



Revista Galega de Administración Pública, EGAP
Núm. 67_xaneiro-xuño 2024 | pp. 107-122
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 baixo licenza 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?

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

67 Regap

Regap



ESTUDIOS

RICARDO RIVERO ORTEGA
Catedrático de Dereito Administrativo
Universidade 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 na contratación pública. II. Por que non logramos evitala? III. Exemplos de sentenzas e casos. IV. Salvaranos Europa? Das directivas de contratos á proposta de directiva anticorrupción. V. Será a intelixencia artificial a panacea? VI. A necesaria avaliación da calidade *ex post* das compras públicas. Bibliografía.

1 Historias de corrupción na contratación pública

Hai tres décadas, un exdirector xeral da Garda Civil xa falecido adxudicaba contratos de obras públicas a cambio de comisións. Ao descubrirse esta trama de corrupción nas licitacións, sería detido e pasaría anos no cárcere, pero hoxe un dos cuarteis construídos naquela época ameaza ruína e sofre graves danos a resultas das súas pésimas condicións. Ademais de ser un esperpento estético e afezar a panorámica dunha cidade patrimonio da humanidade, os profesionais que alí residen coas súas familias teñen que manter precaucións e non usar determinados espazos, onde se abren gretas e se intúen serios problemas de cimentación.

Non é necesario recorrer á ficción para coñecer os graves danos da fraude en España, pero a cultura denota a percepción social do fenómeno. Un escritor vinculado á Coruña, Fernando Benzo, acaba de recibir o premio Azorín polo seu libro *Los perseguidos*, que relata unha trama criminal vinculada ao Ministerio do Interior. Alicia Giménez Bartlett tamén publicou *La presidenta*, novela sobre a corrupción na Comunidade Valenciana, antes feita literatura por Rafael Chirbes en *Crematorio* ou *En la orilla*. Poderíamos citar outras moitas obras literarias inspiradas nos casos coñecidos pola opinión pública, que ve sucederse un tras outro escándalos e detencións.

Algunhas das corruptelas máis soadas da nosa historia recente déronse no nivel local. O Concello de Marbella converteuse durante o Goberno de Jesús Gil no exemplo extremo das malas prácticas, herdadas despois por sucesivos alcaldes e alcaldesas. Aínda que tivo unha gran resonancia en Galicia, a operación *Pokemon* parece pouca cousa en comparación coas cifras e alcances da Costa do Sol, onde ata o día de hoxe a Alcaldía marbellí parece condenada ou maldita á vista das noticias sobre os seus sucesivos titulares.

Estas son historias recentes, pero o fenómeno non é novo, nin moito menos. A idea de corrupción xa estaba moi asentada hai dous séculos, con numerosos casos afectando ás institucións e prexudicando o erario en tantos países: Inglaterra, Francia e as novas repúblicas de América sufriron as súas consecuencias. Por suposto, hai exemplos destacables tamén en España¹.

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

Debido a que se coñeceron escándalos en España hai cen e douscentos anos, as primeiras normas sobre contratación pública aprobadas en España incluíron entre os seus propósitos evitar a corrupción e outras malas prácticas. Así, o Decreto Bravo Murillo, do 27 de febreiro de 1852, advertía da necesidade de prever circunstancias lesivas dos intereses públicos, xeneralizadas nas adxudicacións daquel tempo. Por iso ditábase:

“... co fin de establecer certas trabas saudables, evitando os abusos doados de cometer nunha materia de perigosos estímulos, e de garantir a Administración contra os tiros da maledicencia”. Esta norma introduciu as poxas e os pregos pechados para prever as fraudes, as colusións e as baixas temerarias. A corrupción na contratación pública ten unha versión pública (o suborno ás autoridades) e outra privada (as prácticas colusorias dos licitadores en prexuízo do interese xeral)².

Malia os intentos de Bravo Murillo e doutros reformistas, non creo que as normas ditadas servisen en realidade para prever estas patoloxías. A Restauración non sería unha época precisamente propicia para evitar a corrupción. O caciquismo imperaba entón ás súas anchas, protagonizado por “amigos políticos” que intercambiaban favores electorais e premiaban os seus “clientes” con empregos na Administración, beneficios e contratos. O sistema de botín (spoil system) levouse ata as súas últimas consecuencias, tal e como describiron os historiadores do período³.

