

En el Auto dictado el 7 de mayo de 2015 por el Juzgado de Instrucción nº 3 de Sevilla se ponen de manifiesto supuestas irregularidades en la tramitación del procedimiento administrativo seguido para la adjudicación de las actividades extractivas de explotación de los recursos existentes en la zona de Aznalcóllar (Sevilla).

Primera. Sobre la normativa del Concurso Minero.

El artículo 4 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (TRLCSP) establece lo siguiente:

"1.- Están excluidos del ámbito de la presente Ley los siguientes negocios y relaciones jurídicas:

(...) Las autorizaciones y concesiones sobre bienes de dominio público y los contratos de explotación de bienes patrimoniales distintos a los definidos en el artículo 7, que se regularán por su legislación específica salvo en los casos en que expresamente se declaren de aplicación las prescripciones de la presente Ley.

2. Los contratos, negocios y relaciones jurídicas enumerados en el apartado anteriores se regularán por sus normas específicas, aplicándose los principios de esta Ley para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse"

Por lo tanto el Concurso Minero se ha de regir por la legislación minera aplicándose de manera supletoria la Ley de Contratos del Sector Público.

Segundo.- Sobre el procedimiento.

El artículo 21.3 del REAL DECRETO 2857/1978. de 25 de agosto, por el que se aprueba el Reglamento General para el Régimen de la Minería establece que:

"3. Cuando el Gobierno decida no asumir la explotación de recursos cuya investigación se haya realizado directamente por el Estado y por Decreto acuerde cederla, la adjudicación se resolverá por concurso público entre empresas españolas y extranjeras, en virtud de lo establecido en el punto 3. apartado b). y punto 4 del artículo 11 de la Ley y 13 de este Reglamento.

Los trámites para la resolución del concurso serán los siguientes:

- a) La convocatoria se publicará en el Boletín Oficial del Estado.
- b) El plazo para presentar las proposiciones será de tres meses, contados desde aquella publicación.
- c) Las proposiciones se presentarán en el Registro General del Ministerio de Industria y Energía, en sobre cerrado y dirigidas al Director general de Minas e Industrias de la Construcción, indicando el concurso a que se refieren.



d) La simple presentación de plicas no necesitará acreditar personalidad alguna, pero quienes acudan al concurso tendrán que hacerlo por sí mismos o representados por persona autorizada mediante poder bastante.

e) Toda proposición se ajustará al modelo de escrito en el pliego de condiciones. Sin embargo, los licitadores estarán facultados para sugetlr en sus propuestas las modificaciones que, sin menoscabo de lo establecido en los sin menoscabo de lo establecido en los pliegos, puedan concurrir a la mejor ejecución del contrato."

f) La apertura de plicas se verificará por una Mesa, constituida por:

El Director general de Minas e Industrias de la Construcción, como Presidente, que podrá ser sustituido por uno de los Subdirectores del Centro.

Un Abogado del Estado del Ministerio de Industria y Energía.

El Interventor Delegado de dicho Departamento.

El Director general del Patrimonio del Estado o persona en quién delegue.

Dos funcionarios de la Administración, designados por la Dirección General de Minas e Industrias de la Construcción.

Un funcionario del Cuerpo Técnico de la Administración del Estado, nombrado igualmente por dicha Dirección General, que actuará de Secretario sin voto."

Por parte de este Interventor se constata el cumplimiento del citado precepto, comprobando:

- Por Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas de 13 de Enero de 2014 (BOJA nº 10 de 16 de enero de 2014) 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. En la misma convocatoria se establece un plazo de tres meses para la presentación de solicitudes. Mediante certificado emitido por el responsable del Registro de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo donde se acredita la presentación en plazo de tres ofertas.
- Las ofertas son analizadas por una mesa constituida por:

La Directora General de Industria, Energía y Minas.

Un Letrado del Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía.

El Interventor Delegado de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo.

Un funcionario representante de la Consejería de Hacienda y Administración Pública.

Un funcionario de la Consejería de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio.

El Jefe de Servicio de Minas de la Dirección General de Industria, Energía y Minas.

El Jefe de Departamento de Ordenación Minera actuado como Secretario.

