



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_enero-junio 2024 | pp. 275-290
Santiago de Compostela, 2024
<https://doi.org/10.36402/regap.v67i1.5203>
© Ricardo Rivero Ortega
ISSN-e: 1132-8371 | ISSN: 1132-8371
Recibido: 09/04//2024 | Aceptado: 03/12/2024
Editado bajo licencia Creative Commons Attribution 4.0 International License

Temos balas de prata
contra a corrupción na
contratación pública?

¿Tenemos balas de plata contra la corrupción en la contratación pública?

67 Regap

Are there silver bullets in
the war against corruption
in public procurement?

Regap



ESTUDIOS

RICARDO RIVERO ORTEGA
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca
ricriv@usal.es

Resumo: A persistencia da corrupción na contratación pública demostra o fracaso das medidas adoptadas ata agora. A súa insuficiencia explica as exixencias antifraude adicionais na execución dos fondos do plan de recuperación, así como unha nova proposta de directiva sobre corrupción. Este artigo cuestiona que tales reformas legais sexan efectivas sen as ferramentas de intelixencia artificial, aínda que tampouco nos achegarán “balas de prata” se non cambiamos a estratexia regulatoria.

Palabras clave: contratos públicos, corrupción, Dereito administrativo, intelixencia artificial

Resumen: La persistencia de la corrupción en la contratación pública demuestra el fracaso de las medidas adoptadas hasta ahora. Su insuficiencia explica las exigencias antifraude adicionales en la ejecución de los fondos del plan de recuperación, así como una nueva propuesta de directiva sobre corrupción. Este artículo cuestiona que tales reformas legales sean efectivas sin las herramientas de inteligencia artificial, aunque tampoco nos aportarán “balas de plata” si no cambiamos la estrategia regulatoria.

Palabras clave: contratos públicos, corrupción, Derecho administrativo e intelixencia artificial

Abstract: The persistence of public procurement corruption shows the failure of measures applied till now. Their insufficiency explains the complementary requirements against fraud in the execution of the recovery plan funds, and a new proposal of Directive on corruption. This paper questions that these legal reforms will be effective without the tools of artificial intelligence, although AI not give us “silver bullets” if we don’t change our regulatory strategy.

Key words: public procurement, corruption, AI and administrative law

SUMARIO: I. Historias de corrupción en la contratación pública. II. ¿Por qué no logramos evitarla? III. Ejemplos de sentencias y casos. IV. ¿Nos salvará Europa? De las directivas de contratos a la propuesta de directiva anticorrupción. V. ¿Será la Inteligencia artificial la panacea? VI. La necesaria evaluación de la calidad *ex post* de las compras públicas. Bibliografía.

1 Historias de corrupción en la contratación pública

Hace tres décadas, un exdirector general de la Guardia Civil ya fallecido adjudicaba contratos de obras públicas a cambio de comisiones. Al descubrirse esta trama de corrupción en las licitaciones, sería detenido y pasaría años en la cárcel, pero hoy uno de los cuarteles construidos en aquella época amenaza ruina y sufre graves desperfectos a resultas de sus pésimas condiciones. Además de ser un adefesio estético y afean la panorámica de una ciudad patrimonio de la humanidad, los profesionales que allí residen con sus familias tienen que mantener precauciones y no usar determinados espacios, donde se abren grietas e se intuyen serios problemas de cimentación.

No es necesario recurrir a la ficción para conocer los graves daños del fraude en España, pero la cultura denota la percepción social del fenómeno. Un escritor vinculado a A Coruña, Fernando Benzo, acaba de recibir el premio Azorín por su libro *Los perseguidos*, que relata una trama criminal vinculada al Ministerio del Interior. Alicia Giménez Bartlett también ha publicado *La presidenta*, novela sobre la corrupción en la Comunidad Valenciana, antes hecha literatura por Rafael Chirbes en *Crematorio o En la orilla*. Podríamos citar otras muchas obras literarias inspiradas en los casos conocidos por la opinión pública, que ve sucederse uno tras otro escándalos y detenciones.

Algunas de las corruptelas más sonadas de nuestra historia reciente se han dado en el nivel local. El Ayuntamiento de Marbella se convirtió durante el gobierno de Jesús Gil en el ejemplo extremo de las malas prácticas, heredadas después por sucesivos alcaldes y alcaldesas. Aunque tuvo una gran resonancia en Galicia, la operación *Pokemon* parece poca cosa en comparación con las cifras y alcances de la Costa del Sol, donde hasta el día de hoy la Alcaldía marbellí parece condenada o maldita a la vista de las noticias sobre sus sucesivos titulares.

Estas son historias recientes, pero el fenómeno no es nuevo, ni mucho menos. La idea de corrupción ya estaba muy asentada hace dos siglos, con numerosos casos afectando a las instituciones y perjudicando el erario público en tantos países: Inglaterra, Francia y las nuevas repúblicas de América sufrieron sus consecuencias. Por supuesto, hay ejemplos destacables también en España¹.

¹ Wences, I.; De la Nuez, P. y Seoane, J. (Coords.), *La idea de corrupción en los siglos XVIII y XIX*, Marcial Pons, 2022.

Debido a que se conocieron escándalos en España hace cien y doscientos años, las primeras normas sobre contratación pública aprobadas en nuestro país incluyeron entre sus propósitos evitar la corrupción y otras malas prácticas. Así el Decreto Bravo Murillo, de 27 de febrero de 1852, advertía de la necesidad de prevenir circunstancias lesivas de los intereses públicos, generalizadas en las adjudicaciones de aquel tiempo. Por eso se dictaba:

“...con el fin de establecer ciertas trabas saludables, evitando los abusos fáciles de cometer en una materia de peligrosos estímulos, y de garantizar a la Administración contra los tiros de la maledicencia”. Esta norma introdujo las subastas y los pliegos cerrados para prevenir los fraudes, las colusiones y las bajas temerarias. La corrupción en la contratación pública tiene una versión pública (el cohecho a las autoridades) y otra privada (las prácticas colusorias de los licitadores en perjuicio del interés general)².

