



CMV/IOGV

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA

REPRESENTA EL DECRETO N° 14, DE
2020, DEL MINISTERIO DE
ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO,
QUE APRUEBA CONSTITUCIÓN DE
FUNDACIÓN DATA OBSERVATORY.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
REGIÓN 130

03 SEP 2020

N° 11.657

SANTIAGO,



2°302020090311657

Esta Contraloría General ha debido representar el decreto N° 14, de 2020, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, mediante el cual se aprueba la constitución de la Fundación Data Observatory -en adelante, la Fundación-, por cuanto no se ajusta a derecho.

En primer término, aparece que la Fundación se constituye por el Ministro de Economía, Fomento y Turismo; el Ministro de Ciencia, Tecnología, Conocimiento e Innovación; la Universidad Adolfo Ibáñez y Amazon Web Services Inc., sin que se haya acreditado la existencia de un proceso de propuesta pública -previa convocatoria y aprobación de las bases por el correspondiente acto administrativo- en cuya virtud el Estado haya seleccionado a los privados que comparecen en la constitución de aquella, vulnerándose con ello el tenor del inciso primero del artículo 9° de la ley N° 18.575.

En efecto, según esa norma los contratos administrativos se celebrarán previa propuesta pública, en conformidad a la ley, regla que -acorde con el criterio sustentado, entre otros, en el dictamen N° 56.500, de 2008, entre otros- tiene plena aplicación respecto de la suscripción de contratos que contemplan la participación de terceros en una persona jurídica de Derecho privado que constituya un organismo de la Administración del Estado, como acontece en la especie. Si bien dicho artículo 9° permite, excepcionalmente, recurrir a la licitación privada o al trato directo, no se expresan fundamentos que justifiquen acudir a alguno de esos mecanismos.

La ausencia de propuesta pública sin la debida fundamentación tiene especial trascendencia si se considera que el objeto de la Fundación es el tratamiento, a través de múltiples operaciones, de importantes volúmenes de datos provenientes, entre otros, de instituciones públicas.

De ello da cuenta el artículo tercero de los estatutos de la Fundación que se vienen aprobando, que establece que su objeto principal será "adquirir, procesar y almacenar en medios digitales los conjuntos de datos generados por instituciones de carácter público o privado y que por su volumen, naturaleza y complejidad requieren una curaduría, exploración, visualización y análisis que faciliten la disponibilidad de dichos datos para fines de

AL SEÑOR
MINISTRO DE ECONOMÍA, FOMENTO Y TURISMO
PRESENTE



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA

2

desarrollo de la ciencia, tecnología, innovación, conocimiento y sus aplicaciones en la economía". Entre otros, ello incluye la generación y el tratamiento de datos de origen astronómico u otra fuente similar, pudiendo formar alianzas con cualquier clase de entidades, públicas y privadas, así como desarrollar las actividades necesarias para cumplir su objeto por sí misma o a través de terceras personas.

Así, no se advierten los fundamentos que expliquen que para el tratamiento de grandes volúmenes de datos provenientes, entre otros, de instituciones públicas, el Estado haya decidido constituir una persona jurídica sujeta al Derecho privado con la concurrencia de entidades del sector privado, prescindiendo del mecanismo de licitación pública.

Tal proceder no sólo ha importado omitir la vía prevista por el legislador como la regla idónea y general en la materia, sino que también ha importado conferir a los particulares intervinientes un privilegio significativo en relación con terceros que puedan encontrarse en similares o mejores condiciones que aquellos para celebrar el contrato en cuestión, vulnerando con ello la igualdad de oportunidades que debe asegurar el Estado a todas las personas, en conformidad con el artículo 1° de la Constitución Política de la República.

En relación con lo anterior, cabe observar que no se detallan en el acto en examen los motivos que condujeron a la selección de la Universidad Adolfo Ibáñez, considerando especialmente que esta institución no cuenta con un área educativa de astronomía, lo que contraviene el deber de motivación consagrado en el artículo 41, inciso cuarto, de la ley N° 19.880.

Por lo demás, la participación de las entidades, mencionadas en la Fundación es de carácter indefinido, lo que, aplicando el criterio contenido en la jurisprudencia administrativa antes citada, pugna con el principio de libre concurrencia de los oferentes, consagrado en el referido artículo 9° de la ley N° 18.575.

Por otra parte, el acápite tres del artículo sexto de los estatutos de la Fundación contempla la posibilidad de que esta celebre contratos con sus aportantes estratégicos y/o sus partes relacionadas, en los términos que indica, lo que no se aviene con lo prescrito por el artículo 4°, inciso sexto, de la ley N° 19.886, que resulta aplicable a toda entidad del Estado y que prohíbe, como regla general, dichos contratos y los autoriza excepcionalmente, cumpliendo las condiciones que se señalan en el precepto.

En efecto, dicha disposición no es recogida por los estatutos en comento, toda vez que éstos contemplan -como regla general de proceder- la aprobación por parte del directorio de una "política de contratación ('Política de Operaciones con Partes Relacionadas') entre la Fundación y sus Aportantes Estratégicos y/o sus partes relacionadas", en las condiciones que indican.



CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA
DIVISIÓN JURÍDICA

3

Debe recordarse que la Fundación pertenece a ese tipo de personas jurídicas de derecho privado cuya creación no obedece a la libre iniciativa de particulares, sino que tiene su origen en una norma legal que habilita a determinados órganos públicos para constituir las por existir una necesidad pública comprometida.

Así, al estar presente en esas entidades de un modo preeminente el interés público, en razón de la participación que tiene el Estado en sus recursos y/o en su dirección, el legislador ha entendido necesario aplicarles determinadas normas mínimas de probidad y transparencia que tienen su fundamento último en el artículo 8° de la Constitución Política. Con ello se pretende resguardar dicho interés y cautelar que la actuación del Estado a través de aquellas respete la preceptiva orgánica correspondiente y no adolezca de irregularidades (aplica criterio contenido en el dictamen N° 37.493, de 2010).

En otro orden de consideraciones, los artículos vigésimo y vigésimo primero permiten, en las condiciones que indica, remunerar a los miembros de los comités asesores y del comité de auditoría financiera y de supervisión, lo que no resulta procedente cuando dichos nombramientos recaen en funcionarios públicos que actúan en ejercicio de sus cargos, salvo disposición legal en contrario (aplica criterio contenido en dictamen N° 26.247, de 2018).

Por otra parte, el artículo trigésimo tercero consagra, entre los derechos específicos de los miembros del Consejo de Aportantes Estratégicos, el derecho a acceder a los datos procesados y bases de datos generados por la Fundación, sin que se señale el fundamento de un privilegio adicional de esa naturaleza.

Asimismo, teniendo en consideración el volumen de información y la amplitud de operaciones que pueden tener lugar al amparo del objeto de la Fundación, no se advierten garantías suficientes que resguarden la correcta utilización por parte de los particulares intervinientes de los datos de los entes públicos y que impidan su comercialización en desmedro del patrimonio público y la igualdad de oportunidades que el Estado debe asegurar a los integrantes de la comunidad.

Saluda atentamente a Ud.,

JORGE BERMUDEZ SOTO
Contralor General de la República