

LA CONTRATACIÓN PÚBLICA COMO ELEMENTO DE CONTROL, GARANTÍA E IMPULSO DE LA IA PÚBLICA

Javier Miranzo Díaz

RESUMEN: Este trabajo tiene por objeto el análisis de algunos puntos esenciales en el uso de la contratación pública como vía de entrada de inteligencia artificial en la administración pública. En este sentido, se analizan dos aspectos fundamentales: (1) se identifican algunas de las principales contradicciones que ofrece la normativa española actual para la adquisición de estas tecnologías, aportando posibles soluciones; y (2) se resalta, debido a la complejidad de las soluciones a adquirir, el papel de la estandarización y la elaboración de modelos y guías, sin olvidar las posibles limitaciones de esta técnica administrativa.

Palabras clave: contratación pública, inteligencia artificial, estandarización.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to analyze some essential points in the use of public procurement as an entry point of artificial intelligence in public administration. In this sense, two fundamental aspects are analyzed: (1) some of the main contradictions offered by the current Spanish regulations for the acquisition of these technologies are identified, providing possible solutions; and (2) due to the complexity of the solutions to be acquired, the role of standardization and the elaboration of models and guides is highlighted, without forgetting the possible limitations of this administrative technique.

Keywords: public procurement, artificial intelligence, standardization.

SUMARIO: 1. Introducción; 2. Inconsistencias de la normativa nacional de contratos en su aplicación a la IA; 3. Las garantías en la contratación de IA: la propiedad intelectual; 4. Hacia una correcta estandarización de las garantías exigibles; 5. Conclusiones; 6. Bibliografía

1. Introducción

La contratación pública está llamada a actuar en muchos casos como puerta de entrada de la IA a la Administración (Bernal Blay, 2014), y una de sus principales funciones debe ser asegurar que el software cumple con las garantías legales y de ética pública, y que por tanto se les exige a los proveedores privados el cumplimiento de determinados principios de derecho público o el respeto de determinadas garantías de transparencia o ética pública (Huerco Lora, 2020)¹. El sector público puede, así, anticipar elementos que se encuentren recogidos en instrumentos de *soft law* como recomendaciones o informes no vinculantes, y convertirlos en obligaciones contractuales o elementos valorables, dirigiendo al sector privado hacia mecanismos más exigentes de *compliance* algorítmico (Leslie et al., 2021). Una correcta implementación de softwares privados en la esfera pública dependerá, en gran medida, del adecuado diseño y adaptación de los procedimientos de compra pública que permitan articular este tipo de relaciones público-privada.

Esta realidad ha hecho que el *World Economic Forum* aprobara, en colaboración con la Oficina para la Inteligencia Artificial de Reino Unido el documento “Guidelines for AI procurement” (2019).² Posteriormente, se han aprobado otros textos de guía por parte del propio WEF.³ el Gobierno Británico,⁴ o los modelos de cláusulas para adquisición de IA.⁵ En ellos se establecen una serie de estándares, parámetros y consideraciones que deben seguirse a la hora de diseñar contratos encaminados a la provisión de servicios y suministros de IA, entre los que destacan elementos como el régimen sobre la información de funcionamiento del algoritmo, de los datos tratados y la información de él derivada. Pero la implantación de IA a través de contratación pública plantea también algunos retos que exigen una revisión de la normativa nacional.

¹ Así lo vienen advirtiendo también otros autores, que en los últimos años están llamando a repensar y reflexionar sobre el papel que el derecho de la contratación pública puede jugar en este nuevo escenario, así como sobre si realmente es el método idóneo para regular la IA en el sector público. En particular, puede verse (Rubenstein, 2021) y (Sánchez Graells, 2024).

