

---

**DICTÁMENES DE CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA EN  
RELACIÓN A LA GENERACIÓN DE SPIN-OFFS EN UNIVERSIDADES DEL  
ESTADO**

---

**Felipe Burgos Osorio**  
**Abogado**

## ÍNDICE

Introducción.....	3
1. El concepto de spin-off universitario o académico.....	4
2. Problemas para generar spin-offs en universidades chilenas.....	5
3. Inhabilidades y limitaciones legales derivadas de el carácter de funcionario público de los investigadores asalariados en universidades del Estado y la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República que les resultaría aplicable.....	5
1) Artículo 8 Constitución Política de la República.....	6
2) Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.....	7
Artículo 52.....	7
Artículo 54.....	8
Artículo 56.....	9
Artículo 62 número 4 y 6.....	11
¿Existe conflicto de intereses cuando el funcionario público tiene propiedad en la sociedad que contrata con el órgano público para el cual ese funcionario trabaja?.....	11
3) Artículo 12 de Ley 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.....	13
4) Artículo 4 inciso sexto de Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.....	14
4. Conclusiones.....	15
ANEXO. Dictámenes de Contraloría General de la República analizados.....	17

## INTRODUCCIÓN

Se nos ha encargado por parte del Consejo Nacional de Innovación para el Desarrollo (CNID) un manual para entender, desde la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, las actuaciones que los funcionarios de las universidades o de centros de investigación del Estado pueden realizar, o respecto de las cuales deben cumplir un deber de abstención, en relación con los posibles conflictos de intereses a los que se encontrarían afectos al formar parte de sociedades comerciales para comercializar el producto de los resultados de la investigación (spin-offs).

En este sentido, el presente manual pretende compilar la jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República sobre la normativa aplicable a funcionarios públicos que generan negocios o empresas privadas que eventualmente pudieran infringir el principio de probidad administrativa. También pretende servir de apoyo a los profesionales que trabajen en universidades o centros de investigación del Estado para entender los actos que pueden o no realizar, en su carácter de funcionarios públicos, respecto de la explotación comercial de los resultados de la investigación, dándole una mayor certeza jurídica en su actuar.

El presente informe no pretende exponer ni analizar los problemas generales de la transferencia de tecnología en Chile ni el rol de la universidad en el sistema nacional de innovación. El mismo se centra, exclusivamente, en el mandato otorgado en forma expresa por la CNID.

## 1.- El concepto de spin-off universitaria o académica.

Existe una gran variedad de definiciones y de clasificaciones para el término spin-off universitaria o académica, lo que complejiza la delimitación del propio término.

Una encuesta a los gobiernos de los países de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) realizada en 1999, que trataba de revisar los datos disponibles en dichos países sobre la creación de spin-offs generadas con base en la investigación del sector público, constató que ningún gobierno recogía datos, de forma sistemática, sobre spin-offs universitarias o de centros de investigación públicos, y concluía que, en parte, el problema era identificar qué nuevas empresas deben de ser consideradas spin-offs universitarias o de centros de investigación públicos (OCDE, 1999).

De las múltiples definiciones existentes, podemos concluir que estrictamente debe ser considerado como spin-off universitaria, aquellas nuevas empresas que tengan las siguientes características esenciales:

- Que sea constituida por un investigador o académico o dependiente de una universidad o de un centro de investigación, quien tendrá propiedad o participación en la misma. Dentro del concepto de investigador debemos incluir a aquellos alumnos, ya sea de postgrado, doctorados o post doctorados, que se encuentran bajo contrato con su institución; y
- Que tenga como giro u objeto explotar comercialmente los resultados provenientes de actividades de investigación y desarrollo, sea que esos resultados se encuentren protegida por alguna forma de propiedad intelectual o no. Usualmente la universidad licenciará la patente de invención sobre determinada tecnología a la spin-off, la que la desarrollará y comercializará a con terceros; y
- Que la universidad entregue apoyo efectivo a la spin-off. No es estrictamente necesario que la universidad sea parte integrante de esta nueva empresa que se crea, pero si es necesario que de alguna forma apoye la misma, sea facilitando sus espacios físicos (laboratorios, talleres, centros de investigación), sea generando condiciones contractuales con la spin-off, sea facilitando su incubadora y Oficina de Transferencia para generar relación con otras empresas del sector privado.

Toda referencia a spin-off universitario en el presente informe tendrá como objeto una empresa con las características recién señaladas.

Se entiende, entonces, que no se comprenden bajo el concepto de spin-off universitaria los denominados Consorcios Tecnológicos, entendidos estos como nuevas sociedades o acuerdos conjuntos (*Joint Ventures*) de la cual participen diversas universidades entre si o universidades y Centros de Investigación o universidades y empresas pre existentes, sea que se forme o no una nueva sociedad, y no obstante tenga por objeto generar nuevas tecnologías, toda vez que no tiene propiedad o participación de ella un investigador contratado por la universidad.

