da respuesta negativa en el párrafo primero de la Providencia de este juzgado de 2 de mayo de 2018 que consta debidamente notificada y contra la que no se ha formulado recurso por dicha acusación particular.

De esta forma , y sin que corresponda en esta sede entrar a puntuar la corrección técnica de las propuestas que en materia de Aguas se presentaron al Concurso , lo que no se extrae del DÍctamen que en este campo realiza el perito de Confederación , es una valoración desviada o grosera en la resolución del Concurso que sustente la tesis de la prevaricación .

Séptimo.- Con fecha 11 de octubre de 2017 , se recepciona por este juzgado el informe de la UCO dando cuenta de la labor encomendada de análisis sobre el papel real desarrollado por la entidad Minorbis , S.L. y circunstancias relacionadas con la factura de honorarios y sus recursos personales, económicos y materiales desde la presentación de la oferta hasta la adjudicación para desarrollar o asumir una labor que justifique dicha remuneración.

El Atestado de la UCO - folios 7069 y siguientes de las actuaciones- , Unidad Central Operativa de la Guardia Civil que , se suma a la investigación previa anterior al Auto de la Audiencia de 19 de Octubre del 2016 , desarrollada por la UDEF y que supone aportar el punto de vista de una nueva fuerza actuante al máximo nivel , a fin de , descartar cualquier duda o resquicio que pudiese existir o subsistir tras la primera fase de investigación .

En cuanto al estudio abordado de las capacidades financieras y de los recursos de que disponía la entidad Minorbis , S.L. . Efectivamente , la sociedad fue creada el 19 de marzo de 2014 , tres meses después de la convocatoria del concurso público para la adjudicación de las actividades extractivas de explotación de los recursos existentes en la reserva minera de Aznalcóllar. La capitalización de la entidad se realiza de forma progresiva a través de transferencias de fondos que realizan varias entidades todas ellas pertenecientes al grupo Magtel y que posibilitan los pagos efectuados a las sociedades participantes en la confección del proyecto siendo la más relevante:

- Ingeniería y Consultoría en recursos de subsuelo (CRS)
- Ayesa Ingeniería y Arquitectura
- Alma Comunicación y Estrategia
- Golder Associates
- IIMA Consultora
- Soluciones, Concentradores y Procesos de Ingeniería

Finalizado el concurso , Minorbis ha continuado en el sector de la ingeniería de minas, contando con la financiación de empresas del grupo Magtel.

Analizado el aspecto de los recursos materiales y humanos y aún habiéndose constatado

que según los datos de la Tesorería General de la seguridad social la entidad Minorbis , S.L. nunca ha tenido ningún empleado dado de alta, todos los responsables de las sociedades que habían percibido dinero de Minorbis aseguraron que tales pagos se habían producido en compensación por la prestación de servicios relacionados con la confección o gestión del proyecto a presentar , es decir , actuaron como proveedores de recursos que fueron sus contratados por Minorbis .

La confección del proyecto se realiza por parte de los proveedores de Minorbis de forma independiente, aportando su trabajo a medida que se iba concluyendo.

La participación del Grupo México vino referida al apoyo prestado por sus técnicos a los proveedores de Minorbis en la confección del proyecto, limitándose Minorbis a mantener los contactos con la Dirección General de Minas y entablar las relaciones con las empresas externas que confeccionan el proyecto. Este dato , se corresponde con la falta de experiencia anterior en el sector de la ingeniería de minas del grupo Magtel. Y resulta también compatible con la existencia de un intento de acuerdo con Emerita que , finalmente , no llegó a buen puerto.

Con fecha 17 de enero de 2017 , este juzgado dicta auto disponiendo la entrega inmediata de los correos corporativos de los miembros de la Mesa del concurso y de la Comisión técnica que se reputaron relevantes para la presente investigación , centrándose el estudio en los aspectos relativos a la concesión de la autorización administrativa para la explotación de la mina de Aznalcóllar , desde la convocatoria del concurso público mediante Decreto-Ley 9/2013 , de 17 de diciembre, hasta las actuaciones judiciales surgidas como consecuencia de la presentación de una denuncia por parte de la entidad Emerita , que da inicio a las presentes. Analizando , en particular:

- convocatoria del concurso
- recursos y cambios legislativos
- selección de empresas solicitantes , con especial atención a los contactos entre representantes de empresas y personal de la administración
- selección de miembros de la Mesa
- selección de miembros de la Comisión Técnica
- preparación y criterios de valoración de las bases del concurso
- posible existencia u ofrecimiento de dádivas , promesas o recompensas

Aún partiendo de la carencia que representa la imposibilidad de analizar determinados correos que no encontraban en el servidor , concretamente , se detecta la omisión de determinados períodos temporales, a propósito del análisis encomendado sobre el papel desempeñado en el concurso por Minorbis el informe termina concluyendo la imposibilidad de apreciar o haber detectado influencias sobre los miembros del Comité o de la Mesa del concurso , para favorecer a cualquiera de las empresas que al mismo concurren .

