

ADQUISICIONES DE SOFTWARE LIBRE EN EL ESTADO: DE LA NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA AL VENDOR LOCK-IN

Rodolfo Herrera Bravo

Profesor del Magíster en Derecho, Universidad de Valparaíso
Profesor del Diplomado en Procedimientos Administrativos y Contratación Pública, UVM
Abogado de la División Jurídica de la Dirección de Compras y Contratación Pública

I. INTRODUCCIÓN

Diariamente los órganos de la Administración del Estado demandan un alto volumen de bienes y servicios informáticos que apoyan el ejercicio de sus funciones. Para ello celebran distintos contratos, tanto para la adquisición de equipos y el desarrollo de aplicaciones, como para la prestación de diversos servicios electrónicos, entre otros.

Estos contratos administrativos vinculados a tecnologías de información se caracterizan por una complejidad inherente a gran parte de ellos, motivada entre otros factores, por un desequilibrio contractual que coloca en una posición de vulnerabilidad, por un lado, al órgano público que depende críticamente del proveedor y, por el otro, al contratista, en cuanto se trata de la parte más débil de un contrato administrativo.

El presente estudio reúne algunas reflexiones a partir del análisis de un tipo específico de contratos informáticos que suscribe la Administración, los contratos de suministro de programas computacionales. En particular, como resultado del debate que se ha dado sobre el tipo de licenciamiento que debería adquirir el órgano comprador, es decir, el clásico problema entre el software libre y el software propietario.

El software libre y el software propietario son programas computacionales cuyos modelos de licenciamiento responden a filosofías distintas. Por un lado, para el software libre, quien adquiere el programa –gratuitamente o pagando por ello-, tiene autorización para desarrollar acciones sobre el código informático tales como adaptaciones, modificaciones y mejoras, además de poder compartirlo a otros usuarios.

Por su parte, el software propietario es más restringido. Normalmente solo se autoriza su instalación en ciertos equipos y solo se puede adaptar para permitir su compatibilidad o para configurar seguridad. Además, en este caso, el autor del programa puede cobrar por la licencia y quien adquiere el programa debe respetar la propiedad intelectual del desarrollador.

II. LOS HECHOS DEL DEBATE

En 2013 se realizó por medios de prensa un debate entre dos diputados (Farcas y Mirosevic), por posibles presiones de Microsoft para ir en contra de un acuerdo que quería favorecer la adquisición de software libre en la Administración del Estado.

El aludido acuerdo parlamentario de un grupo de diputados perseguía que el Congreso solicitara a la Presidenta de la República la emisión de un proyecto de ley, destinado a obligar a los órganos públicos que necesiten adquirir software, a preferir software libre y no software propietario, como el que vende Microsoft.

Pocos días después de la presentación del acuerdo en el Congreso y tras conversaciones con esa empresa y con representantes de ACTI (asociación que representa los intereses de las empresas vinculadas a las tecnologías de información), otro grupo de diputados presentó un nuevo acuerdo, eso sí, ahora para que el Congreso solicite al Ejecutivo la implementación de acciones que garanticen plenamente el principio de neutralidad tecnológica en la Administración. Con ello se interpretó una aparente contradicción entre los acuerdos.

Bastó ese hecho para que comenzarán las críticas cruzadas entre esos parlamentarios, donde a uno se le recriminaba el haber cedido ante las presiones de Microsoft y al otro, por transformar el tema en una lucha personal contra una empresa multinacional. Es decir, como puede apreciarse, la argumentación de los diputados dijo muy poco sobre el fondo de las propuestas.

Respecto al abanderamiento del diputado Mirosevic contra Microsoft, aquél se dedicó a rasgar vestiduras por un supuesto lobby de dicha empresa en el Congreso. Sin embargo, no será la primera vez ni la última en que una empresa busque influir en la toma de una decisión, actividad que, por cierto, es lícita y se encuentra legitimada a través de la Ley N°20.730, que regula el lobby y las gestiones de intereses particulares. Entonces, no es ninguna novedad el proceder de los parlamentarios que se habrían reunido con Microsoft. Es más, si el primer acuerdo del Congreso buscaba perjudicar un sector del mercado para favorecer a otro, ¿no es lógico esperar una reacción empresarial?