Superado este réxime, as tentacións e corruptelas non cesaron. Hai que recordar que as sucesivas propostas de reforma local entre finais do século XIX e principios do século XX formulaban a necesidade de corrixir o caciquismo. Antonio Maura propoñía impulsar a “revolución desde arriba”, cambiando os malos hábitos do Goberno municipal e provincial, unha mensaxe que sería asumida polo seu ilustre copartidario, José Calvo Sotelo, durante a Ditadura de Primo de Rivera⁴.

Este ano celebramos o centenario do Estatuto de 1924, norma memorable por moitas razóns (a profesionalización dos secretarios municipais, o réxime de carta, as mancomunidades, os servizos públicos, o dereito de voto das mulleres cabeza de familia...). Ademais de todas estas innovacións, vén ao caso a prohibición no Estatuto Calvo Sotelo de presentarse concelleiro aos “que estean interesados en contratar ou subministracións dentro do municipio, por conta deste, da provincia, da rexión ou do Estado. Se o interese consistise en ser membro ou accionista de sociedade directamente ligada coa contrata ou a subministración, a incapacidade entenderase circunscrita aos que teñan cargo de xerencia ou administración e aos partícipes de, polo menos, nun 20 por 100 do 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 transloce o risco latente de confusión entre contratistas e postos políticos nos concellos. Tal afán de evitar o seu solapamento pon de manifesto unha tendencia a ocupar cargos públicos para interferir sobre a contratación.

Os perigos eran coñecidos, así como algúns remedios posibles, pero nin as boas intencións reformistas do maurismo, nin a II República, nin o franquismo nin a chegada da Democracia minorarían os riscos de fraude. Durante os anos oitenta e noventa do século pasado difundíronse moitos casos de corrupción na contratación pública, apenas limitados polas novas leis administrativas que se ditarían co propósito de facer máis transparentes os procedementos e incrementar a obxectividade das adxudicacións públicas (Lei 30/92, de procedemento administrativo, e Lei 13/95, de contratos das administracións públicas)⁵.

Ningunha destas normas, nin as anteriores, nos deron “balas de prata” contra a corrupción.

2 Por que non logramos evitala?

Se repasásemos as sucesivas xeracións de leis e medidas anticorrupción, desde o século pasado (e antes), sorprenderíanos a falta de eficacia de tantos esforzos normativos e institucionais. A crítica á falta de orientación en tal sentido do Tribunal de Contas, por exemplo, apenas propiciou reactivacións ou reconsideracións das súas funcións fiscalizadoras⁶. As leis de transparencia tampouco parecen ter sido remedios axeitados, a pesar de todas as expectativas que xeraron para combater a corrupción⁷.

Os nosos lexisladores non foron especialmente proactivos á hora de introducir estas novidades dirixidas á prevención, se comparamos as súas datas coas doutros países, e tampouco destacan as leis españolas pola súa contundencia ante o fenómeno. Entón, se hai ordenamentos comparados máis radicais contra as malas prácticas, debemos analizar cales sexan os puntos xurídicos débiles que propician a comisión deste tipo de condutas.

Unha primeira pregunta que cabería facerse para descubrir as razóns da persistencia da corrupción é se as sancións previstas –penais, administrativas e doutro tipo– son insuficientes no ordenamento español. Por suposto, existen alternativas máis gravosas no dereito comparado (co exemplo extremo de Nepal, que lles traslada aos herdeiros en varias xeracións a culpa dos seus antepasados corruptos, ou as previsións sobre delitos na contratación dos ordenamentos colombiano ou brasileiro). Pero non parece que as condenas en España sexan precisamente liviás, aínda que tarden moitos anos en confirmarse debido á lentitude do proceso penal e aos

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.

sucesivos recursos. As estatísticas de persoas investigadas e condenas con privación de liberdade non trasladan unha mensaxe de impiedade, precisamente⁸.

Cuestión distinta é que esta reacción dos tribunais penais produza efectos considerables sobre o funcionamento real dos mercados de encargos públicos, incorporando o punto de vista da análise económica do dereito. No ámbito da contratación pública, apenas dispoñemos de retorno real sobre a aplicación da metodoloxía das “listas negras” e todas as medidas impulsadas por requirimento do dereito europeo. Se fosen totalmente efectivas, non se seguirían detectando tantos casos⁹.