² World Economic Forum. *Guidelines for AI procurement*, 2019. Disponible en: http://www3.weforum.org/docs/WEF_Guidelines_for_AI_Procurement.pdf

³ WORLD ECONOMIC FORUM. *Unlocking Public Sector AI. AI Procurement in a Box: AI Government Procurement Guidelines*. 2020. Disponible en: https://www3.weforum.org/docs/WEF_AI_Procurement_in_a_Box_AI_Government_Procurement_Guidelines_2020.pdf

⁴ Office for Artificial Intelligence. *Guidelines for AI procurement. A summary of best practices addressing specific challenges of acquiring Artificial Intelligence in the Public Sector*. 2020. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/990469/Guidelines_for_AI_procurement.pdf

⁵ EU model contractual AI clauses to pilot in procurements of AI (2023). Disponible en: <https://public-buyers-community.ec.europa.eu/communities/procurement-ai/resources/eu-model-contractual-ai-clauses-pilot-procurements-ai>

2. Inconsistencias de la normativa nacional de contratos en su aplicación a la IA

Uno de los elementos esenciales de cara a una correcta contratación de IA es la correcta clasificación del contrato, ya que tiene importantes consecuencias (Gimeno Feliú, García Álvarez, & Tejedor Bielsa, 2022). La regla general de los artículos 308 (sobre el contrato de servicios) y 16.b (para suministros) de la Ley 9/2017 establecen como regla general que los contratos que tienen por objeto la adquisición de programas de ordenador son contratos de suministro⁶. Con una excepción: que se trate de programas de ordenador confeccionados a medida, en cuyo caso constituyen contratos de servicios, y a los que serían de aplicación las previsiones señaladas del artículo 308. Sin embargo, estas dos tipologías no son compartimentos estancos, y el régimen jurídico previsto presenta actualmente una serie de deficiencias o contradicciones.

Así, en primer lugar, surge la pregunta de cuándo servicio complementario al suministro de una licencia de software pueden entenderse que supone un “desarrollo a medida” y cuándo esos servicios de instalación o mantenimiento pueden entenderse intrínsecamente unidos al contrato de suministros, sin alterar su naturaleza. Los órganos consultivos se han pronunciado al respecto, pudiendo identificarse dos líneas interpretativas:

- La defendida por el informe 1/2020, de 28 de julio de 2020, de la JCCAIB, que concluye que para evaluar si la adaptación de un algoritmo puede considerarse *a medida*, y por tanto un contrato de servicios, debemos juzgar si incluye adaptaciones complejas y no necesarias para el desarrollo normal del programa. Por el contrario, será catalogado como contrato de suministros cuando dichas adaptaciones no se entiendan excesivamente complejas (Collado Gallego, 2018, p. en p. 512).
- La establecida por la JCCPE en su Informe 13/2021, que defiende que el concepto de desarrollo a medida contemplado en los artículos 16 y 308 LCSP debe observarse atendiendo a la transmisión o no de la propiedad intelectual. Entiende el elemento diferencial entre un programa a medida y un programa estandarizado a efectos de la calificación del contrato no depende de la complejidad de las

⁶ Esto, además, es reforzado por diferentes informes de la Junta Consultiva de Contratación del Estado, entre las que destacan: informe 58/2018 o informe 13/2021.

“adaptaciones”, sino que el concepto de “desarrollo a medida” radica en que en el primero se adquiere la propiedad del mismo, lo que implica poder modificar, enajenar, ceder y utilizar libremente ese programa, incluido el código fuente del mismo, mientras que en un contrato de suministro de software la Administración nunca adquiere la propiedad sino simplemente una licencia de uso.

Esta última contradice lo establecido en la LCSP, de acuerdo con el artículo 308.1 puede existir un contrato de servicios de IA en el que no se transfiera la propiedad intelectual sobre el software. Si basamos la clasificación de un contrato de software únicamente en la transmisión de la propiedad intelectual o del código fuente, esto es, de la propiedad sobre el algoritmo, entonces estaríamos vaciando de contenido la previsión del artículo 308.1 para el caso de los programas de software, pues no cabría un contrato de servicios sin transmisión de propiedad intelectual –así como tampoco un contrato de suministros con transmisión de derechos de propiedad intelectual, algo que tampoco excluye la LCSP.