Además, nos parece que el discurso de los diputados a favor del software libre también podría haber obedecido a un lobby, desde el momento en que defienden los intereses particulares de otro grupo de empresas que desarrollan programas bajo ese tipo de licenciamiento. De hecho, lo vemos lejos de ser un debate abierto por una lucha

romántica a favor de la libertad. Si no ¿por qué en medio de la polémica coincide una visita a Chile de Richard Stallman, programador estadounidense que fundó el movimiento por el software libre?

Con el respeto que merece el modelo y las ventajas reconocidas del software libre o el código abierto, Richard Stallman siempre ha planteado una postura muy radical y extrema, que no deja rehenes. Para él las cosas son blancas o negras, nunca grises y siempre contra la propiedad intelectual.

Sin embargo, un jurista no puede compartir una visión que anule derechos fundamentales para obtener otros beneficios. En ese caso, se instalaría una “tiranía de las libertades” sin límites, sea que la imponga una mayoría o una élite tecnócrata o partidaria, con lo cual la “libertad absoluta deviene en despotismo absoluto”, parafraseando a Massini.

Finalmente, la responsabilidad de la prensa también es relevante, ya que monopolizó la discusión sólo sobre cómo Microsoft puede o no manejar a los diputados. Sin embargo, el tema de fondo y que realmente surge a partir de los dos acuerdos de la polémica, no se desarrolló.

III. SOFTWARE LIBRE VS NEUTRALIDAD TECNOLÓGICA: UN FALSO CONFLICTO

1. Errores del acuerdo por el software libre

El software libre es un modelo de licenciamiento altamente positivo, sobre todo para aquellos casos en que es importante contar con flexibilidad, pero siempre que se tenga capacidad para aprovechar y sacar partido a esa libertad sobre el código.

En efecto, no todos los órganos públicos son capaces de responder por el producto, de hacerse cargo de sus mejoras y actualizaciones, ni tampoco de asumir el costo asociado a la interoperabilidad con otros estándares.

Por eso no parece que los usuarios se vean perjudicados cada vez que adquieran software propietario, aunque presenten falencias y favorezcan situaciones de dependencia respecto de un proveedor.

Querámoslo o no, existen estándares tecnológicos de facto y por más que cerremos los ojos, se siguen vendiendo millones de productos Apple y Microsoft. Entonces, si migramos a software libre radicalmente, debemos ser conscientes que otros con quienes interactuamos seguirán usando software propietario.

Lamentablemente el acuerdo a favor del software libre no se hace cargo de lo anterior. Pretende que los órganos de la Administración elijan por ley ese modelo y no el software propietario, sobre una base ideológica con poca viabilidad jurídica, así como está planteado. Hoy, si el acuerdo se tradujera en un proyecto de ley, es altamente probable que no vea la luz por inconstitucional, por las siguientes razones:

a.- Busca una modificación a la Ley de Compras Públicas, para que a través de ella se instruya a los órganos de la Administración que necesiten contratar alguna licencia de software, a preferir software libre por sobre el software propietario.

Es evidente que una medida de ese tipo, aunque traiga posibles ventajas a los compradores, provoca un trato arbitrariamente discriminatorio para los proveedores que también desarrollan software, pero bajo un modelo de licenciamiento diferente, sea Microsoft o una pyme.

b. Desde el momento en que dos proveedores pueden ofrecer un producto similar, solo con diferencias en la licencia, debería ser el propio órgano licitante el que evalúe si esto último es realmente relevante para sus necesidades y, en tal sentido, si es significativo para elegir una u otra oferta como la más conveniente.