Outra das preguntas que cabe facerse é se os órganos de control existentes cumpren a súa función preventiva na detección de casos de corrupción ou os evitan dalgún xeito. A realidade móstranos que son os medios de comunicación e as forzas e corpos de seguridade, a través das súas técnicas de investigación, os principais descubridores dos delitos. Nin o Tribunal de Contas nin os OCEX autonómicos se destacaron por aflorar grandes redes de fraude. Outras instancias creadas ao abeiro das leis de transparencia e bo goberno tampouco parecen servir para cumprir este propósito. E haberá que ver o que dá de si a transposición da Directiva de protección dos denunciante e a creación de oficinas antifraude inspiradas por esa norma europea. De momento, xa se suscitaron controversias respecto da súa eficacia, a partir da proposta de eliminación da Oficina para a Recuperación de Activos valenciana, mentres se propón para o caso de Cataluña a atribución de poderes preventivos máis efectivos e dotación de potestades sancionadoras para castigar os incumprimentos¹⁰.

Unha terceira cuestión poderíase proxectar sobre os incentivos económicos e o seu bloqueio con técnicas de comiso previstas nas leis: Lógrase recuperar o beneficio económico acadado polos corruptos en prexuízo do interese público?¹¹ Máis alá das posibilidades de comiso, habería que cuestionarse se a teoría do “enriquecemento inxusto”, que obriga a aboar as facturas polas obras e servizos realizados mesmo en casos de corrupción, non limita outras medidas disuasorias para o pagamento de subornos por parte das empresas. Quizais a previsión dun réxime sancionador contundente, ou un maior desenvolvemento da responsabilidade penal das persoas xurídicas, poderían alterar tan insatisfactorio estado de cousas.

Por último, cabería preguntarse se existe un perfil definido predisposto, personalidades máis propensas a incorrer neste tipo de prácticas, ou se as estruturas internas dos partidos políticos e outras organizacións (empresas contratistas que teñen como principal cliente a Administración) necesitan suxeitos que fagan crecer os seus ingresos e beneficios defraudando cos contratos. Podería pensarse que existen factores sistémicos da corrupción, como o financiamento das campañas electorais, ou os riscos de sostibilidade de contratos complexos, difíciles de xestionar sen un

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*, n. 53, 2016.

¹¹ Rodríguez García, N., *El decomiso de activos ilícitos*, Aranzadi, 2017.

ambiente de confianza e mesmo compadreo. O que parece claro é que existe unha psicoloxía social e individual da corrupción¹².

Quizais non reparamos o suficiente na importancia da selección de persoas con perfís éticos axeitados. Os códigos de conduta aplicados nas administracións públicas trasladan mensaxes de comportamento decoroso, pero non hai evidencias de que as desviacións estean sendo reprendidas, especialmente no nivel dos altos cargos. A cultura da dirección pública mantén elementos predominantes de confianza persoal sobre a profesionalización. E esta si é unha verdadeira materia pendente do noso sistema administrativo: lograr que os que son elixidos para executar orzamentos considerables e políticas públicas transcendentales para o interese xeral non sexan –como no século XIX– os “amigos políticos”, senón persoas capaces e orientadas con criterio técnico, alleas aos intereses curtopracistas dos partidos e as camarillas¹³.

En todo caso, polas razóns que fosen, o certo é que, tras a aprobación de leis e máis leis anticorrupción, da incorporación de máis exixencias de transparencia e a creación de institucións especializadas en previr, nin España nin outros países se libraron desta lacra. O caso Odebrecht, en Iberoamérica, é un exemplo extremo do grao de gravidade que pode alcanzar unha rede de subornos (con ministros e maxistrados implicados en moitos países). O recente caso Koldo en España, en menor escala, pon igualmente de manifesto o doado que pode chegar a ser para un desapreensivo enriquecerse á vista de responsables públicos de primeiro nivel.

Ademais do que atopamos nos medios de comunicación, tamén podemos repasar esta realidade nas sentenzas dos tribunais. O estudo destes casos podería ser parte da formación que deberan recibir os funcionarios responsables e altos directivos en todas as administracións, para coñecer os riscos reais e estar alerta fronte á súa posible existencia na propia organización. Isto é conveniente advertilo porque, cando nos falan da corrupción, como doutros males, parecemos crer que isto só lles acontece a outros, noutras institucións. E seguramente é o mesmo que pensaban os xestores das administracións das sentenzas que vou utilizar como exemplos a continuación¹⁴.

3 Exemplos de casos e sentenzas

Os tribunais penais intensificaron a súa resposta fronte ás ilegalidades na contratación pública. O número de condenas é crecente desde a segunda década deste século. Aínda que a tendencia agora mesmo mostra unha redución das persoas acusadas, entre 2017 e 2023 procesáronse centos de responsables públicos (441 en 2017, 235 en 2018, 254 en 2019, 261 en 2020, 344 en 2021, 200 en 2022 e 178 en 2023). O Consello Xeral do Poder Xudicial e as memorias da Fiscalía ofrecen datos precisos e diferenciados por comunidades autónomas.

