

LA AFECTACIÓN DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL A LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN PÚBLICA EUROPEA

Prof^a. Dra. Virginia Saldaña Ortega

Resumen

La inteligencia artificial ha supuesto un hito sin precedentes en la historia reciente de nuestra sociedad, perfectamente equiparable a la importancia que ostentó en su momento la invención de la imprenta o la creación de Google, hace apenas unas décadas. Nos hallamos ante una herramienta que va a tener un papel protagonista en la realidad de la actividad diaria de todos nosotros, y un posicionamiento preponderante en el desarrollo y progreso de nuestras economías. Siendo la contratación pública es en estos momentos, una de las áreas de ejercicio en la que mayor incidencia práctica pudiera tener esta herramienta digital para el correcto desarrollo de los procesos de licitación existentes en el marco de su actividad.

Summary

Artificial intelligence has been an unprecedented milestone in the recent history of our society, perfectly comparable to the importance gained decades ago by the invention of the printing press or the creation of Google, just a few decades ago. We are faced with a tool that will play a leading role in the reality of the daily activity of all of us, and a preponderant position in the development and progress of our economies. Being public procurement, it is currently one of the areas of practice in which this digital tool could have the greatest practical impact for the correct development of the bidding processes existing within the framework of its activity.

Palabras clave

Armonización; contratación pública; inteligencia artificial; licitación; reglamento.

Keywords

Harmonization; public procurement; artificial intelligence; tender; regulation. Sumario

Introducción

Convendríamos en afirmar, nada más comenzar el presente escrito, que la inteligencia artificial es uno de los elementos clave del siglo XXI. Una herramienta que ha copado indiscutiblemente el pensamiento de muchos, protagonizando los más grandes e intensos debates de los últimos años, encontrándose presente en el desarrollo de la mayor parte de la literatura jurídica producida en estos últimos tiempos. Defensores y detractores de esta nueva herramienta de utilización en innumerables facetas de su empleabilidad, aúnan sus esfuerzos en la defensa de sus ideales y planteamientos con respecto a la aplicación de esta nueva realidad.

Los iniciales planteamientos de los grandes contrarios a la aplicación de la inteligencia se encontraban fundamentados en el posible desarrollo de máquinas o grandes *robots* que poco más quisieran conquistar el mundo o desencadenar el final de la humanidad. La prensa sensacionalista de este último tiempo no ha hecho sino incendiar de forma más que evidente este recelo de una parte de la sociedad que ve amenazada su integridad como especie, asimilando como reales, titulares de tanta crudeza como aquellos que afirmaban que la inteligencia artificial sería capaz de robar las almas de los mortales o la que indicaba que la era de los *robots* acabaría con la humanidad tal y como la conocemos. Me permito en este punto, y en una utilización parafraseada de aquellos titulares, los medios de comunicación de los que proceden este tipo de advertencias con el fin de no entrar en controversia con ellos, e invitando al lector de estas modestas líneas a que navegue por la hemeroteca de los últimos años, donde previsiblemente encontrará afirmaciones de similar naturaleza a las sucintamente expuestas en estas líneas.

En contraposición, encontramos al grupo defensor de esta nueva herramienta que advierte de la utilidad de su implantación y que ha visto una manifiesta aplicabilidad de su instrumentalización en la actividad diaria, así como en la promoción y la consecución de grandes objetivos a nivel global, como podrían ser la materia de medio ambiente, la procura de una mayor eficacia y eficiencia en áreas de actividad como las propias de la administración pública o en el desarrollo de estrategias anticorrupción que asistan a la actividad económica, por ejemplo. No existiendo una lista *numerus clausus* de los sectores o realidades en que pueda ser de aplicación la inteligencia artificial, lo cierto es que su utilidad puede ser extrapolable a casi la práctica totalidad de la actividad desarrollada en nuestra actualidad.

Son muchos los debates al respecto de esta realidad, de la posible implementación de esta actividad en el orden actual de nuestra sociedad y muchas sus posibles implicaciones. Pero ¿qué es la inteligencia artificial? En términos generales, bien podríamos indicar que esta es una herramienta o software de procesamiento de datos ultra rápido que intenta reproducir los procesos cognitivos de un ser humano desde tres grandes enfoques o perspectivas, a saber: la relativa a la generación del contenido; la que procura la toma de decisiones y aquella que se encarga de la predicción, la clasificación y decisión de cuestiones que son planteadas.

I. El papel de la Unión Europea como promotor de la primera gran normativa regulatoria de la inteligencia artificial

Indiscutiblemente, el papel protagónico de la Unión Europea en el desarrollo de un entramado normativo que haga las veces de colchón o marco normativo en que se debe asentar la inteligencia artificial y su afectación a la realidad europea, es un hito merecedor de unas líneas en la presente investigación, habiéndose demostrado, una vez más, la utilidad y preponderancia de la organización supranacional que fundamenta nuestra realidad, y en absoluto comparable con ningún otro proceso llevado a cabo en el panorama internacional.

Y lo cierto es que parece plausible comprender que un desarrollo normativo de esta magnitud y naturaleza resultaría solo viable en un entorno supranacional el presente, propulsor de un ideario armonizador superado en muchos casos. Baste señalar la magnífica elaboración y puesta en marcha del Reglamento sobre Protección de Datos para poder evidenciar que la Unión Europea, no solo es capaz de procurar un desarrollo común de sus Estados miembros para la protección de los principios y derechos que asisten a su ciudadanía y sociedad, sino que es capaz de procurar un modelo que sirva de espejo para su posible implementación en otros procesos de integración o en aquellas naciones preocupadas por el avance en la protección de los derechos íntimamente ligados con el desarrollo de las nuevas tecnologías.

El proceso de integración europeo ha vuelto a hacer: la Unión Europea ha hecho historia. Con el reciente acuerdo de Reglamento sobre Inteligencia Artificial promovido por las dos instituciones colegisladoras de la organización, se ha procurado un resultado normativo absolutamente novedoso, un reglamento que hace las veces de estándar fundamental en que se deberá desarrollar el futuro uso de la inteligencia artificial,

estableciendo unos márgenes de protección suficientes para la buena utilización de dicha herramienta. Y es que el escenario no podría haber sido más idóneo para terminar de promover el impulso de esta idea que comenzó a asentarse en la realidad de Europa hacia el año 2020 pero que no ha podido ver la luz hasta el presente momento. Ello con motivo de las terribles circunstancias procuradas por la crisis sanitaria del Coronavirus que asolaban nuestra realidad y precisaban la necesidad de establecer unas prioridades ineludibles que debían ser atendidas para dar solución a la problemática mundial que azotaba la realidad de toda nuestra sociedad de forma indiscriminada.

El acuerdo de reglamento se alcanzó, además, durante la presidencia española del Consejo, país comprometido con el proceso de integración y proactivo en el desarrollo de la materia. La presidencia española del Consejo finalizará su andadura del mandato semestral ostentado hasta la finalización de este año 2023, con el desarrollo de unos cincuenta acuerdos políticos junto al Parlamento Europeo. Podríamos decir que la evolución y el desarrollo de la actividad comunitaria, al menos en el aspecto más técnico de su actividad, ha sido fructífera y de relevancia suficiente. Ello, pese a que, como sabemos, el inicio del mandato coincidió con la convocatoria de elecciones a nivel nacional y con el desarrollo de las primeras sesiones de trabajo del Consejo, con un consejo en funciones.

Con fecha 8 de noviembre del año 2023 se produce el histórico acuerdo institucional entre los colegisladores por el que se procura una normativa común para el uso de la inteligencia artificial. Tras el acuerdo provisional alcanzado, deberá proseguir el trabajo de los cuerpos técnicos para terminar de ultimar los detalles del texto. Posteriormente, será la presidencia quien lo someterá al refrendo del COREPER para, ulteriormente, confirmarse el texto íntegro por las dos instituciones, para su posterior sometimiento a la formalización jurídico-lingüística y su final adopción formal por parte del Consejo y del Parlamento Europeo. Empero y pese a no haber culminado el proceso legislativo conforme a lo estipulado por la normativa europea, el hito histórico radica precisamente en el citado acuerdo interinstitucional que procura hoy un primer acercamiento a lo que será una normativa común y armonizada del uso de la inteligencia artificial.

Y esta normativa reposa en el carácter reglamentario de la naturaleza que ha querido ofrecérsele, precisamente por entender, de conformidad con lo redactado en la propia exposición de motivos que afirmaba: «[...] la necesidad de aplicar uniformemente las nuevas normas en el resto de los Estados miembros que componen esta organización

supranacional». A partir del convencimiento de que «La inteligencia artificial es un conjunto de tecnologías de rápida evolución que puede generar un amplio abanico de beneficios económicos y sociales en todos los sectores y las actividades sociales».

El enfoque de esta nueva realidad normativa se encuentra basado en la estrategia del riesgo. A mayor abundamiento, cabría entender que la justificación plausible que razona este enfoque basado en una estrategia del riesgo debe entenderse fundamentada en el aseguramiento del principio de proporcionalidad en primer término, y del resto de principios que asisten y son inherentes al espíritu del Derecho originario de la Unión Europea. Ello, de conformidad con lo ya manifestado en el punto 2.3 de la propuesta de reglamento que venimos analizando en estas líneas.

Indiscutiblemente, este sometimiento a unos estándares de justicia y de respeto a los principios y valores que propugna la Unión Europea nos posiciona en una nueva disyuntiva, que ya tuvimos oportunidad de abordar en tiempos pasados a partir de la propugnación del Reglamento de Protección de Datos¹ y que en ocasiones conceptualizamos en la academia como el “Efecto Bruselas”. Cabría considerar, por tanto, que el trabajo a futuro estribará en aprender a delimitar las actuaciones que deberán llevarse a cabo por las empresas que coexisten con esta herramienta para procurar una determinación real o la detección eficiente de los posibles excesos que puedan suponer un quebrantamiento de estos principios o de los valores y objetivos perseguidos por la organización, que probablemente tendrán su eco en el desarrollo normativo extracomunitario.

Por tanto, el papel de la Unión Europea en un futuro a medio y largo plazo en el panorama internacional deberá estar basado en el logro de la globalización de los valores europeos y el desarrollo de su normativa en inteligencia artificial, convirtiéndolos en un valor intrínseco de las dinámicas de los mercados globales y de la actividad propia de cada Estado. Y estos estándares regulatorios en materia de inteligencia artificial podrán ser puestos en marcha de varias maneras y caben algunas alternativas que pueden resultar de utilidad para la consecución de tales fines. Una posibilidad sería, por ejemplo, la inclusión por parte de la Comisión Europea de disposiciones concretas sobre la materia en los acuerdos de libre comercio que se vayan desarrollando a futuro de la misma manera que

¹ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (DOUE L 119/1).

son ya incluidas disposiciones relativas al comercio digital o a la transferencia de datos personales.

La otra posibilidad que propugna un carácter más orgánico de su desarrollo e inclusión siendo la propia actividad cotidiana de los mercados y de las actividades desarrolladas en el desarrollo normal de materias que, por su implicación, resultan de gran importancia para el desarrollo de los territorios, y de entre los que cabría destacar la contratación pública, tal y como veremos más adelante. Lo cierto es que el ámbito de aplicación territorial de la normativa resulta extraordinariamente amplio porque extraordinariamente amplia es la implicación que plantea la inteligencia artificial. Es por ello por lo que las empresas tecnológicas que desplieguen sus actividades a nivel global se van a ver obligadas a adoptar de facto los estándares de la Unión Europea, asumiendo como propias dichas cláusulas o estándares de calidad en la regulación para el resto de los territorios, aunque solo sea con la finalidad de unificar criterios y diseñar una actuación común para el desarrollo de su actividad en los distintos territorios en que operen.

Lo cierto es que se plantean aún algunas incógnitas y debates que no serán resueltos hasta que se haga efectiva la publicación de la nueva normativa europea. *A priori* podríamos lanzar algunas afirmaciones que parece que de alguna manera deberán ser analizadas como ¿de qué manera se abordará el constante desarrollo de la inteligencia artificial?; ¿cómo se solventarán normativamente las nuevas situaciones que puedan dar lugar a la necesidad de regulaciones concretas? o ¿cuál será la responsabilidad de los propios actores que elaboren inteligencia artificial y como se comprometerán a respetar las reglas que se establecen?; ¿será necesaria la elaboración de un código de buena conducta?; y, lo más importante, ¿podrá comprenderse esto como un modo de autorregulación por parte de tales sujetos?

Son muchas las cuestiones que cabría plantearse y que seguro serán objeto de análisis en foros de investigación en un futuro más que inmediato. Parece oportuno pensar que los campos de investigación que comienzan ya a desarrollarse y que son conocidos como *sandbox*, serán un instrumento de gran utilidad para ofrecer una mayor seguridad en el desarrollo y despliegue de la normativa. De acuerdo con la redacción elaborada en el en la exposición de motivos del Real Decreto 817/2023 del 8 de noviembre que establece un entorno controlado de pruebas para el ensayo del cumplimiento de la propuesta de

Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se establecen normas armonizadas en materia de inteligencia artificial²:

«[...] el objeto de este entorno será estudiar la operatividad de los requisitos establecidos en la propuesta de Reglamento europeo, la realización de una autoevaluación de cumplimiento de los mismos y de la evaluación del plan posterior a la comercialización de los sistemas de inteligencia artificial de las entidades participantes».

II. La afectación de la inteligencia artificial en la política de contratación pública europea y algunas conclusiones sobre su utilización

La importancia que ostenta la actividad de licitación en el seno de la Unión Europea y en la actividad desarrollada a nivel comunitario y de los países miembros resulta una realidad evidenciada en datos claramente reveladores y es que la contratación pública supone en torno al 19% del Producto Interior Bruto de la Unión Europea.

Las autoridades celebran contratos con el fin de procurar la realización de obras y la prestación de servicios en el seno de la Unión Europea, suponiendo dichos contratos un volumen de transacciones de 2448000 millones EUR, siendo esta actividad, por consiguiente, uno de los principales vectores de crecimiento económico, creación de empleo e innovación. Esta actividad de licitación, amerita por tanto enfocarla desde una perspectiva europea precisamente porque, de conformidad con los datos anteriormente ofrecidos, podemos afirmar sin riesgo a equivocarnos que nos hallamos ante una verdadera política pública siendo su desarrollo normativo el que ha permitido la consagración de su actividad de forma más eficiente.

Esta armonización normativa que fue ya encaminada con la primera promoción de directivas comunitarias en la materia y que en la actualidad tiene su fundamento normativo en las directivas de cuarta generación, ha dado como resultado un aumento significativo en términos económicos que viene a evidenciar nuevamente la necesidad de armonización de aspectos y áreas de actuación de esta naturaleza. Cabría pues señalar como la contratación pública y su directa implicación con el estado de salud de las economías nacionales, supranacionales y globales, supone una materia de absoluto interés para el desarrollo del futuro de la Unión Europea.

² BOE núm. 268, de 9 de noviembre de 2029, páginas 149138 a 149168 (BOE-A-2023-22767).

Y precisamente es en el ámbito de la licitación pública en la que encontramos grandes deficiencias que deberán ser solventadas y a las que ineludiblemente deberá ofrecer solución la nueva normativa europea al respecto de la inteligencia artificial. Las deficiencias que sucintamente venimos a analizar en estas líneas han supuesto graves problemáticas en la puesta en marcha de las herramientas de digitalización precisamente por encontrarse sustentadas en una deficiente aplicación de la reforma digital operada a nivel mundial. Piénsese, por ejemplo, en las problemáticas acontecidas en la gestión del dato por parte del sector público y la evidente falta de uniformidad existente en los datos aportados o en su formato y la consiguiente dificultad de análisis, explotación y el respeto de principios como el de transparencia, acceso a la información o publicidad.

Habitualmente a decir que la normativa relativa a la contratación pública se encuentra desarrollada o compuesta por tres grandes elementos, a saber: la normativa europea; la normativa nacional europeizada gracias al proceso de armonización que acontecen en el seno de su actividad; y, por último, los principios del Derecho administrativo europeo. En este orden de ideas, si atendemos a la normativa nacional, podremos evidenciar como la problemática que evidentemente nace de la norma común, es asimilada también en el marco normativo nacional. Piénsese, por ejemplo, en la normativa desarrollada por España para la contratación pública y es que, si atendemos a la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público³ parece que el uso de términos poco específicos como “electrónico” por los que se pretende salvar la actualización de la normativa evidencian una falta de profundización de los procesos llevados a cabo en torno a la digitalización de la materia.

