

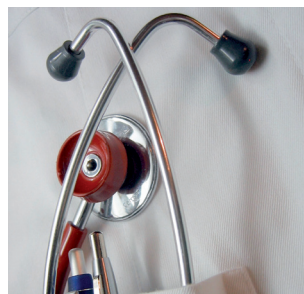


CENTRO DE
**POLÍTICAS
PÚBLICAS UC**

TEMAS DE LA AGENDA PÚBLICA

Prohibición del lucro en las universidades: alcance y consecuencias

ANDRÉS BERNASCONI
Facultad de Educación



Prohibición del lucro en las universidades: alcance y consecuencias

ANDRÉS BERNASCONI¹
Facultad de Educación

1. Introducción: distinción entre la universidad como negocio y los negocios de la universidad

En Chile las universidades deben organizarse como personas jurídicas sin fines de lucro. ¿Qué significa esto? ¿Qué es “lucro”, en este contexto? ¿Es ilegítima toda forma de lucro? El presente artículo busca responder a estas preguntas, en momentos en que se discuten en el país diversas propuestas legislativas dirigidas a regular esta materia, y a la luz de las reformas introducidas en el año 2011 por la Ley 20.500 sobre participación ciudadana a la regulación de las personas jurídicas sin fines de lucro². Para ello, en la presente sección introduciré la distinción central en mi argumento entre la universidad como negocio y los negocios de la universidad.

En el segundo apartado me ocupo de precisar el concepto legal de persona jurídica sin fines de lucro, dispuesto por nuestra legislación de educación superior como forma organizacional necesaria para las universidades. En especial, interesa aquí develar exactamente qué tipo de ganancia económica es la que está excluida de las posibilidades de la universidad, asunto que ocupa también la sección tercera. El apartado cuarto tiene como objetivo revisar el régimen de sanciones previsto para el incumplimiento por parte de una universidad de la exclusión del lucro.

Teniendo presente que la legislación aplicable a estos problemas experimentó un ajuste en el año 2011, es necesario preguntarse si el marco de soluciones actualmente en vigor es el mismo que precedió a las reformas de 2011, lo que hago en la quinta parte. La relación entre el problema del lucro y los deberes de cuidado de los directores o administradores de las entidades sin fines de lucro, es la materia del sexto capítulo.

El séptimo apartado ofrece una crítica a la legislación actualmente en trámite en estas materias, a la luz de las consideraciones hechas precedentemente, para cerrar en la octava parte con algunas conclusiones a partir de lo expuesto.

En la discusión pública sobre el problema del lucro en las universidades, e incluso en el texto del proyecto de ley de Superintendencia de Educación Superior³, se advierte una confusión conceptual que es menester despejar antes de analizar en más detalle en qué consiste la prohibición del lucro en las universidades.

Nada en la legislación vigente obsta a que una universidad realice actividades que incrementen su patrimonio. El que una universidad sea persona jurídica sin fines de lucro no la priva de obtener excedentes o ganancias producto de su operación. Lo que prohíbe su estatus es que reparta esas ganancias entre sus asociados. Es decir,

1 Agradezco al Centro de Políticas Públicas UC por instarme a preparar este reporte y apoyarme en su ejecución. Agradezco también a los distinguidos colegas que revisaron borradores de este documento y aportaron comentarios que han contribuido significativamente a mejorar el resultado final: Rodrigo Correa, Raúl Figueroa, Juan Luis Goldenberg, José Julio León, Verónica Retamal, Juan Andrés Varas, Marco Vega, y tres revisores anónimos. Sus observaciones han permitido dar al artículo una precisión de la que por mis propios medios habría sido incapaz. Agradezco, asimismo, al diputado Mario Venegas, quien junto con Rodrigo Correa y Raúl Figueroa, participó en la Mesa de Discusión del Centro de Políticas Públicas UC "Prohibición del lucro en las universidades: alcance y consecuencias", el 23 de agosto de 2013. Sus comentarios me fueron, también, de gran ayuda. Con todo, la responsabilidad por los errores y omisiones en este trabajo corresponde solo al autor.

2 El foco de este trabajo está puesto en el marco regulatorio chileno actual atinente al problema del lucro en las universidades. En otra parte he tratado la cuestión de política pública y ética de la legitimidad del lucro en la educación: El lucro en la educación superior: ¿En qué consiste? ¿Cómo se regula en Chile? ¿Qué factores considerar para formarse una opinión? Notas para Educación N° 13, CEPPE, 2013. Disponible en: http://www.ceppe.cl/images/stories/recursos/notas/notas_para_la_educacio%C3%ACn_mayo.pdf

3 Mensaje ingresado en noviembre de 2011 al Congreso. Actualmente se encuentra en primer trámite constitucional en el Senado (Boletín N° 8041-04).

la prohibición de lucrar está dirigida a los asociados o miembros de la universidad, en el caso de una corporación, y a sus administradores, si se trata de una fundación. Son ellos los que no pueden lucrar con la actividad de la universidad.

Como señala Varas Braun (2011), es lícito a la persona jurídica sin ánimo de lucro realizar prestaciones no gratuitas, del mismo modo que no es lícito a los asociados de la corporación o al que dota de patrimonio a la fundación, exigir una contraprestación por su aporte social o su dotación fundacional⁴: “ello no significa, en modo alguno, que no puedan las personas no lucrativas ordenar económicamente sus recursos patrimoniales para la obtención de un margen de utilidades que les permita persistir temporalmente desarrollando su actividad, mejorar sus prestaciones o aumentar su cobertura” (Varas Braun 2011: 231)⁵.

Así lo reconoce hoy explícitamente la legislación, luego de las modificaciones que introdujo al Código Civil la Ley 20.500:

Artículo 557-2.- Las asociaciones y fundaciones podrán realizar actividades económicas que se relacionen con sus fines. Asimismo, podrán invertir sus recursos de la manera que decidan sus órganos de administración.

Las rentas que se perciban de esas actividades sólo deberán destinarse a los fines de la asociación o fundación o a incrementar su patrimonio.

Como se explicará más adelante, las personas jurídicas sin fines de lucro son las que no persiguen el lucro de sus asociados, es decir, no tienen como objeto generar ganancias pecuniarias o materiales para sus miembros. Pero la universidad es persona jurídica distinta de sus miembros, y como tal, puede y debe legítimamente propender a aumentar su patrimonio, con tal que este se use para su propio beneficio y no para el de sus asociados.

Así, es muy distinto que las personas o entidades que son socias de la universidad hagan transacciones con ella, a que una universidad haga operaciones con empresas de su propiedad. En el primer caso, si las personas o enti-

dades que han creado la universidad, o por operaciones posteriores la han puesto bajo su control, contratan con ella para defraudar la prohibición del lucro, la universidad deviene en el medio por el que los controladores obtienen sus ganancias. En breve, se trata, en este escenario, de la universidad como negocio para sus organizadores o controladores.

En el segundo caso, en cambio, es la universidad como corporación o fundación la que ha creado empresas⁶ con el objeto de desarrollar actividades que pueden generar ganancias para ella como dueña de esas empresas. En corto, se trata de negocios de la universidad. Estos negocios no son solo legales ante el derecho chileno, sino legítimos y necesarios para que la universidad cumpla su misión de bien público⁷.

En lo que sigue llamaremos a los del primer caso “actos o contratos tipo 1” y a los del segundo, “actos o contratos tipo 2”⁸.

Desafortunadamente, el Ministerio de Educación puso bajo el mismo rótulo de “empresas relacionadas” a ambas formas de asociación cuando en agosto de 2012 informó a los medios de comunicación sobre la revisión hecha a los estados financieros de las instituciones de educación superior del país. En esa ocasión se enfatizó que 90% de las universidades tenía “transacciones con empresas relacionadas”, entendiendo por tales a empresas de todo tipo donde la propia casa de estudios o sus directivos podrían estar vinculados o participar en su propiedad. Así, se puso en un mismo saco, por ejemplo, a las inmobiliarias de los controladores de la universidad que le arriendan edificios a esta (“actos o contratos tipo 1”), con los consorcios biotecnológicos que el gobierno ha ordenado a las universidades constituir como empresas con diversos socios industriales (“actos o contratos tipo 2”).