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 A “habitación” é o proceso que explica que a xente non se alarme ante casos graves que poden estar sucedendo na súa organización, tal e como explican Cass R. Sunstein e Tali Sharot na súa columna “Why People Fail to Notice Horrors Around Them”, *The New York Times*, 25/02/2024.

O nivel de tolerancia e o grao de rigor na aplicación dos tipos penais tamén cambiaron ao longo do tempo. Malas prácticas contractuais que se consideraban meras irregularidades censurables –pero non delituosas– comézanse a integrar en tipos penais recentemente. Un exemplo relevante ofrécenolo a consideración do fraccionamento de contratos como delito de prevaricación, desde a condena a un viceconsejero do Goberno de Asturias por Sentenza do Tribunal Supremo.

Outras resolucións posteriores abundaron nesta interpretación, de modo que hoxe deben xustificarse documentalmente todos os contratos e motivar que non se trata de fraccionamento de obxecto, unha práctica que antes obedecía nun bo número de situacións, non a casos de corrupción, senón ao intento de axilizar a adxudicación e xestión dos contratos para executar orzamento, non perder subvencións e outras urxencias propias da realización de obxectivos públicos. Non estamos ante suposto de enriquecemento persoal, pois, que é a esencia do concepto de corrupción, senón ante infraccións legais que pasan a considerarse na súa versión máis drástica de tipo penal (prevaricación)¹⁵.

Outros casos, en cambio, móstrannos riscos reais de enriquecemento persoal a conta das arcas públicas. Un primeiro exemplo ofrécenolo o xefe de mantemento do Concello de Valladolid, condenado a sete anos e nove meses de cárcere por adxudicar ás súas propias empresas contratos municipais, condena rebaixada a cinco anos polo Supremo. Neste caso, non se trata dun funcionario que acepte subornos ou dádivas a cambio de adxudicar contratos, senón dun empregado público que crea empresas coa súa familia para adxudicarse a si mesmo contratos menores.

A trama empresarial descubriuse a resultas da adaptación aos requirimentos da Lei de transparencia e bo goberno, ao facer un inventario das empresas contratistas. O contrato menor favorecía este tipo de situacións. Recentemente o Concello de Valladolid pagoulles a estas empresas sete facturas por importe de 27.000 euros, suspendidas desde 2014.

Outro caso que nos mostra riscos de corrupción na contratación pública local é o do responsable de parques e xardíns do Concello de Zamora, quen foi condenado a un ano de prisión por estafa procesual en grao de tentativa. Este empregado adxudicaba contratos a unha empresa, pero executábaos cos recursos municipais. Quedaba co diñeiro e dáballe 500 euros por cada contrato ao empresario. Cando a policía buscou no seu ordenador información, atopou todo nunha carpeta que o investigado chamara “*fexchorías*”. Defraudara preto dun millón de euros.

Este non é un caso típico de corrupción, pero pon de manifesto outras prácticas patolóxicas que poden estar a suceder nas administracións públicas. Un exemplo extremo é o que dá lugar á condena de 10 anos e medio de cárcere para a exalcaldesa de Arrecife (Tenerife), elixida pola lista dun partido denominado independente (Partido Localista por Tenerife). A edil organizou con todo o aparato unha trama de adxudicacións de contratos con cobramento de comisións e sobreprezos.

¹⁵ Sostiven un concepto restrinxido de corrupción en Rivero Ortega, R., “instituciones administrativas y prevención de la corrupción”, en *La corrupción. Aspectos jurídicos y económicos*, Ratio Legis, Salamanca, 2000.

Tantos casos e que chamen tanto a atención escandalizan dentro e fóra do noso país, especialmente alí onde se toman decisións de concesión de recursos para proxectos públicos con diñeiro dos contribuíntes doutras nacións menos acostumadas a este tipo de comportamentos.

Por iso, Europa decidiu actuar. Igual que o Tribunal de Xustiza rematou coa irregularidade xeneralizada da aprobación dos modificados nos contratos de obra pública, unha técnica que desactivaba a competencia real nos concursos, agora as institucións comunitarias comprenderon que necesitan aproximar as lexislacións para previr a corrupción, para protexer os intereses financeiros da Unión e a libre competencia no mercado interior europeo.