En segundo lugar, estos criterios utilizados actualmente también pueden generar problemas con respecto la prohibición contenida en el artículo 17 LCSP, que impide que los contratos de servicios impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos. Y es que podría argumentarse que un algoritmo de desarrollo y de titularidad privada que se mantiene como tal tras la celebración del contrato, no podría, en principio, desempeñar funciones públicas. Sin embargo, como se ha expuesto unas líneas más arriba, un algoritmo de desarrollo y de titularidad privada que se mantiene como tal tras un contrato público, incluyendo la propiedad intelectual e industrial –es decir, únicamente se ceden derechos de uso–, debe ser catalogado como un contrato de suministro de acuerdo a la LCSP.

Pues bien, la mencionada limitación del artículo 17 LCSP al desempeño de funciones públicas, se aplica únicamente a los contratos de servicio, es decir, no se prevé para los contratos de suministro. Alcanzaríamos así una conclusión absurda, y es que algoritmos plenamente desarrollados por el sector privado, y sobre los que éste mantiene su titularidad, podrían usarse en el desempeño de funciones públicas (al ser contratos de suministro), mientras que los algoritmos diseñados *ad hoc* para el sector público, y en los que comúnmente se traslada la propiedad intelectual del mismo, no podrían hacerlo (por ser contratos de servicio). Esta evidente contradicción, además, no se resuelve de forma

expresa si acudimos al EBEP, pues cuando éste se refiere a las potestades que únicamente podrán ser desarrolladas por funcionarios públicos, y no por otras personas ajenas a la Administración, no parece contemplar la posibilidad de que a través de un suministro el sector privado pueda efectivamente estar participando o interfiriendo en la toma de decisiones de autoridad, sino únicamente a la prestación de servicios. Y aquí se encuentra, a nuestro entender, la clave de bóveda del problema. Las herramientas digitales avanzadas, y en concreto la IA, han dejado de ser un suministro desde el momento en que participan o influyen en la toma de decisiones.

Esta situación potencialmente problemática responde en buena medida a un artificioso y anacrónico sistema de clasificación contractual de las contrataciones de software, que nace en ocasiones de parámetros obsoletos, y que obvia la realidad de que determinadas herramientas que actualmente pueden ser catalogadas como suministros suponen, en realidad, la prestación de un servicio, el cual bien puede incidir sobre el ejercicio de potestades públicas. Una influencia en la toma de decisiones implica en sí misma, en muchas ocasiones, la prestación de un servicio. El razonamiento nos lleva a concluir que el elemento determinante para delimitar si un sistema de software privado está prestando un servicio y, por tanto, si se aplican elementos fundamentales como las limitaciones al acceso a funciones públicas, debe depender de las propias características de la actividad del algoritmo y su papel con respecto a la decisión final, y no del desarrollo específico o no del mismo, como plantea la redacción actual de la LCSP.

Finalmente, una última contradicción en torno a la exigencia de elaboración de un informe de insuficiencia de medios para los contratos de servicios (artículo 116 LCSP). Esta exigencia introducida por el legislador pretende ser un filtro –si bien en la práctica de carácter esencialmente formal– hacia una externalización indiscriminada de los servicios administrativos. Para los contratos de suministros, sin embargo, no se exige este informe, precisamente debido a que el legislador entiende que hay una ausencia de riesgo para la actividad administrativa en la adquisición de productos. Esto refuerza la tesis acerca de la errónea clasificación de los contratos de IA como suministro, pues en los casos de contratación de sistemas de IA preexistentes, es fácil imaginar prestaciones con una incidencia relevante del sector privado en actividad crucial de la Administración, que puede plantear reservas similares a las que justifican la inclusión de este precepto relativo a la necesidad de justificar la insuficiencia de medios. El sector privado que proporciona

un sistema de IA no ofrece productos que pueden ser utilizados en la prestación de servicios públicos sin incidencia material, sino que efectivamente *participa* en la prestación de esos servicios.

Todo lo expuesto hasta ahora hace irremediable una revisión de los criterios de clasificación contractual en torno a los sistemas de software, y en particular de IA, pues de la calificación contractual dependen elementos centrales de la relación jurídica que actualmente provocan importantes contradicciones e inseguridad jurídica.