Tampoco forman parte del concepto de spin-off universitario las nuevas sociedades, corporaciones o fundaciones formadas por y pertenecientes en propiedad a una universidad o centro de investigación, pues en ellas no participan en propiedad los investigadores o académicos de la universidad, no obstante estos investigadores puedan estar contratados por la misma.

## **2.- Problemas para generar spin-offs en universidades chilenas.**

Lo primero que debemos dejar claro, como objeto de estudio, es que en Chile si se puede crear y constituir, y en la práctica se ha hecho, spin-offs universitarias o académicas.

No es una forma de transferencia de tecnología muy arraigada en nuestro país, pero si hay algunos ejemplos, principalmente en aquellas universidades que generan mayor calidad y cantidad de actividades de investigación.

Lo segundo a clarificar, es que la legislación chilena no contiene normas legales particulares que prohíban en específico la creación de spin-offs académicas o universitarias.

Las universidades pueden, eventualmente, generar este tipo de empresas según veremos y, aún más, los investigadores pueden ser parte de ellas.

Lo que si existen son ciertas dificultades, particularmente para las universidades y centros de investigación estatales, que provienen del hecho que los dependientes de esas universidades (investigadores y docentes asalariados) tienen el carácter de funcionarios públicos y, por tanto, están sujetos a las inhabilidades generales existentes para los funcionarios públicos.

Si bien, en principio, las universidades privadas no tiene inconvenientes para formar empresas relacionadas y sus académicos, al ser particulares, no tiene inhabilidades relacionadas al carácter de funcionario público, existe una reticencia general a realizar emprendimientos que pudieran, eventualmente, significar una actividad lucrativa para la universidad o de la que se derivara una actividad lucrativa.

Esta situación de dificultad para generar spin-offs, especialmente en las universidades estatales, en la práctica se ha presentado como un desincentivo para realizarlos, por la falta de un criterio que de certeza a las universidades al momento de decidir o no adoptar esta estructura institucional.

Como veremos, esta situación no se condice con las diversas medidas para fomentar la innovación y emprendimiento en nuestro país.

## **3. Inhabilidades y limitaciones legales derivadas de el carácter de funcionario público de los investigadores asalariados en universidades del Estado y la jurisprudencia administrativa de Contraloría General de la República que les resultaría aplicable.**

En Chile los investigadores de las universidades y centros de investigación estatales tienen el carácter de funcionarios públicos, característica derivada del sistema

universitario continental francés que seguimos en latinoamérica<sup>1</sup> Así, por lo demás, lo dispone la normativa que regula en forma particular cada universidad estatal.

Por esta razón, los académicos de universidades estatales deben de cumplir una serie de exigencias propias de todo funcionario público en general, no en particular para docentes académicos.

El problema se deriva de que estas normas, por supuesto, no fueron diseñadas pensando en la relevancia que tiene la transferencia de tecnología ni la importancia de que un académico pudiera participar en una spin-off universitaria

En general, los funcionarios públicos tienen una serie de limitaciones e inhabilidades para participar en sector privado cuando sus intereses se puedan enfrentar a los del órgano público en el que trabajan, derivado del principio de probidad administrativa.

Esto afecta la eventual participación de los investigadores o académicos de universidades estatales para crear y formar parte de nuevas empresas, spin-offs universitarios, que estén en permanente contacto con las universidades en las cuales ese investigador desarrolló la tecnología.

Ahora, esta afectación decimos que es eventual, pues Contraloría General de la República, como órgano contralor, no ha tenido la opción de pronunciarse acerca el caso particular de un investigador o académico de una universidad estatal que pretenda formar una nueva empresa y relacionarse con esa universidad.

Esta falta de pronunciamiento por parte de Contraloría puede tener dos causas. Una primera, es que las spin-offs académicas o universitarias existentes en nuestro país han sido formadas respetando las normas legales establecidas para los funcionarios públicos. Una segunda causa, es que se han formado tan pocas de estas empresas que Contraloría no ha tenido la oportunidad de revisar su legalidad.

A continuación haremos un desarrollo de las principales normas que afectarían la creación de spin-offs universitarias, señalando en cada caso la interpretación que le ha dado la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República a esas normas.

### **1) Constitución Política de la República.**

El artículo 8 inciso primero del la Constitución Política de la República establece el Principio de Probidad a nivel constitucional señalando:

*”El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones.”*

Esta norma constitucional tiene su desarrollo, principalmente, en la Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.

---

<sup>1</sup> Las universidades medievales en Francia fueron abolidas en la Revolución como parte de un esfuerzo de reducir la influencia de la iglesia católica en la educación. Este rol fue entregado a las *Grandes Ecoles* bajo un fuerte poder central. A esta le siguió la Universidad Imperial, cuyos académicos eran funcionarios públicos organizados bajo una rígida línea disciplinada bajo el control estatal.