De esta confusión ha resultado la precipitada pretensión de poner fin al lucro prohibiendo todas las operaciones de las universidades con empresas relacionadas. Esta prohibición pasa por alto la fundamental diferencia que existe entre lucro de los asociados controladores de la corporación universitaria, que contratan con la universidad para extraer

4 Por esta razón, no corresponde a la naturaleza de la corporación que un asociado de ella pretenda “recuperar su inversión”.

5 Varas Braun (comunicación personal, 2 de agosto de 2013) subraya, entonces, que no es legítima la acumulación indefinida de capital que no se destina al fin de la corporación o fundación, y que justifica la existencia y trato privilegiado de su personalidad jurídica. Los recursos que se generen deben estar puestos al servicio de los objetivos de la entidad.

6 La universidad puede crear estas empresas en asociación con terceros, quienes, desde luego, podrán obtener utilidades o lucrar de acuerdo a su participación.

7 De hecho, la estructura de las sociedades comerciales está dotada de más controles, fiscalización e información disponible que la de las corporaciones y fundaciones.

8 En rigor, se puede tratar de contratos, de otras convenciones no contractuales, o incluso de actos unilaterales, como la remisión de una deuda, por ejemplo.

provecho económico de ella, y la ganancia económica de la universidad, por medio de asociaciones a que ella entra con terceros para incrementar sus ingresos. En el primer caso los recursos salen de la universidad para ingresar al patrimonio de sus asociados controladores y de sus administradores. En el segundo, los recursos ingresan a la universidad en la forma de utilidades de sus negocios, para financiar con ellas sus actividades propias.

La interdicción indiscriminada de toda contratación con empresas relacionadas sería funesta para las universidades genuinamente sin fines de lucro –incluyendo aquí a las universidades del Estado, autorizadas por ley para crear “empresas relacionadas”–, que recurren a la flexibilidad operacional y protección patrimonial que les brindan las sociedades comerciales y corporaciones sin fines de lucro que ellas crean para, por ejemplo, hacer negocios biotecnológicos, brindar formación técnica, acceder colaborativamente y a menor precio a bases de datos bibliográficas, mantener medios de comunicación, operar hospitales, mantener editoriales, prestar servicios de asistencia técnica y laboratorio, administrar el fondo solidario de crédito universitario, entre muchas otras actividades perfectamente legales y legítimas.

Aún más, esta forma de operación de las universidades en los mercados de capacitación, asistencia técnica, consultoría, y desarrollo e innovación, común a las universidades más exitosas del mundo, viene exigida como condición de sobrevivencia bajo las actuales condiciones de financiamiento universitario, que garantizan por medio de aportes de fondos del presupuesto público una fracción minoritaria de los costos de operación de las universidades, obligándolas a generar por sí mismas los recursos que, junto a los aranceles, les permiten funcionar.

Es por lo tanto, absurdo y contraproducente a la causa de la mejor fiscalización de las operaciones que realizan las universidades con sus personas relacionadas, llamar lucro a la asociación de la universidad con un equipo de profesores para desarrollar y comercializar una tecnología o prestar un servicio (“actos o contratos tipo 2”), puesto que aquí no hay infracción alguna a la ley. Hay una sola clase de personas a quienes la ley prohíbe (y

ya veremos que solo relativamente) sacar provecho económico de la universidad, y esos son los miembros de una corporación universitaria o los administradores o directores de una fundación del mismo tipo.

La atención regulatoria debe estar puesta, entonces, en las transacciones entre las universidades y las empresas o personas que son miembros de la corporación universitaria (“actos o contratos tipo 1”), así como en las operaciones entre la universidad y otras entidades en las que sus asociados o administradores tengan control, aún si ese control es ejercido a su vez por medio de otras entidades⁹. Dicho de otro modo, deben investigarse las operaciones que permiten sacar recursos de la universidad hacia sus asociados controladores en la forma de gasto, y no las operaciones que permiten que desde empresas relacionadas entren dineros a la universidad en la forma de ingresos.

Existen áreas grises, desde luego, y situaciones que hacen más complejo el análisis. Los controladores pueden diseñar una larga secuencia de operaciones entre empresas relacionadas de modo de hacer pasar como inocente un contrato sospechoso. O bien, la actividad empresarial de la universidad puede resultar en pérdidas, dando lugar a un egreso neto de recursos hacia una empresa relacionada. O una mala configuración de los contratos puede dar lugar a que estos cedan en beneficio de terceros más que de la universidad. Pero mucho de esto, como se dirá más adelante, pertenece al ámbito de responsabilidad fiduciaria del directorio de la universidad, y es en ese ámbito donde debe resolverse.

Con todo, para saber si estamos frente a las operaciones con personas relacionadas que la ley prohíbe, no debe perderse de vista la distinción aquí esbozada.

2. Concepto de persona jurídica sin fines de lucro

Bajo la legislación chilena vigente desde 1981, las universidades deben organizarse como personas jurídicas sin fines de lucro para los efectos de obtener reconocimiento oficial. Así lo dispuso el DFL N°1 de Educación de 1980 (publicado en enero de 1981) en su art. 15:

⁹ El principio de buen gobierno corporativo a cautelar es que en los procesos de toma de decisiones en las personas jurídicas ninguno de los que tienen a su cargo el cuidado del interés de la corporación pueda beneficiarse económicamente, directamente o por interposición de otra persona, de la decisión que adopta para la corporación.

Artículo 15°.- Podrán crearse universidades, las que deberán constituirse como personas jurídicas de derecho privado sin fines de lucro. Estas universidades se registrarán por las disposiciones de la presente ley y de sus respectivos estatutos; supletoriamente, les serán aplicables las disposiciones del Título XXXIII del Libro I del Código Civil, en lo que no sean incompatibles con aquéllas.

La Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, N° 18.962, de 1990, mantuvo el principio de la necesaria ausencia de ánimo de lucro, pero restringió la forma jurídica de las universidades que se crearan a partir de entonces a la de una corporación.

Artículo 30.- Las universidades, los institutos profesionales y los centros de formación técnica estatales sólo podrán crearse por ley. Las universidades que no tengan tal carácter, deberán crearse conforme a los procedimientos establecidos en esta ley, y serán siempre corporaciones de derecho privado, sin fines de lucro para el efecto de tener reconocimiento oficial.

Entonces, bajo la legislación chilena, las 35 universidades privadas creadas desde 1981 actualmente existentes son corporaciones o fundaciones, es decir, personas jurídicas sin fines de lucro. Las 16 universidades del Estado, creadas por ley, son corporaciones de derecho público, y en cuanto tales, persiguen el cumplimiento de una función pública, de lo que se deriva que también son personas jurídicas sin fines de lucro. De la misma naturaleza de corporaciones de derecho público sin fines de lucro participan las seis universidades católicas, aunque su origen es el derecho eclesiástico. Finalmente, las tres universidades privadas preexistentes a 1981 están también constituidas como personas jurídicas sin fin de lucro.

Las personas jurídicas sin fines de lucro son las que no persiguen el lucro de sus asociados, es decir, no tienen como objeto generar ganancias pecuniarias o materiales para sus miembros. Nuestra legislación (Ley 20.500, del año 2011) las clasifica en corporaciones (o asociaciones) y fundaciones. Una corporación o asociación se forma por una reunión de personas naturales o jurídicas en torno a objetivos de interés común a los asociados. Una fundación, mediante la afectación de bienes a un fin determinado de interés general. Los asociados en una corporación se llaman socios, asociados, o miembros. Las fundaciones, al constituirse sobre un patrimonio destinado a un fin y no sobre una asociación de personas, no tienen asociados

o miembros, sino administradores. Con todo, para los efectos de nuestra discusión sobre el lucro, es indiferente si la persona jurídica sin fin de lucro tiene la forma de fundación o corporación.

Aunque hasta hace poco el Código Civil no definía qué debía entenderse por ausencia de fin de lucro¹⁰, tal concepto surgía por contraste con la definición que da el mismo Código de las personas jurídicas con fines de lucro, llamadas sociedades o compañías, a saber, “contrato en que dos o más personas estipulan poner algo en común con la mira de repartir entre sí los beneficios que de ello provengan” (Art. 2053). De aquí se ha entendido invariablemente que en las corporaciones o fundaciones, los asociados o administradores no tienen como fin repartir entre sí los beneficios o utilidades que genere la corporación o fundación, sino que estos recursos deben aplicarse al objeto que persigue la entidad: “las utilidades o ganancias que obtenga en el desarrollo de su actividad no pueden repartirse entre los miembros o integrantes de la misma persona jurídica” (Lyon, 1993: 192).