4 Salvaranos Europa? Das directivas de contratos á proposta de directiva contra a corrupción

As primeiras normas europeas sobre contratación pública datan dos anos setenta, dedicadas aos contratos de obras e subministracións. Cando España ingresa na Comunidade Europea no ano 1986, incorpórase este acervo nunha primeira reforma da Lei de contratos do Estado (Real decreto lexislativo 9317/986, do 2 de maio). Despois aprobaríanse novas directivas (nos anos 88 e 89, que reformarían as de subministracións do 77 e obras do 71), e refundirían no ano 93, ademais de aprobarse as directivas de recursos en materia de contratos públicos, nos anos 89 e 92. A Lei de contratos das administracións públicas de 1995 ofrecería a ocasión de traspoñer as directivas substantivas, deixando as de recursos ás normas procedementais e procesuais, que se consideraba que xa cumprían o seu contido.

Neste século, a Directiva de 2004 propiciou a aprobación da Lei de contratos do sector público en 2007, igual que dez anos máis tarde se aprobaría a Lei 9/2017 para traspoñer as directivas de 2014. Entre unha e outra, e tamén despois, sucedéronse os documentos sobre boas prácticas, incluíndo os relativos a cláusulas ambientais e sociais, que cambiaron a filosofía orixinal desta política europea (cunha acentuada énfase no económico nas primeiras versións).

O interese e a preocupación da Unión Europea pola corrupción na contratación pública actívase no momento da aprobación do último paquete de directivas, hai dez anos. Entón publícase o primeiro informe anticorrupción, que fai referencia a estes riscos. Xa a nosa doutrina expoñía as súas dúbidas sobre a insuficiente orientación neste sentido da normativa de contratación pública¹⁶. As directivas de 2014 incorporaron algunhas previsións para evitar o conflito de intereses e excluiron os licitadores condenados por delitos de corrupción, unha previsión que xa se atopaba na lei española de 1995 e que resultaba ademais difícil de aplicar pola falta de bases de datos sobre condenas compartidas nos Estados membros¹⁷.

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.

As medidas europeas anticorrupción neste ámbito teñen, pois, dez anos de percorrido, aínda que a OLAF (Oficina de Loita Antifraude) foi creada en 1999, pero é na última década cando se aproban ferramentas máis incisivas, como a Directiva de protección de denunciantes, 2019/1937, xa trasposta nos ordenamentos dos Estados membros. No caso español, mediante a Lei 2/2023, do 20 de febreiro, reguladora da protección das persoas que informen sobre infraccións normativas e de loita contra a corrupción, norma que xa entrou en vigor¹⁸.

Todas estas iniciativas foron insuficientes, pois, do contrario, non se formularía a proposta de Directiva sobre a loita contra a corrupción en 2024. Esta norma modificaría a Directiva 2017/1371, do Parlamento Europeo, que estableceu unhas normas comúns contra a fraude e as ameazas contra os intereses financeiros da Unión (branqueo de capitais, corrupción activa e pasiva, e malversación).

O asesoramento especializado para a elaboración da proposta asóciase ao informe *Strengthening the fight against corruption: assessment of the EU legislative and policy framework*, elaborado por EY e RAND Corporation. Chama a atención o enfoque eminentemente xurídico deste documento. A súa proposta céntrase en cubrir lagoas e harmonizar as medidas dos Estados membros de forma non totalmente vinculante.

Tamén apunta cara á recompilación exhaustiva de datos e a creación de autoridades especializadas e específicas. Varios Estados membros carecen de organismos especializados, e as competencias dos que existen son moi diversas. Este problema foi subliñado polos informes anuais sobre o Estado de Dereito. Así pois, establecer un modelo común parece ser un dos principais propósitos da directiva.

Á vista dos seus contidos, a aproximación do tratamento das infraccións penais é o obxecto máis relevante. As definicións dos tipos (suborno, malversación, apreciación indebida, tráfico de influencias, abuso no exercicio de funcións, enriquecemento ilícito, obstrución á xustiza) e as súas penas correspondentes poderían garantir uns niveis de prevención homologables en toda a Unión Europea, en concreto a fixación dun nivel mínimo da pena máxima. Estamos ante unha das normas máis relevantes do novo dereito penal da Unión Europea.

O repaso do articulado da proposta permítenos coñecer o seu obxecto e ámbito de aplicación (artigo 1), unha serie de definicións normalizadoras (artigo 2) e o seu principio inspirador, a prevención da corrupción (artigo 3). Chama a atención que se predique un enfoque preventivo, tendo en conta que a maioría da regulación é de carácter penal. O dereito penal, por suposto, tamén ten ese efecto preventivo (xeral e especial), pero as intervencións que evitan os riscos son doutra natureza (educación, formación de empregados públicos, por exemplo). E estas medidas menciónanse, pero apenas se desenvolven na proposta de directiva.