## **2) Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado.**

La Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, publicada en el Diario Oficial el 17 de noviembre del año 2001, establece una serie de mandatos, limitaciones e inhabilidades para los funcionarios públicos que quieran realizar actividades privadas en paralelo a su actividad pública.

Varias de estas normas son las que afectarían el ingreso de académicos o docentes universitarios para ser parte de una spin-off que mantenga permanentes relaciones con la universidad para la cual ese académico se desempeña.

- **Artículo 52.-** *“Las autoridades de la Administración del Estado, cualquiera que sea la denominación con que las designen la Constitución y las leyes, y los funcionarios de la Administración Pública, sean de planta o a contrata, deberán dar estricto cumplimiento al principio de la probidad administrativa. / El principio de la probidad administrativa consiste en observar una conducta funcionaria intachable y un desempeño honesto y leal de la función o cargo, con preeminencia del interés general sobre el particular.”*

Este artículo desarrolla qué debe entenderse por el principio de Probidad, el que es establecido en términos generales en el artículo 8 de la Constitución.

La idea central del mismo es la preeminencia del interés general por sobre el particular.

Contraloría General de la República ha tenido la opción de delinear este principio en su profusa jurisprudencia administrativa.

Así en **dictamen 71.688 de 2014** ha señalado que *“la jurisprudencia de este Ente de Control, contenida, entre otros, en los dictámenes N°s. 14.165 y 25.336, ambos de 2012, ha señalado que el principio de probidad administrativa tiene por objeto impedir que las personas que ejercen cargos o funciones públicas puedan ser afectadas por un conflicto de interés en su ejercicio, aun cuando aquel sea solo potencial, para lo cual deberán cumplir con el deber de abstención que instruye la ley.”*

Asimismo, en **dictamen 58.660 de 2014** *“Puntualizado lo anterior, conviene recordar que conforme a la jurisprudencia de esta Entidad de Control, comprendida, entre otros, en el dictamen N° 8.057, de 2010, el referido principio de probidad administrativa impone a los funcionarios el deber de evitar que sus prerrogativas o esferas de influencia se proyecten en su actividad particular, aunque la posibilidad de que se produzca un conflicto sea sólo potencial, lo que puede darse con facilidad cuando esa ocupación incide o se relaciona con el campo de las labores de la institución a la cual pertenece el servidor, más aún, si éste se encuentra a cargo de la administración del organismo de que se trata.”*

- **Artículo 54.-** *“Sin perjuicio de las inhabilidades especiales que establezca la ley, no podrán ingresar a cargos en la Administración del Estado: a) Las personas que tengan vigente o suscriban, por sí o por terceros, contratos o cauciones ascendentes a doscientas unidades tributarias mensuales o más, con el respectivo*

*organismo de la Administración Pública.” El inciso tercero: “Igual prohibición regirá respecto de los directores, administradores, representantes y socios titulares del diez por ciento o más de los derechos de cualquier clase de sociedad, cuando ésta tenga contratos o cauciones vigentes ascendentes a 200 unidades tributarias mensuales o más, o litigios pendientes, con el organismo de la Administración a cuyo ingreso se postule.”*

A priori, esta es la norma que más problemas produce respecto a los investigadores o académicos que quieren formar parte de una spin-off, pues los limita a no tener más de el 10% la participación en cualquier clase de sociedad cuando esa sociedad tenga contratos vigentes por 200 unidades tributarias mensuales con la universidad del Estado a la que pertenezca.

Si la universidad es parte de la propiedad de la spin-off, usualmente su aporte consistirá en la licencia de cierta tecnología, la que normalmente estará patentada y se firmarán contratos de prestación de servicios entre la spin-off y la universidad. Si la universidad no forma parte de la propiedad de la spin-off, usualmente la spin-off licenciará esa tecnología a cambio de una contraprestación, normalmente dineraria, directamente desde la misma universidad, sin perjuicio de el pago de otros conceptos por relaciones contractuales diversas que se puedan dar .

El problema se deriva que el monto de 200 U.T.M. que exige la norma es muy bajo para la cantidad que regularmente se paga por regalías o por licencias o por servicios de tecnología entre dos entidades, ahora independientes entre si. Esta situación hace complejo el mantenerse bajo los límites mínimos que señala la ley.

Para sortear esta limitación, se puede establecer que el investigador tenga una participación menor al 10% y que, en base a cláusulas propias del derecho corporativo, ese investigador mantenga el control de la nueva sociedad que se crea.

Encontramos dos dictámenes en que Contraloría ha interpretado esta norma.