A propósito de la explicación encontrada a la ausencia de correos de determinados lapsos temporales se alude a la posibilidad de que la configuración de las cuentas se hubiera realizado mediante acceso POP - configuración que descarga todos los correos electrónicos en el disco duro del ordenador en el que se configura, dejando de almacenarse en el servidor - , lo que implicaría que una parte de los correos no se pudieran obtener , sin que sobre este particular se haya podido avanzar más , pese a la titánica labor abordada por la fuerza actuante .

Octavo.- El Informe de Auxilio Judicial de la Intervención General del Estado sobre el Concurso para la adjudicación de las actividades extractivas de explotación de los recursos existentes en la reserva minera de Aznalcóllar – Folios 8331 a 8407 - , aún siendo innecesario creo conveniente recordar antes de su análisis que resulta incontrovertida la autoridad del órgano que elabora este Informe , pero es que además el mismo fue traído a esta causa – debe recordarse de nuevo -muy a pesar del criterio de las defensas que recurrieron en su día la procedencia de esta diligencia de prueba , cuyas conclusiones por tanto quedan fuera de toda duda o sospecha .

El Informe de la IGE realiza un exhaustivo análisis de las cuestiones que se someten a su consideración como controvertidas .

Y así comenzando por EL LICITADOR se plantea si el licitador es únicamente Minorbis S.L.U. , de forma que Grupo México S.A.B. simplemente aporta solvencia para completar la de Minorbis , o si son analizada la documentación licitadores ambas entidades conjuntamente y , en función de lo anterior , determinar si los requisitos de personalidad , capacidad de obrar y solvencia tuvieron que ser cumplidos por Minorbis S.L.U. y Grupo México , o sólo por Minorbis , y por tanto , si la Junta de Andalucía tuvo que exigir el cumplimiento de dichos requisitos sólo a Minorbis , o a ambas entidades .

Sobre este particular , y partiendo de que la solicitud de participación en el concurso la presenta I. L. M. en representación de Grupo México- Minorbis en virtud del acuerdo de entendimiento (Memorandum de Entendimiento de fecha 15 de Abril de 2014) , establece la IGE que son elementos que permiten dar a entender que ambas entidades , Minorbis y Grupo México , tiene condición de licitadora de forma conjunta , análogamente a los empresarios que concurren a los procedimientos de contratación pública en una Unión Temporal de Empresas , los siguientes :

- La declaración responsable de estar al corriente de los pagos de sus obligaciones tributarias y con la seguridad social – apartado 3b de las Bases – es suscrita tanto por Minorbis como por Grupo México.
- La declaración responsable de que ninguna de las empresas del grupo tenga , directa o indirectamente , relación alguna con la multinacional Boliden - apartado 3d del Anexo I de las bases – es suscrita tanto por Minorbis como por Grupo México.
- El Memorándum de Entendimiento de fecha 15 de Abril de 2014 , suscrito entre Minorbis y Grupo México , fue incluido en el sobre nº 1 , que es el que debe contener la documentación acreditativa de la personalidad y capacidad de obrar de los licitadores , y no en el sobre nº 2 , que es el que debe contener la documentación acreditativa del cumplimiento de las condiciones de solvencia establecidas en las bases. Asimismo , en dicho Memorándum se hace referencia a la participación de ambas entidades en el concurso “ de forma conjunta “ , a que ambas entidades “ acuerdan en presentar una oferta o proposición conjunta “ y a la posibilidad que ambas entidades constituyan una sociedad de propósito específico “ para ser titular en su caso del Título de Concesión “ y ejecutar las actuaciones derivadas de la concesión , en caso de que su oferta resultase ganadora .

A las consideraciones anteriores , añade la Intervención la necesaria referencia al art. 63 del TRLCSP que regula la posibilidad de que el licitador integre su solvencia con medios pertenecientes a otras entidades . Sobre este particular , ni el precepto citado ni las Directivas comunitarias en las que tiene su origen 2014/24 y 2004/18 fijan ninguna limitación en cuanto a la forma en la que el licitador puede acreditar esa disposición efectiva y los medios de prueba que se pueden utilizar a tal efecto , ni tampoco en cuanto

a la forma concreta en la que esas otras entidades pueden instrumentar o hacer efectiva la aportación de su solvencia al licitador .

Y a efectos de integrar su solvencia es irrelevante la naturaleza jurídica de los vínculos del licitador con otras sociedades , en línea con el principio de concurrencia competitiva y de mayor competencia posible del art. 1 TRLCSP.