A creación de organismos especializados si podería contribuír a mellorar a prevención da corrupción. O artigo 5 da proposta demanda ademais que dispoñan dos recursos humanos, financeiros, técnicos e tecnolóxicos necesarios para o efectivo

¹⁸ Pérez Monguió, J. M. e 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.

desempeño das súas funcións. Esta énfase nos recursos necesarios reitérase no artigo 5, probablemente desde a experiencia de que a súa carencia é unha das razóns principais da limitación de capacidades preventivas.

O artigo 6 apela á formación das autoridades competentes e o seu persoal en materia de loita contra a corrupción. Un repaso aos programas formativos das escolas de Administración pública en España e noutros países mostra a escasa atención monográfica a estas cuestións.

A partir destes preceptos, os seguintes ocúpanse das cuestións penais: suborno e suborno a funcionario; malversación e apropiación indebida; tráfico de influencias; abuso no exercicio de funcións; obstrución á xustiza; enriquecemento por delitos de corrupción; indución, complicidade e tentativa; sancións e medidas aplicables ás persoas físicas; responsabilidade das persoas xurídicas; circunstancias agravantes e atenuantes; inmunidade ou privilexios fronte á investigación e o procesamento de infraccións penais de corrupción.

Outras cuestións procesuais penais son obxecto tamén de regulación: as inmunidades e privilexios fronte a o a investigación; a xurisdición; a prescrición das infraccións penais; a protección dos que denuncien as infraccións penais ou colaboren na investigación; instrumentos de investigación.

Tamén se resalta a necesaria cooperación entre autoridades dos Estados membros, entidades especializadas (Europol, Eurojust, Oficina Europea de Loita contra a Fraude e Fiscalía Europea). Esta colaboración consistirá moitas veces no intercambio de información, outro dos eixes da proposta, tal e como sinalamos ao recordar os informes que se tiveron en conta no seu deseño. Este precepto tamén prevé a creación da “rede da UE contra a corrupción”, para favorecer o apoio recíproco de autoridades e propiciar o intercambio de boas prácticas. A recompilación de datos e estatísticas prevista no artigo 26 será, así, presuposto das medidas a adoptar.

Esta proposta de directiva avanza o futuro do ordenamento europeo anticorrupción, realmente sen grandes novidades. Onde si atopamos novas ferramentas e medidas máis incisivas é nas garantías exixidas e adoptadas para a execución dos fondos chamados Next Generation, que son os derivados do Plan de Recuperación e Resiliencia, aprobado para impulsar a recuperación económica tras a crise xerada pola pandemia da covid-19.

O Regulamento 2021/241, do Parlamento Europeo e do Consello, estableceu a necesidade de que os Estados membros adoptasen medidas para protexer os intereses financeiros da Unión. Tras un debate entre países pola procedencia dos fondos e os riscos da súa execución, a solución de compromiso incluíu o establecemento de garantías para previr irregularidades.

Cada Estado membro ten que adoptar pola súa parte medidas concretas para cumprir con estas exixencias. Aínda que en España se aprobou un Real decreto-lei para a execución dos fondos en decembro de 2020, as normas españolas que contemplan os plans antifraude están na Orde ministerial HFP/1030/2021, do 29 de setembro, pola que se configura o sistema de xestión do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia, e a Orde HFP/1031/2021, do 29 de setembro, pola que se establece o

procedemento e o formato da información a proporcionar polas entidades do sector público estatal, autonómico e local para o seguimento do cumprimento de fitos e obxectivos e de execución orzamentaria e contable das medidas dos compoñentes do Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia.

Posteriormente aprobouse a Orde HFP/55/2023, do 24 de xaneiro, relativa á análise sistémica do risco de conflito de intereses nos procedementos que executen o Plan de Recuperación, Transformación e Resiliencia. En paralelo a este desenvolvemento normativo, despregáronse con maior efectividade as aplicacións de recompilación de datos que deberían utilizar os executores dos fondos para dar conta da prevención dos conflitos de intereses e a fraude: Coffe e Minerva¹⁹.

Ademais, cada entidade debe aprobar un plan propio para prever a fraude. Aquí vou poñer como exemplo o elaborado para os seus servizos pola Xunta de Galicia, un documento que describe pormenorizadamente as medidas do “ciclo antifraude”: prevención, detección, corrección e persecución.