Por otro lado y dada la complejidad del análisis de la documentación aportada por lo licitadores por la mesa se acuerda proceder a nombrar una comisión técnica para la valoración de los proyectos compuesta por:



- Dos personas funcionarias de la Delegación Territorial de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, se nombran una Funcionaria de del Cuerpo Superior Facultativo de Ingenieros de Minas, Asesora Técnica de Ordenación Minera y otra del Cuerpo Superior Facultativo de Ingenieros de Montes, Asesora Técnica de Restauración de Impactos Mineros.
- Dos personas funcionarias en el ámbito de Medio Ambiente de la Delegación territorial de Medio Ambiente y Ordenación del Territorio en Sevilla, se nombran al Jefe de Servicio de Protección Ambiental y al Jefe de Servicio de la Red de Espacios Naturales Protegidos.
- Una persona empleada pública de la Agencia de Innovación y Desarrollo de Andalucía, con experiencia en valoraciones económicas y financieras, se nombra al Gerente de Inversiones en la Provincia de Málaga de Invercaria-Gestión, empresa pública adscrita a la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo, Licenciado en Económicas y Empresariales.
- Una persona funcionaria del servicio de Minas de la Dirección General de Industria, Energía y Minas, un funcionario del Cuerpo Superior Facultativo de Ingenieros de Minas, Jefe de Área de Minas.

Estas designaciones evidencian el carácter técnico y multidisciplinar de la comisión técnica.

Tercero. Sobre los requisitos de la adjudicataria

La primera reunión de la mesa de contratación se llevó a cabo el día 28 de abril del 2014, estando válidamente constituida se procedió a la apertura del sobre nº 1 y del sobre nº 2.

- La entidad NYRSTAR no aporta en su práctica totalidad los documentos con los requisitos establecidos en las bases de la convocatoria por lo que se le solicita subsanación.
- La entidad Emerita Resources España S.L.U se le requiere compromiso de que en el caso de que resultara adjudicataria del concurso, la entidad Forbes&Manhattan se compromete aportarle la solvencia exigida. Asimismo, para acreditar el cumplimiento del apartado 1, punto 1.3, del Anexo 1.2 SOLVENCIA DEL LICITADOR, deberá aportar los ejercicios correspondientes a los años 2011 y 2012, así como una aclaración del presupuesto del anteproyecto de explotación, sin que incluyan inversiones de otros conceptos.
- La entidad Grupo México-Minorbis se le requiere original o fotocopia compulsada del resguardo acreditativo de la fianza provisional, que acreditara documentalmente que en el caso de que resultara adjudicataria del concurso, la entidad Grupo México (SOUTHERN CORPORATION) se compromete a aportarle la solvencia económica-financiera y técnica exigida. Se le requiere la presentación de la documentación relativa a la solvencia financiera y técnica, tal como son requeridos en el anexo 1.2 SOLVENCIA DEL LICITADOR. Y finalmente se le requiere la aportación del anteproyecto de explotación debidamente firmado por técnico competente y visado por



colegio profesional con competencia para ello, conforme a lo regulado en el punto 6 del anexo I.

Se le notifica a cada una de las empresas la necesidad de subsanar las deficiencias debiendo aportar la documentación solicitada en el plazo de tres días. Reunida nuevamente la mesa del concurso con fecha 6 de mayo de 2014, se comprueba que la documentación ha sido aportada correctamente y en el plazo dado siendo tanto Emerita Resources España S.L.U como Grupo México-Minorbis admitidas a la licitación. NYRSTAR no atiende el requerimiento siendo excluida de la licitación.

Posteriormente, y siguiendo las bases del concurso, la mesa se vuelve a reunir con fecha 20 de junio de 2014 para aceptar la propuesta de la comisión técnica de que ambas entidades Emerita Resources España, S.L.U y Grupo México-Minorbis pasen a la segunda fase del concurso, dictándose con fecha 14 de julio de 2014 Resolución de la Dirección General de Industria , Energía y Minas

Finalmente se vuelve a reunir la mesa de concurso con fecha 20 de febrero de 2015 para, tras el análisis del informe de la comisión técnica y teniendo en cuenta la puntuación obtenida por los licitadores, proponer como adjudicataria a Minorbis-Grupo México, al ser la entidad que mayor puntuación ha obtenido, dictándose Resolución de la Dirección General de Industria, Energía y Minas con fecha 25 de febrero de 2015 .

Cuarta.- De los requisitos de solvencia de la adjudicataria.