Por eso, si el proceso de compra está condicionado por disposición legal a que no se compita en igualdad de condiciones, está condenado a fracasar. La contratación administrativa se construye sobre el principio rector del respeto a la igualdad de los ofertas.

c. La infracción es aún más grave, por lo que sería una ley inconstitucional. Los desarrolladores de software propietario verían vulnerado su derecho a no ser discriminados arbitrariamente por la autoridad y la ley; además del derecho a desarrollar actividades económicas lícitas; y si tuviera que cambiar sus licencias para competir, afectaría su derecho de propiedad intelectual.

2. El acuerdo sobre neutralidad tecnológica: la real garantía para el software libre

A nuestro juicio lo más valorable del debate es el hecho que se haya planteado este segundo acuerdo, el que busca solicitar a la Presidenta de la República la disposición de medidas que aseguren la plena aplicación del principio de neutralidad tecnológica, en las adquisiciones de software que realice la Administración.

No es un principio ajeno a nuestras políticas de gobierno electrónico. La neutralidad tecnológica o de imparcialidad tecnológica informada se ha reconocido desde los años noventa a la fecha.

Gracias a la neutralidad tecnológica, ninguna regulación puede favorecer o perjudicar directamente un tipo de tecnología determinado (como sí ocurriría a partir del acuerdo de software libre).

También implica que las normas no se redacten a la medida de productos tecnológicos concretos, sino que aborden los efectos esperados de la tecnología¹. Así ocurre con la legislación de firma electrónica, por ejemplo, en donde se reconoce expresamente la neutralidad.

En materia de compras públicas, el principio también está reconocido. La directiva N°8 de la Dirección de Compras y Contratación Pública (ChileCompra), recomienda a los órganos administrativos que compran tecnologías de información, que sus bases técnicas se elaboren bajo este principio.

Por lo tanto, la actual regla en materia de adquisición de software para el Estado es que no se prefiera una tecnología específica (sea software propietario o libre), sino que se busque en cada caso la mejor alternativa disponible en el mercado.

Es más, si por alguna circunstancia fuera determinante adquirir un tipo tecnológico más concreto, restringiendo opciones a cierto tipo de tecnologías, por ejemplo, porque se necesita un programa que permita al Servicio adaptarlo con facilidad –para lo cual sería mejor el software libre-, el órgano público podría igualmente licitar, pero antes debería indicar en las bases administrativas las razones de esa decisión. Con eso no habría arbitrariedad.

Otra de sus manifestaciones está en la normativa de compras públicas cuando plantea la Ley N°19.886 que las bases de licitación no pueden exigir marcas específicas, salvo que sea necesario por razones fundadas.

Gracias a este principio, si la estrategia que va detrás de ese contrato informático que se desea suscribir, se inclina por adquirir alguna tecnología concreta o incluso productos de una marca específica, habría que justificar que la selección de esa tecnología fue imparcial, es decir, objetiva. Por ejemplo, para respetar este principio, si se llama a licitación para adquirir un sistema operativo específico o un servicio web que opere bajo un determinado navegador, se puede fundamentar la no admisión de ofertas con otros

¹ ILLESCAS, Rafael, *Derecho de la Contratación Electrónica* (Madrid, Civitas Ediciones, 2001), pp. 50-54.

sistemas operativos o navegadores distintos a los requeridos en las bases, atendida una razón de compatibilidad técnica con otros sistemas del órgano comprador.

Como puede deducirse de lo anterior, el principio de neutralidad favorece la recepción de un mayor número de productos o soluciones y, por consiguiente, más alternativas para no quedar atrapado en un proveedor exclusivo de la marca, por ejemplo, fenómeno conocido como *vendor lock-in*, como veremos más adelante.

En el caso de términos de referencia para tratos directos o de intenciones de compra en convenios marco, si bien se puede contratar productos de marcas específicas, la neutralidad tecnológica es igualmente beneficiosa. Por ejemplo, si revisamos el caso de las adquisiciones de licencias de software, el principio de neutralidad tecnológica se satisface de mejor manera si el proceso de compra admite propuestas con licenciamiento tanto propietario como libre. Frente a ese escenario más abierto definido en la estrategia, el órgano comprador podría optar por la adquisición de software libre o programas propietarios, indistintamente, con las ventajas que aporta cada tipo de licenciamiento.

