

EL AGENTE SMILEY Y LA MEMORIA JUSTIFICATIVA

Alfonso DE LA HOZ GONZÁLEZ



With a little luck.

Paul McCartney



ECUERDO, hace ya unos cuantos años, como en el famoso programa televisivo «El Hormiguero», dirigido por el formidable presentador Pablo Motos, dedicaban gran parte de la emisión a cómo fabricar una varita mágica. Estaban entonces de moda los libros de la escritora inglesa J. K. Rowling sobre el mago juvenil Harry Potter. Sin salirnos del ámbito británico, desearía escoger a otro personaje de ficción para el asunto que, Dios mediante y siempre con el beneplácito del director de esta prestigiosa y señera publicación naval, intentaré exponer a continuación. Se trata de un hombre de mediana edad, de corta vista y estatura, aquejado de cierto sobrepeso y con una incipiente alopecia, a quien su esposa, la siempre mundana y aristocrática Ann, acostumbra a engañar con otros hombres —entre ellos el traidor Bill Hayden, trasunto novelesco de Kim Philby—, situación que lleva con cierta resignación porque está profundamente enamorado, pero en ningún caso con su anuencia, puesto que nuestro héroe no es un consentido. Solitario, analítico, cerebral y con un profundo conocimiento de los poetas alemanes del Barroco, el agente George Smiley es, sin duda, la conciencia del Circus, a decir de su creador, el novelista británico John Le Carré (1931-2020).

De un tiempo a esta parte, la doctrina contractual generada a partir de la vigente Ley 9/2017, de 8 de noviembre de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de



John le Carré, creador del agente Smiley.
(Foto: www.wikipedia.org)

2014 (LCSP) —que ya ha pasado por cinco modificaciones, tres correcciones, tres actualizaciones y la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de tres de sus artículos— aconseja como buena práctica que la Memoria Justificativa incluya el mayor número de elementos definidos en la LCSP a fin de cumplimentar, entre otros, los principios de transparencia y buena administración.

¿Cómo abordaría tal cuestión George Smiley? Fiel a su metodología tradicional, se frotaría los ojos e iniciaría un rutinario control de seguridad, escrutando fijamente su mesa de trabajo en busca del pequeño tomo de la LCSP, seguramente editado por Tecnos o Civitas, aunque también podría valerse de alguno de los libritos de la editorial Tirant Lo Blanch. Acto seguido

buscaría el artículo 63.3, en el que se establece exactamente:

En el caso de la información relativa a los contratos, deberá publicarse al menos la siguiente información:

a) La memoria justificativa del contrato, el informe de insuficiencia de medios en el caso de contratos de servicios, la justificación del procedimiento utilizado para su adjudicación cuando se utilice un procedimiento distinto del abierto o del restringido, el pliego de cláusulas administrativas particulares y el de prescripciones técnicas que hayan de regir el contrato o documentos equivalentes, en su caso, y el documento de aprobación del expediente.

Como puede comprobarse, el texto legal distingue entre la memoria justificativa, el PPT, el PCAP, una justificación en el caso de que el procedimiento no sea abierto o restringido y la tantas veces solicitada certificación de insuficiencia de medios que con carácter general firma el almirante de Personal

(ALPER) y cuando se trata de contratos menores o de los denominados por la doctrina contratos abiertos simplificados abreviados (o bien, contratos abiertos supersimplificados), es decir los referidos en el artículo 159.6 de la LCSP, por el correspondiente jefe de la Unidad, Centro u Organismo (UCO), según la Orden de Servicio 3/21 del director general de Asuntos Económicos del Ministerio de Defensa (DIGENECO) sobre «Insuficiencia de medios y buenas prácticas en la contratación de servicios a fin de evitar la cesión ilegal de trabajadores».

El intendente de Las Palmas, una especie de sosias de Peter Guillam —el más estrecho discípulo y colaborador de Smiley— presentó una moción solicitando que los contratos basados de valor estimado menor al de los contratos del artículo 159.6, o en su defecto al de los contratos menores, también fueran susceptibles de ser acompañados por un certificado de insuficiencia de medios firmado por el jefe de la UCO; iniciativa que no prosperó, pero sobre la que habrá que volver tarde o temprano, en aras de la celeridad administrativa.