Entre as medidas de prevención destacan as seguintes: formar o persoal directivo público; modificar o código ético; establecer protocolos de detección do conflito de intereses; establecer un catálogo de riscos xerais; establecer un catálogo de bandeiras vermellas; habilitar unha caixa de correo de integridade. Exemplos de medidas de detección son a canle de denuncias ou o plan de riscos específico de cada centro directivo.

Tamén localiza as funcións e responsabilidades na xestión dos fondos: o Consello da Xunta, as consellerías e centros directivos, e os órganos transversais implicados na integridade. Cada centro directivo debe realizar unha avaliación individualizada dos riscos asumidos. A certificación e avaliación dos riscos é un dos capítulos máis importantes do Plan de prevención.

O compromiso de integridade e o marco ético da integridade institucional concrétase na adopción dunha declaración institucional de integridade, a manifestación expresa dos responsables públicos, así como referencias á integridade na planificación estratéxica, difusión e formación en materia de integridade. Tamén se inclúen medidas para a prevención do conflito de intereses, tanto para os altos cargos como para os empregados públicos.

O sistema integrado de información e a canle de denuncias detállanse igualmente neste documento, incluíndo o comité de ética. A súa regulación está na Lei 2/2023, do 20 de febreiro, reguladora da protección das persoas que informen sobre infraccións normativas e de loita contra a corrupción.

O recordo de medidas adoptadas hai anos demostra que as accións de prevención dos conflitos de intereses presentan antecedentes relevantes. Así, por exemplo, o Código ético institucional da Xunta de Galicia, aprobado en 2014, cos principios básicos de conduta do persoal da Administración autonómica: imparcialidade e obxectividade no exercicio dos cargos; deber de proporcionalidade nas viaxes ou a

¹⁹ Sobre o funcionamento destas aplicacións e os seus problemas operativos poden pronunciarse os responsables da xestión dos fondos en todos os niveis administrativos. Aínda existe demasiada incerteza sobre as consecuencias posteriores de exportar datos e as incidencias que se produzan.

axenda pública; prohibición expresa de regalos e dádivas, ou o uso responsable de medios e recursos públicos.

Todo este plan, como a proposta de directiva, presenta desde o meu punto de vista unha lagoa importante: a súa escasa ou nula mención ás ferramentas de intelixencia artificial.

5 Será a intelixencia artificial a panacea?

Quizais ningunha tecnoloxía espertou tantas expectativas e medos na historia da humanidade como a intelixencia artificial. Aínda que o impacto doutros descubrimentos foi moito maior, nas súas implicacións sobre as persoas (antibióticos, vacinas, electricidade, telecomunicacións), as advertencias e promesas dos tecnólogos producen perplexidades e demandas regulatorias preventivas, recentemente atendidas pola Unión Europea ao impulsar mediante regulamento a primeira Lei da intelixencia artificial.

Unha das utilidades inequívocas das aplicacións masivas de xestión da información é o control, sen dúbida²⁰, pero hai outras moitas, descritas por Coglianese, entre as que cabe destacar a identificación de patróns de incumprimento de prazos ou outros compromisos por parte de certos entes, que poderían perfilarse e ser penalizados nas seguintes adxudicacións²¹.

O interese polo estudo das aplicacións de intelixencia artificial aplicables á prevención da corrupción na contratación pública creceu exponencialmente desde hai dez anos. Antes existían propostas de utilización do *big data* para controlar os prezos e evitar fraudes²², pero foi o progreso acelerado da intelixencia artificial o factor decisivo da nova énfase.

Son moitas as promesas e algúns menos os perigos de usar a IA para loitar contra a corrupción, con perspectivas escépticas se as aplicacións son creadas e controladas polos propios gobernos, en lugar de seren desenvolvidas de abaixo cara a arriba por iniciativas asociativas, organizacións non gobernamentais e periodistas²³. E, como o movemento se demostra andando, deben ser os feitos os que nos demostren con datos e casos que efectivamente están a producir o obxectivo desexado²⁴.

Así, xa se foi destacado o valor preventivo destas ferramentas²⁵ por varios autores: Capdeferro desde o dereito administrativo e desde a economía Félix López

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*.

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

²⁴ Adam, I. e 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. e Martínez, J., "Preventing rather than punishing: An early warning model of malfeasance in public procurement", *International Journal of Forecasting*, 2021.

Iturriaga²⁶. As experiencias comparadas tamén ofrecen bos resultados de control inicial do sobreprezo, quizais o dato máis doado de trazar con estas ferramentas, xunto á detección do conflito de intereses. Brasil e Colombia, entre outros países, xa utilizan ferramentas deste tipo²⁷.