3. Las garantías en la contratación de IA: la propiedad intelectual

En segundo lugar, la gran reflexión en torno al uso de la contratación pública como un instrumento útil para la incorporación de IA al sector público es su capacidad para prever y “regular” elementos clave del comportamiento de los algoritmos. Y es que, a través de los pliegos del contrato se deberán establecer requisitos y garantías de las que, posteriormente, dependerá la correcta implantación del algoritmo, su eficiencia, su seguridad, etc.

En particular, en este breve análisis nos centraremos en la traslación o no de la propiedad intelectual condiciona las posibilidades de transparencia, modificación y control sobre el algoritmo (Cerrillo i Martínez, 2020), y podría derivar en un riesgo de captura de las instituciones por parte de la entidad privada ante una dependencia total de la empresa proveedora para cualquier adaptación o arreglo del sistema (Ramió, 2019). Esta cuestión, además, tiene un importante efecto sobre la competencia, como se ha encargado de advertir el TJUE en relación a sistemas informáticos en los que no se transmite la propiedad intelectual ni el código fuente.

Así, en el caso *ISE*, un caso de cesión de software en cooperación horizontal, TJUE estableció aquí el código fuente y la PI como un requisito para las transmisiones de software entre organismos públicos. Según algunos autores (Sanchez-Graells, 2022), esta interpretación podría extenderse también a la adquisición de código fuente privado, de manera que si la contratación de un sistema de software de cualquier tipo puede condicionar las exigencias técnicas exigibles en contratos futuros o complementarios, la Administración deberá adquirir la propiedad intelectual sobre el sistema para poder

difundir la información necesaria a los licitadores sobre su funcionamiento y, así garantizar la igualdad de oportunidades entre operadores económicos. Esto nos llevaría a plantear la obligatoriedad de que, al menos en determinados casos, existiera una obligación para la administración de adquirir la propiedad sobre el algoritmo.

A nuestro juicio, extender este criterio de forma generalizada a los contratos públicos de software puede resultar excesivo, imponiendo a la Administración costes extraordinarios para adquirir estos sistemas en propiedad. La exigencia de este requisito a la cooperación horizontal pública se antoja razonable, ya que estas colaboraciones no están sujetas a las reglas de competencia, y las condiciones ventajosas que ofrecen, entre otras cuestiones por su gratuidad, determinarían que una cesión original no sujeta a procedimientos competitivos condicionara la adjudicación de contratos posteriores que sí deberían estar abiertos completamente al mercado. En el caso de un contrato público de mantenimiento o mejora sobre una aplicación previamente licitada, sin embargo, ese procedimiento de adjudicación original sí estuvo abierto al mercado y a la competencia.

En cualquier caso, no debemos obviar que este problema es real, especialmente en lo que se ha denominado *paquetización* de servicios por parte de grandes proveedores, que provocan que, comprando una licencia, debas acceder a otros servicios complementarios (Gimeno Feliú et al., 2022). Pero incluso en casos en los que pueda darse un aparente cierre de mercado de productos digitales relacionados, puede que la solución no pase por la transmisión de la PI o un acceso al código fuente a través de un contrato público, lo que elevaría notablemente los costes y en determinados casos podría hacer imposible la celebración del contrato en los términos planteados. El poder adjudicador carece, ante las grandes empresas digitales y en servicios ampliamente extendidos, de un verdadero poder de negociación al respecto, y estas disfunciones del mercado deberían a nuestro juicio ser corregidas a través de instrumentos regulatorios propios del derecho de la competencia que garanticen la compatibilidad de los servicios y su oferta de acuerdo al principio de unidad funcional.

Finalmente, relacionado con lo anterior, debe mencionarse que de la configuración del régimen de propiedad intelectual dependerá también la aplicación al mismo de las obligaciones de reutilización contenidas en los artículos 157 y 158 LRJSP y en el artículo 64 y 65 del Real Decreto 203/2021. Si en un contrato se ceden los derechos de propiedad

intelectual, dicha aplicación deberá incluirse en el registro del Centro de Transferencia de Tecnología (CTT) y estará sujeta al régimen de reutilización, que habilita la posibilidad de cesión de la aplicación y genera obligaciones adicionales a la administración en caso de cesión (Martínez Gutiérrez, 2022). Por el contrario, si no se transmite, no será de aplicación la normativa citada ni podrá incluirse en dicho registro de aplicaciones públicas.