Por último, es menester dedicar unas líneas al principio de No discriminación arbitraria, por su vinculación con la Neutralidad tecnológica. El uso de tecnologías de información debe tener su centro en las personas, es decir, ser entendidas como medios para facilitar la gestión pública, la transparencia, la participación ciudadana y la calidad en el ejercicio de las funciones públicas hacia la ciudadanía. En ese sentido, para los proveedores puede ser un poderoso instrumento de inclusión, para reducir desigualdades y generar oportunidades.

Sin embargo, si se contrata mirando únicamente los beneficios técnicos de un producto y no su impacto en los usuarios, las contrataciones tecnológicas complejas podrían provocar un aumento de la brecha digital entre aquellos que tienen acceso a la tecnología y quienes no y, desde el punto de vista de los proveedores, provocar una concentración del mercado sólo en unos pocos actores.

Por lo tanto, la contratación de bienes y servicios informáticos debe evitar la discriminación arbitraria, es decir, sin fundamento legal. De este modo, se debe analizar estratégicamente si, para el bien o servicios informáticos que se requiere, el riesgo de quedar atrapado con un proveedor aumenta si se restringe la participación a unos pocos potenciales oferentes.

Con todo, la estrategia también podría indicar que dado otros factores más críticos, como la incidencia del contrato en el núcleo de funciones del organismo; el riesgo para la confidencialidad de la información que puede llegar a conocerse por ese contrato; o la dificultad del proyecto, sea necesario acudir a unos pocos oferentes que den garantías de éxito. Ese mayor filtro de proveedores determinado en una estrategia tendría que

verse reflejado luego junto con el requerimiento, por ejemplo a través de requisitos técnicos de admisibilidad, siempre que sean objetivos y que no signifiquen arbitrariamente un trato discriminatorio de proveedores.

3. Nadie sabe para quién trabaja

La neutralidad tecnológica que promueve el segundo acuerdo aspira, precisamente, a que el mercado no se cierre bajo monopolios de ciertas empresas grandes, sino que sea posible competir, por ejemplo, con modelos de licenciamiento más flexibles y, eventualmente, más atractivos, como los ofrecidos por el software libre.

Potenciar la neutralidad tecnológica implicaría, por ejemplo, favorecer fundadamente la opción de software libre, cuando objetivamente constituya la mejor oferta para los requerimientos de un órgano público comprador.

Por eso es importante que los órganos públicos puedan considerar ese tipo de licenciamiento como una alternativa, admitiendo ofertas que contengan software libre, redactando bases técnicas que no se limiten exclusivamente a software propietario y considerando dentro de la metodología de evaluación algún puntaje especial si el licenciamiento permite más libertad para adaptaciones o mejoras. Todo esto sí sería legal.

Al parecer, nadie sabe para quién trabaja. Si hubo lobby de Microsoft por un acuerdo de neutralidad tecnológica, le ha dado al software libre la única salida legal para que pueda competir realmente en los procesos de compra.

IV. EL EFECTO “VENDOR LOCK-IN” EN CONTRATOS DE LICENCIA DE SOFTWARE

La utilización de bienes y servicios informáticos por parte de la Administración, intensifica los vínculos con el sector privado. En efecto, para consumir la tecnología requerida deberá acudir, por regla general, a proveedores del sector privado que suministren bienes como hardware y software, o bien presten servicios informáticos. De este modo, existe un vínculo jurídico claro, a través de contratos tecnológicos que, por su contenido e importancia, pueden derivar en una verdadera suerte de alianza estratégica para el ejercicio de funciones públicas.