La falta de determinación concreta de aspectos que se encuentran en juego en la actividad licitadora nos lleva a experimentar problemas de gran calado como son la falta de uniformidad de los datos o de su formato, tal y como avanzábamos. Y este tipo de deficiencias que ya han sido ampliamente resaltadas por parte de la doctrina, suponen elementos a los que se tendrá que poner solución con el fin de procurar un correcto proceso de licitación que permita salvaguardar los principios que son inherentes a los individuos y al Derecho administrativo en sí mismo, y que se encuentran aún en juego. Ello, unido a la falta de profesionalización por parte de los sujetos intervinientes en la actividad licitadora, generan un aura de incertidumbre e inestabilidad poco aconsejable

³ Por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 [BOE núm. 272, de 09/11/2017].

para dar paso a la nueva era de la digitalización de forma correcta, uniforme y profundizada, siendo, por consiguiente, de vital importancia poner el foco en el desarrollo y la resolución de este tipo de deficiencias manifiestas en la actividad contractual.

Y ¿de qué manera podremos entender idónea la aplicación de la inteligencia artificial en el campo de la contratación pública europea teniendo en consideración todos estos elementos sucintamente analizados a lo largo del presente escrito? ¿Cómo podemos utilizar la inteligencia artificial de forma eficaz y eficiente en la contratación pública?

Pues cabría entender que la respuesta a tales planteamientos dependerá del momento del proceso en que nos encontremos dentro de una licitación pública. En este sentido, si nos hallamos en el supuesto de preparación de un contrato, lo más plausible será la incorporación de la inteligencia artificial por medio del apoyo en la elaboración de los pliegos o en la determinación de los criterios de selección. De esta manera cabría identificar y corregir aquellos errores, la mejora de la calidad y la concisión de los documentos y procurar un mejor entendimiento para los licitadores.

En los supuestos de adjudicación, podríamos abogar por la valoración competitiva de las ofertas para, por ejemplo, evidenciar aquellos precios que resulten anormalmente bajos y poder detectar errores voluntarios o involuntarios de este tipo. Especial importancia revelan en este tipo de intervención aquellas herramientas de aprendizaje automático por medio de las cuales los sistemas pueden procurar un aprendizaje de datos; la identificación concreta de patrones y la toma de decisiones con una mínima intervención humana.

¿Qué alternativas cabría entender viables en la fase de ejecución del contrato? En tales supuestos podríamos entender plausible la utilización de la inteligencia artificial para la detección de eventuales desviaciones respecto de las premisas fijadas con anterioridad. Parece que, al menos por el momento, entender plausible un procedimiento de licitación y elección completamente autónomo no resulta una posibilidad del todo idónea, máxime si tenemos en consideración las problemáticas o debates que acontecen al respecto de la actividad administrativa automatizada y es que, de conformidad con las afirmaciones vertidas por PONCE SOLÉ, la validez del acto administrativo automatizado dependerá indiscutiblemente del cumplimiento de todos los requisitos y características exigidas por la normativa para tal fin. (PONCE SOLÉ: 2019).

Bibliografía

- Linares Gil, M. (2010): Identificación y autenticación de las Administraciones públicas. En: GAMERO CASADO, E. (Coord.), VALERO TORRIJOS, J. (Coord.), La ley de administración electrónica: comentario sistemático a la Ley 11-2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, Edit. Thomson Reuters Aranzadi. Pp. 415-462.
- Ponce Solé, J. (2019) Inteligencia artificial, derecho administrativo y reserva de humanidad: algoritmos y procedimiento administrativo debido tecnológico, en *Revista general de Derecho administrativo*. N.º 50, pp. 8-27.
- Saldaña Ortega, V. (2022). El Derecho administrativo europeo, Madrid, Edit. Aranzadi.
- Sierra Morrón, S. (2021) Control judicial de los algoritmos: robots, administración y Estado de Derecho, Noticias Jurídicas y Actualidad. Disponible en: <https://elderecho.com/control-judicial-de-los-algoritmos-robots-administracion-y-estado-de-derecho>
- Podcast: Inteligencia Artificial, su Regulación Internacional y el futuro Reglamento Europeo de la IA. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=fd787j-kHjk>
- Fichas temáticas sobre la Unión Europea: los contratos públicos. Disponible en: <https://www.europarl.europa.eu/factsheets/es/sheet/34/los-contratos-publicos> Consultado en 2 de diciembre de 2023).