Dado que se pone en cuestión la solvencia de la licitadora Minorbis, S.L., **se hace preciso reproducir el contenido del artículo 63 TRLCSP (antiguo artículo 52 LCSP) así como precisar su alcance.**

El **artículo 63 TRLCSP** establece que *“Para acreditar la solvencia necesaria para celebrar un contrato determinado, el empresario podrá basarse en la solvencia y medios de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas, siempre que demuestre que, para la ejecución del contrato, dispone efectivamente de esos medios”.*

Como advirtió la Junta Consultiva de Contratación de Aragón, en informe 29/2008, de 10 de diciembre, en cuanto al antiguo artículo 52 LCSP (actual artículo 63 TRLCSP), *“el precepto, por su situación dentro del articulado del TRLCSP, puede dar lugar a diversas interpretaciones si se considera únicamente su dicción literal, además es un precepto con un contenido novedoso en el ordenamiento jurídico español de los contratos públicos. Sin embargo, es un artículo que trae su causa directamente de la transposición de la Directiva 2004/18/CE. Por lo tanto, si la interpretación del TRLCSP debe hacerse en todo caso secundum directivam, más aún en este caso habrá que acudir a la Directiva 2004/18 y a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) para delimitar cuál es el ámbito de aplicación del artículo 63 TRLCSP.”*

La doctrina del TJUE sobre la cuestión de la integración de la solvencia por medios externos - contenida en tres importantes sentencias de 14 de abril de 1994 (asunto C-389/92), de 18 de diciembre de 1997 (asunto C-5/97) y de 2 de diciembre de 1999, (asunto C-176/98)- fue incorporada a la **Directiva 2004/18/CE**, cuyo **artículo 47**, relativo a la “Capacidad económica y financiera”, dispone que:



“1. En general, la justificación de la capacidad económica y financiera del operador económico podrá acreditarse por uno o varios de los medios siguientes:

a) declaraciones apropiadas de bancos o, en su caso, justificante de la existencia de un seguro de indemnización por riesgos profesionales;

b) la presentación de balances o de extractos de balances, en el supuesto de que la publicación de los mismos sea obligatoria en la legislación del país en el que el operador económico esté establecido;

c) una declaración sobre el volumen global de negocios y, en su caso, sobre el volumen de negocios en el ámbito de actividades de que es objeto el contrato, correspondiente como máximo a los tres últimos ejercicios disponibles en función de la fecha de creación o de inicio de las actividades del operador económico, en la medida en que se disponga de las referencias de dicho volumen de negocios.

2. En su caso, y para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. En tal caso, deberá demostrar ante el poder adjudicador que dispondrá de los medios necesarios, por ejemplo, mediante la presentación del compromiso de dichas entidades a tal efecto.”

En el mismo sentido el **artículo 48.2 de la Directiva** referido a la “Capacidad Técnica y profesional” después de enumerar los medios admisibles, establece que: “Para un contrato determinado, el operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tenga con ellas. Deberá demostrar que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato, por ejemplo mediante el compromiso de dichas entidades de poner a disposición del operador económico los medios necesarios”.

Como advierte la **Junta Consultiva de Contratación de Aragón**, en el trascendente **informe 29/2008, de 10 de diciembre** (el subrayado es nuestro)

“De la dicción literal de los artículos 47 y 48.2 de la Directiva 2004/18/CE se deduce que sin lugar a duda, la integración de la solvencia con medios externos a la que se refiere el artículo 52 LCSP (actual artículo 63 TRLCSP) es aplicable para acreditar tanto la solvencia técnica y profesional como la económica o financiera y que la mención que se hace en ese artículo a los medios para la ejecución del contrato no puede utilizarse para interpretarlo restrictivamente en el sentido de que solo la capacidad relativa a los medios materiales o personales necesarios para la ejecución del contrato podrá completarse con la aportación de los medios de otras entidades. En cuanto a la posibilidad de que haya que entender que la integración de la solvencia con medios externos no resulta aplicable cuando se exigen requisitos referidos a circunstancias propias de la empresa que pueden entenderse como “personalísimas”, bien sea la aportación de una declaración de una entidad



financiera sobre la solvencia económica del licitador o la acreditación de una determinada experiencia que son los supuestos que se plantean como ejemplos en la consulta, es esta una interpretación que no es conforme con el tenor literal de la Directiva, la cual en los artículos 47.2 y 48.2 se refiere a la acreditación de la capacidad del licitador con medios externos sin establecer diferencias. El apartado primero del artículo 47 enumera como medios para acreditar la solvencia económica o financiera la declaración de solvencia formulada por un banco, la presentación de balances y la declaración sobre volumen de negocio, medios todos ellos que hacen referencia a circunstancias relacionadas con la situación del licitador y no con sus medios materiales o personales, y sobre ellos permite en el apartado segundo la integración de solvencia con medios externos. (...)Por lo tanto en la Directiva 2004/18 no existe a priori, ninguna restricción en relación a los medios en los que se puede completar la solvencia de una empresa con la capacidad de otra, así se desprende también de la Sentencia Holst Italia antes citada que se refiere precisamente a un supuesto en el que se exigían como requisitos de solvencia un determinado volumen de negocio y una experiencia mínima en contratos similares, requisitos que según concluye la sentencia un licitador podrá completar con la capacidad de otras entidades.