A pesar de los intentos de Bravo Murillo y otros reformistas, no creo que las normas dictadas sirvieran en realidad para prevenir estas patologías. La Restauración no sería una época precisamente propicia para evitar la corrupción. El caciquismo imperaba entonces a sus anchas, protagonizado por “amigos políticos” que intercambian favores electorales y premiaban a sus “clientes” con empleos en la Administración, beneficios y contratos. El sistema de botín (spoil system) se llevó hasta sus últimas consecuencias, tal y como han descrito los historiadores del período³.

Superado este régimen, las tentaciones y corruptelas no cesaron. Hay que recordar que las sucesivas propuestas de reforma local entre finales del siglo XIX y principios del siglo XX planteaban la necesidad de corregir el caciquismo. Antonio Maura proponía impulsar la “revolución desde arriba”, cambiando los malos hábitos del gobierno municipal y provincial, un mensaje que sería asumido por su ilustre copartidario, José Calvo Sotelo, durante la Dictadura de Primo de Rivera⁴.

Este año celebramos el centenario del Estatuto de 1924, norma memorable por muchas razones (la profesionalización de los secretarios municipales, el régimen de carta, las mancomunidades, los servicios públicos, el derecho de voto de las mujeres cabeza de familia...). Además de todas estas innovaciones, viene al caso la prohibición en el Estatuto Calvo Sotelo de presentarse a concejal a “los que estén interesados en contratar o suministros dentro del municipio, por cuenta de éste, de la provincia, de la región o del Estado. Si el interés consistiere en ser miembro o accionista de sociedad directamente ligada con la contrata o el suministro, la incapacidad se entenderá circunscrita a quienes tengan cargo de gerencia o administración y a los partícipes de al menos en un 20 por 100 del capital social”.

² Parada Vázquez, J. R., *Los orígenes del contrato administrativo en España*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1964.

³ Valera Ortega, J., *Los amigos políticos: partidos, elecciones y caciquismo en la restauración (1875-1900)*, Marcial Pons, 2001.

⁴ González Hernández, M. J., *El universo conservador de Antonio Maura*, Biblioteca Nueva, 1996.

Esta prevención trasluce el riesgo latente de confusión entre contratistas y puestos políticos en los ayuntamientos. Tal afán de evitar su solapamiento pone de manifiesto una tendencia a ocupar cargos públicos para interferir sobre la contratación.

Los peligros eran conocidos, así como algunos remedios posibles, pero ni las buenas intenciones reformistas del maurismo, ni la II República, ni el franquismo ni la llegada de la Democracia aminorarían los riesgos de fraude. Durante los años ochenta y noventa del siglo pasado se difundieron muchos casos de corrupción en la contratación pública, apenas limitados por las nuevas leyes administrativas que se dictarían con el propósito de hacer más transparentes los procedimientos e incrementar la objetividad de las adjudicaciones públicas (Ley 30/92, de procedimiento administrativo, y Ley 13/95, de contratos de las administraciones públicas)⁵.

Ninguna de estas normas, ni las anteriores, nos dieron “balas de plata” contra la corrupción.

2 ¿Por qué no logramos evitarla?

Si repasáramos las sucesivas generaciones de leyes y medidas anticorrupción, desde el siglo pasado (y antes), nos sorprendería la falta de eficacia de tantos esfuerzos normativos e institucionales. La crítica a la falta de orientación en tal sentido del Tribunal de Cuentas, por ejemplo, apenas ha propiciado reactivaciones o replanteamientos de sus funciones fiscalizadoras⁶. Las leyes de transparencia tampoco parecen haber sido remedios adecuados, a pesar de todas las expectativas que generaron para combatir la corrupción⁷.

Nuestros legisladores no han sido especialmente proactivos a la hora de introducir estas novedades dirigidas a la prevención, si comparamos sus fechas con las de otros países, y tampoco destacan las leyes españolas por su contundencia ante el fenómeno. Entonces, si hay ordenamientos comparados más radicales contra las malas prácticas, hemos de analizar cuáles sean los puntos jurídicos débiles que propician la comisión de este tipo de conductas.

Una primera pregunta que cabría hacerse para averiguar las razones de la persistencia de la corrupción es si las sanciones previstas – penales, administrativas y de otro tipo – son insuficientes en el ordenamiento español. Por supuesto existen alternativas más gravosas en el derecho comparado (con el ejemplo extremo de Nepal, que traslada a los herederos en varias generaciones la culpa de sus antepasados corruptos, o las previsiones sobre delitos en la contratación de los ordenamientos colombiano o brasileño). Pero no parece que las condenas en España sean precisamente livianas, aunque tarden muchos años en confirmarse debido a la lentitud del proceso penal

⁵ NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, Barcelona, 1997.

⁶ Fernández Ajenjo, J. A., *El control de las administraciones públicas y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y la Intervención General del Estado*, Civitas, 2011. Jiménez Rius, P., *El control de los fondos públicos: propuestas de mejora*, Civitas, 2007.

⁷ Villoria Mendieta, M., *Combatir la corrupción*, Gedisa, 2019.

y los sucesivos recursos. Las estadísticas de personas investigadas y condenas con privación de libertad no trasladan un mensaje de impunidad, precisamente⁸.

Cuestión distinta es que esta reacción de los tribunales penales produzca efectos considerables sobre el funcionamiento real de los mercados de encargos públicos, incorporando el punto de vista del análisis económico del derecho. En el ámbito de la contratación pública, apenas disponemos de retorno real sobre la aplicación de la metodología de las “listas negras” y todas las medidas impulsadas por requerimiento del derecho europeo. Si fueran totalmente efectivas, no seguirían detectándose tantos casos⁹.