Esta doctrina fue confirmada al introducirse al Código Civil en 2011 (Ley 20.500) el siguiente inciso en el Art. 556: “Las rentas, utilidades, beneficios o excedentes de la asociación no podrán distribuirse entre los asociados ni aún en caso de disolución”. A mayor abundamiento, la misma ley dispuso que:

Art. 557-2.- Las asociaciones y fundaciones podrán realizar actividades económicas que se relacionen con sus fines. Asimismo, podrán invertir sus recursos de la manera que decidan sus órganos de administración.

Las rentas que se perciban de esas actividades sólo deberán destinarse a los fines de la asociación o fundación o a incrementar su patrimonio.

Además, dispone el Código Civil que “lo que pertenece a una corporación [o fundación], no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen” (Arts. 549 y 563). En consecuencia, los asociados o miembros de una corporación, al igual que los directores de una fundación, carecen de derecho de propiedad sobre los bienes de la corporación o fundación, siendo su función exclusivamente fiduciaria, es decir, de cuidado de los intereses de la corporación o fundación. En Derecho, este principio se denomina “de la radical separación de patrimonios”.

¹⁰ En nuestro medio jurídico, el profesor Juan Andrés Varas Braun ha hecho notar “la sorprendente ausencia conceptual que exhibe el Código Civil en materia de personas jurídicas no lucrativas” (2011: 224). También en Varas Braun 2005: 464.

Se ha debatido entre los juristas nacionales si, además de encontrarse prohibido el beneficio directo de los asociados y administradores, es también ilegítimo el beneficio indirecto. ¿Pueden las personas jurídicas sin fines de lucro obtener para sus asociados o administradores beneficio material que no consista en utilidades o ganancias de la explotación de un negocio?

Este punto es importante para la discusión de cuáles son las operaciones no permitidas a los asociados o miembros de una corporación universitaria o a los administradores de una fundación del mismo tipo, toda vez que la figura empleada para el beneficio económico de asociados o directores no ha sido en estos casos, con toda probabilidad, el reparto de utilidades, sino otras formas de ganancia material derivadas de la operación de la universidad.

La discusión jurídica de esta cuestión en nuestro medio no ha tenido como origen el problema (actual) del lucro de las universidades, sino uno más propio de las preocupaciones de otra época, de modo que debe recurrirse a ella con el ánimo de establecer una analogía y no de buscar una respuesta directa. Lo que se ha debatido es si existe un fin de lucro cuando el objetivo de la entidad es, como en los sindicatos, mejorar las condiciones laborales de sus miembros (incluyendo aumentos de remuneraciones y beneficios), o bien, hacer ahorros, abaratando costos mediante compras de varios en común, como en las cooperativas¹¹.

Sindicatos y cooperativas persiguen beneficios materiales para sus miembros, y no obstante ello, nuestra legislación los trata como personas jurídicas sin fines de lucro. ¿Significa esto que las corporaciones o fundaciones que no son sindicatos o cooperativas pueden tener un objeto de beneficio material sin torcer su naturaleza? Las opiniones están divididas en nuestro medio¹¹.

Nótese que no es decisivo para resolver este dilema que la legislación trate a sindicatos, cooperativas, asociaciones gremiales o juntas de vecinos como entidades sin fines de lucro, no obstante sus objetivos de adelanto material, toda vez que se puede argumentar que si la ley ha previsto estas formas especiales de asociación, en estos casos es precisamente porque escapan parcialmente a

la regla general de exclusión de provecho pecuniario directo o indirecto vigente para las corporaciones y fundaciones. Así lo entendió el Reglamento sobre Concesión de Personalidad Jurídica de 1952, que disponía que las corporaciones o fundaciones no podían proponerse directa o indirectamente fines económicos o de lucro que correspondan a sindicatos o cooperativas, y lo mantiene la norma actual de dicho Reglamento, que previene que “las corporaciones [y fundaciones] no podrán proponerse fines sindicales o de lucro, ni aquellos de las entidades que deban regirse por un estatuto legal propio” (arts. 6 y 30). Así también lo estimó el Consejo de Defensa del Estado en un dictamen de 1971¹³, declarando que si una persona jurídica persigue un fin económico, pero no es una sociedad, porque no reparte utilidades, debe tenerse como sindicato o cooperativa, y no procede concederle personalidad como corporación, la que se aplica solo a las entidades que no persiguen, ni aun indirectamente, un fin de lucro.

En efecto, parece lógico concluir, como Alessandri, Somarriva y Vodanovic (1971: 327) que “las organizaciones dirigidas a cuidar los intereses industriales o comerciales de sus asociados y que procuran mediante la unión obtener mejores condiciones para la actividad lucrativa de sus miembros, no procuran repartirse utilidades, pero atienden a ellas y para eso se forman”. En consecuencia, son entidades con fines de lucro, aun cuando no distribuyan utilidades.

Ahora bien, decía antes que esta discusión de hace 40 años podía traerse a la nuestra solo por vía de analogía, puesto que las premisas no son idénticas a las que nos ocupan hoy. En efecto, nadie, creo, está sosteniendo que haya universidades privadas que se constituyeron para “obtener mejores condiciones para la actividad lucrativa de sus miembros”, al modo de una empresa de papel destinada, por ejemplo, a eludir impuestos. Las universidades privadas se conformaron en Chile para constituirse, con el tiempo, en verdaderas universidades, o al menos en entidades con fines educacionales. Lo que parece haber ocurrido es que para algunos de los fundadores o miembros de estas entidades el giro “universidad” era compatible con la obtención de ganancia económica, es

11 Nuestro ordenamiento jurídico reconoce la existencia de otros tipos de personas jurídicas más allá de las señaladas fundaciones, corporaciones y sociedades. Aquellas, como los sindicatos y cooperativas, se rigen por leyes especiales.

12 Alessandri, Somarriva y Vodanovic, así como Lira Urquieta, piensan que no es lícito perseguir beneficio material o económico alguno, sea directo o indirecto, y que sólo son admisibles los fines morales, ideales o de beneficencia (1971: 327), en tanto que Lyon (1993: 192) estima que mientras no reparta utilidades, la persona jurídica mantiene su naturaleza sin fines de lucro.

13 Citado en Alessandri, Somarriva y Vodanovic, 1971: 327.

decir, que la universidad podría ser un negocio para sus “dueños” o controladores¹⁴.

Como hemos dicho, las preguntas, entonces, son: ¿puede la universidad, persona jurídica sin fines de lucro, generar para sus asociados o administradores una ganancia económica, si esta no tiene la forma de una distribución de utilidades? ¿Cuán extensivamente debe interpretarse el principio de no reparto de beneficios?

Teniendo presente que la forma en que las universidades son un negocio para sus asociados consiste en que las universidades convienen transacciones con las empresas en que sus asociados o directores tienen interés, operaciones que permiten a estos últimos obtener provecho económico de las actividades de la universidad (“actos o contratos tipo 1”), ¿son estas operaciones ilícitas por contravenir la naturaleza sin fines de lucro de la corporación o fundación?

3. ¿Qué comprende la prohibición del lucro en las corporaciones y fundaciones?

Desde luego, en primer lugar, la prohibición de un fin de lucro en las corporaciones y fundaciones prohíbe la distribución de utilidades o ganancias entre sus miembros o administradores.

Debe recordarse, además, que las corporaciones y fundaciones no tienen dueños. Así, no siendo sus miembros o administradores propietarios de nada de lo que pertenece a la corporación o fundación, apropiarse de una parte del patrimonio de estas sería ilícito. Es por esta razón, además, que los asociados de una corporación o los directores de una fundación no pueden transferir su participación en la corporación o fundación.

Ahora bien, la adquisición de utilidades por los miembros de una corporación o los administradores de una fundación está prohibida porque tiene como sola causa dicha membresía o administración. Esto no lo decía expresamente la ley antes de 2011, pero se desprendía del contraste existente entre las personas jurídicas sin fines

de lucro y las sociedades o compañías, oposición que daba pie para concluir (antes de 2011, cuando se estableció explícitamente) que las primeras no pueden distribuir utilidades, porque es de la esencia de las segundas hacerlo. En efecto, en las personas jurídicas lucrativas el derecho del socio a las utilidades no tiene otra causa que su calidad de socio. En cambio, en las entidades sin fines de lucro, la calidad de socio o administrador no da por sí sola derecho a ninguna retribución. Tanto es así, que la ya citada ley 20.500 reguló en el Código Civil lo que ya había informado hace años por vía de interpretación de la legislación anterior el Consejo de Defensa del Estado¹⁵, en el sentido de que: “Art. 551-1. Los directores [de las corporaciones y fundaciones] ejercerán su cargo gratuitamente, pero tendrán derecho a ser reembolsados de los gastos, autorizados por el directorio, que justificaren haber efectuado en el ejercicio de su función”¹⁶.