La contratación de licencias de software se realiza de manera transversal en el Estado, para la generalidad de los órganos públicos, independiente de su tamaño y las funciones que ejerza. Hoy por hoy, un servicio público, por exiguo que sea su presupuesto está forzado a apoyar su gestión en herramientas tecnológicas y, además, a cumplir distintas obligaciones legales a través de sistemas electrónicos de información, como ocurre, por ejemplo, con las leyes de transparencia y la ley del lobby, entre otras.

A partir de lo anterior, se observa que el ejercicio eficaz de la función pública de cada órgano administrativo puede verse fuertemente condicionado al correcto funcionamiento de la plataforma tecnológica en que se soporta. Por ello, estos contratos pueden resultar, en muchos casos, críticos para el órgano público, quien debe recibir bienes y prestaciones de calidad de parte de sus proveedores. En caso contrario, puede poner en riesgo el correcto funcionamiento y la continuidad operativa de sus servicios hacia la ciudadanía o hacia otros órganos públicos. Igualmente se puede erosionar la confianza en las instituciones públicas, si producto de un proveedor tecnológico que no cumpla sus obligaciones contractuales, ocasiona incidentes de seguridad que afecten la integridad o la confidencialidad de documentos del órgano público, por ejemplo, por adulteración de certificados, pérdida o fuga de datos estratégicos o en custodia o entrega de información errónea. En casos como los descritos la respuesta contractual frente al incumplimiento del proveedor –normalmente asociado al cobro de multas, garantías y términos anticipados-, no evitará el daño en la imagen y fiabilidad sobre la información que proporciona un órgano público.

Como hemos indicado, estos contratos pueden asumir diversas prestaciones y recaer sobre distintos objetos. A modo de ejemplo, pueden ser compraventas o arrendamientos de equipos, de licencias de uso para programas computacionales, servicios de desarrollo de software, de soporte, de mantención, de integración, de almacenamiento, entre muchos otros. Además, suelen ser complejos en su redacción, lo que puede dificultar su interpretación y ejecución, y principalmente, cuando convergen varias prestaciones vinculadas en un mismo contrato.

En esos contratos tecnológicos complejos se dibuja una verdadera espiral de contratación, en donde una prestación se liga a otras posteriores o concomitantes. Por ejemplo, se comienza con un proyecto de actualización de la plataforma tecnológica, para lo cual se adquieren equipos, se contratan licencias de software y, acto seguido, pueden requerirse servicios de desarrollo de aplicaciones, de migración de datos y de soporte. Asimismo, puede advertirse en casos de mantenimiento correctivo y evolutivo, en donde el integrador que implantó la solución podría hacerse cargo de las aplicaciones necesarias durante el ciclo de vida, para que evolucione y, si tiene capacidad para ello, puede operar la infraestructura para concentrar eventuales responsabilidades.

Lo más característico de una situación como esa es que quien actúa como contraparte puede ser el mismo proveedor, sea para facilitar la gestión del contrato principal; sea porque las prestaciones son conexas y se requiere compatibilidad tecnológica, garantizada a través de un único proveedor; o bien sea porque existen cláusulas que impiden la intervención de terceros (por ejemplo, las que disponen la pérdidas de garantías cuando el soporte lo realiza una empresa distinta al proveedor del equipo).

Cuando ese proveedor concentra varias prestaciones del contrato o cuando la complejidad técnica del proyecto le sitúa en una posición de mayor conocimiento que la del órgano comprador, se produce una asimetría, un desequilibrio informativo que deja a la Administración en una situación de dependencia hacia ese proveedor. De hecho, la ejecución de esos proyectos complejos, aunque no satisfagan a cabalidad al órgano administrativo, no puede verse truncada sin llegar a puerto, por los elevados costos –no sólo económicos, sino de tiempos, metas, legales, entre otros- que dificultan la opción de cambiar por otro proveedor.

Esa situación en que cae el comprador, “atrapado” con un proveedor se conoce como “vendor lock-in” y se evidencia cuando, al utilizar una tecnología determinada, no es simple cambiar de proveedor, por la compatibilidad tecnológica que debe garantizarse entre las prestaciones del contrato vigente con el resto de la plataforma tecnológica o porque se ha dejado todo el conocimiento en manos del proveedor.