Otra de las preguntas que cabe hacerse es si los órganos de control existentes cumplen su función preventiva en la detección de casos de corrupción, o los evitan de algún modo. La realidad nos muestra que son los medios de comunicación y las fuerzas y cuerpos de seguridad, a través de sus técnicas de investigación, los principales descubridores de los delitos. Ni el Tribunal de Cuentas ni los OCEX autonómicos se han destacado por aflorar grandes redes de fraude. Otras instancias creadas al socaire de las leyes de transparencia y buen gobierno tampoco parecen servir para cumplir este propósito. Y habrá que ver lo que da de sí la transposición de la Directiva de protección de los denunciantes y la creación de oficinas antifraude inspiradas por esa norma europea. De momento, ya se han suscitado controversias respecto de su eficacia, a partir de la propuesta de eliminación de la Oficina para la Recuperación de Activos valenciana, mientras se propone para el caso de Cataluña la atribución de poderes preventivos más efectivos y dotación de potestades sancionadoras para castigar los incumplimientos¹⁰.

Una tercera cuestión se podría proyectar sobre los incentivos económicos y su bloqueo con técnicas de decomiso previstas en las leyes: ¿Se logra recuperar el beneficio económico logrado por los corruptos en perjuicio del interés público?¹¹ Más allá de las posibilidades de comiso, habría que plantearse si la teoría del “enriquecimiento injusto”, que obliga a abonar las facturas por las obras y servicios realizados incluso en casos de corrupción, no limita otras medidas disuasorias para el pago de sobornos por parte de las empresas. Quizás la previsión de un régimen sancionador contundente, o un mayor desarrollo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, podrían alterar tan insatisfactorio estado de cosas.

Por último, cabría plantearse si existe un perfil definido predisuesto, personalidades más propensas a incurrir en este tipo de prácticas, o si las estructuras internas de los partidos políticos y otras organizaciones (empresas contratistas que tienen como principal cliente la Administración) necesitan sujetos que hagan crecer sus ingresos y beneficios defraudando con los contratos. Podría pensarse que existen

⁸ García Sánchez, B., *La corrupción en España: su persecución penal en la última década*, Iustel, 2024.

⁹ Medina Arnáiz, T., “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 104, 2016.

¹⁰ Capdeferro Villagrasa, Ó., “Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora. Límites y propuestas para la prevención de la corrupción, en particular el caso de la oficina antifraude de Cataluña”, *Revista Catalana de Derecho Público*, 53, 2016.

¹¹ RODRÍGUEZ GARCÍA, N., *El decomiso de activos ilícitos*, Aranzadi, 2017.

factores sistémicos de la corrupción, como la financiación de las campañas electorales, o los riesgos de sostenibilidad de contratos complejos, difíciles de gestionar sin un ambiente de confianza e incluso compadreo. Lo que parece claro es que existe una psicología social e individual de la corrupción¹².

Quizás no hemos reparado lo suficiente en la importancia de la selección de personas con perfiles éticos adecuados. Los códigos de conducta aplicados en las administraciones públicas trasladan mensajes de comportamiento decoroso, pero no hay evidencias de que las desviaciones estén siendo reprendidas, especialmente en el nivel de los altos cargos. La cultura de la dirección pública mantiene elementos predominantes de confianza personal sobre la profesionalización. Y esta sí es una verdadera asignatura pendiente de nuestro sistema administrativo: lograr que quienes son elegidos para ejecutar presupuestos considerables y políticas públicas trascendentes para el interés general no sean –como en el siglo XIX– los “amigos políticos”, sino personas capaces y orientadas con criterio técnico, ajenas a los intereses cortoplacistas de los partidos y las camarillas¹³.

En todo caso, por las razones que fueren, lo cierto es que, tras la aprobación de leyes y más leyes anticorrupción, de la incorporación de más exigencias de transparencia y la creación de instituciones especializadas en prevenir, ni España ni otros países se han librado de esta lacra. El caso Odebrecht, en Iberoamérica, es un ejemplo extremo del grado de gravedad que puede alcanzar una red de sobornos (con ministros y magistrados implicados en muchos países). El reciente caso Koldo en España, en menor escala, pone igualmente de manifiesto lo fácil que puede llegar a ser para un desaprensivo enriquecerse a la vista de responsables públicos de primer nivel.

Además de lo que encontramos en los medios de comunicación, también podemos reparar esta realidad en las sentencias de los tribunales. El estudio de estos casos podría ser parte de la formación que debieran recibir los funcionarios responsables y altos directivos en todas las administraciones, para conocer los riesgos reales y estar alerta frente a su posible existencia en la propia organización. Esto es conveniente advertirlo porque, cuando nos hablan de la corrupción, como de otros males, parecemos creer que esto sólo les ocurre a otros, en otras instituciones. Y seguramente es lo mismo que pensaban los gestores de las administraciones de las sentencias que voy a utilizar como ejemplos a continuación¹⁴.

3 Ejemplos de casos y sentencias

Los tribunales penales han intensificado su respuesta frente a las ilegalidades en la contratación pública. El número de condenas es creciente desde la segunda década de este siglo. Aunque la tendencia ahora mismo muestra una reducción de las personas

¹² Fernández Ríos, L., *Psicología de la corrupción y los corruptos*, 1999.

¹³ Rivero Ortega, R., “La elección de las personas, clave para el buen gobierno local en Iberoamérica”, *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, junio 2022.

¹⁴ La “habitación” es el proceso que explica que la gente no se alarme ante casos graves que pueden estar sucediendo en su organización, tal y como explican Cass R. Sunstein y Tali Sharot en su columna “Why People Fail to Notice Horrors Around Them”, *The New York Times*, 25/02/2024.

acusadas, entre 2017 y 2023 se han procesado a cientos de responsables públicos (441 en 2017, 235 en 2018, 254 en 2019, 261 en 2020, 344 en 2021, 200 en 2022 y 178 en 2023). El Consejo General del Poder Judicial y las memorias de la Fiscalía ofrecen datos precisos y diferenciados por comunidades autónomas.