En cambio, cuando la universidad contrata con uno de sus asociados o administradores la prestación de un servicio, la causa del pago que hace la universidad y de la ganancia del socio o administrador de ella, no es la calidad de miembro o administrador, sino el servicio prestado. No es, entonces, jurídicamente equivalente el reparto de utilidades a los miembros o directores (o de cualquier otro beneficio económico que se da a un asociado por el hecho de ser tal, sin que exista una contraprestación de su parte avaluable en dinero), a la prestación de servicios a la universidad por esos mismos asociados o administradores.

Si esto podía ser incierto hasta 2011, la Ley 20.500 lo clarificó por medio del nuevo Art. 551-1 del Código Civil:

Sin embargo, y salvo que los estatutos dispusieren lo contrario, el directorio podrá fijar una retribución adecuada a aquellos directores que presten a la organización servicios distintos de sus funciones como directores. De toda remuneración o retribución que reciban los directores, o las personas naturales o jurídicas que les son relacionadas por parentesco o convivencia, o por interés o propiedad, deberá darse cuenta detallada a la asamblea o, tratándose de fundaciones, al directorio.

14 Por otro lado, como precisa el profesor Juan Luis Goldenberg (comunicación personal, 17 de julio de 2013), conviene distinguir el objeto de la persona jurídica (que, en este caso, estará dado por la prestación de servicios educacionales) con la finalidad del negocio jurídico que da nacimiento a este tipo de personas. Esta finalidad, supone el Código Civil, debe ser de tipo gratuito, en términos que no ha de buscarse obtener ningún beneficio económico por el hecho de la incorporación de los asociados a una corporación o la participación de los administradores en una fundación. Si falta este elemento anímico de liberalidad, que es esencial a este tipo de negocios jurídicos (artículo 1.444 del Código Civil), la persona jurídica debería ser recalificada como sociedad, si es que se cumplen los requisitos de estas últimas, o simplemente no producir efectos civiles.

15 Informe N° 1533, del 19 de julio de 1990.

16 Puede sostenerse que la gratuidad del cargo de director no es aplicable a las universidades creadas al amparo del DFL N° 1 de 1980, si es que sus estatutos disponen otra cosa, toda vez que dicha ley hace primar los estatutos de la corporación o fundación por sobre las normas generales del Código Civil relativas a personas jurídicas sin fines de lucro (entre las cuales se encuentra ahora el Art. 551-1).

La regla anterior se aplicará respecto de todo asociado a quien la asociación encomiende alguna función remunerada.

Así las cosas, la ley permite una “retribución adecuada” a los asociados o administradores (y a las personas naturales o jurídicas a ellos relacionadas) por los servicios que presten a la corporación o fundación, y que no consistan en la función de director¹⁷.

Es claro que la contratación entre la universidad y uno de sus asociados o directores plantea un problema de conflicto de intereses. En efecto, el beneficio del socio o administrador que contrata con la universidad puede contraponerse al interés de la universidad. A la universidad le conviene recibir el servicio al menor precio posible, y al socio prestarlo al mayor precio posible. Por esta razón la ley ha previsto que un contrato de estas características sea aprobado por el directorio, se fije una remuneración adecuada y se dé “cuenta detallada a la asamblea o, tratándose de fundaciones, al directorio”. Los estatutos de las corporaciones o fundaciones pueden establecer exigencias adicionales a esta, y podrían, incluso, prohibir estas contrataciones, o disponer que todo servicio de un director o socio a la corporación o fundación sea prestado a título gratuito.

Supongamos, no obstante, que la situación de conflicto de interés es resuelta favorablemente para la universidad. Supongamos que el socio de la universidad se adjudica un contrato con ella en una licitación pública, sin acceso a información privilegiada, proponiendo la mejor oferta para la universidad, ¿bajo qué términos es ese contrato compatible con el estatuto sin fin de lucro de los asociados? Bajo términos que representen una retribución adecuada para el asociado.

También existe el riesgo de que estos contratos sean en verdad simulaciones para encubrir el retiro de ganancias prohibido. Ello ocurre si el servicio prestado no existe, o tiene un precio mayor al que demandaría un prestador alternativo, o se contrata por un precio razonable a quien,

sin embargo, carece de las cualificaciones para prestar el servicio requerido pero ha sido contratado por la relación que lo une con los controladores de la universidad. Debe entonces interpretarse la exigencia de retribución adecuada de la ley como exigencia de existencia real del servicio, de un precio razonable o adecuado, y de razonable capacidad del contratado de prestar el servicio, atendidas las condiciones de mercado¹⁸.

Más arriba insistimos en la necesidad de distinguir entre los contratos entre la universidad y sus asociados o administradores, o las entidades en que ellos tienen interés, que deben ser objeto de escrutinio cercano por su carácter sospechoso de encubrir lucro (“actos o contratos tipo 1”), y las sociedades que la universidad pueda hacer con terceros para explotar un negocio en beneficio de su patrimonio (“actos o contratos tipo 2”). Desde luego, si la universidad se asocia para un negocio no con un tercero, sino con uno de los miembros de la corporación, esa sociedad debe ser tenida como sospechosa, por las razones de peligro de exacción de utilidades antes expuestas. Pero en este caso lo que activa la señal de alerta no es que la universidad quiera hacer negocios, sino el que quiera hacerlos con algunos de los miembros de su corporación o administradores de su fundación, es decir, que estemos frente a un “contrato tipo 1” y no ante un “contrato tipo 2”.

Hasta aquí me he referido a los miembros de una corporación universitaria como empresas, pero algunos de los fundadores y controladores de las universidades chilenas no son empresas, sino personas naturales, iglesias, congregaciones o asociaciones religiosas, y otras personas jurídicas sin fines de lucro. Lo que se ha dicho sobre las restricciones a que están sujetas las empresas miembros de corporaciones universitarias y los administradores de fundaciones es igualmente aplicable cuando esos miembros o directores no son empresas. Está vedado a la corporación o fundación universitaria transferir a sus asociados o administradores sus excedentes, aunque dichos asociados o directores sean personas jurídicas sin fines de lucro o personas naturales.

¹⁷ Esta norma ratifica la licitud de esta clase de operaciones, estableciendo como restricción dar cuenta a la Asamblea o Directorio, pero no es muy exigente. Ni siquiera demanda que el director o asociado no concurra a la decisión de contratación. Una norma especial para las universidades podría establecer estándares más exigentes.

¹⁸ La Ley N° 20.630, publicada el 27 de septiembre de 2012, incluye una nueva disposición en la Ley sobre Impuesto a la Renta (nuevo artículo 41 E) que define el concepto de precios de transferencia. De acuerdo a esta norma, las operaciones entre partes relacionadas deben llevarse a cabo a los precios, valores o rentabilidades normales de mercado. Los precios, valores o rentabilidades normales de mercado son los que hayan o habrían acordado u obtenido partes independientes en operaciones y circunstancias comparables, considerando, por ejemplo, las características de los mercados relevantes, las funciones asumidas por las partes, las características específicas de los bienes o servicios contratados y cualquier otra circunstancia razonablemente relevante. La ley define con toda precisión quiénes se entenderán estar relacionados para estos efectos, y el Servicio de Impuestos Internos, por su parte, ha reconocido un conjunto preciso de métodos de definición de precios de transferencia.

4. ¿Cómo se cautela en la legislación actualmente vigente que las universidades cumplan las normas sobre lucro?

Independientemente de lo que dispone la ley, es conocido que los asociados de algunas universidades las han “vendido” (cedido su control) a terceros, quienes han tomado el control asumiendo la calidad de asociados que antes detentaban los asociados anteriores. Es un hecho también que los asociados de las universidades, o empresas en que ellos o sus parientes o asociados tienen interés, mantienen con ellas contratos de prestación de servicios de corte inmobiliario, financiero, logístico, de consultoría, etc. ¿Qué sanciones dispone la ley cuando estas operaciones vulneran la naturaleza no lucrativa de las universidades?