Para efectos de su mayor comprensión, el “vendor lock-in” se puede presentar respecto del producto que le pertenece al proveedor, de modo que si se quiere cambiar a este último, también habrá que contratar otro bien; en el caso de desarrollos y extensiones, cuando el proveedor cuenta con conocimiento no documentado sobre el desarrollo que realiza, que no podrá aportar otra empresa; o tratándose de datos, si existe un acceso restringido a la infraestructura del proveedor en donde se encuentra la información del comprador, como ocurre al externalizar procesos de negocio (Business Process Outsourcing o BPO), que quedan íntegramente en manos de dicho proveedor.

Ahora bien, pese a todo, creemos que esta situación es una consecuencia propia de cierta inmadurez tecnológica de la Administración del Estado con temas contractuales complejos.

A MODO DE CONCLUSIÓN

Si se adquieren licencias de software libre el riesgo de “vendor lock-in” disminuye considerablemente, gracias a las mayores facultades que tiene el comprador para intervenir o adaptar el código. En este caso, si fuera necesaria alguna corrección,

integración con otros sistemas o cualquier reutilización que se estime oportuna, no sería necesario acudir al proveedor inicial, pudiendo contratar esos nuevos desarrollos con otras empresas.

Por su parte, la neutralidad también hace posible optar por ofertas de programas con licenciamiento propietario, las cuales presentan mayores restricciones contractuales para que el órgano comprador intervenga o adapte el código, por sí o a través de terceros, lo que implicaría autorizaciones adicionales del proveedor y costos extras, siempre y cuando dicho titular de la propiedad intelectual del programa lo acepte.

En este sentido, comparativamente las ofertas de licencias de software propietario tienden a consolidar situaciones de “vendedor lock-in” porque se construyen bajo la lógica monopólica del derecho de autor tradicional, según la cual el autor debe autorizar cualquier uso o adaptación de su obra.

Sin embargo, las decisiones por uno u otro tipo de licenciamiento deben ser analizadas en una etapa precontractual, a partir de una estrategia que se documente y se use para formular el requerimiento. En caso alguno quisiéramos ser interpretados como defensores maniqueos del software libre, lo que nos parece más propio de pseudos debates técnicos que, en el fondo, encierran luchas ideológicas.

Reconocemos claras ventajas del software libre para que el comprador sea más autónomo y el contrato sea más flexible. Sin embargo, no todos los órganos públicos pueden necesitar esas posibilidades prioritariamente. Pensemos en compradores que trabajan mejor con licencias propietarias, en que proveedor centraliza una serie de prestaciones que el órgano público no puede asumir técnicamente, como ocurre con las actualizaciones y las mantenciones correctivas y adaptativas.

En definitiva, la formulación del requerimiento debe considerar el respeto al principio de neutralidad tecnológica, para favorecer una mayor participación en los procesos de compra y, en consecuencia, un mejor abanico de ofertas para cubrir las necesidades del órgano comprador, favoreciendo aquellas que le permitan mitigar el riesgo de *vendedor lock-in*, que hemos mencionado.

BIBLIOGRAFÍA

GUERRERO, Omar, *Nuevos Modelos de Gestión Pública*, en *Revista Digital Universitaria* 3 (2001).

SANTANA, Leonardo - NEGRÓN, Mario, *Reinventing Government: nueva retórica, viejos problemas* en *Revista del CLAD Reforma y Democracia* 6 (1996).

HOLMES, Douglas, *E-gob Estrategias para el uso eficiente de Internet en el gobierno* (México, Mc Graw Hill Interamericana Editores, 2001).

LLANEZA, Paloma, *E-contratos* (Barcelona, Bosch, 2004).

ILLESCAS, Rafael, *Derecho de la Contratación Electrónica* (Madrid, Civitas Ediciones, 2001).