Sentado lo anterior y si es irrelevante la naturaleza jurídica de los vínculos del licitador con la sociedad que le aporta su solvencia , debe igualmente serlo el vínculo o relación jurídica entre entidades para hacer efectiva la aportación de solvencia al licitador , incluida la constitución de una sociedad a la se cedan o transfieran los medios necesarios para la ejecución del contrato . En este sentido , el Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea , en su Sentencia de 14 de Enero del 2016 (Asunto C-234/14) de la que se desprende , por un lado , que no puede establecerse ningún límite formal en cuanto al tipo de relación jurídica que se articule entre el licitador y la entidad que le aporta su solvencia , a efectos de instrumentar o hace efectiva la aportación de dicha solvencia , y por otro lado , en coherencia con lo anterior , que cuando la normativa aplicable al contrato de que se trate permita con posterioridad a la adjudicación la constitución de una sociedad de propósito específico para la ejecución del contrato , la constitución de dicha sociedad y la aportación a esta , por parte del licitador y de la entidad que le aporte su solvencia , de los medios necesarios para la ejecución del contrato , es una de las formas a través de las cuales esta última entidad puede aportar su solvencia a un licitador .

En relación al caso concreto de Aznalcóllar , las partes Minorbis-Grupo México ya contemplaron en el Memorándum de Entendimiento la constitución de una sociedad de propósito específico que será la titular de la explotación y que se encargará de la ejecución de las actuaciones derivadas de la adjudicación del concurso .

Respecto a la documentación presentada , del análisis de la misma también se desprende que hay algunos elementos que pueden dar a entender que el licitador era únicamente Minorbis y , otros que , permiten dar a entender que eran licitadoras ambas entidades conjuntamente Minorbis y Grupo México , en forma similar a la prevista para las uniones temporales de empresa en el artículo 59 del TRLCSP .

Analizado el proceso en su conjunto en la mayor parte de los actos que forman el expediente, la junta de Andalucía se refiere formalmente a la entidad licitadoras como Grupo México-Minorbis , así por ejemplo en la resolución de 14 de julio de 2014 por la que se seleccionan las empresas que pasan a la segunda fase del concurso. En cambio , en el momento en el que la junta deniega a la entidad licitadoras la ampliación del plazo de aceptación de la comunicación la deniega por considerar que sólo Minorbis tiene la consideración de licitador y que Grupo México no tiene tal condición . En el mismo sentido de considerar que Grupo México es una entidad que simplemente aporta su solvencia a Minorbis se pronunció el Informe del Interventor Delegado de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de 19 mayo del 2015.

En suma , la IGE concluye que ,

- A la vista exclusivamente de la solicitud de participación y de la documentación que le acompañó resultaba posible argumentar o justificar de forma motivada cualquiera de las dos interpretaciones sobre qué entidades tenían la condición de licitador
- La información contenida en la solicitud de participación , en la documentación que

le acompañó , era la única que forma parte del expediente en el momento en el que la junta tuvo que calificar las ofertas y determinar quién o quiénes eran las entidades Licitadoras. Cuando conforme a esta documentación la Mesa del concurso tuvo que pronunciarse a propósito del requerimiento de subsación de la documentación presentada interpretó que la entidad licitadora era sólo Minorbis y que Grupo México sólo le aportaba solvencia, siendo dicha interpretación de la mesa del concurso compatible con la normativa aplicable y los principios del TRLCSP

En cuanto a la REVISIÓN DE LOS PROYECTOS

1º Sobre los requisitos de personalidad y capacidad de obrar estima la intervención que las bases deberían haber contemplado la totalidad de prohibiciones establecidas para contratar en el artículo 60 del TRLCSP - no sólo la relativa al cumplimiento de obligaciones tributarias y con la seguridad social-así como la documentación a presentar por los licitadores para acreditar su no concurrencia , pero *esta omisión afecta por igual a ambas licitadoras*, sin que se aprecie ningún efecto discriminatorio derivado de la misma.

2º Condiciones de solvencia , analizada la misma se ha verificado que las condiciones de solvencia económica y financiera y técnica establecidas en el anexo I.2 de las bases cumplen con carácter general con los requisitos legales (art. 62.2 TRLCSP) y doctrina administrativa sentada al efecto si bien se detectan en las mismas varias deficiencias , que sin embargo no terminan beneficiando de forma abierta a una licitadora en detrimento de otra. Así y por lo que se refiere al apartado 2.2 de las bases que exigen a los licitadores que el personal técnico a efectos de acreditar su solvencia técnica sea perteneciente a la plantilla de la empresa, dicha exigencia resulta incluso contraria a la facultad de los licitadores de integrar con medios externos su solvencia reconocida en el artículo 63 del TRLCSP , y que la fase no pueden excluir sin vulnerar el principio de libre concurrencia en el que se fundamenta dicho precepto. A mayor abundamiento , y sobre este particular la inclusión en las bases de esta exigencia *no ha tenido ninguna relevancia práctica en el procedimiento* ya que las dos empresas licitadoras a las que se refiere esta investigación indicaron personal que mayoritariamente no pertenecía su respectiva plantilla, sin que la Mesa del concurso haya requerido el cumplimiento de dicha exigencia a ninguna de las dos entidades, por lo que la actuación de la Mesa en este punto no fue contraria a los principios de libre concurrencia e igualdad de trato.