En cualquier caso, la Memoria Justificativa, debe acometerse con cierto rigor y probar su contenido con razones convincentes o documentos, pues no otra cosa significa la voz «justificativa» y cabe decir que la LCSP es bastante exigente en ese aspecto, de ahí que en su artículo 28 exija que solamente podrán celebrarse aquellos contratos que sean necesarios para el cumplimiento y realización de los fines institucionales de las entidades del sector público, debiendo determinarse con precisión en la documentación preparatoria la naturaleza y extensión de las necesidades que pretenden cubrirse mediante el contrato proyectado, así como la idoneidad de su objeto y contenido para satisfacerlas. Todo ello, de acuerdo con los principios de necesidad, idoneidad y eficiencia.

Smiley, que siempre ha sido un hombre metódico en sus razonamientos, no se conformaría con permanecer en la superficie del texto legal. Antes, al contrario, podemos estar seguros de que se sumergiría en las profundidades reglamentarias a la búsqueda de alguna señal o destello para conseguir verificar algunas primeras impresiones que le permitieran advertir un enfoque más preciso de la cuestión. Por ello, seguramente atisbaría que, en relación a las actividades preparatorias de los expedientes de contratación, el artículo 73.2 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas nos indica claramente que: «Se unirá informe razonado del servicio que promueva la contratación, exponiendo la necesidad, características e importe calculado de las prestaciones objeto del contrato».

Y en el caso de nuestros arsenales, los órganos proponentes no son otros que las Jefaturas de Aprovisionamiento, Mantenimiento, Infraestructuras e Ingeniería y Construcciones, amén de las Ayudantías Mayores que paulatinamente deberían ir sustituyendo a las Secciones de Gestión Económica de las Intendencias en lo referente a la preparación de los contratos de limpieza y

demás externalizaciones, a fin de desmentir la existencia de los nonatos Centros Económicos y Material (CEM) de las Intendencias, aunque digan los gallegos que haberlos haylos.

Llegados a este punto, no me cabe la menor duda de que el agente Smiley volvería sobre sus pasos con el presentimiento de haberse olvidado algún elemento susceptible de matización por el camino. Se serviría una taza de Rosie Lee, que no es más que otra forma excéntrica por británica o británica por excéntrica de referirse al té y volvería a consultar el tomito de la LCSP, para abrirlo por el artículo 116.4, que establece:

En el expediente se justificará adecuadamente:

- a) La elección del procedimiento de licitación.*
- b) La clasificación que se exija a los participantes.*
- c) Los criterios de solvencia técnica o profesional, y económica y financiera, y los criterios que se tendrán en consideración para adjudicar el contrato, así como las condiciones especiales de ejecución del mismo.*
- d) El valor estimado del contrato con una indicación de todos los conceptos que lo integran, incluyendo siempre los costes laborales si existiesen.*
- e) La necesidad de la Administración a la que se pretende dar satisfacción mediante la contratación de las prestaciones correspondientes; y su relación con el objeto del contrato, que deberá ser directa, clara y proporcional.*
- f) En los contratos de servicios, el informe de insuficiencia de medios.*
- g) La decisión de no dividir en lotes el objeto del contrato, en su caso.*

Evidentemente, el apartado e) debe formar parte de la Memoria Justificativa, pero ¿Y los demás apartados? Puestos a justificar, ¿Por qué no incluirlos en la Memoria Justificativa?

Posiblemente el lector algo avezado en contratación administrativa le replicaría a Smiley que esos apartados ya se incluyen en el PCAP. Nuestro agente británico, cargándose de paciencia, sacaría de su bolsillo su encendedor de oro con la inscripción grabada: «Para George de Ann con todo mi amor» y tras fumar un cigarrillo, seguramente evocaría a la siempre joven y disoluta Lady Ann Sercombe, temiendo y sospechando su presencia en algún paraje de la campaña inglesa, acompañada por alguno de sus amantes. A continuación, desearía tan dañinos pensamientos y expondría que al órgano proponente no solo le cabe la opción de realizar una propuesta de cláusulas en el PCAP, junto a la memoria justificativa y al PPT, tal y como se venía realizando durante la vigencia del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprobaba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público; sino que además, tras la entrada en vigor de la actual LCSP, desde la Secretaría de Estado de Defensa (SEDEF) se publicó la Instrucción 27/2018 de 18 de mayo por la que se establecen directrices de contratación en el ámbito del Ministerio

de Defensa, recientemente modificada por la Instrucción 17/2021 de 10 de marzo de SEDEF. En el anexo III de la Instrucción original, que lleva por título: *Propuesta de Contratación del Servicio Proponente a tener en cuenta en la elaboración del PCAP*, se incluyen los apartados a), b), c), d) y g) del ya referido artículo 116.4 de la LCSP.