El primero es el **dictamen 140 del año 2004** que dispuso en forma estricta que el *“propietario del 50 por ciento de sociedad de responsabilidad limitada, quien en representación de esta celebro un convenio con subsecretaria de transportes superior a 200 unidades tributarias mensuales para efectuar un estudio, no podía desempeñarse a honorarios en dicha repartición mientras se mantuviera vigente el mencionado contrato. ello, porque acorde ley 18575 art/54 lt/a, se encuentran inhabilitados para ingresar a cargos en la administración: los directores, administradores, representantes y socios titulares del 10 por ciento o mas de los derechos de cualquier clase de sociedad que tenga contratos vigentes ascendentes a 200 utm o mas con el respectivo organismo. enseguida, tal inhabilidad, que en resguardo del principio de probidad administrativa, impide desempeñar empleos o funciones públicas a personas que, en razón de los vínculos contractuales que allí se expresan, puedan verse afectadas por un conflicto de intereses en el ejercicio de una determinada plaza o función”*.

Con posterioridad, el **dictamen 61.467 de 2012** Contraloría interpreta la letra a) del artículo 54 de modo bastante restringido, no considerando como un “tercero” a las personas jurídicas en cuya propiedad participen estos funcionarios.



En el mencionado dictamen, el Director (S) del Complejo Asistencial Dr. Sótero del Río, solicitando un pronunciamiento sobre la correcta interpretación de la frase “por terceros” consignada en la letra a) del artículo 54 de la ley N° 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado, en relación con la contratación de servicios profesionales. El recurrente sostiene que el referido establecimiento asistencial ha contratado a sociedades de profesionales médicos integradas por funcionarios del mismo, sin vulnerar lo prescrito en la citada disposición, por cuanto las mencionadas contrataciones se habrían efectuado con personas jurídicas distintas de los profesionales que las integran, no afectándole a éstos dicha inhabilidad.

Contraloría señaló que *“es dable concluir que no existen impedimentos para que los funcionarios profesionales no directivos de los establecimientos de salud, formen parte de sociedades que contraten con dichos centros asistenciales, por cuanto la inhabilidad contenida en la letra a), del artículo 54, de la ley N° 18.575, se aplica a las personas naturales, para los efectos de ingresar a un cargo público, y la frase “por terceros” contenida en la misma, se refiere al que ejecuta algo a nombre de otra persona, estando facultada por ella o por la ley para representarla, en los términos señalados en el artículo 1.448 del Código Civil, de modo que no se refiere a las personas jurídicas de las que aquellas formen parte.”*

Agrega el dictamen que *“De cualquier modo, cumple con advertir que tales profesionales, en su calidad de funcionarios públicos, están obligados a observar el principio de probidad en el ejercicio de su función, especialmente las normas sobre incompatibilidades contempladas en el artículo 56 de la ley N° 18.575, conforme al cual todo servidor tiene derecho a ejercer libremente, fuera de la jornada de trabajo y con recursos propios, cualquier profesión, industria, comercio u oficio conciliable con su posición en la Administración, siempre que con ello no se perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios, sin perjuicio de las prohibiciones o limitaciones establecidas por la ley.”*

Por tanto, la norma ha sido interpretado de la forma más restrictiva posible como inhabilidad para ingresar a la administración del Estado, sin considerar la frase “por terceros” consignada en la letra a) como sociedades de propiedad del mismo funcionario público.

Nos queda la legítima duda del contenido del inciso tercero, que incluye como inhabilidad para ingresar a la administración pública, a las sociedades de las cuales los funcionarios públicos tengan más de un 10% siempre que contengan cauciones por más de 200 UTM. El mencionado dictamen no lo consideró, siendo plenamente aplicable.

- **Art. 56:** *“Todos los funcionarios tendrán derecho a ejercer libremente cualquier profesión, industria, comercio u oficio conciliable con su posición en la Administración del Estado, siempre que con ello no se perturbe el fiel y oportuno cumplimiento de sus deberes funcionarios, sin perjuicio de las prohibiciones o limitaciones establecidas por ley.” / “Estas actividades deberán desarrollarse siempre fuera de la jornada de trabajo y con recursos privados. Son incompatibles con la función pública las actividades particulares cuyo ejercicio deba realizarse en horarios que coincidan total o parcialmente con la jornada de trabajo que se tenga asignada.”*

Al respecto, la Contraloría ha señalado en **dictamen 24.353 de 2011** “Sobre este punto, la jurisprudencia de esta Entidad de Control, contenida, entre otros, en el dictamen N° 37.454, de 2008, ha precisado que dicha incompatibilidad supone la concurrencia de dos condiciones copulativas, esto es, tratarse del ejercicio privado de una actividad por parte de un funcionario público en relación con una materia específica o caso concreto y que éstos deban ser analizados, informados o resueltos por esos mismos servidores o por el organismo o servicio público al que pertenecen.”.

El **dictamen 24.423 de 2011** señala “procede anotar que, si bien el inciso segundo de la disposición recién citada establece una incompatibilidad general con el ejercicio de la función pública, respecto de aquellas actividades particulares de las autoridades o funcionarios que se refieran a materias específicas o casos que deban ser analizados, informados o resueltos por ellos o por el organismo o servicio público al que pertenezcan, debe señalarse que, tal como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Entidad Contralora contenida, entre otros, en los dictámenes Nos 1.795, de 2007 y 51.080, de 2010, el mencionado precepto no resulta aplicable a los funcionarios que, en virtud de un contrato a honorarios, desarrollan labores para un organismo público, pues aquél dice relación con actividades particulares, carácter que no revisten los trabajos desempeñados bajo dicha modalidad para una repartición estatal.”