En cuanto a si el criterio de capacidad técnica debería haberse considerado exclusivamente como un criterio de solvencia, se cita la doctrina que tanto la Junta Consultiva de Contratación Administrativa , como el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales , han sentado señalando que los requisitos de solvencia técnica puede ser también utilizados como criterios de adjudicación/valoración siempre que, además de cumplir con los requisitos que el TRLCSP exige a los criterios de adjudicación, lo que se tenga en cuenta a efectos de la adjudicación sea solamente el exceso del valor de dicho requisito en relación con el valor mínimo exigido en las bases/pliegos para acreditar la solvencia. En este punto , la deficiencia detectada en las bases en cuanto a la persona titulada en geología designada como coordinadora de equipo técnico de investigación se concluye que dicha deficiencia limitada , a uno , de los 12 componentes del equipo técnico, *no ha tenido ninguna repercusión práctica en el procedimiento*, dado que tanto Minorbis como Emerita presentan una persona titulada en geología designada como coordinadora de equipo técnico de investigación con una experiencia que supera largamente los 10 años(más de 35 años en ambos casos).

Sobre el particular de la VALORACIÓN DE LOS PROYECTOS por la Comisión Técnica que la Mesa de Contratación acuerda constituir en su sesión de 12 de mayo de 2014 . Sobre la constitución de la mesa su creación y composición son coherentes con la previsión de las bases del procedimiento, habiéndose ampliado la composición inicialmente prevista de tres a seis miembros , dicha circunstancia de nuevo obliga a traer a colación que cualquier conducta o decisión prevaricadora exigiría una actuación colegiada y de consuno de todos ellos.

Sobre la valoración de los proyectos en esta segunda fase la intervención ha entrado a analizar si en las bases se recogían los criterios de adjudicación con el detalle suficiente para permitir su posterior aplicación de un modo justificado, en este particular se aprecia en numerosos puntos de las bases aplicables en la segunda fase del concurso una concreción insuficiente de los criterios de valoración a aplicar, circunstancia que obliga a que en fases posteriores haya que desarrollar los criterios conforme las pautas no contempladas inicialmente las bases.

Como conclusión general sin embargo de la valoración de los proyectos en la fase dos se aprecian deficiencias significativas en las bases del concurso, no obstante, siendo estas deficiencias relativamente habituales en los procedimientos ordinarios de contratación pública , *no suponen un incumplimiento del principio de igualdad de trato entre las entidades licitadoras*. Debiendo además añadirse que las bases no fueron impugnadas en el momento procedimental oportuno, por lo que devienen firmes convirtiéndose en “ley del contrato”.

En cuanto al DESARROLLO DEL PROCESO

- Sobre análisis del cumplimiento de los requisitos de personalidad, capacidad de obrar y prohibiciones de contratar queda acreditado el cumplimiento por ambas entidades de los requisitos de personalidad, capacidad de obrar y prohibiciones de contratar contemplados en el apartado tres del anexo I de las bases.
- Sobre el cumplimiento de las condiciones de solvencia e integración de la solvencia con medios externos , se ha de contemplar al ser una cuestión especialmente controvertida en esta instrucción si la aportación de solvencia a Minorbis por parte de grupo México se realizó de conformidad con las disposiciones aplicables . Sobre este particular y contemplados en el artículo 63 del TRLCSP y la resolución 152/2013 del TACRC , y debiendo exigirse que el compromiso de aportación de solvencia con medios externos se refiere específicamente al contrato para cuya solvencia se acude a esos medios externos, existiendo la declaración conjunta de compromiso presentada por Minorbis en el trámite de su salvación donde consta que el compromiso del grupo México se refiere al concurso público para la adjudicación de las actividades extractivas en la zona minera de Aznalcóllar en la provincia de Sevilla, debe estimarse que dicha declaración de compromiso cumple con la exigencia de la resolución 152/2013 del TACRC. Cuestión distinta es si la acreditación se realiza los en el momento adecuado, a este respecto y teniendo en cuenta que la declaración conjunta de compromiso fue suscrita con posterioridad a la fecha de finalización del plazo de presentación de solicitudes, y que, con anterioridad dicha fecha, sólo existía el memorándum de entendimiento del que no se desprendía compromiso firme de aportación de medios por parte del grupo México, cabe concluir que la declaración conjunta de compromiso vino a dar cumplimiento a un requisito que no se cumplía cuando finaliza el plazo de presentación de solicitudes, y no acreditar un compromiso de aportación de medios

que existiera con anterioridad a dicha fecha. Es por ello que en este extremo el criterio de actuación de la mesa no fue conforme con el espíritu del artículo 63 del TRLCSP. Pero nuevamente debe señalarse que esta misma conclusión cabe llegar en relación con la documentación presentada por la otra licitadora Emerita, que también integra su solvencia con medios externos, en este caso de la entidad Forbes&Manhattan . También , en este caso , es en el trámite de su salvación y a la vista del requerimiento efectuado por la Mesa cuando Emerita presenta un nuevo compromiso de aportación de solvencia por parte de la entidad Forbes&Manhattan .