Debe distinguirse el caso de la “compraventa” de la universidad¹⁹ del caso de la contratación de la universidad con alguno de sus asociados o administradores o con empresas ligadas a ellos. La transferencia del control de la universidad, es objetable por dos razones: primero, porque “lo que pertenece a una corporación [o fundación], no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen” (Arts. 549 y 563 del Código Civil). Así, no puede venderse la universidad, porque no se trata de un objeto “comerciable”, toda vez que ninguno de sus socios o administradores es dueño de ella²⁰.

Ahora bien, podría alegarse en defensa de la operación de transferencia del control que lo que se transfiere no es la propiedad de la universidad (que no se puede tener), sino la titularidad de la calidad de asociado o administrador de ella. Sin embargo (y esta es la segunda razón), la calidad de asociado o director debiese carecer de valor patrimonial, visto que los asociados o administradores no pueden derivar ganancia económica por su sola calidad de tales (a diferencia de los derechos que se tienen en una sociedad civil o comercial). Recibir un beneficio económico por transferir la membresía en una corporación, o la calidad de administrador de una fundación, es equivalente a tomar parte en las utilidades, y desde ese

punto de vista, es un acto ilícito. Entonces, si se alega que el objeto es la venta de la participación en la corporación o fundación, cabe indicar que dicha participación, al no tener un contenido económico, estaría fuera del comercio y, por tanto, el contrato respectivo adolecería de falta de objeto en los términos del artículo 1461 del Código Civil, lo que implica su nulidad absoluta o inexistencia. El caso de la transferencia de acciones en una sociedad que es a su vez miembro o asociado de la corporación, es algo diferente y será tratado más adelante.

Además de la sanción civil que afecta a estas transacciones, que podrá ser de nulidad por falta de objeto, o por objeto ilícito, o por causa ilícita, debe repararse en que la legislación universitaria dispone desde 1981 que por decreto supremo del Ministerio de Educación se podrá cancelar la personalidad jurídica a una universidad si no cumple con sus fines o si realizare actividades contrarias al orden público, a las buenas costumbres, a la moral o a la seguridad nacional o incurriere en infracciones graves a sus estatutos.

Actualmente, el Art. 64 del DFL N° 2 de Educación de 2010 sanciona con revocación del reconocimiento oficial, entre otros, los siguientes casos: a) incumplimiento de objetivos estatutarios; b) actividades contrarias a la moral, al orden público, a las buenas costumbres y a la seguridad nacional; y c) infracciones graves a los estatutos.

Que la corporación sea sin fines de lucro quiere decir que los asociados no pueden obtener beneficios por su calidad de tales, que no tienen parte alguna en la propiedad de la corporación y que tampoco pueden cederla. De vulnerarse la prohibición de lucro por la vía de contratos que en la práctica cumplen la misma función que el retiro de utilidades, se configuraría una causal de revocación del reconocimiento oficial de la universidad, ya sea por incumplimiento o infracción grave de sus objetivos estatutarios, o por actividades contrarias al orden público educacional, en cuanto la ley solo contempla la existencia de corporaciones universitarias que no deben perseguir fines de lucro, como requisito para su reconocimiento oficial.

19 Llamamos aquí “compraventa” a una operación o conjunto de operaciones que determinan, cualquiera sea su naturaleza jurídica específica, el cambio de manos del control de la corporación o fundación.

20 Como precisa Verónica Retamal (comunicación personal, 13 de septiembre de 2013), de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 1461 del Código Civil, las cosas, para ser objeto de una declaración de voluntad, no solo deben existir o esperarse que existan sino que además, entre otros requisitos, deben ser comerciables. Lo anterior permite inferir que si la cosa no está en el comercio (como ocurre en el caso de las corporaciones y fundaciones por cuanto no tienen dueño), el acto que tuvo por objeto tal cosa no existe, pues falta un requisito o cualidad esencial del objeto. Por otra parte, el Art. 1464 señala entre las cosas cuya enajenación adolece de ilicitud en el objeto a las incomerciables, cayendo en una aparente contradicción con lo dispuesto por el Art. 1461 por cuanto el objeto ilícito se sanciona con la nulidad absoluta. Para conciliar ambas disposiciones legales, es dable concluir que los actos o declaraciones que tengan por objeto una cosa incomerciable son, por regla general, inexistentes por cuanto carecen de un requisito o cualidad esencial del objeto; a menos que dicho acto o declaración tenga por objeto la enajenación de una cosa que no está en el comercio, pues dicha enajenación, por constituir un caso de objeto ilícito, se sanciona con la nulidad absoluta, de conformidad con lo que dispone el Art. 1682 del Código Civil.

En suma, en las universidades debe tenerse como una operación que contraviene la naturaleza sin fines de lucro de la universidad, cualquier ingreso que perciba un socio por su sola calidad de tal, salvo que corresponda a servicios efectivamente prestados²¹ que no sean dietas del directorio, debiendo en ese caso analizarse si se cumplieron las condiciones de retribución adecuada para la contratación. La constatación de la existencia de lucro, en los términos aquí precisados, es causal de revocación del reconocimiento oficial de la universidad.

Queda por resolver el caso de que lo que se transfiera sea todo o parte de la participación en una sociedad que a su vez es miembro de una corporación universitaria²². Esto sucede, por ejemplo, si se enajena la participación societaria en una inmobiliaria que es miembro de una corporación universitaria. Aparentemente estas operaciones no vulnerarían la ley, porque en este caso lo que cambia de dueño no es la corporación (ya sabemos que ella no tiene “dueños”, sino miembros), sino uno de los miembros de la corporación, manteniéndose formalmente la identidad de los asociados de la corporación²³.

Sin embargo, es objetable una operación como esta cuando a) se hace con el objetivo de transferir el control de la corporación universitaria, lo que no está permitido, o b) se hace para posibilitar la apropiación por un asociado de recursos que salieron del patrimonio de la universidad en la forma de sobrepagos o pagos por servicios inexistentes o innecesarios.

En efecto, las operaciones de transferencia del dominio o del control de las sociedades miembros de la corporación universitaria son lícitas en tanto el efecto realmente querido y buscado por las partes sea la enajenación de la empresa o sociedad, que a su vez circunstancialmente es miembro de la universidad. Sin embargo, si se utiliza la figura de la persona jurídica de la sociedad o empresa miembro de la universidad para obtener finalmente el control de la universidad, sujetando el precio de la compra de esta sociedad, por ejemplo, a la situación financiera actual o futura de la universidad, a obligaciones de modificación de la composición del directorio de la universidad, a la obtención de la acreditación por parte de la universidad,

o a condiciones semejantes que reflejan que el verdadero interés detrás de la operación es el control de la universidad, nos encontraríamos en presencia de una hipótesis de fraude a la ley, cuyo efecto práctico consiste en sustraer la acción de la fuerza coactiva del derecho cuando los individuos a quienes la norma se dirige se ocultan tras la figura de la persona jurídica para escapar del mandato legal (Serick, 1958). En tales circunstancias, explica Lyon (2002: 65), “el mandato imperativo o prohibitivo no aparece formalmente infringido, pues el que figura absteniéndose de ejecutar un hecho o, por el contrario, realizando la conducta prohibida es una persona distinta a la destinataria del mandato legal”.

Si se transfiere una parte o toda la propiedad de una sociedad que es miembro de una corporación universitaria para por ese medio transferir el control de la universidad, la operación sería nula por causa ilícita u objeto ilícito. Si se transfiere una parte o toda la propiedad de una sociedad que es miembro de una corporación universitaria que se ha enriquecido a costas de la universidad (por ejemplo, obteniendo ganancias exorbitantes por contratos con ella), esta transferencia de derechos sociales en la empresa miembro de la corporación no sería nula, pero el traspaso indebido de patrimonio desde la universidad hacia la sociedad miembro de la corporación universitaria sería materia de un conflicto entre la universidad y la sociedad (no entre el adquirente y el cedente de los derechos sociales) que podrá dar pie a la corporación a reclamar contra la sociedad la aplicación de las sanciones civiles y administrativas del caso.

La hipótesis de este conflicto remite, nuevamente, a la importancia de configurar adecuadamente el gobierno corporativo de las universidades de manera de proteger el interés de estas cuando entra en contradicción con el interés de sus asociados o administradores.