El **dictamen 37.454 de 2008** agrega, en el mismo sentido, “Así entonces, la libertad en el ejercicio profesional, industrial o comercial que garantiza el inciso primero del mencionado artículo 56, se encuentra limitada por el amplio principio de probidad administrativa, conforme al cual los empleados públicos tienen el deber de evitar que sus prerrogativas o esferas de influencias se proyecten en su actividad particular, aun cuando la posibilidad de que se produzca un conflicto sea solo potencial, lo que ocurre, según se ha precisado por la jurisprudencia de este órgano de Control, entre otros, en los dictámenes N°s. 44.864, de 2000 y 22.349, de 2007, cuando esa actividad incide o se relaciona con el campo de las labores propias de la institución a la cual pertenece el empleado de que se trate.”

Respecto del inciso segundo, el **dictamen 50.083 de 2011** señala que la norma debe ser interpretada restrictivamente y respetando el derecho a desarrollar cualquier actividad económica señalada en el artículo 19 número 21 de la Constitución: “No obstante lo anterior, cabe señalar en relación con la enunciada incompatibilidad del artículo 56 que, en conformidad con el criterio contenido en los dictámenes N°s. 37.454, de 2008 y 75.078, de 2010, no procedería entender que la totalidad del personal que se desempeña en un organismo se vea afectado, a priori, por todas las funciones que éste debe cumplir, en términos tales de que esos servidores se encuentren imposibilitados de ejercer una determinada actividad respecto de la cual la entidad a que pertenecen tenga competencia para conceder el permiso habilitante. / En este sentido, es del caso añadir que tratándose del desarrollo de una actividad de carácter comercial, como acontece en la especie, un criterio distinto conllevaría el establecimiento de una inhabilidad para el ejercicio de una actividad económica no prevista expresamente en la ley, lo que vulneraría la garantía consagrada en el artículo 19, N° 21, de la Constitución Política de la República, que reconoce el derecho de toda persona para realizar tales actividades en la medida que no sean contrarias a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que las regulen. / Además, debe tenerse en cuenta que la norma de incompatibilidad en comento, por su naturaleza, debe ser interpretada de manera restrictiva y que una aplicación amplia podría significar una prohibición absoluta para

*que cualquier funcionario municipal realizara una actividad gravada con patente comercial en la comuna en la que cumple sus funciones públicas, lo que, por cierto, no se condice con la finalidad del legislador.”*

- **Artículo 62 números 4 y 6.-** “*Contravienen especialmente el principio de la probidad administrativa, las siguientes conductas: 4. Ejecutar actividades, ocupar tiempo de la jornada de trabajo o utilizar personal o recursos del organismo en beneficio propio o para fines ajenos a los institucionales; 6. Intervenir, en razón de las funciones, en asuntos en que se tenga interés personal o en que lo tengan el cónyuge, hijos, adoptados o parientes hasta el tercer grado de consanguinidad y segundo de afinidad inclusive. / Asimismo, participar en decisiones en que exista cualquier circunstancia que le reste imparcialidad. / Las autoridades y funcionarios deberán abstenerse de participar en estos asuntos, debiendo poner en conocimiento de su superior jerárquico la implicancia que les afecta;”*.”

Los **dictámenes 46.002 de 2001** y **24.353 de 2011**, respecto a este número 6, han señalado “*el objetivo del citado precepto es impedir que intervengan en el examen, estudio o en la resolución de determinados asuntos, aquellos funcionarios que puedan verse afectados por un conflicto de interés en el ejercicio de su empleo o función, en virtud de circunstancias que objetivamente puedan alterar la imparcialidad con que éstos deben desempeñarse, debiendo abstenerse de intervenir en tales materias, y dar cuenta de ello a la autoridad correspondiente.”*.”

En el mismo sentido, el **dictamen 23.608 de 2015**, respecto del mismo número 6, agrega “*el artículo 62 N° 6 de la ley N° 18.575, aplicable en la especie, normativa que según lo manifestado por la jurisprudencia de este Órgano Contralor, contenida, entre otros, en los dictámenes Nos 42.380, de 2012 y 72.425, de 2014, tiene por objeto impedir que los servidores públicos puedan verse afectados por un conflicto de interés en el ejercicio de su empleo o función, por circunstancias que objetivamente puedan alterar su imparcialidad, aun cuando dicha posibilidad sea solo potencial.”*”

**¿Existe conflicto de intereses cuando el funcionario público tiene propiedad en la sociedad que contrata con el órgano público para el cual ese funcionario trabaja?**

La respuesta a esta interrogante ha sido respondida por Contraloría el año 2012, que ve la participación del funcionario en la sociedad y su posibilidad de incidir en la decisión del órgano estatal los factores para configurar el conflicto de intereses respectivo.