- Condiciones de solvencia integradas con medios externos . Sobre este particular , la doctrina consolidada establecida por el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de Andalucía , viene a señalar que una vez acreditado un mínimo de solvencia con medios propios, el Licitador podrá, en principio y sin perjuicio del análisis que se efectúen cada supuesto concreto, completar o integrar con medios ajenos el resto de la solvencia exigida en los pliegos que rigen la licitación, sin más limitación que la derivada de la acreditación efectiva de la disposición de esos medios para la ejecución del contrato (y en el mismo sentido , decisiones adoptadas por la Junta Consultiva de Contratación de Aragón y el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid) ofrecen el suficiente margen de amplitud para concluir que la actuación de la Mesa del concurso al aceptar que Minorbis acreditarse con los medios del grupo México el requisito de solvencia técnica (experiencia) contemplado en el apartado 2.1 de las bases del concurso , tiene un respaldo suficiente en la interpretación que de los preceptos aplicables del TRLCSP , y de la normativa y jurisprudencia comunitarias, se viene realizando por los órganos que elaboran la doctrina administrativa. Y a mayor abundamiento , también en este punto Emerita acredita enteramente con medios externos el requisito de experiencia contemplado en el apartado 2.1 de las bases del concurso. De forma que , en caso de mantener una interpretación más rigorista ambas licitadoras deberían haber sido excluidas.
- Acerca de la necesidad de acreditar un mínimo de solvencia con medios propios , es decir si los licitadoras pueden integrar el 100% de su solvencia con medios externos pues necesario que acrediten un mínimo de solvencia con medios propios, y en particular y por lo que concierne a esta investigación si Minorbis acreditó este extremo. Nada fija a este respecto el tenor literal del artículo 63 del TRLCSP , y en cuanto a la doctrina administrativa ha venido entendiendo de forma reiterada que todo licitador aunque se valga de medios externos a de acreditar un mínimo de solvencia propia . Y a la vista de lo anterior, cabe concluir que la actuación de la mesa del concurso en este punto fue conforme con la consideración general que realiza la doctrina administrativa - donde además concurren diversas interpretaciones - respecto de la necesidad de acreditar un mínimo de solvencia con medios propios - dado que Minorbis acredita con medios propios un mínimo de solvencia económica , en particular , el relativo al seguro de indemnización por riesgos profesionales , pero no solvencia técnica - debiendo concluirse que la interpretación tendente a permitir integrar la solvencia con medios externos es en último término la que garantiza la mayor concurrencia posible en los procedimientos de contratación pública . A mayor rigor y en caso de optar por la interpretación contraria en el sentido de exigir que Minorbis hubiese acreditado un mínimo de solvencia técnica con medios propios, debería también analizarse si Emerita lo hizo igualmente a efectos de apreciar si se produjo algún tipo de arbitrariedad. Y a este respecto , se ha verificado que Emerita acredita con medios propios un 16,67% de uno de los cuatro requisitos de solvencia técnica , siendo distinta el valorar o analizar si ese porcentaje es suficiente para

cumplir un mínimo no simbólico.

- Obligación de que el compromiso del Grupo México incluyese la responsabilidad solidaria . Sobre este particular la Directiva 2014/247UE determinan su artículo 63 que cuando un operador económico recurra a las capacidades de otras entidades en lo que respecta a los criterios relativos a la solvencia económica y financiera, el poder adjudicados *podrá* exigir que el operador económico y dichas entidades sean solidariamente responsables de la ejecución del contrato. Se trata por tanto en la normativa base comunitaria de una exigencia potestativa , y que tampoco fue incluida en las bases del concurso minero de Aznalcóllar . Y , a mayor abundamiento , debe recordarse que la otra licitadora Emerita en el documento en el que acredita que dispone de forma efectiva de los medios de otra entidad , en concreto , Forbes&Manhattan , tampoco incluye referencia alguna a la responsabilidad solidaria.
- Acreditación del cumplimiento de las condiciones de solvencia,
 - En cuanto al seguro de indemnización para riesgos profesionales ambas entidades acreditan haber contratado una póliza de seguro por cuantía mínima de 1.500.000 €. Ciertamente la de Minorbis no concreta si cubre los eventuales riesgos profesionales, pero en cualquier caso la insuficiencia de dicho documento no hubiera determinado la exclusión automática de Minorbis al ser susceptible de su salvación o aclaración.
 - En cuanto a los fondos propios por importe igual o superior al 30% de la cuantía del contrato y partiendo de considerar que la fase no concreta que debe entenderse por importe del contrato, debe señalarse en primer lugar que la documentación presentada no se acredita que las cuentas del Grupo México y del grupo Forbes&Manhattan que mi Minorbis y Emerita aportaron a efectos de acreditar este requisito de solvencia hayan sido presentadas en el registro mercantil o registro oficial correspondiente . En conclusión , ninguna de las dos licitadoras acredita correctamente este requisito de solvencia pero la deficiencia detectada un requisito subsanable. Sobre la documentación presentada a este respecto por Minorbis en referencia al grupo México el dictamen de la intervención confirma que la documentación requerida era la del ejercicio del 2012 en atención al plazo de presentación de solicitudes del concurso , y en cuanto al particular de que Minorbis presente la cuenta de la división minera de Grupo México a efectos de acreditar el requisito de solvencia no lo considera contrario las bases del concurso y al resto de normativa aplicable, siendo coherente con el espíritu del artículo 63 del TRLCSP. Y en cuanto a la autenticidad de la información financiera que sobre grupo México aporta Minorbis , debe recordarse que tampoco en las cuentas aportadas por Emerita acerca de Forbes y Manhattan consta la aprobación del órgano societario competente, y en caso de resultar de dicho requisito fuera necesario se trataría de una cuestión subsanable que nunca hubiera determinado la exclusión automática de ninguna de las dos licitadoras.