5. Situación anterior al año 2011

Antes de la entrada en vigor de la ley 20.500 del año 2011, han existido contratos entre universidades y sus miembros y administradores. ¿En qué situación se

21 Es decir, efectivamente ejecutados por quien tiene prima facie la competencia para satisfacer el requerimiento del contratante.

22 Me refiero a los miembros de las corporaciones universitarias como sociedades porque es cada vez menos frecuente que los miembros de las corporaciones sean personas naturales, pero las mismas restricciones se aplican a los miembros de las corporaciones que son personas naturales.

23 Quizás por esta razón algunas universidades, que nacieron como corporaciones formadas por personas naturales, han migrado su composición societaria y están conformadas hoy solo por sociedades controladas por los antiguos socios personas naturales, o sus sucesores, o por empresas en que ellos o su familia tienen interés. Esto permite introducir cambios en el “control” de la corporación universitaria mediante cambios en la composición societaria de las entidades socias de la corporación, sin siquiera modificar los estatutos de esta, evitándose así pasar por la necesaria aprobación por el Ministerio de Educación de toda modificación a los estatutos de una universidad.

encuentran esos “actos o contratos tipo 1”? ¿Participan de la legitimidad que les confiere desde el año 2011 la disposición que declara que el directorio podrá fijar una retribución adecuada a aquellos asociados a quienes la asociación encomiende alguna función remunerada?

Podría estimarse que, dado que la contribución que los fundadores de una entidad sin fines de lucro hacen a la creación y sostén de una corporación o fundación se entiende eminentemente filantrópica y a título gratuito, no puede generar para ellos utilidad o ganancia económica alguna, sea por la vía de la participación en las utilidades, o por otra vía. Así, la prohibición del lucro no se agotaría en el deber de reinvertir y no repartir cualquier excedente. De otra forma, bastaría para burlar la prohibición al lucro con que las corporaciones y fundaciones exhibieran excedente cero o negativo, luego de haber distribuido como gasto de la operación los pagos indebidos a sus miembros.

Dado que el principio rector del interés de los miembros de las corporaciones y de los administradores de las fundaciones es que ellos no pueden derivar beneficio económico de la corporación o fundación, se sigue que no podrían contratar con ellas ni aun a precio de mercado, en la medida en que ese contrato les genere utilidades. De este modo, los contratos entre miembros de la corporación y la corporación, o entre los directores de la fundación y esta, quedarían marcados como sospechosos de constituir una operación que vulnera la naturaleza de entidad sin fines de lucro de la universidad.

Con todo, no encontrándose expresamente prohibidos estos contratos en nuestro derecho, para calificarlos de ilícitos sería necesario demostrar que ellos se han pactado en fraude a la ley, para lograr un objetivo que la ley prohíbe, como es distribuir utilidades²³. Esto se dificulta desde 2011 en adelante, cuando este tipo de convenciones se declararon lícitas con tal que la retribución sea “adecuada”, pero también hacia atrás: al disponer esta solución, la norma de 2011 viene a establecer una especie de presunción de legitimidad de contratos anteriores a esa fecha, siempre que hayan sido pactados con una retribución adecuada. En otras palabras, es difícil sostener que un contrato entre asociado y corporación ha sido ilícito antes de 2011 cuando desde esa fecha la legislación los ha legitimado explícitamente, a menos que la nueva norma de 2011 haya venido a introducir un cambio sustancial en la naturaleza legal de las personas jurídicas sin fines de lucro, lo que no

parece ser el caso, toda vez que la ley 20.500 tuvo por objeto precisar cuestiones que ya estaban bien establecidas en la doctrina, pero no en la ley y facilitar el trámite de constitución de tales personas jurídicas.

Es decir, es más probable que la nueva norma de la ley 20.500 haya venido a explicitar la interpretación que ya existía sobre la legitimidad de estos contratos, a que haya querido introducir un principio sustantivo en contrario a esa interpretación.

Todo lo anterior, dejando a salvo la hipótesis de ilicitud que se verifica en caso de simulación de un contrato o del incumplimiento de los requisitos de aprobación por parte del directorio y remuneración adecuada que establece la ley.

6. Deberes fiduciarios del directorio

Hemos visto que es delicada la situación en que se encuentran los miembros de una corporación o los directores de una fundación que contratan con una u otra, directamente o a través de terceros relacionados. Estos convenios nacen indefectiblemente en medio de conflictos de intereses y están expuestos a nulidad y otras sanciones si ellos exceden para el socio o director beneficiario de lo que se estime por terceros como una retribución adecuada.

La posibilidad de abuso de la forma jurídica de la persona sin fines de lucro exige de sus directorios la mayor vigilancia para evitar que la universidad sea usada como fuente de ganancias para sus asociados. Desafortunadamente, las normas sobre deberes fiduciarios de los administradores de las entidades no lucrativas son, en nuestro derecho, sumamente débiles.

El deber fiduciario surge aquí del cargo que ocupan los directores como administradores de un patrimonio ajeno, el de la corporación o fundación, el que deben ejercer en beneficio de esta y no en beneficio propio (Pardow, 2011). La doctrina de la relación fiduciaria incluye dos deberes para el administrador: el deber de cuidado, que demanda una administración prudente, y el deber de lealtad, que exige anteponer los intereses del patrimonio administrado por sobre los del administrador (Pardow, 2011). El administrador “se encuentra obligado a tratar como suyos los intereses que administra, pero al mismo tiempo tiene prohibido tratarlos para sí” (Pardow, 2011: 147).

24 Siempre cabe la posibilidad de demostrar el fraude a la ley, o bien que no se celebraron los actos con personas relacionadas cumpliendo los requisitos establecidos por el legislador para ello.

La infracción por un director o un directorio a sus deberes fiduciarios si, por ejemplo, administra con negligencia o hace primar sus intereses o los de terceros por sobre los de la entidad que administra, da derecho a la corporación o fundación a reclamar indemnización de perjuicios contra el director o el directorio que ha abusado de su función.

Por otra parte, durante los tiempos álgidos de la discusión pública del lucro en 2011 y 2012, con frecuencia se expresó o insinuó, de parte del Ministerio de Educación y de partes de la opinión pública (incluyendo autoridades universitarias que buscaron defender sus prácticas atacando a las de las otras universidades), la duda acerca de si algunos de los negocios emprendidos por las universidades públicas o privadas (“actos o contratos tipo 2”) tenían realmente como norte el interés de la universidad, o tendían más bien a favorecer a ciertos grupos dentro o fuera de ella. Esta interpelación es, por cierto, legítima, pero no es conmensurable con la pregunta por el posible lucro de los asociados que conforman una universidad (“actos o contratos tipo 1”). En efecto, en el primer caso existe un órgano de gobierno superior en la universidad al que, en principio²⁴, cabe exigir la garantía de que las operaciones de la universidad tengan por objeto el beneficio de ella y no de otros. En cambio, en el segundo caso, los conflictos de interés inherentes a los asociados o directores hacen ilusorio confiar en que los administradores actuarán siempre con el solo interés de la universidad en mente, lo cual hace necesario reforzar la responsabilidad fiduciaria de esos administradores con las normas que regulan los contratos con personas relacionadas, apoyadas en una superintendencia que fiscalice su cumplimiento y fomente buenas prácticas de gobierno corporativo.

7. Los proyectos de ley sobre lucro en la educación superior

El 10 de agosto de 2011, en plena crisis de las movilizaciones estudiantiles de ese año, la Comisión de Educación del Senado aprobó en general una moción de los senadores Escalona, Frei, Gómez, Navarro y Rossi, a la cual adhirieron los senadores Letelier y Pizarro (Boletín N°

7760-04), que introduce a la Ley General de Educación la siguiente norma:

*Las corporaciones sin fines de lucro establecidas conforme a la presente ley no podrán sostener vínculos contractuales financieros o comerciales con entidades que involucren a quienes integren los órganos de dirección, administración, ejecución y control de la corporación, y/o terceros relacionados. Esta incompatibilidad será absoluta y su violación será causa suficiente para poner término al reconocimiento oficial otorgado por el Estado*²⁶.