Ahora bien, hay que admitir que es difícil imaginar la integración con medios externos en los supuestos del artículo 47.1 párrafos a) y b) de la Directiva, traspuestos al ordenamiento jurídico español en el artículo 64.1 LCSP apartados a) y b) que se refieren a la acreditación de solvencia mediante la aportación de declaraciones de entidades financieras, justificantes de la existencia de seguro profesional, presentación de cuenta anuales o de libros de contabilidad.

En cualquier caso la Directiva indica expresamente que la admisibilidad de la integración de solvencia con medios externos queda condicionada a que el licitador demuestre que dispondrá de los medios necesarios para la ejecución del contrato. En ese mismo sentido la jurisprudencia del TJCE hace hincapié en que corresponde a la entidad adjudicadora comprobar que el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo que haya invocado, y que esa disponibilidad no se presume, por lo que el órgano al que corresponda apreciar la solvencia de los licitadores o candidatos presentados a un procedimiento de adjudicación deberá examinar minuciosamente las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar a la entidad adjudicadora que en el periodo al que se refiere el contrato el licitador podrá efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados. Hay que entender pues, la integración de solvencia con medios externos como una posibilidad admisible únicamente cuando quede totalmente garantizada la ejecución del contrato siendo recomendable que en los pliegos de cláusulas administrativas se recoja expresamente que si los licitadores acuden a la posibilidad que les brinda el artículo 52 LCSP, se les exigirá demostrar que para la ejecución del contrato dispondrán de los medios aportados a través de otra entidad mediante la exhibición del correspondiente documento de compromiso y que en caso de resultar adjudicatario del contrato el licitador se compromete a ejecutar el mismo con los mismos medios que ha aportado para acreditar su solvencia. Asimismo, en estos supuestos debería recogerse específicamente en el contrato dicha circunstancia, adjuntando los compromisos debidamente formalizados".



Por lo tanto, interpretando el artículo 63 TRLCSP (antiguo artículo 52 LCSP), de acuerdo con la Directiva 2004/18/CE y la jurisprudencia comunitaria, y trasladando tales previsiones al supuesto que nos ocupa hay que concluir que Minorbis, S.L. podía acreditar tanto la solvencia técnica y profesional como la económica o financiera presentando un documento de compromiso acreditativo de que contaría con los medios de Grupo México para la ejecución del proyecto minero, si bien la Mesa del concurso tenía que examinar las pruebas aportadas por el licitador al objeto de garantizar que podría efectivamente utilizar los medios de todo tipo invocados.

En las bases del concurso público para la adjudicación de las actividades extractivas de explotación de los recursos existentes en la reserva minera de Aznalcóllar está prevista la inclusión en la comisión técnica de una persona empleada pública con experiencia en valoraciones económicas y financieras (Anexo I, apartado 4).

En ese sentido, con carácter previo a la constitución de la Mesa de apertura de las solicitudes, la Directora General de Industria, Energía y Minas solicitó a la Presidencia de INVERCARIA la designación de una empleada pública de dicha entidad que pudiera prestar asesoramiento en la validación de la acreditación de la solvencia económica y financiera de las empresas, advirtiendo que *“la complejidad de esta validación se deriva de que en las tres propuestas presentadas hay empresas extranjeras, por lo que debe establecerse la reciprocidad de la documentación acreditativa con la exigida para empresas españolas”*. La persona designada para asistir a la Mesa fue Doña Pilar Trujillano, técnico de análisis.

Constituida la Mesa, se constata que la licitadora Minorbis, S.L. presenta para acreditar su solvencia económica y técnica:

- Copia del informe anual 2012 del Grupo México, empresa que cotiza en el mercado de valores de Estados Unidos, por lo que su información financiera es de carácter público, advirtiéndose en dicho informe que *los fondos propios de GM ascienden a 10.090 millones de dólares, superando con creces el 30% del importe necesario para el anteproyecto presentado en esta fase del concurso*. También se adjunta copia de la Declaración sobre volumen global de negocios en el ámbito de actividades correspondientes al objeto de la adjudicación. Se especifica en los documentos que la información financiera y datos estadísticos han sido extraídos de la página web de grupo México (<http://www.gmexico.com.mx/inversionistas/informacion-financiera.php>).
- un Memorándum de entendimiento, en cuyo Exponen IV se dispone que *“Las partes actualmente están llevando a cabo pláticas, discusiones y negociaciones de buena fe, concernientes a la posible realización de una alianza (“el Consorcio”) (...)”* añadiéndose en la Estipulación Primera que *“el presente instrumento tiene por objeto manifestar la intención de las Partes para continuar entre ellas, de buena fe, con las pláticas y reuniones de trabajo no vinculantes, que tendrán como objeto el establecimiento de los términos y condiciones para la posible realización del Consorcio (...)”*, advirtiendo la Estipulación Segunda que *Grupo México podría darlo por terminado de manera anticipada en cualquier momento y sin responsabilidad mediante un simple aviso de terminación con cuando menos 10 (diez) días naturales de anticipación, en caso de que, a su sola elección, determine que el Proyecto no es viable económicamente”*.