- El **dictamen 26.136 del año 2012** aclara este punto.

La consulta trata sobre si el Superintendente de Valores y Seguros se encuentra impedido para intervenir en asuntos vinculados con las sociedades anónimas respecto de las cuales tiene la calidad de accionista, especialmente en relación a la Empresa La Polar S.A.

A la luz del artículo 62 número 4 de la Ley 18.575 el órgano contralor declaró que “*en cuanto se refiere a la situación del actual Superintendente de Valores y Seguros, cabe señalar que de sus declaraciones de intereses y de patrimonio se aprecia que participa, a nombre propio o a través de la Sociedad Coloma y Ríos Asesorías Profesionales Ltda.,*

*como accionista de determinadas compañías, entre ellas, de la Empresa La Polar S.A., apuntada por el recurrente, con 331 acciones, que representaban, al momento de otorgarse tales instrumentos, la suma de \$ 943.019.”*

Por tanto, concluye Contraloría que *“la sola participación accionaria, en tanto no permite a la autoridad por cuya situación se consulta, incidir en las decisiones societarias y no influye de modo relevante en su patrimonio, no constituye una circunstancia que implique, de suyo, la existencia de un conflicto de interés que le imponga el deber de abstención antes aludido.”*

Esta ha sido la doctrina seguida por Contraloría General de la República en los últimos años y la mantenida hasta la fecha, según se verá.

- El **dictamen 21.414 de 2014** se refiere al pronunciamiento sobre el posible conflicto de interés que afectaría a don Matías Abogabir Méndez, funcionario de la Subsecretaría de Servicios Sociales, por su participación accionaria en la empresa Endesa Chile S.A. y, al mismo tiempo, como interviniente en la tramitación del proyecto de ley sobre Carretera Eléctrica.

Haciéndose eco de lo señalado en 26.136 del año 2012, el órgano contralor señala que de *“el mérito de los antecedentes tenidos a la vista, entre los cuales se cuenta la declaración de patrimonio del denunciado, se aprecia que el señor Abogabir Méndez es propietario de un 0,000009% de Endesa Chile S.A., lo que equivale a la suma aproximada de \$1.000.000. Además, no se ha demostrado que ejerza funciones en la administración de tal entidad privada. Asimismo, cabe señalar que la opinión del denunciado en el trámite legislativo ante el Congreso Nacional no resultaba vinculante para quienes debían aprobar el anotado proyecto, por lo cual difícilmente podría configurarse una transgresión a la citada normativa por el solo hecho de dar su parecer como asesor en una materia propia de las funciones por las que fue contratado en la Subsecretaría de Servicios Sociales.”*

- El **dictamen 23.929 del año 2015** se refiere a un pronunciamiento sobre el posible conflicto de interés que afectaría a don Alberto Sola Berríos, funcionario de la Municipalidad de Las Condes, por cuanto en su calidad de jefe (S) del departamento de construcción y aguas de dicha entidad edilicia, sería el encargado de negociar y aprobar presupuestos por obras de suministro de agua potable y de colectores de aguas lluvias, emergencias de roturas de matrices y otros, en circunstancias que es accionista de la empresa Aguas Andinas S.A.

El órgano contralor una vez más declara que *“según lo informado por la Municipalidad de Las Condes y por el propio funcionario en cuestión, aparece que las contrataciones de servicios de la anotada sociedad fueron realizadas por el alcalde, encargándose el señor Sola Berríos únicamente de requerir a esta los proyectos relacionados y sus presupuestos, a fin de enviarlos al departamento de administración para el pronunciamiento de la comisión de control y evaluación de gastos, y de solicitar a la dirección de administración y finanzas los informes de imputación pertinentes para remitirlos a la máxima autoridad comunal, sin que se advierta que haya intervenido en las decisiones adoptadas sobre el particular ni podido influir en las mismas. / En tal entendido, no se aprecia en dichas actuaciones, la existencia de alguna circunstancia*

*que diera origen a un conflicto de interés por parte del servidor de que se trata, debiendo, en consecuencia, desestimarse la denuncia planteada a su respecto.”*

### **3) Ley 19.880 que establece las Bases de los Procedimientos Administrativos que rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.**

La Ley 19.880, publicada en el Diario Oficial el 29 de mayo de 2003, establece algunas normas que afectan directamente los procedimientos administrativos en los que, eventualmente, puedan participar académicos o docentes que sean funcionarios públicos por trabajar en una universidad estatal.