En cuanto a la declaración sobre el volumen global de negocios ambas entidades acuden íntegramente a medios externos - de Grupo México y del Grupo Forbes & Manhattan, respectivamente- para acreditar esta condición de solvencia económica.

En los estatutos y escrituras de constitución de ambas entidades figura el desarrollo de actividades mineras como parte integrante de sus respectivos sujetos sociales.

Sobre el requisito de capital social por importe superior al 30% de la inversión prevista - apartado 1.5 del anexo 1.2 de las bases- , tanto en el caso de Grupo México como de Forbes & Manhattan , la cifra de capital social a fecha de cierre del ejercicio 2012 es superior al 30% de la inversión prevista en los respectivos anteproyectos de explotación. Es cierto que sobre el requisito de que las cuentas estén auditadas , no

consta cumplimentado el mismo pero *dicha omisión es predicable respecto de las cuentas de ambos grupos.*
condiciones de solvencia técnica

Acreditación del cumplimiento de las CONDICIONES DE SOLVENCIA TÉCNICA

- En el apartado de la experiencia por justificación de trabajos similares ejecutados , debe recordarse que en el caso que nos ocupa de la adjudicación del concurso minero de Aznalcóllar , deben priorizarse las actividades que constituyen experiencia en el ámbito de explotación de la mina, ya que se trata de una zona en la que consta acreditada la existencia de recursos mineros suficientes y , la viabilidad de la explotación frente a otros casos en los que fueran más relevantes las actividades de investigación previa . A este respecto , la memoria presentada por minoristas incluye una relación de complejos mineros cuya explotación está ejecutando o ejecutado grupo México durante los últimos cinco años incluyendo respecto de cada uno de ellos la información exigida por las bases pero no toda. Ahora bien , en cuanto a la indicación del personal técnico mínimo exigido por las bases se detectan deficiencias y carencias en la relación de personal propuesto por ambas licitadoras. De igual modo ninguna de las dos entidades indica cuál es la plantilla anual media , aunque ambas acreditan correctamente el cumplimiento de este requisito acudiendo a los medios externos de Grupo México y Grupo Forbes & Manhattan .
- En cuanto a la cuestión de la maquinaria y los equipos auxiliares, ha sido un dato controvertido que los indicados por Minorbis estén ubicados en México y Perú . Sobre este particular , debe en primer caso recordarse que las Bases no exigen que la maquinaria, material y equipos técnicos indicados por los licitadores a efectos de acreditar esta condición de solvencia tengan que estar ubicados en un lugar o territorio determinado en el momento en el que se presenten las correspondientes solicitudes. Además resulta especialmente relevante la resolución 71/2016 del TACRC , recordando que se trata de una medida adicional de solvencia conforme al artículo 64.2 del TRLCSP , siendo por tanto una cuestión de interpretación discutible que corresponderá realizar a los órganos jurisdiccionales del orden contencioso-administrativo , siendo por lo demás la interpretación más acorde a los principios de concurrencia y seguridad jurídica la de no exigir a los licitadores el cumplimiento de un compromiso de adscripción de medios cuando no está claramente recogido en las bases.
- Y en el aspecto de la subcontratación ambas entidades indican que tienen intención de su contratar los trabajos derivados de la ejecución de la concesión minera, tanto la fase de investigación como en la de explotación. *Apreciándose determinadas deficiencias en la documentación presentada por ambas entidades.*

VIABILIDAD ECONÓMICO FINANCIERA

De nuevo en este aspecto mayúscula importancia la intervención concluye que las deficiencias detectadas no suponen el incumplimiento de prohibiciones legales aplicables al procedimiento y que estas deficiencias deberían entenderse como debilidades producidas en el diseño y aplicación del procedimiento de gestión, las cuales son habituales, en mayor o menor grado, en los procesos de adjudicación y, especialmente, en supuestos de evidente complejidad como es el investigado, en los cuales no parece posible realizar previamente una previsión exhaustiva de las circunstancias concurrentes en el desarrollo del proceso. Pero además no se ha detectado que las deficiencias advertidas hayan tenido un efecto significativo en las valoraciones efectuadas y,

especialmente, no se aprecia que hayan producido por ello perjuicios o beneficios relevantes en las puntuaciones de los licitadores.