Tras estudiar Doña Pilar Trujillano Mantilla la documentación financiera facilitada por Grupo México confirma a la Mesa que dicha documentación acredita suficientemente la solvencia de la empresa extranjera.

Esto no obstante, a la vista de la poca claridad de dicho *Memorándum de entendimiento* para acreditar la solvencia económica y técnica de la licitadora, la Mesa del concurso requirió a Minorbis, S.L. para que acreditara documentalmente que, en caso de resultar adjudicataria del concurso, la entidad Grupo México se comprometía a aportarle la solvencia económica-financiera y técnica exigida.

La licitadora aportó una "*Declaración conjunta de compromiso*" en la que quedaba claro que, para la ejecución del proyecto, Grupo México respaldaba a Minorbis, S.L.U. en los aspectos de solvencia económica-financiera y técnica exigidos conforme a las bases del concurso.. Por lo tanto, a la vista de tan incondicionado respaldo, la Mesa, en aplicación del artículo 63 TRLCSP, consideró acreditada la solvencia de Minorbis, S.L. , teniendo, también en cuenta que un rigor desmesurado actuaría en detrimento del principio de concurrencia que ha de presidir la contratación pública (Vid. Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2004, Sentencia del Tribunal Constitucional 141/93, de 22 de abril, así como las resoluciones del Tribunal Administrativo Central de Recursos contractuales 237/2012, de 31 de octubre y 271/2012, de 30 de noviembre e informes de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa 26/97, de 14 de julio; 13/92, de 7 de mayo; y 1/94, de 3 de febrero).

Quinto.-El resto de asuntos planteados en el Auto se refieren a cuestiones técnicas verificadas por los miembros de la mesa con tales conocimientos:

- **“ el equipo técnico mínimo, es puntuado con la nota máxima de diez por la comisión técnica pese a las evidentes carencias que presenta, con múltiples documentos no convalidados , siquiera, y evidentes deficiencias cuantitativas y cualitativas”**

La calidad técnica fue evaluada por la comisión técnica, capacitada para ello. Ambas empresas aportaron copias de curriculum y títulos, que deberán ser acreditados por la adjudicataria cuando se le requiera.

- **“ en el apartado de maquinarias, material y equipo técnico no se observan tampoco cumplidas las exigencias que consigna el punto 2.4 del anexo 1.2 y la maquinaria citada se encuentra además en América”**

La solvencia en este aspecto se demuestra por la capacidad de contratar maquinaria, no por expresar las que efectivamente trabajarán en el proyecto. La otra empresa tampoco dispone de maquinaria en la zona.

- **“ Anomalías que se extienden a los requisitos del punto 2.5”**

No se observan anomalías

- **“Por lo que se refiere al plan de investigación y pese a que el terreno objeto de concurso se compone de 72 cuadrículas mineras, en el informe de la comisión**



técnica, el cálculo respecto a Minorbis se hace respecto de 53 cuadrículas en lugar de 72, alternado de esta forma las valoraciones obtenidas”

De acuerdo con el apartado” Desarrollo de los criterios” del Anexo a la Resolución de 14 de julio de 2014 de la Dirección General de Industria, Energía y Minas: el presupuesto de inversión mínimo por cuadrícula minera investigada será de 15.809 € deberá definirse en la propuesta el número de cuadrículas sobre las que se va a realizar la inversión.

La entidad Emerita, su presupuesto total destinado a la explotación de la zona Minera de Aznalcóllar asciende a 11.460.083 €, indican que, dado que el proyecto cuenta con 72 cuadrículas mineras, la inversión por cuadrícula minera será de 159.168 €

Minorbis, su presupuesto total dedicado a la investigación de la zona Minera Aznalcóllar es de 7.146.405 € siendo 53 las cuadrículas mineras investigadas, por lo que la inversión por cada una de ellas será de 134.838 €.

Por todo lo anterior, el Interventor que suscribe, a la vista de la información puesta a disposición de la mesa de contratación y de la propia asistencia a la sus reuniones como vocal, concluye que la actuación de la misma se ha ajustado a Derecho.

En Sevilla a 14 de mayo de 2015