- **Artículo 12.** *“Principio de abstención. Las autoridades y los funcionarios de la Administración en quienes se den algunas de las circunstancias señaladas a continuación, se abstendrán de intervenir en el procedimiento y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente. / Son motivos de abstención los siguientes: 1. Tener interés personal en el asunto de que se trate o en otro en cuya resolución pudiera influir la de aquél; ser administrador de sociedad o entidad interesada, o tener cuestión litigiosa pendiente con algún interesado. / 2. Tener parentesco de consanguinidad dentro del cuarto grado o de afinidad dentro del segundo, con cualquiera de los interesados, con los administradores de entidades o sociedades interesadas y también con los asesores, representantes legales o mandatarios que intervengan en el procedimiento, así como compartir despacho profesional o estar asociado con éstos para el asesoramiento, la representación o el mandato. / 3. Tener amistad íntima o enemistad manifiesta con alguna de las personas mencionadas anteriormente. / 4. Haber tenido intervención como perito o como testigo en el procedimiento de que se trate. / 5. Tener relación de servicio con persona natural o jurídica interesada directamente en el asunto, o haberle prestado en los dos últimos años servicios profesionales de cualquier tipo y en cualquier circunstancia o lugar.”*

Esta normativa está directamente relacionada con el principio de probidad administrativa que deben observar los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos, poniéndoles la carga de abstenerse de aquellas decisiones y circunstancias en que se les reste imparcialidad.

A este respecto, el **dictamen 21.414 de 2014** y el **dictamen 23.929 de 2015**, señalan que *“si en un asunto concreto y de acuerdo a los antecedentes que lo acrediten se advierte que un servidor puede hacer primar su interés particular por sobre el general en una determinada decisión, aquel se encuentra sujeto al señalado deber de abstención, porque de lo contrario infringiría el principio de probidad administrativa; lo que, de todas formas, corresponde que sea analizado en cada situación que se presente.”*

### **4) Ley 19.886 de Bases sobre Contratos Administrativos de Suministro y Prestación de Servicios.**

La Ley 19.886 establece ciertas limitaciones para que funcionarios directivos de los órganos del Estado directa o indirectamente contraten con ese mismo órgano estatal.

- **Art. 4 inciso sexto** *“Ningún órgano de la Administración del Estado y de las empresas y corporaciones del Estado o en que éste tenga participación, podrá suscribir contratos administrativos de provisión de bienes o prestación de servicios con los funcionarios directivos del mismo órgano o empresa, ni con personas unidas a ellos por los vínculos de parentesco descritos en la letra b) del artículo 54 de la ley N° 18.575, ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, ni con sociedades de personas de las que aquéllos o éstas formen parte, ni con sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas en que aquéllos o éstas sean accionistas, ni con sociedades anónimas abiertas en que aquéllos o éstas sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital, ni con los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de las sociedades antedichas.”.*

Esta es una norma fundamental para entender que los funcionarios directivos de los órganos estatales no pueden contratar con el mismo órgano ni directa ni indirectamente a través de personas relacionadas, ya sea por parentesco o por personas jurídicas en las cuales tengan participación.

Esta situación sería plenamente aplicable a un académico o docente que tenga un cargo directivo en una universidad estatal que desee formar una spin-off y tener relaciones contractuales con esa misma universidad.

La rigidez de la norma es, empero, más aparente que real por dos motivos.

En primer lugar, Contraloría General de la República ha interpretado esta norma de manera restrictiva señalando que la norma no puede coartar la garantía constitucional de libertad de empresa de los funcionarios públicos y que la misma se debe hacer extensiva exclusivamente a los tipos de sociedad que se señalan expresamente, sin hacerlo extensivo a otros.

El **dictamen 74.914 de 2012**, refiriéndose en particular al inciso sexto del art. de la ley 19.886 ha señalado *“la jurisprudencia de este Organismo de Control, contenida en el dictamen N° 47.313, de 2009, entre otros, ha reconocido que del artículo 19, N° 21, de la Constitución Política de la República -que consagra el derecho a desarrollar cualquiera actividad económica que no sea contraria a la moral, al orden público o a la seguridad nacional, respetando las normas legales que la regulen-, se infiere que las prohibiciones o restricciones al ejercicio de la libertad económica son de derecho estricto, sin que puedan hacerse extensivas a situaciones distintas de las previstas por el legislador.”*

El **dictamen 94.218 de 2014** ha interpretado el referido inciso haciéndolo aplicable exclusivamente a los tipos sociales que señala la norma, excluyendo a los otros, como podrían ser las sociedades por acciones SpA. Dispuso Contraloría *“es pertinente precisar que el impedimento para contratar previsto en el referido inciso sexto del artículo 4° de la ley N° 19.886 afecta, entre otros, a las sociedades, en caso que los funcionarios directivos o los parientes de éstos que se indican, formen parte de sociedades de personas, sean accionistas de sociedades comanditas por acciones o anónimas cerradas, o sean dueños de acciones que representen el 10% o más del capital tratándose de sociedades anónimas abiertas y, también, a los gerentes, administradores, representantes o directores de cualquiera de tales sociedades; y no como se expresa en el aludido*

*informe de la asesoría jurídica del hospital, en cuanto a que las inhabilidades se configurarían respecto de cualquier tipo de sociedad si los funcionarios directivos son dueños del 10% o más del capital social y si los gerentes, administradores, representantes o directores son funcionarios del servicio.”*

En segundo lugar, la norma permite una excepción a la regla que la misma norma establece. Es decir, que no obstante un funcionario directivo del órgano estatal contrate, directa o indirectamente, con esa misma universidad, no habrá incompatibilidad.