Las valoraciones fueron variables dependiendo de los criterios:

- Empate virtual respecto al plan de investigación
- Ventaja significativa de Minorbis respecto al proyecto de explotación y a la viabilidad económico-financiera
- Ventaja significativa Emerita respecto a las mejoras

De esta forma puede apreciarse que si Emerita hubiese aportado la documentación relativa a la estimación del punto de equilibrio la puntuación de ambos licitadores hubiese sido en este criterio la misma 20 puntos , y el resultado global favorable a Emerita. Debiendo además añadirse que esta cuestión no se incluyó en los puntos controvertidos del recurso de alzada presentado por Emerita frente a la resolución de adjudicación .

Noveno.- Sentadas todas las consideraciones anteriores , y sin perjuicio de que sea en sede contencioso-administrativa donde como Jurisdicción Natural se haga un pronunciamiento definitivo sobre estas cuestiones , que aquí sólo se abordan de forma tangencial a efectos de valorar si existen indicios de responsabilidad penal , la conclusión es que no basta la petición genérica de imputación de nuevas personas a efectos de “ agotar todos los nombre que integraban la mesa o el comité “y ampliación de la imputación de aquellos que, ya lo fueron y que por la acusación se ha venido haciendo a lo largo de esta instrucción , con una cita profusa de delitos varios y de artículos del Código Penal que los contemplan . Debe también exigirse un mínimo rigor a quien denuncia en el sentido de concretar , personalizar e individualizar las decisiones , actuaciones , omisiones o hechos concretos en los que se basa la delación , pues no resultaría responsable ni siquiera en sede de instrucción convocar nuevas declaraciones de investigados , cuando no existen indicios ciertos sobre los delitos denunciados , más allá de las genéricas referencias a irregularidades sobre las que el Informe de la IGE se ha pronunciado de forma exhaustiva .

En este sentido , cabe también aludir al escrito de solicitud de suspensión por prejudicialidad penal presentado por Emerita Resources España , ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía y cuyo testimonio se interesó precisamente por este Juzgado , en fechas recientes , a efectos de enfocar correctamente el contenido de la denuncia y de la presente investigación .

El procedimiento de reapertura de la mina de Aznalcóllar fue ciertamente particular , hasta el punto de dictarse un Decreto-Ley de regulación del proyecto (Decreto-Ley 9/2013 , de 17 de Diciembre por el que se articulan los procedimientos necesarios para la reapertura de la mina de Aznalcóllar , derogado por el Decreto-Ley 4/2014 de 11 de abril , excepto en lo relativo a la declaración de utilidad pública e interés social a efectos de expropiaciones ; Real Decreto-Ley 6/2014 , de 11 de Abril , por el que se regula el otorgamiento de la explotación de los recursos mineros de la zona denominada Aznalcóllar) y , no es descartable que en determinados aspectos se apremiase a los técnicos que en el mismo trabajaron por razones de calendario , pero ni siquiera correr más de lo aconsejable en un proyecto de esta naturaleza y complejidad es equivalente a prevaricar y menos aún consta que lo hicieran de común acuerdo quienes integraban órganos colegiados -la Mesa y el Concurso - .

En cuanto a la aceptación de la adjudicación se ha traído al procedimiento también como cuestión controvertida , si es correcta la aceptación por parte de la entidad Minera Los Frailes , siendo en principio la entidad licitadora que ha resultado adjudicataria del concurso Minorbis , y habiéndose finalmente reconocido como titular de la concesión a una sociedad de propósito específico. Como punto de partida , debe recordarse que es está una cuestión posterior a la actuación efectiva de los miembros de la mesa y la Comisión que han resultado investigados hasta la fecha, pero que ha sido también efectivamente analizada a efectos de descartar cualquier irregularidad que hubiera igualmente de ser investigada.

A efectos de resolver la planteada debe partirse de que la normativa reguladora de las concesiones mineras Ley 22/1973 el 21 de julio de Minas y Real Decreto 2857/1978 de 25 de agosto , por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería , no contempla expresamente si la aceptación de la concesión minera debe realizarse necesariamente por la entidad licitadora que resultó adjudicataria de la concesión o puede realizarse por una sociedad de propósito específico constituida por aquella y que será la titular de la concesión. La facultad de los licitadores de concurrir a la licitación con el compromiso de constituir una sociedad que será la titular de la concesión si están cambio reconocido de forma plena y directa en el artículo 57.2 del TRLCSP , sin que se condiciona el reconocimiento de dicha facultad a que la misma esté expresamente prevista en los pliegos de cláusulas administrativas particulares.

En el caso concreto que nos ocupa , la documentación que se acompaña a la solicitud de participación presentada por Minorbis , incluye expresamente la previsión de la entidad licitadora - página cuatro del Memorándum de Entendimiento - de constituir una sociedad de propósito específico para ser titular del título de concesión en el caso de que dicha entidad resultase adjudicataria , sociedad en la que también participarían grupo grupo México, ella como entidad licitadoras, sin efectos de hacer efectivo su compromiso de aportación de solvencia a la entidad licitadoras.