El nivel de tolerancia y el grado de rigor en la aplicación de los tipos penales también han cambiado a lo largo del tiempo. Malas prácticas contractuales que se consideraban meras irregularidades censurables –pero no delictivas– se comienzan a integrar en tipos penales recientemente. Un ejemplo relevante nos lo ofrece la consideración del fraccionamiento de contratos como delito de prevaricación, desde la condena a un viceconsejero del Gobierno de Asturias por Sentencia del Tribunal Supremo.

Otras resoluciones posteriores han abundado en esta interpretación, de tal modo que hoy deben justificarse documentalmente todos los contratos y motivar que no se trata de fraccionamiento de objeto, una práctica que antes obedecía en un buen número de situaciones, no a casos de corrupción, sino al intento de agilizar la adjudicación y gestión de los contratos para ejecutar presupuesto, no perder subvenciones y otras urgencias propias de la realización de objetivos públicos. No estamos ante supuesto de enriquecimiento personal, pues, que es la esencia del concepto de corrupción, sino ante infracciones legales que pasan a considerarse en su versión más drástica de tipo penal (prevaricación)¹⁵.

Otros casos, en cambio, nos muestran riesgos reales de enriquecimiento personal a cuenta de las arcas públicas. Un primer ejemplo nos lo ofrece el jefe de mantenimiento del Ayuntamiento de Valladolid, condenado a siete años y nueve meses de cárcel por adjudicar a sus propias empresas contratos municipales, condena rebajada a cinco años por el Supremo. En este caso, no se trata de un funcionario que acepte sobornos o dádivas a cambio de adjudicar contratos, sino de un empleado público que crea empresas con su familia para adjudicarse a sí mismo contratos menores.

La trama empresarial se descubrió a resultas de la adaptación a los requerimientos de la Ley de transparencia y buen gobierno, al hacer un inventario de las empresas contratistas. El contrato menor favorecía este tipo de situaciones. Recientemente el Ayuntamiento de Valladolid pagó a estas empresas siete facturas por importe de 27.000 euros, suspendidas desde 2014.

Otro caso que nos muestra riesgos de corrupción en la contratación pública local es el del responsable de parques y jardines del Ayuntamiento de Zamora, quien fue condenado a un año de prisión por estafa procesal en grado de tentativa. Este empleado adjudicaba contratos a una empresa, pero los ejecutaba con los recursos municipales. Se quedaba con el dinero y le daba 500 euros por cada contrato al empresario. Cuando la policía buscó en su ordenador información, encontró todo en una carpeta que el investigado había llamado “fechorías”. Había defraudado cerca de un millón de euros.

¹⁵ He sostenido un concepto restringido de corrupción en Rivero Ortega, R., “Instituciones administrativas y prevención de la corrupción” en *La corrupción, Aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.

Este no es un caso típico de corrupción, pero pone de manifiesto otras prácticas patológicas que pueden estar sucediendo en las Administraciones públicas. Un ejemplo extremo es el que da lugar a la condena de 10 años y medio de cárcel para la exalcaldesa de Arrecife (Tenerife), elegida por la lista de un partido denominado independiente (Partido Localista por Tenerife). La edil organizó con todo el aparato una trama de adjudicaciones de contratos con cobro de comisiones y sobrepregios.

Tantos casos y tan llamativos escandalizan dentro y fuera de nuestro país, especialmente allí donde se toman decisiones de concesión de recursos para proyectos públicos con dinero de los contribuyentes de otras naciones menos acostumbradas a este tipo de comportamientos.

Por ello, Europa ha decidido actuar. Al igual que el Tribunal de Justicia terminó con la irregularidad generalizada de la aprobación de los modificados en los contratos de obra pública, una técnica que desactivaba la competencia real en los concursos, ahora las instituciones comunitarias han comprendido que necesitan aproximar las legislaciones para prevenir la corrupción, para proteger los intereses financieros de la Unión y la libre competencia en el mercado interior europeo.

4 ¿Nos salvará Europa? De las directivas de contratos a la propuesta de directiva contra la corrupción

Las primeras normas europeas sobre contratación pública datan de los años setenta, dedicadas a los contratos de obras y suministros. Cuando España ingresa en la Comunidad Europea el año 1986, se incorpora este acervo en una primera reforma de la Ley de contratos del Estado (Real decreto legislativo 9317/986, de 2 de mayo). Después se aprobarían nuevas directivas (en los años 88 y 89, que reformarían las de suministros del 77 y obras del 71), y refundirían en el año 93, además de aprobarse las directivas de recursos en materia de contratos públicos, en los años 89 y 92. La Ley de contratos de las administraciones públicas de 1995 ofrecería la ocasión de transponer las directivas sustantivas, dejando las de recursos a las normas procedimentales y procesales, que se consideraba que ya cumplían su contenido.

En el presente siglo, la Directiva de 2004 propició la aprobación de la Ley de contratos del sector público en 2007, al igual que diez años más tarde se aprobaría la Ley 9/2017 para transponer las directivas de 2014. Entre una y otra, y también después, se sucedieron los documentos sobre buenas prácticas, incluyendo los relativos a cláusulas ambientales y sociales, que cambiaron la filosofía original de esta política europea (con un acentuado énfasis en lo económico en las primeras versiones).

El interés y la preocupación de la Unión Europea por la corrupción en la contratación pública se activa en el momento de la aprobación del último paquete de directivas, hace diez años. Entonces se publica el primer informe anticorrupción, que hace referencia a estos riesgos. Ya nuestra doctrina exponía sus dudas sobre la

insuficiente orientación en este sentido de la normativa de contratación pública¹⁶. Las directivas de 2014 incorporaron algunas previsiones para evitar el conflicto de intereses y excluyeron a los licitadores condenados por delitos de corrupción, una previsión que ya se encontraba en la ley española de 1995 y que resultaba además difícil de aplicar por la falta de bases de datos sobre condenas compartidas en los Estados miembros¹⁷.