Dado que la Memoria Justificativa ya incluye al apartado e), bien podría ir acompañada del resto de apartados —excepto el f) cuya documentación se aporta por ALPER o el jefe de la UCO en su caso— que, al fin y al cabo, también pueden ser propuestos por el órgano proponente tal y como se regula en el meritado anexo III de la citada instrucción de SEDEF.

En ese sentido se viene manifestando la doctrina, dado que la LCSP no especifica en qué documento deben figurar gran parte de los aspectos relacionados en el artículo 116.4, aludiendo vagamente al expediente. ¿Por qué no incluir todos esos aspectos del expediente de contratación en la memoria justificativa? Al fin y al cabo, el órgano proponente debe justificar muchas cuestiones, verbigracia, la ausencia de división por lotes. ¿Qué mejor documento entonces que la propia memoria justificativa?

Así, María Asunción Sanmartín Mora aboga por «adoptar como una buena práctica la redacción de una memoria del contrato que contenga todos los aspectos que la LCSP exige que queden justificados en el expediente, en aras de hacer efectivos los principios de transparencia y buena administración».

Por otra parte, José Miguel Carbonero Gallardo, ante el aumento de la exigibilidad de la justificación por parte de la LCSP, sostiene que «incorporar una memoria justificativa al expediente supone reducir el riesgo de olvidar y omitir alguna justificación».

El CEM entra en acción

A menudo he recibido la queja de algún jefe de Servicio del Arsenal que sostiene que el técnico que debe rellenar la memoria justificativa no tiene que ser necesariamente un experto en contratación administrativa. Antes de abordar esta espinosa cuestión, es preciso aclarar dos puntualizaciones. La primera consiste en recordar la vigencia del inicio del artículo 6.1 del Código Civil, que reza: «La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento». En cuanto a la segunda, la experiencia nos demuestra que la contratación es cosa de todos: desde el momento en que se plantea una necesidad hasta la devolución definitiva de la garantía, una vez finalizado, liquidado y abonado el contrato, son numerosos y diferentes los protagonistas que participan en su tramitación. Si bien las diligencias principales se realizan desde las secciones de contratación de las Intendencias, no podemos dejar de lado las importantísimas aportaciones del órgano proponente, del CEM único de los arsenales, de la sección de ejecución presupuestaria, de los servicios jurídicos, del



Base Naval de Las Palmas. (Foto: www.armada.mde.es)

responsable del contrato y por supuesto de nuestros queridos y egregios compañeros acogidos a la advocación de Nuestra Señora del Buen Consejo.

Volviendo al fatídico folio en blanco, al que debe enfrentarse el redactor de la memoria justificativa, conviene recordar que la vigente LCSP ha incrementado la exigencia de la motivación y de la justificación de manera considerable; por lo que conviene ir desterrando dos locuciones demasiadas veces escuchadas en la Armada. Me refiero a «el papel lo aguanta todo» y a *larguis huevis*, zafio sucedáneo de latinajo, completamente innecesario.

Con la nueva organización de la Armada, el CEM de los arsenales vuelve a recuperar su carácter económico-financiero vinculado a las necesidades de los servicios del arsenal, así como su papel impulsor de los expedientes de contratación; en la mejor tradición de las antiguas secciones económicas. La reciente incorporación de un segundo oficial al CEM único de los arsenales es un buen paso en ese sentido.

Y es en la redacción de las memorias justificativas donde el CEM tiene mucho que aportar, pues a la justificación de las necesidades planteadas, pueden añadirse todos los aspectos contractuales susceptibles de ser incluidos en el documento, debidamente motivados.

Cada vez que se plantea la necesidad de acometer un expediente de contratación debemos ser rigurosos con el uso que le vamos a dar al dinero de nuestros compatriotas, ya que la Constitución, cuyo cumplimiento y defensa todos

hemos jurado o prometido, establece que la programación y ejecución de los recursos públicos responderán a los criterios de eficiencia y economía. Por otra parte, el artículo 35 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas nos impone, con carácter general, la motivación con sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho; por lo que pueden impulsarse perfectamente desde los CEM memorias justificativas-tipo que ahuyenten los temores de los titulares de los servicios proponentes que inicialmente redacten este tipo de documentos, de modo que solo deban cumplimentar los aspectos técnicos, encargándose el CEM de la cobertura legal y contractual de la memoria.