4. Hacia una correcta estandarización de las garantías exigibles

Lo expuesto hasta ahora muestra un escenario de incertezas, con algunas contradicciones legales importantes e indefiniciones en cuanto a los límites y las exigencias con las que deben contar los sistemas de IA adquiridos por la Administración. Y consecuencia de lo anterior, uno de los riesgos más comunes que podemos encontrar es la paralización de estas compras públicas o su infrautilización, debido fundamentalmente a la inseguridad de ciertas Administraciones para hacer frente a las complejidades de este problema. La incertidumbre en torno al régimen jurídico y garantías exigibles a los algoritmos, la necesidad de conjugar diferentes intereses y principios, unido a la propia complejidad técnica de los sistemas a adquirir, pueden hacer que un proceso de contratación de IA para el sector público sea excesivamente costoso en términos económicos y temporales (Lewallen, 2021).

Por ello, desde diferentes foros se ha venido insistiendo en la necesidad de estandarizar el control de las garantías de la IA para facilitar la labor a las Administraciones, por ejemplo, estableciendo sistemas de clasificación o de habilitación con carácter previo, para certificar a aquellos proveedores que cumplan con estándares éticos y de calidad suficientes. Y esto ha dado lugar a que las agencias de estandarización internacionales están llevando a cabo diferentes iniciativas para la certificación de sistemas de IA en diferentes prestaciones.

Por ejemplo, ISO se encuentra en proceso de elaboración de una serie de estándares relacionados con la seguridad y calidad de los sistemas de IA –la mayoría en proceso de desarrollo–, y de forma similar ocurre con los estándares IEEE P7000TM.⁷ Igualmente, la

⁷ Información disponible en: <https://standards.ieee.org/industry-connections/ec/autonomous-systems.html>

UE ha incluido la certificación de sistemas de IA como una de sus prioridades dentro de la “Digital Agenda 2023” –especialmente en la Comunicación *Brújula Digital 2030: el enfoque de Europa para el Decenio Digital* (COM/2021/118 final). Y por su parte, el reglamento de IA propone un sistema de estandarización que descansa sobre tres agencias – *European Committee for Standardisation (CEN)*, la *European Committee for Electrotechnical Standardisation (CENELEC)*, y la *European Telecommunications Standards Institute (ETSI)*– a las que encarga la armonización de estándares técnicos para una IA segura.

Las entidades adjudicadoras estarían vinculadas por los estándares europeos en aquellos casos en que, de acuerdo con el Reglamento, fuera necesaria la evaluación de conformidad del sistema de IA para poder distribuirlo o implementarlo. Pero los poderes adjudicadores podrán, además, atendiendo a sus particularidades, las del contrato, o las del sector de implementación, exigir mayores estándares de calidad, seguridad o cualquier otra cualidad al sistema de IA a través de las diferentes técnicas contractuales: especificaciones técnicas, criterios de adjudicación, condiciones de ejecución, etc. (Gallego Córcoles, 2023).

En este punto, conviene mencionar el papel que en el proceso de estandarización puede jugar la elaboración de pliegos tipo y guías de cláusulas por parte de las Administraciones públicas, que permitan identificar con mayor facilidad los aspectos clave que deben ser tratados en un contrato o la normativa de relevancia en la que deben basarse. En este sentido, debemos recordar que este extremo está recogido a nivel nacional como un mandato a los poderes públicos en el artículo 54 del Real Decreto 36/2020, sobre los Fondos de Recuperación e Resiliencia, que establece que deben promoverse la elaboración de pliegos tipo para la adquisición de IA y otras tecnologías complejas. Ante estas cuestiones ha demostrado ser sensible la Comisión Europea, que ha aprobado dos modelos de cláusulas contractuales estándar para la UE para la adquisición de IA, basándose en las buenas prácticas implementadas por la ciudad de Ámsterdam, que ya había elaborado un catálogo de cláusulas contractuales para adquisición de IA. Estas cláusulas contienen elementos esenciales para este tipo de contratación, como el marco conceptual o de definiciones, los elementos básicos que deben exigirse a todo sistema de IA adquirido por la administración, las obligaciones que deben exigirse al contratista, o el régimen y los derechos de uso sobre sistema. Dentro de esta propuesta, la guía

diferencia entre las cláusulas para sistemas de alto riesgo y el resto de sistemas de IA, así como entre cláusulas obligatorias y opcionales.

5. Conclusiones

De lo analizado en el presente trabajo pueden derivarse, por tanto, tres conclusiones principales:

- La primera es la necesidad de revisar la normativa de contratación actual para eliminar posibles incongruencias con la naturaleza de los sistemas de IA, clarificando su tipo contractual y el régimen aplicable.
- La segunda se refiere a la importancia que, indudablemente, se está otorgando a la contratación como herramienta de garantía para la IA utilizada en el sector público, y a sus capacidades para ejercer dicha función. La creación de un sistema de normalización técnica se antoja, en este sentido, esencial, y se constituye como uno de los ejes de acción esenciales dentro de la estrategia de potenciación de la colaboración público-privada.
- La tercera se enfoca en los posibles límites de abordar algunas de las garantías exigibles a la IA por parte de los poderes adjudicadores. Y es que, problemas como la excesiva dependencia de un proveedor de servicios digitales, a través del fenómeno de la *paquetización*, excede en ocasiones el propio poder de mercado del órgano de contratación.

6. Bibliografía

- Bernal Blay, M. Á. (2014). The strategic use of public procurement in support of innovation. *Eur. Procurement & Pub. Private Partnership L. Rev.*, 9, 3.
- Cerrillo i Martínez, A. (2020). La transparencia de los algoritmos que utilizan las administraciones públicas. *Anuario de Transparencia Local*(3), 41-78. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=8021169>
- Collado Gallego, J. (2018). Contratación de software y de bases de datos en el sector público. *Anuario aragonés del gobierno local*(10), 493-528. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=7097849>
- Gallego Córcoles, I. (2023). La contratación de soluciones de inteligencia artificial. In *Inteligencia artificial y sector público :: retos, límites y medios* (pp. 503-567): Valencia : Tirant lo Blanch, 2023.

- Gimeno Feliú, J. M., García Álvarez, G., & Tejedor Bielsa, J. (2022). *La compra pública de tecnología en España: deficiencias y sugerencias de mejora*: Thomson Reuters Aranzadi.
- Huergo Lora, A. J. (2020). Una aproximación a los algoritmos desde el derecho administrativo. In A. J. Huergo Lora (Ed.), *La regulación de los algoritmos* (pp. 23-87): Cizur Menor(Navarra) : Thomson Reuters-Aranzadi.
- Leslie, D., Burr, C., Aitken, M., Cowls, J., Katell, M., & Briggs, M. (2021). Artificial intelligence, human rights, democracy, and the rule of law: a primer. *Available at SSRN 3817999*.
- Lewallen, J. (2021). Emerging technologies and problem definition uncertainty: The case of cybersecurity. *Regulation & Governance*, 15(4), 1035-1052. doi:<https://doi.org/10.1111/rego.12341>
- Martínez Gutiérrez, R. (2022). Problemas prácticos de la reutilización y transferencia de tecnología entre administraciones. *Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas*(182), 48-59. Retrieved from <https://dialnet.unirioja.es/servlet/extart?codigo=8700563>
- Ramió, C. (2019). *Inteligencia artificial y administración pública: robots y humanos compartiendo el servicio público*: Los libros de la Catarata.
- Rubenstein, D. S. (2021). Acquiring ethical AI. *Fla. L. Rev.*, 73, 747.
- Sánchez Graells, A. (2024). *Digital Technologies and Public Procurement: Gatekeeping and Experimentation in Digital Public Governance*: Oxford University Press.
- Sanchez-Graells, A. (2022). Identifying Emerging Risks in Digital Procurement Governance. *To be included in A Sanchez-Graells, Digital Technologies and Public Procurement. Gatekeeping and experimentation in digital public governance (OUP, Forthcoming)*.