En el debate que precedió a la votación, los senadores enfatizaron que esta norma pondría fin al lucro en las universidades. Ninguno de los participantes en la discusión reparó en la distinción que ofrecí en el apartado 1 precedente, a saber, la que existe entre actos y contratos que sirven a los miembros o directores de una corporación o fundación universitaria para obtener provecho de la universidad, “actos o contratos tipo 1”, y los actos y contratos en que una universidad crea empresas o entidades para cumplir con sus objetivos, o “actos o contratos tipo 2”. Esta inadvertencia resulta, en la norma aprobada, en la prohibición tanto de los contratos lícitos como de los ilícitos. La sanción de pérdida de reconocimiento oficial, por su parte, que ya existe como sanción al lucro prohibido, se amplía aquí a la sola celebración de un contrato prohibido, haya o no lucro, lo cual, además de desproporcionado, es probablemente inconstitucional por limitar arbitrariamente la libertad de contratación y la libertad de enseñanza. El trámite de este proyecto no ha tenido novedades desde octubre de 2011.

Luego, existe un proyecto de reforma constitucional, iniciado por moción de los senadores Allende, Escalona, Letelier, Muñoz Aburto y Rossi, sobre educación pública (Boletín N° 7.748-04), del 22 de junio de 2011, que intercala un inciso séptimo en el artículo 19 N° 10 de la Constitución, del siguiente tenor:

El Estado financiará un sistema de educación de administración estatal. Sólo la educación estatal y la privada gratuita, pluralista, democrática, no selectiva y que no persiga fines de lucro recibirá del Estado una contribución económica que garantice su funcionamiento y calidad, de conformidad a la ley.

25 Digo “en principio” porque el órgano de gobierno puede estar mal diseñado para este efecto (de hecho, las juntas directivas de las universidades del Estado lo están, y la Universidad de Chile carece de una), o pueden funcionar mal, pero son estos defectos que no dicen a la esencia de la idea del órgano fiduciario en estas universidades, sino a su diseño e implementación.

26 Nótese que, curiosamente, la fórmula escogida por los senadores no se fija en quién obtiene el beneficio del contrato, sino en quiénes son sus partes. En otras palabras, no atiende a la dirección en que cede el lucro, sino a la situación de conflicto de intereses que afecta a los intervinientes. En lugar de atacar el lucro, la norma se pone como objetivo los conflictos de intereses.

Esta norma no afectaría el financiamiento estatal a las universidades, ya que ellas tienen la calidad de entidades sin fines de lucro, pero sí privaría de subsidios financieros del Estado a las escuelas, colegios, centros de formación técnica e institutos profesionales organizados como personas jurídicas con fines de lucro. El proyecto no ha tenido avances en su tramitación desde diciembre de 2011.

Por último, está el Mensaje N° 277-359 del Presidente de la República con el que inicia un proyecto de ley que crea la Superintendencia de Educación Superior, del 10 de noviembre de 2011 (Boletín N° 8041-04). Este se encuentra aprobado en general por el Senado en primer trámite constitucional, y en etapa de recibir indicaciones.

El Proyecto de Ley de Superintendencia de Educación Superior mantiene en lo sustancial el criterio de licitud de las operaciones de la universidad con sus asociados o administradores plasmado en la ley 20.500, salvo que en lugar de “retribución adecuada” dispone que las operaciones de la universidad con sus personas relacionadas deben sujetarse a “condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado a la fecha de su celebración”, siguiendo en esto la norma de la Ley de Sociedades Anónimas.

Ahora bien, el proyecto amplía de modo innecesario, injustificado y contraproducente la noción de “operación de la universidad con personas relacionadas”. Bajo esta designación, incluye tanto la relación de la universidad con sus asociados controladores, “actos o contratos tipo 1”, como las relaciones contractuales de aquella con terceros que no tienen relación alguna con los asociados o directivos de la corporación, “actos o contratos tipo 2”.

En efecto, respecto de los asociados o administradores, contempla como personas relacionadas a una universidad: a) los directivos de la universidad; b) los miembros o socios de la respectiva corporación universitaria; c) las personas naturales que tengan la calidad de directivo de cualquier persona jurídica que sea socio o miembro de la universidad, o que posea directa o indirectamente 10% o más del capital de aquella; d) los cónyuges y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad de cualquiera de las personas indicadas en las letras a) b) y c); e) las personas jurídicas en que cualquiera de las personas indicadas en las letras a), b), c) y d) posea directa o indirectamente 10% o más del capital o la calidad de directivo; y f) las personas naturales o jurídicas que tengan con cualquiera de las personas indicadas en las letras a), b), c) y d) negocios en común en cuya propiedad o control influyan en forma decisiva.

Hasta aquí el proyecto tiene por objeto regular las relaciones entre la universidad y sus asociados o administradores (“actos o contratos tipo 1”), pero luego agrega una letra g) “las entidades en cuya propiedad la universidad tenga una participación igual o superior al 10%, y las corporaciones o fundaciones en que, conforme a los estatutos de estas, la universidad pueda elegir a lo menos a un miembro del directorio u órgano de administración” que no mira a los vínculos entre universidad y sus controladores, que podrían generar lucro para estos, sino a la relación entre la universidad y las empresas o entidades que dependen directa o indirectamente de ella, o en que la universidad participa en la propiedad (“actos o contratos tipo 2”), que no tiene relación alguna con el control del lucro.

El error de agrupar la figura de la letra g) con los otros casos de esa nueva norma propuesta, se manifiesta en que luego trata a los legítimos negocios de la universidad, “actos o contratos tipo 2”, bajo las mismas reglas restrictivas que propone para regular a quienes son sospechosos de usar ilegítimamente a la universidad como negocio propio (“actos o contratos tipo 1”).

Así, el propuesto nuevo artículo 66 C sujeta a todas estas operaciones a “condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado a la fecha de su celebración”, lo cual es aceptable para “actos o contratos tipo 1”, pero carece por completo de justificación en el caso de “actos o contratos tipo 2”, toda vez que la universidad es dueña de contratar en los términos que estime convenientes con las empresas o entidades que dependen de ella o en que ella participa en la propiedad, sujeta, sí, al control de sus órganos de supervisión fiduciaria, los que se hacen responsables de la operación, como ocurre en el caso de cualquier otra corporación o fundación.

Del mismo modo, resulta extravagante para los actos o contratos tipo 2, pero justificada para los actos o contratos tipo 1, la norma del nuevo artículo 66 D, que exige que cada una de las operaciones con personas relacionadas sea aprobada en forma previa a su celebración, por la mayoría de los tres miembros independientes de los controladores que el proyecto de ley ordena incorporar en los directorios de las universidades no estatales, o por el voto favorable de la mayoría de los miembros designados por el Presidente de la República en las universidades estatales.

Finalmente, presenta el mismo vicio de sobre-reacción y arbitrariedad, además de simplismo, el nuevo Art. 66 H:

Las Universidades sólo podrán asociarse con sus directivos y docentes cuando la sociedad que constituyan cumpla con alguna de las siguientes condiciones: a) La sociedad tenga como giro el desarrollo de invenciones que puedan ser amparadas por una patente; o b) El capital social inicial de la sociedad consista en una patente de invención y el giro de ésta sea su explotación.

En suma, las deficiencias del proyecto de ley de Superintendencia tienen como origen común el error de asimilar los actos o contratos tipo 1 y tipo 2 para efectos de su regulación, en circunstancias que solo los primeros requieren de una atención regulatoria especial por su potencial de vulneración de la prohibición del lucro en las universidades.

Lo anterior no se opone a que la nueva legislación busque perfeccionar el gobierno corporativo de las universidades públicas y privadas, o que perfeccione la transparencia de sus actos de contenido patrimonial, pero esa discusión es mucho más amplia que la que surge de la necesidad de regular las operaciones con personas relacionadas que vulneran la naturaleza sin fin de lucro de las universidades.

8. Conclusiones

Para comprender cabalmente el problema del lucro en las universidades, y para diseñar un nuevo marco legal que lo aborde (de considerarse ello necesario), es menester, primero, entender la fundamental diferencia que existe entre dos casos: a) que las personas naturales o jurídicas que son socias de la corporación universitaria o directoras de la fundación del mismo tipo, o sus personas relacionadas, hagan transacciones con ella (“acto o contrato tipo 1”), y b) que una universidad haga operaciones con empresas que ella controla o en las que tiene propiedad (“acto o contrato tipo 2”). En el primer caso la universidad puede ser instrumentalizada como un medio por el que las personas, empresas u organizaciones controladoras obtienen ganancias. En el segundo caso, en cambio, la universidad como corporación o fundación ha creado empresas con el objeto de desarrollar actividades que pueden generar ganancias para la universidad.