En efecto, señala el inciso octavo del art. 4 de la ley 19.886 dispone que los contratos celebrados con infracción a lo dispuesto en la normativa reseñada serán nulos y los funcionarios que hayan participado en su celebración incurrirán en la contravención al principio de probidad administrativa prevista en el numeral 6 del inciso primero del artículo 62 de la ley N° 18.575, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que les corresponda. Sin embargo, el inciso final del artículo 4 en comento añade, en lo que interesa, que cuando circunstancias excepcionales lo hagan necesario, los órganos y empresas del Estado podrán celebrar dichos contratos, siempre que se ajusten a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, precisando que la aprobación del acuerdo deberá hacerse por resolución fundada, que se comunicará al superior jerárquico del suscriptor, a la Contraloría General de la República y a la Cámara de Diputados.

Ha sido el mismo **dictamen 94.218 de 2014** el que ha podido interpretar esta excepción, señalando al respecto: “... en el presente caso, concurrirían las circunstancias excepcionales que autorizan su contratación, en virtud de lo dispuesto en el inciso final del artículo 4° de la ley N° 19.886, atendido que, de otra manera, la prestación de los servicios específicos de que se trata no serían posibles de ejecutar. / No obstante, debe anotarse que el precepto legal en comento exige, además, que el correspondiente contrato se ajuste a condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado, requisito respecto del cual ese recinto hospitalario, en los vistos del acto administrativo de la especie, se limita a afirmar que habría constatado su concurrencia, sin señalar los antecedentes específicos en razón de los cuales se ha formado la convicción que, en este convenio, se cumple con dicha exigencia, por lo que, tal resolución no tiene el carácter de fundada. / Por ende, corresponde que el Hospital Clínico Herminda Martín de Chillán informe a la Sede Regional del Biobío de este Organismo Contralor, acerca de los hechos que le permitieron dar por cumplido el precedente requisito, remitiendo la documentación que dé cuenta de ello.”

#### **4.- Conclusiones.**

Como podemos observar de la normativa nacional revisada, la creación de spin-offs por parte de cuerpo docente y académico de las universidades, es perfectamente válido y posible en Chile

Lo que si existen son normas legales que limitan el ingreso de académicos o docentes de universidades o de centros de investigación pertenecientes al Estado, o que impiden la relación contractual de aquéllos con éstas, en razón de tener esos académicos o docentes carácter de funcionario público para todos los efectos legales.

Estos impedimentos pueden generar un desincentivo a las universitarias estatales, que en su carácter de órganos del Estado están obligados a cumplir dicha normativa, para generar spin-offs universitarias.

Como vimos, la jurisprudencia administrativa que Contraloría General de la República ha interpretado las normas analizadas de manera restringida, con pleno respeto a la garantía constitucional de libertad económica establecida en el número 21 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

Nos remitimos, en este sentido, al análisis de los dictámenes de Contraloría, ya analizados.

Esta opción tiene, empero, riesgos.

Primero, los dictámenes de Contraloría pueden ser reinterpretados constantemente. Segundo, y según señalamos, no existen dictámenes asociados a situaciones de investigadores o académicos universitarios que hayan generados nuevas empresas que puedan ser consideradas spin-offs académicos, por lo que no sabemos cómo serán interpretados estos casos por el órgano contralor. Y tercero, esta alternativa no da certeza a quienes están ligados al ambiente universitario estatal, sean investigadores y académicos, sea su departamento legal, sean las vicerrectorías o direcciones de innovación u oficinas de transferencia de tecnología.

Por último, no corresponde entregar a la interpretación que Contraloría General de la República dé a determinadas normas legales aplicables a todo funcionario público, en general, el uso o no en nuestro país de los spin-offs universitarios como forma de transferencia de tecnología para los académicos de universidades estatales, en particular.

\*\*\*\*\*

**ANEXO. DICTÁMENES DE CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA ANALIZADOS.**

Dictamen 46.002 de 2001

Dictamen 140 de 2004

Dictamen 37.454 de 2008



Dictamen 24.353 de 2011

Dictamen 24.423 de 2011

Dictamen 50.083 de 2011

Dictamen 26.136 de 2012

Dictamen 61.467 de 2012

Dictamen 74.914 de 2012

Dictamen 21.414 de 2014

Dictamen 58.660 de 2014

Dictamen 71.688 de 2014

Dictamen 94.218 de 2014

Dictamen 23.608 de 2015

Dictamen 23.929 de 2015