Y además, tanto Minorbis como la entidad que le aporta su solvencia - Grupo México- se comprometen a respaldar a dicha sociedad en los objetos de solvencia económico-financiera y técnica , exigidos por las bases del concurso para la explotación de la concesión, garantizándose así que la citada sociedad de propósito específico va a disponer de las mismas condiciones de solvencia de las acreditadas en la primera fase del concurso, en suma no cabe entender que sea contraria a los principios del TRLCSP la actuación de Minorbis al concurrir a la licitación con el compromiso de constituir una sociedad de propósito específico.

Y , en cuanto a la cuestión de la aceptación de la adjudicación del concurso y si es válido que la realice la sociedad de propósito específico , en este punto , el pronunciamiento de la Intervención General del Estado es claro al afirmar que , dado que ni la normativa minera ni el TRLCSP contienen una solución clara a la cuestión siendo por tanto una *materia dudosa y sujeta interpretación deberán ser los órganos competentes de la jurisdicción contencioso administrativa* los que en su caso entraran a pronunciarse sobre este punto . Siendo el principio razonable la interpretación consistente en entender que sea la sociedad de propósito específico y no la entidad adjudicataria, la que afecte formalmente la adjudicación de la concesión minera, de forma que con ello se garantice que dicha sociedad sea la titular de la concesión , desde un primer momento.

Habiéndose igualmente respaldado el hecho de que la sociedad de propósito

específico no esté participada íntegramente por la entidad licitadora que resultó adjudicataria, sino que cuente con una determinada participación de la entidad que aporta a aquella su solvencia al amparo del artículo 63 del TRLCSP.

En cuanto al porcentaje de aportación de capital efectuado a la SPE , y en concreto si se debe de fijar un mínimo que garantiza el control de la misma , de nuevo se trata de una cuestión no contempladas en la normativa reguladora de la mineras de los preceptos del TRLCSP , y por tanto sujeta a interpretación.

Sobre si la entidad adjudicataria y la sociedad de propósito específico de acuerdo con la doctrina del Consejo de Estado -la más restrictiva este respecto- la interpretación más conforme con las disposiciones aplicables sería la que consiste en entender que cuando la entidad portadora de solvencia, a efectos del artículo 63 del TRLCSP , realiza a la SPE una aportación de capital al que implique la toma de control efectivo sobre esta , en perjuicio de la entidad licitadora , la aceptación de la adjudicación por parte de la SPE requiere de la previa autorización por parte de la administración . Pero sin descartar que la interpretación contraria carezca de fundamento ya que la cuestión del cambio de control de las sociedades concesionarias no esta expresamente contemplada en la normativa reguladora.

Décimo.- De igual modo y ,a petición de las acusaciones particulares se trae al proceso como testigo al Jefe del Registro de Minas de Andalucía

Y más allá de aspectos , ciertamente mejorables , en la gestión del mismo lo cierto es que no se desprendió del interrogatorio ninguna irregularidad causalmente conectada con el concurso y proceso de adjudicación de las actividades extractivas de explotación de los recursos existentes en la reserva minera de Aznalcóllar , y tan es así que no se solicitó tampoco tras haber aclarado su fecha de incorporación al cargo la testifical de su antecesor .

EN SUMA , descartada la existencia de indicios de responsabilidad penal al no acreditarse la existencia un concreto ánimo subjetivo compartido por todos los investigados , sumado al conocimiento fehaciente de la injusticia de su acción como exigencias propias de la prevaricación , debe concluirse que los elementos objeto de controversia son cuestiones puramente administrativas y , así en concreto ,

- Quienes han de considerarse licitadores en la adjudicación
- La admisión en el concurso de sociedades de propósito específico como Minera Los Frailes
- La integración y la acreditación de la solvencia técnica , económica y financiera
- Y la corrección y valoración del proyecto que resultó "vencedor" en el concurso

Aspectos , todos ellos , que deberán ser objeto de pronunciamiento por la Sala de lo Contencioso Administrativo como órgano al que naturalmente corresponde el pronunciamiento por razón de la materia , efectuando las correspondientes valoraciones desde parámetros estrictamente jurídicos y técnicos , conforme a normativa y doctrina administrativa y conforme a la jurisprudencia contencioso- administrativa .

En atención a lo expuesto,

Juzgado de

PARTE DISPOSITIVA

Se decreta el sobreseimiento provisional y archivo de las presentes actuaciones , con expresa remisión a los argumentos que se exponen en el cuerpo de esta resolución y reserva , asimismo , de las acciones procedentes ante el orden jurisdiccional contencioso administrativo .

Contra la presente resolución caben recursos de reforma ante este juzgado en el plazo de tres días y/o recurso de apelación ante la audiencia Provincial de Sevilla en el plazo de cinco días desde su notificación.

Así por este mi auto lo dispone manda y firma doña Patricia Fernández Franco Magistrado-Juez titular del juzgado de instrucción número tres de Sevilla .

Diligencia: seguidamente se cumple lo ordenado por su señoría . Doy fe .

Juzgado de Guardia