Un exemplo é a ferramenta VigIA, desenvolvida pola Veeduría Distrital de Bogotá. Esta aplicación toma datos do Sistema Electrónico para a Contratación Pública (SECOP), unha plataforma creada pola Axencia Nacional de Contratación Pública (Colombia Compra Eficiente). A partir de técnicas de aprendizaxe das máquinas, identifica patróns de risco de ineficiencia ou irregularidades²⁸.

A detección de patróns e a activación das chamadas “bandeiras vermellas” (*red flags*) son a mostra máis concreta dos efectos destas aplicacións. Se concorren determinados indicadores nun contrato público, a súa correlación con riscos antes coñecidos fano sospeitoso de prácticas de corrupción. Así, por exemplo, a falta de competencia, a recorrencia dun único contratista, o sobreprezo, as reducións de prazos ou outras medidas de axilización do procedemento, etc.

O presuposto da compra pública electrónica e o manexo masivo de datos, sen os cales apenas nada se podería facer con aplicacións de intelixencia artificial, mostran a conexión das sucesivas etapas da Administración electrónica. Os países máis avanzados en compra electrónica son tamén probablemente os que nos poderán explicar mellor os usos para previr a corrupción.

Por exemplo, Chile foi un dos pioneiros, e a súa experiencia ensínanos que, unha vez que os licitadores comprenden o funcionamento do sistema, detectan os seus puntos vulnerables e adaptan os comportamentos a esas debilidades para sacar partido destas. Estamos, pois, ante unha “carreira armamentística” ou un “xogo do gato e o rato” en que as aplicacións non poden resolvelo todo sen a experiencia dos profesionais máis versados.

6 A necesaria avaliación da calidade *ex post* das compras públicas

Así pois, nin sequera a intelixencia artificial logrará rematar coas malas prácticas. Tantos esforzos contra a corrupción na contratación pública non acabaron con este fenómeno, como os escándalos máis recentes demostran unha vez máis. En cambio, desde as súas primeiras medidas, demasiadas prevencións produciron outros efectos iatroxénicos (secundarios) prexudiciais para o obxectivo de lograr adquisicións de maior calidade e aliñadas cos obxectivos estratéxicos das políticas públicas.

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

Isto sucede coa poxa, que incorpora un elemento de obxectividade indubidable nos procesos selectivos, pero, ao facer fincapé unicamente no prezo, incrementa os riscos de adquisición de produtos de menor calidade e durabilidade. Tampouco permite este criterio cuantitativo incorporar elementos sociais á selección de contratistas. E, por suposto, non garante de ningún xeito que o que se compra sexa verdadeiramente necesario, pois, aínda que a xustificación das compras poida simularse *ex ante*, conviría demostrar tamén *ex post*.

Na loita contra a corrupción, sería conveniente evitar estes efectos iatroxénicos ou secundarios dalgunhas limitacións da regulación dos contratos públicos, como as relativas ás prórrogas. E deixar de temer á discrecionalidade se hai un control *ex post*, de resultados, tal e como propuxo e practicou os últimos anos do século pasado o profesor Steven Kelman á fronte da Oficina Federal de Compras, no período de “reinvenção do Goberno” impulsado polo vicepresidente Al Gore, un momento histórico en que Estados Unidos logrou un orzamento equilibrado, un dato vinculado á eficiencia nas adquisicións públicas²⁹.

A corrupción é unha patoloxía delituosa e un problema global, pero na xestión pública existen outras moitas malas prácticas daniñas do interese xeral. A desidia, por exemplo, ou a colusión entre contratistas, que eleva artificialmente os prezos e prexudica o interese público de forma grave³⁰.

Hai sesenta anos o profesor Ramón Parada, falecido en marzo de 2024, criticaba os erros da Lei de contratos do Estado. A lectura das súas agudas observacións, arredor dun texto central do dereito administrativo do seu tempo, demóstrannos o pouco que avanzamos, tamén neste ámbito de prevención da corrupción nas adquisicións públicas. Aínda non temos balas de prata, pero necesitamos porque sen elas o edificio do Estado entrará en fase de ruína, a mesma que ameazan algunhas zonas do cuartel da Garda Civil de Salamanca³¹.

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,

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

³⁰ Jones, A.; Konavic, V. e 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.

- 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.
- COGLIANESE, 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.
- JONES, A.; KONAVIC, V.; y ANDERSON, R., *Combating 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.

regap



ESTUDIOS

- 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.