La legislación vigente no prohíbe a las universidades obtener ganancias. Lo que le está vedado es repartir esas ganancias entre sus asociados. Es decir, la prohibición de lucrar está dirigida a los asociados o miembros, en el caso de una corporación, y administradores, si se trata de una fundación. Nuestra legislación reconoce que las corporaciones y fundaciones pueden realizar actividades

económicas que se relacionen con sus fines, y pueden invertir sus recursos de la manera que decidan sus órganos de administración. Las rentas que se perciban de esas actividades solo podrán destinarse a los fines de la asociación o fundación o a incrementar su patrimonio.

Los asociados o miembros de una corporación, al igual que los directores de una fundación, carecen de derecho de propiedad sobre la corporación o fundación, siendo su función exclusivamente fiduciaria, es decir, de cuidado de los intereses de la corporación o fundación. Así, no siendo sus miembros o administradores propietarios de nada de lo que pertenece a la corporación o fundación, apropiarse aquellos de una parte del patrimonio es ilícito. Es por esta razón, además, que los asociados de una corporación o los directores de una fundación no pueden transferir la propiedad de la corporación o fundación. La “compraventa” o cesión del control de una universidad es objetable, entonces, por dos razones: primero, no puede venderse la universidad porque al no tener dueño, y por consiguiente no ser “comerciable”, no cumple con los requisitos para ser objeto de una declaración de voluntad, y por consiguiente, el acto que la transfiere sería inexistente por carecer de objeto, o se encontraría sancionado con la nulidad absoluta por objeto ilícito. Segundo, la calidad de asociado o director debiese carecer de valor patrimonial, visto que los asociados o administradores no pueden derivar ganancia económica por su sola calidad de tales. Recibir un beneficio económico por transferir la membresía en una corporación, o la calidad de administrador de una fundación, es equivalente a tomar parte en las utilidades, y desde ese punto de vista, es un acto ilícito. Además de la sanción civil de nulidad que afecta a estas transacciones, debe repararse en que la legislación universitaria dispone, desde 1981, que la infracción a la prohibición de lucro tiene como pena la revocación del reconocimiento oficial por infracción del orden público y a los estatutos de la universidad.

Siendo claro que los asociados de una corporación o los directores de una fundación no pueden derivar para sí un beneficio económico por su sola calidad de tales, queda por resolver si les es lícito obtener una ganancia material por servicios prestados a la organización que no consistan en su función de socio o administrador (“actos o contratos tipo 1”). ¿Puede la universidad, persona jurídica sin fines de lucro, generar para sus asociados o administradores una ganancia económica, si esta no tiene la forma de distribución de utilidades? Si ello era dudoso antes de 2011, la Ley 20.500 de ese año resolvió el tema permitiendo una “retribución adecuada” a los asociados o administradores

(y a las personas naturales o jurídicas a ellos relacionadas) por los servicios que presten a la corporación o fundación, y que no consistan en la función de director. Entonces, para que un contrato entre la universidad y uno de sus asociados o administradores sea lícito, debe verificarse la existencia real del servicio (no debe ser falso), el prestador tiene que tener la cualificación para dar el servicio (si manifiestamente no la tiene, habría simulación), y debe existir un precio razonable o adecuado, atendidas las condiciones de mercado. Además, de la remuneración pactada deberá darse cuenta detallada a la asamblea de asociados de la corporación o, tratándose de fundaciones, al directorio.

Los proyectos de ley “contra el lucro” actualmente pendientes en el Senado comparten una premisa errónea, que es tratar como equivalentes los legítimos negocios de la universidad, “actos o contratos tipo 2”, y las operaciones sospechosas de usar ilegítimamente a la universidad como negocio propio (“actos o contratos tipo 1”). Esta homologación pasa por alto la fundamental diferencia que existe entre lucro de los asociados controladores de la corporación universitaria, que contratan con la universidad para extraer provecho económico de ella, y la ganancia económica de la universidad, por medio de asociaciones a que ella entra con terceros para incrementar sus ingresos. De esta confusión ha resultado la precipitada pretensión de poner fin al lucro prohibiendo todas las operaciones de las universidades con empresas relacionadas, así como la propuesta alternativa, que impondría a los actos o contratos tipo 2 restricciones que no les corresponden, y que solo se justifican para los actos o contratos tipo 1.

Por su parte, el proyecto de ley de Superintendencia de Educación Superior mantiene el criterio de la Ley 20.500 de que son lícitas las operaciones de la universidad con sus asociados o administradores, en tanto estas operaciones de la universidad con sus personas relacionadas se sujeten a “condiciones de equidad similares a las que habitualmente prevalecen en el mercado a la fecha de su celebración”. Dicho proyecto también fortalece la probabilidad de que en las decisiones de contratación con partes relacionadas prevalezca el interés de la universidad por sobre el de las entidades relacionadas a sus controladores que contratan con ella, toda vez que se exige la concurrencia a la aprobación de estas operaciones de una mayoría de votos de directores independientes de los controladores de la universidad.

Ahora bien, un lineamiento de política pública regulatoria que surge con claridad del tratamiento que aquí hemos hecho del problema del lucro en las universidades, es la necesidad imperiosa de reformar el gobierno corporativo de las universidades. Ello viene exigido, en el caso de las universidades privadas creadas desde la reforma de 1980, por la inexistencia de mecanismos que aseguren que los miembros de los directorios de estas entidades estén, en cumplimiento de sus deberes fiduciarios, al servicio de la universidad y no de sus controladores. Paradójicamente, los cuidados que en esta materia exige la ley son mucho más detallados y exigentes en Chile para las personas con fines de lucro.

Pero las universidades llamadas “tradicionales” también están en deuda en este punto, no porque, como algunos críticos han sostenido, “también lucran”. El presente documento muestra que ese no es el problema en estos casos, toda vez que no hay en ellas un controlador o conjunto de controladores o personas relacionadas con estos que utilicen la universidad como su negocio. El problema de las universidades tradicionales es diferente, a saber, que en la estructura de gobierno corporativo de muchas de ellas no existe garantía de la existencia de una entidad cuya función sea el cuidado del interés de la corporación o fundación más allá de la agenda de quienes continuamente tienen la responsabilidad de administrar y liderar la universidad.

Referencias

- Alessandri, A., Somarriva, M. y Vodanovic, A.**, 1971. *Curso de Derecho Civil. Parte general y los sujetos de derecho*. Segunda Parte. Cuarta Edición. Santiago: Editorial Nascimento.
- Lyon, A.**, 1993. *Teoría de la personalidad. Personas Naturales. Personas Jurídicas*. Santiago: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Lyon, A.**, 2002. *Personas Jurídicas*. Santiago: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica de Chile.
- Serick, R.**, 1958. *Apariencia y realidad de las sociedades mercantiles*. Barcelona: Editorial Ariel.
- Pardow, D.**, 2011. *Potestades de administración y deberes fiduciarios. Una aproximación analítica a los deberes asociados a la administración de un patrimonio ajeno*. En: Varios autores, Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009. Tomo I. Santiago: Legal Publishing Chile. Pp. 141-155.
- Varas Braun, J.A.**, 2011. *Los fines en las personas jurídicas no lucrativas*. En: Varios autores, Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009. Tomo I. Santiago: Legal Publishing Chile. Pp. 225-235.
- Varas Braun, J.A.**, 2005. *Personas jurídicas sin fines lucrativos: tradición y perspectiva*. En: Martinic, M.D. y Tapia, M. (eds.), Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación. Tomo I. Santiago: Lexis Nexis. Pp. 463-478.





CENTRO DE
**POLÍTICAS
PÚBLICAS UC**

www.politicaspUBLICAS.uc.cl
politicaspUBLICAS@uc.cl

SEDE CASA CENTRAL

Av. Libertador Bernardo O'Higgins 324, piso 3, Santiago.
Teléfono (56-2) 2354 6637.

SEDE LO CONTADOR

El Comendador 1916, Providencia.
Teléfono (56-2) 2354 5658.

CENTRO DE POLÍTICAS PÚBLICAS UC

- Facultad de Arquitectura, Diseño y Estudios Urbanos • Facultad de Ciencias Económicas y Administrativas
- Facultad de Ciencias Sociales • Facultad de Derecho • Facultad de Educación
- Facultad de Historia, Geografía y Ciencia Política • Facultad de Ingeniería • Facultad de Medicina