Las medidas europeas anticorrupción en este ámbito tienen, pues, diez años de recorrido, aunque la OLAF (Oficina de Lucha Antifraude) fue creada en 1999, pero es en la última década cuando se aprueban herramientas más incisivas, como la Directiva de protección de denunciantes, 2019/1937, ya traspuesta en los ordenamientos de los Estados miembros. En el caso español, mediante la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción, norma que ya ha entrado en vigor¹⁸.

Todas estas iniciativas han sido insuficientes, pues de lo contrario no se plantearía la propuesta de Directiva sobre la lucha contra la corrupción en 2024. Esta norma modificaría la Directiva 2017/1371, del Parlamento Europeo, que estableció unas normas comunes contra el fraude y las amenazas contra los intereses financieros de la Unión (blanqueo de capitales, corrupción activa y pasiva, y malversación).

El asesoramiento especializado para la elaboración de la propuesta se asocia al informe *Strengthening the fight against corruption: assessment of the EU legislative and policy framework*, elaborado por EY y RAND Corporation. Llama la atención el enfoque eminentemente jurídico de este documento. Su propuesta se centra en cubrir lagunas y armonizar las medidas de los Estados miembros de forma no totalmente vinculante.

También apunta hacia la recopilación exhaustiva de datos y la creación de autoridades especializadas y específicas. Varios Estados miembros carecen de organismos especializados y las competencias de los que existen son muy diversas. Este problema ha sido subrayado por los informes anuales sobre el Estado de Derecho. Así pues, establecer un modelo común parece ser uno de los principales propósitos de la directiva.

A la vista de sus contenidos, la aproximación del tratamiento de las infracciones penales es el objeto más relevante. Las definiciones de los tipos (cohecho, malversación, apreciación indebida, tráfico de influencias, abuso en el ejercicio de funciones, enriquecimiento ilícito, obstrucción a la justicia) y sus penas correspondientes podrían garantizar unos niveles de prevención homologables en toda la Unión Europea. En concreto, la fijación de un nivel mínimo de la pena máxima. Estamos ante una de las normas más relevantes del nuevo derecho penal de la Unión Europea.

El repaso del articulado de la propuesta nos permite conocer su objeto y ámbito de aplicación (artículo 1), una serie de definiciones normalizadoras (artículo 2) y su

¹⁶ Gimeno Feliu, J. M., "La ley de contratos del sector público, ¿una herramienta eficaz para la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública", *REDA*, n. 147, 2010.

¹⁷ Aymerich Cano, C., "Corrupción y contratación pública: Análisis de las nuevas directivas europeas de contratos y concesiones públicas", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 45, 2015.

¹⁸ Pérez Monguió, J. M y Fernández Ramos, S. (Coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, La Ley, Madrid, 2023.

principio inspirador, la prevención de la corrupción (artículo 3). Llama la atención que se predique un enfoque preventivo, teniendo en cuenta que la mayoría de la regulación es de carácter penal. El derecho penal, por supuesto, también tiene ese efecto preventivo (general y especial), pero las intervenciones que evitan los riesgos son de otra naturaleza (educación, formación de empleados públicos, por ejemplo). Y estas medidas se mencionan, pero apenas se desarrollan en la propuesta de directiva.

La creación de organismos especializados sí podría contribuir a mejorar la prevención de la corrupción. El artículo 5 de la propuesta demanda además que dispongan de los recursos humanos, financieros, técnicos y tecnológicos necesarios para el efectivo desempeño de sus funciones. Este énfasis en los recursos necesarios se reitera en el artículo 5, probablemente desde la experiencia de que su carencia es una de las razones principales de la limitación de capacidades preventivas.

El artículo 6 apela a la formación de las autoridades competentes y su personal en materia de lucha contra la corrupción. Un repaso a los programas formativos de las escuelas de Administración pública en España y otros países muestra la escasa atención monográfica a estas cuestiones.

A partir de estos preceptos, los siguientes se ocupan de las cuestiones penales: cohecho y soborno; malversación y apropiación indebida; tráfico de influencias; abuso en el ejercicio de funciones; obstrucción a la justicia; enriquecimiento por delitos de corrupción; inducción, complicidad y tentativa; sanciones y medidas aplicables a las personas físicas; responsabilidad de las personas jurídicas; circunstancias agravantes y atenuantes; inmunidad o privilegios frente a la investigación y el procesamiento de infracciones penales de corrupción.

Otras cuestiones procesales penales son objeto también de regulación: las inmunidades y privilegios frente a la investigación; la jurisdicción; la prescripción de las infracciones penales; la protección de quienes denuncien las infracciones penales o colaboren en la investigación; instrumentos de investigación.

También se resalta la necesaria cooperación entre autoridades de los Estados miembros, entidades especializadas (Europol, Eurojust, Oficina Europea de Lucha contra el Fraude y Fiscalía Europea). Esta colaboración consistirá muchas veces en el intercambio de información, otro de los ejes de la propuesta, tal y como señalamos al recordar los informes que se tuvieron en cuenta en su diseño. Este precepto también prevé la creación de la “red de la UE contra la corrupción”, para favorecer el apoyo recíproco de autoridades y propiciar el intercambio de buenas prácticas. La recopilación de datos y estadísticas prevista en el artículo 26 será, así, presupuesto de las medidas a adoptar.

Esta propuesta de Directiva avanza el futuro del Ordenamiento europeo anticorrupción, realmente sin grandes novedades. Donde sí encontramos nuevas herramientas y medidas más incisivas es en las garantías exigidas y adoptadas para la ejecución de los fondos llamados Next Generation, que son los derivados del Plan de Recuperación y Resiliencia, aprobado para impulsar la recuperación económica tras la crisis generada por la pandemia del COVID-19.

El Reglamento 2021/241, del Parlamento Europeo y del Consejo, estableció la necesidad de que los Estados miembros adoptaran medidas para proteger los intereses financieros de la Unión. Tras un debate entre países por la procedencia de los fondos y los riesgos de su ejecución, la solución de compromiso incluyó el establecimiento de garantías para prevenir irregularidades.

Cada Estado miembro tiene que adoptar por su parte medidas concretas para cumplir con estas exigencias. Aunque en España se aprobó un Real decreto-ley para la ejecución de los fondos en diciembre de 2020, las normas españolas que contemplan los planes antifraude están en la Orden ministerial HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, y la Orden HFP/1031/2021, de 29 de septiembre, por la que se establece el procedimiento y el formato de la información a proporcionar por las entidades del sector público estatal, autonómico y local para el seguimiento del cumplimiento de hitos y objetivos y de ejecución presupuestaria y contable de las medidas de los componentes del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia.

Posteriormente se aprobó la Orden HFP/55/2023, de 24 de enero, relativa al análisis sistémico del riesgo de conflicto de intereses en los procedimientos que ejecuten el Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia. En paralelo a este desarrollo normativo se desplegaron con mayor efectividad las aplicaciones de recopilación de datos que deberían utilizar los ejecutores de los fondos para dar cuenta de la prevención de los conflictos de intereses y el fraude: Coffe y Minerva¹⁹.

Además, cada entidad debe aprobar un plan propio para prevenir el fraude. Aquí voy a poner como ejemplo el elaborado para sus servicios por la Xunta de Galicia, un documento que describe pormenorizadamente las medidas del “ciclo antifraude”: prevención, detección, corrección y persecución.

Entre las medidas de prevención destacan las siguientes: formar al personal directivo público; modificar el código ético; establecer protocolos de detección del conflicto de intereses; establecer un catálogo de riesgos generales; establecer un catálogo de banderas rojas; habilitar un buzón de integridad. Ejemplos de medidas de detección son el canal de denuncias o el plan de riesgos específico de cada centro directivo.

También localiza las funciones y responsabilidades en la gestión de los fondos: el Consello de la Xunta, las *consellerías* y centros directivos, y los órganos transversales implicados en la integridad. Cada centro directivo debe realizar una evaluación individualizada de los riesgos asumidos. La certificación y evaluación de los riesgos es uno de los capítulos más importantes del Plan de prevención.

El compromiso de integridad y el marco ético de la integridad institucional se concreta en la adopción de una declaración institucional de integridad, la manifestación expresa de los responsables públicos, así como referencias a la integridad en la planificación estratégica, difusión y formación en materia de integridad. También

Regap



ESTUDIOS

¹⁹ Sobre el funcionamiento de estas aplicaciones y sus problemas operativos pueden pronunciarse los responsables de la gestión de los fondos en todos los niveles administrativos. Aún existe demasiada incertidumbre sobre las consecuencias posteriores del volcado de datos y las incidencias que se produzcan.

se incluyen medidas para la prevención del conflicto de intereses, tanto para los altos cargos como para los empleados públicos.

El sistema integrado de información y el canal de denuncias se detallan igualmente en este documento, incluyendo al comité de ética. Su regulación aparece en la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción.

El recuerdo de medidas adoptadas hace años demuestra que las acciones de prevención de los conflictos de intereses presentan antecedentes relevantes. Así, por ejemplo, el Código ético institucional de la Xunta de Galicia, aprobado en 2014, con los principios básicos de conducta del personal de la Administración autonómica: imparcialidad y objetividad en el ejercicio de los cargos; deber de proporcionalidad en los viajes o la agenda pública; prohibición expresa de regalos y dádivas, o el uso responsable de medios y recursos públicos.

Todo este plan, como la propuesta de directiva, presentan desde mi punto de vista una laguna importante: su escasa o nula mención a las herramientas de inteligencia artificial.

5 ¿Será la inteligencia artificial la panacea?

Quizás ninguna tecnología ha despertado tantas expectativas y miedos en la historia de la humanidad como la inteligencia artificial. Aunque el impacto de otros descubrimientos ha sido mucho mayor, en sus implicaciones sobre las personas (antibióticos, vacunas, electricidad, telecomunicaciones), las advertencias y promesas de los tecnólogos producen perplejidades y demandas regulatorias preventivas, recientemente atendidas por la Unión Europea al impulsar mediante reglamento la primera Ley de la inteligencia artificial.

Una de las utilidades inequívocas de las aplicaciones masivas de gestión de la información es el control, sin duda²⁰, pero hay otras muchas, descritas por Coglianese, entre las que cabe destacar la identificación de patrones de incumplimiento de plazos u otros compromisos por parte de ciertos entes, que podrían perfilarse y ser penalizados en las siguientes adjudicaciones²¹.

El interés por el estudio de las aplicaciones de inteligencia artificial aplicables a la prevención de la corrupción en la contratación pública ha crecido exponencialmente desde hace diez años. Antes existían propuestas de utilización del *big data* para controlar los precios y evitar fraudes²², pero ha sido el progreso acelerado de la inteligencia artificial el factor decisivo del nuevo énfasis.

Son muchas las promesas y algunos menos los peligros de usar la IA para luchar contra la corrupción, con perspectivas escépticas si las aplicaciones son creadas y controladas por los propios gobiernos, en lugar de ser desarrolladas de abajo hacia

²⁰ Rivero Ortega, R., *Derecho e inteligencia artificial. Cuatro estudios*, Olejnik, 2023.

²¹ Coglianese, C., "Procurement and Artificial Intelligence", *University of Pennsylvania Law School*.

²² Rivero Ortega, R., "El precio de los contratos públicos", en *Grandes temas de contratación pública*.

arriba por iniciativas asociativas, organizaciones no gubernamentales y periodistas²³. Y, como el movimiento se demuestra andando, deben ser los hechos los que nos demuestren con datos y casos que efectivamente están produciendo el objetivo deseado²⁴.

Así, ya se ha destacado el valor preventivo de estas herramientas²⁵ por varios autores: Capdeferro desde el derecho administrativo y desde la economía Félix López Iturriaga²⁶. Las experiencias comparadas también ofrecen buenos resultados de control inicial del sobreprecio, quizás el dato más fácil de trazar con estas herramientas, junto a la detección del conflicto de intereses. Brasil y Colombia, entre otros países, ya utilizan herramientas de este tipo²⁷.

Un ejemplo es la herramienta VigIA, desarrollada por la Veeduría Distrital de Bogotá. Esta aplicación toma datos del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (SECOP), una plataforma creada por la Agencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente). A partir de técnicas de aprendizaje de las máquinas identifica patrones de riesgo de ineficiencia o irregularidades²⁸.

La detección de patrones y la activación de las llamadas “banderas rojas” (*red flags*) son la muestra más concreta de los efectos de estas aplicaciones. Si concurren determinados indicadores en un contrato público, su correlación con riesgos antes conocidos lo hacen sospechoso de prácticas de corrupción. Así, por ejemplo, la falta de competencia, la recurrencia de un único contratista, el sobreprecio, las reducciones de plazos u otras medidas de agilización del procedimiento, etc.

El presupuesto de la compra pública electrónica y el manejo masivo de datos, sin los cuales apenas nada se podría hacer con aplicaciones de Inteligencia Artificial, muestran la conexión de las sucesivas etapas de la Administración electrónica. Los países más avanzados en compra electrónica son también probablemente los que nos podrán explicar mejor los usos para prevenir la corrupción.

Por ejemplo, Chile fue uno de los pioneros, y su experiencia nos enseña que, una vez los licitadores comprenden el funcionamiento del sistema, detectan sus puntos vulnerables y adaptan los comportamientos a esas debilidades para sacar partido de las mismas. Estamos, pues, ante una “carrera armamentística” o un “juego del gato y el ratón” en el que las aplicaciones no pueden resolverlo todo sin la experiencia de los profesionales más versados.

²³ Köbis, N.; Starke, C. y Rahwan, I, “The promise and perils of using artificial intelligence to fight corruption”, *Nature Machine Intelligence*, 2022.

²⁴ ADAM, I. y FAZEKAS, M., “Are emerging technologies helping win the fight against corruption? A review of the state of evidence”, *Information Economics and Policy*, December 2021.

²⁵ Gallego, J.; Rivero, G. y Martínez, J., “Preventing rather than punishing: An early warning model of malfeasance in public procurement”, *International Journal of Forecasting*, 2021.

²⁶ López Iturriaga, F., “Podríamos evitar la corrupción en los contratos públicos con inteligencia artificial”, *The Conversation*, julio 2023.

²⁷ Mojica Muñoz, K. S., “Inteligencia artificial para detectar la corrupción en la Administración pública municipal de Colombia”, 2022.

²⁸ Gallego, J., “¿Cómo puede la inteligencia artificial ayudar en la lucha contra la corrupción”, Banco de Desarrollo de América Latina y El Caribe, 2021.

6 La necesaria evaluación de la calidad *ex post* de las compras públicas

Así pues, ni siquiera la inteligencia artificial logrará terminar con las malas prácticas. Tantos esfuerzos contra la corrupción en la contratación pública no han acabado con este fenómeno, como los escándalos más recientes demuestran una vez más. En cambio, desde sus primeras medidas, demasiadas prevenciones han producido otros efectos iatrogénicos (secundarios) perjudiciales para el objetivo de lograr adquisiciones de mayor calidad y alineadas con los objetivos estratégicos de las políticas públicas.

Esto sucede con la subasta, que incorpora un elemento de objetividad indudable en los procesos selectivos, pero, al poner el énfasis únicamente en el precio, incrementa los riesgos de adquisición de productos de menor calidad y durabilidad. Tampoco permite este criterio cuantitativo incorporar elementos sociales a la selección de contratistas. Y, por supuesto, no garantiza en modo alguno que lo que se compra sea verdaderamente necesario, pues, aunque la justificación de las compras pueda simularse *ex ante*, convendría demostrar también *ex post*.

En la lucha contra la corrupción, sería conveniente evitar estos efectos iatrogénicos o secundarios de algunas limitaciones de la regulación de los contratos públicos, como las relativas a las prórrogas. Y dejar de temer a la discrecionalidad si hay un control *ex post*, de resultados, tal y como propuso y practicó los últimos años del siglo pasado el profesor Steven Kelman al frente de la Oficina Federal de Compras, en el período de “reinención del Gobierno” impulsado por el vicepresidente Al Gore, un momento histórico en el que Estados Unidos logró un presupuesto equilibrado, un dato vinculado a la eficiencia en las adquisiciones públicas²⁹.

La corrupción es una patología delictiva y un problema global, pero en la gestión pública existen otras muchas malas prácticas dañinas del interés general. La desidia, por ejemplo, o la colusión entre contratistas, que eleva artificialmente los precios y perjudica el interés público de forma grave³⁰.

Hace sesenta años el profesor Ramón Parada, fallecido en marzo de 2024, criticaba los errores de la Ley de contratos del Estado. La lectura de sus agudas observaciones, en torno a un texto central del derecho administrativo de su tiempo, nos demuestran lo poco que hemos avanzado, también en este ámbito de prevención de la corrupción en las adquisiciones públicas. Aun no tenemos balas de plata, pero las necesitamos porque sin ellas el edificio del Estado entrará en fase de ruina, la misma que amenazan algunas zonas del cuartel de la Guardia Civil de Salamanca³¹.

²⁹ Kelman, S., *Procurement and Public Management. The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, 1999.

³⁰ Jones, A.; Konavic, V. y Anderson, R., *Combating Corruption and Collusion in Public Procurement: A Challenge for Governments Worldwide*, Oxford University Press, 2024.

³¹ Parada Vázquez, J. R., “La reforma de la Ley de Contratos del Estado”, *Revista de Administración Pública*, n. 47, 1965.

7 BIBLIOGRAFÍA

- Adam, I. y Fazekas, M., “Are emerging technologies helping win the fight against corruption? A review of the state of evidence”, *Information Economics and Policy*, December 2021.
- Aymerich Cano, C., “Corrupción y contratación pública: análisis de las nuevas directivas europeas”, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 2015
- Ballesteros Fernández, G., “Riesgos de corrupción en contratos públicos. Cómo prevenir malas prácticas”, *Revista Internacional de Transparencia e Integridad*, n. 5, 2017.
- Capdeferro Villagrasa, Ó., “Los organismos anticorrupción y el ejercicio de la potestad sancionadora. Límites y propuestas para la prevención de la corrupción, en particular el caso de la oficina antifraude de Cataluña”, *Revista Catalana de Derecho público*, n. 53, 2016.
- Capdeferro Villagrasa, Ó., “Nudging e inteligencia artificial contra la corrupción en el sector público: posibilidades y riesgos”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n. 28, 2022.
- Coglianesi, C., “Procurement and Artificial Intelligence”, *University of Pennsylvania Law School*, 2022.
- Fernández Ajenjo, J. A., *El control de las administraciones pública y la lucha contra la corrupción: especial referencia al Tribunal de Cuentas y la Intervención General del Estado*, Civitas, 2011.
- Fernández Ajenjo, J. A., *Instituciones de investigación administrativa y auditoria forense para la prevención del fraude y la corrupción en las administraciones públicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- Fernández Ríos, L., *Psicología de la corrupción y los corruptos*, 1999.
- Gallego, J.; Rivero, G.; y Martínez, J., “Preventing rather than punishing: An early warning model of malfeasance in public procurement”, *International Journal of Forecasting*, 2021.
- Gallego, J., “¿Cómo puede la inteligencia artificial ayudar en la lucha contra la corrupción?”, Banco de Desarrollo de América Latina y El Caribe, 2021.
- García Sánchez, B., *La corrupción en España: su persecución penal en la última década*, Iustel, Madrid, 2024.
- Gimeno Feliu, J. M., “La Ley de contratos del sector público, ¿una herramienta eficaz para la integridad? Mecanismos de control de la corrupción en la contratación pública”, *REDA*, n. 147, 2010.
- Gimeno Feliu, J. M. y Villoria Mendieta, M. (Eds.), *La corrupción en España: ámbitos, causas y remedios jurídicos*, Atelier, 2018.
- González Hernández, M. J., *El universo conservador de Antonio Maura*, Biblioteca Nueva, 1996.
- Jiménez Rius, P., *El control de los fondos públicos: propuestas de mejora*, Civitas, 2007.

Regap



ESTUDIOS

- JONES, A.; KONAVIC, V.; y ANDERSON, R., *Combatting Corruption and Collusion in Public Procurement: A Challenge for Governments Worldwide*, Oxford University Press, 2024.
- KELMAN, S., *Procurement and Public Management. The Fear of Discretion and the Quality of Government Performance*, 1999.
- MEDINA ARNÁIZ, T., “La necesidad de reformar la legislación sobre contratación pública para luchar contra la corrupción: las obligaciones que nos llegan desde Europa”, *Revista Vasca de Administración Pública*, n. 104, 2016.
- KÖBIS, N.; STARKE, C. y RAHWAN, I., “The promise and perils of using artificial intelligence to fight corruption”, *Nature Machine Intelligence*, 2022.
- LÓPEZ ITURRIAGA, F., “Podríamos evitar la corrupción en los contratos públicos con inteligencia artificial”, *The Conversation*, julio 2023.
- MEDINA ARNAIZ, T., “La corrupción en la contratación pública: un burdo fraude al interés general”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, n. 135, 2016.
- MOJICA MUÑOZ, Kevin Steven, “Inteligencia artificial para detectar la corrupción en la Administración pública municipal de Colombia”, 2022.
- NIETO GARCÍA, A., *Corrupción en la España democrática*, Ariel, 1997.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., *Los orígenes del contrato administrativo en el Derecho español*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1964.
- PARADA VÁZQUEZ, J. R., “La nueva ley de contratos del Estado”, *Revista de Administración Pública*, n. 47, 1965.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M. y FERNÁNDEZ RAMOS, S. (Coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, La Ley, Madrid, 2023.
- RIVERO ORTEGA, R., “instituciones administrativas y prevención de la corrupción”, en *La corrupción. Aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.
- RIVERO ORTEGA, R., “Corrupción y contratos públicos: las respuestas europea y Americana”, en Salamanca, 2002.
- RIVERO ORTEGA, R., “El precio de los contratos públicos”, en *Grandes temas de contratación pública*, Hamurabi, 2011.
- RIVERO ORTEGA, R., “La elección de las personas, clave para el buen gobierno local en Iberoamérica”, *Revista Iberoamericana de Gobierno Local*, Junio 2022.
- RIVERO ORTEGA, R., *Derecho e inteligencia artificial. Cuatro estudios*, Olejnik, 2023.
- Rodríguez García, Nicolás, *El decomiso de activos ilícitos*, Aranzadi, 2017.
- SUNSTEIN, C. y SHAROT, T., “Why People Fail to Notice Horrors Around Them”, *The New York Times*, 25 de febrero de 2024.
- VALERA ORTEGA, J., *Los amigos políticos: partidos, elecciones y caciquismo en la restauración (1875-1900)*, Marcial Pons, 2001.
- VILLORIA MENDIETA, M., *Combatir la corrupción*, Gedisa, 2019.
- WENCES, I.; DE LA NUEZ, P. y SEOANE, J. (Coords.), *La idea de corrupción en los siglos XVIII y XIX*, Marcial Pons, 2022.