De este modo, el CEM puede incluir en cada memoria justificativa aspectos contractuales del expediente como la solvencia técnica, económica o financiera que debe exigirse a los licitadores o el valor estimado y las posibles prórrogas o modificaciones, lo que permite determinar la extensión temporal del contrato. En definitiva, desde el CEM pueden articularse memorias-tipo, mediante una lista de comprobación (desterremos el uso del horrible anglicismo *Check list*) de los elementos contractuales que figuran en el anexo III de la Instrucción 27/2018 de SEDEF.

En cualquier caso, continuaremos estando bajo la espada de Damocles, empuñada por los órganos fiscalizadores quienes, haciendo gala de una inusitada imaginación, siempre nos sorprenden con la solicitud de alguna certificación que les dispense de tener que responder ante la Oficina Nacional de Auditorías (ONA).

La última incorporación que se me reclamó para completar el expediente de un suministro de naranjas para un buque de la Fuerza de Acción Marítima consistía en la certificación de que los cítricos en cuestión iban a destinarse a la alimentación de la dotación y no a su mero acopio. Razonaba mi bisoño y animoso interlocutor que, si las naranjas se destinaban a la alimentación, el expediente podría aplicarse al subconcepto presupuestario 221.05 (Productos alimenticios), pero si se destinaba al mero acopio, debía aplicarse al capítulo 6 del presupuesto, por cuanto suponía una inversión y, por lo tanto, se incrementaba el valor patrimonial del buque.

Gracias al estoicismo que se nos exige a los intendentes, pude explicarle que la naranja es un alimento perecedero, lo que según el Diccionario de la Real Academia Española significa: «Poco durable, que ha de perecer o acabarse».

Tal exhibición de erudición por mi parte no debió de convencer al animoso oficial, quien insistía en que debía firmar una declaración jurada, según la cual, las naranjas tenían como destino el servir de postre a la dotación del barco.

Como afortunadamente estudié el bachillerato de ciencias, lo que me permitió preparar con éxito el ingreso en la Escuela Naval Militar, recurrí al empirismo más evidente y pude convencer al incrédulo teniente de que el

acopio por un tiempo indefinido, de los cítricos en las baldas, estantes y anaqueles de la despensa, provoca más temprano que tarde, la aparición de un moho verdoso y blanquecino, que echa a perder la fruta por su descomposición; lo que nos lleva a su retirada, por el peligro que supone para la salubridad de la Unidad. A todo ello hay que añadir los gastos posteriores en la limpieza y desinfección de la despensa. Al final, convencí al representante del órgano fiscalizador de que el mero acopio de fruta como elemento decorativo resulta una inversión ruinosa y desistió de la solicitud del certificado adicional referido.

Conclusiones

La redacción prolija y detallada de la memoria justificativa, lejos de constituir una rémora burocrática, favorece la fluidez contractual, salvaguarda la responsabilidad del órgano proponente y de sus técnicos y actúa como agente catalizador del proceso administrativo de la contratación administrativa.

El CEM único del Arsenal puede acometer la redacción de memorias justificativas-tipo que permitan:

- Justificar la necesidad del gasto que se pretende realizar al iniciar un expediente de contratación.
- Homogeneizar la documentación justificativa de modo que los técnicos puedan cumplimentar cuál es el objeto a contratar y su extensión temporal (de ahí que resulte ineludible el incluir el valor estimado).

BIBLIOGRAFÍA

- CARBONERO GALLARDO, J. M.: Motivación y justificación en los expedientes y procedimientos tras la Ley de Contratos del Sector Público 2017. Consultor de los ayuntamientos y los juzgados: Revista técnica especializada en administración local y justicia municipal. Núm. Extra 2. 2020.
- SANMARTÍN MORA, María Asunción: «La memoria justificativa del expediente: alcance y contenido» Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas. Núm. 157. 2018.
- Página *web* del Observatorio de Contratación Pública, <http://www.obcp.es/monitor/consecuencias-de-la-falta-de-publicacion-de-la-memoria-justificativa-del-contrato>.
- Resolución 1141/2018 Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales.